



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Möglichkeiten und Grenzen erfolgsabhängiger
Entgeltvereinbarungen“

Verfasserin

Mag. Maria Steiner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Brodil

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis

1.	Einleitung	1
1.1.	Allgemeines	1
1.2.	Ziel der Arbeit	3
1.2.1.	Ausgangslage.....	3
1.2.2.	Fragestellungen	4
2.	Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen	6
2.1.	Abgrenzung des Dienstvertrages	6
2.1.1.	Merkmale eines Dienstvertrag.....	6
2.1.1.1.	Dauerschuldverhältnis	7
2.1.1.2.	Persönliche Abhängigkeit.....	7
2.1.1.3.	Persönliche Arbeitspflicht	9
2.1.2.	Merkmale eines freien Dienstvertrages	10
2.1.3.	Merkmale eines Werkvertrages und dessen Abgrenzung zum Dienstvertrag	11
2.1.4.	Merkmale einer stillen Gesellschaft	12
2.2.	Einordnung erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen	13
2.2.1.	Vorliegen von Elementen des Dienstvertrages und Gesellschaftsvertrages	14
2.2.2.	Vorliegen von Elementen des Dienstvertrages und Werkvertrages	15
2.2.2.1.	Dienstvertrag	15
2.2.2.2.	Freier Dienstvertrag.....	16
3.	Wesen des Arbeitsvertrages	21
3.1.	Synallagma des Dienstvertrages.....	21
3.2.	Leistungspflicht des Dienstnehmers.....	22
3.2.1.	Individuelle Leistungsfähigkeit	22
3.2.2.	Clausula rebus sic stantibus.....	24
3.2.3.	Vereinbarung einer Mindestleistung oder Mindesterfolges	25
3.2.4.	Ergebnis	27
3.3.	Leistungspflicht des Dienstgebers	28
3.3.1.	(Un-) Entgeltlichkeit.....	28
3.3.1.1.	Regelung des § 1152 ABGB	28
3.3.1.2.	Größenschluss von der Zulässigkeit unentgeltlicher Dienstverhältnisse auf erfolgsabhängige Entlohnung?	30
3.3.2.	Entgeltvereinbarung und ihre Grenzen - Kann Gewinnbeteiligung (Chance) Entgelt sein?	31
3.3.2.1.	Entgeltbegriff.....	31
3.3.2.2.	Kann die Chance auf Verdienst Entgelt sein?	33

3.3.3.	Mindestentgelt – Sittenwidrigkeit – Lohnwucher	35
3.3.3.1.	Gesetzliche Vorschriften und Privatautonomie.....	35
3.3.3.2.	Kollektivrechtliche Mindestlohnvorschriften.....	35
3.3.3.3.	Sittenwidrigkeit - Wucher	36
3.3.3.4.	Laesio enormis	38
3.3.3.5.	Dem Arbeitnehmer jedenfalls zustehender Mindestlohn	39
3.4.	Zulässigkeit erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarung	40
4.	Grenzen erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen	42
4.1.	Bedingungen im Arbeitsverhältnis	42
4.1.1.	Zulässigkeit einer Bedingung	42
4.1.2.	Rechtsfolgen einer unzulässigen Bedingung.....	46
4.2.	Überwälzung des Wirtschaftsrisikos	48
4.2.1.	Verteilung des Risikos gemäß § 1155 ABGB	48
4.2.2.	Dispositivität der gesetzlichen Bestimmung	50
4.2.3.	Sittenwidrigkeit als Grenze der Abdingbarkeit	51
4.2.4.	Beispiele aus der Judikatur	53
4.2.5.	Ergebnis.....	57
4.3.	Einseitige Gestaltungsrechte	58
4.3.1.	Allgemeines zu Gestaltungsrechten	59
4.3.2.	Grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung von Gestaltungsrechten.....	61
4.3.2.1.	Gefahr der Gesetzesumgehung.....	61
4.3.2.2.	Ausreichende Bestimmtheit des Vertragsinhaltes	62
4.3.2.3.	Äquivalenzstörungen	64
4.3.3.	Grenzen bei der Vereinbarung von Gestaltungsrechten – Geltungskontrolle	65
4.3.3.1.	Untergrenze durch Mindestlohn und Laesio enormis	65
4.3.3.2.	Verstoß gegen die Guten Sitten.....	66
4.3.3.3.	Grenze des „Billigen Ermessens“	68
4.3.4.	Grenzen der Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte.....	73
4.3.4.1.	Vertragliche Vereinbarung	73
4.3.4.2.	Ausübung nach billigem Ermessen	75
4.3.4.3.	Sonstige zu beachtende Grenzen	78
4.3.4.4.	Ergebnis.....	79
4.3.5.	Indirekte Einflussmöglichkeit des AG	79
4.3.5.1.	Einschränkung des Arbeitgeberhandelns durch vertragliche Vereinbarung	80
4.3.5.2.	Einschränkung des Arbeitgeberhandelns durch Sittenwidrigkeit.....	82
4.3.6.	Einseitige Gestaltungsrechte – Ergebnis	83
4.4.	Anpassung des Entgelts bei Änderung der Umstände.....	84

4.4.1.	Anpassung des Entgelts bei Verminderung der Arbeitsleistung im Zeitlohnsystem	84
4.4.2.	Lohnminderung bei erfolgsabhängigen Entgelten.....	91
4.5.	Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter	92
4.5.1.	Unwirksamkeit aufgrund § 864a ABGB	92
4.5.2.	Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB	95
4.6.	Gleichheitssatz.....	98
4.6.1.	Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz.....	99
4.6.2.	Gleichbehandlungsgesetz	99
4.6.3.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	101
4.6.4.	Auswirkungen gleichheitsrechtlicher Vorgaben auf erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen.....	104
4.7.	Möglichkeiten und Grenzen der Erfolgsbeteiligung	106
5.	Arten der Beteiligung	110
5.1.	Unterscheidung nach Messgröße.....	110
5.2.	Unterscheidung nach Form der Beteiligung.....	112
5.2.1.	Reine Erfolgsbeteiligung	112
5.2.2.	Substanz- bzw. Kapitalbeteiligung.....	112
5.2.3.	Option auf eine Kapitalbeteiligung	113
5.3.	Unterscheidung nach Ausgestaltung der Beteiligung.....	114
5.4.	Systematisierung der in Literatur und Judikatur verwendeten Begriffe.....	115
5.4.1.	Zeitlohn – Leistungslohn – Akkordlohn – Prämienlohn	115
5.4.2.	Gewinnbeteiligung	117
5.4.3.	Umsatzprovision.....	118
5.4.4.	Provision.....	120
6.	Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf kollektiver Ebene	123
6.1.	Kollektivvertrag.....	123
6.2.	Betriebsvereinbarung.....	125
6.2.1.	Grundsätze.....	125
6.2.2.	Leistungsbezogene Entgelte des § 96 ArbVG.....	126
6.2.2.1.	Zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates	126
6.2.2.2.	Form und Wirkung der Betriebsvereinbarung.....	128
6.2.2.3.	Individuelle leistungsbezogene Entgelte - § 100 ArbVG.....	129
6.2.2.4.	Leistungsabhängige Prämien und Entgelte des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG	132
6.2.2.5.	Provisionen	139
6.2.3.	Gewinnbeteiligungen des § 97 ArbVG	142
6.2.3.1.	Fakultative Betriebsvereinbarung.....	143
6.2.3.2.	Gewinnbeteiligung	143

6.3. Exkurs: Freie/unzulässige Betriebsvereinbarungen	146
6.3.1. Konversion	148
6.3.1.1. Lösungsansatz	148
6.3.1.2. Kritik	149
6.3.1.3. Ergebnis.....	152
6.3.2. Vertragsergänzung des § 863 ABGB und ergänzende Interpretation gemäß § 914 ABGB	153
6.3.2.1. Vertragsergänzung gemäß § 863 ABGB.....	153
6.3.2.2. Ergänzende Interpretation gemäß § 914 ABGB.....	155
6.3.2.3. Arbeitnehmer, die schon vor Abschluss der freien Betriebsvereinbarung im Betrieb beschäftigt waren.....	156
6.3.2.4. Kritikpunkt Zustimmung der „Gesamtheit“ der Arbeitnehmer.....	157
6.3.2.5. Ergebnis.....	158
6.4. Zusammenfassung der Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf kollektiver Ebene	160
7. Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf Ebene des Einzelarbeitsvertrages.....	163
7.1. Leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn	164
7.2. Gewinnbeteiligungen.....	166
7.3. Ertragsbeteiligung und Beteiligung am Wertzuwachs	167
7.4. Betriebsübung.....	167
7.5. Zusammenfassung	169
8. Ergebnisse	170

Literaturverzeichnis

Judikaturverzeichnis

Lebenslauf

Zusammenfassung

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
aA	= andere Ansicht
AB	= Ausschussbericht
Abs	= Absatz
AG	= Arbeitgeber, Aktiengesellschaft
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
aM	= andere Meinung
AN	= Arbeitnehmer
AngG	= Angestelltengesetz
Anl	= Anlage
Anm	= Anmerkung
Arb	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	= Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	= ARD-Betriebsdienst
Art	= Artikel
ASoK	= Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASoz	= Amtliche Nachrichten des Bundesministeriums für soziale Verwaltung
AuslBG	= Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVRAG	= Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	= Arbeitszeitgesetz
BAG	= (deutsches) Bundesarbeitsgericht
Bd	= Band
BG	= Bezirksgericht
BGB	= (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= (deutscher) Bundesgerichtshof
Blg	= Beilagen
BlgNR	= Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BV	= Betriebsvereinbarung(en)
B-VG	= Bundes-Verfassungsgesetz
Bzgl	= bezüglich
bzw	= beziehungsweise
ca	= circa
DG	= Dienstgeber
dh	= das heißt
DHG	= Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DN	= Dienstnehmer
DRdA	= Das Recht der Arbeit
E	= Entscheidung
EG	= Europäische Gemeinschaft
EGT	= Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit
Erl	= Erläuterung
ErlAB	= Erläuternde Bemerkungen zum Ausschussbericht
ErlRV	= Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage

ecolex	= ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
etc	= et cetera
EU	= Europäische Union
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f, ff	= und der/die folgende, folgenden
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
G	= Gesetz
gem	= gemäß
GesBR	= Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GP	= Gesetzgebungsperiode
GIBG	= Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
hA	= herrschende Ansicht
HH	= Herrenhaus
HHB	= Herrenhausbericht
hL	= herrschende Lehre
HM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber
idF	= in der Fassung
idR	= in der Regel
ieS	= im engeren Sinn
infas	= Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
inkl	= inklusive
insb	= insbesondere
iS	= im Sinn
iSd	= im Sinne des, - der
iVm	= in Verbindung mit
iwS	= im weiteren Sinn
JB1	= Juristische Blätter
Jg	= Jahrgang
Jus	= „Jus-Extra“, Beilage zur „Wiener Zeitung“
JZ	= (deutsche) Juristenzeitung
KG	= Kommanditgesellschaft; Kreisgericht
KollV	= Kollektivvertrag
KOM	= Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
krit	= kritisch
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz
KV	= Kollektivvertrag
leg cit	= legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lfd	= laufend
LG	= Landesgericht

lit	= litera (Buchstabe)
Lit	= Literatur
lt	= laut
Mat	= Materialien
mE	= meines Erachtens
MietSlg	= Mietrechtliche Entscheidungen
MRK	= Europäische Menschenrechtskonvention
mwH	= mit weiteren Hinweisen
mwN	= mit weiteren Nachweisen
mwV	= mit weiteren Verweisen
Nr	= Nummer
NRsp	= Neue Rechtsprechung des OGH in Österreichische Juristen-Zeitung ab 1988
oa	= oben angeführt
oä	= oder ähnliche
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖJT	= Verhandlungen des österreichischen Juristentages
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	= Leitsatzkartei in „Österreichische Juristen-Zeitung“
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
Praxis	= „Die Praxis des Obersten Gerichtshofes“, Sammlung der oberstgerichtlichen Entscheidungen, hrsg von Geller und Jolles
rd	= rund
RdA	= (deutsches) Rechte der Arbeit
RdM	= Recht der Medizin
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	= Richtlinie
Rz	= Randzahl
RV	= Regierungsvorlage
Sess	= Session
SozM	= Sozialrechtliche Mitteilungen der Arbeiterkammer Wien
stRsp	= ständige Rechtsprechung
StGG	= Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	= und andere, unter anderem
UGB	= Unternehmensgesetzbuch
usw	= und so weiter
uU	= unter Umständen
uva	= und viele(s) andere
uzw	= und zwar
V	= Verordnung

va	= vor allem
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
wbl	= Wirtschaftsrechtliche Blätter, Beilage zu Juristische Blätter
wN	= weitere Nachweise
Z	= Ziffer
ZAS	= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	= zum Beispiel
zit	= zitiert
zust	= zustimmend
zutr	= zutreffend

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

Immer häufiger finden sich in Arbeitsverträgen Klauseln die Teile oder das gesamte Entgelt des Arbeitnehmers vom Erfolg des Mitarbeiters, der Abteilung oder des Unternehmens abhängig machen. Ausgehend von Managerverträgen werden diese Klauseln auch in Verträgen leitender und einfacher Angestellter immer häufiger. Erfolgsbeteiligungen werden sowohl bei großen GmbH und Aktiengesellschaften, als auch bei Klein- und Mittelbetrieben immer beliebter. Erfolgsbeteiligungen sind dabei sehr vielfältig ausgestaltet und können in allen Branchen, wie Industrie und Handel aber auch Dienstleistungsbetrieben vorkommen. Die Klauseln können an bestimmten betriebswirtschaftlichen Kennzahlen, Produktionsparametern, aber auch an vereinbarten Zielen von einzelnen Mitarbeitern, Teams oder Unternehmen anknüpfen.

Auch von der Politik werden Gewinnbeteiligungen am Unternehmenserfolg immer wieder gefordert. Bereits 1992 wurden die Mitgliedstaaten der EU vom Rat aufgefordert, sich die Vorteile von Systemen der finanziellen Beteiligung der Arbeitnehmer bewusst zu machen.¹

Doch das Phänomen der Erfolgsbeteiligung und die Diskussion darüber sind keineswegs neu oder erst in den letzten Jahren aufgekommen. So hat sich schon Dr. Walter Huppert 1953 mit der Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer beschäftigt.² Seiner Meinung nach leidet das System der Lohnverhandlungen zwischen den Sozialpartnern daran, dass objektive wirtschaftliche Maßstäbe fehlen, nach denen die Berechtigung von Lohnwünschen der Arbeitnehmer und die wirtschaftliche Tragfähigkeit von Lohnerhöhungen für die Betriebe beurteilt werden können. Die Erfolgsbeteiligung stellt demgegenüber eine Methode dar, bei der einerseits maximale Entgelte für die Arbeitnehmer erreicht werden können, und andererseits die Leistungsfähigkeit der Betriebe nicht überspannt wird.³

Die Gründe, die für die Beteiligung der Mitarbeiter am Erfolg des Unternehmens ins Treffen geführt werden, sind vielfältig. In früheren Zeiten wurden teils ideologische

¹ Empfehlung des Rates vom 27. Juli 1992 über die Förderung der Gewinn- und Betriebsergebnisbeteiligung (einschließlich Kapitalbeteiligung) der Arbeitnehmer (92/443/EWG).

² Huppert, Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer (1953).

³ Huppert, Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer (1953) 9.

Argumente verwendet, wie die Verbesserung der Lebensstellung des vom Arbeitgeber abhängigen Arbeitnehmers hin zu einem partnerschaftlichen Verhältnis. Auch Argumente wie die soziale Gerechtigkeit wurden ins Treffen geführt. Soziale Begründungen knüpften an einer Verbesserung des Betriebsklimas und der entspannten psychologischen Situation zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmer an, in der der Arbeitnehmer zufriedener ist und Verständnis für betriebliche Erfordernisse sowie das gleiche Interesse am Gedeihen des Betriebes aufweist wie der Unternehmer. Wirtschaftlich wurde die Erfolgsbeteiligung damit begründet, dass der Lohn allein keine ausreichende und befriedigende Form der Bezahlung von Arbeitsleistung darstelle, da die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dem Betrieb auch Gewinn einbringe. Außerdem könne durch eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Erfolg die Produktivität der Arbeit gesteigert werden. Auch unternehmenstaktische Gründe sprechen für eine Erfolgsbeteiligung. So haben die Arbeitgeber den Wunsch, einerseits die Forderungen der Belegschaft und der Gewerkschaften durch ein großzügiges Entgegenkommen zu befriedigen, andererseits gleichzeitig aber auch zu begrenzen. Sie wollen für die Bemessung der Entgelte eine wirtschaftlich vernünftige Grundlage vereinbaren, gleichzeitig aber auch eine Grenze, nämlich die Ertragsfähigkeit des Betriebes, festlegen. Damit soll die Lohnfestsetzung möglichst dem politischen Kampf entzogen werden. Weiters soll die Lohnfestsetzung statt im überbetrieblich kollektiven Bereich mehr im innerbetrieblichen Bereich stattfinden. Aufgrund der Höhe der Ertragssteuer ist es für den Unternehmer ratsamer den Arbeitnehmern auf Kosten des Gewinnes mehr, und somit der öffentlichen Hand weniger zukommen zu lassen. Sind die Gewinnanteile der Belegschaft als Einlagen ausgestaltet, können sie zudem auch noch als Investitionsmittel genutzt werden.⁴

Diese schon 1953 verwendeten Argumente sind teilweise auch heute noch gültig und werden für Erfolgsbeteiligungen ins Treffen geführt⁵:

So wird betont, dass Erfolgsbeteiligungen die Identifikation der Mitarbeiter mit dem Unternehmen steigern und so zu mehr Zufriedenheit und Motivation führen. Durch die Beteiligung wird der Partnerschafts- und Mitunternehmergedanke gefördert und eine Unternehmens- bzw. Vertrauenskultur aufgebaut sowie ein Zugehörigkeitsgefühl

⁴ Huppert, Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer (1953) 10 ff.

⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 5.7.2002 über die Rahmenbedingungen für die Förderung der finanziellen Beteiligung der Arbeitnehmer, KOM (2002) 364, 7; *Grau*, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung (2005) 9 f; *Elsik*, Die Mitarbeiterbeteiligung aus personalpolitischer Sicht in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich (2007) 94 f; *Oberhofer*, Mitarbeiterbeteiligung – eine arbeitsrechtliche Betrachtung in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich (2007) 165.

herausgebildet. Ist der Arbeitnehmer am Erfolg des Unternehmens beteiligt hat dieser naturgemäß auch ein gesteigertes Interesse daran, dass das Unternehmen Gewinn erwirtschaftet. So nähern sich die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer stärker einander an und die Bindung des Arbeitnehmers an das Unternehmen wird erhöht. Durch eine Erfolgsbeteiligung wird also in der Regel auch die Produktivität erhöht. Darüber hinaus wird die Eigenkapitalbasis der Unternehmen gestärkt, was in besonderer Weise der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen im globalisierten Wettbewerb zugute kommt. Teils wird auch angeführt, dass die Beteiligung für den Arbeitnehmer eine Belohnung für den Erfolg des Unternehmens darstellt, der ja durch das Zutun der Arbeitnehmer erwirtschaftet wurde. Auch haben Arbeitnehmer durch Beteiligungen mehr Anteil am Wohlstand und profitieren stärker vom Wirtschaftswachstum, als allein durch den regulären Arbeitslohn. Die Mitarbeiterbeteiligung kann aus personalpolitischer Sicht auch die Attraktivität des Unternehmens für qualifizierte Mitarbeiter steigern und dem Unternehmen somit einen Wettbewerbsvorteil auf dem Arbeitsmarkt liefern.

1.2. Ziel der Arbeit

1.2.1. Ausgangslage

Im Gesetz gibt es nur wenige arbeitsrechtliche Regelungen zu Erfolgsbeteiligungen. Lediglich im Angestelltengesetz und im Arbeitsverfassungsgesetz finden sich vereinzelte Gesetzesbestimmungen.

Im Arbeitsverfassungsgesetz findet man in § 96 Regelungen über leistungsbezogene Entgelte. Die Norm enthält jene Maßnahmen, deren Einführung zwingend der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen, wie beispielsweise Akkord-, Stück- und Gedinglöhne, akkordähnliche und sonstigen leistungsbezogene Prämien und Entgelte (§ 96 Abs 1 Z 4 ArbVG). In § 97 ArbVG sind jene Materien geregelt über die fakultative Betriebsvereinbarungen geschlossen werden können, wie beispielsweise Systeme der Gewinnbeteiligung (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG). Auf diese Bestimmungen soll im Lauf der Arbeit noch genauer eingegangen werden.

Das Angestelltengesetz enthält in seinem § 14 Regelungen über die Gewinnbeteiligung, die bestimmen, dass wenn das Entgelt ganz oder zum Teil in einem Anteil am Gewinn aus allen oder bestimmten Geschäften besteht oder dass, wenn der Gewinn in anderer Art für die Höhe des Entgelts maßgebend sein soll, mangels Vereinbarung die Abrechnung für das abgelaufene Geschäftsjahr aufgrund der Bilanz

stattfindet. Soweit es zur Prüfung der Richtigkeit der Abrechnung erforderlich ist, kann der Angestellte Einsicht in die Bücher verlangen. Bei strikter Interpretation ergibt sich dabei, dass das Gehalt im Falle einer Gewinnbeteiligung als Jahresentgelt ausbezahlt werden kann, denn erst wenn die Bilanzen vorliegen, ist es möglich das Entgelt des Arbeitnehmers zu ermitteln. In der Praxis greift hier jedoch regelmäßig ein Kollektivvertrag einschränkend ein, der in der Regel Mindestlöhne und Bestimmungen über die Auszahlung und Fälligkeit enthält.

Im Angestelltengesetz finden sich auch Regelungen über die Provision (§§ 10 ff). Dieses Rechtsinstitut wird relativ genau geregelt, wobei die meisten diesbezüglichen Bestimmungen des AngG dispositiven Charakter haben. So wird beispielsweise geregelt, dass mangels anderer Vereinbarung eine ortsübliche Provision gebührt und wann der Anspruch auf Provision entsteht (§ 10 AngG). Auch gibt es nähere Regelungen darüber, ob dem Angestellten die Provision auch für jene Geschäfte zusteht, die mit ihm zugewiesenen Kunden abgeschlossen werden und über die Folgen des Ausbleibens eines vermittelten Geschäfts infolge des Verhaltens des Dienstgebers (§ 11 AngG). Festgelegt wird auch, dass dem Angestellten eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er vom Dienstgeber vertragswidrig gehindert wird Provisionen im vereinbarten oder zu erwartenden Umfang zu verdienen (§ 12 AngG).

Viel mehr arbeitsrechtliche gesetzliche Bestimmungen über erfolgsabhängige Entgelte sind jedoch nicht zu finden.⁶ So sind andere Formen der Erfolgsbeteiligung im Arbeitsrecht nicht speziell gesetzlich geregelt. Bei Arbeitnehmern, die nicht in einem Angestelltenverhältnis beschäftigt sind, fallen sogar die gesetzlichen Regelungen zur Gewinnbeteiligung und Provision weg, da auf Arbeitsverhältnisse von Arbeitern das Angestelltengesetz nicht anwendbar ist.

1.2.2. Fragestellungen

Die vorliegende Arbeit soll die sich aufwerfenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit erfolgsabhängigen Entgelten näher beleuchten. Erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Entgeltanspruch nicht immer unmittelbar mit der Leistung des Arbeitnehmers verknüpft ist, sondern auch an, vom Arbeitnehmer nicht bzw. nicht unmittelbar beeinflussbare Messgrößen geknüpft werden kann. Der Dienstvertrag stellt jedoch im Gegensatz zum Werkvertrag nicht darauf ab, dass

⁶ In anderen Bereichen finden sich noch vereinzelt Bestimmungen über die Unternehmensbeteiligung, wie beispielsweise in § 159 Abs 5 AktG.

der Arbeitnehmer einen gewissen Erfolg erbringt, sondern nur darauf dass er seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

In den ersten Kapiteln der Arbeit sollen Erfolgsbeteiligungen zunächst inhaltlich untersucht werden. Es soll vor allem geprüft werden, ob es mit dem Wesen des Arbeitsvertrages, einem Vertragsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer ja nicht die Erbringung eines Erfolges schuldet, überhaupt vereinbar ist den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an einen Erfolg zu knüpfen, oder ob einer derartigen Vereinbarung arbeitsrechtliche Grundsätze entgegen stehen. Dabei wird auch auf den Kern des Dienstvertrages und die Abgrenzung des Dienstvertrages zu anderen Rechtsgeschäften eingegangen.

Weiters soll untersucht werden, ob einer Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte Grenzen gesetzt sind, und welchen Schranken derartige Vereinbarungen aufgrund von allgemein rechtlichen und speziell arbeitsrechtlichen Normen und Grundsätzen unterliegen. Daraus soll geschlossen werden, welche speziellen Aspekte und Besonderheiten bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte zu beachten sind.

In den anschließenden Kapiteln wird auf die formellen Aspekte der Vereinbarungsmöglichkeiten erfolgsabhängiger Entgelte eingegangen. Dazu wird zunächst dargestellt welche Arten von erfolgsabhängigen Entgelten es gibt, und eine Kategorisierung der in Judikatur und Literatur zu diesem Thema verwendeten Begriffe vorgenommen. Anschließend wird untersucht welche gesetzlichen Vorgaben es im Kollektivvertrags- und Betriebsvereinbarungsrecht hinsichtlich erfolgsabhängiger Entgelte gibt, und auf welcher Ebene (kollektivrechtlich oder einzelvertraglich) die verschiedenen Arten erfolgsabhängiger Entgelte vereinbart werden können.

2. Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen

In vielen Gesetzen sind Regelungen über den Arbeitsvertrag und das Arbeitsverhältnis enthalten. Eine explizite Definition was das Wesen des Arbeitsverhältnisses ausmacht ist jedoch nirgends zu finden. Das einzige Gesetz, das eine Abgrenzung des Dienstvertrages vornimmt ist das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Nachdem in der Stammfassung des ABGB der Dienst- und der Werkvertrag noch gemeinsam als Lohnvertrag geregelt waren, wurde 1916 mit der III. Teilnovelle eine inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsvertrages und eine klare Abgrenzung zum Werkvertrag eingefügt (§ 1151 ABGB).⁷ Das ABGB bestimmt, dass ein Dienstvertrag vorliegt, wenn sich jemand „auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“ (§ 1151 ABGB). Die Redakteure dieser Bestimmung wollten damit jene Faktoren herausstreichen, die den Dienstvertrag abgrenzend zu anderen Vertragstypen charakterisieren, nämlich ein dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die Arbeit unter der Leitung und Verfügung und mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers, die persönliche Arbeitspflicht und der persönliche Anspruch auf die Arbeit, die Haftung des Arbeitnehmers für Diligenz, aber Erfolg und Misserfolg der Arbeit auf Rechnung des Arbeitgebers.⁸ Wesentlich ist also die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens.⁹

Durch Lehre und Rechtsprechung wurde die genaue Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen wie dem Werkvertrag oder dem Gesellschaftsvertrag erarbeitet.

2.1. Abgrenzung des Dienstvertrages

2.1.1. Merkmale eines Dienstvertrag

Der Dienstvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der ein Dauerschuldverhältnis zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber begründet. Der Dienstnehmer verpflichtet sich zur Erbringung von Arbeit bzw. zumindest zur Bereitschaft zur Arbeitsleistung, während

⁷ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 20 mwN.

⁸ 78 Blg HH 21. Sess 206 f.

⁹ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 22.

der Dienstgeber sich regelmäßig zur Zahlung von Entgelt verpflichtet. Die Entgeltlichkeit ist zwar kein zwingendes Merkmal des Dienstvertrages, zumal in § 1152 ABGB auch die Möglichkeit eines unentgeltlichen Dienstvertrages vorgesehen ist, sie wird aber im heutigen Arbeitsleben in der Regel vereinbart. Auch sehen zwingende Rechtsvorschriften wie Kollektivvertrag oder Satzung oft Mindestlöhne vor, die nicht unterschritten werden dürfen, und auch durch Vereinbarung nicht unterschritten werden können. § 1152 ABGB bestimmt auch, dass wenn nichts anderes vereinbart wurde, ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt, woraus abgeleitet werden kann, dass im Zweifel Entgeltlichkeit eines Dienstvertrages vorliegt.¹⁰

Zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragstypen wurden von Lehre und Judikatur mehrere Merkmale herausgearbeitet. Diese Merkmale müssen jedoch nicht alle kumulativ vorliegen. Im Rahmen eines beweglichen Systems kann vielmehr das Überwiegen eines Merkmales das Fehlen eines anderen Merkmales kompensieren. Beim Arbeitsvertrag und damit einhergehend beim Arbeitnehmerbegriff ist also von einem „Typusbegriff“ auszugehen.¹¹ Die wichtigsten Merkmale, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen, sind das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses und die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

2.1.1.1. Dauerschuldverhältnis

Der Arbeitsvertrag begründet ein Dauerschuldverhältnis, bei dem der Arbeitnehmer nicht einen bestimmten Erfolg sondern das Zurverfügungstellen seiner Arbeitsleistung, also das Bemühen, schuldet. Der Arbeitsvertrag endet daher auch nicht mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolges bzw. einer Erfüllungshandlung, wie zum Beispiel der Erreichung eines Gewinnes, sondern bedarf eines gesonderten Rechtsaktes der Vertragsparteien (es sei denn es wurde bereits bei Vertragsabschluss eine Befristung vereinbart).

2.1.1.2. Persönliche Abhängigkeit

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ist durch mehrere Aspekte gekennzeichnet, die je nach Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses mehr oder weniger stark vorliegen. Die persönliche Abhängigkeit wird von *Pfeil* als Ausschaltung der

¹⁰ *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 98.

¹¹ *Pfeil* in *Schwimmann*, ABGB³ V, § 1151 Rz 14.

Bestimmungsfreiheit des Dienstnehmers in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten umschrieben.¹² Auch die Elemente, die die persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers ausmachen, müssen nicht kumulativ vorliegen. Da von einem Typusbegriff auszugehen ist, liegt persönliche Abhängigkeit bereits vor, wenn die Indizien, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen, nach den tatsächlichen Gegebenheiten überwiegen.¹³

Wesentliche Merkmale für die Verrichtung der Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zum Dienstgeber sind die Einordnung des Arbeitnehmers in betriebliche Organisationsregelungen sowie die diesbezügliche Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers. Charakteristisch für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist somit die Einbindung des Arbeitnehmers in die organisatorische und hierarchische Struktur des Betriebes (Arbeitszeiten, Schichtpläne, Arbeitsort, Produktionsabläufe, etc.).¹⁴ Neben der sachlichen Weisungsgebundenheit, der beispielsweise auch ein Werkunternehmer unterliegt, unterliegt der Arbeitnehmer zusätzlich auch einer persönlichen Weisungsgebundenheit. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer Weisungen hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit, einer bestimmten Art der Verrichtung der Arbeit bis hin zu Bekleidungs Vorschriften erteilen.¹⁵ Dem Arbeitgeber steht also ein diesbezügliches Gestaltungsrecht zu bzw., wenn das Verhalten schon im Dienstvertrag vereinbart wurde oder bestimmbar ist, ein betreffendes Kontrollrecht. Die Grenzen dieser Weisungsbefugnis finden sich natürlich in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen und den guten Sitten.¹⁶ Bei der persönlichen Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers kommt es nicht darauf an in wie weit der Arbeitgeber davon Gebrauch macht bzw. inwieweit er dazu, z.B. aus fachlicher Sicht, befähigt ist. Je höher die Stellung eines Arbeitnehmers im Betrieb ist oder je größer und exklusiver seine fachlichen Kenntnisse sind, desto größer ist der individuelle Handlungsspielraum und desto weniger wird der Arbeitgeber Weisungen erteilen. Für das Vorliegen einer persönlichen Weisungsunterworfenheit genügt aber bereits „stille Autorität“ des Arbeitgebers. Es ist ausreichend wenn der Arbeitgeber

¹² Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 13.

¹³ Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 14.

¹⁴ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 121 mwV; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen (2001) 14.

¹⁵ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen (2001) 14.

¹⁶ Näher dazu Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 96.

zumindest theoretisch auf Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsverhalten und die Einbindung in betriebliche Organisationsregelungen Einfluss nehmen kann.¹⁷

Ein weiteres Indiz für das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers ist das fehlende Eigentum an den Produktionsmitteln bzw. das Arbeiten mit Produktionsmitteln des Dienstgebers. Dies wird in der Literatur und Judikatur teilweise auch als wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers bezeichnet, zum Teil aber auch unter die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers subsumiert.¹⁸ Die Pflicht des zur Leistung Verpflichteten teilweise Arbeitsgeräte beizustellen oder das Recht oder die Pflicht seinerseits Hilfskräfte zu beschäftigen, schließt das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht unbedingt aus. Werden hingegen alle Arbeitsgeräte vom Leistungserbringer bereitgestellt, ist dies ein starkes Indiz gegen das Vorliegen eines Dienstvertrages.¹⁹ Stellt hingegen der Leistungsempfänger alle Arbeitsgeräte zur Verfügung ist dies in der Regel ein starkes Merkmal für das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit und somit eines Arbeitsvertrages.²⁰

2.1.1.3. Persönliche Arbeitspflicht

Das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers wird wesentlich auch durch persönliche Arbeitspflicht indiziert. § 1153 ABGB bestimmt zwar, dass der Dienstnehmer die Dienste in eigener Person zu leisten hat, wenn sich aus dem Dienstvertrag oder aus den Umständen nichts anderes ergibt. Diese scheinbare grundsätzliche Zulässigkeit einer Vertretung des Dienstnehmers ist jedoch einschränkend zu interpretieren. *Strasser* fasst die von Literatur und Rechtsprechung entwickelte Interpretation folgendermaßen zusammen: „Diese Verpflichtung bedeutet lediglich, dass eine im Vertrag vorgesehene Berechtigung des DN, sich fallweise vertreten zu lassen, dem Vertrag noch nicht den Charakter eines abhängigen Arbeitsvertrages nimmt, somit das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit nicht beseitigt. Lediglich, wenn im Vertrag ganz allgemein die Vertretung für zulässig erklärt wird, liegt nach dieser herrschend gewordenen Ansicht kein Arbeitsvertrag mehr vor.“²¹

¹⁷ *Pfeil* in *Schwimmann*, ABGB³ V, § 1151 Rz 13; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 122.

¹⁸ Vgl. *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 122 mwV.

¹⁹ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 122; *Pfeil* in *Schwimmann*, ABGB³ V, § 1151 Rz 16.

²⁰ *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 100 mwN.

²¹ *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 97.

Die Vereinbarung einer Vertretungsmöglichkeit in Ausnahmefällen schadet also nicht dem Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit, solange keine generelle Vertretungsmöglichkeit vereinbart wird. Auch nimmt die vereinbarte Beziehung eines Dritten zur Durchführung der Arbeit dem Vertrag nicht zwangsläufig den Charakter eines Dienstvertrages.²² Kann der Leistungserbringer hingegen die übernommene Arbeit nach seiner Wahl auch durch andere durchführen lassen, liegt kein Dienstvertrag vor.²³

2.1.2. Merkmale eines freien Dienstvertrages

Der Vertragsgegenstand eines freien Dienstvertrages ist ebenfalls eine Dienstleistung. Auf den freien Dienstvertrag sind die Bestimmungen des 26. Hauptstücks des ABGB nicht unmittelbar anwendbar. Der freie Dienstvertrag wird als Innominatvertrag angesehen, auf den die dienstvertraglichen Normen des ABGB und die arbeitsvertraglichen Normen des sonstigen gesetzlichen Arbeitsvertragsrechts uU analog anzuwenden sind.²⁴

Vom Dienstvertrag unterscheidet sich dieser Vertragstyp vor allem durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten bzw. dadurch, dass die Merkmale derselben nur schwach ausgeprägt sind. Der freie Dienstnehmer erbringt seine Arbeitsleistung also in persönlicher Selbstständigkeit, dh er kann nach dem Inhalt des Vertrages den Ablauf der Arbeit selbst regeln und jederzeit abändern. Der freie Dienstnehmer ist also nicht an fixe Arbeitszeiten oder einen bestimmten Arbeitsort gebunden und kann sich bei der Dienstleistung vertreten lassen.²⁵ Hinsichtlich der persönlichen Selbstständigkeit weist der freie Dienstnehmer also Ähnlichkeiten mit dem Werkunternehmer auf. Im Gegensatz zum Werkunternehmer schuldet der freie Dienstnehmer aus dem Vertrag allerdings keinen Erfolg, sondern das Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft.

²² Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 15.

²³ OGH 6.4.1954, 4 Ob 5/54, Arb 5957 = SozM IA/c, 57 = DRdA 1954/18; OGH 3.7.1957, 4 Ob 18/57, Arb 6689 = SozM IC, 238; OGH 13.7.1976, 4 Ob 58/76, Arb 9491; OGH 13.1.1988, 14 Ob A 46/87, Arb 10.697 = ZAS 1988/11 = ARD 3973/10/88; OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, JBl 1998, 194 = Arb 11.625 = RdW 1999, 39.

²⁴ Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 94.

²⁵ Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 30; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 125.

2.1.3. Merkmale eines Werkvertrages und dessen Abgrenzung zum Dienstvertrag

Der Werkvertrag zeichnet sich gegenüber dem Dienstvertrag dadurch aus, dass der Werkunternehmer das Werk oder einen bestimmten Erfolg schuldet und nicht wie der Dienstnehmer nur bloßes Bemühen. Der Werkvertrag stellt also auf das Ergebnis der Arbeit ab, während der Dienstvertrag nicht durch das Erbringen eines bestimmten Arbeitserfolges charakterisiert wird.²⁶

Der Werkvertrag ist daher typischerweise ein Zielschuldverhältnis, das mit der Erbringung des Erfolges bzw. Fertigstellung des Werkes erfüllt ist. Während beim Arbeitsvertrag das Entgelt bereits für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gebührt, hat der Werkunternehmer erst mit Fertigstellung des Werkes Anspruch auf Entlohnung.²⁷ Möglich sind allerdings auch beim Werkvertrag Dauerschuldverhältnisse, aus denen dann einzelne Werke geschuldet werden, wie z.B. Wartungsverträge, Reinigungsverträge oder Werbeverträge.²⁸

Beim Werkvertrag wird die Arbeitsleistung, im Gegensatz zum Dienstvertrag, in persönlicher Selbstständigkeit erbracht. Indizien für das Vorliegen eines Werkvertrages sind daher das Fehlen einer persönlichen Arbeitspflicht, das Arbeiten nach eigenem Plan und mit eigenen Mitteln, die Möglichkeit der Verwendung von Gehilfen und Substituten, das Fehlen einer Einordnung in eine fremde Unternehmensorganisation, kein dauerndes Verpflichtungsverhältnis und das Fehlen einer persönlichen Weisungsunterworfenheit. Auch treffen den Werkunternehmer Gewährleistungspflichten für die richtige Ausführung der Leistung.

Der Werkvertrag charakterisiert sich aber vor allem dadurch, dass der Werkunternehmer das Unternehmerrisiko trägt. Beim Dienstvertrag hingegen trägt der Dienstgeber das Unternehmerrisiko, welches auch nicht dem Dienstnehmer aufgebürdet werden darf.²⁹

Während für das Vorliegen eines Dienstvertrages die Entgeltlichkeit kein entscheidendes Merkmal ist, sind Werkverträge notwendigerweise entgeltlich.³⁰ Gemäß

²⁶ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 124; Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 35 mwV; Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V, § 1165 Rz 2.

²⁷ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 35.

²⁸ Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V, § 1165 Rz 5.

²⁹ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 124.

³⁰ Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V, § 1165 Rz 4; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 98.

§ 1152 ABGB gilt, wenn nichts anderes vereinbart wurde, ein angemessenes Entgelt als bedungen. Der Werkunternehmer hat aber nur bei Vollendung des Werks bzw. Erbringung des Erfolges Anspruch auf das Entgelt und nicht, wie der Dienstnehmer, schon aufgrund seiner Arbeitsleistung. Erfolgt die Erbringung eines Erfolges unentgeltlich, so sind auf dieses Schuldverhältnis die Regeln über den Auftrag anzuwenden.³¹

Die Abgrenzung des Werkvertrages vom Dienstvertrag ist nicht immer einfach. Maßgebend dafür ist vor allem die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit und weniger was die Vertragsparteien wollten bzw. wie der Vertrag bezeichnet wurde.³² Liegen sowohl Indizien vor, die für einen Dienstvertrag sprechen, als auch solche, die einen Werkvertrag vermuten lassen, so entscheidet das Überwiegen.³³

2.1.4. Merkmale einer stillen Gesellschaft

Die stille Gesellschaft wird in § 179 UGB geregelt als Beteiligung des stillen Gesellschafters an einem Unternehmen, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage die in das Vermögen des Inhabers des Unternehmens übergeht. Aus den im Betrieb geschlossenen Geschäften wird alleine der Inhaber des Unternehmens berechtigt und verpflichtet. Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft und vermittelt weder ein Recht zur Vertretung nach außen noch ein Mitwirkungsrecht an der Geschäftsführung.

Als Einlage des stillen Gesellschafters können Geld oder Sachwerte, immaterielle Güter oder auch Dienstleistungen eingebracht werden.³⁴ Eine stille Gesellschaft wird durch Gesellschaftsvertrag begründet, wobei keine Formvorschriften bestehen. Auch stillschweigende Abschlüsse eines Gesellschaftsvertrages sind möglich.³⁵ Die Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters kann im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, die Gewinnbeteiligung hingegen nicht (§ 181 Abs 2 UGB).

Die stille Gesellschaft bietet als Modell der Mitarbeiterbeteiligung einige Vorteile. Die zum Großteil abdingbaren gesetzlichen Regelungen zur stillen Gesellschaft erlauben die Ausgestaltung der Beteiligung nach den Umständen des Einzelfalles auszurichten. Da die stille Gesellschaft eine reine Innengesellschaft ist, existiert auch keine eigene Firma. Auch bestehen keine Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag. Es kommt somit zu

³¹ *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB³ V, § 1165 Rz 4.

³² *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB³ V, § 1165 Rz 25.

³³ OGH 17.12.1957, 4 Ob 87/57, Arb 6786 = SozM IA/e, 271; *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB³ V, § 1151 Rz 36.

³⁴ OGH 27.6.1969, 4 Ob 43/44/69, Arb 8630; OGH ZAS 1970, 17 (*Kastner*).

³⁵ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 166.

keiner Eintragung in das Firmenbuch.³⁶ Für den Gewinn- und Verlustanteil des stillen Gesellschafters ist der Jahresabschluss ausschlaggebend. Sofern ein Gewinn also nicht aufgrund des Geschäftsbetriebes eingetreten ist, sondern aufgrund anderer Wertsteigerungen, nimmt der Stille nicht daran teil (es sei denn es wurde eine andere atypische Vereinbarung getroffen). Unterbewertungen oder die Bildung anderer stiller Rücklagen, die sich nicht aus der Anwendung der gesetzlichen Bewertungsvorschriften ergeben, schmälern im Jahr der Vornahme nicht den Gewinnanteil des Stillen.³⁷ Da bei der stillen Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen entsteht, trifft den stillen Gesellschafter auch keine Haftung für Verbindlichkeiten des Geschäftsinhabers. Wenn die Verlustbeteiligung nicht ausgeschlossen wird, ist das Risiko des Stillen mit der Höhe seiner Einlage begrenzt.³⁸

In der Form der atypischen (unechten) stillen Gesellschaft ist es auch möglich, dass der Stille an der Geschäftsführung beteiligt wird. Eine atypische stille Gesellschaft liegt vor, „wenn vertraglich einzelne Elemente der echten stillen Gesellschaft grundlegend verändert werden, ohne daß das Wesen der stillen Gesellschaft (insbesondere ihr Charakter als reine Innengesellschaft) verlassen wird“³⁹. Für die atypische stille Gesellschaft ist neben der Befugnis zur Geschäftsführung auch eine Beteiligung am Vermögen des Unternehmens charakteristisch, die den Stillen so stellt, als wäre er am Unternehmen als Eigentümer beteiligt.⁴⁰

2.2. Einordnung erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen

In Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen finden sich häufig Elemente verschiedener Vertragstypen. Wird der Entgeltanspruch für die Erbringung einer Dienstleistung an das Erreichen eines bestimmten Erfolges geknüpft, werden beispielsweise Elemente des Arbeitsvertrages und des Werkvertrages oder Gesellschaftsvertrages miteinander verknüpft. Bei einer Mischung von Elementen verschiedener Vertragsarten, kann die Frage nach dem auf das Schuldverhältnis

³⁶ Farny, Die echte stille Gesellschaft als ideale Form der Mitarbeiterbeteiligung? in Hofmann/Kraus/Leitsmüller/Naderer, Arbeitnehmer als Eigentümer (1993) 107.

³⁷ Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 170.

³⁸ Haslinger, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 135.

³⁹ Farny, Die echte stille Gesellschaft als ideale Form der Mitarbeiterbeteiligung? in Hofmann/Kraus/Leitsmüller/Naderer, Arbeitnehmer als Eigentümer (1993) 109.

⁴⁰ Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 175.

anwendbaren Recht grundsätzlich nach drei Modellen gelöst werden – Verdrängung, Kombination oder Ergänzung.⁴¹

Bei der Verdrängung wird die gesamte Vertragsbeziehung rechtlich einheitlich nach den Regeln eines Vertrages bewertet. Der Vertrag ist also entweder zur Gänze als Dienstvertrag oder zur Gänze als andersartiger Vertrag zu qualifizieren. Im Falle der Kombination wird jedes einzelne Element nach den Regeln jenes Vertragstypen beurteilt, dem es sich am Besten zuordnen lässt. Bei der Ergänzung hingegen wird das gesamte Vertragsverhältnis nach seinen charakteristischen Zügen einem Vertragstyp grundsätzlich zugeordnet, aber durch die hilfsweise Verwendung der Regelungen des anderen Vertragstyps angereichert.⁴²

2.2.1. Vorliegen von Elementen des Dienstvertrages und Gesellschaftsvertrages

Bei einem Vertragsverhältnis in dem jemand bewertbare Arbeitsleistungen gegen eine Beteiligung am Gewinn erbringt, kann also ein Dienstverhältnis mit Gewinnbeteiligung vorliegen oder eine stille Gesellschaft, bei der die Einlage die Arbeitsleistung ist. Die Abgrenzung bzw. Einordnung eines derartigen Verhältnisses ist äußerst schwierig. Bei den Rechnungslegungspflichten bzw. Auskunftspflichten des Unternehmers sind keine signifikanten Unterschiede zwischen stillem Gesellschafter und Dienstnehmer vorhanden. Die Informations- und Kontrollrechte des stillen Gesellschafters reichen qualitativ nicht weiter als die des gewinnbeteiligten Arbeitnehmers.⁴³

Ein Gesellschaftsverhältnis ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn die Möglichkeit der Kooperation, dh Gleichordnung mit anderen Gesellschaftern, gegeben ist. Eine wesentliche Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung, ausschließliche Entlohnung aus dem Gewinn und eine Verlustbeteiligung sprechen daher eher für ein Gesellschaftsverhältnis als ein Arbeitsverhältnis. Wird bei einer zwar formal bestehenden echten stillen Gesellschaft als ausschließliche Einlage die Arbeitskraft erbracht, und kann der die Arbeit Leistende nicht über den Einsatz seiner Arbeitskraft mitbestimmen, sondern

⁴¹ Tomandl in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 210 f.

⁴² Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 109; Tomandl in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 210.

⁴³ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 133 f.

wird diese fremdbestimmt eingesetzt, ist wohl eher von einem verdeckten Dienstverhältnis auszugehen.⁴⁴

Das Zusammentreffen von Elementen des Arbeitsvertrages und des Gesellschaftsvertrages ist unterschiedlich zu bewerten. Für die Beantwortung der Frage, ob jemand gleichzeitig Gesellschafter und Dienstnehmer der Gesellschaft sein kann, kommt es darauf an, inwieweit demjenigen Mitwirkungsbefugnisse zukommen. Es kommt daher zu folgender Lösung: „Wer kraft Gesellschafterstellung die Ausübung der Dienstgeberfunktionen mitregeln kann, ist nicht persönlich abhängig und kann daher auch nicht Dienstnehmer der Gesellschaft sein, wem diese Möglichkeit kraft Gesellschafterstellung nicht zukommt, kann dagegen Dienstnehmer der Gesellschaft sein.“⁴⁵ Bei einem Mehrheitsgesellschafter oder jenem Gesellschafter, dem satzungsgemäß eine Sperrminorität zusteht, werden die Bestimmungen des Arbeitsrechts daher durch das Gesellschaftsrecht verdrängt. Bei den übrigen Gesellschaftern kommt je nach Vertragsgestaltung Kombination oder Ergänzung zur Anwendung.⁴⁶

Es ist also möglich, dass ein Arbeitnehmer, der keine Dienstgeberfunktionen hat, als stiller Gesellschafter am Erfolg des Unternehmens beteiligt ist. Bei einer derartigen Verknüpfung des Entgeltanspruches mit einem Erfolg bleibt das Arbeitsverhältnis aufrecht. Ob der Arbeitnehmer als stiller Gesellschafter am Gewinn beteiligt wurde, oder ob ein „normaler“ Arbeitsvertrag mit erfolgsabhängiger Beteiligung vorliegt, hängt vom Parteiwillen ab. Als Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages kann sicherlich angesehen werden, wenn dem Leistungserbringer monatlich ein bestimmtes Fixum zusteht, und die Beteiligung am Gewinn nur ein über dieses Fixum hinausgehender Betrag ist.

2.2.2. Vorliegen von Elementen des Dienstvertrages und Werkvertrages

2.2.2.1. Dienstvertrag

Bei einer Mischung von Dienstvertrag und Werkvertrag kommt Verdrängung zur Anwendung, da es nicht möglich ist, dass jemand in einem Rechtsverhältnis gleichzeitig

⁴⁴ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 127 ff; *Farny*, Die echte stille Gesellschaft als ideale Form der Mitarbeiterbeteiligung? in *Hofmann/Kraus/Leitsmüller/Naderer*, Arbeitnehmer als Eigentümer (1993) 110.

⁴⁵ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 138.

⁴⁶ *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 210.

abhängig und unabhängig ist.⁴⁷ Auch die Einordnung in Dienstvertrag oder freien Dienstvertrag findet nach dem Prinzip der Verdrängung statt. Eine Mischform zwischen diesen Vertragstypen ist daher nicht möglich.⁴⁸ Wird nun also der Entgeltanspruch für die Erbringung einer Dienstleistung an das Erreichen eines bestimmten Erfolges geknüpft, ist dieses Vertragsverhältnis zur Gänze einem der genannten Vertragstypen zu unterwerfen.

