

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Harald Kaszanits,
Thomas Neumann

Mai 2014

03

145 – 192

Schwerpunktbeiträge

Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts

Europarechtliche Rahmenbedingungen
und Gestaltungsmöglichkeiten
für die Flexibilisierung der Arbeitszeit *Lukas Stärker* ➤ 148

Arbeitszeitflexibilisierung im Betrieb *Christoph Wolf* ➤ 154

Probleme im neuen beruflichen Rehabilitationsrecht
Helmut Ivansits ➤ 162

Rechtsprechung kommentiert

Neuregelung des Kündigungsschutzes für begünstigte Behinderte
Dieter Weiß ➤ 173

Urlaubsanspruch bei Wechsel von Teilzeit zu Vollzeit
Monika Drs ➤ 178

Privat-Pkw als wesentliches eigenes Betriebsmittel
Florian G. Burger ➤ 185

Muster

Arbeitszeit – Lagevorbehalt *Christoph Wolf* ➤ 191

Arbeitszeitflexibilisierung im Betrieb

ZAS 2014/25

§§ 19 c, 19 d AZG;
§ 97 Abs 1 Z 2
ArbVG

Ausmaß und Lage
der Arbeitszeit;
Flexibilisierung;
Durchrechnung

Im Zusammenhang mit der Arbeitszeit (AZ) wünschen sich AN und AG Flexibilität. Dies aus unterschiedlicher Perspektive: Einerseits soll die Arbeitsleistung an den betrieblichen Bedarf angepasst werden, andererseits entspricht dieser nicht immer den privaten Bedürfnissen der AN. Der Beitrag zeigt die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die bestehenden Gestaltungsspielräume auf.

Von **Christoph Wolf**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Ausmaß der Arbeitszeit
 - 1. Einzelvertragliche Vereinbarung
 - 2. Kollektive Vereinbarung
- C. Einseitige Änderung des Ausmaßes der Arbeitszeit?
- D. Die Lage der Arbeitszeit
 - 1. Von der Weisung zur Vereinbarung
 - 2. Veränderungen in der tatsächlichen Lage der Arbeitszeit
 - 3. Rahmen für Normalarbeitszeit
 - a) Wochendurchrechnung und Einarbeitung in Verbindung mit Feiertagen
 - b) Schichtarbeit

- c) Durchrechnung der Normalarbeitszeit
- d) Sonderfall Gleitzeit
- e) Zusammenfassende Bewertung
- 4. Änderungsmöglichkeiten der Lage der Normalarbeitszeit
 - a) Einzelvertragliche Ebene bzw Weisung
 - b) Verkürzung der Ankündigungsfrist durch BV
 - c) Kollektive Regelungen
 - d) Generelle versus individuelle Regelungen in BV

A. Einleitung

Die öffentlich-rechtlichen Normen des AZ-Rechts stecken den zeitlichen Rahmen ab, in dem AN zur Arbeitsleistung herangezogen werden können. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die kollektiven Rechtsquellen (KollV und BV) und der Arbeitsvertrag samt Weisung über die konkrete Arbeitspflicht. Arbeitsvertragliche Vereinbarungen im Bereich der AZ sind in zwei Gruppen zu gliedern: zum einen in die Vereinbarungen über das Ausmaß der AZ und zum anderen in die Vereinbarungen über die Verteilung der AZ auf die einzelnen Wochentage. Den KollV und den BV ist es in bestimmten gesetzlich geregelten Grenzen im Rahmen von Zulassungs- und Inhaltsnormen erlaubt, diese beiden Bereiche näher zu regeln und der Privatautonomie damit Grenzen zu setzen. Der Schwerpunkt der Regelungsbefugnis liegt nach dem derzeit gültigen AZ-Recht nach wie vor beim KollV, also auf der überbetrieblichen Ebene. Die Regelungsmöglichkeiten auf der betrieblichen Ebene oder gar auf der Basis des Einzelvertrags müssen sich in den von Gesetz und KollV gesetzten Grenzen bewegen. Dies wird laufend insb seitens der Wirtschaft kritisiert. Zuletzt hat der Gesetzgeber mit der AZG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/61) der BV weitere Regelungsgegenstände eröffnet und damit die Regelungsebene abgesenkt. Andererseits wurde aber auch nicht verabsäumt, gleichzeitig das Primat des KollV einzuzementieren: Gem § 1 a AZG kann der KollV – sofern im Einzelnen nichts anderes bestimmt ist – generell sämtliche Regelungsbefugnisse, zu denen er nach dem AZG ermächtigt ist, an die BV delegieren. Nur wenn auf AG-Seite keine kollv-fähige Körperschaft besteht, können sämtliche Regelungen, zu denen der KollV ermächtigt ist, ebenfalls durch BV normiert werden.

Derzeit werden in Umsetzung des Regierungsprogramms 2013 – 2018 von SPÖ und ÖVP intensive Verhandlungen über weitere Flexibilisierungsschritte geführt, da „sich AN und Unternehmen gleichzeitig sichere und flexible Rahmenbedingungen wünschen, um die Arbeitswelt nach ihren Bedürfnissen gestalten zu können“.¹⁾ Dies wird zum Anlass genommen, um die Rahmenbedingungen flexibler AZ-Gestaltung auf der betrieblichen Ebene zu beleuchten. In der Folge wird davon ausgegangen, dass Flexibilität nichts anderes als Anpassungsfähigkeit bedeutet. Im Arbeitsverhältnis bedarf es der Anpassung der AN an die betrieblichen Bedürfnisse der AG und umgekehrt der Anpassung der Arbeitsverhältnisse an die Bedürfnisse der AN in Arbeitswelt und Privatleben. Es wird daher in einem ersten Teil kurz auf die Rahmenbedingungen über das Ausmaß der AZ eingegangen. In einem zweiten

Teil wird das Augenmerk auf die Regelungen über die Verteilung der AZ auf die einzelnen Wochentage gelegt, die gerade in Betrieben mit besonderen tätigkeitsspezifischen Anforderungen (Erbringung von Dienstleistungen rund um die Uhr, schnelle Reaktion auf unvorhersehbare Ereignisse) thematisiert werden.

