

## A. Wesen des Arbeitsverhältnisses

Arbeitsverhältnisse sind jene Mitarbeitersform, denen vor allem auch in den letzten gut 50 bis 70 Jahren wesentliche und zahlreiche arbeitsrechtliche sowie auch sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung gewidmet sind. Vor allem letztere hat sich seit über zwei Jahrzehnten auf freie Dienstverträge und subsidiär auf Werkverträge erstreckt („neue Selbständige“).

Dem Arbeitsrecht unterliegen, mit ganz wenigen Ansätzen einer Teilausweitung auf freie Dienstverträge (z.B. im Schwangerenschutz), ausschließlich **arbeitsvertragliche Arbeitsverhältnisse**. Diese lassen sich als synallagmatische Austauschverträge auf die **Kurzformel unselbständige bzw. persönlich abhängige Arbeit gegen Entgelt** bringen.

Persönliche Abhängigkeit bedeutet die Erbringung der Arbeit in organisatorischer Eingliederung in den Betrieb des Vertragspartners. Der Arbeitnehmer bringt nur seine Arbeitskraft im vertraglichen Umfang in dessen Unternehmen ein. Dessen Ausgestaltung und Infrastruktur ist ausschließlich Sache des Arbeitgebers.

Kennzeichnend und **typisch für diese arbeitsmäßige Eingliederung in den Betrieb** ist die **vorwiegende Fremdbestimmtheit** bzw. Unselbständigkeit der Arbeitsleistung:

Dies meint nichts anderes als dass in allen Arbeitsverhältnissen die Befugnis zur **Organisation der Arbeit und Arbeitsabläufe** – also die Organisationsbefugnis – beim Arbeitgeber bzw. dessen Führungskräften liegt. Zur Organisationsbefugnis gehört die nähere Detaillierung der Arbeit und Arbeitsabläufe ebenso wie das Zuweisen konkreter Arbeiten, die zeitliche Reihenfolge, das Setzen von Prioritäten, das Zusammenstellen von und die Zuordnung zu Teams, das Entscheiden über Vorgesetztenfunktionen, die Zuordnung zu Vorgesetzten und dergleichen.

Soweit nötig, ist das rechtliche Durchsetzungsmittel das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers hinsichtlich konkreter Arbeitserbringung im Rahmen und in den Grenzen des Dienstvertrages und der arbeitsrechtlichen Gesetze – insofern sind alle **Arbeitnehmer aller Hierarchiestufen weisungsunterworfen**.

Damit sind Arbeitnehmer auch betrieblichen Risiken ausgesetzt.

Deren Eindämmung dient die **arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht** als Nebenpflicht des Arbeitgebers, die im gesundheitlichen Bereich durch zahlreiche Vorschriften v.a. des Arbeitnehmerschutzgesetzes (ASchG) auch öffentlich-rechtlich in wichtigen Grundsätzen ausgestaltet und teils auch konkret präzisiert ist. Nach aktuellem Verständnis geht die Fürsorgepflicht in wichtigen Bereichen über den Arbeits- und Gesundheitsschutz hinaus, dies so, dass sie auch die mögliche und zumutbare Wahrung sonstiger, auch vermögensrechtlicher Interessen des Arbeitnehmers umfasst, wo entsprechende Rücksichtnahme geboten und möglich ist.

Auch der Arbeitgeber ist aus dem Einsatz von Arbeitnehmern Risiken ausgesetzt.

Deren Reduzierung dient neben vertragsgemäßer Erbringung der Arbeit die **Treuepflicht der Arbeitnehmer** als vertragliche Nebenpflicht. Insbesondere kommt sie in der Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie sonstiger schützenswerter interner Informationen, im Gebot der Nichtkonkurrenzierung im aufrechten Arbeitsverhältnis, in angemessenem Umgang etc. zum Ausdruck.

## B. Auswirkungen auf das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Diese grundsätzlichen Haupt- und Nebenpflichten haben im Laufe der Entwicklung **eine immer stärkere Ergänzung und verfeinernde Ausformung und Präzisierung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung** erfahren, zur Sicherung angemessener Entgelte ebenso wie zu entsprechenden Standards im Status der Arbeitnehmer und vor allem deren Rechten.

Geworden ist daraus im Laufe der Entwicklung ein **nahezu unüberschaubarer Komplex verschiedener Vorschriften, teils auch von direkt anzuwendenden EU-Vorschriften**, dem es an der für den Praktiker wünschenswerten Einheitlichkeit völlig mangelt und bei dem so manches übersehen wird, mit nicht selten kostspieligen Fehlerfolgen.

Dieser Vorschriften-Gesamtkomplex macht das **Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** aus, ein mehr oder weniger koordinierten Bündel vieler Vorschriften zu vielen Einzelthemen.

Schon mit unkommentierten Gesetzestexten lassen sich umfangreiche Bücher füllen. An dieser **Unübersichtlichkeit** haben die bisherigen Versuche und Anläufe, wichtige Bereiche zu vereinheitlichen und neu zu gestalten, nur wenig zu ändern vermocht.

Die gesetzliche Zersplitterung des Arbeitsrechtes wird überdies dadurch verstärkt, dass die das Arbeitsrecht ändernden oder ergänzenden **Kollektivverträge** (aktuell etwa immerhin 874 Kollektivverträge!) meist **branchenweise** abgeschlossen werden.

