

# V. Arbeitsleistung im Ausland

## A. Zulässigkeit

Nach österreichischem Recht ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Ausland nicht verboten und unterliegt auch keinen Formvorschriften. Allerdings ist zu prüfen, ob die Beschäftigung von ins Ausland entsandten Arbeitnehmern nach den Vorschriften des Empfangsstaats zulässig oder an Formvorschriften gebunden ist (was i.a.R. der Fall ist).

Dauert die Entsendung länger als einen Monat, hat der Arbeitgeber einen zusätzlichen Dienstzettel auszuhändigen, dem die Bedingungen der Entsendung zu entnehmen sind (§ 2 Abs 3 AVRAG).

## B. Anzuwendendes Recht

Erbringt ein Arbeitnehmer (egal, welche Staatsbürgerschaft er hat) für einen österreichischen Arbeitgeber eine Arbeitsleistung im Ausland, stellt sich die Frage, welches Recht zur Anwendung kommt – österreichisches oder das eines anderen Staates. Diese Frage ist mit den Normen des **Internationalen Privatrechts** (IPR) bzw. Kollisionsrechts zu lösen. Aufgrund des teilweise langen Bestands von Arbeitsverträgen kommt auch älteren Regelungen des IPR für die Praxis Bedeutung zu, wobei es dabei immer auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt (der auch Jahre vor der Entsendevereinbarung liegen kann). Arbeitsverträge, die

- vor dem 1.1.1979 abgeschlossen wurden, unterliegen den §§ 35 ff ABGB, solche, die
- zwischen 1.1.1979 und 30.11.1998 abgeschlossen wurden, unterliegen § 44 IPRG, solche, die
- zwischen 1.12.1998 und 16.12.2009 abgeschlossen wurden, unterliegen Art 6 EVÜ und solche, die
- ab dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden, unterliegen Art 8 Rom I-VO.

Die drei letzten Bestimmungen sind im Wesentlichen ident, lediglich das ABGB enthält wesentlich andere Bestimmungen, die aber im Folgenden außer Betracht bleiben sollen.

Wichtigster Anknüpfungspunkt für das anzuwendende Recht ist der **gewöhnliche Arbeitsort**, dessen Recht entscheidend ist. Das bedeutet grundsätzlich, dass in den Fällen der Entsendung von Österreich zunächst weiterhin österreichisches

Recht anzuwenden ist. Erst wenn kein Rückkehrwille nach Österreich besteht, unterliegt der Arbeitsvertrag ausländischem Recht. Wird hingegen ein Arbeitnehmer von vornherein für einen dauerhaften Einsatz in einem bestimmten Staat aufgenommen, so liegt sein gewöhnlicher Arbeitsort von Anfang an dort und dementsprechend ist dann das Recht dieses Staats anzuwenden.

Die völlige Anwendbarkeit des Arbeitsrechts des Herkunftslandes wird aber in zweifacher Hinsicht durchbrochen: Zum einen kennt das IPR **Eingriffsnormen**. „Eine Eingriffsnorm ist eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung [Rom I-VO, Anm] auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“ (Art 9 Abs 1 Rom I-VO, wobei diese Definition auch für das IPRG und das EVÜ passend ist.) Diese Eingriffsnormen können in allen Rechtsordnungen vorkommen (also auch außerhalb des EWR). Gerade das Arbeitsrecht ist in vielen Bereichen mit Eingriffsnormen durchsetzt, sodass bei Entsendungen viele Bestimmungen des Empfangsstaats zur Anwendung kommen.

Die zweite Durchbrechung erfolgt durch die **Entsende-RL** (zu dieser gleich im Folgenden unter V.C.), die Verzerrungen am Arbeitsmarkt durch die Grundfreiheiten der EU verhindern soll.

Eine ausdrückliche **Rechtswahl** einer Rechtsordnung ist zulässig, doch darf das zwingende Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes dadurch nicht beseitigt werden.

Die Besteuerung des Entgelts und die Bestimmung des Sozialversicherungssystems, dem der Arbeitnehmer unterliegt, haben keinen Einfluss auf das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht.