Für die Beantwortung der Frage ob die Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Entgeltes in einem Dienstvertrag möglich ist bzw. ob bei einer derartigen Vereinbarung noch ein Dienstvertrag vorliegt, ist grundsätzlich zu sagen, dass es für die Qualifikation eines Vertrages als Dienstverhältnis nicht auf die Art der Entlohnung ankommt, da Dienstverhältnisse ja auch unentgeltlich vereinbart werden können.⁴⁹ Auch die Abhängigkeit des Entgelts von der Leistung bzw. dem individuellen Erfolg des Dienstnehmers schadet der Qualifikation als Dienstvertrag nicht, da derartige Entlohnungsvarianten sogar gesetzlich vorgesehen sind (Akkordlohn, Provisionen).

Für die Frage, welches Vertragsverhältnis vorliegt, kommt es vielmehr darauf an, ob die Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt, und zu welcher Leistung sich der Leistungserbringer im Vertrag verpflichtet hat (Erbringung eines Erfolges oder Zurverfügungstellung der Arbeitskraft).

Ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses bei Verträgen in denen das Entgelt vom Erreichen eines bestimmten Erfolges abhängig gemacht wurde ist, ob der Leistungserbringer in persönlicher Abhängigkeit tätig wird. Erbringt der Leistungserbringer die Leistung in persönlicher Abhängigkeit und persönlicher Weisungsgebundenheit zum Leistungsempfänger, liegt jedenfalls ein Dienstverhältnis vor.⁵⁰ Wurde der Entgeltanspruch dabei von einem bestimmten Erfolg abhängig gemacht, so ist dies als eine besondere Art der Entgeltermittlung für die Arbeitsleistung anzusehen. Wurde hingegen der Erfolg als Vertragsinhalt vereinbart und wird der Arbeitnehmer nicht in persönlicher Abhängigkeit tätig, so liegt ein Werkvertrag vor.

2.2.2.2. Freier Dienstvertrag

Die Abgrenzung eines Dienstvertrages zum Werkvertrag ist relativ einfach, da auf das Element der persönlichen Abhängigkeit abgestellt werden kann. Da die

⁴⁷ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 109.

⁴⁸ Tomandl in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁵(2004) 210.

⁴⁹ Pfeil in Schwimann, ABGB³ V, § 1151 Rz 21.

⁵⁰ Vgl. Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 70.

Dienstleistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit beim freien Dienstvertrag jedoch nur marginal oder gar nicht vorliegt, kann dieses Indiz für eine Abgrenzung des freien Dienstvertrages vom Werkvertrag nicht herangezogen werden. Für die Abgrenzung zwischen freiem Dienstvertrag und Werkvertrag ist vielmehr entscheidend, ob Vertragsinhalt die Erbringung eines Werkes, respektive die Herbeiführung eines Erfolges oder die Erbringung von Arbeitsleistung ist. Wurde im Vertrag vereinbart, dass der Leistungserbringer in persönlicher Selbstständigkeit Dienstleistungen gegen erfolgsbezogenes Entgelt schuldet, so wurde damit noch nicht ein bestimmter Arbeitserfolg vereinbart. Es liegt vielmehr ein freier Dienstvertrag mit einer bestimmten Art der Entgeltermittlung vor.⁵¹ Allein aus der Vereinbarung dass ein Entgeltanspruch erst vorliegt, wenn ein bestimmter Erfolg eingetreten ist, kann noch nicht auf die Qualifikation als Werk- oder Dienstvertrag geschlossen werden. Für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses ist vielmehr entscheidend, ob der Erfolg geschuldet wird, oder ob er lediglich die Bedingung für den Eintritt des Entgeltanspruches ist.

Für die Qualifikation eines Vertrages, in dem der Entgeltanspruch erfolgsabhängig ausgestaltet ist, als Werkvertrag ist somit entscheidend, dass Schuldinhalt des Leistungserbringers die Herbeiführung eines Erfolges bzw. Erstellung eines Werkes ist. Ein Indiz gegen die Vereinbarung eines bestimmten Erfolges und somit eines Werkvertrages liegt vor, wenn dem Leistungserbringer als Basis ein vom Erfolg unabhängiges Fixum zusteht und nur der darüber hinausgehende Entgeltanspruch an das Vorliegen eines Erfolges geknüpft ist.

Ob nun von den Parteien die tatsächliche Erbringung eines Erfolges zum Vertragsgegenstand gemacht wurde, kann bei Unklarheit dadurch überprüfen, wem nach dem Willen der Parteien wirtschaftlich und vor allem rechtlich der Eintritt des Erfolges zugerechnet werden soll bzw. wer in diesem Ausmaß das Ausbleiben des Erfolges vertreten soll. Alleine das Abstellen auf die Zurechnung des wirtschaftlichen Erfolges oder Misserfolges ist nicht Ziel führend. Einerseits führt dies bei einer Vereinbarung, bei der das Entgelt beispielsweise an den Erfolg einer bestimmten Umsatzerreichung des Unternehmens anknüpft zu keinem Ergebnis, da dieser Misserfolg sowohl den Unternehmer, dem der Umsatz ausbleibt, als auch den Leistungserbringer, dem kein Anspruch auf Entgelt zusteht, trifft. Andererseits zielt das Arbeitsrecht ja gerade darauf ab die Übermacht des Arbeitgebers zu beschränken und den meist schwächeren

⁵¹ *Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 98.

Arbeitnehmer zu schützen. Würde nun bei der Qualifikation eines Vertrages als Dienstverhältnis alleine auf die Tragung des wirtschaftlichen Risikos abgestellt, ginge der Schutz des Arbeitsrechts gerade bei jenen Arbeitnehmern verloren, die sich nicht wirksam gegen die Aufbürdung des wirtschaftlichen Risikos wehren konnten.⁵² Die Zurechnung des wirtschaftlichen Risikos bzw. Erfolges kann aber als Indiz für die Einordnung des Vertrages herangezogen werden.

Es ist daher vor allem darauf abzustellen wer nach dem Vertrag rechtlich das unternehmerische Risiko tragen soll bzw. wem rechtlich der wirtschaftliche Erfolg zugeteilt werden soll. Wurde im Vertrag vereinbart, dass der Anspruch des Dienstleistungserbringers auf Entgelt davon abhängt, ob das Unternehmen einen bestimmten Gewinn macht, oder der Umsatz der Abteilung einen bestimmten Betrag ausmacht, oder die Höhe des Entgelts abhängig vom erreichten Gewinn oder Umsatz ist, so soll der wirtschaftliche Erfolg des erreichten Umsatzes oder Gewinnes dennoch rechtlich dem Unternehmer zufallen. Der Anspruch des Dienstleistungserbringers auf das Entgelt bemisst sich lediglich an der Erreichung bzw. der Höhe des erreichten Erfolges, der Erfolg selbst ist ihm rechtlich jedoch nicht zuzurechnen.

Weiters kann darauf abgestellt werden wem nach dem Willen der Vertragsparteien das Ausbleiben des vereinbarten Erfolges zugerechnet werden soll. So entfällt zwar der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers bei Ausbleiben des Erfolges, da er jedoch die Herbeiführung des Erfolges nicht geschuldet hat, hat der Arbeitnehmer das Ausbleiben des Erfolges auch nicht rechtlich zu verantworten. Einem Werkunternehmer drohen bei Nichterreichung des Erfolges Nichterfüllungsansprüche bzw. Gewährleistungsansprüche des Vertragspartners. Während der Werkunternehmer im Falle der Nichterfüllung des Vertrages, dh bei Ausbleiben des Erfolges, dafür rechtlich einstehen muss, trifft diese Konsequenz den Arbeitnehmer nicht. Ist das Ausbleiben des vereinbarten Erfolges also rechtlich dem Leistungserbringer zuzurechnen, ist vom Vorliegen eines Werkvertrages auszugehen. Treffen den Leistungserbringer bei Ausbleiben des Erfolges hingegen keine rechtlichen Konsequenzen, ist dies ein Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages.

Dieses Argument der Verantwortlichkeit des Leistungserbringers für das Ausbleiben des Erfolges kann jedoch auch nur hilfsweise herangezogen werden, und nicht als allein gültiges Merkmal für das Vorliegen eines Werkvertrages dienen. Durch die Vereinbarung einer derartigen Verantwortlichkeit darf nämlich der Arbeitnehmerschutz

⁵² Vgl. *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 45.

nicht unterlaufen werden. In einem Dienstvertrag ist die Vereinbarung eines Erfolges inklusive Gewährleistung für den Fall der Schlecht- oder Nichterfüllung nicht zulässig. Im Falle der Vereinbarung einer solchen Klausel stellt sich daher die Frage ob die Klausel unzulässig ist, weil ein Dienstvertrag vorliegt oder ob gar kein Dienstvertrag vorliegt weil diese Klausel vereinbart wurde. Diese Frage kann erst geklärt werden, wenn die Einordnung des Vertrages als Dienst- oder Werkvertrag erfolgt ist. Allein aufgrund der Vereinbarung der rechtlichen Verantwortlichkeit für die Erbringung eines Erfolges kann diese Einordnung allerdings nicht stattfinden. Die Vereinbarung kann jedoch als Indiz für die Einordnung des Vertrages dienen.

Aufgrund einer solchen Vereinbarung könnte zwar auch auf den Parteiwillen abgestellt werden, dieser ist für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag aber nicht ausschlaggebend. Auch wenn sich nämlich der Parteiwille auf den Abschluss eines Werkvertrages richtet, der Leistungserbringer aber eindeutig Dienstnehmereigenschaften aufweist, liegt trotz gegenteiligem Parteiwillen ein Dienstvertrag vor.

Bei der Abgrenzung des freien Dienstvertrages vom Werkvertrag, kann daher darauf abgestellt werden, wem nach dem Willen der Parteien rechtlich der Eintritt oder das Ausbleiben des Erfolges zuzurechnen ist. Ein Vertragsverhältnis, bei dem vereinbart wurde, dass der Erbringer einer Dienstleistung abhängig vom Erfolg des Unternehmens (Gewinn, Umsatz, etc.) einen Anspruch auf Entgelt hat, oder dass die Höhe des Entgelts vom Erreichen des Erfolges abhängig ist, wird in der Regel nicht darauf abzielen die Erbringung des Erfolges zum Vertragsinhalt zu machen. Vielmehr schuldet der Verpflichtete aus dem Vertragsverhältnis die Erbringung einer Dienstleistung. Der Eintritt und das Ausbleiben des Erfolges werden nach dem Willen der Parteien in der Regel dem Unternehmer zuzurechnen und das Ausbleiben vom Leistungserbringer rechtlich nicht zu verantworten sein.⁵³ Die Erreichung des Erfolges stellt lediglich eine Bedingung für den Anspruch auf Entgelt bzw. für die Höhe des Entgeltes dar. Ein derartiges Vertragsverhältnis ist daher als freier Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag zu qualifizieren.

Als weiteres sehr hilfreiches Abgrenzungskriterium führt *Tomandl*⁵⁴ ein die Leistungspflicht konkretisierendes Gestaltungsrecht an. Die Abgrenzung erfolgt dabei

⁵³ Hier ist davon auszugehen, dass der Leistungserbringer die Leistung vertragskonform erbringt. Verletzungen der Arbeitspflicht, die zu rechtlichen Konsequenzen für den Dienstnehmer führen können bleiben außer Betracht.

⁵⁴ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 119 ff.

danach ob schon bei Vertragsabschluss feststeht, welche konkreten Leistungen der Verpflichtete zu erbringen hat oder, ob die Leistungen nur gattungsmäßig umschrieben sind und der Besteller im Einzelfall die Leistungen innerhalb des gattungsmäßig umschriebenen Rahmens konkretisieren kann. Wurde dem Besteller ein derartiges Gestaltungsrecht eingeräumt, so liegt ein freier Dienstvertrag vor, während dem Werkvertrag ein solches Gestaltungsrecht fremd ist.

Die Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Entgeltanspruches in einem Dienstvertrag oder freiem Dienstvertrag ist also möglich, ohne dass dadurch die Qualität des Vertrages als Arbeitsvertrag berührt wird. Dem Arbeitnehmer darf jedoch nicht das wirtschaftliche Risiko aufgebürdet werden. Beim Werkvertrag wird der Erfolg zum Schuldinhalt des Werkunternehmers gemacht, wobei dieser den Vertrag erst erfüllt, wenn er den Erfolg erbracht hat. Diese Konstruktion ist im Dienstvertrag nicht möglich. Im Dienstvertrag kann nicht wirksam vereinbart werden, dass der Erfolg vom Dienstnehmer geschuldet wird. Es ist jedoch möglich zu vereinbaren, dass die Erreichung eines Erfolges einen Bezugspunkt für die Entgeltberechnung darstellt. Die Zulässigkeit einer derartigen Verknüpfung des Entgeltanspruches mit der Erreichung eines Erfolges im Dienstvertrag ist auch aus den wenigen gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgsabhängigen Entgelten abzulesen. Ausdrücklich gesetzlich geregelt ist die Möglichkeit der Bindung des Entgelts an die Erreichung bestimmter Leistungen bzw. bestimmter Erfolge (Provision, Akkordlohn, Gewinnbeteiligung). Es ist daher davon auszugehen, dass auch andere Messgrößen, wie beispielsweise Umsatz oder Wertzuwachs, als Bezugspunkte für erfolgsabhängige Entgelte zulässig sind.

Nachdem nun eine Abgrenzung des Dienstvertrages nach außen – also hinsichtlich anderer Vertragstypen vorgenommen wurde, soll nun das „Innere“, also der Kern des Dienstvertrages näher beleuchtet werden. Dabei soll auch darauf eingegangen werden, welchen inhaltlichen, sich aus dem Wesen des Dienstvertrages ergebenden, Schranken bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte zu beachten sind.

3. Wesen des Arbeitsvertrages

Im Folgenden wird untersucht, was genau die Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers beinhaltet und was bzw. wann der Arbeitgeber im Gegenzug dafür leisten muss. Der Inhalt der Leistungsverpflichtung des Dienstnehmers aufgrund des Arbeitsvertrages ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, sondern wurde durch Judikatur und Lehre herausgearbeitet.

Wie in jedem Vertragsverhältnis gibt es auch im Dienstvertrag neben den Hauptleistungspflichten so genannte Nebenpflichten, die grosso modo unter der Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zusammengefasst werden. Auf diese soll jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen werden. Vielmehr liegt der Schwerpunkt der folgenden Untersuchungen auf den Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien um somit den Kern des Arbeitsvertrages zu beleuchten.

3.1. Synallagma des Dienstvertrages

Das Arbeitsverhältnis ist ein privatrechtliches Schuldverhältnis, das durch den Arbeitsvertrag begründet wird. Im Schuldrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie der Parteien. Als privatrechtlicher Vertrag kann daher grundsätzlich auch der Arbeitsvertrag von den Parteien frei gestaltet werden. Aufgrund der speziellen Situation des Arbeitsverhältnisses, insbesondere der persönlichen Unterordnung des Arbeitnehmers und dem dadurch nötigen Schutz dieser Vertragspartei, wurden der Arbeitsvertrag jedoch zu einem erheblichen Teil der privatautonomen Gestaltung entzogen und der Vertragsfreiheit diverse Schranken gesetzt.

Wie bei den meisten Schuldverhältnissen herrscht auch im Arbeitsvertrag in der Regel ein Synallagma, das heißt die Forderung der Vertragsparteien wird um der jeweils anderen willen begründet. Die Hauptleistungspflicht des Dienstnehmers ist somit in der Regel synallagmatisch mit derjenigen des Dienstgebers verknüpft, mit der Konsequenz, dass ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, und grundsätzlich Störungen auf der einen Seite auch die Leistungspflicht der anderen Seite beeinflussen.⁵⁵ Zunächst soll daher untersucht werden welche Leistungen beim Dienstvertrag in diesem synallagmatischen Verhältnis stehen.

⁵⁵ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 3 f.

3.2. Leistungspflicht des Dienstnehmers

3.2.1. Individuelle Leistungsfähigkeit

Als erstes soll darauf eingegangen werden, wie die Leistungsverpflichtung des Dienstnehmers aus dem Arbeitsvertrag aussieht, um anschließend die Hauptleistungspflicht des Dienstgebers näher zu beleuchten. Denn nur wenn der Dienstnehmer die ihn aus dem Arbeitsvertrag treffende Leistungspflicht vollständig erfüllt, hat er aufgrund des Synallagmas, Anspruch auf die vollständige Gegenleistung des Arbeitgebers. Erbringt der Dienstnehmer seine Leistung nicht vollständig, stellt sich die Frage, inwieweit dann auch die Leistung des Dienstgebers ausbleiben kann. Dies ist insbesondere in Hinblick auf das System erfolgsabhängiger Entgelte interessant.

Der Arbeitnehmer ist aus dem Arbeitsvertrag verpflichtet dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft während eines vereinbarten Zeitraumes zur Verfügung zu stellen und sie nach den Weisungen des Arbeitgebers vertragsgemäß einzusetzen. Dabei hat der Arbeitnehmer seine Vertragspflicht zunächst bereits erfüllt, wenn er seine Arbeitskraft vertragsgemäß anbietet. Nimmt der Arbeitgeber die angebotene Arbeitskraft nicht an, hat der Dienstnehmer allein mit dem Angebot der Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft seine Vertragspflicht erfüllt, und hat Anspruch auf die vertraglichen Gegenleistungen. Nimmt der Arbeitgeber hingegen die angebotene Arbeitskraft an, kann er diese im Rahmen des vertraglich Zulässigen durch Weisungen lenken. In diesem Fall tritt auf Seiten des Arbeitnehmers Erfüllung erst durch die tatsächliche vertragsgemäße Arbeitsleistung ein.⁵⁶

Die Arbeitspflicht ist somit eine teilbare Gattungsschuld, die der Arbeitgeber zu konkretisieren berechtigt ist. Die Grundlage und gleichzeitig auch die äußerste Grenze der Leistungsverpflichtung und der Konkretisierungsmöglichkeit ist grundsätzlich der Arbeitsvertrag.⁵⁷

Die Art und der Umfang der Arbeitspflicht ergeben sich somit grundsätzlich aus dem Vertrag, wobei mangels vertraglicher Festlegung den Umständen nach angemessene bzw. durch den Ortsgebrauch bestimmte Dienste zu leisten sind (§ 1153 ABGB, § 6 AngG). Nach Meinung des OGH ist dabei für die Beurteilung des Umfanges der Arbeitspflicht primär der Arbeitsvertrag und subsidiär der Ortsgebrauch maßgeblich.

⁵⁶ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 96 f; Brodil, Die Pflichten des Dienstnehmers aus dem Dienstvertrag, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (2006) 18/2.

⁵⁷ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 97; Brodil, Die Pflichten des Dienstnehmers aus dem Dienstvertrag, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (2006) 18/2.

Schon die Materialien zu § 1153 ABGB legten fest, dass „Art und Umfang der Dienstleistungspflicht (...) in erster Linie die ausdrückliche oder ‚stillschweigende‘ Vereinbarung“⁵⁸ bestimmt.

Bei der Beurteilung des Arbeitsumfanges muss vom Wesen des Arbeitsvertrages ausgegangen werden. Ein wesentliches Merkmal des Arbeitsvertrages ist dabei die persönliche Erbringung der Arbeitsleistung. Während es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung als eine in sich geschlossene Einheit ankommt, ist für den Arbeitsvertrag die Verfügung des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers innerhalb eines bestimmten Zeitraumes wesentlich, ohne dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers durch einen bestimmten Arbeitserfolg charakterisiert ist.⁵⁹ Der Arbeitnehmer schuldet daher aus dem Arbeitsvertrag auch nicht einen bestimmten Erfolg, vielmehr steht der Zeitlohn mit der Arbeitszeit, und nicht mit dem Quantum der konkreten Arbeitsverrichtungen in einem synallagmatischen Zusammenhang.⁶⁰

Weitere Anhaltspunkte für den Umfang der Arbeitspflicht bietet auch der Wortlaut des § 1153 ABGB. Dieser bestimmt, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung grundsätzlich „in eigener Person“ zu leisten hat, und wenn hinsichtlich Art und Umfang nichts vereinbart wurde, „den Umständen nach angemessene Dienste“ zu leisten sind. Zunächst wird also auf die konkrete Person des Arbeitnehmers Bezug genommen und auch noch betont, dass auf die gegebenen Umstände Rücksicht zu nehmen ist. Neben den äußeren Umständen sind dabei auch die in der Person des Arbeitnehmers gelegenen Umstände zu beachten. Der Leistungsmaßstab für die Arbeitspflicht des Dienstnehmers richtet sich daher individuell nach der Person des einzelnen Arbeitnehmers.⁶¹ Der Arbeitnehmer schuldet daher aus dem Arbeitsvertrag nach einem subjektiven Maßstab nur Arbeitsleistung in jenem Umfang, der sich aus seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten ohne Schädigung seiner Gesundheit, aus seinem individuellen Leistungsvermögen und unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Gegebenheiten (Ortsgebrauch) ergibt.⁶²

Hinsichtlich der Arbeitsqualität schuldet der Arbeitnehmer mangels Vereinbarung sorgfältige Arbeitsleistung, wobei sich der Sorgfaltsmaßstab nach der Verkehrsübung

⁵⁸ 78 Blg HH 21. Sess 211.

⁵⁹ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebrenyak*).

⁶⁰ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebrenyak*) mit Bezug auf *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 93 ff.

⁶¹ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebrenyak*); *Schrammel*, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 987.

⁶² *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 393.

richtet. Den Arbeitnehmer trifft daher nur eine Sorgfalts- und keine Leistungsverbindlichkeit.⁶³

3.2.2. Clausula rebus sic stantibus

Die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Arbeitsverpflichtung ist aber mit Abschluss des Vertrages nicht ein für alle mal starr festgeschrieben. Vielmehr kann sich im Laufe der Abwicklung des Vertragsverhältnisses die sich aus dem Vertrag ergebende Arbeitspflicht auch verändern und anpassen.

Im Gesetz ist festgeschrieben, dass der Arbeitnehmer „den Umständen nach angemessene Dienste“ zu leisten hat (§ 1153 ABGB). Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass mit diesen „Umständen“ nicht die für die Auslegung der stillschweigenden Vereinbarung maßgebenden Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gemeint sind, sondern Umstände, die sich erst später, während der Vollziehung des Arbeitsvertrages, ergeben. Dies kann auch bedeuten, dass dem Dienstnehmer bei besonderen Umständen und je nach der Art des Dienstverhältnisses selbst andere oder Mehrleistungen gegenüber der im Vertrag bedungenen zugemutet werden dürfen (wobei aber keine formelle Pflicht zur Mehrarbeit besteht). Der Arbeitsvertrag ist nicht „stricti iuris“ sondern „ex fide bona“ auszulegen (auch zum Schutz des Dienstnehmers vor Ausbeutung).⁶⁴ Der Gesetzgeber ist also von einer dynamischen Auffassung der Arbeitspflicht ausgegangen, wonach deren Inhalt selbst bei ausdrücklicher vertraglicher Fixierung nicht ein für allemal starr festliegt. Der Arbeitsvertrag unterliegt somit einer speziellen arbeitsrechtlichen „clausula rebus sic stantibus“, die auf Anpassung des Vertrages gerichtet ist, und deren Anwendung nicht ausgeschlossen ist, wenn sich die Umstände in der eigenen Sphäre ereignen.⁶⁵ Diese Umstandsklausel bezieht sich sowohl auf Umfang, als auch auf Inhalt und sonstige Umstände der Arbeitspflicht. Der Arbeitnehmerschutz darf dabei jedoch nicht beseitigt werden. Auch kann die Elastizität der Arbeitspflicht nicht so weit gehen, dass der Vertrag letztlich einen Inhalt erhält, den die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei Kenntnis der später eintretenden Umstände erkennbar nicht in dieser Weise geschlossen hätten.⁶⁶

⁶³ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 103.

⁶⁴ 78 Blg HH 21. Sess 212.

⁶⁵ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 98; Brodil, Die Pflichten des Dienstnehmers aus dem Dienstvertrag, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (2006) 19; Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 987.

⁶⁶ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 99; Brodil, Die Pflichten des Dienstnehmers aus dem Dienstvertrag, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht (2006) 20.

3.2.3. Vereinbarung einer Mindestleistung oder Mindesterfolges

Mit der Struktur des Arbeitsvertrages eigentlich unvereinbar ist die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Arbeitsmenge oder Arbeitsqualität, da der Arbeitnehmer ja grundsätzlich nur das Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft schuldet. In einer der „Zahntechniker-Entscheidungen“ wurde dies auch vom OGH aufgegriffen, und festgehalten, dass ein Mindesterfolg, der in einer Dienstanweisung vorgeschrieben wird, die nicht auf das individuelle Leistungsvermögen des Arbeitnehmers Rücksicht nimmt, für den Arbeitnehmer nicht verbindlich ist. Die Vereinbarung eines objektiven Mindesterfolges, der nicht auf die individuellen Fähigkeiten abstellt, ist im Arbeitsvertrag also nicht zulässig. Der Arbeitnehmer schuldet eine auf Zeit abgestellte, seinem individuellen Leistungsvermögen und den betrieblichen Gegebenheiten (Ortsgebrauch) angemessene Arbeitsleistung, nicht aber einen bestimmten Arbeitserfolg.⁶⁷

Csebrenyak führt dazu aus: „Eine vertraglich fixierte Verpflichtung zur Erbringung einer objektiv bestimmbaren Minimalleistung und damit zur Erzielung eines bestimmten Arbeitserfolges würde dem Zweck des Arbeitsvertrages als Vertrag über die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft (und nicht über die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges) widersprechen und kann folglich nur Inhalt eines Werkvertrages, nicht hingegen eines Arbeitsvertrages sein.“⁶⁸ Diese Schlussfolgerung sieht *Csebrenyak* als relativ zwingende Beschränkung der Vertragsfreiheit an, die den Schutz des Arbeitnehmers vor Benachteiligung sicherstellt, bei der eine Besserstellung des Arbeitnehmers aber weiterhin möglich ist. Selbst bei Vereinbarung erfolgsabhängiger Bestimmungen im Arbeitsvertrag schuldet der Arbeitnehmer aber nicht die Einhaltung eines bestimmten Arbeitstempos oder einer Mindestleistung, wenn dies über seine individuellen Möglichkeiten hinausginge. Der Arbeitnehmer schuldet vielmehr nur das „subjektive Bemühen eine seinem individuellen Leistungsvermögen entsprechende Arbeitsleistung zu erbringen.“⁶⁹

Aus der oben beschriebenen Umstandsklausel und daraus, dass sich der Umfang der Arbeitspflicht nach dem individuellen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers richtet,

⁶⁷ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebrenyak*).

