

- 14 Festzuhalten ist, dass Arbeitsverhältnisse zu Eisenbahnen unter Einschluss der Unternehmen des ÖBB-Konzerns, die ab dem 1. 4. 2004 begonnen haben und die Voraussetzungen des AngG erfüllen, dem AngG unterliegen.

Inhalt des Dienstvertrages

§ 6. (1) Art und Umfang der Dienstleistungen sowie das dafür gebührende Entgelt (Geld- und Naturalbezüge) werden mangels Vereinbarung durch den für die betreffende Art der Unternehmung bestehenden Ortsgebrauch bestimmt. In Ermangelung eines solchen sind die den Umständen nach angemessenen Dienste und ein ebensolches Entgelt zu leisten.

(2) Die Überlassung von Wohnräumen, die Beistellung von Beheizung und Beleuchtung an Angestellte sowie deren Verköstigung auf Rechnung des Entgeltes kann von den beteiligten Bundesministerien nach Anhörung der Körperschaften, denen die Vertretung der in Betracht kommenden Interessen obliegt, durch Verordnung für Unternehmungen bestimmter Art oder für den Bereich bestimmter Orte verboten werden.

(3) Dem Angestellten ist bei Abschluß des Dienstvertrages vom Dienstgeber eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag auszuhändigen, auf die die Vorschriften des § 2 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind.

[IdF BGBl 1993/459]

Literatur

Adamovic, Verschlechternde Versetzung – Voraussetzungen und Rechtsdurchsetzung, ARD 5659/8/2006; *Andexlinger*, Vertragsinformation durch „Dienstzettel“, RdW 1986, 376; *ders*, Versetzung und Austrittsrecht, DRdA 1992, 395; *ders*, Folgepflicht bei Betriebsverlegung, ecolex 1995, 45; *Binder*, Zu Funktion, Inhalt und Wirkungsweise von Dienstzetteln, FS Cerny (2001) 169; *Eichinger*, Kündigungsvereinbarung im Dienstzettel? DRdA 2003, 58 (EAnm); *Gahleitner*, Betriebsschließung oder Betriebsübergang? DRdA 2000, 426; *Gerlach*, Neues zum Arbeitsort? ecolex 2001, 131; *Goricnik*, Zur Folgepflicht des AN bei Betriebsverlegung, RdW 2000, 547; *B. Gruber*, Mangelhafter Dienstzettel – Nichtigkeit als Rechtsfolge? ecolex 2000, 57; *Jabornegg*, Zur Dogmatik der Betriebsübung, FS Kerschner (2013) 37; *Kietaihl*, Die Versetzung aus arbeitsvertraglicher Sicht, ZAS 2005, 52; *Kürner/Andexlinger*, Dienstzettelpflicht und Gebührenfreiheit, RdW 1994, 109; *Mosler*, Arbeitsvertragsrechtliche Probleme der Zuweisung einer anderen Tätigkeit im österreichischen Arbeitsrecht, FS Heilmann (2001) 211; *Rauch*, Dienstvertrag und Dienstzettel, ASoK 1999, 317; *Reissner*, Arbeitsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Ausgliederung und Standortverlegung, DRdA 2002, 248; *Runggaldier*, Sozialrückbau durch Rechtsprechung? DRdA 1996, 101; *Schöngrundner*, Folgepflicht bei Betriebsstandortverlegung, ARD 5628/9/2005; *B. Schwarz*, Sittenwidrigkeit von Verfallsfristen. Dienstzettel als Wissenserklärung, DRdA 2003, 35 (EAnm);

Vinzenz, Die betriebliche Übung, JAP 2012/13/25, 226; Wachter, Grenzen des Weisungsrechtes in Bezug auf Art und Ort der Tätigkeit, DRdA 2001, 495; J. Winkler, Überstundenpauschale und „All-In-Klausel“, ecolex 1998, 412.

Übersicht

I.	Allgemeines	1–3
II.	Art und Umfang der Dienstleistung.....	4
	A. Art der Dienstleistung	5–8
	B. Umfang der Dienstleistung.....	9, 10
	C. Ort der Dienstleistung	11–13
	D. Weitere Verpflichtungen aufgrund gesetzlicher Treuepflichten.....	14
	E. Konsequenzen bei Anordnung nicht geschuldeter Arbeitsleistungen	15–17
	F. Versetzungsschutz nach § 101 ArbVG	18
III.	Festlegung des Entgelts.....	19
	A. Die Festlegung des Entgelts im Allgemeinen	20
	1. Begriff und Formen des Entgelts	21–24
	2. Bestimmungsfaktoren für die Entgeltfestlegung.....	25–31
	a) Betriebliche Übung.....	32–38
	b) Gleichbehandlung in Entgeltfragen	39–41
	B. Überlassung von Wohnräumen, Verköstigung.....	42
IV.	Dienstzettel.....	43, 44
	A. Rechtsnatur des Dienstzettels.....	45–50
	B. Stempel- und Gebührenfreiheit	51
	C. Inhalt des Dienstzettels	52
	1. Allgemein notwendige Angaben	53–64
	2. Zusatzangaben bei Auslandstätigkeit.....	65
	3. Individuelle Zusatzabreden	66
	4. Verweisung auf andere Bestimmungen	67, 68
	D. Die Dienstzettelpflicht im Einzelnen	69
	1. Erstmalige Ausstellung.....	70–72
	2. Nichtbestehen einer Dienstzettelpflicht	73–76
	3. Verpflichtungen im Bereich „alter“ Arbeitsverhältnisse..	77–79
	4. Änderung von Angaben.....	80–84
	E. Durchsetzung.....	85–87

I. Allgemeines

§ 6 behandelt in Abs 1 zunächst Fragen der Festlegung der Arbeitspflicht **1** (Rz 5 ff), danach geht es – wie auch in Abs 2 – um die Bestimmung von Entgeltansprüchen (Rz 19 ff). Abs 3 leg cit schließlich regelt das Dienstzettelrecht (Rz 43 ff).

§ 6 gilt für **Angestellte iSd G** (vgl §§ 1 – 5, Art II und VII). Kommt das AngG **2** nicht zur Anwendung, so finden sich inhaltlich gleiche allgemeine Regeln-

gen zur Festlegung von Arbeits- bzw Entgeltpflicht in den §§ 1152 ff ABGB (s zB Rz 29 ff).

- 3 Gem § 40 sind die Regelungen des **§ 6 Abs 3**, also des Dienstzettelrechts, **einseitig zwingend** zu Gunsten des AN (vgl auch § 40 Rz 3). Wäre zB in einem KollV ein Dienstzettel vorgesehen, der gewisse in § 6 Abs 3 (iVm § 2 AV-RAG) festgelegte Angaben nicht enthält, so könnte sich der betroffene AN auf das G stützen und eine entsprechende Ergänzung verlangen (zur Durchsetzung vgl auch Rz 85 ff). Geht ein KollV hingegen über das G hinaus, so ist dies im Lichte des Günstigkeitsprinzips zulässig und wirksam.

Dass § 6 Abs 1 nicht im Katalog des § 40 enthalten ist, hat seinen Grund in Natur und Zweck dieser Vorschrift. Vertragliche Regelungen zum Thema gehen ihr vor, sie ist nur dann von Bedeutung, wenn im Arbeitsvertrag diesbezüglich nichts geregelt ist.

§ 6 Abs 2 wäre von der Konzeption her eine zweiseitig zwingende Vorschrift, Inhalt ist ja eine Verordnungsermächtigung. Auch eine auf § 6 Abs 2 gestützte V – eine solche existiert nicht (Rz 42) – wäre zweiseitig zwingend.

II. Art und Umfang der Dienstleistung

- 4 In § 6 Abs 1 beschäftigt sich das AngG (vgl auch § 1153 ABGB) neben der Frage der Festlegung des Entgelts (s Rz 19 ff) mit der Bestimmung von „Art“ (Rz 5 ff) und von „Umfang“ (Rz 9 f) der Dienstleistungen bzw – besser formuliert – der **Arbeitspflicht** (als Hauptpflicht des AN aus dem Arbeitsvertrag).

Im Folgenden werden diese Gesichtspunkte sowie der „Ort“ der Arbeitsleistung (als Unterfall der „Art“ der Arbeitsleistung; s Rz 11 ff) beschrieben.

A. Art der Dienstleistung

- 5 Laut § 6 Abs 1 ist für die Festlegung der Art der geschuldeten Arbeitsleistung primär die **Einzelvereinbarung** maßgeblich.

Demnach ist grds in den Arbeitsvertrag zu schauen. Ist in diesem eine Regelung über die Art der Arbeitsleistung zu finden, so ist diese Festlegung, gegebenenfalls nach Maßgabe der §§ 914 f ABGB interpretiert, in der weiteren Fallprüfung zu Grunde zu legen. Zur Art der Arbeitsleistung wird auch häufig eine konkludent zu Stande gekommene Vereinbarung zu ermitteln sein; gewisse Kompetenzaufteilungen oder Tätigkeitszuweisungen werden sich nämlich aus langdauernder Übung ergeben (OGH 8 ObA 2108/96z, DRdA 1997, 379 [B. Schwarz]). Anhaltspunkte können sich dabei auch aus den Gepflogenheiten in einer Branche oder aus dem Berufsbild ergeben.

- 6 Die **Festlegung eines Tätigkeitsbereichs im Arbeitsvertrag** ist **grundsätzlich konstitutiv** (zum analogen Problem beim Arbeitsort s Rz 12). Wird beispielsweise im Arbeitsvertrag die Betrauung mit Führungsaufgaben festge-

legt, so ist die Zuweisung einer Tätigkeit ohne Leitungsfunktion vertragsändernd (OGH 9 ObA 51/07a, infas 2008 A 2 = ASoK 2008, 51; OLG Wien 7 Ra 73/03m, ARD 5495/7/2004). Soll der Bereichsleiter eines „Geschäftsbereichs Wirtschaft“ als einem Bereichsleiter unterstellter Leiter der Rechtsabteilung weiterarbeiten, bedarf diese Versetzung einer Anpassung des Vertrags (ASG Wien 20 Cga 230/04w, ARD 5727/6/2006). Der Abzug von einer befristet eingeräumten höheren Verwendung nach Ablauf der Befristung ist hingegen vertraglich gedeckt und kann daher als solcher auch keine sittenwidrige Druckausübung darstellen (OGH 9 ObA 86/04v, ARD 5568/7/2005; zur betriebsverfassungsrechtlichen Seite derartiger Versetzungen vgl Rz 18).

Aus der bloßen **Tatsache einer länger dauernden Verwendung** des AN an einem bestimmten Arbeitsplatz kann **nicht ohne weiteres** geschlossen werden, dass sich sein **vertraglich geschuldeter Aufgabenkreis** nunmehr auf die dort verrichteten Arbeiten **beschränkt** (OGH 9 ObA 192/93, DRdA 1994, 168; 8 ObA 309/94, DRdA 1997/5, 33 [Pfeil]; 8 ObA 81/04a, RdW 2005/223 = infas 2004 A 81; 9 ObA 120/04v, infas 2005 A 52; 9 ObA 51/07a, infas 2008 A 2 = ASoK 2008, 51; OLG Wien 8 Ra 25/05p, ARD 5628/6/2005; LG Linz 13 Cga 11/94f, Arb 11.163). Ein strengerer Maßstab gilt diesbezüglich in Arbeitszeitfragen (zum Nachtdienst OLG Wien 9 Ra 1/04i, ARD 5574/6/2005; allg zu diesen Rz 10).

Ist aus dem Arbeitsvertrag keine Bestimmung der Art der zu leistenden Arbeit zu entnehmen, so ist diese laut § 6 Abs 1 nach dem **„Ortsgebrauch“** festzulegen, in Ermangelung eines solchen sind **„den Umständen nach angemessene Dienste“** zu leisten. Die Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe läuft auf eine **Interessenabwägung**, aus der Sicht des AN auf eine Zumutbarkeitsbewertung, hinaus.

