

# 1. Teil

## Individualarbeitsrecht

### I. Einleitung

#### A. Begriff des Arbeitsrechts

Unter **Arbeitsrecht** versteht man die Summe aller jener Normen, welche die Beziehungen von Personen regeln, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen tätig sind. **1**

Es handelt sich somit um ein Sonderrecht, das auf die Verhältnisse der unselbständig Erwerbstätigen (der AN) anzuwenden ist. Da in Österreich die meisten Berufstätigen unselbständig erwerbstätig sind, kommt dem Arbeitsrecht schon rein quantitativ eine sehr große Bedeutung zu. **2**

Vorweg sind die wichtigsten Begriffe des Arbeitsrechts zu definieren:

Der **AN** (überwiegend synonym verwendet: Dienstnehmer) ist zur Leistung der abhängigen Arbeit verpflichtet (eingehend zum AN-Begriff unten Rz 32 ff). Sein Vertragspartner ist der **AG** (überwiegend synonym verwendet: Dienstgeber), dem nach dem Vertrag das Recht auf die Arbeitsleistung zukommt und der gegenüber seinem Vertragspartner Weisungsrechte besitzt. **3**

Der privatrechtliche Vertrag zwischen den beiden Parteien ist der **Arbeitsvertrag** (bzw Dienstvertrag), der die Beziehung von AG und AN zueinander begründet und umschreibt. Dieses Verhältnis wird als **Arbeitsverhältnis** (bzw Dienstverhältnis) bezeichnet (wobei mit diesem Begriff üblicherweise das Stadium der faktischen Abwicklung des Vertrags gemeint wird und nicht der Vertrag selbst). **4**

Das Arbeitsrecht regelt nicht nur die Beziehung des AG zum AN, sondern auch jene des AN zur Belegschaft des Betriebs, in dem er beschäftigt ist und zu den AN-Verbänden, die Beziehung der AN-Verbände zu den AG und deren Verbänden (**kollektives Arbeitsrecht**). **5**

Das Arbeitsrecht stellt wie das Sozialrecht einen Ausfluss sozialpolitischer Überlegungen dar. Der Gesetzgeber versucht mit dem Arbeits-

recht die Lage der wirtschaftlich und sozial schwächeren AN nach bestimmten Wertvorstellungen positiv zu beeinflussen. Aufgrund dieser Parallelität wurde früher das Arbeitsrecht häufig unter dem schillernden Überbegriff des Sozialrechts eingeordnet. Spricht man hingegen heute von Sozialrecht, so meint man ein vom Arbeitsrecht verschiedenes Rechtsgebiet.

- 6 Weiters ist zu erwähnen, dass das Arbeitsrecht weder gänzlich dem öffentlichen noch gänzlich – wenn auch überwiegend – dem privaten Recht zugeordnet werden kann, sondern Aspekte beider Rechtsgebiete enthält (s Rz 22 f).

Handelt es sich bspw bei den AN-Schutzvorschriften hauptsächlich um öffentliches Recht, ist das Arbeitsvertragsrecht vorwiegend privatrechtlich ausgestaltet.

## B. Zweck und Funktion des Arbeitsrechts

### 1. Zweck

- 7 Wie erwähnt, intendiert das Arbeitsrecht den Schutz des schwächeren AN gegenüber seinem AG. Ohne diese rechtliche Stütze wären die meisten AN aufgrund ihrer schwachen Verhandlungsposition dem AG unterlegen, weil dieser faktisch die Arbeitsbedingungen diktieren könnte, was insb auch ein geschichtlicher Rückblick in die Zeit der industriellen Revolution beweist.

- 8 Die Gründe für die schwächere Position der AN liegen vor allem darin, dass die Arbeitskraft ohne Schutzvorschriften als **Produktionsfaktor** den marktwirtschaftlichen G der Preisbildung ausgesetzt wäre. Die AN müssten dann, mangels sonstigen Vermögens, angewiesen auf abhängige Arbeit zu den Bedingungen ihre Leistung erbringen, die sich aus dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage ergeben.

- 9 Das Arbeitsrecht versucht nun, beginnend beim Abschluss des Arbeitsvertrags über die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses hinweg bis hin zur Beendigung desselben, das Ungleichgewicht der beteiligten Parteien auszugleichen.