⁶⁸ *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 393.

⁶⁹ *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 393.

ergibt sich auch, dass der Arbeitnehmer keine Pflichtverletzung begeht, wenn er mangels Leistungsfähigkeit nicht die objektive Normalleistung erbringt.⁷⁰

Schrammel sieht eine Vereinbarung einer Mindestarbeitsmenge jedoch solange als zulässig an, solange die geforderte Mindestarbeitsmenge den individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers entspricht, die er aufgrund des Vertrages bereitzustellen hat.⁷¹ Dies kann auch aus den Ausführungen des OGH über einen Umkehrschluss abgeleitet werden.⁷²

In einer anderen Entscheidung über das Dienstverhältnis von Zahntechnikern⁷³ betont der OGH hinsichtlich der Abgrenzung des Dienstvertrages zum Werkvertrag ausdrücklich, dass der Arbeitnehmer eine auf Zeit abgestellt Arbeitsleistung und nicht einen bestimmten Erfolg seiner Arbeitsleistung schuldet. Der Umfang seiner Leistungsverpflichtung bestimmt sich nicht nach einem vorgegebenen quantitativen „Soll“. Die Zeit und nicht die Menge ist laut Höchstgericht das Maß der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung, da der Arbeitnehmer "ein Wirken" aber kein "Werk" schuldet. Der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geschuldete Zeitlohn steht daher mit der Arbeitszeit und nicht mit dem Quantum der konkreten Arbeitsverrichtungen in einem synallagmatischen Zusammenhang. Im Gegensatz zum Werkunternehmer befindet sich der Arbeitnehmer in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber, und hat dessen Weisungen in Bezug auf die Arbeit Folge zu leisten. Dies setzt aber voraus, dass Dienste und kein Werk geschuldet werden. Der OGH führt aus, dass wer ein Werk, also den Erfolg der Arbeit, schuldet, die Art und Weise, wie dieser Erfolg zustande kommen soll, im allgemeinen selbst zu bestimmen haben muss, weil er andernfalls eine Gewähr für dessen Herbeiführung nicht übernehmen kann. Der Umstand, dass auch bei Akkordentlohnung eine Normalleistung zugrunde gelegt wird, spricht nicht dafür, diesen bloß lohnrechtlichen Bezugspunkt auch für den Inhalt der Arbeitspflicht zu übernehmen.

Richtigerweise orientiert sich die Arbeitspflicht des Dienstnehmers an seinen individuellen Fähigkeiten. Dies gilt jedoch auch hinsichtlich der zu erbringenden Mindestarbeitsleistung. Die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers begrenzen nicht nur seine Arbeitspflicht in dem Sinne, dass der Arbeitnehmer nicht mehr, als nach den

⁷⁰ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 98 f.

⁷¹ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 103.

⁷² OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebreňnyak*).

⁷³ OGH 19.6.1991, 9 Ob A 77/91.

subjektiven Umständen möglich ist, leisten muss. Vielmehr ist der Arbeitnehmer auch verpflichtet, seine geistigen und körperlichen Fähigkeiten aufzubieten und die Arbeit so zu leisten, wie er sie ohne Schädigung seiner Gesundheit auf Dauer nach seinem individuellen Leistungsvermögen unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Gegebenheiten erbringen kann. Erbringt der Arbeitnehmer die ihm individuell zumutbare Leistung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht, hält er sie also zurück, dann ist dies als Arbeitsverweigerung zu qualifizieren.⁷⁴ Die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers legen somit auch den Mindeststandard fest, den der Arbeitnehmer aufbringen muss.

3.2.4. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Arbeitnehmer in einem Arbeitsvertrag nicht zur Erbringung eines objektiven Erfolges verpflichtet werden kann. Dies ist unbestritten mit dem Wesen des Arbeitsvertrages unvereinbar. Die Verpflichtung zur Erbringung eines Erfolges nach objektiven Kriterien kann wirksam nur in einem Werkvertrag vereinbart werden. Wie oben ausführlich dargelegt, richtet sich die Arbeitspflicht nach den individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Vom Arbeitgeber kann einerseits nicht mehr verlangt werden, als der Arbeitnehmer individuell unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und seiner Gesundheit leisten kann. Andererseits ist der Arbeitnehmer aber auch verpflichtet so viel zu leisten, wie er unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und seiner Gesundheit zu leisten im Stande ist. Die Vereinbarung einer Mindestarbeitsmenge bzw. eines Erfolges ist daher dann zulässig, wenn auf die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Bedacht genommen wird und diese Vereinbarung somit eine subjektiv bestimmbare Minimalleistung darstellt.⁷⁵

Bei erfolgsabhängigen Entgelten ist jedoch dem OGH folgend⁷⁶ danach zu unterscheiden, was Inhalt der Leistungspflicht des Dienstgebers ist, und was lohnrechtliche Bezugspunkte sind. Auch bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte schuldet der Arbeitnehmer nicht die Erbringung des Erfolges, sondern eine Dienstleistung nach seinen individuellen Fähigkeiten. Der Erfolg ist lediglich Bezugspunkt für die

⁷⁴ OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389 (*Csebrenyak*); OGH 19.6.1991, 9 Ob A 77/91; *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 102 und die dort zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts.

⁷⁵ Vgl. *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 103 bzw. den Umkehrschluss aus den Überlegungen von *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 393.

⁷⁶ OGH 19.6.1991, 9 Ob A 77/91.

Entgeltberechnung, aber nicht Inhalt der Arbeitspflicht.⁷⁷ Erbringt der Arbeitnehmer den Erfolg nicht, begeht er dadurch keine Vertragsverletzung.

Da also bei erfolgsabhängigen Entgelten nicht die Erbringung des Erfolges zum Leistungsinhalt des Dienstvertrages gemacht wird, sondern der Erfolg nur einen Bezugspunkt für die Lohnberechnung darstellt, sind derartige Entgeltformen auch im Arbeitsvertrag zulässig. Dies zeigt sich auch daran, dass gewisse erfolgsbezogene Entgelte, wie der Akkordlohn, die Provision oder die Gewinnbeteiligung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren haben.

Die Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten im Dienstvertrag ist jedoch nicht schrankenlos möglich. Um diese Grenzen, in denen die Verknüpfung des Entgeltanspruches mit einem Erfolg möglich ist, herauszuarbeiten, wird zunächst die Hauptleistungspflicht des Dienstgebers näher beleuchtet.

3.3. Leistungspflicht des Dienstgebers

Dem Arbeitsvertrag liegt in der Regel ein Synallagma der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien zugrunde. Eine Vertragspartei erbringt demnach ihre Leistung, damit auch die andere Partei ihre Leistung erbringt. Nachdem nun festgestellt wurde, dass die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers in der Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten besteht, soll nun die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers näher untersucht werden

3.3.1. (Un-) Entgeltlichkeit

3.3.1.1. Regelung des § 1152 ABGB

Denkt man an einen regulären Arbeitsvertrag so erhält der Dienstnehmer als Austausch für seine Leistung ein Entgelt, das in aller Regel in Geld besteht. Doch muss ein Arbeitsvertrag nicht notwendigerweise entgeltlich sein. So sieht schon das Gesetz in § 1152 ABGB vor, dass ein angemessenes Entgelt nur als bedungen gilt, wenn nicht ein bestimmtes Entgelt oder gar Unentgeltlichkeit im Vertrag vereinbart wurde. Die Möglichkeit der Unentgeltlichkeit des Dienstvertrages wurde also vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen.

⁷⁷ Vgl. *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 105.

Schon aus der Formulierung des § 1152 ABGB ergibt sich jedoch, dass der Dienstvertrag im Zweifel entgeltlich sein soll. Eine vom Dienstgeber behauptete Unentgeltlichkeit muss von diesem daher auch bewiesen werden. Bei übermäßiger Inanspruchnahme einer Arbeitskraft kann nach der Verkehrssitte auch niemand damit rechnen, dass die Arbeitsleistung unentgeltlich erfolgt oder sie bereits durch Kost und Quartier abgegolten ist.⁷⁸

Zur weiteren Auslegung des § 1152 ABGB hat der OGH klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen nicht vermutet wird, sondern erwiesenermaßen vereinbart sein muss. Die Anwendung des § 1152 ABGB mit der Rechtsfolge des Anspruches auf angemessenes Entgelt wird bereits angenommen, wenn zumindest eine stillschweigende Vereinbarung über die zu leistende Arbeit zustande gekommen ist. Dies wird bereits dann bejaht, wenn die Leistung mit Willen und Wissen des anderen erbracht wird.⁷⁹

Unentgeltlichkeit kann aber auch stillschweigend vereinbart werden. Dies wurde beispielsweise angenommen, wenn mit einem Fußballspieler für die Teilnahme an einem Probispiel nicht ausdrücklich ein Honorar oder Spesenersatz vereinbart wurde.⁸⁰

Hingegen hat ein Ferialpraktikant, mit dem Unentgeltlichkeit der Dienstleistung nicht vereinbart worden war, der aber die Arbeitszeit einzuhalten hatte und auch sonst durch seine Tätigkeit in den Arbeitsprozess des Unternehmens eingegliedert war, Anspruch auf angemessenes Entgelt gemäß § 1152 ABGB.⁸¹

Die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen ist somit grundsätzlich möglich, ist jedoch, vor allem hinsichtlich einer stillschweigenden Vereinbarung, an strenge Vorschriften geknüpft. Da in der heutigen Zeit Arbeitsverträge in der Regel aus wirtschaftlichem Interesse und zur Bestreitung der Lebenskosten eingegangen werden, werden unentgeltliche Arbeitsverträge in der Praxis nicht oft vorkommen, sind aber vorstellbar. Bei unentgeltlichen Dienstverhältnissen fehlt auf Seiten des Dienstnehmers die Erwerbsabsicht. Es können jedoch andere Motive vorliegen, die den Dienstnehmer zu unentgeltlicher Dienstleistung anspornen. Zu denken wäre beispielsweise, dass jemand auf Dauer in persönlicher Abhängigkeit Dienstleistungen aus

⁷⁸ ArbG Murau 27.5.1986, Cr 4/85, JBl 1987, 802.

⁷⁹ OGH 06.10.1970, 4 Ob 77/70, Arb 8817; OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93; vlg. auch *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1152 Rz 22.

⁸⁰ OGH 06.10.1970, 4 Ob 77/70, Arb 8817; *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1152 Rz 23.

⁸¹ KG Wels 19.3.1970, Arb 8740.

karitativen Motiven leistet, oder in Einzelfällen, wie im Fall des Fußballers, zur Demonstration seiner Fähigkeiten.

Ob die Vorschriften des Arbeitsrechts auch auf unentgeltliche Arbeitsverhältnisse anwendbar sind, wurde in der Literatur unterschiedlich beantwortet.⁸² Da die in dieser Arbeit näher zu beleuchtenden Arbeitsverhältnisse aber einen erfolgsabhängigen Entgeltanspruch aufweisen, sind sie als entgeltliche Arbeitsverhältnisse einzustufen. Die Frage der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen auf unentgeltliche Arbeitsverhältnisse wird daher im Folgenden nicht näher behandelt werden.

3.3.1.2. Größenschluss von der Zulässigkeit unentgeltlicher Dienstverhältnisse auf erfolgsabhängige Entlohnung?

Wenn nun klar gesetzlich festgeschrieben ist, dass Arbeitsverträge auch unentgeltlich abgeschlossen werden können, der Arbeitnehmer für seine Leistung also gar keine Gegenleistung erhält, und eine solche Vereinbarung nicht dem im Arbeitsrecht geltenden Schutzprinzip zugunsten des Arbeitnehmers widerspricht, würde der Schluss nahe liegen, dass dann auch erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen zulässig sein müssen, bei denen der gesamte Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an einen bestimmten Erfolg geknüpft wird. Eine erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarung stellt im Verhältnis zu gänzlicher Unentgeltlichkeit ja ein „Mehr“ dar, da der Dienstnehmer dabei, zumindest im Falle des Eintritts des Erfolges, eine Gegenleistung erhält. Ist es daher trotz des im Arbeitsrecht geltenden Schutzes des Arbeitnehmers möglich, dass sich dieser zur Dienstleistung bei gänzlicher Unentgeltlichkeit verpflichten kann, muss es umso mehr möglich sein eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung zu schließen.

Dieser Größenschluss ist jedoch nicht so ohne Weiteres zulässig. Treffend hat nämlich *Tomandl* bemerkt, dass eine gewisse Gefahr bestehen kann, „dass unter dem Druck der Not jemand *unterbezahlte* Arbeit aufnehmen könnte, so ist unter zurechnungsfähigen Menschen ernsthaft kein Fall vorstellbar, wo sich jemand entgegen seiner eigentlichen Absicht, die auf Erwerb gerichtet ist, dazu verstünde, ausdrücklich Unentgeltlichkeit zu vereinbaren.“⁸³

⁸² *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 177 ff; *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 17 ff.

⁸³ *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 177.

Das im Arbeitsrecht geltende Schutzprinzip soll den Arbeitnehmer in einer Verhandlungssituation schützen, in der er dem Arbeitgeber aufgrund der wirtschaftlichen Unterlegenheit ausgeliefert ist, und der Arbeitgeber daher durch Druck auf den Arbeitnehmer für diesen nachteilige Vertragsbedingungen erzwingen könnte. Zweck der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften im Entgeltbereich ist es daher die Arbeitnehmer davor zu schützen, dass sie sich zur Arbeitsleistung für eine zu geringe Gegenleistung verpflichten. Keines Schutzes bedarf hingegen ein Arbeitnehmer, der sich ohne Erwerbsabsicht zu einer unentgeltlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Besteht nämlich auf Seiten des Arbeitnehmers gar keine Erwerbsabsicht, und ist dieser nicht auf das Dienstverhältnis zur Sicherung seiner Existenz angewiesen, befindet er sich nicht in einer im Verhältnis zum Arbeitgeber unterlegenen Verhandlungsposition, und bedarf daher hinsichtlich der Entgeltvereinbarung nicht des Schutzes des Arbeitsrechts.

Bei erfolgsabhängigen Entgeltvereinbarungen hingegen ist, wie in der Regel bei allen entgeltlichen Dienstverträgen⁸⁴, diese ungleiche Verhandlungsposition der Vertragsparteien gegeben. Da ein entgeltlicher Arbeitsvertrag vorliegt, der Arbeitnehmer also in Erwerbsabsicht das Dienstverhältnis eingeht, kann die Gefahr bestehen, dass er aufgrund seiner schlechteren Verhandlungsposition in für ihn ungünstige Bedingungen, wie Unterentlohnung, einwilligt. Gerade hier greift jedoch der arbeitsrechtliche Schutzgedanke.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgangslage hinsichtlich der Erwerbsabsicht und der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, kann von der Zulässigkeit gänzlich unentgeltlicher Arbeitsverhältnisse nicht auf die Zulässigkeit erfolgsabhängiger Arbeitsverhältnisse geschlossen werden. Der zuvor aufgestellte Größenschluss ist daher unzulässig.

3.3.2. Entgeltvereinbarung und ihre Grenzen - Kann Gewinnbeteiligung (Chance) Entgelt sein?

3.3.2.1. Entgeltbegriff

Es ist daher weiters zu prüfen was der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aus dem Dienstvertrag als Hauptleistungspflicht schuldet. Die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers besteht in der Entgeltzahlung.

⁸⁴ Von Sonderfällen in denen der Arbeitnehmer in einer besseren oder gleich guten Verhandlungsposition ist, da der Arbeitgeber auf seine Dienste angewiesen ist, wie beispielsweise Verträge, wo es nur wenige Arbeitnehmer gibt, die für die Stelle in Frage kommen (z.B. Manager, Künstler), wird hier abgesehen.

Unter Entgelt sind im Arbeitsverhältnis jedoch nicht nur die Geldzahlungen zu verstehen, die der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer leistet, sondern auch nicht in regelmäßigem Entgelt bestehende Leistungen. Die allgemeine gesetzliche Definition von Entgelt findet sich in § 917 ABGB, der bestimmt, dass bei einem entgeltlichen Vertrag Sachen oder Handlungen in einem Austauschverhältnis stehen.⁸⁵ Aus einhelliger Lehre und ständiger Judikatur hat sich auch ein spezieller arbeitsrechtlicher Entgeltbegriff herauskristallisiert, demzufolge man unter Entgelt alles das versteht, was der Dienstnehmer für seine Leistungen als Gegenleistung erhält, also sämtliche Leistungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür erhält, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.⁸⁶ Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die tatsächliche Funktion der Dienstgeberleistung für die Überlassung der Arbeitskraft an.⁸⁷ Der Entgeltanspruch bezeichnet somit als allgemeinsten und umfassendsten Ausdruck alle aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Lohnansprüche.⁸⁸

So kann das Entgelt für die Dienstleistung auch in der Eröffnung einer Ausbildungsmöglichkeit oder in der Zulassung zu einer bestimmten Tätigkeit liegen.⁸⁹ Die Ausbildung kann jedoch nicht immer als die Dienstleistung vollständig vergütend angesehen werden. Arbeitet beispielsweise ein Ferialpraktikant wie ein gewöhnlicher Lehrling im Betrieb mit, und wurde nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so hat er Anspruch auf eine kollektivvertragliche Lehrlingsentschädigung. Ist die Ausbildung des Dienstleistenden als Entgelt anzusehen, stellt sich daher die Frage ob dies bereits als angemessenes Entgelt iSd § 1152 ABGB angesehen werden kann, andernfalls hat er noch einen zusätzlichen Entgeltanspruch.⁹⁰

Kein Entgelt ist hingegen der Aufwandsersatz. Darunter ist jene Leistung zu verstehen, die nur dafür erbracht wird, um jene wirtschaftliche Belastung zu mildern, die

⁸⁵ *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 4.

⁸⁶ OGH 13.1.1976, 4 Ob 63/75, Arb 9430 = ZAS 1977, 140 (*Klein*) = JBl 1976, 657 = SozM I E 139; OGH 19.4.1977, 4 Ob 23-61/77, Arb 9579 = DRdA 1978, 252; OGH 12.6.1979, 4 Ob 41/79, Arb 9798 = SozM III E, 487; OGH 10.1.1984, 4 Ob 175/82, Arb 10.308; OGH 29.8.1990, 9 Ob A 204/90, Arb 10.891 = SZ 63/143 = JBl 1991, 200; Arb 11.522; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1152 Rz 9; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 65.

⁸⁷ Arb 11.714; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1152 Rz 9.

⁸⁸ OGH 8.6.1994, 9 Ob A 94/94, Arb 11.205 = infas 1994 A 152; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1152 Rz 9.

⁸⁹ *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 9.

⁹⁰ *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 9.

dem Arbeitnehmer durch die Erbringung seiner Arbeitsleistung erwächst. Dienstleistungen die ausschließlich gegen Aufwandsersatz erbracht werden sind daher unentgeltlich.⁹¹

Es können also diverse, nicht in Geld bestehende, Zuwendungen des Dienstgebers Entgelt für die Arbeitsleistung sein. Entscheidend ist, dass ein Interesse des Dienstnehmers befriedigt wird, wobei dieses nicht unbedingt ein Vermögensinteresse sein muss. Beispiele für nicht in Geld bestehendes Entgelt sind Naturalbezüge, die Beistellung von Arbeitskleidung, deren Reinigung und Instandhaltung⁹², der Abschluss einer Lebensversicherung⁹³, eine Schuldtilgung gegenüber Dritten⁹⁴, die Übereignung einer Liegenschaft⁹⁵, die Dienstwohnung⁹⁶ und die Eröffnung der Möglichkeit Trinkgelder zu bekommen als Erwerbssaussicht⁹⁷.

3.3.2.2. Kann die Chance auf Verdienst Entgelt sein?

Bei einem derart umfassenden Entgeltbegriff stellt sich die Frage ob das Entgelt auch in der Möglichkeit bestehen kann bei Vorliegen eines Ereignisses Geld zu erhalten, oder zumindest die Leistung des Arbeitnehmers teilweise mit dieser Chance vergolten werden kann.

Verträge, die an ungewisse Ereignisse oder den Zufall anknüpfen und mit aleatorischen Elementen verbunden sind, sind generell nicht verboten und werden vom ABGB sogar ausdrücklich geregelt. Als Glücksverträge werden dabei jene Verträge bezeichnet, bei denen die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils versprochen und angenommen wird (§ 1267 ABGB). Beispiele dafür sind die Wette und das Spiel, bei deren Zulässigkeit eine Naturalobligation entsteht. Zu den Glücksverträgen im weiteren Sinn zählen aber auch der Leibrentenvertrag und der Versicherungsvertrag. Vertragsgegenstand der Glücksverträge ist die Übernahme eines Risikos, bei den Glücksverträgen im weiteren Sinn tritt als Vertragszweck auch Versorgung und Risikostreuung hinzu.⁹⁸

⁹¹ *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 8; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 65.

⁹² OGH 2.7.1957, 4 Ob 119/56, Arb 6676 = SozM III E, 177.

⁹³ Arb 4549; Arb 4503.

⁹⁴ OGH 6.9.1955, 4 Ob 66/55, Arb 6295 = SZ 28/192 = JBl 1956, 29.

⁹⁵ OGH 3.5.1960, 4 Ob 50/60, Arb 7225 = SozM IA/c, 97.

⁹⁶ OGH 21.4.1953, 4 Ob 68/53, Arb 5687 = SozM 8B, 31; Arb 4891; OGH 28.2.1961, 4 Ob 7/61, Arb 7335 = SozM IA/e, 427; OGH 5.12.1961, 4 Ob 96/61, Arb 7464 = SozM VIII B, 143 = MietSlg 8596/47; Arb 7509.

⁹⁷ ARD-Index 1891/10, 1909/10, Arb 5452; OGH 6.4.1976, 4 Ob 13/76, Arb 9464.

⁹⁸ *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 269.

Gerade die Übernahme eines Risikos verfolgen unter bestimmten Voraussetzungen aber auch erfolgsabhängige Entgelte. So soll bei erfolgsabhängigen Entgelten der Arbeitnehmer daran partizipieren, wenn es dem Unternehmen wirtschaftlich gut geht und es Erfolge erwirtschaftet. Steckt das Unternehmen jedoch in einer Krise und erntet keine oder geringere Erfolge, so sollen die Arbeitnehmer weniger Lohn akzeptieren, um die wirtschaftliche Schwäche des Unternehmens nicht weiter voranzutreiben – und in extremen Fällen – auch um die Arbeitsplätze zu erhalten. Die Erreichung oder Nichterreichung eines Erfolges ist zwar nicht derart stark, wie bei einer Wette oder einem Spiel vom Zufall abhängig, da meist andere teils sogar beeinflussbare Faktoren für den Erfolg eines Unternehmens ausschlaggebend sind, der Arbeitnehmer würde aber, ähnlich den Glücksverträgen, das Risiko eines geringeren oder gar keiner Gegenleistung auf sich nehmen, da er auch die Chance hat in „guten Zeiten“ einen großen Vorteil zu erhalten. Auch die Chance auf Geldleistung bei Eintritt des vereinbarten Erfolges ist als Entgelt für die Arbeitsleistung anzusehen.

Bei den Glücksverträgen ist jedoch eine sehr große Vertragsfreiheit und Privatautonomie der Vertragsparteien anzunehmen, bei der sogar die sonst gültige allgemeine Schranke der *laesio enormis* *expressis verbis* ausgeschlossen ist (§ 1268 ABGB), da Risiken charakteristisch für den Glücksvertrag sind und von den Parteien bewusst übernommen werden.⁹⁹ Diese generelle Vertragsfreiheit herrscht im Arbeitsrecht nicht.

Der Arbeitsvertrag ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer sich im Rahmen seiner Vertragsleistung, mehr als bei allen anderen Verträgen, in persönliche Abhängigkeit begibt und sich dem Arbeitgeber unterordnet. Auch ist im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer in der Regel eine stärkere Verhandlungsposition des Arbeitgebers gegeben, der der Arbeitnehmer ausgeliefert ist. Aus diesen Gründen bedarf der Arbeitnehmer im Rahmen der Vertragsgestaltung eines gewissen Schutzes. Diese sich aus der persönlichen, und damit auch oft verbundenen wirtschaftlichen Abhängigkeit ergebende Schutzbedürftigkeit hat bewirkt dass zum Schutz des Arbeitnehmers die Vertragsfreiheit der Parteien sehr oft eingeschränkt und durch zwingende Bestimmungen begrenzt ist.¹⁰⁰ Diese Grenzen, die das Arbeitsrecht vor allem zum Schutz des Arbeitnehmers aufstellt, sollen im Folgenden untersucht werden, um zu

⁹⁹ Welser in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 271.