Ihre unterschiedliche Ausgestaltung ist weitgehend ein Spiegelbild der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Branche und der gewerkschaftlichen Organisationsstärke. Die jeweiligen Kollektivverträge ergänzen das gesetzliche Arbeitsrecht sehr unterschiedlich: Oft waren und sind kollektivvertragliche Regelungen auch Wegbereiter neuer Gesetze. Umgekehrt bleiben auch gesetzliche Neuerungen nicht ohne Auswirkung auf die kollektivvertragliche Situation, dies auch in jüngster Zeit.

**Gesetze und Kollektivverträge stehen jedenfalls in einer Wechselbeziehung**, die gerade die betriebliche Anwendungs- und Umsetzungspraxis besonders zu beachten hat.

So interessant der Zustand und die bisweilen hektische sozialpolitische Entwicklung für den Betrachter und Experten sein mögen, so unbefriedigend und schwierig ist dies für den betrieblichen Praktiker. Dieser steht mitten in diesem Spannungsfeld ständiger Wechselwirkungen und Entwicklungen und ist ihnen nicht selten verhältnismäßig hilflos ausgeliefert.

**Arbeitgeber, Personalleiter bzw. HR-Manager und die Personalverrechnung müssen** – vielfach unter Beobachtung durch engagierte, gut geschulte Betriebsräte und nachprüfender amtswegiger Behördenkontrolle durch Arbeitsinspektoren und GPLA-Prüfungen (GKK, Finanz) – **nicht nur erprobtes, sondern oft auch neues Recht richtig und optimal in die Praxis umsetzen**. Sie sind **bei Neuerungen** (und derer gibt es immer viele, auch jetzt wieder) **die ersten Rechtsanwender**, die möglichst alles gleich richtig machen sollen. Dies wird durch verständliche **Interessenkonflikte** nicht gerade erleichtert, die vielfach auf Arbeitgeberseite zur Empfindung relativer Einseitigkeit der Regelungen führen. Diese äußert sich auch in oft unscharfen und damit unklaren Textierungen, deren Verstehen und richtige Anwendung alles andere als einfach ist.

Eine wesentliche gesetzgeberische Folge dieser Interessenkonflikte, bei denen der Arbeitnehmer als der typischerweise schwächere Teil des Arbeitsverhältnisses angesehen wird, ist die so gut wie immer **einseitig zwingende Regelung weitester Sachbereiche** durch Gesetze oder

Kollektivverträge. Damit sind **nur arbeitnehmergeünstigere Vereinbarungen möglich und nur wenige Bereiche ungeregelt**. Lediglich in der Betriebsverfassung, also im Betriebsrätewesen, sind die Regelungen nach herrschender Auffassung und Rechtsprechung **sogar absolut zwingend**, sodass auch Besserstellungen an sich unzulässig und unwirksam sind (sich aber auf Umwegen dann doch teils wieder verbindlich erweisen können).

## C. Auswirkungen auf die inhaltliche Darstellung bzw. Gestaltung dieses Buches

Als erstem Rechtsanwender wird dem betrieblichen Praktiker **nahezu Unmögliches an Rechtskenntnis abverlangt, dies ohne den Zeitvorteil der Gerichte**. Er soll rasch und von vornherein möglichst richtig handeln.

Genau das aber wird ihm vielfach durch die Fülle, Unübersichtlichkeit und das Wechselspiel verschiedener, oft ganz woanders lozierten Vorschriften schier unmöglich gemacht. „Natürliches“ Rechtsempfinden und alleiniger Hausverstand (so sehr man ihn bei der Auslegung nutzen muss) erweisen sich als unzulänglich.

Denkmögliche Bewältigungsformen des „Paragraphendschungels“ (allein der private „Kodex Arbeitsrecht“ umfasst aktuell über 1125 Seiten an jeweils zweiseitigem Kleinstdruck, dies reine Gesetzestexte ohne inhaltliche Kommentierungen) wären **formelhafte Kurzfassungen oder kurze Frage-Antwort-Darstellungen** der arbeits- und sozialrechtlichen Problemkreise.

Beide Wege geht das vorliegende Werk als **gewollt dauerhafte Arbeitsmappe – damit ebenso für „Anfänger“ wie „Profis“ geeignet – ganz bewusst nicht, aus guten Gründen**, die sich in nunmehr vierzig Jahren Erprobung in und durch die Praxis bewährt haben (auch durch das regelmäßige Aktualisieren und Einbauen aller neu gekommenen Themen bzw. Regelungsbereiche!) und weiterhin bewähren werden:

Bei aller wünschenswerten Vereinfachung und Beschränkung auf das Notwendige lässt der komplexe Ist-Status unseres Arbeits- und Sozialrechts vielfach keine simplen „Patentantworten“ auf jede Frage zu. Vielfach greifen mehrere Rechts- und Fragenkreise ineinander, sodass die Kurzfassungen redlicherweise von Vorbehalten und Zusatzbedingungen abhängig gemacht werden müssten. Sie wären damit aber von geringem praktischem Wert.

Das Werk wählt daher bewusst eine das Verstehen und die Anwendung erleichternde **praxisorientierte Gesamtschau der Regelungen und Vorschriften im jeweiligen Sachzusammenhang**. Was praktisch zusammen gehört oder voneinander abhängt, wird gemeinsam dargestellt, auch wenn die Regelungen in verschiedenen Gesetzen und Rechtsbereichen erfolgen.

