

Ärzte-GmbH

Gruppenpraxis – Ambulatorium
Steuerrechtliches

Schadenersatzhaftung des
Schuldhaft Irrenden

Prozessförderungspflicht und
Präklusion

GmbH & Co KG
Umgründung in GmbH

EuGH:
Nicht Alters-, doch Geschlechterdiskriminierung

Verbotsirrtum und
Kartellrecht

Sektorspezifische
Unternehmensentflechtung

Kein Vetorecht des Betriebsrats bei leistungsbezogenem Entgelt

Im Zuge einer ArbVG-Novelle wird der Gesetzgeber auf jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Mitbestimmungsrecht der Belegschaftsvertretung bei leistungsbezogenen Prämien und Entgelten reagieren und plant eine Neuregelung. Von Ausnahmen abgesehen sollen künftig leistungsbezogene Entgelte nicht mehr der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen.

JENS WINTER / CHRISTOPH WOLF

A. Einleitung

Im Zuge der Novelle zum ArbVG¹⁾ sollen auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei leistungsbezogenen Prämien und Entgelten neu geregelt werden. Der Katalog der fakultativen BV wird erweitert. § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG, der bislang (nur) Systeme der Gewinnbeteiligung zum Gegenstand hatte, wird um einen Tatbestand betreffend leistungs- und erfolgsbezogene Entgelte ergänzt, sofern diese nicht unter die zwingende Mitbestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fallen. Bislang bedurfte die Einführung von leistungsbezogenen Prämien und Entgelten, die auf Arbeits-(Persönlichkeits)bewertungsverfahren, statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen, sowie der maßgeblichen Grundsätze (Systeme und Methoden) des Abschlusses einer notwendigen BV gem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG. Ohne Zustimmung des Betriebsrats in Form einer BV, die auch nicht vor der Schlichtungsstelle erzwungen werden konnte, war die Einführung leistungsbezogener Entgelte nicht zulässig. Die gesetzgeberische Änderung bewirkt, dass zwar weiterhin akkordähnliche Prämien und Entgelte der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, sonstige leistungsbezogene Prämien und Entgelte, die nicht akkordähnlich sind, jedoch aus der zwingenden Mitbestimmung herausfallen. Derartige Entgeltfindungssysteme können künftig neben den Systemen der Gewinnbeteiligung im Rahmen einer fakultativen BV gem § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG geregelt werden und wirken im Rahmen dieses Tatbestandes normativ. Es besteht aber nunmehr auch die Möglichkeit der Vereinbarung auf einzelvertraglicher Ebene ohne Einbindung der Belegschaftsvertretung.

Der zwingenden Mitbestimmung in Form des Abschlusses einer BV gem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG unterliegt weiterhin, insoweit eine Regelung durch Kollektivvertrag oder Satzung nicht besteht, die Einführung und die Regelung von Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen sowie akkordähnlichen Prämien und Entgelten – mit Ausnahme der Heimarbeitsentgelte –, die auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen, sowie der maßgeblichen Grundsätze (Systeme und Methoden) für die Ermittlung und Berechnung dieser Löhne bzw Entgelte.

B. Hintergrund für die Neuregelung

1. Gesetzesmaterialien – Normzweck

Den ErläutRV²⁾ ist zu entnehmen, dass durch die Neuregelung der Anwendungsbereich der zwingenden Mitbestimmung in Bezug auf die Einführung von Leistungsentgelten auf Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen sowie auf akkordähnliche Prämien und Entgelte eingeschränkt werden soll. Die Einführung sonstiger leistungs- und erfolgsbezogener Prämien und Entgelte soll hingegen in Hinkunft nicht mehr der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, sondern – wie schon nach geltender Rechtslage Systeme der Gewinnbeteiligung – den Tatbestand einer fakultativen BV bilden. Die Abgrenzung zwischen notwendiger Mitbestimmung durch den Betriebsrat

Dr. Christoph Wolf ist Partner, Dr. Jens Winter Rechtsanwalt bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte.

1) RV 901 BlgNR 24. GP. Vgl auch 178/ME 24. GP. Die Gesetzzerdung bleibt noch abzuwarten.