### Internationales Sozialversicherungs- und Steuerrecht

Das arbeitsrechtliche Kollisionsrecht hat für Fragen der Sozialversicherung und der Besteuerung des Entgelts keine Bedeutung. Das bedeutet, dass trotz Anwendung von österreichischem Arbeitsrecht ein Arbeitnehmer im Ausland sozialversichert und dort auch steuerpflichtig sein kann.

Das sv-rechtliche Kollisionsrecht ist in der VO Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (883/2004) geregelt. Die kollisionsrechtlichen Normen zur Besteuerung des Einkommens finden sich in bilateralen Abkommen („Doppelbesteuerungsabkommen“).

## C. Gesetzliche Bestimmungen für Entsendungen

### 1. Bedeutung der Entsende-RL

Die Entsende-RL hat den Hintergrund, dass die arbeitsrechtlichen Ansprüche (die stets mit Kosten für den Arbeitgeber verbunden sind und somit dessen

Position im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern beeinflussen) in den EWR-Staaten nicht ident sind. Aus diesem Grund sind bei Entsendungen – also dem Tätigwerden eines Arbeitnehmers in einem anderen EWR-Staat – bestimmte Vorschriften des Empfangsstaats einzuhalten (va die Mindestlohnbestimmungen); diesen Bestimmungen kommt somit die Wirkung einer Eingriffsnorm zu.

Welche Rechtsnormen dies konkret betrifft, ist der Rechtsordnung des jeweiligen Empfangsstaats zu entnehmen. Die Regelung im LSD-BG betrifft nämlich nur Entsendungen *nach Österreich* und ist auf Entsendungen *von Österreich* nicht anzuwenden.

### 2. Entsendungen nach Österreich

Da der Entsendebetrieb keine Mitgliedschaft in einer kollv-fähigen Körperschaft erwerben muss, ist der KollV nicht direkt anwendbar. Allerdings bestimmt § 3 LSD-BG, dass bestimmte gesetzliche und kollv-liche Bestimmung für aus dem EWR nach Österreich entsandte Arbeitnehmer zur Anwendung kommen.<sup>38</sup> Entsandte Bauarbeiter und Bauangestellte haben demnach folgende Ansprüche für die Dauer der Entsendung nach Österreich (vom ersten Tag an, unabhängig von der Dauer der Entsendung):

- Anspruch auf das kollv-liche **Mindestentgelt**; dieses umfasst
  - den kollv-lichen Mindestlohn (Mindestgehalt) nach dem KollV Bauindustrie/Baugewerbe bzw KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie;
  - die aliquoten Sonderzahlungen (§ 12 KollV Bauindustrie/Baugewerbe, § 12 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie);
  - Zulagen (§ 6 KollV Bauindustrie/Baugewerbe bzw § 14 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie);
  - Zuschläge (§ 4 KollV Bauindustrie/Baugewerbe bzw § 7 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie);
  - Taggelder (§ 9 KollV Bauindustrie/Baugewerbe bzw § 17 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie), weil es sich um pauschalisierte Taggelder handelt.<sup>39</sup>
- Bezüglich des **Urlaubs** unterliegen Arbeiter den Bestimmungen des BUAG (§§ 33d–33h BUAG), sofern ihr Urlaubsanspruch nicht von einer vergleichbaren Einrichtung im Ausland, mit der die BUAK ein Abkommen geschlossen hat (§ 33i BUAG), verwaltet wird. Angestellte haben Anspruch auf den aliquoten Urlaubsanspruch nach dem UrlG (§ 4 LSD-BG).

---

38 Dazu näher *Wiesinger*, Welcher Lohn liegt dem Grundlohn zugrunde? Die Ermittlung des „richtigen“ Kollektivvertrages bei Entsendungen, ASoK 2014, 17.

39 EuGH 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, DRdA 2015, 508 (*Windisch-Graetz*) = ÖJZ 2015, 484 (*Brenn*).