**Vier Beispiele mögen diesen integrierten Weg verdeutlichen:**

Das **Urlaubsrecht** könnte man völlig isoliert darzustellen versuchen. Da aber in das Urlaubsrecht auch Fragen der Lösung des Arbeitsverhältnisses und der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung und Auswirkung bestimmter Zahlungen hinein spielen, finden sich die notwendigen Hinweise z.B. auch im Beendigungskapitel, im Pflichtversicherungskapitel und auch im Betriebsratskapitel.

Nicht viel anders ist es bei den Fragen der Arbeitszeitgestaltung, insbesondere im Kapitel zu **flexibleren Arbeitszeiten**. Auch in dieses Kapitel gehören Urlaubs- und Krankenstands-Besonderheiten genauso wie **Entgeltfindungsfragen**, etwa die Abgrenzung von Überstunden, zumal auch das heikle Lohndumpingverbot der letzten Jahre zu berücksichtigen ist.

Auch die Themen **Mitbestimmung und Betriebsvereinbarungen** spielen in viele Sachthemen hinein. Die entsprechenden Fragen des Betriebsräteswesens werden daher nicht nur im Betriebsräte- und im Betriebsvereinbarungskapitel behandelt, sondern zusätzlich überall dort, wo Mitbestimmung und Betriebsvereinbarung im jeweiligen Sachzusammenhang wichtig sind.

Vor allem aber gilt dies auch für **neuesten Datenschutz** und den relativ neuen **Diskriminierungsschutz**. Da beide das gesamte Arbeitsverhältnis erfassen, spielen sie auch in viele andere Themen und Kapitel hinein. Auch dort wird daher zur Fehlervermeidung sensibilisiert und nicht nur im Diskriminierungsschutz-Kapitel.

Dass bei diesem Konzept bestimmte **Fragenkreise an verschiedenen Stellen und damit mehrfach behandelt** werden, **schützt den Benutzer davor, Wesentliches zu übersehen**. Selbstverständlich geht es nicht um bloße Wiederholungen, sondern um **Schwerpunktverlagerungen und andere Blickwinkel**. Manchmal konnte aber auch mit bloßen Sicherheitsverweisungen das Auslangen gefunden werden.

Manchen Experten mag erstaunen, dass das Werk früher **auf Paragrafenzitierungen weitgehend verzichtete**. Bloßes Nachlesen von Paragraphen bringt oft wenig Gewinn und verwirrt auf Grund der darin verwendeten teils komplizierten Rechtssprache oder dehnbaren, sehr auslegungsabhängigen Begriffe oft mehr als es nützt.

**Viel wichtiger** erscheint es, die **sachliche Substanz** der Regelungen aufzuzeigen und zu verarbeiten. Dazu sind genaue Paragrafenzitate nicht erforderlich, zumal ein Paragrafenzitat sagt ja noch nichts über den Inhalt und die Richtigkeit der daraus gezogenen Schlüsse aussagt.

Um aber das Auffinden der Belegstellen für Interessierte zu erleichtern, sind schon immer die entsprechenden **Gesetze mit ihren gängigen Kurzbezeichnungen in den Texten** enthalten. Aus Anlass der gänzlichen Neubearbeitung „Juli 2018“ wurden für Interessierte **erstmalig** vielfach auch **Kurzhinweise auf die relevanten Paragraphen** aufgenommen (jeweils in Klammer, ohne volle Sätze), um die **entsprechenden Gesetzespassagen bei Bedarf nachlesen oder zitieren zu können**.

Abgesehen davon sind die vielen verstreuten gesetzlichen Bestimmungen dem betrieblichen Praktiker, aber auch Profis und Beratern, für sich allein ohnehin meist keine besondere Hilfe. **Gesetzestexte richtig und in ihrem Zusammenhang zu lesen und auszulegen**, ist gerade im Arbeitsrecht **nicht immer einfach**, wie die **in Teilbereichen nahezu unüberschaubare Fülle gerichtlicher Entscheidungen** zeigt, die zugleich deutlich macht, dass es mit bloßen Wortinterpretationen häufig ohnedies nicht getan ist.

Die Darstellung berücksichtigt daher die Rechtslage in ihrer **jeweils aktuellen Auslegung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung**, wo diese in ihrer Bedeutung **über den Anlassfall hinausgeht**. Um Interessierten und auch der Fachwelt den Nachweis und eine weitere Vertiefung (Sachverhalt und volle Entscheidungssätze) zu ermöglichen, ist **die jeweilige themeneinschlägige vierstellige Nummer meiner ab 2000 – seit 2015 nun bei LexisNexis – publizierten Leitentscheidungen zum Arbeits- und Sozialrecht (LE-AS) eingefügt**, die für den Interessierten auch die maßgeblichen Sachverhaltselemente und wichtige Praxisanmerkungen enthalten.

Noch oder weiterhin Strittiges wird kurz angedeutet, um nicht zu sehr zu verwirren bzw. den Blick für das Wesentliche nicht zu verstellen. **In wichtigen Zweifelsfragen wird eher der sicherere Weg aufgezeigt, ohne Argumentationen für andere Auslegungen zu verschweigen**.

Auch finden sich im Werk **gestalterische Hilfestellungen durch Vereinbarungen, Vorbehalte und Erklärungen**.