2) ErläutRV 901 BlgNR 24. GP 6.

und seiner freiwilligen Einbindung erfolgt somit insb anhand des Kriteriums der „Akkordähnlichkeit“ eines Entgeltsystems. In der Begründung für diese Differenzierung wird in der RV der Aspekt des Gesundheitsschutzes hervorgehoben und betont, dass bei Einführung von Akkordlöhnen und akkordähnlichen leistungsbezogenen Entgelten aufgrund der Gefahr der Verursachung einer Gesundheitsgefährdung der AN die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats erforderlich ist. Die Einführung anderer, nicht gesundheitsgefährdender Prämienentgelte soll hingegen nicht mehr der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, sondern im Wege der fakultativen BV regelbar sein. Damit wird unterstellt, dass akkordähnliche Leistungslohnmodelle generell gesundheitsgefährdend sind, während Leistungslohnmodelle, die nicht akkordähnlich ausgestaltet sind, mangels Gesundheitsgefährdung auch auf Grundlage des Einzelvertrages eingeführt werden können. Wesentliches Abgrenzungskriterium für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Entgeltfindungssystem der zwingenden oder nur der fakultativen Mitbestimmung unterliegt, bildet nunmehr das Kriterium der Akkordähnlichkeit.

2. Entscheidung 9 ObA 144/07 b

Offensichtlich ist, dass die nunmehrige Neuregelung der Mitbestimmungstatbestände eine von den Sozialpartnern herbeigeführte Korrektur der E OGH zu 9 ObA 144/07 b³⁾ darstellt. In dieser E subsummierte der OGH ein Entgeltfindungssystem der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats gem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, das auf der Beurteilung der Arbeitsleistung durch Vorgesetzte in quantitativer, aber va in qualitativer Hinsicht beruhte: Grundlage dieses Modells war ein Berufsbildkonzept, da alle Funktionen im Unternehmen Berufsbildern zugeordnet wurden. Die AN wurden diesen Berufsbildern zugeordnet und erfolgte am Anfang eines jeden Jahres eine individuelle Zielvereinbarung, die sich auf die Hauptaufgaben der Funktionsbeschreibung bezog und ein persönliches Entwicklungsziel festlegte. In der Jahresmitte erfolgte ein Gespräch mit dem Vorgesetzten zur aktuellen Zielerreichung. Am Ende des Jahres wurde eine Leistungsbewertung durch den Vorgesetzten auf Basis der Zielvereinbarung vorgenommen. Die Hauptaufgaben wurden längerfristig definiert und konnten jedes Jahr aktualisiert werden, während die persönlichen Entwicklungsziele jährlich neu vereinbart wurden und zwar für Höherqualifizierung und leistungsbezogenes Verhalten. Die Bewertung der Zielerreichung durch den Vorgesetzten war nach einem Schema vorzunehmen, das einem Schulnoten- bzw Ampelsystem angehört war: „mangelhaft erfüllt“ (rot), „annähernd erfüllt“ (gelb), „sehr gut erreicht“ (grün = vollständig erreicht), „Ziel deutlich überschritten“ (dunkelgrün) und „exzellent überschritten“ (silber). Streitgegenständlich war somit ein Bewertungssystem, bei dem die Vorgesetzten zwar an strukturelle Rahmenbedingungen gebunden waren, die va der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung dienten, aber genügend Raum für individuelle Bewertungen ließen. Der OGH beurteilte dieses Ent-

geltfindungssystem als mitbestimmungspflichtiges Leistungslohnsystem iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, ausgehend von der Überlegung, dass der Gesetzgeber den Begriff des Leistungsentgelts nicht allzu eng verstanden wissen wollte, da neben dem generellen Hinweis auf „ähnliche Entgeltfindungsmethoden“ va die Erwähnung auch solcher Prämienentgelte, die auf Arbeits- oder Persönlichkeitsbewertungsverfahren – also einer Arbeitsplatzbewertung⁴⁾ – beruhen, erfasst sein sollen.⁵⁾ Leistungsbezogen sei eine Prämie schon nach der eigentlichen Bedeutung dieses Wortes dann, wenn sie irgendwie von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung abhängt, sei es, dass sie für eine bestimmte Mengenleistung gewährt wird (Quantitätspremie), sei es, dass sie auf anderen mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden Bezugsgrößen – wie Güte und Genauigkeit der Arbeit, besondere Ausnützung der Roh- und Werkstoffe, besondere Nutzung der Betriebsmittel, sonstige Einsparungen, genaue Einhaltung vorgegebener Termine und dergleichen – beruht. Im Gegensatz zum Zeitlohn richte sich die Höhe des leistungsbezogenen Entgelts nach der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und nicht nach der absolvierten Arbeitszeit; es werde dadurch ein besonderer Maßstab für das Ausmaß des Verdienstes vereinbart. Eine Einschränkung des Begriffs der Leistungsbezogenheit, wie etwa ein Erfordernis, dass die Arbeitsleistung des AN kurzfristig schwankende Entgelthöhen herbeiführen können müsse oder die Eigenschaft, dass ein gesteigertes Arbeitstempo ein höheres Entgelt nach sich ziehe, sei nicht vorzunehmen.⁶⁾