### 3. Ausnahmen

#### a) Außergewöhnliche Fälle (§ 20 AZG)

Die Ausnahme nach § 20 AZG hängt an drei Voraussetzungen:

- Die Arbeiten müssen **vorübergehend**, also von kurzer Dauer sein.
- Die Arbeiten müssen **unaufschiebbar** sein.
- Die Arbeiten müssen der **unmittelbaren Abwendung einer Gefahr** für Personen (§ 20 Abs 1 lit a AZG) oder der Abwendung eines unverhältnismäßigen Sachschadens (§ 20 Abs 1 lit b AZG) dienen.<sup>60</sup>

Arbeiten nach § 20 AZG sind ehestens, längstens jedoch vier Tage nach dem Beginn dem AI anzuzeigen (§ 20 Abs 2 AZG); die Verletzung der Anzeigepflicht ist strafbar (§ 28 Abs 1 Z 3 AZG), ändert jedoch nichts an der Zulässigkeit der Überschreitung der Höchstarbeitszeitgrenzen.

Der Einsatz von Minderjährigen über 16 ist, sofern keine Erwachsenen für die Notfallsarbeiten zur Verfügung stehen, zulässig (§ 20 KJBG), von Minderjährigen unter 16 sowie werdenden und stillenden Müttern gänzlich verboten.

#### b) Vorübergehend erhöhter Arbeitsbedarf (§ 7 Abs 4 und 4a AZG)

Bei einem vorübergehend erhöhten Arbeitsbedarf kann durch (eine nicht erzwingbare) BV die Arbeitszeit verlängert werden. Anders als bei der Ausnahme nach § 20 AZG (außergewöhnliche Fälle), ist hier die Unvorhersehbarkeit nicht Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung. Eine solche BV kann also zB abgeschlossen werden, um Pönalezahlungen zu vermeiden. Die Höchstgrenzen der Arbeitszeit betragen in diesen Fällen:

- max zwölf Stunden/Tag und
- max 60 Stunden/Woche.

Allerdings wird dieses auf den ersten Blick attraktive Arbeitszeitmodell durch folgende zusätzlich zu erfüllende Bedingungen eingeschränkt:

- Diese Sonderüberstunden sind nur max 24 Wochen/Kalenderjahr zulässig.
- Diese Sonderüberstunden dürfen nur in max acht direkt aufeinanderfolgenden Wochen geleistet werden; dann muss eine Pause von mind zwei Wochen erfolgen.
- Die durchschnittliche Höchstgrenze von max 48 Stunden/Woche in 17 Wochen wird durch § 7 Abs 4 AZG *nicht* beseitigt.

In Betrieben ohne BR können die oben stehenden Ausnahmen auch durch Einzelvereinbarung getroffen werden, jedoch muss dabei arbeitsmedizinisch die Unbedenklichkeit festgestellt werden (§ 7 Abs 4a AZG).

---

<sup>60</sup> Abwendung eines Mauereinsturzes, der auch Anrainer bedrohen würde (OLG Wien 1.7.1998, 8 Ra 112/98v, ARD 4964/9/98).

## C. Besonders geschützte Personengruppen

### 1. Mütter

Das MSchG enthält Bestimmungen zum **Schutz** sowohl der werdenden als auch der stillenden **Mutter** als auch des **ungeborenen Kindes**. Sobald eine Mutter von ihrer Schwangerschaft weiß, hat sie dies dem Arbeitgeber **mitzuteilen** und auf Verlangen eine ärztliche Bestätigung darüber vorzulegen; der Arbeitgeber hat seinerseits das AI zu informieren (§ 3 Abs 4 und 6 MSchG). Die Unterlassung dieser verpflichtenden Mitteilung hat zur Folge, dass der Arbeitgeber für die Einhaltung der Schutzvorschriften nicht haftbar gemacht werden kann. Eine verspätete Mitteilung lässt den Schutz ab diesem Zeitpunkt eintreten.

Die Schutzbestimmungen reichen von einem Verbot bestimmter Tätigkeiten und bestimmter Arbeitszeiten (dazu unter VIII.B.2.) bis zu einem totalen Beschäftigungsverbot, nämlich:

- **Generelles Beschäftigungsverbot**
  - für werdende Mütter ab der achten Woche vor der Entbindung (§ 3 Abs 1 MSchG), wobei bei entsprechender ärztlicher Feststellung das Beschäftigungsverbot zeitlich nach vor verlegt werden kann (§ 3 Abs 3 MSchG);
  - für Mütter in den ersten acht Wochen nach der Entbindung (§ 5 Abs 1 MSchG);
  - in der Nacht, dh zwischen 20 und 6 Uhr (§ 6 Abs 1 MSchG);
  - an Sonn- und Feiertagen (§ 7 Abs 1 MSchG).
- **Verbot von körperlich schweren Arbeiten** (diese sind in § 4 Abs 2 MSchG aufgezählt), wobei die Arbeitnehmerin einen Entgeltfortzahlungsanspruch hat (§ 14 MSchG),
  - für werdende Mütter (§ 4 Abs 1 MSchG);
  - für stillende Mütter (§ 4a MSchG);
  - für Mütter in den ersten 12 Wochen nach der Entbindung (§ 5 Abs 3 MSchG).

Stillende Mütter haben bei einer Tagesarbeitszeit von mehr als 4 1/2 Stunden Anspruch auf eine **Stillzeit** von mind 45 Minuten, bei einer Tagesarbeitszeit von mehr als 8 Stunden auf zwei Stillzeiten zu je mind 45 Minuten Dauer, wobei diese Stillzeiten als Arbeitszeit zu werten sind (§ 9 MSchG).

### 2. Kinder und Jugendliche

Im Sinne der Schutzbestimmungen sind **Kinder** Personen bis zum 15. Lebensjahr (§ 2 Abs 1 Z 1 KJBG). Die Beschäftigung von Kindern ist grundsätzlich verboten (§ 5 KJBG).

**Jugendliche** sind Personen zwischen dem 15. und dem 18. Lebensjahr (§ 3 KJBG). Für Jugendliche bestehen hinsichtlich der Arbeitszeit Sonderbestimmungen, auf die schon eingegangen wurde (siehe dazu unter VIII.B. und VIII.D.). Da-

- Der Arbeitgeber kann nach § 11 Z 4 lit b KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie Angestellte vom Biennalsprung ausnehmen, und zwar
  - in Betrieben bis zu fünf Angestellten alle zwei Jahre einen Angestellten,
  - in Betrieben mit mehr Angestellten 5% der Angestellten, zumindest aber einen pro Jahr.
- Mit dem Angestellten kann „über einen überschaubaren Zeitraum“ die Vorwegnahme von Biennalsprüngen vertraglich vereinbart werden. In diesem Fall wird der Angestellte bei Beginn des Arbeitsverhältnisses in ein höheres Gruppenalter eingestuft.

Das hier dargestellte Grundscheema ist aber dem KollV so nicht zu entnehmen und wird auch an zahlreichen Stellen durchbrochen. Bei der Einstufung eines Angestellten ist vielmehr nach folgenden Schritten vorzugehen:

- An erster Stelle ist die Tätigkeit des Angestellten entscheidend; ein Angestellter, der für eine Tätigkeit überqualifiziert ist, hat dennoch nur Anspruch auf jenes Entgelt, das seiner Tätigkeit entspricht (zB Einsatz eines Angestellten mit abgeschlossenem geisteswissenschaftlichem Studium als Sekretär – Einreihung in A3 und nicht in A4).
- An zweiter Stelle ist zu prüfen, ob der Angestellte die entsprechend vorgeschriebene Ausbildung bzw Kombination von Ausbildung und Praxiszeiten hat. Erfüllt er diese nicht, ist er nicht in der Gruppe, die an sich seiner Tätigkeit entspricht, sondern in einer niedrigeren Gruppe einzureihen. Bei diesem Schritt sind – wenn von § 9 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie verlangt – nur Praxiszeiten, die in der Bauwirtschaft erworben wurden, zu berücksichtigen.
- Erst an dritter Stelle steht die Prüfung des Dienstalters. Im Unterschied zu den Arbeitern ist bei den Angestellten das Dienstalter entscheidend. Tätigkeiten beim selben oder bei einem anderen Arbeitgeber in derselben oder einer höheren Beschäftigungsgruppe müssen auch für das Gruppenalter zur Gänze anerkannt werden.<sup>78</sup> Der Angestellte muss diese Vordienstzeiten auf Verlangen nachweisen, der Verfall der Anrechnung nach zwei Monaten tritt aber nur ein, wenn der Arbeitgeber auf diese Folge ausdrücklich hingewiesen hat.<sup>79</sup>