## D. Themenauswahl und was nicht enthalten ist

Als **Arbeits- und Orientierungshilfe für die betriebliche Praxis und die soziale Absicherung** soll das Buch allen mit Personalfragen Befassten, einschließlich Beratern, ein **zum Verstehen führendes Einlesen in die komplizierte Materie ermöglichen und zusätzlich echte Hilfe bei den im Alltag zu treffenden Entscheidungen sein**, insbesondere auch bei neu gekommenen Regelungen. Dazu gehören auch **arbeitsrechtliche Blicke auf den neuen Datenschutz** der seit 25. 5. 2018 unmittelbar geltenden DS-GVO (EU), denen das **neue Kapitel 8** dient.

Diese **doppelte Praxisorientierung** kommt schon in der Auswahl und den Überschriften der meisten Kapitel zum Ausdruck.

Zudem machen Platzgründe und Neues eine **schwerpunktmäßige Sachauswahl** notwendig, abhängig einerseits vom Adressatenkreis und andererseits von der praktischen Bedeutung der einzelnen Bereiche. Beeinflusst ist diese durch **vieljährige Erfahrungen des Beratungs- bzw. dichten Seminar- und Vortragsalltags (mit Praxisfragen und Fallbeispielen der Teilnehmer)**, insbesondere durch die Häufigkeit und Intensität der An- und Rückfragen, aber auch durch das Erkennen von Fehlerquoten.

Da sich das Werk vor allem an Wirtschaftsunternehmen richtet, wurden alle **arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften ausgeschieden, die nicht die Wirtschaft betreffen**:

Nichts zu finden ist daher über die (allerdings sehr ähnliche) Arbeitsrechtslage in der **Landwirtschaft** oder im **öffentlichen Dienst** (nach Ausgliederungen gilt grundsätzlich ohnedies das allgemeine Arbeitsrecht in den ausgegliederten Unternehmen). Verzichtet wurde auch auf das **Hausbesorgergesetz**, da es nur mehr für vor 1. 7. 2000 begonnene Dienstverhältnisse gilt. Auch die für den Baubereich wirksame **Schlechtwetterentschädigung** wird nicht behandelt, wohl aber finden sich alle **Leistungen der BUAK**, auch das Überbrückungsgeld. Stark vereinfacht ist die Darstellung der **Heimarbeitsverhältnisse** und der **Hausgehilfenverhältnisse**. Beides wird in **Kapitel 52** erörtert, erweitert um die 24-Stunden-Pflege nach dem Hausbetreuungsgesetz; das Hausgehilfendienstverhältnis wird auch in anderen Zusammenhängen mitbehandelt.

Während die betriebswichtigen **Pflichtversicherungs- und Beitragsbereiche der Sozialversicherung** eingehenden Niederschlag gefunden haben, wurden die sozialrechtlichen Leistungen auf v.a. das **Betriebsnotwendige** beschränkt, so die **Arbeitsmarktförderung** auf das **Frühwarnsystem** und die **Kurzarbeitsbeihilfen**, die **Arbeitslosenversicherung** auf das **Altersteilzeitgeld**, **Weiterbildungsgeld**, **Bildungsteilzeitgeld** und die **Grundzüge des Arbeitslosengeldes**.

Auch das sonstige Sozialrecht ist auf Schwerpunkte reduziert: **Kranken-, Wochen- und Kinderbetreuungsgeld**, **Familienbeihilfen**, **Pflegekarenzgeld**, **Insolvenzentgelt**, **Umschulungsgeld** und **Rehabilitationsgeld** bei geminderter Arbeitsfähigkeit werden nur im praxisnotwendigen Mindestumfang erörtert.

Nicht zuletzt wegen ihrer Auswirkungen auf die Gestaltung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen finden aber die **Altersteilzeit** und das **Pensionsrecht verstärkte Berücksichtigung**, die Pensionen allerdings mit **Konzentration und Reduktion auf das Wesentliche**, um noch einigermaßen verständlich zu bleiben.

## E. Ergänzendes zu Darstellung und Gebrauch

Diese bewussten Beschränkungen ermöglichen die Darstellung teils mit kurzen Regelungs- und Fallbeispielen.

Gleichzeitig wird versucht, das Verstehen und Verständnis für die jeweiligen Bestimmungen und ihr Zusammenspiel zu erwecken bzw. zu fördern:

Verstehen erleichtert die Merkbarkeit und richtige Anwendung. Von formelhaften Kurzfassungen nach einem „Ja-Nein-Schema“ wurde bewusst Abstand genommen.

Hervorzuheben sind die bewusst enge Verflechtung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und die Einbindung konkreter kollektivvertraglicher Vorschriften.

Insofern begnügt sich die Darstellung nicht mit dem Generalhinweis auf die kollektivvertraglichen Vorschriften, ist doch eine praxisnahe Darstellung ohne zumindest beispielsweise Eingehen auf konkrete und vor allem typische kollektivvertragliche Regelungen in vielen Bereichen undenkbar. Dies z.B. bei den Themen Arbeitszeit, Abfertigung, Istlohnregelungen, Arbeitsverhinderungen oder Kündigungszeiten.

Konkrete Hinweise auf kollektivvertragliche Regelungsbeispiele und erkennbare Tendenzen der kollektivvertraglichen Entwicklung sollen ein gesamthaft realistischeres Bild von der Rechtslage geben. Die Kollektivverträge begnügen sich ja nicht mit Lohn- und Gehaltsregelungen, sondern ergänzen oder ändern immer auch gesetzliche Bestimmungen.