### 2. Schutztechniken

- 10 Die Mittel zur Erreichung dieses Schutzes der AN sind verschiedene:

- 11 Einerseits versucht der Gesetzgeber durch **einseitig zwingende Normen** gewisse Mindestinhalte der Arbeitsverträge zu gewährleisten. Von diesen (relativ) zwingenden Normen kann ein gegenteiliger Partei-

wille nämlich nur dann abweichen, wenn diese Mindestnormen zum Vorteil des AN überschritten werden.

Andererseits legt der Gesetzgeber dem AG auch die Pflicht auf, bestimmte Interessen seiner AN wahrzunehmen. In diesem Zusammenhang ist insb die **Fürsorgepflicht** des AG zu nennen. **12**

Das Arbeitsrecht verfolgt den Schutzgedanken aber auch dadurch, **13** dass die Arbeitsbedingungen häufig nicht von einzelnen AN, sondern durch deren Verbände ausgehandelt werden. Hintergrund für diese Vorgangsweise ist die Überlegung, dass die AN-Verbände als Kollektiv stärker sind als ein einzelner AN und dadurch bessere Arbeitsbedingungen aushandeln können (mit den Instrumenten des **kollektiven Arbeitsrechts**). Auf kollektiver Ebene bieten sich nicht nur überbetriebliche Einflussmöglichkeiten, vielmehr hat auch die Belegschaft jedes Betriebes bestimmte Mitwirkungsrechte, welche die Macht der AG einschränken. Es handelt sich hierbei um die im ArbVG geregelten Interventions- und Überwachungsrechte, Informationsrechte, Beratungsrechte, echte Mitentscheidungsrechte und echte Mitbestimmungsrechte (vgl dazu unten Rz 998 ff).

## C. Geschichtliche Entwicklung

Das Arbeitsrecht im modernen Sinn entwickelte sich in Europa erst **im 19. Jahrhundert** als Spätfolge der Industrialisierung, ist also ein vergleichsweise junges Rechtsgebiet. England, die Geburtsstätte dieses modernen Arbeitsrechts, reagierte bereits 1802 auf gewaltige soziale Missstände in der arbeitenden Bevölkerung und versuchte diese Schutzlücken durch G zu schließen. Österreich war im 19. Jahrhundert noch an der Schwelle vom Agrar- zum Industriestaat, hier zu Lande begann die Arbeitsrechtsgesetzgebung rund 50 Jahre später. Dann setzte jedoch allmählich eine umfassende gesetzliche Regelung sowohl des Individual- als auch des Kollektivarbeitsrechts ein. Zu einer einheitlichen Kodifikation des Arbeitsrechts gelangte man jedoch bis heute nicht, sondern ist als Betroffener noch immer mit einer Vielzahl von SonderG konfrontiert. **14**

Besonders hervorzuheben sind die **Sozialgesetzgebung** am Ende **15** der Monarchie (HandlungsgehilfenG 1911, dem VorläuferG für das AngG, weiters die III. Teilnovelle 1916, mit der das Arbeitsrecht des ABGB novelliert wurde), die ersten Jahre der Ersten Republik (zB 1919 das BRG oder 1920 das AngG) sowie in der zweiten Republik die Zeit ab Ende der 60er-Jahre bis in die 70er-Jahre (einheitliches Urlaubs- und Abfertigungsrecht, sukzessive Arbeitszeitverkürzung, Teilkodifika-

tion des kollektiven Arbeitsrechts mit dem ArbVG). Wesentliche Anpassungen an das Europarecht wurden mit dem EWR- bzw EU-Beitritt 1994 bzw 1995 erforderlich. Vorläufige Schlusspunkte und zugleich Anzeichen für eine Neuorientierung bilden das Betriebspensionsrecht (BPG und PKG, jeweils 1990 erlassen) sowie zuletzt die Reform der Abfertigung (BMSVG im Jahr 2002), die jeweils einen Teil des Entgelts auf einen privaten Rechtsträger auslagern (Pensionskassen bzw BV-Kassen) und damit eine Auslagerung aus dem Verantwortungsbereich des AG bringen. Damit hängt die spätere Auszahlung dieser Entgeltteile unmittelbar von der Kapitalmarktentwicklung ab. Ausständig ist die Kodifikation des Individualarbeitsrechts sowie die Angleichung von Arbeitern und Angestellten.