Über die Einstufung als Hauptpolier oder Obermeister entscheidet allerdings nicht die Tätigkeit, sondern die Bestellung durch den Arbeitgeber dazu.<sup>80</sup>

---

78 Nach OGH 15.12.2009, 9 ObA 39/09i, ARD 6037/4/2010 = RdW 2010/533 = wbl 2010/97 sollen auch Dienstzeiten bei branchenfremden Arbeitgebern angerechnet werden müssen (wie auch immer in diesen Fällen die Einstufung in die gleiche oder höhere Beschäftigungsgruppe nachgewiesen wird). Bei den in § 9 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie vorgesehenen Mindestzeiten sind hingegen nur Zeiten der Tätigkeit in Baugewerbe und Bauindustrie zu berücksichtigen.

79 OGH 17.3.1993, 9 ObA 11/93, ARD 4464/17/93 (KollV Industrieangestellte); VwGH 27.7.2001, 98/08/0162, ARD 5274/56/2002 (KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie mit Hinweis auf die OGH-E).

80 AG Wien 1.2.1983, 8 Cr 170/82, ARD 3519/4/83.

#### 4. Teilzeit

Der Mindestlohn von teilzeitbeschäftigten **Arbeitern** ergibt sich aus dem Stundenlohn mal der Arbeitsstunden. Bei den **Angestellten** sieht der KollV keinen Teiler vor, sodass sich ein Teiler von 39 mal der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit ergibt.

#### 5. Lehrlingsentschädigung

Das Entgelt der Lehrlinge wird als Lehrlingsentschädigung bezeichnet und wird in den KollVen im Vergleich zum Lohn bzw Gehalt nicht unterschiedlich behandelt. Für Lehrlinge sind eigene Mindestentgelte in der Lohn- bzw Gehaltstafel vorgesehen, die sich nach dem Lehrjahr richten. Entscheidend ist dabei, in welchem Lehrjahr der Lehrling ist, unabhängig vom Erfolg des Berufsschulbesuchs. Die einzige Ausnahme ist im KollV Bauindustrie/Baugewerbe die Gruppe VIe, die für Lehrlinge, die bei **Beginn der Lehrzeit** das **18. Lebensjahr** bereits **überschritten** haben, eine eigene Lohngruppe vorsieht; das Vollenden des 18. Lebensjahrs während der Lehrzeit hat keine entgeltrechtliche Auswirkung;<sup>81</sup> zum Entgeltanspruch bei der Ausbildung nach § 8b BAG siehe unter II.C.3.b).

Übersteigen die **Berufsschulinternatskosten** die Lehrlingsentschädigung, hat der Arbeitgeber dem Lehrling die Differenz zwischen der Lehrlingsentschädigung und den Internatskosten zu ersetzen (§ 9 Abs 5 BAG). Diese Bestimmung wirkt aber nur für die dem KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie unterliegenden Lehrlinge (va kaufmännische Lehrlinge, Bautechnische Zeichner), da § 10 Z 9 KollV Bauindustrie/Baugewerbe die vollständige Übernahme der Internatskosten durch den Arbeitgeber normiert, wobei diese Kosten in der Praxis von der BI Bau bzw dem Fachverband der Bauindustrie übernommen werden und somit keine Belastung für den Arbeitgeber entsteht.

#### C. Ist-Lohn und -Gehalt

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können auch ein höheres Entgelt vereinbaren als im KollV festgelegt ist. Bei der Erhöhung der kollv-lichen Mindestlöhne und -gehälter wird in der Bauwirtschaft regelmäßig die **Parallelverschiebungsklausel** vereinbart. Das bedeutet, dass Überzahlungen betragsmäßig erhalten bleiben. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall Anspruch auf die Erhöhung seines Lohns bzw Gehalts um den vereinbarten Prozentsatz, allerdings auf der Basis des kollv-lichen Mindestlohns bzw -gehalts.

<sup>81</sup> Ausnahme: Berechnung des Überstundenentgelts (§ 1 Abs 1a Z 1 KJBG).