Zur Beantwortung der Frage, ob der AN bestimmte per Weisung des AG angeordnete Arbeiten zu erledigen hat oder nicht, ist **im Falle des Fehlens vertraglicher Grundlagen** anhand aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob dem AN die Erbringung der entsprechenden Leistungen zumutbar ist. Wiederum wird dabei auch auf Branchenüblichkeit und Berufsbild zu schauen sein. In diesem Sinne darf beispielsweise ein Versicherungsvertreter die Teilnahme an einem dreitägigen Fortbildungskurs, der die Kenntnis der für den Abschluss von Versicherungsverträgen maßgebenden Bestimmungen über die verschiedenen Versicherungszweige sowie der betriebsinternen Vorschriften betreffend Prämien, Versicherungsleistungen etc vermittelt, nicht ablehnen, selbst wenn ihm dadurch Provisionen entgehen (OGH 4 Ob 24/78, ZAS 1979, 142 [Schön]). Auch wenn also eine Verpflichtung zur beruflichen Weiterbildung im gegenständlichen Arbeitsvertrag nicht niedergelegt war, ist die Annahme einer solchen „den Umständen nach angemessen“, zumal die vermittelten Kenntnisse für die tägliche Arbeit eines Versicherungsvertreters von zentraler Bedeutung sind.

B. Umfang der Dienstleistung

- 9 Die vertragsrechtliche Beurteilung des **Umfangs** der Arbeitspflicht hat ebenfalls an § 6 Abs 1 (bzw § 1153 ABGB) anzusetzen und daher – wie bei der Art der Arbeitsleistung (s Rz 5 ff) – in erster Linie von der **Vereinbarung** und subsidiär von **Ortsgebrauch** bzw „**Angemessenheit**“ auszugehen.

Bestimmungen wie der Teilzeitbeschäftigte schützende § 19d Abs 2 AZG setzen daher insoweit grds an einer schon allgemein gegebenen Rechtslage an.

- 10 Das Problem des zu erbringenden Arbeitsausmaßes wird allerdings auch stark durch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben insb des AZG und des ARG geprägt. Es kann niemand vertragsrechtlich verpflichtet sein, beispielsweise über die Höchstarbeitsgrenzen des AZG oder über die Mindestruhezeiten des ARG hinaus Arbeitsleistungen zu erbringen. Dies gilt namentlich auch für (dem Arbeitszeitrecht unterliegende) AN mit einer sog All-in-Vereinbarung.

Hinsichtlich der **Lage** der (vom Ausmaß her festgelegten) Arbeitszeit bestand lange Zeit die hA, dass der AG diese grds per Weisung bestimmen kann (zum damaligen Meinungsstand *Mosler* in ZellKomm² § 19c AZG Rz 1 ff mwN). Durch § 19c AZG wurde der Grundsatz, dass auch die Lage zu vereinbaren ist, statuiert.

C. Ort der Dienstleistung

- 11 Bei der Frage, welcher Arbeitsort geschuldet wird – dies ist genau genommen eine Facette der unter Rz 5 ff angesprochenen Art der Arbeitsleistung –, ist von den Vorgaben des § 905 ABGB betreffend den Erfüllungsort des Schuldverhältnisses auszugehen. Demnach ist grds in den **Arbeitsvertrag** zu schauen. Ist in diesem auch nach Vertragsinterpretation (§§ 914 f ABGB) nichts zu finden, so ist der Arbeitsort nach „**Natur und Zweck des Geschäfts**“ einzugrenzen. Die Konkretisierung des letzteren unbestimmten Rechtsbegriffs bedeutet wiederum eine **Interessenabwägung** bzw Zumutbarkeitsbewertung (s schon Rz 8).

Der in § 905 ABGB als Bestimmungsfaktor angegebene Wohnsitz des Schuldners ist für das Arbeitsverhältnis in aller Regel unbrauchbar und wird daher in arbeitsrechtlichen Zusammenhängen nicht ins Auge gefasst.

- 12 Eine **einschlägige Vereinbarung** über den Arbeitsort liegt vor, wenn die Arbeitsvertragsparteien übereinstimmende Willenserklärungen über die Lokalisierung der Arbeitsleistung abgegeben haben. Typischerweise werden sich derartige Willenserklärungen aus einem schriftlichen Arbeitsvertrag ergeben, in dem zB von einer Erbringung der Arbeit in einem bestimmten Betrieb, einer bestimmten Filiale, einer bestimmten Stadt etc die Rede sein kann. Bei der Auslegung einschlägiger Vertragsbestimmungen spielt iSd § 914 ABGB auch die Verkehrssitte eine Rolle (vgl OGH 14 Ob 198/86, DRdA 1989/25, 395 [*Apathy*] = JBl 1987, 468; 9 ObA 92/87, RdW 1988, 171 = wbl 1988, 90).

Im Falle unkündbarer Arbeitsverhältnisse ist daher tendenziell von einem weiteren Verwendungsfeld auszugehen (vgl OGH 9 ObA 208/92, DRdA 1993/43, 364 [Mosler]; 9 ObA 227/97s, RdW 1998, 636 = ARD 4937/8/98; 9 ObA 51/07a, infas 2008 A 2 = ASoK 2008, 51; Kietaibl, ZAS 2005, 56 f mwN). Bei befristeten Arbeitsverhältnissen ist dies nicht zuletzt aus unionsrechtlichen Überlegungen (Diskriminierungsverbot; vgl § 2b AVRAG) ausgeschlossen (Mosler, FS Heilmann 218 ff mwN).

Verfehlt ist die Tendenz in der Rechtsprechung (s insb OGH 9 ObA 51/99m, ZAS 2001/8, 78 [Korn] = infas 2000 A 4; 9 ObA 48/00z, DRdA 2001/17, 244 [Pfeil] = wbl 2001/92; krit dazu Goricnik, RdW 2000, 547; Gerlach, ecolex 2001, 131 f; Wachter, DRdA 2001, 504 f; Kietaibl, ZAS 2005, 55; Löschnigg, AR¹² 294 f; Reissner in ZellKomm² § 101 ArbVG Rz 14), einschlägige Festlegungen des Arbeitsortes regelmäßig als bloß demonstrative, rechtlich unerhebliche Maßnahmen der technischen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses aufzufassen und eine „Folgepflicht“ des AN zu darüber hinausgehenden Arbeitsorten nach Maßgabe einer Interessenabwägung anzunehmen. Richtigerweise wird es so sein, dass bei **derartigen Inhalten eines Vertragswerkes grundsätzlich** von einer **Vereinbarung im technischen Sinn** auszugehen ist, nur ausnahmsweise – dies wird idR der AG dartun wollen – ist keine Willenserklärung, sondern eine bloße Wissenserklärung (Vorstellungsmitteilung) anzunehmen (Reissner, DRdA 2002, 252).

Bei der (subsidiären) Zumutbarkeitsbewertung wird der AG beispielsweise wirtschaftliche Gründe, der AN persönliche Umstände ins Treffen führen (vgl Reissner, DRdA 2002, 252 f; Schöngrundner, ARD 5628/9/2005 mwN). Das nicht mit dem Regelfall vergleichbare besondere (ideale) Arbeitsumfeld eines AN am bisherigen Betriebsstandort, welches das Ergebnis von lokalen Zufälligkeiten ist, unter denen sich das Arbeitsverhältnis abgespielt hat, darf im Rahmen der Interessenabwägung nicht überbewertet werden (OGH 9 ObA 121/97b, DRdA 1997, 505 = RdW 1998, 298). Bei **Ortswechsel** stehen Verkehrsverbindungen und nicht Gemeindegrenzen im Vordergrund. Unzumutbar ist dem AN der Wechsel des Einsatzortes vor allem dann, wenn er den vom Arbeitsvertrag vorausgesetzten persönlichen Lebensbereich verlassen müsste. Erhöhen sich lediglich die täglichen Reisezeiten, hängt die Unzumutbarkeit, ohne dass dabei eine strenge Relation herzustellen ist, vom Verhältnis der neuen Reisezeit zur bisherigen und zur täglichen Arbeitszeit ab. Steht einer längeren Gesamtfahrzeit und erhöhten Fahrkosten eine nicht ganz unerhebliche Anhebung des Stundenlohnes gegenüber, dann erscheint auch unter Bedachtnahme auf die Verkehrssitte dem AN die Leistung der bedungenen Arbeit an der neuen Betriebsstätte noch zumutbar (zur Folgepflicht des AN im Bereich der vom öffentlichen Verkehr und auch sonst infrastrukturell gut erschlossenen Stadt Wien OGH 9 ObA 133/94, ZAS 1995/14, 131 [Vogt] = ARD 4611/15/94). Eine Reisezeit von zwei Mal je 15 Mi-

13

nuten pro Tag (Strecke Schwaz–Hall in Tirol) bei Zurverfügungstellung eines Dienstfahrzeuges liegt im untersten Bereich aller auf dem Arbeitsmarkt auftretenden Anreisezeiten, die auch unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse einer AN als Teilzeitarbeitskraft die Zumutbarkeit der Folgepflicht begründet (OGH 9 ObA 121/97b, DRdA 1997, 505 = RdW 1998, 298).

D. Weitere Verpflichtungen aufgrund gesetzlicher Treuepflichten

- 14 Im Allgemeinen hat ein AN **ausschließlich** die inhaltlich und umfangmäßig **vereinbarten** bzw nach obigen Bestimmungsfaktoren **festgelegten Arbeiten** zu verrichten. Nur **ausnahmsweise** kann sich aus **Treuepflichten**, insb aus der Beistandspflicht, also aus der gesetzlichen Ausformung von Interessenwahrungspflichten des AN, ergeben, dass nicht nur die an sich geschuldeten, sondern auch andere Arbeiten zu erbringen sind (zB Sicherungsarbeiten wie Schneeschaufeln oder Anbringen von Sandsäcken durch [leitende] Angestellte in betrieblichen Notlagen; allg *Reissner*, AR⁴ 150 f, 261 f mit Beispielen). Im Detail muss das Ausmaß der Beistandspflicht nach **Abwägung der beiderseitigen Interessen** ermittelt werden.

Gem § 20 AZG sind die **zentralen Vorschriften des Arbeitszeitschutzes** auf vorübergehende und unaufschiebbare Arbeiten **nicht anzuwenden**, die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder bei Notstand sofort vorgenommen werden müssen oder zur Behebung einer Betriebsstörung bzw zur Verhütung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Schadens erforderlich sind, wenn unvorhergesehene und nicht zu verhindernde Gründe vorliegen und andere zumutbare Maßnahmen nicht möglich sind.

E. Konsequenzen bei Anordnung nicht geschuldeter Arbeitsleistungen

- 15 **Weigert sich** ein AN, einer vertragsrechtlich nicht gedeckten Arbeitsanordnung **zuzustimmen** bzw **Folge zu leisten**, so befindet er sich mit seiner Vorgangsweise **im Recht**.

Spricht der AG deswegen eine Entlassung aus, so ist diese ungerechtfertigt, zumal die Entlassungstatbestände gem § 27 Z 4 (vgl insb § 27 Rz 114 ff) nicht erfüllt sind.

- 16 Erscheint dem AG die Fortführung des Arbeitsverhältnisses wie bisher nicht sinnvoll, so müsste er, um rechtmäßig zu handeln, zum Mittel einer **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses greifen (die Kündigung **wegen der Weigerung des AN**, nicht geschuldete Arbeitsleistungen zu erbringen, stellt eine Kündigung aus verpötem Motiv gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG dar).

Nach Kündigung oder Änderungskündigung von Seiten des AG entsteht insb ein Anspruch auf Abfertigung, im letzteren Fall selbstverständlich nur dann,

wenn der AN die in der Änderungskündigung gesetzte Bedingung (beispielsweise Akzeptieren der Vertragsänderung im Hinblick auf einen neuen Standort) nicht erfüllt und das Arbeitsverhältnis dadurch beendet wird.

Wird nicht gelöst, kann es zu folgenden Abläufen kommen (Reissner, DRdA 2002, 253):

- Der AN kann (bzw muss; LG Wien 44 Cg 18/86, ARD 3828/10/86) **weiter** seinem Vertrag gemäß **arbeiten**.
- Wird er dem widersprechend anderweitig beschäftigt, steht ihm ein **höheres bisheriges Entgelt weiter** zu (OLG Wien 7 Ra 77/05b, ARD 5628/5/2005).
- Wird er nicht beschäftigt, gebührt ihm, sofern er sich leistungsbereit erklärt, **Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB**.
- Die Arbeit unter den vom AG gewollten neuen Bedingungen kann der AN **ablehnen** (OGH 14 ObA 40/87, ARD 3909/9/87), er hat – etwa bei unsicherer Rechtslage – auch die Möglichkeit, **unter Protest** die Arbeit am zugewiesenen Arbeitsplatz anzutreten (Strasser/Jabornegg, ArbVG³ § 101 Anm 19; Cerny, ArbVR III⁴ § 101 Anm 3).
- Dazu kann er jeweils **auf Feststellung klagen**, dass keine Verpflichtung zur geforderten Arbeitsleistung besteht (OGH 9 ObA 2291/96v, DRdA 1998/10, 114 [Trost] = wbl 1997, 435; EA Linz Re 59/79, Arb 9819; Adamovic, ARD 5659/8/2006; Marhold/Friedrich² 80 f). Nimmt der AG die Anordnung zurück, besteht ein Feststellungsinteresse nur bei verbleibenden Unsicherheiten über das weitere Verhalten des AG (OGH 9 ObA 85/04a, ARD 5568/8/2005).
- Beharrt der AG auf der rechtswidrigen Anordnung einer Versetzung, so kann der AN laut OGH (9 ObA 34/88, infas 1988 A 67 = ARD 4006/8/88; 9 ObA 165/89, infas 1989 A 124 = RdW 1989, 372; 9 ObA 19, 20/92) den vorzeitigen **Austritt** erklären. Der AG muss hiebei seine rechtswidrige Haltung nachdrücklich einnehmen und den AN in eine unzumutbare Situation bringen (Andexlinger, DRdA 1992, 395).

