

Die Neuerungen auf Grund der „Arbeiter-Gleichstellungsnovelle“ BGBl I 2017/153

Vortrag, gehalten im Rahmen der Innsbrucker Jahrestagung zum Arbeitsrecht und Sozialrecht 2018,
Oberlandesgericht Innsbruck, 1. 3. 2018

Referent: Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*
Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der
Universität Innsbruck

1. Übersicht über die Inhalte der Arbeiter-Gleichstellungsnovelle

Die gegenständliche Novelle ist Ergebnis eines Initiativantrags von Abgeordneten der SPÖ, der FPÖ und der Grünen und wurde vom NR am 12. 10. 2017 beschlossen (nach BR im BGBl am 13. 11. 2017). Betroffen sind sieben G, und zwar AngG, EFZG, BAG und ABGB sowie – im Folgenden nicht weiter betrachtet – GAngG, HGHAngG und LAG. Inhaltlich geht es im Wesentlichen um folgende Punkte:

- Neuregelung der **Entgeltfortzahlung im Falle von Krankheit, Unfall, Arbeitsunfall, Berufskrankheit** bzw **Kur- und Erholungsaufenthalt** (vgl 2.);
- Adaptierungen im Recht der **Entgeltfortzahlung aus sonstigen wichtigen in der Person des AN gelegenen Gründen** (vgl 3.);
- Neuregelungen im Bereich der **Kündigungsfristen und -termine** (vgl 4.).

2. Die Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Hier sind zwei Materien betroffen: einerseits die Entgeltfortzahlung ieS (vgl 2.1), andererseits die Rechtsfolgen einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einer einschlägigen Dienstverhinderung (vgl 2.2).

2.1 Entgeltfortzahlung ieS

Hier wurde vor allem der Kernbereich des Krankenstandsrechts in § 8 AngG neu gefasst, und zwar bei Krankheit und Unfall vom Anlassfall- auf das Arbeitsjahrprinzip umgestellt, die sog Wiederverhinderungsregel des § 8 Abs 2 aF AngG eliminiert und im Fall von Arbeitsunfall und Berufskrankheit eine Anlassfallregelung mit Folgeverhinderungseinschränkung nach dem Vorbild des EFZG implementiert. AngG und

EFZG sind damit in Hinkunft mehr oder weniger gleichlautend. Daneben wurden in § 17a BAG die Entgeltfortzahlungszeiträume unter Beibehaltung der Regelungsstruktur von vier auf acht Wochen voll sowie von zwei auf vier Wochen halb verdoppelt. Im Bereich von AngG und EFZG ist im Einzelnen Folgendes zu konstatieren:

- Ein AN, der nach Antritt des Arbeitsverhältnisses durch **Krankheit** oder **Unfall** an der Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, behält seinen Anspruch auf das Entgelt wie bisher für die Dauer von sechs Wochen in voller Höhe und für weitere vier Wochen in halber Höhe (§ 8 Abs 1 S 1 und 3 nFAngG, § 2 Abs 1 S 1 und 3 EFZG).

Für die Erhöhung des Anspruchs auf volle Entgeltfortzahlung gibt es nun andere **Dienstzeitgrenzen**: Auf **acht Wochen** erhöht sich der Anspruch **nach einem Jahr**, die Erhöhung auf zehn Wochen nach 15 Dienstjahren sowie auf zwölf Wochen nach einer Dienstzeit von 25 Jahren bleibt unverändert (§ 8 Abs 1 S 2 nF AngG, § 2 Abs 1 S 2 nF EFZG).

- Das **Arbeitsjahrprinzip** bei Krankheit und Unfall, bislang nur in § 2 Abs 4 EFZG niedergelegt, findet sich nun auch in § 8 Abs 2 nF AngG: Bei wiederholter Dienstverhinderung durch Krankheit (Unfall) innerhalb eines Arbeitsjahres besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur insoweit, als die Dauer des Anspruchs gem § 8 Abs 1 AngG (bzw § 2 Abs 1 EFZG) noch nicht erschöpft ist.