B. Ausmaß der Arbeitszeit

1. Einzelvertragliche Vereinbarung

Das regelmäßig zu leistende Ausmaß der AZ wird zwischen AG und AN vereinbart. Im Rahmen des Grundmodells des § 3 AZG darf die Normal-AZ dabei maximal 40 Stunden wöchentlich und acht Stunden täglich betragen. § 19 c AZG (idF BGBl 1992/833) sah erstmals für Teilzeitbeschäftigte ausdrücklich das Erfordernis einer Vereinbarung über Ausmaß und Lage der AZ und ihre Änderung vor, seit der AZG-Novelle 1997 (BGBl I 1997/46) muss die Lage der Normalarbeitszeit (NAZ) und ihre Änderung auch bei Vollzeitbeschäftigten vereinbart werden. Seit der AZG-Novelle 2007 (BGBl I 2007/61) bedürfen außerdem sämtliche Vereinbarungen über Änderungen des Teilzeitausmaßes der Schriftform.²⁾ Eine ungleichmäßige Verteilung der AZ auf einzelne Tage und Wochen muss darüber hinaus noch im Vorhinein vereinbart werden. Sofern die Arbeitsleistung innerhalb dieser Grenzen erbracht wird, fällt kein Mehrarbeitszuschlag an.³⁾

2. Kollektive Vereinbarung

Gem §§ 19 c und 19 d Abs 2 AZG werden Vereinbarungen auf der einzelvertraglichen Ebene durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung verdrängt. Die Vereinbarung ist nach dem Gesetzeswortlaut nur dann notwendig und möglich, wenn nicht eine kollektive Festsetzung erfolgt. Hinsichtlich der Reichweite der Gestaltungsmöglichkeiten ist zwischen BV und KollV zu differenzieren:

Die BV steht gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG nur hinsichtlich der Festsetzung der Lage der AZ und deren Änderung auf der betrieblichen Ebene zur Verfügung. § 19 d AZG nimmt zwar in seinem zweiten Halbsatz (und zwar auch bereits in seiner Stamfassung) im Gegensatz zu dem für Vollzeitbeschäftigte geltenden § 19 c AZG auch auf das Ausmaß der AZ im Zusammenhang mit der Festlegung durch kollektive Rechtsgestaltung ausdrücklich Bezug.⁴⁾ Allerdings bedeutet dieser Verweis auch auf die BV noch nicht die Erweiterung ihrer Regelungskompetenzen. Eine gleichzeitige Erweiterung der einschlägigen BV-Tatbestände (im ArbVG) erfolgte nämlich nicht. Nach der vor diesem Hintergrund überzeugenden Rsp kann daher das Ausmaß der wöchentlichen NAZ mangels Regelungsermächtigung durch BV nicht bestimmt werden.⁵⁾ Der BV ist gem § 97 Abs 1 Z 13

1) Regierungsprogramm 2013 – 2018, 12.

2) *Standeker/Risak/Gether*, Die Arbeitszeit NEU (2007) 43.

3) *Risak*, Der Mehrarbeitszuschlag – Überlegungen zu den Neuerungen in § 19 d AZG, ZAS 2007, 254.

4) „Ausmaß und Lage der Arbeitszeit und ihre Änderung sind zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt werden.“

5) OGH 8 ObA 2063/96 g Arb 11.526.

ArbVG lediglich eine vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Normal-AZ erlaubt. Bereits ab einem 13-wöchigen Zeitraum wird von der Lehre dafür eine besondere Rechtfertigung verlangt.⁶⁾ Insb aus diesem Grund wird in der betrieblichen Praxis von dieser Möglichkeit der AZ-Verkürzung kaum Gebrauch gemacht.

Der KollV als Regelungsinstrument idR für eine ganze Branche eignet sich demgegenüber aufgrund des weiten Geltungsbereichs nicht zur Regelung der Lage der Normal-AZ und ihrer Änderung. KollV können aber im Rahmen von Inhaltsnormen (§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG) die maximalen Grenzen der Normal-AZ herabsetzen, zB auf 38,5 Stunden.

Vereinzelnd wird versucht, dem zweiten Halbsatz des § 19 d Abs 2 AZG insofern einen Sinn zu geben, als darin die Möglichkeit gesehen wird, in einer BV gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG eine bestimmte Mindest-AZ vorzusehen.⁷⁾ Dieser Versuch muss aber fehlgehen, da sich der genannte BV-Tatbestand („Allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der AN im Betrieb regeln“) auf das Verhalten der AN im Betrieb bezieht und nicht auf das Ausmaß ihrer AZ.⁸⁾

Die Regelung einer Mindest-AZ in einem KollV ist als Inhaltsnorm aber ebenso zulässig wie die Herabsetzung der Normal-AZ auf weniger als 40 Stunden. Fraglich ist, ob die Festlegung einer Mindest-AZ in einem KollV aber nicht an (verfassungsrechtliche) Grenzen stoßen würde, da der KollV nach der Rsp über die Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 Abs 1 ABGB zumindest mittelbar an die Grundrechte gebunden ist.⁹⁾ Einschlägig ist in diesem Zusammenhang der Gleichheitssatz, der den Gesetzgeber (und damit auch die KollV-Partner) bindet.¹⁰⁾ Er setzt insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen.¹¹⁾ Innerhalb dieser Schranken ist es jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, politische Zielvorstellungen zu verfolgen.¹²⁾ Diese könnten durchaus darin bestehen, Vollzeitarbeit zu fördern und Teilzeitarbeit nur dann zuzulassen, wenn sie entweder betrieblich erforderlich oder im Interesse des AN liegt. Eine starre Grenze wäre jedoch mE unsachlich und würde nicht nur gegen den Gleichheitsgrundsatz, sondern auch gegen die RL 97/81/EG über Teilzeitarbeit, die die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis fördern will, verstoßen.¹³⁾

C. Einseitige Änderung des Ausmaßes der Arbeitszeit?

Versuche, das Ausmaß der Arbeitsleistung mittels AG-Weisung an den jeweiligen Bedarf so anzupassen, dass einmal mehr und einmal weniger Arbeitsleistungen abgerufen werden, sind bereits vor Inkrafttreten des § 19 d AZG gescheitert. Zwar sind einseitige AG-Gestaltungsrechte in bestimmten Grenzen zulässig, jedoch hat der OGH der „Arbeit auf Abruf“ einen Riegel vorgeschoben:¹⁴⁾ Wenn fehlende jedenfalls abzugelende Mindesteinsatzzeiten und unentgeltliche Einsatzbereitschaften miteinander kombiniert werden, werde das wirtschaftliche Risiko auf den AN abge-

wälzt.¹⁵⁾ Eine solche ausschließlich an den Interessen des AG orientierte Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ist sittenwidrig.¹⁶⁾ Es muss also ein bestimmtes AZ-Ausmaß festgesetzt werden. § 19 c Abs 2 und Abs 3 AZG ermöglicht dem AG aber insofern eine einseitige Gestaltung, als ihm die Anordnung von Arbeitsleistungen über das vereinbarte Teilzeitmaß („Mehrarbeit“) hinaus möglich ist. Eine Verringerung der Teilzeitarbeit mittels AG-Weisung ist auf diesem Wege aber nicht vorgesehen.