F. Versetzungsschutz nach § 101 ArbVG

Zu beachten ist, dass eine nicht unerhebliche Änderung des Arbeitsortes und/oder des Tätigkeitsbereichs des AN eine **Versetzung** darstellt, welche bei Vorhandensein eines zuständigen BR unabhängig von der vertragsrechtlichen Zulässigkeit der Vorgangsweise (sog Zwei-Ebenen-Theorie; vgl Reissner in ZellKomm² § 101 ArbVG Rz 1 mwN) die **Mitbestimmungsrechte** gem § 101 ArbVG auslöst:

- Ist eine Versetzung **auf Dauer**, also auf voraussichtlich mindestens 13 Wochen (§ 101 Satz 2 ArbVG), angelegt, so bestehen jedenfalls „schwächere“ Mitbestimmungsrechte, nämlich ein **Informations- und ein Beratungsrecht** des BR (§ 101 Satz 1 ArbVG).

- Ist eine Versetzung iSd § 101 ArbVG **verschlechternd**, so ist sie **zustimmungspflichtig**. Eine Verschlechterung iSd G ist gegeben, wenn entweder die **Entgeltbedingungen** oder die **sonstigen Arbeitsbedingungen** oder **beide Aspekte schlechter** werden.
- Eine Stellungnahme des BR muss, um tauglich zu sein, **im Vorhinein** unmittelbar vor der Versetzung (Prinzip der **Zulässigkeitsvoraussetzung**) und **konkret** auf ein Arbeitsverhältnis hin formuliert abgegeben werden.
- Ist die notwendige Zustimmung des BR nicht wie skizziert eingeholt oder vom ASG ersetzt worden, so ist die Versetzung gem § 101 Satz 3 ArbVG **rechtsunwirksam**. Der AN hat die gleichen Möglichkeiten wie bei der im Vertrag nicht gedeckten Versetzung (vgl Rz 17).

III. Festlegung des Entgelts

- 19 Mit der Frage der Festlegung des Entgelts beschäftigt sich einerseits § 6 Abs 1 (dazu Rz 20 ff) und andererseits § 6 Abs 2 (dazu Rz 42).

A. Die Festlegung des Entgelts im Allgemeinen

- 20 Bevor die Bestimmungskriterien für die Höhe des Entgelts herausgearbeitet werden (Rz 25 ff), ist zunächst festzuhalten, was alles zum Entgelt zählt (Rz 21 ff).

1. Begriff und Formen des Entgelts

- 21 Der Begriff des Entgelts ist weit auszulegen und umfasst jede Art der Leistung, die der AN **für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält**. Es kommt auf die Funktion der jeweiligen Leistung als Abgeltung der Arbeitsleistung an; die Bezeichnung ist irrelevant (zu Aufwandsentschädigungen und Zulagen s unten).
- 22 Zum Entgelt gehören neben dem laufenden **Grundentgelt** („Fixum“) auch die **übrigen** regelmäßigen oder sonstigen ordentlichen und außerordentlichen **Leistungen**, wie etwa Akkordlöhne, Provisionen, regelmäßige Prämien, Gewinnbeteiligungen und Jubiläumsgelder. Diese können auf die tatsächliche Mehrleistung des einzelnen AN abgestellt und daher – wie bei Angestellten insb die Provision – variabel sein.

Auch die idR in KollV enthaltenen **Sonderzahlungen** (insb 13. Monatsgehalt: Weihnachtsremuneration, 14. Monatsgehalt: Urlaubsremuneration) sind dem Entgeltbegriff zuzuordnen. Neben Geldlohn gibt es auch **Naturalentgelte**. Weiters hier einzuordnen sind Abfertigung und Urlaubersatzleistung als **Entgelte aus der Beendigung** sowie Betriebspensionen (zu den Entgeltformen ausführlich zB *Spielbüchler*, AR I⁴ 227 ff; *Löschnigg*, AR¹² 331 ff; *Reissner*, AR⁴ 185 ff, jeweils mwN).

- 23 Im Gegensatz zum Entgelt sind **Aufwandsentschädigungen** (Aufwandssätze) dafür gedacht, bestimmte unmittelbar mit der **Arbeitsleistung zusam-**

menhängende Aufwendungen zu ersetzen. Die Abgrenzung der beiden Begriffe ist nach der Funktion der jeweiligen Zahlung vorzunehmen. **Überhöhte** Aufwandsentschädigungen sind im Ausmaß der Überhöhung als Entgelt anzusehen (vgl zB OGH 8 ObA 2312/96z, ASoK 1997, 228).

Die sog **Lohnzuschläge** (Zulagen) stellen eine Begriffsvermischung dar. Zu 24
 unterscheiden sind Leistungszulagen, Aufwandszulagen (zB Werkzeugzulagen, Wegzulagen, Schmutzzulagen), Erschwerniszulagen (Staubzulagen, Hitzezulagen, Nachtzulagen) und Sozialzulagen (zB Kinderzulagen). Man wird wiederum jeweils aus der Funktion der Zulage auf den Entgeltcharakter oder auf die Aufwandsentschädigung zu schließen haben. Eine Aufwandsentschädigung kann nur dann vorliegen, wenn unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängende Kosten ersetzt werden. Dies wird am ehesten bei Wegzulagen und Schmutzzulagen der Fall sein.

2. Bestimmungsfaktoren für die Entgeltfestlegung

Für die Festlegung der Höhe des Entgelts ist primär der **Arbeitsvertrag** entscheidend. Dieser kann **ausdrücklich** ein Entgelt festlegen, eine Entgeltvereinbarung ist aber auch gem § 863 ABGB **konkudent** dadurch möglich, dass beispielsweise der AG regelmäßig einen Betrag bezahlt und der AN diesen widerspruchslos entgegennimmt (vgl auch Rz 32 ff). 25

Im Normalfall wird ein **Bruttoentgelt** festgelegt. Es sind aber auch sog **Nettolohnvereinbarungen** möglich, wonach dem AN ungeachtet von Schwankungen in der Höhe der Steuern, Abgaben und Beiträge ein bestimmter Nettobetrag auszuzahlen ist. Vorausgesetzt ist, dass sie zwingende, zB in G oder KollIV enthaltene entgeltrechtliche Mindeststandards – in KollIV in aller Regel als Bruttoentgelte ausgedrückt – beachten. Sie verfolgen häufig den Zweck, Erhöhungen der Lohnnebenkosten zu Lasten des AG gehen zu lassen, was allerdings auch impliziert, dass eine allfällige Senkung derselben dem AG zugutekommt (vgl zB OGH 8 ObA 214/96, DRdA 1997, 217 [K. Mayr]). 26

Die freie Vereinbarung des Entgelts ist in der Praxis dadurch beschränkt, dass diesbezüglich weitgehend **zwingende Mindeststandards zu Gunsten des AN** zu beachten sind. Primäres Mittel der Entgeltgestaltung ist dabei der **KollIV**. 27

Wird ein zwingend festgelegtes Mindestentgelt durch Individualvereinbarung unterschritten, so ist die entsprechende Passage des Arbeitsvertrags (teil-)nichtig. An die Stelle der Abrede tritt die von der unabdingbaren Rechtsquelle vorgesehene Entgelthöhe (vgl auch den Rechtsgedanken des § 917a ABGB).

Die **Einstufung in das Lohnschema eines** anzuwendenden **KollIV** ist zu vereinbaren. Wird nichts vereinbart oder widerspricht die Vereinbarung zu Lasten des AN der tatsächlich geleisteten Arbeit, so ist der AN nach der tatsächlich erbrachten Arbeit zu behandeln (zur Einstufung zB OGH 9 ObA 33/11k).

- 28 Was **tätigkeits- oder funktionsspezifische Zulagen** (Rz 24) anlangt, so können diese vom AG gestrichen werden, wenn die ausschlaggebende Tätigkeit oder Funktion nicht mehr ausgeübt wird. Erfolgt trotzdem die weitere Bezahlung der Zulage, so wird daraus idR auf die konkludente Gewährung einer allgemeinen Entgelterhöhung zu schließen sein (vgl auch Rz 32 ff).
- 29 Gem § 1152 ABGB kann in einem Arbeitsvertrag auch **Unentgeltlichkeit** vereinbart werden; dem § 6 Abs 1 kann diese Facette ebenfalls entnommen werden. Dies ist naturgemäß nur dort zulässig, wo keine zwingenden Mindestentgelte vorgeschrieben sind.
- 30 Aus § 1152 ABGB geht zudem hervor, dass auch **unangemessene Entgeltvereinbarungen** möglich und prinzipiell gültig sind (auch dieser Grundsatz ist ebenso im Bereich des § 6 Abs 1 maßgeblich).

Bei Missbräuchen ist hier allenfalls mit Hilfe der Sittenklausel des § 879 ABGB Abhilfe zu schaffen. **Lohnwucher** in diesem Sinn liegt vor, wenn die Entgelthöhe die Annahme einer sittenwidrigen Ausbeutung wegen eines im auffallenden Missverhältnis zum Wert der Dienstleistung stehenden Hungerlohnes rechtfertigt. Bei Vornahme des Vergleichs kommt es auf die im örtlichen Bereich des Betriebs bestehende übliche Entgelthöhe an (vgl zB OGH 9 ObA 2267/96i, ZAS 1997, 175 [Steininger]).

- 31 Gem § 1152 ABGB gilt, sofern **im Arbeitsvertrag kein Entgelt bestimmt** und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist, ein angemessenes Entgelt als bedungen. Nach § 6 Abs 1 Satz 1 und 2 wird bei der Entgeltbestimmung mangels Vereinbarung auf **Angemessenheit** und **Ortsgebrauch** abgestellt.

Die Bestimmungsfaktoren „Angemessenheit“ und „Ortsgebrauch“ gelten nur subsidiär bei Fehlen einer anderen Vereinbarung. Eine Entgeltabrede, mag sie auch unangemessen sein, geht diesen Vorgaben genauso vor wie die – sofern zulässig – getroffene Vereinbarung von Unentgeltlichkeit (vgl OGH 4 Ob 61/82, Arb 10.086).

a) Betriebliche Übung

- 32 Es kommt häufig vor, dass der AG an die AN Leistungen gewährt, zu denen er nach den zwingenden Vorgaben in G, KollV oder BV nicht verpflichtet ist. Da der weite arbeitsrechtliche Entgeltbegriff nicht nur das Gehalt iES, sondern alle Zuwendungen umfasst, die der AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitsleistung bekommt (s Rz 21 ff), zählen auch die diversen freiwilligen Leistungen zum Entgelt. Werden diese zB im Arbeitsvertrag schriftlich oder mündlich zugestanden, so besteht grds kein Zweifel daran, dass ein **Anspruch** auf sie besteht (zu anspruchsausschließenden Vorbehalten s Rz 35). Aber auch im Falle nicht im jeweiligen Arbeitsvertrag konkret festgeschriebener, aber pauschal und wiederholt erfolgender Ausschüttung ist zu beachten, dass nach den Regeln über die sog betriebliche Übung ein Anspruch auf die Überzahlungen begründet werden kann.

Genau genommen sind die Regeln über die betriebliche Übung nicht auf den Entgeltbereich beschränkt, sondern auch bei anderen Leistungen denkbar. Besonders plausibel erscheint dies zB für die Zuwendung von Aufwandsentschädigungen (zu diesen Rz 23 f). Inhalt einer betrieblichen Übung kann alles sein, was in einem Arbeitsvertrag gültig vereinbart werden kann (*Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226); diese führt ja auch zu einer Ergänzung des Arbeitsvertrags (allg Rz 34).