Die praxisorientierte Zielsetzung verlangt auch Formulierungshilfen:

Solche gibt es nicht nur im Kap. 4. Auch in zahlreichen anderen Kapiteln finden sich jeweils Vorschläge zur Formulierung von Erklärungen und Vereinbarungen.

Neben dem ausführlichen Inhaltsverzeichnis soll das sich daran anschließende Sach- bzw. Stichwortregister das Auffinden der gewünschten Sachbereiche und Details erleichtern. Es verweist auf die Nummern der Kapitel und die jeweils ersten der entsprechenden Randziffern.

Im Sachregister enthalten zahlreiche Begriffe bzw. Stichworte zusätzliche Unterstichworte samt Fundstellen, um die Sach- und Themenzusammenhänge ausreichend zu erkennen und Wichtiges nicht zu übersehen.

Die Darstellung bloß der materiellen Rechtslage allein genügt in der Praxis nicht.

Immer wieder eingeflochten werden daher die Rechtsfolgen richtigen und fehlerhaften Handelns, ebenso aber die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Auch Beweislast- und Verfahrensfragen werden daher im jeweiligen Sachzusammenhang angemerkt, wo erforderlich.

Dennoch sind die zusammenfassenden Hinweise des Kapitels 1 zur Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, ebenso zur relativ neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit (erst seit 2014 in Kraft) und zur Rechtszuständigkeit in internationalen Arbeitszusammenhängen zweckmäßig.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist im Arbeitsrecht bei öffentlich-rechtlichen Vorschriften (insbesondere im Arbeitsschutz) oder Verwaltungsstrafverfahren (Arbeitszeit-, Arbeitsschutz- und Lohndumping) und auch im Sozialversicherungsrecht bei Versicherungs- und Beitragsstreitigkeiten für den Rechtsschutz der Arbeitgeber und verantwortlich Beauftragten wichtig.

## **KAPITEL 1**

# **Rechtsdurchsetzung Gerichte, Recht bei Auslandsberührungen**





<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
<b>A. Zur Rechtsdurchsetzung: Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit</b> .....	<b>1–21</b>
1. Organisation und Zuständigkeiten .....	1
2. Verfahrensbesonderheiten .....	6
3. Internationale Gerichtszuständigkeit bei ausländischem Arbeitnehmer-Wohnsitz? .....	19
<b>B. Zum Rechtsschutz im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit</b> .....	<b>22–30</b>
<b>C. Auslandsberührungen: Welches Arbeitsrecht gilt bei Entsendungen ins Ausland und aus dem Ausland?</b> .....	<b>31–43</b>
1. Grundsätzliche Arbeitsrechtszuordnung .....	31
2. Abweichungen durch Eingriffsnormen? .....	34
3. Praktische Auswirkungen .....	37
<b>D. Welche Sozialversicherung bei Arbeit in mehreren EU-Staaten bzw. Entsendungen innerhalb EU/EWR?</b> .....	<b>44–54</b>

## A. Zur Rechtsdurchsetzung: Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit

### 1. Organisation und Zuständigkeiten

Ergibt sich nicht aus dem jeweiligen Sachkapitel oder nachstehend ausnahmsweise Anderes 1  
 (z.B. vorherige verpflichtende arbeitnehmerseitige Anrufung des Sozialministeriumsservice SMS in allen Fällen behaupteter Behindertendiskriminierung, ArbVG-Schlichtungsstelle für erzwingbare Betriebsvereinbarungen), steht zur Streitfall-Rechtsdurchsetzung ausschließlich die **Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit** zur Verfügung:

**Sämtliche Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen, aus der Betriebs- oder Arbeitsverfassung und aus sozialversicherungsrechtlichen Leistungssachen** (samt Kinderbetreuungsgeld und Zuschüsse zur Entgeltfortzahlung, jedoch mit Ausnahme der Arbeitslosenversicherung) werden von den Arbeits- und Sozialgerichten entschieden.

Bei **Klagen des Arbeitgebers** allerdings nur, wenn der **beklagte Arbeitnehmer auch seinen Wohnsitz in Österreich hat.** 2

Trotz Arbeit in Österreich und unabhängig von seiner Staatsbürgerschaft hat der Arbeitnehmer nämlich bei (auch bloß grenznahem!) **Wohnsitz im Ausland** nach den **EU-Zuständigkeitsregeln** – VO 1215/2012 (EuGVVO) – das zwingend gesicherte, durch Vorausvereinbarung **nicht abdingbare Recht**, hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses **im Wohnsitzstaat zu klagen oder geklagt zu werden**. Auch Klagen des Arbeitgebers – wie jene auf Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung eines Sondergeschützten oder auf Schadenersatz – müssen diesfalls im (ausländischen) Wohnsitzstaat eingebracht und vom dortigen Gericht entschieden werden, wobei das ausländische Gericht österreichisches Arbeitsrecht anzuwenden hat, wenn das Arbeitsverhältnis materiell diesem unterliegt. Das österreichische Gericht hat solche Klagen wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen (sei es auch erst durch den OGH), außer der **beklagte Arbeitnehmer** hat sich im Anlassfall mit dem österreichischen Gericht einverstanden erklärt.