Ergebnis der E war, dass ab diesem Zeitpunkt beinahe alle in der modernen Arbeitswelt eingesetzten leistungsbezogenen Entgeltsysteme, sofern sie nur auf irgendeiner Leistungsbezogenheit beruhten, mitbestimmungspflichtig waren. Im konkreten Fall stellten sich zudem überaus komplexe Rechtsfragen betreffend die Rückabwicklung des ohne Betriebsrat eingeführten Systems.

C. Meinungsstand zur alten Rechtslage

In der Literatur wurde zu § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG von einem Teil der Lehre gefordert, dass lediglich solche Leistungsentgelte von der zwingenden Mitbestimmung erfasst sein sollen, die unmittelbar mit der Arbeitsleistung des AN verknüpft sind, sodass sie zu kurzfristigen Entgeltschwankungen führen.⁷⁾ Die ältere Rsp schien dieser Auffassung ebenfalls zuzuneigen, wenn sie betonte, dass die Zielsetzung darin bestehe, den AN vor Selbstausbeutung bzw Überforderung durch Entgeltsysteme zu schützen, die auf einem objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren be-

3) OGH 8. 10. 2008, 9 ObA 144/07 b ecolex 2009/25 = Arb 12.771.

4) Bereits *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum BRG² 258.

5) Der OGH folgte damit *Reissner*, DRdA 2003, 503 ff.

6) Siehe aber OGH 2. 6. 1981, 4 Ob 135/80 DRdA 1982,403 (*Holzer*) = Arb 9884.

7) *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 81; *Risak*, Notwendige Betriebsratsmitbestimmung bei Zielerreichungsprämien? RdW 2007, 738.

ruhen.⁸⁾ Jedenfalls fielen nach der Rsp Provisionszahlungen nicht unter den Tatbestand des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG.⁹⁾ Die Gegenposition in der Lehre ging davon aus, dass es genügt, wenn die Höhe des Entgelts von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung irgendwie abhängt, sei es von einer bestimmten Mengenleistung, sei es von anderen mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden Bezugsgrößen und wenn die Verfahrensweise, durch welche die sonstigen leistungsbezogenen Prämienentgelte fixiert werden, objektiv festgelegt ist und schließlich die Leistungskomponente gegenüber Erfolgskomponenten oder Zeitlohnsystemen dominiert. Eine Anreicherung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG um einen besonderen „Arbeitstempo-Entgelthöhe-Zusammenhang“ und das Merkmal der kurzfristigen Entgeltschwankungen wurde teils als nicht mit der normativen Grundlage vereinbar angesehen.¹⁰⁾ Mitunter sollen auch Termin-, Nutzungs- oder Sorgfaltsprämien, bei denen qualitative Aspekte im Vordergrund stehen, der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen.¹¹⁾ Abgrenzungskriterium zwischen zwingender Mitbestimmung und Vertragsfreiheit von leistungsbezogenheit soll aufgrund der Ausblendung der Arbeit-Entgelthöhe-Relation nur das Vorhandensein objektiv nachvollziehbarer Bewertungsverfahren sein. Vom Arbeitgeber willkürlich verteilte Prämien unterliegen nach dieser Auffassung nicht der zwingenden Mitbestimmung, während diese bei Entgeltarten eingeholt werden muss, die auf objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren im Hinblick etwa auf qualitative Aspekte der Arbeitsleistung beruhen.¹²⁾ Auf den Punkt gebracht wurde unterstellt, dass AN, bei denen ein Teil ihres Entgelts auf Basis der Beurteilung ihrer Arbeitsleistungen im Hinblick auf Arbeitsqualität, Vertrauenswürdigkeit, Arbeitseinstellung, Teamwork und Lernbereitschaft bemessen wird, genauso schutzwürdig sind wie AN, die Kontrollmaßnahmen unterzogen werden, welche die Menschenwürde berühren (vgl § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG). Diesen Überlegungen hat der Gesetzgeber durch die Neuregelung nunmehr einen Riegel vorgeschoben und insb auf den Gesundheitsschutz abgestellt, der bei Akkordlöhnen und im Angestelltenbereich bei akkordähnlichen Leistungsentgelten und Prämien gegeben sein soll, wenn die Höhe der Entlohnung direkt proportional zum Quantum der erledigten Arbeit ist.