E 1) OGH 28. 1. 1999 8 Ob A 163/98y – Neues Arbeitsjahr

ZAS 1999, 167 (*Pernkopf*)

(anders noch OGH 17. 4. 1997, 8 ObA 2132/96 d, DRdA 1998, 42 [*Pfeil*])

Erkrankt ein AN in einem Arbeitsjahr, in dem kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach EFZG mehr besteht, und reicht die Krankheit in das nächste Arbeitsjahr hinein, dann gebührt ab Beginn des neuen Arbeitsjahres wieder der volle Entgeltfortzahlungsanspruch.

- Wird der AN ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit von seiner Seite durch **Arbeitsunfall** oder **Berufskrankheit** an der Arbeitsleistung verhindert, so behält er gem § 2 Abs 5 EFZG und in Zukunft auch gem § 8 Abs 2a S 1 – 3 nF AngG das Entgelt bis zur Dauer von **acht Wochen**; dieser Anspruch steigt mit höherem

Dienstalter. Die Zahlung gebührt für jeden **Anlassfall** von neuem, es sei denn, es handelt sich um eine sog **Folgeverhinderung**, dh eine im ursächlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsunfall bzw der Berufskrankheit stehende weitere Arbeitsverhinderung; liegt eine solche vor, so gebührt Entgeltfortzahlung innerhalb eines Arbeitsjahres nur bis zur Erschöpfung des Grundanspruchs.

E 2) OGH 14. 10. 2008 8 ObA 44/08s – Kontingentsystem
ASoK 2009, 194
(unter ausdrücklicher Abkehr von OGH 7. 6. 2006, 9 ObA 13/06m, ASoK 2006, 478)

Sachverhalt: Der Kl war infolge eines Arbeitsunfalls für einen längeren Zeitraum arbeitsunfähig und erhielt daher vom bekl AG eine entsprechende Entgeltfortzahlung. Die gegenständliche Klage richtet sich über den bereits erhaltenen Betrag hinaus auf die Fortzahlung des Entgelts für weitere acht Wochen, weil mit dem Beginn des neuen Arbeitsjahres auch ein neuerlicher Anspruch auf Entgeltfortzahlung ausgelöst werde, und zwar auch bei einer durchgehenden Arbeitsverhinderung.

Leitsatz: Das EFZG unterscheidet sich von den Regelungen des AngG, indem der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auf das Arbeitsjahr abstellt. Für den Fall, dass eine Dienstverhinderung durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit verursacht wurde, ist jedoch im § 2 Abs 5 EFZG eine Regelung vorgesehen, die von jener des Abs 1 leg cit unabhängig ist. Die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten erfolgt anlassbezogen. Das im § 2 Abs 1 EFZG vorgesehene Kontingentsystem ist auf diese Fälle nicht anzuwenden. Abweichend von der bisherigen Rsp wird daher im Falle einer durchgehenden Dienstverhinderung wegen Arbeitsunfall oder Berufskrankheit kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch durch den Beginn eines neuen Arbeitsjahres ausgelöst.

Damit wird ein in der abgelehnten Vorentscheidung der entsprechenden Analogie zu Grunde gelegter Wertungswiderspruch wieder virulent: Ein infolge eines Arbeitsunfalls dienstverhinderter AN, dessen Entgeltfortzahlungsanspruch bereits im ersten Jahr erschöpft ist, wird bei Andauern des Krankenstandes bis ins nächste Arbeitsjahr schlechter gestellt als ein AN, der in gleicher Weise Krankenstand in Anspruch nimmt, sich aber in seiner Freizeit, etwa bei der Ausübung eines gefahrenträchtigen Hobbys, verletzt hat. Dieser Wertungswiderspruch findet sich durch die Novelle BGBl I 2017/139 nun auch im Angestelltenrecht.