Drastisch zeigte dies erstmals kürzlich OGH LE-AS 65.1.1.Nr.3 bzw. 42.5.6.Nr.1 (Anlassfall: **Entlassungszustimmungsklage** bei Väterteilerzeit eines in Linz arbeitenden österreichischen Arbeitnehmers, der zumindest während der mehrjährigen Teilerzeitphase in Südtirol wohnte). Bestätigt wurde diese Linie in OGH LE-AS 65.1.1.Nr.4 (Anlassfall: Slowenin mit Wohnsitz in Slowenien und ständigem Arbeitsort Graz wird nach ihrem Ausscheiden wegen Verstoßes gegen eine Konkurrenzklause durch Arbeit für einen anderen Arbeitgeber in Graz auf die vereinbarte Konventionalstrafe geklagt). Danach begründet auch arbeitnehmerseitig **rügeloses Einlassen** durch bloß materiell begründeten Einspruch **gegen einen Zahlungsbefehl noch keine Einlassung** und damit keine Zuständigkeit des österreichischen Arbeitsgerichts, **wenn** für den Einspruch nach den österreichischen prozessrechtlichen Bestimmungen keine Begründung notwendig war, wie dies in arbeitsgerichtlichen Verfahren der Fall ist.

- 3 Für die **Regelungsstreitigkeiten** bei den erzwingbaren Betriebsvereinbarungen (siehe Kapitel 39 Pkt. G/2, Kapitel 40 Pkt. C/2) sind indessen immer die **Schlichtungsstellen** und zur Entscheidung über Beschwerden ihrer Bescheide die **Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit** zuständig.
- 4 Für **Leistungsstreitigkeiten** aus der Arbeitslosenversicherung (z.B. **Arbeitslosengeld, Notstandshilfe**) sowie für die **Pflichtversicherungs- und Beitragsstreitigkeiten in der Sozialversicherung samt BV-Beiträgen** (Abfertigung Neu) ist immer das **Bundesverwaltungsgericht** rechtsschutzzuständig, dies mit den beschränkten Möglichkeiten einer Revision an den **Verwaltungsgerichtshof** oder einer Beschwerde an den **Verfassungsgerichtshof**.
- 5 Die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit ist, wenn auch mit einigen Besonderheiten, **voll in die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit integriert**.

Als Eingangsgeschichte bzw. Gerichte **1. Instanz** sind die Landesgerichte vorgesehen; lediglich für Wien ist ein eigenes Arbeits- und Sozialgericht Wien errichtet.

In **2. Instanz**, also über Berufungen und Rekurse, entscheiden ausnahmslos die Oberlandesgerichte, in **3. Instanz**, also über Revisionen und Revisionsrekurse, der Oberste Gerichtshof (OGH).

In Arbeits- und Sozialrechtssachen werden die meisten Materien zwingend **in speziellen Senaten** dieser Gerichtshöfe verhandelt und entschieden: Diese umfassen neben Berufsrichtern (in 1. Instanz einer, sonst jeweils drei) je einen fachkundigen Laienrichter (Beisitzer) aus dem Kreise der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer mit vollem Stimmrecht.

Fehlen Beisitzer, können **Verhandlungen ohne Laienbeisitzer** nur durchgeführt werden, **wenn** die Parteien dem zustimmen.

## 2. Verfahrensbesonderheiten

- 6 In **1. Instanz** besteht **kein Vertretungszwang**.

Wer sich vertreten lassen will, kann nicht nur Anwälten, Kammerangestellten bzw. ÖGB-Funktionären, sondern auch anderen Geeigneten Vollmacht erteilen, so insbesondere auch einem Arbeitnehmer des Betriebs bzw. einem Betriebsratsmitglied.

In **2. Instanz** bedarf man jedoch eines **qualifizierten Vertreters**; neben Rechtsanwälten kommen Funktionäre und Arbeitnehmer einer gesetzlichen Interessenvertretung, freiwilligen kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigung (z.B. ÖGB auf Arbeitnehmerseite) oder eines Behindertenverbandes infrage.

In 3. Instanz, also vor dem OGH, besteht **Vertretungszwang durch Rechtsanwälte**.

Wer in 1. Instanz nicht qualifiziert vertreten ist, wird durch eine intensive richterliche **Anleitungs- und Belehrungspflicht** geschützt. Diese umfasst auch die in Betracht kommenden besonderen Vorbringen und Beweisanbietungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Rechtsverteidigung). Zudem ist diesfalls in allen Arbeitsrechtssachen (nicht aber in Sozialrechtssachen) das **Neuerungsverbot im Berufungsverfahren aufgehoben**. Wer in keiner Lage des Verfahrens qualifiziert vertreten war, kann noch bis zum Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung neues Vorbringen erstatten, arbeitgeberseitig also etwa einen neuen Kündigungs- oder Entlassungsgrund oder Alleinverschulden des Arbeitnehmers geltend machen.

Für **Sozialrechtssachen** dürfen **keine Kostenvorschüsse** zur Deckung von Zeugen- oder Sachverständigenkosten vorgeschrieben werden.

Hinsichtlich **Prozesskostenrisiko (Gerichts- und Anwaltskosten)** gibt es von der allgemeinen Regel, dass der unterlegene Teil letztlich die Kosten tragen bzw. dem anderen dessen Kosten ersetzen muss (aber für die Kosten von Interessenvertretungen in besonderen Pauschalbeträgen), im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren **drei wichtige Ausnahmen**:

Die eine betrifft die **Sozialrechtssachen** (siehe dazu Kapitel 51 Pkt. H). 8

Die zweite betrifft **betriebsverfassungsrechtliche oder vergleichbare Streitigkeiten**, also Betriebsratswahanfechtungen, Mitbestimmungsstreitigkeiten, Kündigungsanfechtungen, Klagen auf Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung von Belegschaftsfunktionären sowie von Arbeitnehmern, die dem Mutter- oder Vaterschutz bzw. Präsenz- oder Zivildienstschutz unterliegen. 9

In diesen Fällen gibt es in 1. und 2. Instanz **keinen wechselseitigen Kostenersatz**.