Im Einzelfall gestaltete sich die Frage, ob ein bestimmtes Entgeltsystem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG unterlag und daher nur in Form einer nicht erzwingbaren BV implementiert werden kann, äußerst schwierig.

D. Neuregelung

Wie bereits erwähnt, gewinnt der Begriff der Akkordähnlichkeit durch die Herausnahme der sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte aus dem Tatbestand des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG wesentliche Bedeutung für die Abgrenzung zwischen mitbestimmungspflichtigen und -freien Entgeltsystemen. Auch in der bisherigen Regelung fand sich der Begriff „akkordähnlich“. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Begriff war jedoch – auch vor dem Hin-

tergrund der gleichen Rechtsfolge – bisher insoweit nicht erforderlich, als die Grenzlinie zur Mitbestimmungsfreiheit bisher bei den „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelten“¹³⁾ lag.

Unter Akkordlohn¹⁴⁾ ist ein Entgeltfindungssystem zu verstehen, bei dem sich das Entgelt an den fertiggestellten Arbeitseinheiten orientiert, die individuelle Leistung des AN daher die Höhe des Entgeltanspruchs unmittelbar beeinflusst.¹⁵⁾ Bei diesen im Arbeiterbereich typischen Leistungsentgelten handelt es sich um in erster Linie mengenmäßig nach einem Leistungsergebnis bewertende Entgeltsysteme.¹⁶⁾ Es besteht eine unmittelbare, objektiv messbare Verknüpfung zwischen Leistung und Höhe des Entgeltanspruchs. Akkordähnlich bedeutet nach *Binder*, dass der Faktor Arbeitstempo – im Vergleich zum Akkordlohn – nur abgeschwächt die Entgelthöhe beeinflusst oder zum Faktor Arbeitstempo weitere Faktoren, wie zB Qualität, Umfang des Ausschusses, Schonung der betrieblichen Ressourcen, treten.¹⁷⁾ Nach *Reissner* ist die Wendung „akkordähnliche Prämien und Entgelte“ ein Auffangtatbestand, der Grenzbereiche des Akkordbegriffs erfassen soll. Auch akkordähnliche Entgeltfindungssysteme beruhen auf einer mengenmäßigen Bewertung.¹⁸⁾ Keine Akkordähnlichkeit liegt nach *Binder* vor, wenn ohne Bezug auf das Arbeitstempo für jeden Quadratmeter verlegter Fliesen ein bestimmter Zuschlag zum Grundlohn vereinbart ist.¹⁹⁾ Nach dieser Ansicht werden akkordähnliche Entgelte auch nach der Neuregelung auf einer unmittelbaren, mengenmäßigen Bewertung der Arbeitsleistung gründen müssen, um mitbestimmungspflichtig zu sein. Erfasst sind daher – wie bisher – Grenzbereiche des Akkordlohns. Dieser setzt seinem Wesen nach eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Arbeitsleistung und Entgelthöhe voraus. Das Abgrenzungskriterium zwischen akkordähnlichen mitbestimmungspflichtigen Entgelten und sonstigen leistungsbezogenen Entgelten ist somit die bereits von *Schrank* verlangte Arbeit-Entgelt-Relation.²⁰⁾ Gewiss ist, dass ein Entgeltfindungssystem, wie es der OGH in der E 9 Oba 144/07b zu beurteilen hatte, nicht mehr unter § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fällt und daher mitbestimmungsfrei ist.

8) OGH 2. 6. 1981, 4 Ob 135/80 DRdA 1982, 403.

9) OGH 26. 8. 1999, 8 Oba 196/99b DRdA 2000/46 = infas 2000, A5.

10) *Gruber*, Die sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelt im Sinne des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 345.

11) *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 95.

12) *Reissner* in *ZellKomm* § 96 ArbVG Rz 27 ff.