- Im Angestelltenrecht wird nun auch das Problem einer **Mehrheit von Arbeitsverhältnissen** geregelt: Gem § 8 Abs 2a S 4 nF AngG entsteht der **höhere Anspruch** aus Arbeitsverhinderung durch **Arbeitsunfall** nur gegen jenen **AG** zu, **bei dem sich der Unfall ereignet hat** (vgl seit jeher § 2 Abs 5 S 4 EFZG).
- In § 8 Abs 9 nF AngG wurde die in § 2 Abs 8 EFZG bereits vorhandene Regelung über die **Umstellung des Arbeitsjahres auf das Kalenderjahr** durch KollV (§ 2 Abs

2 Z 2 ArbVG) bzw durch BV (§ 97 Abs 1 Z 21 ArbVG), nicht aber – anders als im Urlaubsrecht – durch Einzelvereinbarung, übernommen.

- Die angeführten Regelungen des § 8 Abs 1 – 2a und 9 nF AngG treten mit **1. 7. 2018** in Kraft und sind auf **Arbeitsverhinderungen** anzuwenden, die in **nach dem 30. 6. 2018 begonnenen Arbeitsjahren eingetreten** sind. Für zu diesem Zeitpunkt laufende Dienstverhinderungen gilt § 8 Abs 1 – 2a nF AngG ab Beginn dieses Arbeitsjahres.

Gem Art X Abs 2 Z 17 AngG bleiben **Normen der kollektiven Rechtsgestaltung**, die für AN **günstigere Regelungen** vorsehen als § 8 Abs 1 AngG idF BGBl I 2017/139, aufrecht.

Gem Art X Abs 2 Z 18 AngG bleiben günstigere Regelungen als § 8 Abs 2 aF AngG in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung samt § 8 Abs 2 aF AngG für die erfassten AN bis zu einer Neuregelung der Materie aufrecht. Insoweit gibt es also einen Nachhall der Wiederverhinderungsregel des § 8 Abs 2 aF AngG.

Auch § 2 Abs 1 nF EFZG tritt mit 1. 7. 2018 in Kraft und gilt für Arbeitsverhinderungen, die in nach 30. 6. 2018 begonnenen Arbeitsjahren eingetreten sind. Für zu diesem Zeitpunkt laufende Dienstverhinderungen gilt die Neuregelung wiederum ab Beginn dieses Arbeitsjahres. Im Fall des § 2 Abs 8 EFZG, also bei Umstellung des Arbeitsjahres auf das Kalenderjahr, kommt es dann zur Anwendung des neuen Rechts, wenn die Arbeitsverhinderung nach dem 31. 12. 2018 eingetreten ist.

Eine ähnliche Inkrafttretensbestimmung findet sich in § 36 Abs 1 BAG.

Nicht alle problematischen Bereiche des Rechts der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurden durch die gegenständliche Novelle angesprochen (zum Wertungswiderspruch durch das **Anlassfallprinzip bei Arbeitsunfall** s schon oben):

- Im Angestelltenrecht fehlt nach wie vor die ausdrückliche Einbeziehung der von einem Sozialversicherungsträger udgl bewilligten oder angeordneten **Kur- und Erholungsaufenthalte** etc. Diese Phänomene werden wie bisher in den § 8 AngG einzubeziehen sein.

- Im Angestelltenrecht fehlt nach wie vor eine Bestimmung über die **Zusammenrechnung von Dienstzeiten** für die Anspruchshöhe, wie sie in § 2 Abs 3 und 3a EFZG vorhanden ist. Den unionsrechtlich bedenklichen § 2 Abs 3a EFZG, der den Betriebsübergangsfall betrifft, hätte man bei der Gelegenheit auch adaptieren können.
- Keine Klarstellung erfolgte auch in Bezug auf die **Bemessung der Höhe** des Entgeltfortzahlungsanspruchs. Aus dem AngG wird das **Bezugsprinzip** abgeleitet, welche auf die in der Vergangenheit bestehende Entgelthöhe schaut, in § 3 EFZG spielen auch das **fiktive Ausfallsprinzip**, welches in die Zukunft schaut, und das **Durchschnittsprinzip**, welches das Bezugsprinzip im Falle schwankender Entgelthöhen präzisiert, eine Rolle. Hier hätte man auf die Erkenntnisse der jüngeren Rsp und Lehre zurückgreifen und die Bemessungsprinzipien konkretisieren können.
- Schließlich wäre auch eine einheitliche, moderne Regelung in Bezug auf die tauglichen (**ärztlichen**) **Nachweise** der Dienstverhinderung wünschenswert.