Gewährt ein AG **regelmäßig** und **vorbehaltlos** gewisse Zusatzleistungen, 33 insb Zusatzentgelte, an die Belegschaft oder Teile davon, so darf der AN nach Maßgabe des § 863 ABGB **darauf vertrauen**, dass er diese **Leistungen auch weiterhin erhalten** wird. Wesentlich ist, dass die Leistungen mit einer gewissen Regelmäßigkeit gewährt werden. Wie oft zB Zusatzentgelte ausbezahlt werden müssen, damit von einer konkludenten Anspruchsbegründung ausgegangen werden kann, lässt sich nicht allgemein beantworten. Entscheidend ist, dass der AN aus der Vorgangsweise und der Häufigkeit der Zahlung entnehmen darf, dass er einen Anspruch besitzt.

Eine zwei- bis dreimalige vorbehaltlose Auszahlung wird bei einer jährlich gewährten Zahlung (zB 15. Monatsgehalt zusätzlich zum laut KollV gebührenden 13. bzw 14. Monatsgehalt) in aller Regel ausreichend sein. Im Falle monatlicher Gewährungen werden einige Wiederholungen dazukommen müssen, ca drei bis sechs Zuwendungen werden hier genügen. Bei täglich anfallenden Leistungen (zB Essenzzuschuss, Wegstreckenabgeltung im Rahmen eines Werksbusdienstes) wird ein Anspruch aus § 863 ABGB nach einigen Wochen bis wenigen Monaten vorbehaltloser Zuwendung entstehen.

Gewährt ein AG den AN rund acht Jahre lang im KollV nicht vorgesehene 50-%-ige Nachtzuschläge, so ist diesbezüglich von einer Begründung arbeitsvertraglicher Ansprüche infolge langdauernder Betriebsübung auszugehen (vgl OGH 9 ObA 55/13y, infas 2013 A 74).

Rechtsdogmatisch betrachtet geht es um das durch die regelmäßige und vorbehaltlose Gewährung von Zusatzleistungen konkludent getätigte **Anbot des AG**, welches durch die gleichfalls schlüssig erfolgende **Zustimmung des AN** gem § 863 ABGB zum Inhalt des **Einzelarbeitsvertrags** wird. Eine im Betrieb herrschende Übung hat daher als solche keine Normkraft; sie kann nur auf rechtsgeschäftlichem Weg Bedeutung erlangen (völlig hA; RIS-Justiz RS0014539; zB OGH 9 ObA 87/02p; 8 ObA 77/11y; 8 ObA 18/12y; allg *Spiellbücher*, AR I⁴ 252 f mwN; zur gegenständlichen Rechtsgeschäftstheorie im Verhältnis zu anderen, nicht herrschenden Theorien zusammenfassend *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226 mwN bzw grundlegend *Jabornegg*, FS Kerschner 41 ff mwN). 34

Aus dem spezifischen Verhalten des AG ist sein Verpflichtungswille für die Zukunft abzuleiten. Er verhält sich so, dass der AN „keinen vernünftigen

Grund zu zweifeln“ (vgl § 863 Abs 1 ABGB) hat, dass der AG sich binden will. Es kommt also darauf an, welchen Eindruck der AN bei sorgfältiger Überlegung vom (schlüssigen) Erklärungsverhalten des AG haben durfte (OGH 9 ObA 55/13y, infas 2013 A 74; 8 ObA 18/12y); maßgeblich ist also der sog Empfängerhorizont (*Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228). Der rechtsgeschäftliche Wille des AN ist aus der Entgegennahme der Leistung zu entnehmen.

Betrachtet man diese dogmatischen Grundlegungen, so zeigt sich, dass sich eine entsprechende Übung und in der Folge eine Anspruchsbegründung auch auf einen einzigen AN oder einzelne AN beziehen kann. Insoweit müsste man anstelle von „betrieblicher Übung“ von „**individueller Übung**“ sprechen.

Besteht für die Entgeltfortzahlung während der Teilnahme an einer Betriebsversammlung eine betriebliche Übung, so kann sich ein redlicher AN für die Frage der Entgeltfortzahlung für die Zeit der Teilnahme auch dann auf diese berufen, wenn der BR rechtswidrig einberufen hat (OGH 9 ObA 27/14g, ASoK 2014, 407).

- 35** Durch einen **tauglichen Vorbehalt** kann der AG die Einzelvertragsergänzung verhindern. Fehlt der Vorbehalt, so wird es idR (s Rz 33 f) zum einzelvertraglichen Anspruch kommen. Die bloße Betonung der Freiwilligkeit ist kein derartiger Vorbehalt (stRsp; zB OGH 9 ObA 57/00y, ARD 5206/17/2001).

In erster Linie wird ein **Unverbindlichkeitsvorbehalt** in Betracht kommen. Ein solcher ist nur dann beachtlich, wenn er sich auf ein zulässig einseitig gestaltbares Entgelt bezieht, von der Formulierung her **deutlich** auf die Unverbindlichkeit der Leistung hingewiesen und dies zudem **auf jede Gewährung bezogen** wird. In diesem Sinn **zulässig einseitig gestaltbar** sind Entgelte jenseits des laufenden monatlichen Entgelts bzw wesentlicher Teile desselben (sog Inhaltskontrolle; vgl insb OGH 9 ObA 113/08w, infas 2009 A 38). Die Bezugnahme auf die einzelne Gewährung wird bei sog entgeltfernen Leistungen (zu diesen allg Rz 38) weniger dezidiert und häufig erfolgen können (ausführlich dazu *Rebhahn* in ZellKomm² §§ 861–864a ABGB Rz 97 mwN).

Davon zu unterscheiden sind Widerrufsvorbehalte. Diese könnten im Zuge der betrieblichen Übung mitvereinbart worden sein und ermöglichen eine einseitige Abstandnahme von einer vertraglich geschuldeten Leistung. Allerdings kann die Abstandnahme gültig nur nach billigem Ermessen stattfinden, es kommt also zu einer „Ausübungskontrolle“.

Festzuhalten ist, dass der durch betriebliche Übung entstandene Anspruch an verschiedene Bedingungen geknüpft sein kann, die mitvereinbart wurden („Vertragsklauseln“; der oben angesprochene Widerrufsvorbehalt ist nur ein Beispiel dafür). Der Anspruch steht dann eben nur unter diesen Vertragsbedingungen (zB Unternehmen muss Gewinn machen) zu (zu einem falschen

Verständnis einer derartigen Vertragsbedingung OGH 9 ObA 54/04p, ZAS 2006/34, 231 [krit Reissner]).

Die Abstandnahme von der aufgrund betrieblicher Übung vertraglich gewährten Leistung durch neuerliche diesbezügliche **Vertragsänderung** ist **möglich** und gültig. 36

Diese Vertragsänderung kann wiederum ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Im Falle konkludenter Wegvereinbarung derartiger Ansprüche (sog negative betriebliche Übung) muss genau darauf geachtet werden, ob der AG tatsächlich iSd § 863 Abs 1 ABGB darauf vertrauen kann, dass die AN mit einer Verschlechterung ihrer Vertragslage einverstanden sind. In der älteren Judikatur wurde Derartiges zuweilen leichtfertig unterstellt (vgl zB OGH 9 ObA 131/88, DRdA 1991/6, 45 [Eypeltauer] = ZAS 1990/6, 60 [Valentic] zur Abstandnahme von einer unechten BV). Jedenfalls wird zu verlangen sein, dass der AG seinen Wunsch zur Vertragsänderung gegenüber den betroffenen AN ausdrücklich kommuniziert. Bei bloßem Einstellen der Leistung und nachfolgender, einige Zeit lang bestehender Passivität der AN wird der AG in aller Regel nicht darauf vertrauen können, dass die AN einer Vertragsänderung nahetreten wollen (treffend dazu *Rebhahn* in ZellKomm² §§ 861–864a ABGB Rz 108; zusammenfassend *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228 mwN).

Gegenüber **Neueintretenden** kann der AG eine betriebliche Übung dadurch vermeiden, dass er durch **entsprechende Erklärungen** das Entstehen einer Vertrauenssituation iSd § 863 ABGB abwendet. Der AG muss also unmittelbar zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine deutliche Erklärung abgeben. Ansonsten kann sich eine betriebliche Übung bei entsprechender Vertrauenslage iSd § 863 ABGB bereits auf einen AN ausweiten, der die den Gegenstand der Übung bildende Leistung noch gar nie konsumiert hat (vgl zB OGH 8 ObA 145/97z, RdW 1998, 90). 37

Bei gewissen Leistungen des AG ist im Hinblick auf die schlüssige Vereinbarung besonders genau zu prüfen, ob die nötige Vertrauenslage iSd § 863 Abs 1 ABGB gegeben ist. So hat der OGH (8 ObA 270/95, DRdA 1997, 27 [Eypeltauer]) wegen des nur ganz losen Zusammenhangs mit der Arbeitsleistung im Falle eines Zuschusses des AG zu Theater- und Konzertabonnements von „Entgeltferne“ dieser Leistung gesprochen, sodass bei der Beurteilung von Konkludenz ein strenger Maßstab anzulegen sei. Der Begriff der „Entgeltferne“ ist zwar plakativ, verschleiert aber den Umstand, dass mE angesichts des weiten Entgeltbegriffs des Arbeitsrechts (vgl Rz 21 ff) auch Leistungen wie die gegenständlichen als Entgelte in einem weiten Sinn, als **am Rande des Begriffs stehende Entgelte** aufzufassen sind. Der entscheidende Punkt ist, dass auf Grund des nach den Umständen zu ermittelnden Charakters gewisser Leistungen des AG ein Anbot desselben auf Ergänzung des Arbeitsvertrags iSd § 863 ABGB nicht oder nur unter besonderen Rahmenbe- 38

dingungen zu ermitteln ist. Musterbeispiel dafür sind Entgelte, bei denen der Charakter eines „Geschenks“ sehr deutlich im Vordergrund steht (zB Betriebsausflug, Sachgeschenk zu Weihnachten).

b) Gleichbehandlung in Entgeltfragen

39 Bei der vertraglichen Festlegung des Entgelts ist auch auf Gleichbehandlungsvorschriften Bedacht zu nehmen. Zu unterscheiden ist zwischen dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Rz 40) und den in speziellen einfachgesetzlichen Bestimmungen niedergelegten Gleichbehandlungsgeboten (Rz 41).

40 Der **arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** wurde von der Rechtsprechung aus der Fürsorgepflicht des AG (vgl § 18) entwickelt. Er besagt, dass **ein AN** dann, wenn der AG Zusatzleistungen in einem bestimmten Rahmen (zB Betrieb, Betriebsteil) nach einem „**generalisierenden Prinzip**“ („Gießkannenprinzip“) gewährt, nicht willkürlich und aus sachfremden Gründen schlechter gestellt werden darf als die **Mehrheit** der AN. Die sachlich nicht gerechtfertigte **Bevorzugung eines oder einiger weniger AN** kann den Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch **nicht** verletzen.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hindert den AG grds nicht daran, in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren und den ab einem bestimmten Zeitpunkt in Frage kommenden AN Vergünstigungen nicht mehr zu gewähren (vgl zB OGH 9 ObA 601/90, DRdA 1991, 275 [Mayer-Maly]).

41 Das **GLBG** schreibt vor, dass im Arbeitsverhältnis niemand **auf Grund des Geschlechts bzw seiner familiären Situation, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung** unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf (vgl §§ 3, 17 leg cit). Dies gilt nach den §§ 3 Abs 1 Z 2, 17 Abs 1 Z 2 GLBG insb bei der **Festsetzung des Entgelts**. Eine entsprechende Regelung hinsichtlich der Gleichbehandlung im Zusammenhang mit einer **Behinderung** enthält § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG.

B. Überlassung von Wohnräumen, Verköstigung

42 Die Bestimmung des § 6 Abs 2, wonach die Überlassung von Wohnräumen (etc) an Angestellte sowie deren Verköstigung durch V verboten werden kann, ist mangels Existenz einer derartigen V praktisch bedeutungslos.

Überdies wird die Verordnungsermächtigung mangels ausreichender Determinierung iSd Art 18 B-VG verfassungswidrig sein (*Schrammel in Marhold/G. Burgstaller/Preyer* § 6 Rz 118).