### B. Widmung

Der Arbeitnehmer darf ausdrücklich gewidmete Leistungen des Arbeitgebers nicht in eine andere Leistung umdeuten (zB Taggeld in eine Erschwerniszulage). Umgekehrt kann der Arbeitgeber eine Widmung nur anlässlich der Zahlung erklären, nicht im Nachhinein; bei Ausfolgung einer Entgeltabrechnung und Leistung einer Pauschalzahlung ist die Entgeltabrechnung als Widmung zu verstehen.

Dies gilt aber nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer; bei den Bestimmungen zum Mindestentgelt (§ 29 LSD-BG) gelten andere Bestimmungen; weil dort – aber nur für die Zwecke der Mindestentgeltkontrolle selbst – das Gesetz anderes anordnet. So können Leistungen des Arbeitgebers, auf die kein gesetzlicher oder kollv-licher Anspruch besteht, auf nicht bezahlte Entgeltbestandteile, auf die ein gesetzlicher oder kollv-licher Anspruch besteht, angerechnet werden.

#### Beispiel

Ein Angestellter hat lt KollV Anspruch auf ein Mindestentgelt von 3.000 €. Tatsächlich haben die Parteien ein Gehalt von 3.300 € vereinbart. In einem Monat leistet dieser Angestellte drei Überstunden, die der Arbeitgeber nicht bezahlt, vielmehr wird in der Entgeltabrechnung unter der Bezeichnung „Gehalt“ ein Betrag von 3.300 € (brutto) ausgewiesen. Rechtsfolgen:

- Der Angestellte hat Anspruch auf die drei Überstunden in Höhe von  $3.300 / 146 \times 150\% \times 3 = 101,71$  €. Diesen Betrag kann er nachfordern.
  - Aufgrund des Anspruchsprinzips (§ 49 ASVG) ist dieser Betrag bei einer Nachverrechnung von SV-Beiträgen der Bemessungsgrundlage zugrunde zu legen.
  - Für die Zwecke der Mindestentgeltkontrolle sind zu bewerten:
    - Anspruch des Arbeitnehmers
      - KollV-liches Mindestgehalt: 3.000 €
      - Überstunden:  $3.000 / 146 \times 150\% \times 3 = 92,47$  €, zusammen also 3.092,47 €
      - Tatsächlich bezahlt: 3.300 €
- Daher liegt hier *keine* Unterentlohnung vor.

Nach § 2f AVRAG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine schriftliche, übersichtliche, nachvollziehbare und vollständige Abrechnung der Bezüge zu übermitteln (elektronische Übermittlung genügt). Ein Verstoß gegen diese Bestimmung zieht nur eine einzige Rechtsfolge nach sich – der Arbeitgeber löst mangels Widmung den Lauf der sechsmonatigen kollv-lichen Verfallsfrist nicht aus (§ 14 Z 2 KollV Bauindustrie/Baugewerbe; der KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie enthält keine vergleichbare Regelung; siehe dazu näher unten unter XVI.D.).



### Aufrechnung

Bei der Aufrechnung werden zwei Schulden, die einander gegenüberstehen, wechselseitig getilgt. Die Voraussetzungen für eine einseitige Aufrechnung sind:

- Der Schuldner der einen Forderung muss Gläubiger der anderen Forderung sein.
- Die Aufrechnung tritt nicht von selbst ein, sondern bedarf einer Aufrechnungserklärung (zB Ausweis eines „Einbehalts für ...“ in der Lohnabrechnung).
- Die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, muss fällig sein.
- Die Forderung muss gültig sein; darunter ist zu verstehen, dass sie einklagbar ist (verfallene oder verjährte Ansprüche – dazu unten unter XVI.D. – können also nicht aufgerechnet werden).
- Die Forderungen müssen gleichartig sein (Aufrechnung einer Geldschuld gegen eine andere Geldschuld). Der Rechtsgrund kann aber unterschiedlich sein (zB Aufrechnung eines Schadenersatzanspruchs des Arbeitgebers mit dem Entgeltanspruch des Arbeitnehmers – dazu konkret näher unter XVII.B.).