2.2 Krankheit und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Dieses Thema behandeln § 9 AngG bzw § 5 EFZG. Bislang war Folgendes vorgesehen: Wird der AN während einer Arbeitsverhinderung gem § 8 Abs 1 etc AngG, § 2 EFZG gekündigt oder ungerechtfertigt entlassen oder trifft den AG ein Verschulden am Austritt des AN, so **bleibt der Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts** nach den genannten Bestimmungen **bestehen, wenngleich das Arbeitsverhältnis früher endet**. Es kam in diesem Zusammenhang zu einem typischen, problematischen Phänomen:

E 3) VwGH 14. 4. 2010 2007/08/0327 – Gesundheitsreibung
 infas 2010 S 30
 (vgl auch VwGH 23. 1. 2008, 2006/08/0325)

Die einvernehmliche Lösung (auch) im Krankenstand bedeutet grundsätzlich keinen Rechtsmissbrauch.

Die hier vereinbarte Wiedereinstellungszusage „nach Gesundheitsreibung durch den Chefarzt“ zeigt aber, dass die Parteien keineswegs beabsichtigt haben, das Beschäftigungsverhältnis dauernd zu beenden. Der DG kann sich auch nicht auf eine „Karenzierung“ berufen, da den DN infolge Krankheit eine Arbeitspflicht gar nicht getroffen hat. Die denkmöglichen Zwecke der Vereinbarung reduzieren sich daher bei Betrachtung ihres wahren wirtschaftlichen Gehalts (§ 539a Abs 1 ASVG) in Ermangelung einer anderen, die Vereinbarung denkmöglich tragenden Absicht der Parteien, auf eine bloße Abbedingung der Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall,

deren Zulässigkeit aber an § 6 EFZG scheitert. Die Vereinbarung ist daher nichtig und sozialversicherungsrechtlich unbeachtlich; es besteht weiter Versicherungspflicht bis zum genannten Zeitpunkt.

Durch BGBl I 2017/137 wird nun § 9 Abs 1 AngG bzw § 5 EFZG jeweils ein Satz angefügt, wonach der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auch dann bestehen bleibt, wenn das Arbeitsverhältnis während einer Dienstverhinderung iSd § 8 Abs 1 – 2a AngG, § 2 EFZG oder im Hinblick auf eine derartige Dienstverhinderung **einvernehmlich beendet** wird. Damit ist den skizzierten problematischen Vorgangsweisen zu Lasten insb des Krankenversicherungsträgers der Boden entzogen. Die Neuregelungen treten mit **1. 7. 2018** in Kraft und sind auf einvernehmliche **Beendigungen während einer** oder **in Bezug auf eine einschlägige Arbeitsverhinderung** anzuwenden, die eine **Auflösung** des Arbeitsverhältnisses **nach dem 30. 6. 2018** bewirken.

E 4) OGH 22. 10. 2010 9 ObA 36/10z – Neues Arbeitsjahr
ASoK 2011, 128
(anders noch OGH 7. 6. 2006, 9 ObA 115/05k, ASoK 2006, 393; 7. 6. 2006, 9 ObA 13/06m, ASoK 2006, 478)

Seit der E 8 ObA 163/98y (ZAS 1999, 167 [*Pernkopf*]) geht die einhellige Rsp in Übereinstimmung mit der hL dahin, dass bei ununterbrochen fortdauernder krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung mit Beginn des nächsten Arbeitsjahres ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 2 EFZG auch dann entsteht, wenn der AN zuerst wegen Ausschöpfung des Entgeltfortzahlungsanspruchs kein Entgelt mehr erhalten hatte. Dieser Beurteilung lagen fortdauernde, dh im relevanten Beurteilungszeitraum noch nicht beendete Arbeitsverhältnisse zugrunde.