IV. Dienstzettel

43 § 6 Abs 3 verweist auf § 2 AVRAG und damit auf das sog Dienstzettelrecht. Durch § 2 AVRAG wird die RL 91/533/EWG des Rates vom 14. 10. 1991 über

die Pflicht des AG zur Unterrichtung des AN über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (sog **NachweisRL**) ins österreichische Arbeitsrecht umgesetzt. Die Motivation für die NachweisRL besteht laut Präambel darin, angesichts der Entwicklung neuer Arbeitsformen und der daraus resultierenden Vielfalt der Arten von Arbeitsverhältnissen Maßnahmen in Richtung einer gewissen Formbindung zu treffen, die darauf abzielen, die AN besser vor etwaiger Unkenntnis ihrer Rechte zu schützen und den Arbeitsmarkt transparenter zu gestalten. Auch der **Zweck** von § 6 Abs 3 bzw § 2 AVRAG ist demgemäß darin zu sehen, einerseits den AN über die Hauptpunkte des Vertrages zu **informieren** und ihm andererseits ein Instrument zur **Beweissicherung** in die Hand zu geben (OGH 8 ObA 242/95, DRdA 1996, 61 = infas 1996 A 7; 9 ObA 86/01i, DRdA 2003/3, 37 [B. Schwarz]; 9 ObA 224/02k, DRdA 2003, 454 = infas 2003 A 86; Rauch, ASoK 1999, 317; Binder, AVRAG² § 2 Rz 14; vgl auch EuGH C-253–258/96, Kampelmann, Slg 1997, I-6907 = EAS RL 91/533/EWG Art 2 Nr 1 [Walker] = ARD 4895/5/97 sowie zur Vorgängerbestimmung von § 6 Abs 3 schon AB 1096 BlgAH 18. Sess 1908, 9).

Zu bedenken ist allerdings, dass eine formularmäßige Niederschrift von Arbeitsvertragsinhalten **für den AN keineswegs nur Vorteile** bringt: Durch die Infunktionsetzung des Arbeitsverhältnisses werden die Arbeitsbedingungen dynamisch konkretisiert, sodass sich eine Diskrepanz zu den bei Begründung ins Auge gefassten Vorstellungen ergeben kann. Jener AN, der sich auf eine schriftliche Präzisierung nicht berufen kann bzw es nicht gewagt hat, eine solche zu verlangen, gerät in einen Beweisnotstand, wenn er in einem späteren Streitfall Ansprüche geltend machen will, die schriftlich nicht fixiert wurden (Löschnigg, AR¹² 257 f).

Der österreichische Gesetzgeber hat der NachweisRL dadurch entsprochen, dass er allen AN Anspruch auf Aushändigung eines **Dienstzettels (Dienstscheines)** gewährt. Unter Dienstzettel ist eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zu verstehen. Die **generelle Dienstzettelpflicht** bedeutete eine Ausweitung des österreichischen Arbeitsrechtsbestands, da ein Anspruch des AN auf Überreichung eines Dienstzettels bei Beginn des Arbeitsverhältnisses vordem nur in einigen SonderG (zB JournG) vorgesehen war; nach dem AngG war ein Dienstzettel bloß auf Verlangen auszuhändigen (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 9; AB 1117 BlgNR 18. GP 1).

Legistisch wurde so vorgegangen, dass die **detaillierte Ausregelung in § 2 AVRAG** niedergelegt wurde und in § 6 Abs 3 nach Hervorhebung des Passus „bei Abschluss des Dienstvertrages“ auf diese Bestimmung **verwiesen** wird (vgl Art II und III BGBl 1993/459; zur Ausdeutung dieser legistischen Konzeption s Rz 43, zur zeitlichen Lagerung der Verpflichtung Rz 71).

44

A. Rechtsnatur des Dienstzettels

- 45 Der Dienstzettel (Dienstschein) darf **nicht** mit dem **Arbeitsvertrag** verwechselt werden. Schon aus der gesetzlichen Definition, wonach der Dienstzettel eine „schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag“ darstellt, ist zu ersehen, dass dieser als deklaratorisches Schriftstück dem konstitutiv das Arbeitsverhältnis begründenden Arbeitsvertrag gegenüberzustellen ist (stRsp, ua OGH 9 ObA 250/99a, DRdA 2000, 534 = RdW 2000, 475; 9 ObA 204/01t, Arb 12.150 = infas 2002 A 22; 9 ObA 43/04w, ARD 5515/5/2004; 9 ObA 180/08y, ecolex 2009/200; *Löschnigg*, AR¹² 256 mwN). Der Dienstzettel ist demnach eine allenfalls als Surrogat für die Vertragsurkunde (vgl OLG Wien 8 Ra 132–133/95, ARD 4712/26/96; *Kürner/Andexlinger*, RdW 1994, 109; vgl auch Rz 75) zu errichtende Beweisurkunde, eine „Wissenserklärung des AG über die Rechtslage“ bzw „Vorstellungsmitteilung“, also etwas „**Faktisches**“, das vom **rechtlichen** Phänomen des Arbeitsvertrags, der aus übereinstimmenden Willenserklärungen, mit denen Rechtsfolgen herbeigeführt werden sollen, besteht, streng zu unterscheiden ist (OGH 9 ObA 250/99a, DRdA 2000, 534; 9 ObA 267/01g, DRdA 2003/8, 58 [*Eichinger*]; 9 ObA 224/02k, DRdA 2003, 454 = RdW 2003, 638).

Ob in concreto ein (schriftlicher) Arbeitsvertrag oder bloß ein Dienstzettel vorliegt, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Die Bezeichnung des Schriftstücks ist zwar nicht allein entscheidend, kann jedoch bei der Qualifikation in der Praxis hilfreich sein (OGH 9 ObA 250/99a, DRdA 2000, 534; 9 ObA 86/01i, DRdA 2003/3, 37 [*B. Schwarz*]). Für eine (Arbeits-)Vertragsurkunde spricht, wenn beide Vertragspartner mindestens eine Ausfertigung unterschreiben oder jede Partei ein vom anderen Teil unterzeichnetes Exemplar erhält (vgl auch § 886 ABGB; *Rauch*, ASoK 1999, 317). Wird mit der Unterschrift allerdings bloß die Entgegennahme einer einschlägigen Aufzeichnung bestätigt, liegt ein Dienstzettel vor (*Eichinger*, DRdA 2003, 62; aA ASG Wien 24 Cga 105/00m, ARD 5312/20/2002). Als Aufzeichnung des AG bedarf der Dienstzettel grds keiner Unterfertigung durch den AN (OGH 9 ObA 86/01i, DRdA 2003/3, 37 [*B. Schwarz*]); setzt der AN seine Unterschrift dennoch unter den Dienstzettel, bestätigt diese nur den Erhalt des Dienstzettels und ist keine Abgabe einer Willenserklärung (OLG Wien 10 Ra 186/96, ARD 4791/34/96), da der Dienstzettel seiner Rechtsnatur gemäß nur etwas bereits Vereinbartes wiedergeben kann und daher gemachte Vereinbarungen nicht abzuändern oder zu ersetzen vermag (tendenziell aA *Binder*, AVRAG² § 2 Rz 41 f, welcher eine „vertragsneutrale“ Präzisierung der vereinbarten Rechtspositionen innerhalb des festgelegten Vertragsrahmens für zulässig erachtet; vgl auch *dens*, FS Cerny 182 f). Anderes kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände – eine vom AG vorgeschlagene und ausdrücklich als solche bezeichnete Vertragsänderung wird durch Unterfertigung des Dienstzettels umgesetzt (vgl LG Korneuburg 9 Cga 154/04w, ZAS-Judikatur 2005/132,

219) – angenommen werden (allg *Reissner/Neumayr* in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.65).

Besteht eine **Diskrepanz zwischen** dem Inhalt des **Dienstzettels** und jenem **46**
des **Arbeitsvertrags** und lässt sich diese Abweichung nicht auf eine (offene)
Anpassungsverpflichtung des AG (s Rz 80 ff) zurückführen, so erweist sich
der Dienstzettel hinsichtlich der vom Verabredeten divergierenden Angaben
als unrichtig (*Rauch*, ASoK 1999, 317). Nicht zu folgen ist der in ARD 5079/
7/99 geäußerten Ansicht, wonach im Falle einer Nichtübereinstimmung der
Angaben im Dienstzettel mit den mündlich getroffenen Vereinbarungen idR
zu vermuten sei, dass der AG im Zuge der Dienstzettelunterfertigung eine
Vertragsänderung bzw. -ergänzung beabsichtigte, da dies den rein deklarato-
rischen Charakter des Dienstzettelrechtes verkennend dem AN zusätzliche
Kontrollpflichten hinsichtlich ungewollter Vertragsänderungen aufzubürden
hieß (OGH 9 ObA 267/01g, DRdA 2003/8, 58 [*Eichinger*] = ARD 5312/19/
2002; OLG Wien 10 Ra 46/05s, ARD 5643/8/2005; zur zulässigen Vertragser-
gänzung durch eine nachträglich vorgeschlagene Konventionalstrafe gem
§ 11 Abs 3 AÜG im Dienstzettel s OGH 9 ObA 232/99d, RdW 2000, 627 =
ARD 5079/5/99). Maßgeblich ist naturgemäß die im Arbeitsvertrag (allenfalls
auch mündlich oder konkludent) statuierte Situation (OLG Wien 10 Ra 46/
05s, ARD 5643/8/2005). Problematisch ist jedoch, dass ein nicht korrekt aus-
gefertigter Dienstzettel dem AN den Beweis von entgegen diesem bestehen-
den arbeitsvertraglichen Ansprüchen erschwert (vgl Rz 43).

Wird einem AN, dessen Arbeitsverhältnis sich bereits im (von ihm selbst her- **47**
beigeführten) Auflösungsstadium befindet, im Zuge eines Betriebsübergan-
ges vom Erwerber vorschriftsmäßig ein neuer Dienstzettel ausgehändigt, ent-
steht dadurch nicht konstitutiv ein neues Dienstverhältnis (OGH 9 ObA 27/
01p, ecolex 2001, 693 [*Mazal*] = ARD 5254/4/2001). Der **AN muss grds nicht**
damit rechnen, dass der ihm zur Unterfertigung vorgelegte **Dienstzettel** ein
als Willenserklärung aufzufassendes Anbot auf eine (ihm zum Nachteil ge-
reichende) **Abänderung** der tatsächlich getroffenen Vereinbarung enthält.
Gegenteiliges ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände möglich, etwa
wenn der AG den AN ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass nach voran-
gegangener, unabhängig von der Unterfertigung des Dienstzettels vorge-
nommener mündlicher Vereinbarung nun die von ihm vorgeschlagene Än-
derung des Vertrages mit Unterfertigung des Dienstzettels durch den AN
zum Vertragsinhalt werden soll (OGH 9 ObA 267/01g, DRdA 2003/8, 58
[*Eichinger*] = ARD 5312/19/2002; krit gegenüber den strengen Erfordernis-
sen *B. Schwarz*, DRdA 2003, 40; zur Bedeutung des Dienstzettels bei der Er-
mittlung des Arbeitsvertragsinhalts vgl auch OGH 8 ObA 2306/96t, ARD
4846/23/97; ASG Wien 10 Cga 167/94i, ARD 4865/24/97).

Der Dienstzettel ist weiters **vom Arbeitszeugnis** (vgl § 39 sowie zB § 1163 **48**
ABGB, § 39 GangG, § 18 HGHAngG) **zu unterscheiden**. Während Ersterer

das Ziel hat, zwischen den Arbeitsvertragsparteien Klarheit zu schaffen (vgl auch Rz 43), ist Letzteres ein bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszustellendes Beweismittel **gegenüber Dritten**, wodurch jedoch ein teilweise deckungsgleicher Inhalt nicht ausgeschlossen ist (OLG Wien 8 Ra 132–133/95, ARD 4712/26/96; allg zum Dienstzeugnis § 39 Rz 1 ff).

- 49** **Gegenüberzustellen** ist der Dienstzettel auch dem nach § 78 Abs 5 EStG vom AG spätestens mit der Lohnzahlung dem AN auszuhändigenden **Monatslohnzettel** für den ausbezahlten Arbeitslohn. Diese Abrechnung hat zumindest folgende Angaben zu enthalten: a) Bruttobezüge, b) Beitragsgrundlage für Pflichtbeiträge (SV, Wohnbauförderung, gesetzliche Interessenvertretung), c) Pflichtbeiträge, d) Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Lohnsteuer, e) Lohnsteuer, f) Nettobetrag. Weitere Erläuterungen zu Eintragungen und Berechnung sind im Monatslohnzettel nicht vorgesehen, könnten sich aber aus der Fürsorgepflicht ergeben (vgl ARD 4617/14/95).
- 50** **Unabhängig** vom Dienstzettelrecht zu sehen sind schließlich die diversen **Informationsrechte des BR** in personellen Angelegenheiten, etwa nach § 99 Abs 4 ArbVG (Einstellung von AN) oder § 101 ArbVG (Versetzungen; vgl *Andexlinger*, RdW 1986, 376, der in Bezug auf die nach § 99 Abs 4 ArbVG vorgeschriebenen Angaben von einem „Dienstzettel für den BR“ spricht).