¹⁰⁰ Vgl. *Spielbüchler/Grillberber* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 63 f.

prüfen, ob der gesamte Lohnanspruch in einer Erfolgsbeteiligung bestehen kann oder ob dem Arbeitnehmer jedenfalls ein gewisser Mindestlohn zusteht.

3.3.3. Mindestentgelt – Sittenwidrigkeit – Lohnwucher

3.3.3.1. Gesetzliche Vorschriften und Privatautonomie

In den arbeitsrechtlichen Vorschriften ist kein dem Arbeitnehmer zustehendes Mindestentgelt vorgeschrieben. Die Regelung in § 1152 ABGB sieht nur ganz allgemein vor, dass dem Arbeitnehmer im Zweifel, dh wenn nicht ein bestimmtes Entgelt oder gar Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, ein angemessenes Entgelt zusteht. Ein Anspruch auf ein bestimmtes Mindestentgelt lässt sich aus dieser Bestimmung aber nicht ableiten.¹⁰¹ Der OGH hat dazu näher ausgeführt: „Haben die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung über die Höhe des Entgelts getroffen, dann sind sie an diese Abrede auch dann gebunden, wenn das solcherart vereinbarte Entgelt nicht angemessen im Sinne des § 1152 ABGB sein sollte. (...) Besteht keine lohngestaltende Vorschrift, (...) dann ist nahezu jede Einzelvereinbarung zulässig, daher auch eine unangemessene Lohnvereinbarung.“¹⁰²

Somit unterliegt die Vereinbarung der Entgelthöhe grundsätzlich der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien. Allerdings können aufgrund eines Kollektivvertrages, einer Satzung oder eines Mindestlohntarifes dieser Vertragsfreiheit Grenzen zum Schutze des Arbeitnehmers gesetzt sein, indem in diesen Bestimmungen ein relativ zwingender Mindestlohn vorgeschrieben wurde. Außerdem gelten auch im Arbeitsrecht die allgemeinen vertragsrechtlichen Schranken der Sittenwidrigkeit und des Wuchers – in diesem Fall des Lohnwuchers – sowie der *laesio enormis*.

3.3.3.2. Kollektivrechtliche Mindestlohnvorschriften

Ist auf das Arbeitsverhältnis ein Kollektivvertrag, eine Satzung oder ein Mindestlohntarif anzuwenden, darf das in diesen Bestimmungen vorgesehene Mindestentgelt nicht unterschritten werden. Ist das zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbarte oder das tatsächlich bezahlte Entgelt niedriger als der vorgesehene

¹⁰¹ OGH 7.2.1978, 4 Ob 139/77, Arb 9665.

¹⁰² OGH 4.12.1996, 9 Ob A 2267/96i.

Mindestlohn, so hat der Arbeitnehmer dennoch Anspruch auf das in den anzuwendenden kollektivrechtlichen Normen vorgesehene Mindestentgelt.¹⁰³

Kollektivrechtliche Bestimmungen über Mindestentgelte können somit nicht durch anders lautende einzelvertragliche Vereinbarungen umgangen werden. Das in diesen Bestimmungen vorgesehene Mindestentgelt steht dem Arbeitnehmer jedenfalls zu. Dies gilt auch bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, wie Gewinnbeteiligungen, Akkordlöhnen oder Provisionen.¹⁰⁴ Eine Vereinbarung derzufolge bei Ausbleiben des Erfolges das kollektivrechtlich vorgesehene Mindestentgelt unterschritten würde, ist somit in diesem Bereich ungültig. Dem Arbeitnehmer steht auch bei Ausbleiben des Erfolges das vorgesehene Mindestentgelt zu.

In der heutigen Praxis werden ein Großteil der Arbeitsverhältnisse von Kollektivverträgen, Satzungen oder Mindestlohntarifen erfasst. Bei jenen Arbeitsverträgen, die nicht unter eine dieser kollektivrechtlichen Normen fallen, sind die oben aufgestellten Grundsätze jedoch nicht gültig. Bei diesen Arbeitsverträgen kann die Entgelthöhe somit grundsätzlich frei vereinbart werden und muss auch nicht einmal angemessen sein.¹⁰⁵ Allerdings greift auch bei diesen Arbeitsverhältnissen die allgemeine Schranke der Sittenwidrigkeit.

3.3.3.3. Sittenwidrigkeit - Wucher

Die Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften ist in § 879 ABGB geregelt. Neben der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB enthält die Bestimmung in den Absätzen 2 und 3 auch noch bestimmte Fallgruppen und Spezialfälle der Sittenwidrigkeit, wie beispielsweise vor allem die für die Frage der Entgelthöhe einschlägige Wucherbestimmung (Abs 2 Z 4). Dabei wird neben einer Inäquivalenz der Leistungen auch auf einen Willensbildungsmangel der benachteiligten Partei abgestellt. § 879 Abs 2 Z 4 bestimmt, dass Verträge insbesondere nichtig sind, „wenn jemand den Leichtsinns, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Wert der Leistung in auffallendem Missverhältnis steht.“

¹⁰³ Karner, Die Pflichten des Dienstgebers aus dem Arbeitsvertrag in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (2006) 11.

¹⁰⁴ Vgl. Karner, Die Pflichten des Dienstgebers aus dem Arbeitsvertrag in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (2006) 28 und 33.

¹⁰⁵ OGH 4.12.1996, 9 Ob A 2267/96i.

Zum Wucher bedarf es daher neben der Ausbeutung auch eines der aufgezählten subjektiven Elemente, wobei die Elemente der Willensbildungsstörung und der Äquivalenzstörung zueinander in kombinatorischer Wechselbeziehung stehen. „Je gravierender die Willensbildungsstörungen sind, desto geringere Anforderungen sind an die Äquivalenzstörung zu stellen. Umgekehrt können besonders gröbliche Äquivalenzstörungen schon bei leichteren Willensbildungsstörungen zur Erfüllung des Wuchertatbestandes führen.“¹⁰⁶

Ein besonders auffallendes Missverhältnis liegt dann vor, wenn die Gegenleistung den Wert der Leistung bedeutend übersteigt, ohne dass die Übermäßigkeit durch besondere Umstände des Falles sachlich gerechtfertigt wäre.¹⁰⁷ Unter den subjektiven Elementen ist bei Arbeitsverträgen meist die Zwangslage des Arbeitnehmers einschlägig. Darunter sind Fälle zu verstehen, in denen die besonderen Verhältnisse dem Bewucherten die Wahl lassen, entweder auf die ihm vorgeschlagene drückende Vereinbarung einzugehen, oder einen noch größeren Nachteil zu erleiden. Auch die wirtschaftliche Notlage kann daher eine Zwangslage hervorrufen.¹⁰⁸

Besonders niedrige Löhne (Schund- und Hungerlöhne), deren Höhe in auffallendem Missverhältnis zum Wert der Leistung des Dienstnehmers steht, können daher, wenn ihre Vereinbarung durch Ausbeutung des Leichtsinns, einer Zwangslage, der Unerfahrenheit oder der Verstandesschwäche des Dienstnehmers zustande gekommen sind, als „Lohnwucher“ sittenwidrig sein. Dies gilt natürlich auch bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte. Werden erfolgsabhängige Entgelte, deren Höhe unangemessen niedrig im Vergleich zu Wert der Dienstleistung ist, unter Ausnutzung der genannten subjektiven Elemente vereinbart, sind diese aufgrund des vorliegenden Lohnwuchers nichtig. Als Grenze kann hier von der Hälfte des objektiven Wertes der Dienstleistung ausgegangen werden.¹⁰⁹

Sind nicht alle Tatbestandelemente des Wuchers erfüllt und fehlt beispielsweise das erforderliche subjektive Element, kann Sittenwidrigkeit nach § 897 Abs 1 ABGB vorliegen, wenn zur groben Äquivalenzstörung ein gleichwertiges zusätzliches Element der Sittenwidrigkeit hinzutritt. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Rechtsgeschäftes im Sinne eines beweglichen Systems vorzunehmen. Es ist zu prüfen, ob

¹⁰⁶ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 230.

¹⁰⁷ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 226.

¹⁰⁸ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 218 mwV.

¹⁰⁹ Vgl. *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 19; vgl. auch Kapitel 3.3.3.4. zur *laesio enormis*.

sich aus dem Gesamtbild eine grobe Verletzung rechtliche geschützter Interessen oder ein grobes Missverhältnis der Interessenlagen ergibt.¹¹⁰

3.3.3.4. Laesio enormis

Anhaltspunkte für das dem Arbeitnehmer mindestens zustehende Entgelt bieten auch die Regelungen über die Verkürzung über die Hälfte. Erhält bei zweiseitig verbindlichen Geschäften eine Vertragspartei nicht einmal die Hälfte dessen, was sie der anderen Partei gegeben hat, so kann die verletzte Partei Aufhebung des Vertrages und die Herstellung in den vorigen Stand fordern (§ 934 ABGB).

Die *laesio enormis* knüpft an der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung an, unabhängig von subjektiven Elementen der Vertragsparteien. Obwohl die Ausgestaltung des Vertrages der Parteienautonomie überlassen bleibt, soll bei einem außergewöhnlichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung die Aufhebung des Vertrages möglich sein. Dabei ist die Verkürzung über die Hälfte des Wertes notwendig, dh bei einer Verkürzung bis zur Hälfte des Leistungswertes kommt die *laesio enormis* nicht zur Anwendung.¹¹¹

Die Werte der Leistungen und deren Missverhältnis sind zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses festzustellen. Beruft sich die verkürzte Vertragspartei auf die *laesio enormis*, so hat die andere Vertragspartei die Möglichkeit die Aufhebung des Vertrages dadurch abzuwenden, dass sie der verkürzten Partei die Differenz bis zum gemeinen Wert der Leistung erbringt (§ 934 ABGB). Auf das Rechtsmittel der *laesio enormis* kann im Vorhinein nicht verzichtet werden. Es ist jedoch nicht anzuwenden, wenn bei der verkürzten Partei besondere Vorliebe vorlag, bei Kenntnis des wahren Wertes, wenn ein gemischter entgeltlicher und unentgeltlicher Vertrag geschlossen werden sollte und bei gerichtlicher Versteigerung (§ 935 ABGB).

Die Bestimmung zur *laesio enormis* ist grundsätzlich auch auf Dienstverträge anwendbar.¹¹² Wurde im Vertrag als Entgelt also nicht einmal die Hälfte des „gemeinen Wertes“ der Arbeitsleistung vereinbart, so kann der Arbeitnehmer die Auflösung des Vertrages und Rückabwicklung verlangen. Dem Arbeitnehmer steht dann ein

¹¹⁰ Vgl. unten Kapitel 4.2.3.

¹¹¹ *Welser in Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II*¹³ (2007) 93.

¹¹² *Rebhahn, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf*, FS Schnorr (1988) 242 mit weiteren Verweisen.

bereicherungsrechtlicher Verwendungsanspruch nach § 1341 ABGB zu¹¹³, der sich am angemessenen Entgelt nach § 1152 ABGB orientiert¹¹⁴.

Die *laesio enormis* ist ein dem Arbeitnehmer zustehendes Rechtsmittel. Sie kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn sich der Arbeitnehmer auf sie beruft, und führt nicht wie die Sittenwidrigkeit und insbesondere der Lohnwucher zur automatischen Nichtigkeit der Vereinbarung.

3.3.3.5. Dem Arbeitnehmer jedenfalls zustehender Mindestlohn

Grundsätzlich kann also das Entgelt im Arbeitsvertrag frei vereinbart werden. Eine absolute Untergrenze ziehen jedoch die in kollektivrechtlichen Normen vorgegebenen Mindestlöhne. Wird also eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung im Rahmen eines Dienstvertrages geschlossen, für den ein Kollektivvertrag, eine Satzung oder ein Mindestlohtarif eine Mindestlohnvorschrift vorsieht, darf dieser Mindestlohn auch nicht durch die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte unterschritten werden.

Unterliegt das Dienstverhältnis keiner kollektiven Norm, die einen Mindestlohn vorschreibt, so ziehen hinsichtlich des dem Arbeitnehmer zustehenden Mindestentgelts die Sittenwidrigkeit, insbesondere der Lohnwucher, und die *laesio enormis* die Grenze für die Zulässigkeit von erfolgsabhängigen Entgelten.

Um nicht der Nichtigkeit aufgrund von Sittenwidrigkeit zu verfallen, darf durch eine erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarung kein auffälliges Missverhältnis zwischen Entgelt und Wert der Dienstleistung hervorgerufen werden. Treten aufgrund der Umstände der Vereinbarung noch subjektive Elemente auf Seiten des Dienstnehmers in einer verdünnten Willensfreiheit dazu, sind geringere Anforderungen die Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung zu stellen um die Sittenwidrigkeit zu begründen.

Diese Grenze der Sittenwidrigkeit gilt auch bei jenen Dienstverhältnissen, die aufgrund von Kollektivvertrag, Satzung oder Mindestlohn einem Mindestlohtarif unterliegen. Wird in diesem Fall ein erfolgsabhängiges Entgelt vereinbart, dass zwar über dem vorgeschriebenen Mindestlohn liegt, aber dennoch in einem auffallenden Missverhältnis im Vergleich zum Wert der Leistung steht, und wurde dabei etwa eine

¹¹³ Reischauer in Rummel, ABGB³, § 934 Rz 10.

¹¹⁴ Rummel in Rummel, ABGB³, § 1431 Rz 9 mit weiteren Verweisen.

Zwangslage des Arbeitnehmers ausgenutzt, so ist auch diese Entgeltvereinbarung wegen Lohnwuchers nichtig.

Erhält der Arbeitnehmer weniger als den objektive Wert seiner Arbeitsleistung, so steht ihm auch das Rechtsmittel der *laesio enormis* zur Verfügung. Die Hälfte des objektiven Werts der Arbeitsleistung steckt somit die absolute Untergrenze für das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt ab.

3.4. Zulässigkeit erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarung

Aus dem Wesen des Arbeitsvertrages ergibt sich also dass die Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten grundsätzlich zulässig ist. Die Zulässigkeit erfolgsbezogener Entgelte kann jedoch nicht aus der Zulässigkeit gänzlich unentgeltlicher Arbeitsverhältnisse abgeleitet werden. Die Erbringung eines objektiven Erfolges kann jedoch nicht Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein, da dies dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht.

Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist es auch zulässig eine Mindestarbeitsmenge bzw. einen Mindesterfolg zu vereinbaren, wenn dabei auf die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Bedacht genommen wird.

Bei erfolgsabhängigen Entgeltvereinbarungen wird jedoch der Erfolg nicht als Leistungspflicht des Dienstgebers vereinbart, sondern er ist vielmehr ein lohnrechtlicher Bezugspunkt. Der Dienstnehmer schuldet daher auch bei Erfolgsbeteiligungen nicht die Erbringung eines Erfolges sondern eine Dienstleistung, also das Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft nach seinen individuellen Fähigkeiten.

Die Höhe des dem Arbeitnehmer für seine Dienstleistung zustehenden Entgelts kann grundsätzlich im Rahmen der Privatautonomie frei vereinbart werden, und muss auch nicht unbedingt angemessen sein. Sind auf das Arbeitsverhältnis allerdings kollektivrechtliche Normen anzuwenden, die einen Mindestlohn vorschreiben, so kann dieser durch Parteienvereinbarung nicht unterschritten werden. Bei jenen Arbeitsverhältnissen, die keinen Mindestlohnvorschriften unterliegen sind die allgemeinen Grenzen der Sittenwidrigkeit, insbesondere des Lohnwuchers, und die Regeln über die *laesio enormis* zu beachten, die ein nicht zu unterschreitendes Mindestentgelt vorgeben. Erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen können daher nur für jenen Bereich wirksam

vereinbart werden, der über dem kollektivrechtlichen bzw. dem sich aus den Sittenwidrigkeitsbestimmungen und laesio-enormis-Regeln ergebenden Mindestlohn liegt.

4. Grenzen erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen

Nachdem nun der Inhalt des Dienstvertrages und vor allem die Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien näher untersucht wurden, kann festgehalten werden, dass es grundsätzlich möglich ist erfolgsabhängige Entgelte im Arbeitsvertrag zu vereinbaren. Diese Möglichkeit ist allerdings nicht schrankenlos gegeben. Neben den Beschränkungen die durch etwaige Mindestlohnvorschriften gegeben sind, sind erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen auch noch anderen Schranken unterworfen.

Im Folgenden soll daher auf einige für erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen wesentliche Punkte eingegangen werden. Insbesondere soll dabei auf Problemfelder eingegangen werden, aus denen sich Grenzen der Zulässigkeit erfolgsabhängiger Entgelte ergeben können, und untersucht werden in welchem Fall die Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Entgelts nicht zulässig ist. Da eine alles umfassende Prüfung in dieser Arbeit nicht möglich ist sollen die wesentlichen Bereiche herausgegriffen werden. Diese umfassen die Frage nach der Zulässigkeit einer Bedingung im Arbeitsverhältnis, die Möglichkeit der Überwälzung des Wirtschaftsrisikos, einseitige das Entgelt beeinflussende Gestaltungsrechte, die Anpassung des Entgelts bei Änderung der Umstände, Regelungen zu Erfolgsbeteiligungen in allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsformblätter und gleichheitsrechtliche Fragestellungen.

4.1. Bedingungen im Arbeitsverhältnis

4.1.1. Zulässigkeit einer Bedingung

Bei erfolgsabhängigen Entgelten wird vereinbart, dass der Entgeltanspruch nur entsteht, wenn der vereinbarte Erfolg eintritt, bzw. nur in jener Höhe entsteht, die dem Grad der Erreichung des vereinbarten Erfolges entspricht. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers wird somit an eine Bedingung geknüpft. Gerade der Entgeltanspruch ist für den Arbeitnehmer aber einer der wichtigsten, wenn nicht sogar der wichtigste laufende Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis. Wird nun dieser essentielle Anspruch an eine Bedingung geknüpft, ist zu fragen ob dies dem Schutzzweck des Arbeitsrechtes widerspricht.

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird immer wieder betont, dass der Arbeitsvertrag Bedingungen grundsätzlich eher feindlich gegenübersteht. Der Grund darin liegt eben im Schutzzweck des Arbeitsrechts und darin, dass bei Rechtsgeschäften, die die wirtschaftliche Existenz des Vertragspartners berühren der Bestimmtheitsgrad möglichst hoch gehalten werden soll. Eine Ausnahme bilden Bedingungen, deren Erfüllung ausschließlich vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt.¹¹⁵

Im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsvertrages hat sich *Schrammel*¹¹⁶ ausführlich mit der Zulässigkeit von Resolutivbedingungen im Arbeitsvertrag auseinandergesetzt. Er differenziert danach ob der Zeitpunkt des Bedingungsseintritts und/oder das „Ob“ des Bedingungsseintritts feststehen. Sind beide Punkte ungewiss fehlt dem Arbeitnehmer eine sichere Entscheidungsgrundlage für seine Dispositionen. Ist jedoch der Zeitpunkt fixiert zu dem die Bedingung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eintreten kann, ist die Resolutivbedingung einer Befristungsabrede vergleichbar, bei der die Bedingung das Motiv für die Befristung darstellt. Eine derartige Vereinbarung ist zulässig. Die Vereinbarung einer Resolutivbedingung wirft jedoch Probleme auf, wenn der Eintritt der Bedingung vom Willen einer Partei abhängt. Ist bei einer derartigen Vereinbarung auch der Zeitpunkt des Bedingungsseintrittes unbestimmt, wirkt die Herbeiführung der Bedingung wie die Erklärung einer Entlassung. Diese ist nach arbeitsrechtlichen Vorschriften jedoch nur aus wichtigem Grund zulässig. Die Vereinbarung einer Resolutivbedingung, deren Eintritt vom Willen einer Partei abhängt und bei der der Zeitpunkt des Bedingungsseintrittes unbestimmt ist, ist daher nur zulässig, wenn die Bedingung als für eine Entlassung ausreichender wichtiger Grund zu qualifizieren ist. Dasselbe gilt auch wenn der Eintritt der Bedingung zwar nicht vom Willen einer Partei abhängt aber der Zeitpunkt unbestimmt ist, da auch bei Zufallsbedingungen der Eintritt der Bedingung dieselben Auswirkungen wie eine Entlassung hat. Steht jedoch das „Wann“ des Bedingungsseintrittes fest, können sich die Parteien auf diesen Zeitpunkt einstellen, gleichgültig ob das „Ob“ des Bedingungsseintritts vom Zufall oder dem Willen einer der Parteien abhängt.¹¹⁷ Entscheidend für die Zulässigkeit einer Resolutivbedingung ist daher, dass der Zeitpunkt des Bedingungsseintrittes oder Nichteintrittes feststeht oder, wenn dies nicht der Fall ist, die

¹¹⁵ *Schwarz/Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁷ (1991) § 20 Erl 8; *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 471.

¹¹⁶ *Schrammel*, Resolutivbedingungen im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 221 ff.

¹¹⁷ *Schrammel*, Resolutivbedingungen im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 223.

Bedingung auch einen Entlassungsgrund darstellt. Diesen Ausführungen *Schrammels* hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen.¹¹⁸

Bei allen Arten der Erfolgsbeteiligung ist in der Regel der Zeitpunkt zu dem der Erfolg eintritt oder nicht eintritt vorgegeben. Buchhalterische Kennzahlen werden immer zu einem bestimmten meist regelmäßigem Stichtag errechnet. Bei den Leistungsbeteiligungen im engeren Sinn ist der Eintritt des Erfolges meist sofort absehbar, zumindest aber wenn nach Ablauf der Verrechnungsperiode die Leistung betrachtet wird. Vor allem bei Gewinnbeteiligungen, Erfolgsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs hängt der Eintritt der Bedingung aber nicht direkt vom Arbeitnehmer ab, und kann nicht unmittelbar von ihm beeinflusst werden. Bei Leistungsbeteiligungen hingegen ist der Entgeltanspruch von der Erbringung einer Leistung des Arbeitnehmers abhängig, einem Umstand den er also selbst in der Hand hat. Besonders bei den drei erstgenannten Beteiligungen ist daher mangels unmittelbarer Beeinflussungsmöglichkeit durch den Arbeitnehmer dieser besonders schutzbedürftig.

Für die Beantwortung der Frage, ob es zulässig ist den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an eine Bedingung, nämlich den Eintritt eines bestimmten Erfolges, zu knüpfen, ist zu prüfen, ob diese Verknüpfung gegen den Schutzzweck arbeitsrechtlicher Normen verstößt. In Frage käme hier die Umgehung der lohnrechtlichen Schutzvorschriften wie den Regeln über den Mindestlohn oder den Entgeltfortzahlungsbestimmungen.

Wie oben erörtert ergibt sich aus dem Dienstverhältnis kein Anspruch auf Mindestlohn. Dieser ist aber in 90 % der Fälle durch einseitig zwingende kollektivrechtliche Vorschriften normiert.¹¹⁹ Bei den Dienstverhältnissen die keinen Mindestlohnvorschriften unterliegen, ergibt sich die Untergrenze der zulässigen Lohnvereinbarung aus den Bestimmungen zur Sittenwidrigkeit, insbesondere zum Lohnwucher, und zur *laesio enormis*.¹²⁰

Wird nun der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an den Eintritt eines Erfolges geknüpft, ist zu unterscheiden ob dieser Anspruch zusätzlich zu einem Fixum vereinbart wurde, oder ob der gesamte Entgeltanspruch aufgrund einer Erfolgsbeteiligung gebührt. Erhält der Arbeitnehmer laut Vertrag ein Fixum, das über den zwingend vorgesehenen

¹¹⁸ OGH 25.9.1991, 9 Ob A 158/91, DRdA 1992, 286 (*Mazal*) = ZAS 1992, 160 (*Grassl-Palten*); OGH 24.6.1998, 9 Ob A 156/98a, DRdA 1999, 363 (*Dierschmied*); vgl. auch *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 471.

¹¹⁹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 279.

¹²⁰ Siehe Kapitel 3.3.3.

Mindestlöhnen liegt, und auch nicht sittenwidrig niedrig ist, und ist die Erfolgsbeteiligung nur als zusätzliche Prämie ausgestaltet, besteht keine Gefahr der Gesetzesumgehung. Die Verknüpfung des zusätzlichen Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers mit einer Bedingung ist in einem solchen Fall unbedenklich.

Ist hingegen vereinbart, dass der gesamte Entgeltanspruch des Arbeitnehmers auf einer Erfolgsbeteiligung beruht, sind Bedenken anzumelden. In einem solchen Fall ist es nämlich möglich, dass durch Ausbleiben der Bedingung oder Erreichung eines nur geringen Erfolges (Gewinn, Umsatz, etc.) dem Arbeitnehmer nur ein niedriger oder schlimmstenfalls gar kein Lohn zusteht. Durch die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung bestünde also die Möglichkeit die zwingend vorgeschriebenen Mindestlöhne zu unterschreiten. Der Zweck der zwingend vorgeschriebenen Mindestlöhne ist jedoch gerade, dass den Arbeitnehmern ein Entgeltanspruch in mindestens der Höhe des Mindestlohns zusteht. Eine Vereinbarung derzufolge gegebenenfalls diese Mindestlöhne unterschritten werden können, widerspricht daher dem Schutzzweck dieser arbeitsrechtlichen Vorschriften.