Ein vereinbartes einseitiges Gestaltungsrecht betreffend den Umfang der AZ auf AN-Seite wäre hingegen arbeitsrechtlich unproblematisch, ist aber in der Praxis bedeutungslos. Von zunehmender praktischer Bedeutung sind hingegen §§ 15 h ff MSchG, 8 ff VKG, die einen Rechtsanspruch von Müttern und Vätern auf Herabsetzung der NAZ bzw Änderung der Lage der vereinbarten AZ unter gleichzeitiger Einräumung eines besonderen Kündigungsschutzes vermitteln. Der Gesetzgeber ermöglicht durch diese Regelungen eine weitgehende Anpassung des zeitlichen Umfangs der Arbeitspflicht an die individuellen Bedürfnisse der Kinderbetreuung, wodurch ein gewisses Maß an Flexibilität für die Beschäftigten erreicht wird.¹⁷⁾

D. Die Lage der Arbeitszeit

1. Von der Weisung zur Vereinbarung

AG wollen ihre Arbeitskräfte zu Zeiten einsetzen, zu denen sie deren Arbeitskraft auch tatsächlich benötigen. Die Umsetzung dieses Wunschs ist einer der Gründe für die für das Arbeitsrecht konstitutive persönliche Abhängigkeit der AN, die sich in die vom AG geschaffene Organisation einfügen müssen.¹⁸⁾ Als Indizien für diese Abhängigkeit gelten ua die Bindung an bestimmte Arbeitstage, an den Beginn und das Ende der täglichen AZ und an die Dauer und Lage der Arbeitspausen.¹⁹⁾ Lange Zeit konnte die Lage der AZ mittels AG-Weisung bestimmt werden. Mit der AZG-No-

6) Siehe *Schrammel*, Betriebsvereinbarungen über die Arbeitszeit, in *Tomandl*, Rechtsprobleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 52; vgl *M. Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 157.

7) *Heilegger/Schwarz* in *Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG³ (2011) § 19 d Erläut 2.

8) *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ (2013) 280.

9) Zur Grundrechtsbindung der KollV s *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 214.

10) VfGH 27. 6. 2013, G 26/2013.

11) ZB VfGH 2. 3. 1995, G277/94 – B469/97 VfSlg 14.039/1995; 14. 12. 2001, G181/01 ua VfSlg 16.407/2001.

12) Siehe etwa VfGH 12. 6. 2001, B197/00 VfSlg 16.176/2001; 10. 6. 2002, B1326/01 16.504/2002.

13) Siehe ErwGr der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit als Anhang zur Richtlinie.

14) Zu einseitigen Gestaltungsrechten im Arbeitsverhältnis s *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 100.

15) OGH 9 ObA 247/91 öRdA 1992, 447 (*Wachter*); *Kietaibl*, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2008, 370 (372).

16) OGH 9 ObA 247/91 öRdA 1992, 447 (*Wachter*); 6. 7. 1998, 8 ObA 15/98 h; bereits im zeitlichen Anwendungsbereich von §§ 19 c und 19 d AZG: OGH 8 ObA 116/04 y ZAS 2006, 78 (*Schrank*) – mit Änderungsvorbehalt könnten AG das Entgelt einseitig bestimmen; *Kietaibl*, ASoK 2008, 372.

17) Siehe dazu zB *Sladeczek/Wolf*, Vier Jahre Elternteilzeit: Resümee erster Erfahrungen, ASoK 2008, 282; *Kietaibl*, Elternteilzeit bei mangelnder Vereinbarkeit mit Tätigkeit und Aufgabenbereich des AN, ZAS 2005, 165.

18) *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ 18; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸ (2013) Rz 43.

19) Vgl etwa *Kietaibl* in *Tomandl*, Arbeitsrecht I⁸ 25.

velle 1997 (BGBl 1997/46) wurde dieses Weisungsrecht jedoch auch für Vollzeitkräfte abgeschafft und durch die notwendige Vereinbarung der Lage der AZ in § 19 c AZG ersetzt. Am Beginn des Dienstverhältnisses ist daher die Lage und Verteilung der Normal-AZ auf die einzelnen Wochentage zu vereinbaren. Von diesem Grundprinzip wird dann wieder durch die gewissen Einschränkungen unterliegende Möglichkeit der einseitigen Abänderung gem Abs 2 leg cit abgegangen (s Pkt D.4).

2. Veränderungen in der tatsächlichen Lage der Arbeitszeit

Probleme entstehen allerdings, wenn die im Arbeitsvertrag vereinbarten Tätigkeiten zu anderen Zeiten als ursprünglich vereinbart verrichtet werden müssen. In einer immer arbeitsteiliger werdenden Wirtschaft bestimmen oftmals Einflüsse von außen, die vom AG nicht beeinflussbar sind, den Zeitpunkt der Leistungserbringung (zB wenn Wartungsarbeiten auf Kundenwunsch in die Nachtstunden verlegt werden müssen). Damit verschieben sich solche Tätigkeiten in den Überstundenbereich, da Überstundenarbeit auch dann vorliegt, wenn sich die AZ zwar nicht verlängert, aber außerhalb der vereinbarten Lage der Normal-AZ geleistet wird. Dies ergibt sich ohne Zweifel daraus, dass nach § 6 Abs 1 Z 2 AZG Überstundenarbeit (auch) dann vorliegt, wenn die tägliche NAZ überschritten wird, die sich aufgrund der Verteilung der wöchentlichen NAZ gem §§ 3–5 a und 18 Abs 2 AZG ergibt.²⁰⁾ Eine kurzfristige einseitige Anpassung der Lage der AZ durch den AG scheidet aber nach dem Konzept der §§ 19 c und 19 d AZG aus, weil dieses den Konsens zwischen AN und AG oder zumindest eine zweiwöchige Vorankündigungsfrist im Falle der Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungsrechts des AG verlangt.

Kommt es in solchen Fällen zu keiner Vereinbarung, muss sich der AG die Arbeitsleistung teuer erkaufen: Es sind Überstunden zu bezahlen, und zwar auch dann, wenn die AN Arbeitsleistungen nur im Umfang der Normal-AZ, aber eben außerhalb der vereinbarten Lage der NAZ erbringen. Um allfälligen öffentlich-rechtlichen Strafsanktionen bei Überschreitung der zulässigen Arbeitsdauer zu entgehen, müsste der AG seine AN während der vereinbarten Normal-AZ (unter Entgeltfortzahlung) nach Hause schicken, was einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB auslöst, und die Arbeit dann im Überstundenbereich verrichten lassen.

Es ist deshalb zu fragen, ob es im Rahmen des bestehenden AZ-Regimes möglich ist, die Normal-AZ an den tatsächlichen Bedarf der zu erbringenden Arbeitsleistungen anzupassen. Es geht dabei um zwei Facetten: die Festlegung des Rahmens, innerhalb dessen Normal-AZ geleistet werden kann (Pkt D.3), und die konkrete Festsetzung ihrer Lage, die entweder auf einzelvertraglicher Ebene oder generell mittels BV erfolgen kann (Pkt D.4).