Lediglich **vor dem OGH** (soweit dessen Anrufung zulässig ist) gelten die normalen Kostenersatzregeln.

Keinen Kostenersatz gibt es schließlich auch bei **Verfahren auf Einwilligung in oder Abwehr von Elternteilzeiten oder Elternarbeitszeiten** oder auf **Abwehr einer Familienhospizmaßnahme**. Wer gewinnt, muss seine eigenen Kosten (Anwaltskosten) immer selbst tragen, wer verliert, braucht dem anderen keine Kosten zu ersetzen. 10

In derartigen Verfahren wird daher die Vertretung durch die eigene Interessenvertretung bzw. durch von dieser beauftragte Rechtsanwälte oft sinnvoll sein.

Zum **Rechtsmittelverfahren** ist anzumerken: 11

Keine **Berufung** gibt es gegen Urteile, die eine Elternteilzeit, besondere Eltern-Arbeitszeiteinteilung, aufgeschobene Elternkarenz und Familienhospizmaßnahmen bewilligen oder ablehnen.

Gegen sonstige Ersturteile kann voll berufen werden (wenn auch meist unter der Beschränkung des Neuerungsverbot), mündliche Berufungsverhandlungen gibt es bis zu (unverändert) € 2.000,- jedoch nur, wenn das Gericht solche im Einzelfall für erforderlich hält.

Der **Weg zum OGH** (Revision, Revisionsrekurs) ist indessen immer auf **allgemein wichtige Rechtsfragen** beschränkt (Grundsatzfragen: Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des OGH abweicht, eine solche fehlt oder uneinheitlich ist). 12

Hierzu besteht eine **deutlich restriktive Tendenz** des OGH, die Revision **bei Wesentlichkeit bloßer Einzelfallumstände vielfach erst bei erheblicher oder krasser Fehlbeurteilung zuzu-**

lassen. Diese Tendenz fällt besonders bei Vertrags-, Beendigungs- und Betriebsverfassungsfragen, Firmen- oder Sozialversicherungspensionen und Versehrtenrenten ins Gewicht.

Inhaltlich betrifft diese Verfahrensrestriktion (fehlende Revisibilität) daher **bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten** z.B. alle bloßen Vertragsauslegungen, alle Einordnungen als Arbeitnehmer/freier Dienstnehmer, im allgemeinen Kündigungsschutz die Erfordernisse wesentlicher Interessenbeeinträchtigung, sozialer Gestaltungspflicht, Interessenabwägung, aber auch das Vorliegen von Kündigungs- oder Entlassungsgründen, von Mitverschulden, sowie die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit etc.!

Außer bei erheblichen Fehlbeurteilungen und revisiblen Verfahrensfehlern, Aktenwidrigkeiten etc. hat in diesen Fällen die Berufungsinstanz gewissermaßen das letzte Wort. Das **Gewicht der 1. und 2. Instanz** wird auch dadurch untermauert, dass **deren Sachverhaltsfeststellungen und diesen zugrunde liegenden freien Beweiswürdigungen** nicht mehr bekämpfbar sind, da der OGH eine Rechts- und keine Tatsacheninstanz ist.

- 13 Zumind **Leistungsklagen** können nur **unmittelbar Betroffene** (sei es auch als potenzieller Bewerber bei Klagen auf Ausschreibung ausschreibepflichtiger Stellen: OGH LE-AS 65.1.2.Nr.4) erheben, **nicht auch der Betriebsrat** für Arbeitnehmer, so OGH LE-AS 23.3.2.Nr.2.

Anderes gilt in Mitbestimmungsfragen, wo der **Betriebsrat wegen verletzter Mitbestimmung direkt den Arbeitgeber auf Leistung oder Unterlassung klagen** kann.

In Arbeitsrechtssachen gibt es jedoch **zwei kollektive Feststellungsverfahren**:

- 14 Zum einen können **Betriebsrat oder Arbeitgeber** unabhängig vom Willen der Betroffenen (OGH LE-AS 65.3.2.Nr.3) eine **betriebliche Kollektivklage auf Feststellung** des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheben, **wenn** von den strittigen Fragen **mindestens drei Arbeitnehmer betroffen** sind (§ 54 Abs. 2 ASGG). Dabei darf es sich, so **jüngst OGH LE-AS 65.3.2.Nr.6**, weder um die Feststellung von Tatsachen noch von abstrakten Rechtsfragen handeln, die nur theoretische Sachverhalte betreffen. Auch konkrete Rechtsverhältnisse sind nur dann einer gerichtlichen Feststellung zugänglich, wenn sich die Entscheidung zur Streitbereinigung zwischen den Parteien eignet. Betriebliche Feststellungsklagen sind daher abzuweisen, wenn ein **konkretes Begehren für eine auch nur teilweise streitbereinigende Wirkung ungeeignet** ist.