B. Stempel- und Gebührenfreiheit

- 51** Gem § 2 Abs 1 Satz 2 AVRAG ist der Dienstzettel von Stempel- und unmittelbaren Gebühren befreit (vgl Erlass des BMF vom 1. 3. 1994, ARD 4540/41/94). Da seit geraumer Zeit, nämlich seit der Novelle zum GebG BGBl 1994/629, **auch schriftliche Arbeitsverträge gebührenbefreit** sind, ist es so gesehen unerheblich, ob der Aufzeichnungspflicht über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis in Form eines Dienstzettels oder im Rahmen eines schriftlichen Arbeitsvertrages, der sämtliche Pflichtangaben enthält (§ 2 Abs 4 Z 2 AVRAG), Rechnung getragen wird (*Rauch*, ASoK 1999, 318).

C. Inhalt des Dienstzettels

- 52** § 2 Abs 1 und 2 AVRAG schreibt einen dem Art 2 Abs 1 und 2 NachweisRL entsprechenden **Mindestinhalt** für Dienstzettel fest (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10; s Rz 53 ff; Muster finden sich zB bei *Egermann* in *Mazal/Risak V* Rz 65; *Reissner/Neumayr* in *ZellHB AV-Klauseln* Rz 0.67). Damit sollen die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag aufgeführt sein. Während des Arbeitsverhältnisses aus einem konkreten Anlass auftretende Detailfragen können durch einen Dienstzettel weder erläutert noch gelöst werden (OGH 8 ObA 242/95, DRdA 1996, 61 = RdW 1996, 182 in Bestätigung von OLG Wien 8 Ra 11/95, ARD 4657/28/95 und ASG Wien 13 Cga 2/94x, ARD 4617/15/95; OLG Wien 34 Ra 145/94, ARD 4685/29/95). Im Falle

einer Auslandstätigkeit sind zusätzliche Angaben aufzunehmen (vgl Rz 65), gewissen Aufzeichnungserfordernissen kann auch durch Verweisung auf andere das Arbeitsverhältnis betreffende Bestimmungen Genüge getan werden (vgl Rz 67 f). Bei Änderung der zu Grunde liegenden Umstände sind auch die entsprechenden Angaben zu adaptieren (vgl Rz 80 ff).

1. Allgemein notwendige Angaben

In § 2 Abs 2 AVRAG sind die im Allgemeinen in den Dienstzettel aufzunehmenden Angaben aufgezählt (zu den Zusatzangaben bei Auslandstätigkeit Rz 65). Individuelle Abreden sind gegebenenfalls gesondert anzugeben (vgl Rz 66).

§ 2 Abs 2 Z 1 bzw Z 2 AVRAG verlangt **Namen** und **Anschrift** des **AG** bzw des **AN**. 54

Gem § 2 Abs 2 Z 3 AVRAG ist der **Beginn des Arbeitsverhältnisses**, gem § 2 Abs 2 Z 4 AVRAG ist bei Arbeitsverhältnissen auf bestimmte Zeit deren **Ende** anzugeben, wobei dieses jedoch nicht kalendermäßig bestimmt sein muss, sondern auch bloß „objektiv bestimmbar“ (zB „für die Dauer der Dienstverhinderung des AN X“) sein kann (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10; zur objektiv bestimmbar Befristung allg *Reissner* in *ZellKomm*² § 19 Rz 12). Bei zulässigen auflösenden Bedingungen ist im Falle reduzierter Unsicherheit das mögliche Ende des Arbeitsverhältnisses festzuschreiben, ansonsten wird man sich mit der Angabe des bedingten Ereignisses begnügen müssen (vgl allg *Löschnigg*, AR¹² 270 ff mwN). 55

§ 2 Abs 2 Z 5 AVRAG betrifft die **Dauer der Kündigungsfrist** sowie den **Kündigungstermin**, also Aspekte, die sich insb aus zwingenden bzw teildispositiven G (vgl zB § 20 Abs 2–4), daneben auch noch aus dem Günstigkeitsprinzip entsprechenden KollV (§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG), BV (vgl § 97 Abs 1 Z 22 ArbVG) oder Arbeitsverträgen ergeben. Unter „Kündigungsfrist“ ist jener Zeitraum zu verstehen, der mindestens zwischen dem (wirksam gewordenen) Ausspruch der Kündigung und der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss, „Kündigungstermin“ ist der Zeitpunkt des Erlöschens des Arbeitsverhältnisses (vgl allg § 20 Rz 35 ff). 56

Gem § 2 Abs 2 Z 6 AVRAG anzugeben ist der **gewöhnliche Arbeits- bzw Einsatzort**, erforderlichenfalls versehen mit einem **Hinweis auf wechselnde Arbeits(Einsatz)orte**. Unter dem „gewöhnlichen Arbeits(Einsatz)ort“ ist jener Ort zu verstehen, an dem der AN üblicherweise seine Arbeitsleistung zu erbringen hat (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10); die allgemeine Angabe des Arbeitsortes „Europa“ im Dienstzettel ist unzulässig (zum Fall eines Berufskraftfahrers OLG Wien 10 Ra 46/99d, ARD 5050/28/99). 57

Hinsichtlich einer Folgepflicht des AN bei Betriebsverlegung vertritt der OGH (9 ObA 51/99m, infas 2000 A 4) die Ansicht, dass eine Anführung des

Dienstortes im Dienstzettel bloß demonstrativ und somit ausweitbar sei, sofern es an einem die Ausschließlichkeit anzeigenden Zusatz wie zB „nur“ mangle. Diese Ansicht stößt im Schrifttum mE zu Recht auf Unverständnis, zumal eine Folgepflicht des AN auf Grund einer schlichten Angabe des Dienstortes ohne eine entsprechende, notwendige Zusatzvereinbarung mit Hinweis auf eine mögliche Betriebs- und folglich Arbeitsplatzverlegung im Dienstvertrag einhellig negiert wird (allg dazu Rz 12). Auszugehen ist mit *Andexlinger* (ecolex 1995, 45 mit Verweis auf LG Wien 44 Cg 193/83, Arb 10.304) und *Runggaldier* (DRdA 1996, 110) davon, dass eine einseitige Geltendmachung der Folgepflicht mangels entsprechender Vereinbarung ausgeschlossen ist. *Goricnik* (RdW 2000, 519) erblickt in der gegenständlichen Rechtsprechung eine unionsrechtlich bedenkliche Entwertung des § 2 Abs 2 Z 6 AVRAG und *Wachter* (DRdA 2001, 507) wirft dem Höchstgericht zutr vor, den Wortlaut der Bestimmung falsch interpretiert sowie den Zweck des Dienstzettels verkannt zu haben.

- 58 § 2 Abs 2 Z 7 AVRAG („allfällige Einstufung in ein generelles Schema“) bezieht sich auf **Einstufungen in KollV** und in Vertragsschablonen (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10) bzw – sofern zuständig – auch in sonstigen **kollektiv-arbeitsrechtlichen Rechtsquellen**.
- 59 Gem § 2 Abs 2 Z 8 AVRAG muss im Dienstzettel die **vorgesehene Verwendung des AN** enthalten sein. Das bedeutet, dass die zu leistende Arbeit kurz zu charakterisieren ist; eine bloße Funktionsbezeichnung reicht nicht aus (vgl EuGH C-253–258/96, Kampelmann, Slg 1997, I-6907 = EAS RL 91/533/EWG Art 2 Nr 1 [*Walker*] = ARD 4895/5/97).
- 60 § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG schreibt ein Ausweisen des **Anfangsbezugs**, und zwar getrennt nach Grundlohn bzw -gehalt und weiteren Entgeltbestandteilen (zB Sonderzahlungen), sowie die Angabe der **Fälligkeit** des Entgelts vor (zur pauschalierten Überstundenabgeltung vgl auch Rz 66). Erläuterungen, durch die der AN Aufschluss über bestimmte Eintragungen und Berechnungen im Rahmen einer Gehaltsabrechnung erhofft, können durch ein Begehren auf Ausstellung eines Dienstzettels nicht erzwungen werden (OLG Wien 34 Ra 145/94, ARD 4685/29/95; ASG Wien 13 Cga 7/94g, ARD 4617/14/95; 8 Cga 11/94h, ARD 4675/25/95; zum Monatslohnzettel und dessen Mindestinhalt vgl Rz 49). Da für die Festlegung des Anfangsbezuges und die Einstufung in ein generelles Schema die Erörterung von Vordienstzeiten unumgänglich ist, hat der AG die Pflicht, diese zu den wesentlichen Rechten des AN zählenden Angaben sachlich richtig in den Dienstzettel zu übernehmen. Sollte der AN nicht selbständig Vordienstzeiten bekanntgeben, so obliegt es dem AG, derartige Nachweise zu verlangen, denn nur dann kann er den inhaltlichen Anforderungen des § 2 AVRAG entsprechen (OGH 8 ObA 190/97t, DRdA 1998, 61 = infas 1998 A 22 mit Ausführungen zur Verfallsproblematik).

Nach § 2 Abs 2 Z 10 AVRAG ist das Ausmaß des **jährlichen Erholungsurlaubes** festzuhalten. Aus dieser Bestimmung kann nicht geschlossen werden, dass der AN Anspruch auf Bekanntgabe des in einem Jahr noch bestehenden Urlaubsrests hat (OGH 8 ObA 242/95, DRdA 1996, 61 = ARD 4702/5/95 in Bestätigung von OLG Wien 8 Ra 11/95, ARD 4657/28/95 und ASG Wien 13 Cga 2/94, ARD 4617/15/95). 61

§ 2 Abs 2 Z 11 AVRAG betrifft die „vereinbarte tägliche oder wöchentliche **Normalarbeitszeit**“ des AN. Einer Arbeitszeitregelung „je nach Bedarf nach freier Vereinbarung“ steht das Dienstzettelrecht nicht entgegen (VwGH 94/08/0221, ARD 4745/23/96); eine Rechtswidrigkeit nach anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften oder Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB ist damit aber nicht ausgeschlossen. Überstundenregelungen werden von § 2 Abs 2 Z 11 AVRAG nicht erfasst, diese sind vielmehr nach der allgemeinen Vorschrift des § 2 Abs 1 AVRAG im Dienstzettel auszuweisen (vgl Rz 66). 62

§ 2 Abs 2 Z 12 AVRAG verlangt die **Bezeichnung der** auf den Arbeitsvertrag allenfalls **anzuwendenden** Normen der **kollektiven Rechtsgestaltung** (KollV, Satzung, Mindestlohntarif, festgesetzte Lehrlingsentschädigung, BV) und einen Hinweis auf jenen Raum im Betrieb, in dem diese zur Einsichtnahme aufliegen. Der letztgenannte Hinweis korrespondiert mit § 15 ArbVG, wonach jeder kollektivvertragsangehörige AG den KollV binnen drei Tagen nach dem Tag der Kundmachung iSd § 14 Abs 3 ArbVG im Betrieb in einem für alle AN zugänglichen Raum aufzulegen und darauf in einer Betriebskundmachung hinzuweisen hat (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10). Für BV ist auf § 30 Abs 1 ArbVG zu verweisen, wonach solche vom BI oder vom BR im Betrieb aufzulegen oder an sichtbarer, für alle AN zugänglicher Stelle anzuschlagen sind. 63

Der im Zuge der Schaffung des BMSVG durch BGBl I 2002/100 eingefügte § 2 Abs 2 Z 13 AVRAG fordert schließlich die Namhaftmachung und Bekanntgabe der Anschrift der für den AN zuständigen **Betrieblichen Vorsorgekasse** bzw BUAK. Der AN soll über jene Kasse informiert werden, bei welcher die „Abfertigung neu“ nach BMSVG verwaltet wird. 64

2. Zusatzangaben bei Auslandstätigkeit

In Entsprechung des Art 4 NachweisRL zählt § 2 Abs 3 AVRAG jene Angaben auf, um die der Dienstzettel bei einer **Entsendung des AN ins Ausland** zu ergänzen ist (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10). Voraussetzung für die zusätzlichen Verpflichtungen ist eine Auslandstätigkeit mit einer Dauer von **mehr als einem Monat**. 65

Der vor Aufnahme der Auslandstätigkeit auszuhändigende Dienstzettel (oder schriftliche Arbeitsvertrag; vgl allg Rz 75) hat als **Zusatzangaben** die **voraussichtliche Dauer** der Auslandstätigkeit (§ 2 Abs 3 Z 1 AVRAG), die

Währung, in der das Entgelt ausbezahlt ist, sofern dies nicht in EUR erfolgt (§ 2 Abs 3 Z 2 AVRAG), gegebenenfalls **Bedingungen für die Rückführung** nach Österreich (§ 2 Abs 3 Z 3 AVRAG) sowie eine allfällige **zusätzliche Vergütung** für die Auslandstätigkeit (§ 2 Abs 3 Z 4 AVRAG) zu enthalten. Es geht um (bloße) Informationen zu den angesprochenen Themen, Ansprüche auf Finanzierung einer Rückführung oder auf Zusatzvergütung udgl sind aus dem Dienstzettelrecht naturgemäß nicht abzuleiten.