## D. Systematik des Arbeitsrechts

**16** Das Arbeitsrecht wird traditionell in zwei große Teilgebiete gegliedert: Das Arbeitsvertragsrecht (bzw Arbeitsverhältnisrecht) und das AN-Schutzrecht im engeren Sinn werden zum **Individualarbeitsrecht** zusammengefasst. Das Berufsverfassungsrecht und das Betriebsverfassungsrecht bilden gemeinsam den Bereich des **kollektiven Arbeitsrechts**.

**17** Das Berufsverfassungsrecht wiederum beinhaltet das Berufsverbandsrecht, das Recht der gesetzlichen Interessenvertretungen, das Recht der überbetrieblichen kollektiven Rechtsgestaltung, das Arbeitskampfrecht und das (überbetriebliche) Schlichtungsrecht. Das Betriebsverfassungsrecht beinhaltet das Recht der Belegschaftsorganisation, die Aufgaben und Befugnisse der Belegschaft und das BV-Recht.

## E. Stellung des Arbeitsrechts im Rechtssystem

### 1. Kompetenzfragen

**18** Gem **Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG** sind das Arbeitsrecht sowie die Einrichtung von Kammern für Arbeiter und Angestellte in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache. Für Arbeiter in der Land- und Forstwirtschaft ist der Bund zur Grundsatzgesetzgebung und sind die Länder zur Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung zuständig (**Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG**). Daneben bestehen noch besondere Kompetenzen bzgl des Dienstrechts der privatrechtlich Bediensteten der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden (im Detail differenzierend **Art 21 B-VG**) sowie für Lehrer, Erzieher und Kindergärtner (**Art 14 B-VG**).

## 2. Grundrechte

Die verfassungsgesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechte **19** (Grundrechte) haben auch für das Arbeitsrecht große Bedeutung. Dies gilt nicht nur bei der Beurteilung der arbeitsrechtlichen G. Die Grundrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat entfalten zwar keine unmittelbare Wirkung im Verhältnis Privater zueinander, fließen jedoch über die **Generalklauseln des Privatrechts** mittelbar ein und beeinflussen somit auch das arbeitsrechtliche Leben (zur Grundrechtsbindung für KollV und BV unten Rz 781, 1028). Besondere Bedeutung erlangen im Arbeitsrecht die Vereins- und Versammlungsfreiheit einschließlich der Koalitionsfreiheit (Art 11 EMRK; Art 12 StGG) sowie der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG bzw Art 2 StGG) und das Grundrecht auf Eigentumsfreiheit (Art 5 StGG; Art 1 1. ZPMRK; vgl dazu das ÖBB-Erkenntnis VfGH VfSlg 17071). Der EuGH (C-438/05 [Viking] ECLI:EU:C:2007:772, Rz 44) hat das Streikrecht grds als Grundrecht bezeichnet (vgl Art 28 GRC).

Die **GRC** (Charta der Grundrechte der Europäischen Union) bildet **20** für den Bereich des **Unionsrechts** einen (mit der EMRK überschneidenden) Grundrechtskatalog. Zu erwähnen sind Grundrechte auf Nichtdiskriminierung (Art 21), Gleichheit (Art 23), auf Unterrichtung und Anhörung der AN (Art 27), Zugang zur Arbeitsvermittlung (Art 29), Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung (Art 30), gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art 31) und Verbot von Kinderarbeit und das Recht auf Jugendschutz (Art 32).

## 3. Europarecht

Die Anwendbarkeit des Europarechts macht einerseits die Umsetzung von **RLn** erforderlich (vgl insb den Bereich des technischen AN-Schutzes, die Umsetzung der Betriebsübergangs-RL im AVRAG sowie die in Bezug auf die Gleichbehandlung verschiedener Gruppen erlassenen RLn), andererseits kommen die **V** der EU unmittelbar zur Anwendung (insb die FreizügigkeitsV 492/2011). Ausnahmsweise werden aber auch Bestimmungen des AEUV unmittelbar angewandt (etwa zur AN-Freizügigkeit der Art 45 AEUV oder zur Geschlechtergleichbehandlung der Art 157 AEUV). Soweit Vorschriften des Europarechts unmittelbar zur Anwendung kommen, genießen sie im Vergleich zum österreichischen Recht Anwendungsvorrang. **21**

**Beispiele** sind die unmittelbare Geltung der Betriebsübergangs-RL im Verhältnis zu einem Land, einem Gemeindeverband oder einer