Denkbar ist auch, dass durch die Verknüpfung des Entgeltanspruches mit einer bestimmten Bedingung, die Entgeltfortzahlungsbestimmungen umgangen werden. Eine Provisionsvereinbarung, derzufolge die Provision nach verschiedenen Berechnungskriterien, im Endeffekt nach Anwesenheit berechnet wird, wurde vom OGH als unzulässig eingestuft.¹²¹ Das Höchstgericht betonte, dass sich aus der Privatautonomie der Parteien und der dispositiven Natur der Bestimmungen des AngG ergibt, dass Vereinbarungen wonach die Höhe der Umsatzprovision von der vereinbarten Arbeitszeit (beispielsweise 20 Stunden pro Woche) abhängt, zulässig sind. Allerdings ist es unzulässig die Höhe der Provision von der tatsächlichen Anwesenheit des Arbeitnehmers abhängig zu machen. Das Gesetz bestimmt, dass eine Kürzung des Entgelts wegen Abwesenheit im Krankheitsfall (§ 8 iVm § 40 AngG) und im Falle eines Urlaubs (§ 6 iVm § 12 UrlG) oder einer Pflegefreistellung (§ 16 iVm § 17 UrlG) unzulässig ist. Die vereinbarte Umsatzprovision war laut OGH unter den Entgeltbegriff zu subsumieren und die genannten Bestimmungen daher auf die Vereinbarung anzuwenden. Insofern als die Provision nur aufgrund der tatsächlichen Anwesenheit berechnet werden sollte war sie unwirksam

¹²¹ OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96g, ZAS 1997, 168 (*Risak*) = infas 1997, A 71 = ARD 4840/12/97.

4.1.2. Rechtsfolgen einer unzulässigen Bedingung

Wird der gesamte Entgeltanspruch unzulässigerweise an die Bedingung der Erreichung eines Erfolges geknüpft, ist fraglich welche Rechtsfolgen eine derartige Umgehung der Mindestlohnvorschriften nach sich zieht. Denkbar wäre, dass die gesamte Klausel der Erfolgsbeteiligung ungültig ist. Eine andere Möglichkeit ist, dass nur jene Aspekte ungültig sind, die gegen die Mindestlohnbestimmungen verstoßen.

Zu prüfen ist hier, ob die Normen deren Umgehung droht mit zweiseitig zwingender Wirkung ausgestattet sind und daher überhaupt kein Abweichen zulassen, oder ob ihnen nur eine einseitig zwingende Wirkung zukommt. Vorschriften die Mindestentgelte für Arbeitnehmer festschreiben sind eindeutig nur mit relativ zwingender Wirkung ausgestattet. Für den Arbeitnehmer günstigere Bestimmungen können daher immer wirksam vereinbart werden. Eine Erfolgsbeteiligung der zufolge der Arbeitnehmer also mehr Entgelt als in den Mindestlohnvorschriften vorgesehen erhält, kann als wirksam vereinbart werden.

Entgeltvereinbarungen bei denen der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers rein auf einer Erfolgsbeteiligung beruht, sind daher teilweise, nämlich insofern sie den Mindestlohnbestimmungen widersprechen, unerlaubt iSd § 878 ABGB. Ergibt sich aus dem hypothetischen Parteiwillen nichts anderes, ist die Vereinbarung nur hinsichtlich des unerlaubten Teils nichtig, während der mangelfreie Teil rechtswirksam bleibt.¹²²

Zu fragen ist also, was die Parteien bei Vertragsabschluss vereinbart hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die vereinbarte Klausel unzulässig ist, bzw. ob sie die Klausel auch vereinbart hätten, hätten sie gewusst dass eine Unterschreitung des Mindestlohns nicht zulässig ist. Dies muss im Einzelfall nach den jeweils vorliegenden Umständen geprüft werden. Die folgenden Überlegungen gehen von einem typischen Arbeitsverhältnis aus. Im Einzelfall kann es aber aufgrund des individuellen Willens der Parteien zu einem anderen Ergebnis kommen.

Im Normafall steht wohl außer Zweifel, dass die Aufrechterhaltung der Erfolgsbeteiligung sofern sie über den Mindestlohn hinausgeht vom hypothetischen Willen des Arbeitnehmers gedeckt ist. Fraglich ist, ob auch der Arbeitgeber vereinbaren wollte, dass ein erfolgsabhängiges Überschreiten des Mindestlohns möglich, ein erfolgsabhängiges (bzw. misserfolgsabhängiges) Unterschreiten jedoch nicht möglich ist.

¹²² Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 221; vgl. auch OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96, ZAS 1997, 168 (Risak) = infas 1997, A 71 = ARD 4840/12/97.

In der Regel will der Arbeitgeber durch eine Erfolgsbeteiligung die Motivation der Arbeitnehmer erhöhen, und sie zu einer besseren Leistung anspornen (vgl Punkt 1.1.). Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber in der Regel, hätte er gewusst, dass eine Unterschreitung des Mindestlohnes unzulässig ist, dennoch die Erfolgsbeteiligung vereinbart hätte, da es ihm ja um die Motivation der Arbeitnehmer und nicht die Unterschreitung von Mindestlohnvorschriften geht. Die teilweise Ungültigkeit der Erfolgsbeteiligung wird also meistens vom hypothetischen Willen des Arbeitnehmers und Arbeitgebers gedeckt sein.

Wird also in einem Arbeitsvertrag eine reine Erfolgsbeteiligung vereinbart, also eine Entgeltregelung ohne generelles Fixum, so ist diese Vereinbarung nur insoweit gültig, als dadurch nicht zwingende Mindestlohnvorschriften umgangen werden. Tritt also der vereinbarte Erfolg ein, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf das vereinbarte erfolgsabhängige Entgelt. Bleibt der Erfolg hingegen aus, oder tritt er nur in so geringer Weise ein, dass dem Arbeitnehmer nach der Vereinbarung weniger als der Mindestlohn zusteht, so hat der Arbeitnehmer dennoch Anspruch auf Entgelt in der Höhe des Mindestlohnes.

Wird eine Erfolgsbeteiligung mit einem Arbeitnehmer vereinbart, für den keine zwingend vorgesehen Mindestlöhne vorliegen, sind die §§ 879 und 934 ABGB zu beachten. Würde dem Arbeitnehmer aufgrund der erfolgsabhängigen nur ein sittenwidrig niedriges Entgelt zustehen, ist die Vereinbarung insoweit unwirksam. Hinsichtlich der teilweisen Ungültigkeit und des hypothetischen Parteiwillens werden hier in der Regel die gleichen Überlegungen wie bei Vorliegen von Mindestlohnvorschriften anzustellen sein. Im Ergebnis ist die Klausel daher insoweit ungültig, als dem Arbeitnehmer weniger als ein den guten Sitten entsprechendes Entgelt bzw. die Hälfte des objektiven Wertes der Arbeit zustehen würde. Dies entspricht auch den Wertungen des OGH hinsichtlich der unzulässigen Berechnung einer Provision anhand der tatsächlichen Anwesenheit des Arbeitnehmers.¹²³

Zu beachten ist allerdings auch die Frage der Schlecht- bzw. Minderleistung des Arbeitnehmers und damit korrespondierend die Frage nach einer zulässigen Entgeltreduktion. Während die Frage nach der Zulässigkeit einer Bedingung im Arbeitsvertrag eher den Vertragsabschluss betrifft kann das Problem der Entgeltreduktion wegen Schlecht- oder Minderleistung eher bei der Abwicklung des Dienstvertrages

¹²³ OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96, ZAS 1997, 168 (*Risak*) = infas 1997, A 71 = ARD 4840/12/97.

auftreten. Diese Fragestellung wird daher weiter unten noch ausführlich behandelt (vgl. Punkt 4.4.1.). Leistet der Arbeitnehmer bewusst quantitativ weniger als im Arbeitsvertrag vorgesehen, kann der Arbeitgeber mangels Leistungspflicht das entsprechende Entgelt einbehalten. Dies steht auch nicht im Widerspruch zu den Überlegungen zum dem Arbeitnehmer zustehenden Mindestlohn. Dieser steht dem Arbeitnehmer ja nur für die tatsächlich geleistete Arbeit bzw. Arbeitszeit zu. Für diesen Teil darf das Entgelt nicht unter den beschriebenen Schranken liegen.

4.2. Überwälzung des Wirtschaftsrisikos

4.2.1. Verteilung des Risikos gemäß § 1155 ABGB

Bei erfolgsabhängigen Entgelten wird der Anspruch auf Entgeltzahlung an die Erreichung eines definierten Erfolges geknüpft. Wird der Erfolg nicht erreicht, soll dem Arbeitnehmer auch kein entsprechendes Entgelt zustehen. Anders als beim reinen Zeitlohn übernimmt der Arbeitnehmer beim erfolgsabhängigen Entgelt einen Teil des unternehmerischen Risikos, also das Risiko für seine eingesetzte Leistung keine oder keine entsprechende Entlohnung zu erhalten.

Typisch für den Arbeitsvertrag ist jedoch dass der Arbeitgeber, als Unternehmer, das Risiko des Ausbleibens des wirtschaftlichen Erfolges der Arbeit trägt. Im Folgenden soll nun geprüft werden inwieweit der Arbeitnehmer im Rahmen von erfolgsabhängigen Entgeltvereinbarungen zulässigerweise einen Teil des Unternehmerrisikos übernehmen kann, und wann eine unzulässige Überwälzung des Wirtschaftsrisikos vorliegt.

Zu betonen ist hier, dass auch wenn der Arbeitnehmer ein gewisses Risiko übernimmt, er noch nicht zu einem selbstständigen Unternehmer wird. Sind die anderen Merkmale des Typusbegriffes Arbeitnehmer erfüllt, so bleibt er auch bei der Tragung eines Teils des Risikos dennoch unselbstständiger Arbeitnehmer.

Im Gesetz finden sich keine ausdrücklichen Regelungen wer das wirtschaftliche Risiko des Arbeitsverhältnisses zu tragen hat. Aus § 1155 ABGB können die Grundsätze dafür jedoch abgeleitet werden. Dieser regelt die entgeltrechtlichen Folgen bei Unterbleiben der Arbeitsleistung aufgrund von Umständen, die nicht auf Seiten des Dienstnehmers liegen. Er bestimmt, dass dem Dienstnehmer auch für Dienstleistungen die nicht zustande gekommen sind Entgelt zusteht, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände auf Seiten des Dienstgebers daran gehindert worden ist. § 1155 ABGB ist

einheitlich auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Laut *Schnorr* umfasst „Umstände auf Seiten des Arbeitgebers“ sowohl alle objektiven als auch alle subjektiven, sowohl alle unverschuldeten als auch alle verschuldeten Gründe der Arbeitsverhinderung, soweit sie zur Risikosphäre des Arbeitgebers gerechnet werden können.¹²⁴ § 1155 ABGB kann daher als selbstständige Rechtsnorm zur Regelung der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis verstanden werden.

Zur Beantwortung der Frage welche Kriterien ausschlaggebend dafür sind, dass Umstände der Risikosphäre des Dienstgebers zugerechnet werden gibt es zwei Auslegungsansätze – den indikativen und den konditionalen.

Der indikative Ansatz teilt dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko ohne Wertung für alle Ereignisse zu, durch die der Betrieb in irgendeiner Weise betroffen ist, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber das zum Arbeitsausfall führende Ereignis beeinflussen konnte oder nicht, ob es im Einflussbereich Dritter lag oder ob es ein unabwendbares Ereignis war oder nicht.¹²⁵ In diesem Fall trifft das Wirtschaftsrisiko eindeutig den Arbeitgeber.

Beim konditionalen Ansatz wird auf die Herrschaftssphäre des Arbeitgebers abgestellt. Nur dann, wenn die Umstände in die Einflussphäre des Arbeitgebers fallen, so dass sie – wenn auch unverschuldeterweise – seinem unternehmerischen Herrschaftsbereich zuzurechnen sind, nur dann liegen sie auf Seite des Dienstgebers, und es besteht eine Entgeltzahlungspflicht.¹²⁶ Es kommt hier also auf die theoretische Beeinflussbarkeit der Umstände durch den Dienstnehmer an. Sind die Umstände nicht dem Herrschaftsbereich des Dienstgebers zuzurechnen, so entfällt nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln – ohne Leistung keine Gegenleistung – auch die Entgeltzahlungspflicht.

Schnorr meint zu dieser Fragestellung, dass § 1155 ABGB keine abschließende Verteilung des Entgeltrisikos enthält, sondern die Risikoverteilung im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vorzunehmen ist. Er lehnt jedoch den lokalisierenden Zugang ab, und will die Zurechnung des Entgeltrisikos zum Arbeitgeber auf jene Fälle beschränken, die seiner Einflussphäre zurechenbar sind. Der lokalisierende Lösungsversuch ist seiner Meinung nach als Fremdkörper im österreichischen Recht zu

¹²⁴ *Schnorr*, Risikosphäre des Arbeitgebers, in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 25.

¹²⁵ *Schnorr*, Risikosphäre des Arbeitgebers, in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 33.

¹²⁶ *Schnorr*, Risikosphäre des Arbeitgebers, in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 33.

betrachten, da er nicht zu einer Risikoverteilung nach Maßgabe der Beherrschbarkeit des Risikos führt, wie es der Tatbestand des § 1155 ABGB auszudrücken scheint sondern zur einseitigen Überwälzung aller möglichen Risiken auf den Arbeitgeber führt.¹²⁷

Der indikative Ansatz (lokalisierende Theorie) gilt als die früher herrschende Lehre, während die heute herrschende Lehre auf die Beherrschbarkeit durch den Arbeitgeber abstellt, und den konditionalen Ansatz (Zurechnungstheorie) verfolgt.¹²⁸

4.2.2. Dispositivität der gesetzlichen Bestimmung

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis also das wirtschaftliche Risiko für Umstände, die seiner Sphäre zuzurechnen sind. Die Risikoverteilung des § 1155 ABGB ist jedoch nicht unabdingbar festgeschrieben. Vielmehr ist § 1155 ABGB als *lex generalis* zu verstehen, die die Möglichkeit einer anderen Risikoverteilung offen lässt. So soll es, den Materialien zu dieser Bestimmung folgend, durch den dispositiven Charakter der Bestimmung möglich sein, „dass das Entgelt auch von gewissen auf Seite des Dienstgebers gelegenen Bedingungen abhängig gemacht werde, oder, wo das Verhältnis sich mehr dem Werkvertrag annähert (...), einzelne Gefahrenmomente der Dienstnehmer auf sich nehme.“¹²⁹ Die dispositive Ausgestaltung der Bestimmung bringt die im Arbeitsleben notwendige Flexibilität des Arbeitsverhältnisses mit sich, und kann insoweit auch für den Dienstnehmer ein Vorteil sein, da ein zwingend ausgestalteter § 1155 ABGB in manchen Fällen den Dienstgeber zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses veranlassen würde.¹³⁰

Aufgrund der vom Gesetzgeber vorgesehenen Dispositivität des § 1155 ABGB ist es im Arbeitsvertrag also möglich die Risikoverteilung anders als im Gesetz vorgesehen vorzunehmen. Schon die Ausführungen in den Materialien bestimmen, dass die Risikoverteilung nicht nur zu Lasten des Arbeitgebers, sondern auch zu Lasten des Arbeitnehmers verschoben werden kann, und dieser einzelne Gefahrenmomente auf sich nehmen kann.¹³¹ Es ist also im Arbeitsvertrag möglich, dass dem Arbeitnehmer ein zusätzliches Risiko aufgebürdet wird. Dies ist jedoch nicht unbeschränkt, sondern nur innerhalb von bestimmten Grenzen möglich. Schon die Ausführung in den

¹²⁷ Schnorr, Risikosphäre des Arbeitgebers, in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 41.

¹²⁸ Schrammel in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 153 ff; aA *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr (1988) 230 f.

¹²⁹ 78 Blg HH 21. Sess 222.

¹³⁰ *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr (1988) 230.

¹³¹ 78 Blg HH 21. Sess 222.

Gesetzesmaterialien („einzelne Gefahrenmomente“) zeigen, dass es trotz dispositiv ausgestalteter Risikoverteilung des § 1155 ABGB nicht möglich ist dem Arbeitnehmer das gesamte unternehmerische Risiko aufzubürden. Eine gänzliche Überwälzung wäre mit dem Wesen des Dienstvertrages unvereinbar.

Weitere Schranken zur Zuweisung des wirtschaftlichen Risikos können sich aus Kollektivverträgen oder Betriebsverfassungen ergeben. Zu denken ist hier vor allem an Modelle bei denen durch variable Arbeitszeitgestaltung und Arbeit auf Abruf das Unternehmerrisiko überwältzt werden soll. Hier können Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen durch Regelungen hinsichtlich der Arbeitszeit der Überwälzung des Risikos Schranken setzen.

Die Literatur und Judikatur hat sich mit der Zulässigkeit der Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer vor allem im Zusammenhang mit variablen Arbeitszeitmodellen (Arbeit auf Abruf), Werbemaßnahmen und Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt.¹³² Es soll nun näher untersucht werden inwieweit die Dispositivität des § 1155 ABGB eingeschränkt ist.

4.2.3. Sittenwidrigkeit als Grenze der Abdingbarkeit

Für die Zulässigkeit der Überwälzung des Wirtschaftsrisikos ist vor allem die Sittenwidrigkeit zu beachten. Im an sich dispositiven Bereich des Vertragsrechts setzt die Rechtsordnung allgemeine Schranken der Vertragsfreiheit entweder bereits am Inhalt bzw. am Motiv des Rechtsgeschäftes an, oder an der Kombination inhaltlicher Bedenken mit dem Gedanken verdünnter Willensfreiheit. Dabei ist nicht jede eine Partei benachteiligende Abweichung vom dispositiven Recht unzulässig, sondern nur jene Nachteile, die eine bestimmte Intensität erreichen.¹³³

Die stärkste Intensität ist für die Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB vonnöten, da sich die Unzulässigkeit hier allein aus dem Inhalt bzw. dem Motiv ergeben muss. § 879 Abs 1 ABGB ist die Generalklausel der Sittenwidrigkeit, und bestimmt ganz allgemein, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Diese Klausel bedarf zu ihrer Anwendung der Konkretisierung. Dabei gibt es formale Gesichtspunkte der Unerlaubtheit und materielle Gesichtspunkte, die

¹³² OGH 27.1.1987, 14 Ob 180/86; OGH 12.2.1992, 9 Ob A 247/91; OGH 13.1.1993, 9 Ob A 260/92; OGH 8.8.2002, 8 Ob A 277/01w; OGH 19.12.2002, 8 Ob A 129/02g; OGH 22.12.2004, 8 Ob A 116/04y; *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr (1988) 225.

¹³³ *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr (1988) 236 f.

zueinander in einem beweglichen System stehen. Aus formalen Gründen kann eine Klausel beispielsweise unzulässig sein, weil ihr Inhalt als solcher unerlaubt ist, das an sich Erlaubte nicht zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gemacht werden darf, die Ziel- und Zwecksetzung des an sich erlaubten Geschäftes unzulässig ist oder weil die Umstände des Vertragsschlusses den Inhalt des an sich erlaubten Geschäftes unzulässig machen.¹³⁴ Die materiellen Gesichtspunkte der Gesetz- und Sittenwidrigkeit sind sehr vielfältig, da sie dazu dienen die verschiedensten Ordnungsprinzipien und Institutionen der Rechtsgemeinschaft zu schützen. Besonders bedeutsam sind hier der Schutz der Persönlichkeit des einzelnen, der Schutz vor Missbrauch von Übermacht und Überlegenheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr zum Nachteil des Vertragspartners, vor allem bei schweren Äquivalenzstörungen, und der Schutz von Dritten.¹³⁵

Vom OGH wird ein Rechtsgeschäft als sittenwidrig angesehen, wenn es ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, wobei es auf den Gesamteindruck der Vereinbarung ankommt. Im Sinne eines beweglichen Systems sind alle Umstände zu berücksichtigen und durch deren Gewichtung zu prüfen, ob eine grobe Verletzung rechtliche geschützter Interessen oder bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen vorliegt. Großer wirtschaftlicher Druck oder die Existenzgefährdung einer Partei können einen relevanten Umstand bilden, doch ist damit eine Sittenwidrigkeit noch nicht begründet.¹³⁶ Teilweise wird auch betont, dass sittenwidrig ist, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, dh aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit kommt es also nicht auf das einzelne Empfinden des Richters an, sondern vielmehr auf allgemein anerkannte Wertungsgesichtspunkte. Die guten Sitten beschreiben somit die obersten und allgemeinsten Wertprinzipien der Rechtsordnung bzw. die grundlegenden Wertungen des betreffenden Rechtsgebietes, bei der gegenständlichen Frage eben des Arbeitsrechts.¹³⁷

Entscheidend für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts ist das Gesamtbild, das sich aus Inhalt, Zweck, Beweggrund und Begleitumständen des

¹³⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 7 ff.

¹³⁵ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 13.

¹³⁶ OGH 13.4.2000, 1 Ob 187/99i.

¹³⁷ *Kietaibl*, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94 mwV.

Rechtsgeschäftes ergibt, wobei eine Gesamtbewertung aller Umstände, die für die Rechtsbeziehung maßgeblich sein können, vorzunehmen ist.¹³⁸

Hinsichtlich der Sittenwidrigkeit im Arbeitsrechts verweist *Adamovic* auch darauf, dass bei der Gesamtbeurteilung der Umstände eines Rechtsgeschäftes in Hinblick auf eine allfällige Sittenwidrigkeit ein bewegliches System anzunehmen ist, innerhalb dessen auch nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers und dessen Stellung im Betrieb unterschieden werden muss. Auch sind bei der Beurteilung einer allfälligen Sittenwidrigkeit die Abstände zu Mindeststandards zu beachten. Entgeltvereinbarungen im weit überkollektivvertraglichen Bereich sind daher anders zu beurteilen als im Nahbereich von Mindeststandards.¹³⁹

4.2.4. Beispiele aus der Judikatur

Die teilweise Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer ist also nicht generell ausgeschlossen, sondern, abgesehen von etwaigen Schranken in Kollektivverträgen, nur dann wenn die Grenze der Sittenwidrigkeit erreicht ist. In einigen Entscheidungen hat der OGH diese Grenze als erreicht angesehen und ausgesprochen, dass eine unzulässige Überwälzung des Risikos auf den Arbeitnehmer vorliegt.

Im Jahr 1989 entschied der OGH¹⁴⁰, dass es sittenwidrig sei, sämtliche anfallenden Messekosten den an der Messe teilnehmenden Arbeitnehmern zur Last zu legen, während diese keinen Einfluss auf Art und Umfang des Standes oder sonstige Gestaltungsmöglichkeiten haben. Die Tatsache, dass die Teilnahme an der Messe von den Arbeitnehmern freiwillig erfolgt, änderte nichts am Vorliegen einer Sittenwidrigkeit, vor allem da angenommen werden konnte, dass die Arbeitnehmer um zusätzliche Vertriebsmöglichkeiten zu nutzen keine andere Wahl hatten, als das zu einer auffallenden Inäquivalenz der beiderseitigen Rechtspositionen führende Angebot anzunehmen. Dadurch wurde das Unternehmerrisiko zur Gänze auf die Mitarbeiter überwält.

Auf diese Entscheidung bezog sich der OGH auch in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem im Falle der Kündigung des Dienstnehmers und darauf folgender Tätigkeit in derselben Branche, die Kosten für Werbetafeln zur Hälfte auf den Arbeitnehmer überwält

¹³⁸ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ IV, § 879 Rz 8; *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 472.

¹³⁹ *Adamovic*, Zur Sittenwidrigkeit von Entgeltvereinbarungen, ZAS 1991, 155.

¹⁴⁰ OGH 3.2.1989, 31 Ra 148/88, JBl 1990, 395.

werden sollten.¹⁴¹ Schon das Berufungsgericht hat dazu ausgesprochen, dass es unangemessen erscheint, das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durch einen Ersatz von Werbeaufwand zu belasten, der schon länger zurückliege, und sich für den Arbeitgeber bereits amortisiert habe. Eine Ersatzpflicht sei daher jedenfalls auf den in den letzten fünf Jahren vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses getätigten Werbeaufwand zu beschränken. Der OGH sprach in diesem Zusammenhang grundsätzlich aus, dass die Überwälzung des Erfolgsrisikos durch die Verpflichtung zu einer Mindestarbeitsleistung dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht. Dies gilt auch für andere Vereinbarungen, mit denen das Unternehmerrisiko zur Gänze auf den Arbeitnehmer überwältzt wird, wie die Belastung des Arbeitnehmers mit den Kosten von Werbemaßnahmen, über deren Einsatz und Gestaltung allein der Arbeitgeber zu bestimmen hat. Im gegenständlichen Fall kam noch hinzu, dass der Arbeitgeber das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durch die Verknüpfung der Kündigung mit der Verpflichtung zum Ersatz des Werbeaufwandes einseitig erschwert hat.

In Entscheidungen zu flexiblen Arbeitszeitmodellen¹⁴² hat der OGH betont, dass ein Arbeitsverhältnis, das Arbeit auf Abruf vorsieht, aufgrund der Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer, insbesondere des Risikos einer ausreichenden Auftragslage, als sittenwidrig zu qualifizieren ist. Besonders wurde es vom OGH hervorgehoben, wenn nicht einmal eine bestimmte jedenfalls abzugeltende Mindestarbeitszeit vereinbart wurde. Auch betonte der OGH, dass es dabei nicht nur um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit geht, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht kollektivvertraglich die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist. Auch besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden.