3. Individuelle Zusatzabreden

- 66 Die Aufzählung in § 2 Abs 2 (bzw Abs 3) AVRAG besitzt lediglich **demonstrativen Charakter** und nennt darum bloß den Mindestinhalt eines herkömmlichen Dienstzettels. Eine darin keine Deckung findende Zusatzabrede wird, sobald sie den Parteien als „wichtig“ erscheint, in richtlinienkonformer Interpretation im Rahmen des **Auffangtatbestandes „wesentliche Rechte und Pflichten“** des § 2 Abs 1 AVRAG ebenfalls zum notwendigen Bestandteil des Dienstzettels (*Binder*, AVRAG² § 2 Rz 14; *ders*, FS Cerny 177 f; *B. Gruber*, ecolex 2000, 59; vgl auch Rz 66).

Überstunden liegen per definitionem außerhalb der normalen Tages- bzw Wochenarbeitszeit (Z 11 leg cit; s Rz 62) und sind daher nicht Regelungsbestandteil des § 2 Abs 2 AVRAG. Eine Absprache, wonach der AN auf bloße Weisung des AG Überstunden zu leisten hat, muss daher als „wesentlicher“ Punkt iSd § 2 Abs 1 AVRAG qualifiziert werden und ist unter denselben Bedingungen wie die in Abs 2 leg cit genannten Angaben im Dienstzettel anzuführen. Die bezüglich der normalen Arbeitszeit geltende Verweisungsbefugnis des § 2 Abs 5 AVRAG (s Rz 67 f) ist analog auf Überstundenvereinbarungen anzuwenden (*Binder*, FS Cerny 171; vgl auch EuGH C-350/99, *Lange*, Slg 2001, I-1061 = EAS RL 91/533/EWG Art 2 Nr 2 [*Preis/Lindemann*] = wbl 2001/170). Auch **Überstundenpauschalen** und sog **All-in-Vereinbarungen** sind im Dienstzettel auszuweisen (*Reissner/Neumayr* in ZellHB AV-Klauseln Rz 0.70 mwN; aA *J. Winkler*, ecolex 1998, 413 ff); diesbezüglich wird aus § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG auch die Verpflichtung zur Angabe des „Grundlohns“ abgeleitet (*Binder*, AVRAG² § 2 Rz 31 mwN).

Als weitere in den Dienstzettel aufzunehmende „wesentliche Rechte und Pflichten“ wird man beispielsweise besondere **Aufwandsentschädigungsregelungen**, jedenfalls für Außendienstmitarbeiter, vertragliche **Nebentätigkeitsverbote**, **Konkurrenzklauseln** (s § 36 Rz 1 ff) oder **Konventionalstrafen** (§ 38 Rz 1 ff) anzusehen haben.

4. Verweisung auf andere Bestimmungen

- 67 In Anlehnung an Art 2 Abs 3 NachweisRL eröffnet § 2 Abs 5 AVRAG die Möglichkeit, bestimmte nach § 2 Abs 2 und 3 AVRAG notwendige Angaben durch **Verweis auf** die entsprechenden G, Normen der **kollektiven Rechts-**

gestaltung oder betriebsüblich angewendeten Reiserichtlinien vorzunehmen (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10). „**Reiserichtlinien**“ sind von ihrer Rechtsnatur her idR Vertragsschablonen, die durch ausdrückliche oder konkludente Unterwerfung Bestandteil der einzelnen Arbeitsverträge werden; daneben könnten sie auch als BV über die Erstattung von Auslagen und Aufwendungen sowie Regelung von Aufwandsentschädigungen gem § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG ausgestaltet sein. „**Betriebsüblich**“ sind Reiserichtlinien dann, wenn sie vom BI für die gesamte Belegschaft oder bestimmte Arbeitnehmergruppen regelmäßig verwendet werden.

Was die allgemein notwendigen Angaben in § 2 Abs 2 AVRAG betrifft, so können einschlägige **Verweisungen hinsichtlich** der in den Z 5, 6 sowie 9–11 leg cit angesprochenen Materien, also betreffend **Kündigungsfristen** und **-termine, Arbeitsort, Entgelt, Urlaub** und **Arbeitszeit** (vgl allg Rz 56 ff), vorgenommen werden. Im Bereich der Zusatzangaben bei Auslandstätigkeit kann bei den in § 2 Abs 3 Z 2 – 4 AVRAG enthaltenen Aspekten, das sind die maßgebliche **Währung**, die **Rückführungsbedingungen** sowie die allfällige **Zusatzvergütung** (vgl allg Rz 65), auf die genannten Bestimmungen verwiesen werden. 68

D. Die Dienstzettelpflicht im Einzelnen

Aus verschiedenen in § 2 AVRAG enthaltenen Regelungen ergibt sich, in welchen Situationen mit dem Dienstzettel zusammenhängende Aktivitäten zu entfalten sind. Einschlägige **Verpflichtungen** treffen immer den AG, und zwar jenen iSd Arbeitsvertragsrechts. 69

1. Erstmalige Ausstellung

Gem § 2 Abs 1 Satz 1 AVRAG hat der AG dem AN den Dienstzettel mit den in § 2 Abs 2 AVRAG vorgeschriebenen Mindestangaben (vgl Rz 53 ff) nach Maßgabe der in § 2 Abs 5 AVRAG gewährten Verweisungsmöglichkeiten (vgl Rz 67 f) auszuhändigen (zur zeitlichen Dimension der Verpflichtung s Rz 71). Hat der AN sogleich eine Auslandstätigkeit iSd § 2 Abs 3 AVRAG anzutreten, sind auch die in dieser Bestimmung vorgesehenen Zusatzangaben (vgl Rz 65) aufzunehmen (zur Situation bei späterer Auslandstätigkeit vgl Rz 83). 70

Was die **zeitliche Lagerung der Verpflichtung** des AG zur Ausstellung des Dienstzettels anlangt, so hat der österreichische Gesetzgeber von der in Art 3 NachweisRL vorgesehenen Möglichkeit, den Dienstzettel spätestens zwei Monate nach Aufnahme der Arbeit auszustellen, nicht Gebrauch gemacht, da dies für jene Arbeitnehmergruppen, die schon vor dem AVRAG Anspruch auf Aushändigung eines Dienstzettels bei Beginn des Arbeitsverhältnisses hatten, eine Verschlechterung bedeutet hätte (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 9 f; AB 1117 BlgNR 18. GP 1). 71

Gem § 2 Abs 1 Satz 1 AVRAG ist der Dienstzettel „unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses“ auszuhändigen, § 6 Abs 3 sieht allerdings vor, dass der Dienstzettel „**bei Abschluss des Dienstvertrages**“ auszuhändigen ist. Dieser Passus ist mit § 2 AVRAG zusammenzulesen, woraus folgt, dass Angestellte iSd AngG einen Anspruch auf frühere Ausstellung des Dienstzettels haben als sonstige, nur dem AVRAG unterliegende AN. Nach AngG hat der AN somit Anspruch auf Ausstellung des Dienstzettels **zeitgleich** oder **in engem, unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang** mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags.

Der Arbeitsvertrag wiederum ist grds mit dem **Zusammentreffen der** entsprechenden **übereinstimmenden Willenserklärungen** abgeschlossen. Ist vereinbart, dass der AN die Arbeit erst **später antreten** soll, kann dies entweder eine aufschiebende Befristung des Wirksamwerdens oder nur eine Suspendierung der Hauptpflichten des sofort wirksam werdenden Vertrags bis zum festgelegten Zeitpunkt bedeuten (vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861–864a ABGB Rz 32). Im ersteren Fall würde sich die Pflicht zur Ausstellung des Dienstzettels auf den Befristungseintritt verschieben, im letzteren Fall wäre sofort auszustellen.

- 72 Der Dienstzettel ist dem AN vom AG in **schriftlicher Form** „auszuhändigen“. Diese Formulierung bedeutet, dass der **AG** dieses Schriftstück **ausstellen** und **dem AN zu übergeben** hat (dies wird auch per Boten oder auf elektronischem Weg erfolgen können; *Binder*, AVRAG² § 2 Rz 24), eine Unterschrift des AG ist nicht erforderlich (ebenso wenig eine Unterfertigung durch den AN; vgl Rz 45). Das Ausfüllen eines Dienstzettels mit Bleistift ist unter Bedachtnahme auf die Verfälschungsmöglichkeit dieses Schreibmittels als bedenklich einzustufen (ASG Wien 10 Cga 167/94i, ARD 4865/24/97; bestätigt durch OLG Wien 9 Ra 308/97y, ARD 4901/43/98). Es ist **nicht notwendig**, dass der **AN von sich** aus ein **Verlangen** nach dem Dienstzettel stellt; dies ergibt sich nicht nur aus einer Wortinterpretation, sondern ebenso durch Zusammenschau mit § 2 Abs 7 AVRAG.

2. Nichtbestehen einer Dienstzettelpflicht

- 73 In § 2 Abs 4 AVRAG sind drei Fälle angeführt, in denen keine Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels besteht. Zu verweisen ist schließlich auf die Regelung des § 2 Abs 7 Satz 2 AVRAG, die ebenfalls eine Konstellation ohne Bestehen einer Dienstzettelpflicht behandelt (vgl Rz 75).
- 74 § 2 Abs 4 Z 1 AVRAG, wonach **Arbeitsverhältnisse** mit einer Dauer **von höchstens einem Monat** von der Dienstzettelpflicht ausgenommen sind, entspricht Art 1 Abs 2 lit a erster Gedankenstrich NachweisRL. Von der weiteren in der RL vorgesehenen Möglichkeit, jene Arbeitsverhältnisse, deren Wochenarbeitszeit höchstens acht Stunden beträgt, von der Verpflichtung zu entbinden, wurde nicht Gebrauch gemacht, da dies in Widerspruch zum Entfall der

zeitlichen Mindestgrenze in arbeitsvertragsrechtlichen G (vgl zB §§ 1 Abs 1, 2 Abs 1 idF BGBl 1992/833) stehen würde (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10).