Gemeinde im Fall ihrer Nichtumsetzung (8 ObA 221/98b), der Anwendungsvorrang der FreizügigkeitsV vor § 3 APSG (besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz auch für Militär- und Zivildienstleistende aus anderen EWR- bzw EU-Mitgliedstaaten; vgl *Mayr*, RdW 1998, 411 ff) oder die Geltung des § 20 AngG für alle Teilzeitbeschäftigten (Anwendungsvorrang des Art 157 AEUV, weil eine Benachteiligung von Teilzeit-AN zugleich eine mittelbare Diskriminierung weiblicher AN darstellt; *Resch*, DRdA 1993, 104).

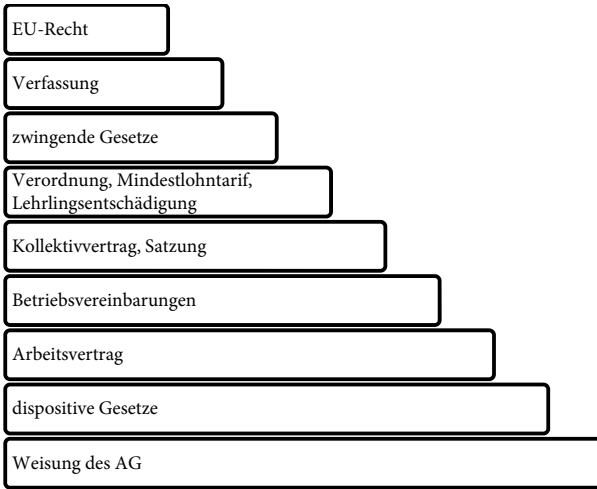
#### **4. Zuordnung zum Privatrecht oder öffentlichen Recht**

- 22** Der überwiegende Teil des Arbeitsrechts gehört zum Privatrecht, gewisse Bereiche sind jedoch dem öffentlichen Recht zuzuordnen (insb der technische AN-Schutz, der Arbeitszeitschutz oder der Schutz vor Lohn- und Sozialdumping). Überschneidungen der beiden Rechtsgebiete resultieren daraus, dass öffentlich-rechtliche Verbotsnormen auch Wirkungen auf den Arbeitsvertrag haben.
- 23** So hat der AN ein individuelles Leistungsverweigerungsrecht bis hin zum Recht zum begründeten vorzeitigen Austritt, wenn seinem Schutz dienende Gesundheitsschutzvorschriften verletzt werden (§ 26 Z 3 AngG; RIS-Justiz RS0031711).

### **F. Stufenbau der Rechtsquellen des Arbeitsrechts**

#### **1. Rechtsquellen und ihre Rangfolge**

- 24** Typisch für das Arbeitsrecht ist, dass viele verschiedenartige und verschiedenrangige Rechtsquellen auf den einzelnen Arbeitsvertrag Einfluss haben. Ordnet man diese Rechtsquellen nach ihrem Rang und ihrer wechselseitigen Verbindlichkeit, ergibt sich ein eigener Stufenbau der Rechtsordnung im Arbeitsrecht.



- Nach EU- und Verfassungsrecht stehen auf einfachgesetzlicher Ebene auf höchster Stufe die **zweiseitig zwingenden G**, die stets beachtet werden müssen und keinerlei abweichende Vereinbarungen zulassen. Man nennt sie deshalb auch absolut zwingende G. Als wichtigster Vertreter für diesen Typus ist das ArbVG zu nennen, absolut zwingend sind weiters die öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen im AN-Schutzrecht. Im Bereich des Arbeitsvertragsrechts kommen derartige Normen selten vor. 25
- Die nächstrangigen Normen sind **einseitig bzw relativ zwingende G**. Diese Rechtsquellen lassen Abweichungen durch eine niedrigere Regelung immer dann zu, wenn sie für den AN günstiger ist (zum Günstigkeitsvergleich Rz 27 ff). Solche relativ zwingenden Normen stellen die Mehrzahl derjenigen Vorschriften dar, die den Inhalt der Arbeitsverträge regeln.
- Ob eine Norm relativ zwingend ist, lässt sich meist schon aus dem Wortlaut des betreffenden G ableiten („kann durch . . . weder aufgehoben noch beschränkt werden“; vgl etwa § 40 AngG oder § 1164 ABGB). Allenfalls folgt der zwingende Charakter einer Norm erst aus dem Normzweck einer konkreten Rechtsvorschrift.
- Eine Stufe darunter liegen die **Kollive**. Hierbei handelt es sich um Verträge zwischen den kollv-fähigen Vertretungen der AG und der AN über bestimmte Inhalte (dazu unten Rz 731 ff). Ihnen kommt