3. Rahmen für Normalarbeitszeit

Der Rahmen ist im Grundmodell starr, da die Normal-AZ gem § 3 Abs 1 AZG maximal acht Stunden täglich

und 40 Stunden wöchentlich betragen darf. Das AZG sieht aber diverse Möglichkeiten einer anderen Verteilung der Normal-AZ vor, wobei es aber stets im Durchschnitt bei einer 40-stündigen NAZ bzw bei der durch KollV verkürzten wöchentlichen Normal-AZ zu bleiben hat. In den meisten Fällen ist hierfür eine kollv Ermächtigung erforderlich, in einigen aber durchaus wichtigen Fällen genügt der Abschluss einer BV.

a) Wochendurchrechnung und Einarbeitung in Verbindung mit Feiertagen

Ohne BV und ohne KollV ist die **Wochendurchrechnung** („Freitag-Frühschluss“) zulässig. Zur Erreichung einer längeren Freizeit, die mit einer wöchentlichen oder täglichen Ruhezeit zusammenhängen muss, kann die NAZ gem § 4 Abs 2 Satz 1 AZG an einzelnen Tagen regelmäßig gekürzt und die ausfallende NAZ auf die übrigen Tage der NAZ ersetzt werden. Eine andere ungleichmäßige Verteilung der NAZ innerhalb der Woche bedarf gem § 4 Abs 2 Satz 2 AZG des Abschlusses einer BV bzw in Betrieben ohne BR die Zustimmung des Arbeitsinspektorats.

Das **Einarbeiten in Verbindung mit Fenstertagen** zur Erreichung einer längeren Freizeit innerhalb der Kalenderwoche bedarf gem § 4 Abs 3 AZG ebenfalls keiner BV. Der Rahmen ist aber beschränkt: Die in Verbindung mit Feiertagen ausfallende NAZ darf auf die Werkzeuge von höchstens 13 zusammenhängenden, die Ausfallstage einschließenden Wochen verteilt werden. Der KollV kann einen längeren Einarbeitungszeitraum zulassen. Beide Modelle waren im Wesentlichen bereits in der Stammfassung des AZG (BGBl 1969/461) enthalten und erlauben offensichtlich keine großen Sprünge in Richtung flexibler AZ-Modelle.

b) Schichtarbeit

Schichtarbeit liegt vor, wenn an einem Arbeitsplatz innerhalb eines Tages verschiedene AN ihre Tages-AZ in zeitlicher Aufeinanderfolge absolvieren, sodass die AZ für einen AN mit der Ruhezeit des anderen zusammenfällt.²¹⁾ Im Rahmen von Schichtarbeit kann die tägliche und wöchentliche NAZ gem § 4 a AZG über die tägliche und wöchentliche Grenze des § 3 AZG hinaus ausgedehnt werden. Der Abschluss einer BV ist hierfür nicht erforderlich, es ist lediglich ein Schichtplan zu erstellen. Die tägliche NAZ darf dabei aber neun Stunden, in Verbindung mit einem Schichtwechsel zwölf Stunden nicht überschreiten. Die wöchentliche NAZ darf innerhalb des Schichtturnusses bzw im Falle einer Durchrechnung gem § 4 Abs 6 AZG im Durchschnitt 40 Stunden bzw die durch KollV festgelegte NAZ nicht überschreiten. Darüber hinausgehende Verlängerungen auf bis zu zwölf Stunden täglich und 56 Stunden wöchentlich können gem § 4 a Abs 3 AZG durch BV bzw KollV unter den dort genannten Voraussetzungen zugelassen werden.²²⁾ Diese Flexibilisierungsinstrumente stehen jedoch nur jenen Unternehmen offen, die Schichtarbeitsplätze einrichten. Traditionell ma-

20) Schrank, Arbeitszeitgesetz² (2012) § 6 Rz 11.

21) Brodill/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ Rz 341.

22) Schrank, Arbeitszeitgesetz² § 4 a Rz 2.

chen Produktionsunternehmen von diesen Möglichkeiten Gebrauch, insb um Produktionsanlagen länger als maximal zehn Stunden täglich auszulasten. Eine gesetzliche Beschränkung auf den Produktionsbereich besteht aber nicht.

c) Durchrechnung der Normalarbeitszeit

Eine ungleichmäßige Verteilung der NAZ über längere Zeiträume ist im Rahmen von sog „Durchrechnungsmodellen“ zulässig. Diesen ist gemeinsam, dass zwar in einzelnen Wochen die wöchentliche und tägliche NAZ ausgedehnt wird, diese Mehrarbeit aber innerhalb des Durchrechnungszeitraums in einzelnen Wochen durch Freizeit (1 : 1) wieder ausgeglichen wird.²³⁾

Für AN des Handels bedarf es dazu keiner kollv Zulassung, da die Möglichkeit der Durchrechnung der NAZ direkt im Gesetz (§ 4 Abs 4 AZG) verankert ist. In den einzelnen Wochen eines Durchrechnungszeitraums von vier Wochen kann im Handel die wöchentliche NAZ bis auf 44 Stunden ausgedehnt werden. Die tägliche NAZ darf dabei neun Stunden nicht überschreiten. Die Verlängerung dieses Durchrechnungszeitraums ist durch kollv Regelung möglich. In allen anderen Branchen bedarf die Einführung derartiger Durchrechnungsmodelle der kollv Zulassung (§ 4 Abs 6 AZG). Auf der betrieblichen Ebene besteht daher im Zusammenhang mit der Einführung eines Durchrechnungsmodells ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Handel und allen anderen Branchen: Im Bereich des Handels ist die Einführung eines Durchrechnungsmodells „nur mehr“ eine Frage der AZ-Einteilung. Diese kann individuell mit den einzelnen AN oder im Wege einer AZ-BV gem § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG erfolgen. Die Einführung der NAZ-Durchrechnung ist daher in einem Handelsbetrieb vor der Schlichtungsstelle erzwingbar, in allen anderen Branchen hingegen nicht. Auch wenn der KollV die BV zur Regelung ermächtigt, ist eine Zwangsschlichtung nicht möglich, da es nicht um die AZ-Einteilung, sondern um die Zulassung einer Abweichung vom gesetzlichen Modell der AZ-Verteilung gem § 3 AZG geht. Lediglich wenn der KollV bereits selbst (ohne Delegation an die BV) die Durchrechnung zulässt, liegt wieder eine Frage der AZ-Einteilung und damit die Möglichkeit des Abschlusses einer erzwingbaren BV vor.

d) Sonderfall Gleitzeit

Auf der betrieblichen Ebene gibt es mit Ausnahme der AN im Handel und im Schichtbetrieb ohne kollv Zulassung auf Basis von § 1 a Z 2 AZG, wie bereits eingangs dargelegt, nur wenig Spielraum für Flexibilisierung. Dies wird in der Praxis vor allem von AG-Seite immer wieder als unzureichend angesehen: Eine Regelung durch BV ist auch dann nicht zulässig, wenn zwar ein KollV abgeschlossen wurde, dieser jedoch keine entsprechende Durchrechnungsregelung enthält. Der Abschluss einer BV bedarf einer ausdrücklichen Ermächtigung im KollV.