Diese nicht exekutionsfähigen Kollektivklagen können örtlich **nur beim Betriebsitzgericht** (OGH LE-AS 65.3.3.Nr.1) **und nur im Rahmen der Zuständigkeit des jeweiligen Betriebsrats**, daher auch **nicht betriebsüberschreitend** (LE-AS 65.3.3.Nr.4), erhoben werden.

Sie ermöglichen **Testprozesse**, die den Betroffenen die persönliche Kläger- oder Beklagtenrolle und die damit verbundenen Kosten und Risiken ersparen. Prozesskostenersatz hat aber der Unterlegene (Arbeitgeber oder Betriebsrat) zu leisten.

Diese Testprozesse **hemmen** den Ablauf der **Verjährungs- und Verfallsfristen** (siehe Kapitel 47 Pkt. D), verlängern also die Möglichkeit der Betroffenen, notfalls auch individuell zu klagen.

- 15 Zum anderen können nach § 54 Abs. 1 ASGG die **kollektivvertragsfähigen Körperschaften** der Arbeitnehmer (ÖGB) und der Arbeitgeber (Wirtschaftskammer-Fachorganisationen und freiwillige Arbeitgeberverbände) **unmittelbar beim OGH** auf Basis eines abstrakten (vom Gegner nicht bestreitbaren [LE-AS 65.7.3.Nr.4], aber ausreichend schlüssig strittigen [OGH LE-AS 65.7.1.Nr.4]) Sachverhalts **Rechtsfragenfeststellungsanträge** einbringen. Anträge ohne **ausreichendes Sachverhaltsvorbringen** sind abzuweisen (OGH LE-AS 65.7.3.Nr.5, 65.7.1.Nr.4).

Die **Verbandsklage nach dem KSchG** steht der Bundesarbeitskammer jedoch **gegen Arbeitsvertragsklauseln nicht** zu (so kürzlich OGH LE-AS 65.1.2.Nr.5). 16

Auch in Arbeitsgerichtsprozessen sind Anträge auf (schnellere) **einstweilige Verfügungen** zulässig. Sie werden häufig bei Konkurrenzverbotsfragen oder Unterlassungsklagen der Betriebsräte oder Unterlassungsklagen der Arbeitgeber gegen Kampfhandlungen der Betriebsräte eingesetzt, sind aber auch für Klagen von Arbeitgebern gegen den Betriebsrat auf Zustimmung zur Versetzung geeignet. 17

Ähnliche besondere Bedeutung hat die **vorläufige Vollstreckbarkeit oder Gestaltungswirkung stattgebender Ersturteile 1. Instanz** – unbeschadet eines Rückzahlungsanspruchs (siehe Kapitel 18 Pkt. C) oder Nachzahlungsanspruchs bei anderslautendem rechtskräftigem Verfahrensabschluss – **in bestimmten Arbeitsrechtssachen** (§ 61 ASGG): 18

**So wenn es sich handelt um:**

1. den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und daraus abgeleitete Ansprüche auf rückständiges laufendes Arbeitsentgelt; 2. Ansprüche auf bei Beendigung rückständiges laufendes Arbeitsentgelt, sofern bzw. soweit nicht das Gericht über vor Verhandlungsschluss gestellten Antrag des Arbeitgebers oder erklärten Verzicht des Arbeitnehmers die Hemmung der Vollstreckbarkeit im Urteil verfügt hat (**verfassungsrechtlich unbedenklich**, so OGH LE-AS 65.4.4.Nr.2); 3. die Herausgabe der bei Auflösung auszufolgenden Arbeitspapiere und herauszugebenden Gegenstände; 4. die Zurückstellung der vom Arbeitgeber zur Ausübung der Arbeit zur Verfügung gestellten Gegenstände; 5. betriebsverfassungsrechtliche bzw. gleichartige Streitigkeiten (Wahlanfechtungen, Kündigungsanfechtungen, Kündigungszustimmungen etc.).

Diese vorläufige „Vollstreckbarkeit“ erfasst **auch Feststellungsurteile** sowie **Gestaltungsurteile** (Aufhebung einer Kündigung infolge Anfechtung, Zustimmung zu einer Kündigung oder Entlassung, Aufhebung einer Betriebsratswahl), also auch die **privatrechtliche „Vollstreckung“** durch Ausspruch einer Kündigung oder Ausschreibung einer neuen Betriebsratswahl. Das Risiko, dass das Ersturteil letztlich rechtskräftig abgeändert und dadurch etwa die Kündigung rückwirkend unwirksam wird, bleibt zu beachten.

Ein anderslautendes, nicht rechtskräftiges **Berufungsurteil** setzt die Vorläufigkeitwirkung des § 61 ASGG aber nicht außer Kraft.

**Berufungsurteile** selbst sind indessen (ausgenommen in Sozialrechtssachen) nie vorläufig vollstreckbar.

### 3. Internationale Gerichtszuständigkeit bei ausländischem Arbeitnehmer-Wohnsitz?

Für **Streitigkeiten um und aus arbeitsvertraglichen Ansprüchen** aus bestehenden oder bereits aufgelösten Arbeitsverträgen schaffen die **Art. 18 bis 21 EuGVVO** auch bei **gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich** ein **abschließendes Zuständigkeitsregime**, so kürzlich umfassend OGH LE-AS 65.1.1.Nr.3. 19

Dazu gehören nicht nur Entgeltstreitigkeiten, sondern **auch der gesamte Kündigungsschutz und Streitigkeiten über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses** (inklusive Feststellungsbegehren).