in ihrem normativen Teil Normwirkung zu (sie wirken also unmittelbar wie ein G) und sie sind meist zugunsten der AN relativ zwingend (Abweichungen sind dann nur in Form von für den AN günstigeren Regelungen möglich). Ausnahmsweise kann der KollV zweiseitig zwingende Wirkung (§ 3 ArbVG) und nach Ansicht des OGH auch dispositive Wirkung haben (dazu unten Rz 776 f).

- Unterhalb der KollVe stehen in diesem Stufenbau die **BVen**. Es sind dies bestimmte Verträge zwischen dem AG und der Belegschaft (vgl. unten Rz 1001 ff). Sie haben wiederum Normwirkung und von ihrem normativen Teil darf ausnahmslos nur zugunsten der AN abgewichen werden.
- Den nächsten Rang nehmen die **Einzelverträge** ein, also die individuellen Vereinbarungen zwischen AG und AN. Sie sind deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Beziehungen der am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien durch sie erst begründet werden. Der Einzelvertrag hat im Arbeitsrecht vor allem Begründungsfunktion, während seine Gestaltungsfunktion bedingt durch zahlreiche Regelungen in G, KollVen oder BVen eine kleinere Bedeutung hat.
- Darunter liegen die **dispositiven G**, von denen Vereinbarungen abweichen können, ohne dass darauf geachtet werden muss, ob die getroffene Regelung für den AN günstiger ist oder nicht. Einschränkungen kann es dahingehend geben, dass von einer gesetzlichen Regelung nur der KollV (kollv-dispositives G, zB das DHG) oder die BV (BV-dispositives G) abweichen darf.
- Zuletzt ist das **Weisungsrecht des AG** zu nennen. Dieses Recht ist im Arbeitsvertrag begründet und ermöglicht dem AG, durch einseitige Willenserklärung das Arbeitsverhältnis im Einzelfall genauer auszugestalten und an die herrschenden Anforderungen anzupassen.
- Keine eigene Rechtsquelle ist demgegenüber die **betriebliche Übung**. Darunter versteht man bestimmte Handlungen im Betrieb, die ohne Rechtsgrundlage für längere Zeit faktisch regelmäßig erfolgen. Die betriebliche Übung erhält erst über den jeweiligen Arbeitsvertrag rechtliche Bedeutung: IdR ist sie Basis für eine konkludente, also schlüssige Ergänzung des Einzelarbeitsvertrags (§ 863 ABGB).

**Beispiel** für eine betriebliche Übung ist die **unzulässige** („freie“) **BV**, die als BV zwar nichtig ist und keine normative Wirkung entfaltet, aber im Wege konkludenter Vertragsergänzung Inhalt des Einzelarbeitsvertrags werden kann (RIS-Justiz RS0050981; RS0014508). Der



OGH sieht (in Modifikation des zivilrechtlichen Grundsatzes, dass Schweigen nicht als Zustimmung zu werten ist) im bloßen Weiterarbeiten der AN speziell in Bezug auf für die AN günstigere Vertragsänderungen eine konkludente Änderung der Einzelverträge, selbst wenn auf Seiten der AN nur die bloße Kenntnis der Regelung nachgewiesen ist (vgl RIS-Justiz RS0018115).

## 2. Normenkollision, Günstigkeitsvergleich

Treffen **gleichrangige generelle Normen** (es geht also um das Verhältnis jeweils zweier G, V, KollVe und BVen untereinander) für einen bestimmten Fall widersprüchliche Regelungen, geht die spätere der früheren und die speziellere der generelleren Vorschrift vor, wobei aber die spätere generelle nicht der früheren speziellen Norm vorgeht (**allgemeine Derogationsregeln**). **26**

Treffen **verschiedenrangige Rechtsquellen** aufeinander, genießt grundsätzlich die höherrangige Vorrang. Handelt es sich bei dieser Norm um eine relativ zwingende, so ist ein sogenannter **Günstigkeitsvergleich** (etwa für KollVe vgl § 3 Abs 1 ArbVG) durchzuführen. **27**