Eine Ausnahme davon stellt die Gleitzeit gem § 4 b AZG dar, die ein Durchrechnungsmodell ohne kollv Ermächtigung ermöglicht. In Betrieben mit BR ist eine Gleitzeit-BV notwendig, in Betrieben ohne BR genügt der Abschluss von Einzelvereinbarungen. Der Gesetz-

geber hat im Rahmen dieses AZ-Modells wohl deswegen auf die kollv Zulassung verzichtet, da den AN ein gewisses Maß an Zeitsouveränität im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beginns und des Endes der täglichen AZ einzuräumen ist: Gleitzeit unterscheidet sich von den anderen AZ-Modellen durch die Möglichkeit der AN, über Beginn und Ende der täglichen NAZ selbst zu bestimmen. Dies jedoch nicht schrankenlos, sondern gem § 4 b Abs 1 AZG „innerhalb eines vereinbarten zeitlichen Rahmens“. Die Gleitzeitvereinbarung kann dem Selbstbestimmungsrecht des AN also Grenzen setzen, die aber gesetzlich nicht definiert sind. Der Gesetzeswortlaut beschränkt sich darauf, die Grenzen an die Gleitzeit(betriebs)vereinbarung zu delegieren. In der Lit werden unterschiedliche Auffassungen vertreten, inwieweit die Selbstbestimmung der AN eingeschränkt werden darf.²⁴⁾ Allgemein anerkannt ist, dass die Vorgabe einer Orientierung an den betrieblichen Notwendigkeiten zulässig ist.²⁵⁾ So besteht Einigkeit darin, dass die Festlegung einer Kernzeit, in der AN anwesend sein müssen, vereinbart werden kann.²⁶⁾ Ebenso werden Regelungen akzeptiert, die eine Absprache der AN untereinander verlangen, um gewisse Mindestanwesenheiten sicherzustellen.²⁷⁾

Weitergehende Eingriffe werden mit dem Argument der Notwendigkeit einer Abgrenzung der Gleitzeit von den Durchrechnungsmodellen gem § 4 Abs 6 AZG, die einer kollv Ermächtigung bedürfen, als unzulässig angesehen.²⁸⁾ Dies sei nach *Grillberger* jedenfalls bei AN im Produktionsbereich anzunehmen, wenn sich Beginn und Ende der AZ laufend nach dem Anfall der Arbeit richten.²⁹⁾ *Ch. Klein* hebt hervor, dass die Festlegung der konkreten AZ nicht durch den AG oder nach sonstigen betrieblichen Vorgaben erfolgen darf. Bereits die Wahrnehmung vorgegebener Geschäftstermine oder unaufschiebbarer Arbeiten würde die Zulässigkeit der Flexibilisierung wegfallen lassen.³⁰⁾ *Schrank* geht demgegenüber davon aus, dass im Arbeitsrecht in vielen Bereichen der Grundsatz des Überwiegens genügen würde. Daraus schließt er, dass bei einem deutlichen Überwiegen der Selbstbestimmung innerhalb des Gleitrahmens das von der Legaldefinition verlangte Selbstbestimmungsrecht noch erfüllt wäre.³¹⁾ *Jöst* weist darauf hin, dass die Fremdbestimmtheit der AN durch die Gleitzeit zwar gelockert, aber nicht aufgehoben wird. Er verlangt ein ausgewogenes System, das das zeitliche Selbstbestimmungsrecht des AN insgesamt betrachtet wahr.³²⁾ Den Ausführungen von *Schrank* und *Jöst* ist mE zu folgen: Sie unterstellen nämlich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht ein beinahe schrankenloses Selbstbestimmungsrecht. Es darf

23) *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸ Rz 30/3.

24) *Risak/Jöst/Patka*, Praxishandbuch Gleitzeit² (2013) 81 f; *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ (2011) § 4 b Rz 3.

25) *Klein* in *Cerny ua*, AZG² §§ 3 – 4 c Erläut 11.

26) *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ § 4 b Rz 3; *Klein* in *Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG³ §§ 3 – 4 Erläut 12, *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 4 b Rz 26.

27) *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ (2011) § 4 b Rz 3; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 4 b Rz 26.

28) *Klein* in *Cerny ua*, AZG² §§ 3 – 4 c Erläut 11.

29) *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ § 4 b Rz 5.

30) *Klein* in *Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG³ §§ 3 – 4 c Erläut 11.

31) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 4 b Rz 17.

32) *Jöst* in *Risak/Jöst/Patka*, Praxishandbuch Gleitzeit² 83.

nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber einseitige Eingriffe des AG ausdrücklich erlaubt hat, wenn sie vereinbart wurden. *Grillberger* ist aber dahingehend zu folgen, dass es einer Abgrenzung zu den Durchrechnungsmodellen gem § 4 Abs 4 und 6 AZG bedarf und eine Gleitzeitvereinbarung ab einer bestimmten Eingriffsintensität in ein solches Modell kippen würde. Ein Modell ohne Selbstbestimmungsrecht der AN wäre als ein Durchrechnungsmodell nach § 4 Abs 4 bzw 6 AZG zu qualifizieren. Angesichts der allgemein gehaltenen Regelungsermächtigung in § 4b Abs 1 AZG ist es als Mittellösung sachlich, auf das Überwiegen der Selbstbestimmung des AN abzustellen. Vom AG vorgegebene Termine schaden daher jedenfalls nicht, sofern es überwiegend beim Selbsteinteilungsrecht der AN bleibt. Das hat aber auch zur Folge, dass Weisungen des AG umso eher zulässig sein werden, je mehr in der Gleitzeit(betriebs)vereinbarung auf die Festlegung einer Kernzeit verzichtet wird.

e) Zusammenfassende Bewertung

Im Ergebnis sind die Modelle des Abgehens von der starren Normal-AZ-Verteilung des § 3 AZG auf der betrieblichen Ebene auf AN beschränkt, die entweder im Handel oder im Rahmen von Schichtmodellen tätig sind bzw innerhalb einer Gleitzeit individuell zumindest einen überwiegenden Teil der AZ selbst einteilen können. Eine kollv Zulassung der flexiblen Normal-AZ-Verteilung ist daher insb für Bereiche erforderlich, in denen AN in Gruppen arbeitsteilig gleichzeitig zu überwiegend vorgegebenen Zeiten tätig sein müssen. Obwohl Gleitzeit in vielen Fällen möglich und sinnvoll ist, kann sie in vielen Bereichen teamorientierter Arbeit, insb im technischen Bereich, nicht genutzt werden. Hier zeigt sich, dass die Gestaltungsmöglichkeiten auf der betrieblichen Ebene ausgeweitet werden sollten. Zu betonen ist, dass ein ausreichender Schutz der Belegschaften durch notwendige BV, die allenfalls erzwingbar sein könnten, gewährleistet wäre.