Die Aufrechnung darf auch nicht dazu führen, dass Beschränkungen des Exekutionsrechts umgangen werden. Dazu enthält § 293 Abs 3 EO besondere Bestimmungen, die die Aufrechnung gegen den unpfändbaren Teil des Einkommens ausschließen; ausgenommen davon sind die Aufrechnung gegen einen Vorschuss, eine im rechtlichen Zusammenhang stehende Gegenforderung oder einen Schadenersatzanspruch, wobei der Schaden vom Arbeitnehmer vorsätzlich verursacht worden sein muss.

### Vorschuss

Einen Rechtsanspruch auf einen Lohn- oder Gehaltsvorschuss gibt es nicht, sofern er nicht vertraglich vereinbart wurde. Die Vereinbarung eines anderen Fälligkeitstermins (zB Monatserster im Vorhinein) ist allerdings kein Vorschuss.

Auch beim Vorschuss ist das Barzahlungsverbot (§ 48 EStG) zu beachten.

## 2. Zahlung an einen Dritten

### Rechtsgeschäftliche Abtretung (Zession, „Verpfändung“)

Der Arbeitnehmer kann – mit Ausnahme der unpfändbaren Ansprüche (zu diesen gleich im Folgenden bei der Pfändung) – seinen Entgeltanspruch an Dritte abtreten (zedieren), wobei dies wegen des grundsätzlichen Verbots der Gehaltsabtretung in § 12 KSchG<sup>121</sup> wohl eher selten der Fall sein wird.

---

<sup>121</sup> Das Verbot des § 12 KSchG richtet sich nicht gegen den Arbeitgeber, sondern gegen den Dritten, erklärt aber nicht die Zession an sich für unwirksam.

## B. Verfahren in Arbeitsrechtssachen

### 1. Arbeitsrechtssachen

Arbeitsrechtssachen sind (ua) folgende bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten:

- Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und -nehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder mit dessen Anbahnung (§ 50 Abs 1 Z 1 ASGG).
- Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Betriebsverfassungsrecht, und zwar zwischen Arbeitgebern und Organen der Arbeitnehmerschaft oder dem Betriebsratsfonds bzw zwischen Arbeitnehmern und Organen der Arbeitnehmerschaft oder dem Betriebsratsfonds (§ 50 Abs 1 Z 2 ASGG).
- Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der gemeinsamen Arbeitstätigkeit (§ 50 Abs 1 Z 3 ASGG).
- Rechtsstreitigkeiten nach dem BUAG (§ 50 Abs 1 Z 5 ASGG) oder dem BSchEG (§ 50 Abs 1 Z 5a ASGG) mit Ausnahme der Zuschlagsleistung und Beitragsleistung (diese sind im Verwaltungsverfahren zu behandeln).
- Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und einer BVK (§ 50 Abs 1 Z 7 ASGG).

Die Bedeutung der Qualifikation einer Rechtsstreitigkeit als Arbeitsrechtssache ist va für die Zuständigkeit des Gerichts von Bedeutung.

### 2. Verfahren erster Instanz

#### a) Gericht

In erster Instanz ist für Arbeitsrechtssachen das **Landesgericht sachlich zuständig** (§ 3 ASGG), und zwar unabhängig vom Streitwert; in Wien besteht mit dem ASG Wien ein eigener Gerichtshof für derartige Verfahren (§ 1 Abs 3 ASGG). Die **örtliche Zuständigkeit** richtet sich

- in Verfahren zwischen Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Organen der Arbeitnehmerschaft (nach Wahl des Klägers) nach dem Wohnort des Arbeitnehmers, dem Sitz des Arbeitgebers oder dem Ort, an dem die Arbeitsleistung wenigstens zum Teil zu erbringen ist (§ 4 Abs 1 Z 1 ASGG);
- in Verfahren mit der BUAK oder der BVK-BUAK nach dem Sitz der BUAK bzw der BVK (also Wien) oder dem Wohnort des Klägers (§ 4 Abs 3 ASGG).
- Bei der Geltendmachung von Zuschlagsforderungen durch die BUAK gegen Arbeitgeber entsandter Arbeitnehmer sieht § 33h Abs 3 BUAG die Zuständigkeit des ASG Wien vor.

Das Gericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen (§ 41 JN), doch kann der Beklagte dessen ungeachtet die Unzuständigkeit einwenden. Die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit ist zulässig, wenn sie für einen einzelnen Rechtsstreit vereinbart wurde (§ 9 Abs 1 ASGG).