Mit Berufung auf die Entscheidung über die Abwälzung von Werbekosten und Kosten für die Teilnahme an einer Messe hat der OGH auch einen Fall entschieden, in dem der Arbeitgeber seinen Außendienstmitarbeitern die Kosten für von ihnen benutzte Bürogeräte in Rechnung stellte.¹⁴³ Das Höchstgericht führte dabei aus, dass Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ in Kombination das Unwerturteil der

¹⁴¹ OGH 13.1.1993, 9 Ob A 260/92.

¹⁴² OGH 12.2.1992, 9 Ob A 247/91, DRdA 1992/49; OGH 8.8.2002, 8 Ob A 277/01w; OGH 22.12.2004, 8 Ob A 116/04y.

¹⁴³ OGH 19.12.2002, 8 Ob A 129/02g, ZAS 2004/23 (*Gerlach*).

Sittenwidrigkeit ergeben, was auch für den Arbeitsvertrag gilt, bei dem die Möglichkeit des Arbeitnehmers auf die Vertragsgestaltung Einfluss zu nehmen typischerweise geringer ist als die des Arbeitgebers. Das Berufungsgericht erachtete die den Entscheidungen über Messekosten und Werbemaßnahmen¹⁴⁴ zugrunde liegenden Überlegungen in diesem Fall als unanwendbar, da im gegenständlichen Fall die Kosten vom Arbeitnehmer beeinflussbar gewesen sein. Der OGH sprach dazu jedoch aus, dass dieser Umstand allein nicht ausreichen könnte, eine unzulässige Überwälzung des Unternehmerrisikos jedenfalls auszuschließen. Wesentlicher ist für den OGH jedoch, dass sich die Außendienstmitarbeiter in einer Drucksituation befanden, in der für sie nur mehr eine „verdünnte Willensfreiheit“ gegeben war. Zur Frage ob der Arbeitgeber berechtigt ist, sich für die Ausstattung (vor allem auch ihm massiv zugute kommender) Bürogeräte zu entscheiden und die Kosten des Betriebes der Geräte mit der Begründung auf die Arbeitnehmer zu überwälzen, dass auch sie von besseren Arbeitsergebnissen im Wege besserer Verdienstmöglichkeiten profitieren, hat der OGH ausgesprochen, dass eine derartige Überwälzung jedenfalls dann unzulässig ist, wenn sie unter (wenn auch subtilem) Druck erfolgt und wenn die Ausgestaltung der damit verbundenen Vertragsposition der Beteiligten als auffallende Inäquivalenz beurteilt werden muss. Da im gegenständlichen Fall von einer derartigen Inäquivalenz ausgegangen werden musste, war die Vereinbarung als sittenwidrig zu qualifizieren.

Diese Entscheidung wurde von *Gerlach* kritisiert.¹⁴⁵ Er weist darauf hin, dass der gegenständliche Sachverhalt nicht nur als Frage der Überwälzung des Wirtschaftsrisikos, sondern auch als einseitige Entgeltkürzung gesehen werden kann. Die Frage nach der Überwälzung des Unternehmensrisikos soll auch nicht losgelöst von der Frage der Unterschreitung des kollektivvertraglichen Mindestlohns gesehen werden. Alleine die Vereinbarung einer Übernahme der Kosten für Bürogeräte kann nicht als sittenwidrig angesehen werden, solange nicht andere Elemente hinzutreten. Solange der kollektivvertragliche Mindestlohn gewährleistet ist, reicht laut *Gerlach* eine teilweise Überwälzung des Unternehmensrisikos für eine Sittenwidrigkeit nicht aus. Auch ohne Beachtung der Schranke des kollektivvertraglichen Mindestentgelts sieht er keine Sittenwidrigkeit als gegeben an. Die vom OGH angenommene Drucksituation wird von *Gerlach* nicht als solche bewertet, und daher eine Sittenwidrigkeit verneint.

¹⁴⁴ OGH 3.2.1989, 31 Ra 148/88, JBI 1990, 395; OGH 13.1.1993, 9 Ob A 260/92.

¹⁴⁵ OGH 19.12.2002, 8 Ob A 129/02g, ZAS 2004/23 (*Gerlach*).

Dieser Ansicht kann teilweise zugestimmt werden. Die Feststellung, dass sich jede Vereinbarung einer Entgeltkürzung auch als Umverteilung des Unternehmerrisikos darstellen lässt, mag zutreffend sein. Dennoch wird nicht mit jeder Umverteilung des Risikos ein einseitiges Gestaltungsrecht eingeräumt. Im gegenständlichen Fall wurde zwar eine Entgeltkürzung vorgenommen, diese erfolgte jedoch nicht einseitig durch den Arbeitgeber, sondern mit Zustimmung der Arbeitnehmer. Das Vorliegen eines einseitigen Gestaltungsrechtes und die Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos können in manchen Fällen überschneidend sein, dies ist aber nicht immer zwingend gegeben. Auch ist es möglich, dass bei der Beurteilung von Gestaltungsrechten der Aspekt der Risikoverteilung mit zu berücksichtigen ist, und in die Beurteilung einer Sittenwidrigkeit einfließt. Die Überwälzung des Wirtschaftsrisikos kann jedoch auch getrennt von einseitigen Rechten maßgeblich sein, und eventuell zu einer Sittenwidrigkeit einer Entgeltvereinbarung führen.

Jedenfalls zutreffend ist aber, dass der kollektivrechtliche Mindestlohn dem Arbeitnehmer jedenfalls zusteht, und Vereinbarungen, die dies zu umgehen trachten unwirksam sind.

In den erörterten Entscheidungen hat sich der OGH für die Begründung der Sittenwidrigkeit des Arguments der Überwälzung des Wirtschaftsrisikos bedient. Die Entscheidungen sind im Ergebnis richtig, betreffen aber wohl eher nicht die Übernahme eines Risikos durch den Arbeitnehmer, sondern vielmehr die Übernahme von mehr oder weniger feststehenden Kosten, die normalerweise vom Arbeitgeber zu tragen sind. Es liegt also weniger die Überwälzung eines Risikos, als vielmehr die Überwälzung von Wirtschaftskosten vor. So werden in der Regel die Kosten für Werbemaßnahmen und Bürogeräte vom Arbeitgeber getragen. Im Arbeitsvertrag kann jedoch auch vereinbart werden, dass ein Teil der Kosten vom Arbeitnehmer zu tragen ist. Dadurch übernimmt der Arbeitnehmer jedoch kein normalerweise den Arbeitgeber treffendes Risiko, da das Anfallen der Kosten ja gewiss und nicht risikoreich ist, sondern er übernimmt die Tragung von normalerweise den Arbeitgeber treffenden Kosten.

Auch wenn die Entscheidungen nicht immer die direkte Übernahme eines Unternehmerrisikos betreffen, sind die vom OGH angestellten Überlegungen zu Drucksituation und Inäquivalenz der Rechtspositionen auch auf Vereinbarungen über erfolgsabhängige Entgelte anwendbar, bei denen sich der Arbeitnehmer einem gewissen Risiko aussetzt, das in der Regel eher den Arbeitgeber trifft, nämlich dem Ausbleiben des Erfolges. Die in den erörterten Entscheidungen herangezogenen Gründe und

Überlegungen zur Sittenwidrigkeit werden daher auch bei Vereinbarungen über erfolgsabhängige Entgelte maßgeblich sein.

4.2.5. Ergebnis

Im Arbeitsverhältnis trägt typischerweise der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko. Abgeleitet wird dies aus § 1155 ABGB, der die Regeln für die Risikotragung bei Ausfall der Dienstleistung enthält. Demnach muss der Arbeitgeber trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung das Entgelt zahlen, wenn die Arbeitsleistung aus Gründen, die ihm zuzurechnen sind, also sich in seinem Herrschaftsbereich ereignen, unterblieben ist.

Diese Risikoverteilung basiert jedoch auf dispositiven Regeln. Die Risikoverteilung kann daher zu Lasten des Arbeitgebers, aber auch zu Lasten des Arbeitnehmers verschoben werden. Wo genau die Grenzen für die Risikoübernahme durch den Arbeitnehmer liegen kann abstrakt nicht eindeutig gesagt werden. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an. Dabei soll der Arbeitnehmer nicht vor jeglicher Überwälzung des Wirtschaftsrisikos geschützt werden, sondern nur vor einer übermäßigen und unangemessenen Überwälzung.¹⁴⁶ Grundsätzlich sind dabei jene Vereinbarungen als sittenwidrig zu qualifizieren, die den Arbeitnehmer übermäßig mit Risiken belasten, die nach dem gesetzlichen Leitbild des Arbeitsvertrages der Arbeitgeber zu tragen hätte.¹⁴⁷

Zu beachten ist auch die Stellung des Arbeitnehmers in Betrieb des Arbeitgebers, sowie ob vorgegebene Mindeststandards erfüllt sind.¹⁴⁸

Fest steht jedoch, dass der Arbeitnehmer das Unternehmerrisiko nicht zur Gänze übernehmen kann. Dies ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien, die nur die Übernahme einzelner Gefahrenmomente durch den Arbeitnehmer erwähnen. Auch der OGH sieht die gänzliche Übernahme des Unternehmerrisikos als unzulässig an.¹⁴⁹

Wird das Unternehmerrisiko auf einen Arbeitnehmer übergewälzt, der sich in einer Drucksituation oder in einer Situation von „verdünnter Willensfreiheit“ befindet, und ergibt sich dadurch eine auffallende Inäquivalenz zwischen der Rechtsposition des Arbeitgebers und jener des Arbeitnehmers, ist diese Überwälzung unzulässig.¹⁵⁰ Daraus kann im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass allein eine auffallende Inäquivalenz ohne

¹⁴⁶ *Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr (1988) 245.

¹⁴⁷ *Kietaibl*, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 95.

¹⁴⁸ *Adamovic*, Zur Sittenwidrigkeit von Entgeltvereinbarungen, ZAS 1991, 155.

¹⁴⁹ OGH 3.2.1989, 31 Ra 148/88, JBl 1990, 395.

¹⁵⁰ OGH 19.12.1002, 8 Ob A 129/02g.

Drucksituation bzw. eine Drucksituation ohne auffallende Inäquivalenz noch nicht unbedingt eine Sittenwidrigkeit mit sich zieht.

Problematisch ist die Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auch dann, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr mit einem bestimmten Entgelt rechnen kann.

Für die Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten ist daher zu folgern, dass die Überwälzung eines gewissen Risikos auf den Arbeitnehmer nicht generell unzulässig, sondern sogar – innerhalb bestimmter Grenzen – gesetzlich vorgesehen ist. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Verknüpfung des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers mit der Erreichung bzw. dem Eintritt eines bestimmten Erfolges das Unternehmerrisiko nicht zur Gänze auf den Arbeitnehmer überwältzt wird. Für die Zulässigkeit der Übernahme des Wirtschaftsrisikos ist es nötig, dass dem Arbeitnehmer ein jedenfalls zu zahlendes Mindestentgelt zusteht.¹⁵¹ Auch ist darauf zu achten, dass die erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung nicht in einer Drucksituation bzw. bei verdünnter Willensfreiheit des Arbeitnehmers getroffen wird, und zugleich eine auffallende Inäquivalenz der Rechtspositionen herbeigeführt wird.

4.3. Einseitige Gestaltungsrechte

Wird in einem Arbeitsvertrag eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung getroffen, so können das Entstehen und die Höhe des endgültigen Entgeltanspruches je nach Ausgestaltung der Vereinbarung von mehreren Faktoren abhängig sein. Manche davon können weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer beeinflusst werden (zB die Marktlage, die Kaufkraft der Konsumenten, Umwelteinflüsse), manche liegen im Einflussbereich des Arbeitnehmers (zB wenn der Entgeltanspruch direkt an seine individuelle Leistung anknüpft) und manche können vom Arbeitgeber beeinflusst werden (zB Investitionen die den Bilanzgewinn mindern, Widerrufsrechte, Änderung des Provisionssystems, Festlegung der für die Erfolgsbeteiligung ausschlaggebenden Kennzahl).

Auch ist es möglich den Arbeitsvertragsparteien direkt das Recht einzuräumen später einseitig auf die Entgeltbestimmungen des Vertrages einzuwirken und diese abzuändern. In der Regel werden solche Gestaltungsrechte dem Arbeitgeber eingeräumt. Die Einräumung der Gestaltungsrechte – zB Widerrufs- oder Abänderungsvorbehalte –

¹⁵¹ Vgl auch die Ausführungen in Kapitel 3.3.3. zum Mindestlohn, die ebenfalls zu diesem Ergebnis kommen.

kann auch von verschiedenen Parametern, wie beispielsweise dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens abhängig gemacht werden, oder nur unter Eintritt einer Bedingung (zB wenn das Unternehmen Verluste macht) eingeräumt werden. Es wäre auch möglich dem Arbeitnehmer Gestaltungsrechte in Hinblick auf das Entgelt einzuräumen – dies ist, soweit ersichtlich, aber noch nicht Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen geworden.

Bei einer derartigen nachträglichen Eingriffsmöglichkeit des Arbeitgebers in die Rechtsposition des Arbeitnehmers, nämlich durch einseitige Entscheidungen und Handlungen den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers direkt oder indirekt zu beeinflussen, stellt sich die Frage, ob die Vereinbarung einseitiger Gestaltungsrechte im Arbeitsrecht überhaupt zulässig ist, und ob der Einflussnahme des Arbeitgebers auf den Entgeltanspruch durch arbeitsrechtliche Vorschriften oder Grundsätze Schranken gesetzt sind.

4.3.1. Allgemeines zu Gestaltungsrechten

Wird im Arbeitsvertrag oder einer Zusatzvereinbarung, hinsichtlich der Entgeltvereinbarung dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, das Entgelt oder bestimmte Komponenten davon einseitig nachträglich abzuändern oder ganz einzustellen, erfolgt dies meist in Form eines Gestaltungsrechtes. Am häufigsten wird dabei auf Widerrufs- oder Änderungsvorbehalte zurückgegriffen.

Gestaltungsrechte sind ein Rechtsinstitut des Privatrechts, bei dem dem Berechtigten die Rechtsmacht eingeräumt wird durch einseitige Erklärung, ohne Mitwirkung eines anderen, die Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse herbeizuführen.¹⁵² Jene Gestaltungsrechte, die die Befugnis verleihen einseitig den Inhalt eines Vertrages festzulegen oder abzuändern – insbesondere das Recht des Arbeitgebers einseitig die Höhe des Entgelt abzuändern – werden von *Risak* auch als Leistungsbestimmungsrechte bezeichnet.¹⁵³ Nach herrschender Meinung besteht kein Zweifel, dass nach österreichischem Zivilrecht Gestaltungsrechte eingeräumt werden dürfen und für den rechtsgeschäftlichen Verkehr auch unerlässlich sind – als Beispiel seien hier Kündigungs-, Rücktritts-, Widerrufs- oder Weisungsrechte genannt. Die

¹⁵² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 47; ausführlich zu Gestaltungsrechten *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 7 ff.

¹⁵³ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 15 f.

Zulässigkeit von Gestaltungsrechten ist Ausfluss des freien Willens der Parteien, und somit der Privatautonomie und Vertragsfreiheit der Vertragsparteien.¹⁵⁴

Auch im Arbeitsrecht können grundsätzlich einseitige Gestaltungsrechte der Vertragsparteien rechtsgeschäftlich wirksam vereinbart werden. Teilweise sind sie auch schon von Gesetzes wegen Teil des Arbeitsvertrages – beispielsweise sind die Vertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Grenzen berechtigt, durch einseitige Erklärung die Beendigung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen. Das Kündigungsrecht sowie das Recht zur Entlassung bzw. zum Austritt bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, die beiden Vertragsparteien zustehen, sind Bestandteil aller Arbeitsverträge und vom Gesetzgeber auch ausdrücklich gesetzlich zugelassen und geregelt (§§ 1158 ff ABGB, §§ 20 ff AngG).

Den Gestaltungsrechten gleichgestellt sind Potestativbedingungen, also Bedingungen deren Eintritt vom Willen einer Partei abhängig ist. Gemischte Bedingungen, als jene bei denen der Eintritt vom Willen des Vertragspartners und zugleich auch vom Zufall oder dem Willen eines Dritten abhängt, sind dann als Gestaltungsrechte anzusehen, wenn der Gestaltungsgegner keine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Rechtsgestaltung hat.¹⁵⁵

Auch Gestaltungsrechte, die sich auf die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers beziehen können dem Arbeitgeber eingeräumt werden bzw. stehen ihm per Gesetz zu. So ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers ein speziell arbeitsrechtliches Gestaltungsrecht, das ihm ermöglicht einseitig die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, und somit die Hauptleistung des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, zu konkretisieren oder zu ändern. Im Rahmen der Vereinbarungen des Arbeitsvertrages kann der Arbeitgeber durch einseitige Weisung Arbeitsort, Arbeitszeit oder Ausführung der Arbeit des Dienstnehmers einseitig abändern.

Keine speziellen gesetzlichen Regelungen finden sich hingegen über einseitige Gestaltungsrechte, die einer Vertragspartei das Recht zur Abänderung einer Entgeltvereinbarung einräumen. Es soll daher nun untersucht werden, ob einseitige Gestaltungsrechte in Bezug auf Entgeltvereinbarungen Grenzen unterliegen und welche

¹⁵⁴ Vgl. *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204; *Resch*, Änderungsvorbehalt des AG in einer Vertragsschablone, DRdA 2001, 325; *Risak*, Widerrufs- und Abänderungsvorbehalte in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 91; *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 29; aA *Schindler*, Widerrufs Klauseln und einseitige Änderungsrechte in *Resch*, Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag (2004) 55.

¹⁵⁵ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 17 ff.

dies sind, und unter welchen Voraussetzungen entgeltbeeinflussende Gestaltungsrechte wirksam vereinbart und ausgeübt werden können. Es geht dabei um die Klärung der Frage inwieweit sich der Arbeitnehmer wirksam einer einseitigen Entgeltgestaltung des Arbeitgebers unterwerfen kann. Diese Geltungskontrolle überprüft, ob durch die Vereinbarung des Gestaltungsrechtes und dessen vereinbarten Rahmen bereits Gestaltungsgrenzen des Arbeitsvertragsrechtes überschritten wurden. Wurde das Gestaltungsrecht wirksam vereinbart, ist anschließend zu untersuchen unter welchen Bedingungen das eingeräumte einseitige Gestaltungsrecht ausgeübt werden darf (Ausübungskontrolle).

In der Praxis wird die Trennung in Geltungs- und Ausübungskontrolle oft nicht klar vorgenommen. Meistens wird von der Rechtsprechung auch nur eine Ausübungskontrolle nach den Maßstäben des billigen Ermessens vorgenommen und die Geltungskontrolle übersprungen bzw. vorweggenommen.

4.3.2. Grundsätzliche Zulässigkeit der Vereinbarung von Gestaltungsrechten

Zunächst soll geprüft werden, ob allgemeine rechtliche oder speziell arbeitsrechtliche Regelungen und Grundsätze der Vereinbarung eines entgeltbezogenen Gestaltungsrechtes entgegen stehen. In Betracht kommen hier eine Unzulässigkeit aufgrund von Gesetzesumgehungen oder der Mangel ausreichender Bestimmtheit gemäß § 869 ABGB.

4.3.2.1. Gefahr der Gesetzesumgehung

Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines einseitigen entgeltbeeinflussenden Gestaltungsrechtes ist darauf zu achten, ob durch dessen Vereinbarung zwingende Rechtsvorschriften umgangen werden. In Betracht kommt hier die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen. Eine Verschlechterung der Entgeltbedingungen könnte der Arbeitgeber ohne Gestaltungsrecht nur durch eine Änderungskündigung herbeiführen. Darunter versteht man die Aufkündigung eines Rechtsgeschäftes unter der Bedingung, dass der Gekündigte einer Änderung nicht zustimmt.¹⁵⁶ Diese Kündigung könnte gemäß

¹⁵⁶ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 27.

§§ 105 ff ArbVG angefochten werden. Änderungskündigungen sind zulässig, wenn ihnen keine Bestimmungen des Kündigungsschutzes entgegenstehen.¹⁵⁷

Mit der Vereinbarung eines Gestaltungsrechts, das den Arbeitgeber zur einseitigen Änderung des Entgelts berechtigt, wird der Arbeitnehmer vor die Wahl gestellt entweder zu den geänderten Bedingungen weiterzuarbeiten, oder selber zu kündigen. Darin könnte eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen gesehen werden. *Risak*¹⁵⁸ betont jedoch, dass nach österreichischem Recht kein Schutz vor Änderungskündigungen besteht. Der Arbeitnehmer soll vielmehr durch das Kündigungsschutzsystem vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschützt werden, nicht jedoch vor dessen Abänderung. Es liegt also nur ein Beendigungsschutz und kein Inhaltsschutz vor. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses ist durch die Einräumung eines entgeltbeeinflussenden Gestaltungsrechtes jedoch nicht gefährdet. Es liegt somit keine Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften vor.

Auch dem Argument, durch ein Gestaltungsrecht wird dem Arbeitnehmer ein neuer Vertragsinhalt aufgezwungen und der Arbeitnehmer müsse, um diesem zu entgehen, kündigen, wodurch er Nachteile erleide (zB Verlust der Abfertigung alt), ist nicht zu folgen. Treffend weist *Risak*¹⁵⁹ darauf hin, dass bei der Vereinbarung des Gestaltungsrechtes der Arbeitnehmer abstrakt dem – innerhalb des vereinbarten Rahmens – geänderten Vertragsinhalt im Vorhinein zugestimmt habe, indem er sich mit dem Gestaltungsrecht einverstanden erklärt hat. Bei Ausübung des Gestaltungsrechtes innerhalb des vereinbarten Rahmens, liegt daher keine Erzwingung der Verschlechterung der Entgeltbedingungen, die andernfalls nur durch Androhung einer Kündigung erreicht werden könnte. Dabei ist zu beachten, dass nur jene Änderungen vereinbart werden können, mit denen der Gestaltungsunterworfenen überhaupt rechnen konnte.¹⁶⁰

4.3.2.2. Ausreichende Bestimmtheit des Vertragsinhaltes

Wird einer Vertragspartei eingeräumt den Vertragsinhalt im Nachhinein einseitig zu ändern, stellt sich die Frage, ob durch diese Vertragsklausel der Vertragsinhalt noch ausreichend bestimmt ist, um die Voraussetzungen für eine gültige rechtsgeschäftliche Willenserklärung nach § 869 ABGB zu erfüllen.

¹⁵⁷ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung des AG, DRdA 1991, 2.

¹⁵⁸ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 254 ff.

¹⁵⁹ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 256 f.

¹⁶⁰ OGH 20.2.1952, 1 Ob 140/52, SZ 25/46.

Es ist aber gerade Sinn und Zweck eines Gestaltungsrechtes dem Gestaltungsberechtigten die Möglichkeit zur eigenständigen Disposition einzuräumen. Soweit ein solcher Freiraum für den Berechtigten besteht, ist der dem Gestaltungsrecht Unterworfene einer gewissen Unbestimmtheit ausgesetzt.¹⁶¹ Der OGH hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es dem Wesen eines Gestaltungsrechtes widersprechen würde, wenn seine Ausübung so eng determiniert werden würde, dass dem Gestaltungsberechtigten kein Raum zur eigenständigen Disposition bleibt. Eine jeden Spielraum der Parteien verneinende Auslegung des Gestaltungsrechts würde zu einer unpraktikablen Anpassungskompetenz des Gerichtes führen, welche mit der Privatautonomie unvereinbar, und auch von den Parteien nicht gewollt ist.¹⁶²

Das Bestimmtheitserfordernis des § 869 ABGB wird nach herrschender Ansicht nicht allzu streng ausgelegt. Bestimmtheit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ist demnach gegeben wenn ihr die wesentlichen Rechtsfolgen, die der Erklärende anstrebt, entnehmbar sind. Eine Erklärung ist schon dann gemäß § 869 ABGB hinreichend bestimmt, wenn sich die vertraglichen Rechtsfolgen durch Auslegung sowie aufgrund des dispositiven Rechts ermitteln lassen – „Bestimmbarkeit“ ist daher also ausreichend. Es ist daher auch ausreichend wenn festgelegt wird auf welche Weise die noch unbestimmte Verpflichtung konkretisiert werden soll, wobei die Konkretisierung auch einem Dritten überlassen werden kann.¹⁶³

Speziell im Arbeitsrecht kommt noch die Regelung des § 1152 ABGB hinzu, der die grundsätzliche Zulässigkeit von entgeltbezogenen Gestaltungsrechten noch untermauert. Dieser Bestimmung folgend, gilt mangels einer Vereinbarung über das Entgelt ein angemessenes Entgelt als bedungen. Im Arbeitsvertrag ist das Bestimmtheitserfordernis somit herabgesetzt, so dass es bereits ausreichend ist, wenn ein entgeltlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Fehlt ein Konsens hinsichtlich der Entgelthöhe, ist vom Gesetz eine Zweifelsregelung vorgesehen.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204.

¹⁶² OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 (*Tomandl*); *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204; *Bauer*, Die Anpassung langfristiger Verträge an veränderte Umstände, JBl 1987, 144 f.

¹⁶³ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 869 Rz 5; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³, IV, § 869 Rz 6; *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204; vlg. auch *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 122.