4. Änderungsmöglichkeiten der Lage der Normalarbeitszeit

a) Einzelvertragliche Ebene bzw Weisung

Soll die anfallende Arbeit im Umfang der Normal-AZ ungleichmäßig auf die einzelnen Wochentage bzw Wochen verteilt werden und sind die AN mit dieser Verteilung nicht einverstanden, dann bleiben dem AG zwei Alternativen: (1.) Die AN werden zu jenen Zeiten der vereinbarten Lage der Normal-AZ, zu denen sie nicht unbedingt benötigt werden, nach Hause geschickt (was einen Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 1155 ABGB auslöst) oder (2.) sie erbringen Arbeitsleistungen, die zu diesem Zeitpunkt nicht unbedingt erforderlich sind.³³⁾ Zusätzlich werden die AN in jenen Zeiträumen beschäftigt, in denen ihre Arbeitsleistung tatsächlich benötigt wird. Im zweiten Fall erfolgt eine tatsächliche Verlängerung der AZ iSd § 7 AZG. Diese ist nur im Falle eines erhöhten Arbeitsbedarfs zulässig, der hier aber nicht vorliegt: Der Arbeitsbedarf ist nicht erhöht, nur zeitlich anders gelagert. Die Überstunden ergeben sich aber auch im ersten Fall be-

reits allein daraus, dass die Arbeitsleistungen außerhalb der Lage der vereinbarten oder durch BV festgesetzten Lage der AZ erbracht werden. Dies ist bei kurzfristigen vorübergehenden Verschiebungen der Lage der AZ iS eines Flexibilisierungszuschlags sachlich gerechtfertigt, nicht jedoch dann, wenn sich der Bedarf längerfristig auf andere Zeiten verschiebt. In diesen Fällen bedarf es einer Verschiebung der Lage der Normal-AZ, nicht aber einer stundenmäßigen generellen Ausweitung der vereinbarten AZ.

Um diesen Problemen zu entgegen, lassen § 19c Abs 2 AZG und § 19d Abs 2 AZG einen Änderungsvorbehalt zu, der dem AG die einseitige Veränderung der Lage der Normal-AZ erlaubt. Ohne einen derartigen Änderungsvorbehalt steht die vereinbarte Zeiteinteilung dem Wunsch des AG, die Lage der NAZ zu ändern, entgegen.³⁴⁾ Die diesbezügliche Vereinbarung zwischen AG und AN und das sich daraus ergebende Weisungsrecht des AG unterliegen aber insofern Beschränkungen, als (1.) Änderungen aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt sein müssen, (2.) dem AN die Lage der Normal-AZ für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im Vorhinein mitgeteilt wird und (3.) berücksichtigungswürdige Interessen des AN dieser Einteilung nicht entgegenstehen (§ 19 Abs 2 AZG). Die zweiwöchige Frist kann gem § 19c Abs 3 Satz 1 AZG in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils verkürzt werden, wenn andere Maßnahmen nicht zumutbar sind.

b) Verkürzung der Ankündigungsfrist durch BV

Eine Verkürzung der zweiwöchigen Ankündigungsfrist kann wegen tätigkeitsspezifischer Erfordernisse auch durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung vorgenommen werden (§ 19c Abs 3 AZG). Eine Verlängerung der 14-tägigen Ankündigungsfrist ist nach Wortlaut und telos dieser Bestimmung hingegen nicht möglich (arg: Abs 2 sieht eine Mindestfrist von 14 Tagen vor, Abs 3 lässt davon abweichende Vereinbarungen zu).³⁵⁾ Ermöglicht werden aber nur **generelle** Verkürzungen, die auf **tätigkeitsspezifische Gründe** zurückgeführt werden können.³⁶⁾ In der Lit wird dazu nur allgemein vertreten, dass die BV die Reaktion auf Wünsche und Bedürfnisse von Kunden und Geschäftspartnern ermöglicht.³⁷⁾ Die Wortinterpretation zeigt jedenfalls, dass die Gründe für die Verkürzung **charakteristisch** für die Tätigkeit sein müssen. Angesprochen sind somit all jene Fälle, in denen typischerweise die 14-tägige Frist zu lang bemessen ist.

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage auf, ob jede „Just-in-time“-Produktion die Verkürzung als tätigkeitsspezifisch zu rechtfertigen vermag. Dies ist

33) ZB werden Bauteile zusammengebaut, die auch bereits fertig geliefert werden könnten. Die eigentliche Kerntätigkeit erfolgt danach im Überstundenbereich.

34) OGH 9 ObA 187/98 k öRdA 1999, 280 (Löschnigg).

35) So auch Mosler in ZellKomm² § 19c AZG Rz 29; Heilegger/Schwarz in Heilegger/Klein/Schwarz, AZG³ § 19c Erläut 10.

36) Mosler in ZellKomm² § 19c AZG Rz 29; Felten in Grillberger, AZG³ § 19c Rz 17.

37) Heilegger/Schwarz in Heilegger/Klein/Schwarz, AZG³ § 19c Erläut 10 und 6.

mE zu bejahen. Das österr Arbeitsrecht respektiert nämlich weitgehend die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Die Rsp steht seit Jahrzehnten sogar im Bereich des Kündigungsschutzrechts auf dem Standpunkt, dass der AG hinsichtlich der wirtschaftlichen Führung des Betriebs uneingeschränkte Freiheit hat.³⁸⁾ Es kann daher der AG nicht dazu angehalten werden, eine bestehende Marktnachfrage nicht zu erfüllen. Verlangt zB die Autozuliefererindustrie die kurzfristige Herstellung bestimmter Ersatzteile, dann kann der Unternehmer nicht daran gehindert werden, an diesem Wettbewerb teilzunehmen. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund hat der OGH sogar im Zusammenhang mit Kündigungen ausgesprochen, dass auch hochrentable Unternehmen frei in ihrer Entscheidung sind, rentabilitäts erhöhende Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen.³⁹⁾ Der AG wird daher durch die Einschränkung auf tätigkeitsspezifische Erfordernisse nicht in seiner unternehmerischen Freiheit beschnitten. Allerdings darf diese nicht als Deckmantel für eine unzureichende betriebliche Organisation verwendet werden. Ebenfalls zum allgemeinen Kündigungsschutz hat der OGH judiziert, dass die vom AG gewählte Maßnahme dahingehend überprüft werden muss, ob sie zur Verwirklichung des beabsichtigten Erfolgs geeignet ist.⁴⁰⁾ Dies Wertung kann ebenfalls auf die hier zu beantwortende Frage übertragen werden und bedeutet im gegebenen Zusammenhang nichts anderes, als dass zu prüfen ist, ob die Teilnahme am Markt tatsächlich kurzfristige Änderungen der Lage der NAZ erforderlich machen. Es muss daher im Einzelfall gefragt werden, ob der AG mit den vom AZG zur Verfügung gestellten Instrumenten ohne Verkürzung passende AZ-Modelle schaffen kann, die die Wahrung der vom Markt vorgegebenen Fristen in der normalen AZ ermöglichen. Der Einwand, dass dies nicht notwendig wäre, da die zur Erfüllung des Auftrages erforderlichen Arbeitsleistungen im Überstundenbereich erbracht werden können, ist dann nicht überzeugend, wenn das AZG die Rahmenbedingungen dafür schafft, diese in der NAZ zu erbringen. Dies wäre gegenständlich der Fall, wenn die (zu lange) 14-tägige Ankündigungsfrist entsprechend der Regelungsermächtigung verkürzt wird. Überstundenarbeit werden AG aber dann zu akzeptieren haben, wenn die 14-tägige Frist typischerweise eingehalten werden kann, es aber nur im Einzelfall zur Notwendigkeit kurzfristiger Arbeitseinsätze kommt.