Zu 9 ObA 115/05k hatte sich der OGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob im Falle, dass ein Arbeiter während des Krankenstands gekündigt wird und ein neues Arbeitsjahr zwar erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, aber noch während des fortdauernden Krankenstands beginnt, ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht. Der OGH bejahte diese Frage.

Eine Eingrenzung des Entgeltfortzahlungsanspruches bei arbeitsjahresübergreifendem Krankenstand auf ineinander übergreifende Fortzahlungszeiträume ist jedoch aus dem G nicht ableitbar. Auch das Argument, dass der Gesetzgeber trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Fall des mehrjährigen fortdauernden Krankenstands für ein immer wieder neues Aufleben des Entgeltfortzahlungsanspruches in Kauf nehmen wollte, überzeugt bei näherer Betrachtung nicht. Der erkennende Senat sieht sich daher veranlasst, von der zu 9 ObA 115/05k eingenommenen Position Abstand zu nehmen.

§ 5 EFZG geht grundsätzlich davon aus, dass ein Krankenstand der Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Dauer der Arbeitsverhinderung nicht entgegensteht. Dem kranken AN soll aber der volle Anspruch auf Ausschöpfung des

nicht verbrauchten Kontingents an Entgeltfortzahlung aus dem laufenden Arbeitsjahr auch dann gewahrt bleiben, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Arbeitsverhinderung erfolgt. Endet jedoch das Arbeitsverhältnis vor Beginn des neuen Arbeitsjahres und kann daher kein neues Arbeitsjahr zu laufen beginnen, gibt § 5 EFZG trotz fortdauernden Krankenstands keine geeignete Grundlage ab, einen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 2 Abs 1 EFZG entstehen zu lassen.

3. Die Änderung bei der Entgeltfortzahlung aus sonstigen wichtigen in der Person des AN gelegenen Gründen

Gem § 8 Abs 3 AngG behält der Angestellte den Anspruch auf Entgelt auch dann, wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist. Eine gleichlautende Regelung für jene AN, die nicht dem AngG unterliegen (insb Arbeiter), enthält der § 1154 b Abs 5 ABGB. Während die Regelung im **AngG** zwingend ist (§ 40 AngG), konnte der Standard der letzteren Rechtsgrundlage für **sonstige AN** durch Regelung im **KollV** aus der Sicht des AN **verschlechtert** werden (§ 1154 b Abs 6 aF ABGB; ausgenommen ist der Katastrophenfall).

Art 6 BGBl I 2017/137 lässt nun § 1154b Abs 6 ABGB entfallen, womit auch die **Regelung im ABGB (vollständig) zwingend** gem § 1164 Abs 1 ABGB wird. § 1154b Abs 6 ABGB tritt mit Ablauf des 30. 6. 2018 außer Kraft, § 1164 Abs 1 nF ABGB tritt mit 1. 7. 2018 in Kraft.

Damit tritt nun auch im Arbeiterrecht das alte Problem des **Günstigkeitsvergleichs** zwischen den allgemein gehaltenen gesetzlichen Regelungen und den meist Einzelfälle aufzählenden Kollektivvertragsbestimmungen zutage. Der Günstigkeitsvergleich ist ja iSd § 3 Abs 2 ArbVG als Gruppenvergleich durchzuführen. Bildet man nun eine Gruppe zusammengehörender Regelungen, um den Vergleich zwischen G und KollV vornehmen zu können, so kommt man mE nicht umhin, die **sonstigen in der Person des AN liegenden Gründe insgesamt als eine Gruppe** aufzufassen. Vergleicht man nun § 1154b Abs 5 ABGB (bzw seit jeher § 8 Abs 3 AngG) mit Regelungen in KollV, so zeigt sich dabei, dass die meist punktuelle Besserstellungen enthaltenden KollV im Verhältnis zu den gesetzlichen Bestimmungen, welche umfassende Reichweite für alle erdenklichen Konstellationen haben, tendenziell ungünstiger sind und daher zurückzutreten hätten. Allerdings ist der jeweilige KollV nach § 6 ABGB zu interpretieren: Es könnte sein, dass er den gesetzlichen Standard zunächst bekräftigt und sodann einzelne Fälle konkretisierend hervorhebt oder auch günstiger im Verhältnis zu den schon im G stehenden Standards dazugibt. Schließt der KollV hingegen, was im Arbeiterbereich durchaus vorkommt, ganze Gruppen sonstiger wichtiger Gründe von der Entgeltfortzahlung aus, so wird er gegenüber dem in Hinkunft zwingenden § 1154b Abs 5 ABGB insgesamt nicht mehr angewendet werden können.