Wird durch die niedrigerrangige Vorschrift, die eine bestimmte Angelegenheit anders regelt als die höherrangige, die Stellung des AN nämlich verbessert, geht diese vor. Bei der Frage danach, ob eine solche Verbesserung erfolgt, ist ein sogenannter **Gruppenvergleich** durchzuführen (für KollV vgl § 3 Abs 2 ArbVG; RIS-Justiz RS0051081; vgl Rz 776), bei dem jeweils Gruppen zusammenhängender Arbeitsbedingungen miteinander verglichen werden. Nicht überprüft wird, ob die Gesamtheit der abweichenden Regelungen für den einzelnen AN günstiger ist. Unzulässig ist auch der sogenannte Einzelvergleich, bei dem die einzelnen Vereinbarungen isoliert von den restlichen Regelungen miteinander verglichen werden (Rosinentheorie). **28**

**Kriterium** für die Günstigkeit sind die der höherrangigen Norm zugrunde liegenden objektiven sozialpolitischen Wertmaßstäbe. Vielfach genügt bereits ein arithmetischer Vergleich, also der Vergleich von Zahlen (vor allem beim Entgelt). Subsidiär wird geprüft, ob die niederrangige Norm im Interesse des einzelnen AN getroffen wurde und zuletzt von wem die Initiative zur einzelvertraglichen Regelung ausgegangen ist. **29**

**Beispiel:** Wird zB bei einem Arbeiter eine koll-liche einwöchige Kündigungsfrist einheitlich (sowohl für die AG- als auch die AN-Kündigung) im Arbeitsvertrag auf zwei Wochen verlängert, ist die

Regelung im Vergleich zum KollV für den AN dann günstiger, wenn er gekündigt wird, während sie dann ungünstiger ist, wenn er selbst kündigt. Für den AN günstiger und daher zulässig wird die Regelung in diesem Fall daher nur sein, wenn sie im Interesse des AN entstanden ist, was sich insb daran zeigt, dass sie bei den Vertragsverhandlungen auf Initiative des AN aufgenommen worden ist.

- 30** Verstößt eine nachrangige Rechtsquelle gegen die höherrangige, so ist nicht die gesamte Vereinbarung ungültig, sondern nur jener Teil, der mit der höherrangigen Norm nicht zu vereinbaren ist, insoweit der hinter dieser Norm stehende Schutzzweck diese **Teilnichtigkeit** bzw Restgültigkeit zulässt. An die Stelle des ungültigen Teils tritt dann die höherrangige Regelung. Eine Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung ex tunc ist etwa bei Verstößen gegen das AuslBG vorgesehen (vgl Rz 86 ff).

### 3. Auslegung

- 31** Bei der Auslegung arbeitsvertraglicher Vorschriften und Vereinbarungen sind die allgemeinen Grundsätze der Gesetzes- bzw Vertragsauslegung zu beachten.

Bei der **Interpretation genereller Normen** (G, V, KollV oder BV) ist gem §§ 6 ff ABGB vorzugehen. Bei der teleologischen Interpretation von G ist der besondere Schutzzweck der betroffenen Norm mitzubetrachten und im Arbeitsrecht ist vielfach gerade der Schutz des AN der zentrale Normzweck. Für die **Auslegung des Arbeitsvertrags** sind die §§ 914 f ABGB zu beachten. Entscheidend ist der Wille der Parteien. Allenfalls ist mit den Mitteln der ergänzenden Vertragsauslegung, insb durch Erforschung des hypothetischen Parteiwillens vorzugehen.

## G. Begriff des Arbeitnehmers

### 1. Allgemeiner Arbeitnehmerbegriff

- 32** AN ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen (schuldrechtlichen) Vertrags einem anderen (dem AG) in persönlicher Abhängigkeit (also fremdbestimmt) zur Arbeitsleistung verpflichtet ist (vgl § 1151 ABGB).

- 33** Im Detail handelt es sich beim AN-Begriff um einen **Typusbegriff**. Der AN-Begriff wird somit von verschiedenen Tatbestandselementen geprägt, die in ihrer Gesamtheit abzuwägen und zu bewerten sind. Durch die Abwägung aller maßgeblichen Umstände ist festzustellen,