Abschließend ist festzuhalten, dass auf dieser Ebene der Prüfung der Zulässigkeit der Verkürzung die berücksichtigungswürdigen Interessen der AN (noch) nicht zu berücksichtigen sind. Dies hat gem § 19c Abs 2 Z 3 AZG im Rahmen der Einteilung (im Einzelfall) zu erfolgen und nicht anlässlich der Prüfung, ob tätigkeitsspezifische Erfordernisse für eine Verkürzung der Vorankündigungsfrist gegeben sind oder nicht.

c) Kollektive Regelungen

Praktisch relevant ist im Zusammenhang mit der Lageänderung nur die BV, weil sich die AZ-Verteilungen idR schlecht für ganze Branchen durch KollV regeln lassen.⁴¹⁾ Die vertragliche Vereinbarung der Lage der Normal-AZ und ihrer Änderung ist gem § 19c Abs 1

bzw § 19d Abs 2 AZG unabhängig von Günstigkeitsüberlegungen nachrangig. Der Gesetzestext des § 19c Abs 1 AZG ist insofern hinreichend deutlich: **Soweit** die Lage der NAZ und ihre Änderung **nicht** durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung **festgesetzt** wird, ist sie zu vereinbaren. Damit hat der Gesetzgeber das Verhältnis dieser Rechtsquellen für den Bereich der AZ abweichend vom allgemeinen Prinzip geregelt: Eine Vereinbarung ist nur möglich, wenn keine kollektive Festsetzung erfolgt.⁴²⁾ Allgemein gilt demgegenüber, dass eine von einer kollektiven Rechtsquelle abweichende Einzelvereinbarung dann gültig ist, wenn sie eine für den AN günstigere Regelung enthält.⁴³⁾ Hinsichtlich der Beurteilung der Günstigkeit richtet sich die Wertung aber nicht nach der subjektiven Einschätzung des AN oder des AG, sondern nach objektiven Kriterien. Dabei ist, obwohl auf den Einzelfall abzustellen ist, nach objektiven sozialpolitischen Wertmaßstäben zu prüfen.⁴⁴⁾ Gerade im Fall der Verteilung der AZ ist aber eine Objektivierung sozialpolitischer Wertmaßstäbe nur sehr schwer möglich. Ob ein AZ-Beginn um 7 Uhr oder um 8 Uhr günstiger ist, lässt sich kaum sagen. Zu sehr hängt die Günstigkeit einer AZ-Einteilung von den individuellen Lebensumständen ab. Vertritt man die Anwendung des Günstigkeitsprinzips auch in diesem Zusammenhang, dann müsste man die subjektiven Wünsche der AN stärker berücksichtigen als sonst. Eine individuelle Vereinbarung, die gem § 19c AZG der Zustimmung des AN bedarf, würde dann bereits eine günstigere Regelung indizieren.⁴⁵⁾

In diese Richtung geht auch folgender Lösungsansatz, der von Wortlaut und Systematik des § 19c AZG getragen wird: Die Grundvereinbarung betreffend Festlegung und/oder Änderung der Lage der AZ ist gem § 19c Abs 1 AZG alternativ sowohl auf der individuellen als auch auf der kollektiven Ebene möglich. Soweit daher eine kollektive Regelung besteht, wird die vertragliche Regelung durch diese verdrängt. Ist einmal die Lage der NAZ entweder durch Vereinbarungen oder durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegt, stellt sich in weiterer Folge die Frage ihrer einseitigen Veränderung durch den AG. Die Veränderungsmöglichkeit ist in § 19c Abs 2 AZG geregelt. Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf die Individualvereinbarung als auch auf die Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, gilt also ausdrücklich für beide Alternativen der AZ-Festlegung. Die vier dabei einzuhaltenen Voraussetzungen laut § 19c Abs 2 Z 1–4 AZG schützen dabei die Interessen der AN, schränken sie

38) Siehe *Floretta in Floretta/Strasser*, ArbVG §§ 105–107, 639; *Karl*, Die sozialungerechtfertigte Kündigung – eine systematische Darstellung der relevanten Anfechtungs- und Rechtfertigungsgründe (1999) 136 ff; umfassend *Hutter*, Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2014).

39) OGH 23. 5. 1997, 8 ObA 96/97 v; 4. 6. 2003, 9 ObA 33/03 y; 4. 7. 2002, 8 ObA 1/02 h.

40) ZB OGH 19.12.2001, 9 ObA 244/01 z.

41) *Sacherer*, Regelungskompetenzen von Betriebsvereinbarungen in Arbeitszeifragen, in *Körber-Risak/Wolf*, Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 199; *Heilegger/Schwarz in Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG³ § 19 Erläut 4.

42) *Sacherer in Körber-Risak/Wolf* 198.

43) *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸ Rz 138.

44) *Strasser in ArbVG-Handkomm* 37.

45) *Wolf*, Zur Festlegung der Lage der Arbeitszeit, *ecolex* 2004, 729.

doch dieses Weisungsrecht des AG erheblich ein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann kann der AG einseitig Abweichungen anordnen, und zwar unabhängig davon, ob die Festsetzung in BV oder Einzelvereinbarung erfolgt ist.

Zu klären ist an dieser Stelle noch, ob der **Änderungsvorbehalt**, die Lage der NAZ zu ändern (Z 4), in der **Individualgrundvereinbarung** zwischen AG und AN enthalten sein muss **oder** ob die Regelung in der **kollektiven Rechtsquelle** ausreichend ist. Die Rsp hat sich bislang ausdrücklich nur mit der Frage beschäftigt, ob eine Änderung der Lage der AZ auch dann zulässig ist, wenn dies in der Individualgrundvereinbarung über die Lage der AZ nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Diese Frage wurde verneint, da der AG selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 19 c Abs 2 AZG an die vertragliche Grundlage gebunden ist.⁴⁶⁾ Man könnte nun diese Entscheidung so verstehen, dass der Änderungsvorbehalt jedenfalls in der Individualgrundvereinbarung (zwischen AG und AN) über die Lage der AZ enthalten sein muss. Ein derartiges Verständnis würde allerdings bereits aus systematischen Gründen nicht überzeugen. In § 19 c Abs 2 Z 4 AZG ist nur geregelt, dass der Veränderungsmöglichkeit keine Vereinbarung entgegenstehen darf, also die Möglichkeit der Abweichung vorgesehen sein muss. Der Gesetzgeber nimmt aber auch in diesem Zusammenhang auf die beiden Alternativen in Abs 1 leg cit Bezug, nämlich auf die Individualgrundvereinbarung oder die kollektive Rechtsquelle. Der Änderungsvorbehalt kann daher auch allein in der BV geregelt werden, verdrängt diese doch wie gesagt die Individualgrundvereinbarung. Dies bedeutet aber auch, dass umgekehrt ein Änderungsvorbehalt in der Individualgrundvereinbarung allein nicht ausreicht, wenn die Lage der AZ in der BV ohne Änderungsmöglichkeit festgesetzt ist. Dies ergibt sich auch daraus, dass eine BV gem § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG nur im Einvernehmen mit dem BR oder im Wege der Schlichtungsstelle abgeändert werden kann.⁴⁷⁾

d) Generelle versus individuelle Regelungen in BV

Die BV ist auf generell abstrakte Regelungen beschränkt.⁴⁸⁾ Sie muss also Regelungen für einen Adressatenkreis treffen, der gattungsmäßig umschrieben ist (zB alle AN der Abteilung X), sodass Regelungen für individuell bezeichnete Arbeitsverhältnisse ausgeschlossen sind.⁴⁹⁾ Es ist der BV daher nicht möglich, für einzelne individuell bezeichnete AN eine individuelle Festlegung der Lage der AZ vorzunehmen. Derartige Regelungen können folglich auch nicht mit Hilfe der Schlichtungsstelle erzwungen werden.⁵⁰⁾ Es ist daher in einer BV nicht möglich, für AN eines Betriebs, die aufgrund ihrer Tätigkeit voneinander abweichende individuelle Dienstpläne benötigen, diese in einer BV unter Berufung auf § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG festzulegen.