4. Die Neuregelungen im Kündigungsrecht

Hier sind zwei Materien zu unterscheiden:

4.1 Streichung der Mindestarbeitszeit im AngG

In § 20 Abs 1 AngG war bis zur Nov BGBI I 2017/153 die **Anwendbarkeit des Kündigungsrechts** des AngG **an eine Mindestarbeitszeit gebunden**. Diese Herausnahme von Teilzeitbeschäftigten aus dem Geltungsbereich des Kündigungsrechts des AngG war als (unmittelbare) Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten (bzw idR auch als mittelbare Frauendiskriminierung) **unionsrechtswidrig**. Die diesbezügliche Novellierung mit Inkrafttretensdatum **1. 1. 2018** stellt nunmehr einen den Vorgaben des Europarechts entsprechenden Rechtszustand her.

4.2 Kündigungszeiten für Nicht-Angestellte

Durch BGBI I 2017/137 wird ein § 1159 nF ABGB geschaffen, welcher inhaltlich und von seiner zwingenden Wirkung her **weitgehend** (dazu gleich) dem **§ 20 AngG entspricht**. Es geht also um die bekannten Kündigungsfristen und -termine des Angestelltenrechts wie zB die sog Quartalskündigung, um das Kündigungsgleichheitsgebot usw.

§ 1159 nF ABGB tritt mit **1. 1. 2021** in Kraft und ist auf Beendigungen anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2020 ausgesprochen werden. „Ausspruch“ wird man nach allgemeinen Grundsätzen als „Zugang“ lesen müssen. Mit dem genannten Zeitpunkt treten auch die §§ 1159a – 1159c (sowie materiell derogiert § 1159 aF) bzw der programmatische § 1158 Abs 4 ABGB sowie § 77 GewO 1859 außer Kraft. Sie sind jedoch weiter auf Beendigungen anzuwenden, die vor dem 1. 1. 2021 ausgesprochen wurden (bzw zugegangen sind).

In § 1159 Abs 2 nF ABGB über die Kündigungsmodalitäten des AG sowie in Abs 4 leg cit über die Kündigungsmodalitäten des AN ist jeweils ein letzter S angehängt, welcher vorsieht, dass „durch KollV ... für Branchen, in denen Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG überwiegen, abweichende Regelungen festgelegt werden“ können. Während also § 1159 nF ABGB **im Allgemeinen zwingend** zu Gunsten des AN ist (vgl § 1164 ABGB), soll in den

angeführten „**Saisonbranchen**“ **Kollektivvertragsdispositivität** der Bestimmung gegeben sein.