Keine Dienstzettelpflicht besteht nach § 2 Abs 4 Z 2 AVRAG auch dann, wenn ein **schriftlicher Arbeitsvertrag** ausgehändigt wurde, der **alle** in § 2 Abs 2 und 3 AVRAG genannten **Angaben enthält** (zur Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Dienstzettel vgl Rz 45 ff). Diese Bestimmung verlangt, dass ein zumindest vom AG unterzeichnetes Vertragswerk dem AN übergeben wird. Zu beachten ist, dass ein ausgehändigter schriftlicher Arbeitsvertrag den Dienstzettel nur dann ersetzen kann, wenn er – was nicht notwendig der Fall ist – alle von § 2 Abs 2 und 3 AVRAG geforderten Angaben tatsächlich enthält. 75

§ 2 Abs 4 Z 3 AVRAG sieht einen Entfall der Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels vor, wenn **bei Auslandstätigkeit** die in § 2 Abs 3 AVRAG genannten **Angaben in anderen schriftlichen Unterlagen** enthalten sind. Diese Regelung ist in mehrfacher Hinsicht zu präzisieren: Zum einen steht nicht die Pflicht zur Erstellung des Dienstzettels als solche, sondern nur jene zur Ergänzung desselben iSd § 2 Abs 3 AVRAG zur Diskussion. Weiters muss die „andere schriftliche Unterlage“ einen qualifizierten Bezug zum jeweiligen Arbeitsverhältnis aufweisen; denkbar wäre etwa ein die notwendigen Zusatzangaben beinhaltender schriftlicher Reiseauftrag (vgl auch ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10). 76

3. Verpflichtungen im Bereich „alter“ Arbeitsverhältnisse

In Entsprechung von Art 9 Abs 2 NachweisRL sind in § 2 Abs 7 AVRAG die Dienstzettelpflicht betreffende Übergangsbestimmungen für im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AVRAG bereits bestehende Arbeitsverhältnisse vorgesehen (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10). Hat demnach ein „Arbeitsverhältnis bereits vor Inkrafttreten dieses BG bestanden, so ist dem AN auf sein Verlangen binnen zwei Monaten ein Dienstzettel“ iSd § 2 Abs 1–3 AVRAG „auszuhändigen“. 77

Als Zeitpunkt des **Inkrafttretens** ist für § 2 Abs 7 AVRAG gem § 19 Abs 1 S 2 leg cit der Tag des Inkrafttretens des Abkommens über den EWR, also der **1. 1. 1994**, maßgeblich (Holzer/Reissner, AVRAG² § 19 Rz 3). 78

AN, die in einem nach dieser Stichtagsregelung „alten“ Arbeitsverhältnis stehen, müssen also die Aushändigung eines Dienstzettels **von sich aus verlangen**. Der AG hat dann **zwei Monate ab dem Verlangen** des AN Zeit, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Die gegenständliche **Dienstzettelpflicht besteht** nur dann **nicht**, wenn bereits ein **vollständiger** Ausweis in Form eines Dienstzettels oder eines schriftlichen **Arbeitsvertrags** übergeben wurde. 79

4. Änderung von Angaben

Der Dienstzettel ist insofern dynamisch ausgestaltet, als gem § 2 Abs 6 AVRAG auch jede Änderung der im Dienstzettel aufzuzeichnenden Rechte und 80

Pflichten **dem AN** von Seiten des AG **unverzüglich** – spätestens jedoch einen Monat nach Wirksamwerden der Änderung – und **schriftlich mitzuteilen** ist. Diese schriftliche Information kann nur unterbleiben, wenn die Änderung durch G oder Normen der kollektiven Rechtsgestaltung erfolgte, auf die gem § 2 Abs 5 AVRAG verwiesen wurde.

81 In dieser Bestimmung werden die in Art 5 NachweisRL enthaltenen Vorgaben umgesetzt. Die Verpflichtung zur Bekanntgabe von Änderungen ist laut Materialien (ErlRV 1077 BlgNR 18. GP 10) **insb bei Betriebsübergang** (§§ 3 ff AVRAG) von Bedeutung (vgl *Gahleitner*, DRdA 2000, 427), da dem AN bei wesentlicher Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ein spezielles Kündigungsrecht (§ 3 Abs 5 und 6 AVRAG) bzw bei Nichtübernahme eines kollv Bestandschutzes oder einer einzelvertraglichen Pensionszusage ein Widerspruchsrecht (§ 3 Abs 4 AVRAG) eingeräumt wird; diese Arbeitnehmerrechte sind von der Kenntnis der Veränderungen abhängig. Zu beachten ist, dass diesbezüglich auch aus anderen Bestimmungen Informationspflichten des AG abzuleiten sind.

82 Der aus § 2 Abs 6 AVRAG entspringenden Verpflichtung des AG kann durch Aushändigung einer **Ergänzung zum Dienstzettel** (vgl *Windisch-Graetz*, AR II⁸ 36) **oder** aber durch **Erstellung eines neuen Dienstzettels** entsprochen werden (zu mehreren aufeinanderfolgenden Dienstzetteln und Dienstverträgen mit Querverweisen s OLG Wien 10 Ra 302/02h, ARD 5373/7/2003).

In der in § 2 Abs 6 letzter Satzteil AVRAG enthaltenen Anordnung, wonach die Mitteilung dann unterbleiben kann, wenn die Änderung in G oder kollektiven Rechtsquellen erfolgte, auf die im Dienstzettel verwiesen wurde, findet sich insofern eine Ungereimtheit, als die „betriebsüblich angewendeten **Reiserichtlinien**“, auf die gem § 2 Abs 5 AVRAG Bezug genommen werden kann, keine Erwähnung finden, obwohl derartige Richtlinien nicht unbedingt den Charakter von Normen der kollektiven Rechtsgestaltung haben müssen (vgl Rz 67). Man wird diese Regelung korrigierend lesen und die gegenständliche Informationspflicht auch bei Änderung von betriebsüblich angewendeten Reiserichtlinien entfallen lassen dürfen.

83 Eine Änderung von Angaben samt entsprechender Mitteilungspflicht ergibt sich auch implizit aus § 2 Abs 3 AVRAG, wenn ein bislang im Inland beschäftigter AN eine einschlägige **Auslandstätigkeit** aufnehmen soll (vgl allg Rz 65). Es ist dies eine von mehreren denkbaren Konstellationen, in denen im Zuge der Entwicklung des Arbeitsverhältnisses zusätzlich Angaben zu machen sind, die vordem ihrer Art nach überhaupt nicht in Frage kamen.

84 Die Mitteilungspflicht trifft bloß den AG, es besteht **keine Verpflichtung des AN**, den AG binnen angemessener Zeit **auf Abweichungen** des Dienstzettels

vom tatsächlich Vereinbarten **hinzuweisen**, da die gesetzliche Verpflichtung zur Ausstellung des Dienstzettels (§ 6 Abs 3 sowie § 2 Abs 1 AVRAG) vom AG nur dann gehörig erfüllt wird, wenn er allfällige Abreden im Dienstzettel festhält. Der AN darf daher im Allgemeinen auf die Richtigkeit der im Dienstzettel verbriefen Angaben vertrauen und ist nicht dazu angehalten, den Inhalt bei der Übernahme auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen (so zu Recht *Eichinger*, DRdA 2003, 63).

E. Durchsetzung

Laut EuGH (C-350/99, *Lange*, Slg 2001, I-1061 = EAS RL 91/533/EWG Art 2 Nr 2 [*Preis/Lindemann*] = wbl 2001/170; vgl auch EuGH C-253–258/96, *Kampelmann*, Slg 1997, I-6907 = EAS RL 91/533/EWG Art 2 Nr 1 [*Walker*] = ARD 4895/5/97) gebietet die NachweisRL weder die Nichtigkeit eines nicht bzw bloß unzureichend determinierten wesentlichen Bestandteiles des Dienstzettels noch werden durch diese nationale Beweislastregeln berührt. Eine Nichtigkeitssanktion ist auch nach österreichischem Recht abzulehnen (*Binder*, AVRAG² § 2 Rz 53; *B. Gruber*, *ecolex* 2000, 58 ff; in diese Richtung schon die Materialien zur Vorgängerbestimmung des § 6 Abs 3, nämlich AB 1096 BlgAH 18. Sess 1908, 9).

Nach österreichischem Recht können die Ansprüche auf Aushändigung eines Dienstzettels, auf Ergänzung unvollständiger Angaben bzw auf Anpassung von Dienstzettelinhalten an geänderte rechtliche oder faktische Umstände gegebenenfalls durch **(Leistungs-)Klage beim ASG** durchgesetzt werden (*Binder*, AVRAG² § 2 Rz 48; aus der Rechtsprechung vgl zB OLG Wien 34 Ra 145/94, ARD 4685/29/95; ASG Wien 13 Cga 2/94x, ARD 4617/15/95; 13 Cga 7/94g, ARD 4617/14/95; 8 Cga 11/94h, ARD 4675/25/95); diese Durchsetzungsmöglichkeit ist auch unionsrechtlich geboten (vgl zB EuGH C-306/07, *Andersen*, ZAS-Judikatur 2009/52, 78). **Strittig** ist, ob mit **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** der **Anspruch** auf Ausstellung eines Dienstzettels **verloren geht**. In E des OGH (4 Ob 48, 53/74, ZAS 1975/20, 182 [krit *Reischauer*] = Arb 9256) zu § 6 Abs 3 sowie des OLG Wien (7 Ra 354/96x, ARD 4865/23/97) wird dieser Anspruch gewährt (implizit auch *Binder*, AVRAG² § 2 Rz 48), und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Ausstellung eines Dienstzettels unbeschadet eines Anspruchs auf ein Dienstzeugnis gem § 39 (bzw § 1163 ABGB) auch nach Beendigung durchaus weiter sinnvoll sein kann, so etwa dann, wenn laut KollV Qualifikationsmerkmale in den Dienstzettel aufzunehmen sind, die beim Dienstzeugnis weder erforderlich noch notwendig sind. *Reischauer* (ZAS 1975, 184 f) und ihm folgend das OLG Wien (8 Ra 132/95 sowie 8 Ra 133/95, ARD 4712/26/96) meinen hingegen, dass die Funktion des Dienstzettels – im Gegensatz zu jener des Arbeitszeugnisses – darin bestehe, dem AN gegenüber dem AG ein Beweismittel zu geben, das der Beweiskraft eines schriftlich abgeschlossenen Arbeitsvertrags

entspreche (vgl. auch Rz 45). Nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gehe es um offen gebliebene Ansprüche aus dem Vertrag und damit verbunden um das Problem, das Entstehen bzw. Bestehen eines Anspruchs zu beweisen. Bestreitet der AG in dieser Phase das Bestehen des Anspruchs, wäre ein erst auszustellender Dienstzettel geradezu funktionslos, weil der AN dieselben Beweise, die er zur Erreichung eines Dienstzettels auf streitigem Wege zu führen hätte, auch zur Durchsetzung des offen gebliebenen Anspruchs selbst erbringen müsste. Im Ergebnis entspricht dieser Begründungslinie auch das ASG Wien (12 Cga 113/94, ARD 4726/6/96), wenn es einem Begehren auf Herausgabe eines Dienstzettels nach einem alle wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bereinigenden Vergleich mangels weiteren „rechtlichen Interesses des AN“ nicht stattgibt. Letzteres prozessuales Argument ist zweifellos nicht haltbar (so auch *Reischauer*, ZAS 1975, 184). Man wird aber auch die Funktion des Dienstzettels nicht zu eng bloß als Beweismittel gegenüber dem AG verstehen dürfen, sodass eine Ausstellung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt werden kann (so auch *Binder*, AVRAG² § 2 Rz 23). Mangels Sonderregelung wird man den Dienstzettel – wie das Dienstzeugnis (vgl. OGH 8 Ob A 217/00w, DRdA 2002/15, 227 [*Eichinger*] = JBl 2001, 735) – **30 Jahre** lang (allgemeine Verjährungsfrist gem § 1478 ABGB) **nachfordern** können (vgl. auch *Binder*, AVRAG² § 2 Rz 48, der eine „erweiternde“ Anwendung von § 1486 Z 5 ABGB – der allerdings Entgelte und Auslagenersatz betrifft – ins Auge fasst).

- 86** Nach Ansicht des ASG Wien (29 Cga 156/95, ARD 4808/11/97) hat der AN kein Recht, seine **Arbeitsleistungen zurückzubehalten**, bis ihm der verlangte Dienstzettel ausgehändigt wird. Dem ASG Wien zufolge ist der Anspruch auf einen Dienstzettel kein Entgeltbestandteil und daher kein Äquivalent für die Arbeitsleistung; die Unterlassung derselben sei daher als Arbeitsverweigerung zu qualifizieren und verwirkliche einen Entlassungsgrund. Diese Aussage ist mE zu undifferenziert: Die beharrliche Weigerung, einen Dienstzettel auszustellen, kann sich zu einer ausreichend erheblichen Fürsorgepflichtverletzung verdichten und in der Folge das Zurückbehaltungsrecht des AN auslösen. Dass diese Rechtsfolge auch allgemein passend ist, zeigt sich nicht zuletzt auch an der entsprechenden (Sonder-)Bestimmung in § 11 Abs 4 Satz 3 AÜG. Ein Leistungsverweigerungsrecht besteht jedenfalls dann, wenn das Vorgehen des AG einen Austrittsgrund darstellt (zum Zurückbehaltungsrecht allg. *Windisch-Graetz*, AR II⁸ 77 f mwN).
- 87** Das Nichtvorliegen eines Dienstzettels macht die Annahme einer angebotenen Beschäftigung nicht unzumutbar iSd § 9 AUVG. Auch die bloß drohende Verzögerung der Dienstzettelausstellung – der AG lief Gefahr, dem Kriterium der Unverzüglichkeit gem § 2 Abs 1 AVRAG nicht Genüge zu tun (vgl. dazu auch Rz 71) – schließt die Zumutbarkeit der Beschäftigungsaufnahme nicht aus (VwGH 2000/19/0106, ARD 5261/10/2001).