13) Die Wendung „akkordähnliche und sonstige leistungsbezogene Prämien und Entgelte“ wurde bereits in § 14 Abs 2 BRG durch die Novelle BGBl 1971/319 eingefügt. Dazu *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum BRG² 256 ff.

14) Stück- und Gedinglöhne unterscheiden sich ihrem Wesen nach nicht vom Akkordlohn.

15) Vgl nur *Binder* in *Tomandl*, § 96 ArbVG Rz 101 mwN.

16) *Reissner* in *ZellKomm* § 96 ArbVG Rz 32 mwN.

17) *Binder* in *Tomandl*, § 96 ArbVG Rz 102.

18) *Reissner* in *ZellKomm* § 96 ArbVG Rz 33 mwN.

19) *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 104; aA *Cerny*, ArbVR III⁴ Erl 9, 156.

20) *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen 81.

Auffällig an der Neuregelung ist weiters, dass der Gesetzgeber das Arbeits-(Persönlichkeits)bewertungsverfahren als aufgezählte Entgeltfindungsmethode streicht. Als dritte Voraussetzung neben dem Entgelt und der Akkordähnlichkeit für die Mitbestimmungspflicht bleibt zu prüfen, ob das akkordähnliche Entgelt auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruht. Liegt kein Zusammenhang zwischen Verfahren bzw Methode und Entgeltbemessung vor, ist der Tatbestand nicht erfüllt.²¹⁾ Durch die Streichung des Arbeits-(Persönlichkeits)bewertungsverfahrens als in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG aufgezählte Entgeltfindungsmethode stellt der Gesetzgeber klar, dass Entgeltfindungssysteme, die auf einer subjektiven Beurteilung der Persönlichkeit des AN zB durch den Vorgesetzten beruhen, mitbestimmungsfrei sind. Die Entgeltfindungsmethode des Arbeits-(Persönlichkeits)bewertungsverfahrens hat durch die gleichzeitige Herausnahme der sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte aus § 96 ArbVG auch insoweit keinen Sinn mehr, als Akkordlohn wie auch akkordähnliche Entgelte anhand objektiver Kriterien (Zeit, Stückzahl etc) eindeutig mess- und überprüfbar sind.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte in § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG als „leistungs- und erfolgsbezogene Prämien und Entgelte“ eingefügt werden. Durch Aufnahme des Kriteriums der Erfolgsbezogenheit wird klargestellt, dass auch Provisionen Gegenstand einer normativ wirkenden BV nach § 97 Abs 1

Z 16 ArbVG sein können. Bisher war in der Lehre²²⁾ nicht abschließend geklärt, ob und insb unter welchen Voraussetzungen Provisionen unter § 96 ArbVG fallen. Nach hA waren Provisionen als Mischform zwischen Leistungs- und Erfolgslohn von § 96 ArbVG insb wegen deren Erfolgsbezogenheit bzw anderer, vom AN nicht unmittelbar beeinflussbarer Umstände nicht erfasst. Durch die Neuregelung stellt der Gesetzgeber klar, dass Provisionen nicht als Akkordlohn oder akkordähnliche Entgelte zu qualifizieren und daher von der notwendigen Mitbestimmung nicht erfasst sind.

21) EA Wien 18. 12. 1987, V Re 290/86, Arb 10.593 („systemgemäßer oder verfahrensmäßig gestalteter Zusammenhang mit einer Entgeltbemessung“).

22) Siehe dazu *Strasser*, Geltung des § 96 ArbVG für Provisionsregelungen? DRdA 1993, 93 mwN; *Binder in Tomandl*, § 96 ArbVG Rz 102; *Cerny in Cerny/Gableitner/Preiss/Schneller*, ArbVR III⁴ Erl 9, 157 f. Nach der Rsp waren Provisionsregelungen von § 96 ArbVG hingegen nicht erfasst. Vgl OGH 26. 8. 1999, 8 ObA 196/99b.

SCHLUSSSTRICH

In der modernen Arbeitswelt verbreitete Modelle für leistungsbezogene Entlohnung, wie Zielvereinbarungen und andere Performance-Management-Systeme, unterliegen nicht mehr der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats. Dieser bleiben aufgrund der damit verbundenen Gesundheitsgefährdung Akkordlohn und akkordähnliche Entgeltsysteme vorbehalten.