- Im Allgemeinen werden somit viele Kündigungsregelungen in Arbeiterkollektivverträgen, so wie sie heute bestehen, mit 1. 1. 2021 **für** ab diesem Zeitpunkt zugehende **Arbeitgeberkündigungen gesetzwidrig** werden.
- Ermöglicht hingegen der Arbeiterkollektivvertrag zu diesem Zeitpunkt **Arbeitnehmerkündigungen mit kürzeren Fristen** als das G, so haben diese als **günstiger** als das G weiter Bestand, und zwar jedenfalls dann, wenn man nach klassischem Verständnis – mE sinnvollerweise – die Lösung von Seiten des AG und jene von Seiten des AN in Bezug auf den Günstigkeitsvergleich in jeweils eigene Gruppen einordnet. Denkt man diese Günstigkeitsfragen weiter, so erscheint die Regelung des § 1159 Abs 4 letzter S nF ABGB als deklarativ bzw überflüssig, zumal eine Schlechterstellung des AN im Verhältnis zum G nur nach den ausdrücklichen Modalitäten desselben möglich erscheint. Allenfalls könnte man in der gegebenen Sondersituation einer gesetzlichen Neuregelung von einer Nichtigkeit der gesamten bestehenden Kollektivvertragsregelung ausgehen.
- Was die sog Saisonbranchen anlangt, so ist zunächst zu fragen, was ein „**Saisonbetrieb iSd § 53 Abs 6 ArbVG**“ ist. Es sind dies „Betriebe, die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten oder die regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt arbeiten“. Auszugehen wird vom **Betriebsbegriff des § 34 ArbVG** sein. „**Nur zu bestimmten Jahreszeiten**“ stellt zum einen auf immer gleiche Jahreszeiten ab, zum anderen gibt es Jahreszeiten, in denen der Betrieb gar nicht arbeitet. Zweiter Fall ist ein Betrieb, der „**regelmäßig**“, also wiederum wiederholt, „**zu gewissen Zeiten des Jahres**“, also grundsätzlich jeweils zur gleichen Jahreszeit, „**erheblich verstärkt**“, also nicht nur mit unwesentlich, sondern mit deutlich mehr AN, arbeitet.

Derartige Saisonbetriebe müssen nun in der Branche „**überwiegen**“, dh es wird **mehr als 50 % derartiger Betriebe unabhängig von ihrer Betriebsgröße** brauchen; es zählen also Betriebe mit vielen gleich wie Betriebe mit wenigen AN usw.

Bezugsrahmen ist die „**Branche**“; darunter wird man wohl den fachlichen Geltungsbereich des KollV zu verstehen haben.

Regelt ein KollV unter den Mindeststandards des § 1159 Abs 2 (bzw 4) ABGB, ohne dass in der Branche überwiegend Saisonbetriebe vorliegen, so ist er gesetzwidrig und insoweit nichtig.

5. Verbleibende wesentliche Unterschiede in der Rechtsstellung von Arbeitern und Angestellten

Abgesehen vom Umstand, dass es nunmehr im Individualarbeitsrecht viele „doppelgleisige“ Regelungen gibt und dass grundlegende Regelungen des Kernarbeitsrechts im ABGB wegen dessen Subsidiarität einerseits und Auffangfunktion gegenüber freien Dienstverträgen andererseits problematisch erscheinen, sind nach wie vor beispielsweise folgende Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten zu konstatieren:

- Für die **Entlassungs- und Austrittsgründe** bei Arbeitern bleibt es bei den „berichtigten“ Bestimmungen der §§ 82 f GewO 1859. Hier wäre es angezeigt, neue einheitliche Kataloge – die Gründe des AngG sind insb wegen ihrer zu generalklauselartigen Ausgestaltung auch alles andere als ideal – zu schaffen.
- Unterschiedliche Regelungen bestehen auch im Bereich der **Fälligkeit von Entgelten**. Während nach dem zwingenden § 15 AngG das laufende Gehalt spätestens am Monatsletzten fällig ist, kann der laufende Lohn der Arbeiter auch später fällig gestellt werden. Die einschlägige Fälligkeitsbestimmung in § 77 GewO 1859 wird übrigens 2021 mit der Kündigungsfristenregelung außer Kraft treten.
- Hinsichtlich der **Aliquotierung von Sonderzahlungen** ist für Angestellte nach § 16 AngG vorzugehen, während für Arbeiter nur keine unbillige Erschwerung der Kündigungsfreiheit eintreten darf.
- Hinsichtlich der sog **Konkurrenzverbote** gibt es die an sich treffende, aber nur im Entlassungsrecht enthaltene Regelung über das „abträgliche Nebengeschäft“ (§ 82 lit e Fall 2 GewO 1859). Das Angestelltenrecht (§§ 7, 27 Z 3 AngG) hingegen ist legislativ mangelhaft, baut es doch auf veralteten Fachausdrücken auf und ist so starr, dass das Abstellen auf die Abträglichkeit einer Nebentätigkeit von den Rechtsanwendern nur unter großen Mühen bewerkstelligt werden kann.