Dies gilt auch dann, wenn diese nicht namentlich genannt werden (zB DN 1 von 6.30 bis 15 Uhr, DN 2 von 9 bis 17.30 Uhr etc).⁵¹⁾ Die AZ für alle AN einheitlich festzulegen, wäre zwar unter dem Blickwinkel des Vorliegens einer generellen Regelung zwar möglich, diese wäre jedoch aufgrund des Bedarfs, die AN zu unterschiedlichen Zeiten einzusetzen, unsachlich. ME kann eine solche BV mit Hilfe der Schlichtungsstelle daher nicht erzwungen werden, da diese nur sachliche Regelungen erlassen darf.

Der VfGH hat die Leitlinien hierfür (im Zusammenhang mit der Erzwingung einer Gleitzeit-BV) skizziert: Das ArbVG selbst enthalte keine näheren Regelungen darüber, womit eine (im Verhandlungsweg) nicht zustande gekommene BV über die AZ-Einteilung ersetzt werden soll. Grundlage der Entscheidung ist aber die Abwägung der Interessen des Betriebs einerseits und der Belegschaft andererseits.⁵²⁾ Es handelt sich bei diesem Verfahren nicht um einen Rechts-, sondern um einen Regelungsstreit, sodass die Behörde die Aufgabe der Schlichtung nur dann erfüllen kann, wenn sie die Interessen beider Teile tatsächlich ermittelt, im Einzelnen darstellt und bewertend gegeneinander abwägt. Gerade das Fehlen genereller normativer Vorgaben verpflichtet die Schlichtungsstelle zur näheren Darlegung ihrer Beweggründe. Dabei muss sie auf das Vorbringen und die Vorschläge der Parteien konkret eingehen. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der begehrten Regelung hat sie im Einzelnen zu widerlegen.⁵³⁾ Die Schlichtungsstelle müsste daher in diesem Fall begründen, warum der AG die AN zu Zeiten einsetzen muss, zu denen er sie nicht benötigt. Eine naheliegende Lösung wäre, wie dies auch in der Lit anerkannt ist, dass basierend auf § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG auch sog „Spielregeln“ für die AZ-Einteilung vorgesehen werden können.⁵⁴⁾ Die Schlichtungsstelle hat sich in einem derartigen Verfahren auf die Festlegung solcher „Spielregeln“ für die AZ-Gestaltung zu beschränken (zB nur zwei Wochenenddienste pro Monat vorzusehen). Diese Spielregeln entfalten insofern normative Wirkung, als diese im Rahmen der mit den AN gem § 19 c Abs 1 AZG individuell festzulegenden AZ zu beachten sind. →

46) OGH 9 ObA 187/98 k öRdA 1999, 280 (Löschnigg) – bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt existierte soweit ersichtlich auch keine BV.

47) Vgl Mosler in ZellKomm² § 19 c AZG Erläut 25.

48) OGH 8 ObA 197/98 y ZAS 2000, 23 (Strasser).

49) Kietzbl, Arbeitsrecht I⁸ 271.

50) Sacherer in Körper-Risak/Wolf 209.

51) Als Beispiel: Autobusunternehmen, dessen Lenker jeweils Strecken zu unterschiedlichen Zeiten zu befahren haben, die sich darüber hinaus auch noch mehrmals jährlich ändern (zB hat ein Lenker um 4.30, ein anderer um 7.30, der andere um 11.30 Uhr loszufahren).

52) Siehe auch Weiß, Das Verfahren bei den Schlichtungsstellen, in Körper-Risak/Wolf 145 unter Hinweis auf § 146 Abs 2 ArbVG; § 10 Abs 1 SchliSt-Geo.

53) VfGH B 1414/04 VfSlg 17472.

54) Bereits Strasser in ArbVG-Handkomm 535; s auch Preiss in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG III⁴ § 97 Erläut 7.



→ In Kürze

- Die BV gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG kann nur die Lage, nicht jedoch das Ausmaß der wöchentlichen NAZ regeln. Insb kann damit keine Mindest-AZ vereinbart werden.
- Gleitzeit liegt immer dann vor, wenn die Selbstbestimmung des AN bei der Arbeitszeiteinteilung überwiegt.
- Ein Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit kann auch in einem KollIV oder einer BV enthalten sein. Diese kollektiven Regelungen gehen den arbeitsvertraglichen vor.
- Die Vorankündigungsfrist für die Lageänderung kann gem § 19c Abs 3 AZG generell verkürzt werden. Die dafür erforderlichen tätigkeitsspezifischen Gründe liegen insb auch bei einer „Just-in-time“-Produktion vor.
- Individuelle Arbeitszeiteinteilungen können nicht in einer BV geregelt werden, da dies dem kollektiven Charakter dieser Rechtsquelle widerspräche.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Christoph Wolf ist Rechtsanwalt und Partner der internationalen Rechtsanwaltssozietät CMS Reich-Rohrwig Hainz. Kontaktadresse: Gauermanngasse 2, 1010 Wien. E-Mail: Christoph.Wolf@cms-rrh.com, Internet: www.cms-rrh.com

Vom selben Autor erschienen:

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁸ (2013); *Wolf*, Arbeitszeit, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (Loseblatt-Slg; Stand 10 (2013); *Wolf*, Zur Festlegung der Lage der Arbeitszeit, *ecolex* 2004, 729.

Literatur:

Standeker/Risak/Gether, Die Arbeitszeit NEU (2007); *Risak*, Der Mehrarbeitszuschlag – Überlegungen zu den Neuerungen in § 19 d AZG, ZAS 2007, 254; *Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG³ (2011); *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ (2013); *Kietaibl*, Flexibilisierungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis, ASoK 2008, 370; *Tomandl*, Arbeitsrecht I⁸; *Schrank*, Arbeitszeitgesetze² (2012); *Risak/Jöst/Patka*, Gleitzeit² (2013); *Sacherer*, Regelungskompetenzen von Betriebsvereinbarungen in Arbeitszeitfragen, in *Körber-Risak/Wolf*, Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 199.