¹⁶⁴ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 206.

Das Bestimmtheitserfordernis des § 869 ABGB steht demnach einer Klausel, die die einseitige Änderung von Entgeltvereinbarungen durch den Arbeitgeber vorsieht grundsätzlich nicht entgegen.¹⁶⁵

4.3.2.3. Äquivalenzstörungen

Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis (Vertragsgerechtigkeit) ist ein wesentliches Prinzip durch das die Privatautonomie der Vertragsparteien eingeschränkt werden kann. Die Äquivalenz soll in der Regel durch vertragliche Einigung und einem dementsprechenden Ausgleich der unterschiedlichen Parteiinteressen hergestellt werden. Dies funktioniert jedoch in der Regel nur dort, wo sich zwei annähernd gleich starke Verhandlungsparteien gegenüber stehen.¹⁶⁶

Je größer das Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung ist, desto eher rechtfertigt dies die Aufhebung des Vertrages oder eines Vertragsteils. Dabei stehen die Vertragsgerechtigkeit und die Selbstbestimmung der Vertragsparteien zueinander in einem beweglichen System – je stärker die Äquivalenz gestört ist, desto einwandfreier muss die Selbstbestimmung sein (vgl dazu die Gedanken zum Wucher und zur *laesio enormis* – Punkt 3.3.3.3. und 3.3.3.4.).¹⁶⁷

Mit der Vertragsgerechtigkeit hängt auch die Reichweite der Unterwerfungserklärung unter die Gestaltungsmacht des Vertragspartners zusammen. Grundsätzlich ist auch die Einräumung eines Gestaltungsrechtes möglich, durch das die Äquivalenz gänzlich gestört oder aufgehoben wird, solange dies vom Willen des sich Unterwerfenden gedeckt ist. Dafür müssen diesem jedoch die Folgen seiner Unterwerfung bekannt sein. In der Regel werden jedoch allzu weit reichende Konsequenzen eines Gestaltungsrechtes von der Willenserklärung der Unterwerfung nicht gedeckt sein. Dies ist im Wege der Interpretation zu ermitteln. Eine Unterwerfung unter Gestaltungsakte, die die Äquivalenz verschieben kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Vertragspartner die Folgen seiner Willenserklärung abschätzen konnte und diese auch tatsächlich wollte.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Zur Notwendigkeit der objektiven Schranke des billigen Ermessens siehe unten Punkt 4.3.3.3.

¹⁶⁶ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 26.

¹⁶⁷ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 27 f.

¹⁶⁸ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 33 f.

4.3.3. Grenzen bei der Vereinbarung von Gestaltungsrechten – Geltungskontrolle

Nachdem nun festgestellt wurde, dass die Vereinbarung entgeltgestaltender Vorbehalte im Arbeitsrecht nicht grundsätzlich unzulässig ist, soll geprüft werden welchen speziellen Grenzen die Vereinbarung von einseitigen Gestaltungsrechten unterliegt. Dabei sind Untergrenzen durch Mindestlöhne und *laesio enormis*, ein Verstoß gegen die Guten Sitten und die Grenze des billigen Ermessens zu berücksichtigen.

4.3.3.1. Untergrenze durch Mindestlohn und *Laesio enormis*

Das Arbeitsentgelt muss bei Vertragsabschluss nicht abschließend vereinbart werden. Der Arbeitsvertrag kann vielmehr auch ohne Konsens hinsichtlich der Entgelthöhe wirksam geschlossen werden. Es ist dann die allgemeine Regel des § 1152 ABGB anzuwenden, derzufolge mangels konkreter Vereinbarung ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt.

Doch trotz dieser Variabilität der Entgeltvereinbarung kann die Bestimmung der Entgelthöhe nicht schrankenlos dem Arbeitgeber oder einem Dritten eingeräumt werden. Es sind hier jedenfalls die Grenzen des zwingenden Rechts, Mindestlohnvorschriften und die Regelungen zur Sittenwidrigkeit zu beachten.

Eine der wesentlichsten Grenzen der Einräumung von entgeltgestaltenden Rechten ist jene der zwingend vorgesehenen Mindestlohnvorschriften (vgl. Punkt 3.3.3.). Gestaltungsrechte können nur in jenen Bereichen eingeräumt werden, die noch der Disposition der Vertragsparteien offen stehen. Mindestlohnvorschriften sind jedoch absolut zwingend und können von den Arbeitsvertragsparteien nicht unterschritten werden. Sind auf ein Arbeitsverhältnis daher kollektivrechtliche Mindestentgeltvorschriften anwendbar, kann ein Gestaltungsrecht wirksam nur für jenen Bereich eingeräumt werden, der über dem anwendbaren Mindestentgelt liegt. Der zwingend vorgeschriebene Mindestlohn kann durch einseitige Gestaltungsrechte nicht unterschritten werden – die Einräumung eines einseitigen Gestaltungsrechtes ist bis zur Höhe des vorgegebenen Mindestentgelts daher nicht möglich.

Eine weitere Grenze für die Vereinbarung von Gestaltungsrechten, und somit der Unterwerfung einer Vertragspartei unter den Willen der anderen Partei, ergibt sich aus den *laesio-enormis*-Regeln und den Wertungen des § 944 ABGB, der eine Schenkung

zukünftigen Vermögens nur bis zur Hälfte zulässt.¹⁶⁹ Wird dem Arbeitnehmer nicht einmal die Hälfte des „gemeinen Wertes“ seiner Arbeitsleistung (also dem angemessenen Entgelt iSd § 1152 ABGB) bezahlt, so steht es ihm frei die Aufhebung des Vertrages und Rückabwicklung zu verlangen. Aus § 934 ABGB (*laesio enormis*) und § 944 ABGB (Verfügung über die Hälfte des künftigen Vermögens) ergeben sich somit absolute Grenzen für die Unterwerfung unter ein Gestaltungsrecht.¹⁷⁰

Die sich aus der *laesio enormis* Regelung ergebende Unterschranke für die Ausübung des Gestaltungsrechtes wird bei Vereinbarung des Gestaltungsrechtes nicht starr festgeschrieben. Da in der Regel das angemessene Entgelt für die Arbeitsleistung des Dienstnehmers während der Abwicklung des Dienstverhältnisses ansteigt, steigt dementsprechend auch die Untergrenze für die Verkürzung über die Hälfte.¹⁷¹ Für die Beurteilung der Gültigkeit der Einräumung des Gestaltungsrechtes im Zeitpunkt der Vereinbarung kann daher eine andere Schranke maßgeblich sein als bei der Beurteilung der Ausübung des Gestaltungsrechtes.

4.3.3.2. Verstoß gegen die Guten Sitten

Ebenfalls wesentlich für die Möglichkeit der Einräumung von Gestaltungsrechten ist die Schranke der Guten Sitten. Diese ist vor allem auch bei Arbeitsverhältnissen maßgebend, die keinen Mindestlohnvorschriften unterliegen. Insbesondere sind hier auch die Wucherbestimmungen zu beachten, wobei hier neben einer Äquivalenzstörung von Leistung und Gegenleistung auch noch subjektive Elemente einer gestörten Willensfreiheit notwendig sind (vgl Punkt 3.3.3.3.).

Widerrufs- und Änderungsvorbehalte aufgrund derer eine Reduktion des Entgelts bis zum kollektivvertraglichen Mindestlohn oder der Hälfte des angemessenen Entgelts möglich ist, verstoßen jedoch nicht schon deswegen gegen die Guten Sitten. Die im Arbeitsrecht typischerweise gegebene verdünnte Willensfreiheit des Arbeitnehmers wird gerade durch die kollektivvertraglichen Regelungen ausgeglichen.¹⁷² Liegt hingegen bei der Vereinbarung eines Gestaltungsrechtes eine Situation der verdünnten Willensfreiheit auf Seiten des Arbeitnehmers vor, kann die Regelung sittenwidrig sein. Die Elemente der Äquivalenzstörung und der Willensbildungsstörung stehen dabei zueinander in einem

¹⁶⁹ *Risak*, Widerrufs- und Abänderungsvorbehalte in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 95 f.

¹⁷⁰ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 37.

¹⁷¹ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 244.

¹⁷² Vgl. *Risak*, Widerrufs- und Abänderungsvorbehalte in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 104.

beweglichen System und können auch erst kombiniert zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen. Liegt eine grobe Äquivalenzstörung vor, kann auch ohne zusätzliches subjektives Element die Vereinbarung als sittenwidrig zu qualifizieren sein (vgl Punkt 4.2.3.).¹⁷³

Als sittenwidrig ist beispielsweise die Vereinbarung eines Gestaltungsrechtes zu qualifizieren, das dem Arbeitgeber die Möglichkeit einräumt durch Ausübung des Gestaltungsrechtes bereits erdientes Entgelt des Arbeitnehmers zu schmälern. Dabei wurde in einem Dienstvertrag eine jährliche Tantieme abhängig vom Betriebsgewinn eines Geschäftsjahres vereinbart, die dem Dienstnehmer allerdings nur zustand, wenn er nicht während des Jahres aus dem Betrieb ausschied. Der OGH¹⁷⁴ sprach dazu aus, dass die aufgrund dieser Vereinbarung ausgeschütteten Zahlungen Entgelt für die Arbeitsleistung des Dienstnehmers sein, und dieser die Zahlungen während des ganzen Zeitraumes der jeweiligen Abrechnungsperiode verdient hat. Durch die vertraglich vereinbarte Möglichkeit des Dienstgebers durch Kündigung des Dienstnehmers dessen Gewinnbeteiligungsanspruch für das ganze Jahr zu beseitigen, wurde dem Dienstgeber eine einseitige Einflussnahme auf vom Dienstnehmer bereits erworbene Rechte eingeräumt. Diese Vertragsbestimmung wurde vom OGH als grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Dienstnehmers und somit als sittenwidrig und nichtig angesehen.

Diese Linie hat der OGH auch in späteren Entscheidungen bestätigt¹⁷⁵ und festgehalten, dass diese Grundsätze auch für freiwillige und widerrufliche Leistungen des Dienstgebers anzuwenden sind.¹⁷⁶

Auf einen Verstoß gegen die Guten Sitten wurde vom OGH eine Vereinbarung geprüft, der zufolge eine von der Arbeitgeberin festgelegte Provisionsregelung jeweils nur für ein Jahr gelten sollte, und somit der Arbeitgeberin für das folgende Jahr die einseitige Entgeltbestimmung vorbehalten blieb. Dabei wurde vom OGH betont, dass eine derartige Befristung nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein kann.¹⁷⁷

Die jeweils neuen Provisionsregelungen wurden von der Arbeitgeberin systematisch dazu eingesetzt den Arbeitnehmer durch erhöhte Umsatzvorgaben in seiner Leistung erfolgsorientiert anzuspannen („Korb höher hängen“). Da diese Änderungen

¹⁷³ Vgl auch *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 244 ff.

¹⁷⁴ OGH 22.11.1989, 9 Ob A 268/89, ZAS 1991, 60 (kritisch *Adamovic*) = infas 3/90, A 50.

¹⁷⁵ OGH 19.6.1991, 9 Ob A 94/91, ZAS 1992/15.

¹⁷⁶ OGH 9.5.1990, 9 Ob A 101/90, ZAS 1992, 48 (*Pircher*) = DRdA 1991, 154.

¹⁷⁷ OGH 10.12.1993, 9 Ob A 234/93, infas 1994, A 92 = DRdA 1994, 268.

einseitig vorgenommen wurden und jährlich mit einer Verschlechterung zu rechnen war, unterschied sich diese Entgeltvereinbarung laut OGH auch von den, innerhalb bestimmter Grenzen zulässigen, Verschlechterungsvereinbarung.

Vom OGH wurde die Befristung der Provisionsvereinbarung unter einem Vergleich mit der Zulässigkeit von Kettenverträgen geprüft. Durch die sukzessive Erhöhung der Umsatzziele unterwarf die Arbeitgeberin die Entgeltspflicht und somit einen Hauptbestandteil des Arbeitsverhältnisses ihrer freien Gestaltung. Dadurch nahm sie gravierende Eingriffe in die Rechtsposition des Arbeitnehmers vor, der dadurch zu einem ständig intensiveren Einsatz seiner Arbeitskraft gezwungen wurde. Die Verschlechterungen der Arbeits- und Entgeltsbedingungen hätte die Arbeitgeberin zwar auch mittels Änderungskündigung erzwingen können, dadurch aber den Arbeitnehmer wahrscheinlich verloren und allfällige dienstzeitabhängige Ansprüche befriedigen müssen. Durch die Befristung umging die Arbeitgeberin diese arbeitsrechtlichen Nachteile, und stellte die Arbeitnehmer vor die Wahl selber zu kündigen oder zu den geänderten Bedingungen weiterzuarbeiten. Der OGH ortet hier ähnlich verpönte Umgehungstendenzen wie beim System der Kettenverträge, sodass bereits die zweite Befristung des Provisionssystems auf ihre sachliche Rechtfertigung zu prüfen ist. Eine abschließende Beurteilung des Falles wird vom OGH jedoch mangels erhobener Tatsachen nicht vorgenommen.

4.3.3.3. Grenze des „Billigen Ermessens“

Einseitige Gestaltungsrechte können im Privatrecht somit nicht schrankenlos eingeräumt werden, und auch die Ausübung des Gestaltungsrechtes kann nicht der Willkür des Berechtigten überlassen werden. Vielmehr sind einer willkürlichen Leistungsbestimmung „objektive“ Grenzen zu setzen. Als objektive Grenze der möglichen Vereinbarung von Gestaltungsrechten wird dabei billiges Ermessen angesehen. Dafür wurden in Literatur und Judikatur zwei verschiedene Ansätze gewählt. Einerseits wird an das Bestimmtheitserfordernis rechtsgeschäftlicher Erklärungen angeknüpft und andererseits an die Trennung in Haupt- und Nebenleistungen des Vertrages. Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Grundsatz von Treu und Glauben wird zur Begrenzung des Gestaltungsrechtes auf billiges Ermessen herangezogen.

In der Literatur wird vertreten, dass um das Erfordernis der Bestimmtheit zu erfüllen, die Leistung nicht mehr ausschließlich vom Willen einer Partei abhängig sein

darf.¹⁷⁸ Die Vereinbarung, dass die Leistungsfestsetzung nach dem Ermessen des Berechtigten oder eines Dritten erfolgen soll, ist dabei ausreichend um Willkür vorzubeugen.¹⁷⁹ Allerdings sind auch Ermessenentscheidungen nicht unbeschränkt zulässig, sondern auch hier „objektive Schranken“ zu beachten. Sind die Vertragsleistungen nur bestimmbar und sollen aufgrund späterer Ereignisse und Verhältnisse konkretisiert werden, dürfen diese, um das Erfordernis ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit zu erfüllen, nicht schlechtweg vom Willen einer Partei abhängig sein.¹⁸⁰ Um dem Ermessen objektive Schranken zu setzen wird bei Hauptpunkten des Vertrages, wie der Entgeltleistung, billiges Ermessen gefordert. Gelingt es nicht die Willenserklärungen der Parteien so zu interpretieren, dass zumindest konkludent die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen festgelegt wurde, so ist die Vereinbarung mangels Bestimmtheit unwirksam. In diesem Fall greift § 1152 ABGB ein, demzufolge dem Arbeitnehmer mangels einer bestimmten Entgeltvereinbarung ein angemessenes Entgelt zusteht.¹⁸¹

Das Kriterium der Billigkeit hinsichtlich der Vereinbarung von Gestaltungsrechten findet sich in der Judikatur zunächst bei der Unterwerfung des Käufers unter die Preisbestimmung des Verkäufers. Dazu hat der OGH 1952 ausgesprochen, dass diese Unterwerfung nicht bedeutet, dass deshalb der Käufer unter allen Umständen jeden Preis zahlen müsste, den der Verkäufer bestimmt. Vielmehr erfolgt die Preisunterwerfung immer „unter der subintelligierten Bedingung, daß die festgesetzte Preisbestimmung nicht offenbar unbillig ist und das Ausmaß dessen überschreitet, womit der Käufer überhaupt hätte rechnen können“¹⁸².

Zur Frage des Umfanges vertraglich eingeräumten Ermessens hat der OGH dann 1969 in einem Verfahren über einen Vertrag über die Lieferung von Sand- und Kiesmaterial für Bauarbeiten in Anlehnung an *Gschnitzer*¹⁸³ ausgesprochen, dass beliebiges Ermessen überhaupt nur hinsichtlich nebensächlicher Punkte wirksam vereinbart werden kann. Wenn beliebiges Ermessen eines Vertragspartners vereinbart werden soll, muss dies ausdrücklich oder zumindest mit Worten, die keinen Zweifel offen lassen, geschehen. Der OGH ergänzt, dass die Frage, ob die von einem Vertragspartner getroffene Ermessensentscheidung tatsächlich der Billigkeit entspricht, von der anderen

¹⁷⁸ Vgl *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 53.

¹⁷⁹ *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204.

¹⁸⁰ *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 53 f.

¹⁸¹ *Krejci*, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 204 ff.

¹⁸² OGH 20.2.1952, 1 Ob 140/52, SZ 25/46.

¹⁸³ *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 54.

Vertragspartei der gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann. Die Überprüfung erstreckt sich dabei nicht nur auf den Umfang der Leistung sondern auch darauf, ob überhaupt zu leisten ist.¹⁸⁴

Eine der ersten Entscheidungen in denen der OGH zu Gestaltungsrechten des Arbeitgebers Stellung nahm erging 1980, wobei die Einflussnahmemöglichkeit des Arbeitgebers hier nur ein Element darstellte, das zusammen mit anderen schließlich die Sittenwidrigkeit der Entgeltvereinbarung begründete. In dem Fall war ein im Vorhinein konkret bestimmtes Arbeitsentgelt nicht vereinbart. Vielmehr wurde zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, dass sich das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers bei Pauschalarbeiten nach den zwischen Arbeitgeber und Kunden vereinbarten Preisen richtet. Die Höhe des Entgelts des Dienstnehmers hing somit von der Willenseinigung des Dienstgebers und dessen Kunden ab, und konnte vom Dienstnehmer nicht beeinflusst werden. In der Entscheidung sprach das Höchstgericht aus, dass durch eine solche Vereinbarung, im Ergebnis der Arbeitgeber einseitig, und jedenfalls ohne Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers dessen Arbeitsentgelt bestimmt. Der OGH sah dabei auch als problematisch an, dass kein Mindestentgelt vereinbart wurde, dass die Arbeiten im Ausland durchzuführen waren, wobei für den Arbeitnehmer die dadurch entstehenden Kosten nicht abschätzbar waren, und dass bei einer Weigerung des Arbeitnehmers zu diesen Bedingungen zu arbeiten dieser mit der Entlassung bedroht wurde. Aus diesen Gründen wurde die Vereinbarung vom OGH als sittenwidrig qualifiziert.¹⁸⁵

Die vom OGH getroffene Abgrenzung in Haupt- und Nebenpunkte des Vertrages wurde in die arbeitsrechtliche Judikatur übernommen und um den Aspekt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erweitert.

Im Jahr 1988 entschied der OGH über eine Vereinbarung von Betriebspensionen der Voest-Alpine, in der dem Arbeitgeber ein Widerrufsvorbehalt und somit ein einseitiges Gestaltungsrecht bezüglich eines wesentlichen Teils der vom Arbeitgeber zu erbringenden Hauptleistung eingeräumt wurde. Das Höchstgericht sprach dabei, seiner früheren Judikatur folgend aus, dass auch wenn keinerlei Kriterien für die Ausübung des Ermessens vorgegeben sind, für Hauptpunkte des Vertrages die Leistungsbestimmung unter Zugrundelegung der nach § 914 AGBG heranzuziehenden Verkehrsübung sowie der ohne einseitige Gestaltungsbefugnis anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften über die

¹⁸⁴ OGH 14.5.1969, 5 Ob 66/69, SZ 42/77.

¹⁸⁵ OGH 19.12.1980, 4 Ob 138/79.

Bemessung der Leistung, nicht nach freiem Belieben, sondern nach billigem Ermessen vorzunehmen ist, wobei sie sich im Rahmen des in vergleichbaren Fällen Üblichen zu halten hat, und somit die Verkehrssitte und den Geschäftszweck zu berücksichtigen hat. Bei Unbilligkeit der Leistungsbestimmung ist eine gerichtliche Korrektur vorzunehmen.¹⁸⁶ Steht das Leistungsbestimmungsrecht nicht einem Dritten, sondern einer Vertragspartei zu, ist eine weitergehende Ermessenskontrolle anzuwenden. In diesem Fall ist nicht nur eine offenbar unbillige, sondern jede unbillige Leistungsbestimmung als unverbindlich zu qualifizieren. Im Bereich des Arbeitsrechts ist dies aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abzuleiten, die den Arbeitgeber zur Wahrung der ideellen und materiellen Interessen des Arbeitnehmers auch bei Ausübung eingeräumter Gestaltungsrechte verpflichtet.¹⁸⁷

Ebenfalls auf die Fürsorgepflicht berief sich der OGH¹⁸⁸ in einer Entscheidung über den Bezug von vergünstigtem „Personalstrom“ durch die Arbeitnehmer eines Betriebes. Das Ausmaß der Vergünstigung, also die Preisfestsetzung für den Strombezug, wurde dabei vom Arbeitgeber einseitig durch Vorstandsbeschluss festgesetzt. Der OGH hat hinsichtlich der Ausübung dieses einseitigen Gestaltungsrechtes, auch hier mit Rückgriff auf die Fürsorgepflicht, ausgesprochen, dass jede unbillige Leistungsbestimmung als unverbindlich zu qualifizieren ist. Der Eingriff des Arbeitgebers darf nicht schwerwiegender ausfallen, als es die Belange des Betriebes unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer erfordern. Die Grenze wird hier also vom OGH aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beim billigen Ermessen festgesetzt. Allerdings wird hier vom OGH bereits eine Ausübungskontrolle vorgenommen und die Geltungskontrolle übersprungen bzw. die wirksame Vereinbarung des Gestaltungsrechtes vorausgesetzt. Es kann also davon ausgegangen werden, dass der OGH eine gültige Vereinbarung eines Gestaltungsrechtes nur für zulässig ansieht, wenn dieses (zumindest konkludent) unter der Voraussetzung des billigen Ermessens vereinbart wird. Treffend weißt *Apathy*¹⁸⁹ in der Glosse zu dieser Entscheidung darauf hin, dass sich eine Partei der Bestimmung durch die andere Partei nur insoweit unterwerfen kann, als sie das Ausmaß dessen, womit die unterworfenen Partei überhaupt rechnen konnte nicht unterschreitet.

¹⁸⁶ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94.

¹⁸⁷ OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 mit Berufung auf *Krejci*, Grenzen einseitiger Leistungsbestimmung durch den AG, ZAS 1983, 206; kritisch *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung des AG, DRdA 1991, 1 ff.

¹⁸⁸ OGH 15.5.1989, 9 Ob A 266/88, DRdA 1991/10 (*Apathy*).

¹⁸⁹ OGH 15.5.1989, 9 Ob A 266/88, DRdA 1991/10 (*Apathy*).

In einer späteren Entscheidung nimmt der OGH einen Rückgriff auf die Regeln der Vertragsauslegung (§ 914 ABGB) und den Grundsatz von Treu und Glauben, um die Begrenzung eines Änderungsvorbehaltens durch billiges Ermessen zu begründen und betont, dass in zumutbarem Ausmaß auch Verschlechterungen der Stellung des Arbeitnehmers möglich sein können. Vom OGH wird hier eine Geltungskontrolle einer aufgrund eines Änderungsvorbehaltes eingeführten Vertragsklausel vorgenommen.¹⁹⁰ In dem Fall wurden vom Arbeitgeber nach Vertragsabschluss in einer Dienstanweisung Regelungen über den Ersatz von Ausbildungskosten aufgestellt. Der OGH sprach dazu aus, dass der Arbeitnehmer Kurse auf Weisung des Arbeitgebers zu besuchen hatte, und gar keine Möglichkeit bestand den Kursbesuch zu verweigern. Dieses einseitige Einführen einer bei Vertragsabschluß noch nicht vorhandenen Rückzahlungspflicht und weisungsgemäße Bestimmung des Arbeitnehmers zu Besuchen von die Rückzahlungspflicht auslösenden Kursen überschreitet nach Ansicht des OGH jedoch die Grenze des billigen Ermessens. Der Änderungsvorbehalt war daher nicht geeignet die Dienstanweisung Vertragsinhalt werden zu lassen.

Der Rückgriff auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur Begrenzung des Gestaltungsrechtes auf Ausübung nach billigem Ermessen wird von *Risak*¹⁹¹ als obsolet angesehen, da im Zweifel bei allen Vertragstypen billiges Ermessen die Ausübungsgrenze darstellt. Vielmehr beschränkt nach *Risak* die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht die Möglichkeit der Vereinbarung von entgeltbeeinflussenden Gestaltungsrechten. Es sei den Vertragsparteien daher auch möglich Gestaltungsrechte jenseits der Grenze des billigen Ermessens zu vereinbaren. Eine absolute Untergrenze stellen dabei die *laesio enormis* (§ 934 ABGB) bzw. die Verfügung nur über die Hälfte des künftigen Vermögens (§ 944 ABGB) dar.¹⁹²

Die Zulässigkeit der Vereinbarung von Gestaltungsrechten über die Grenze des billigen Ermessens ist wohl nur in einzelnen Ausnahmefällen zulässig. Eine konkludente Vereinbarung ist jedenfalls nicht möglich, da dies über den Rahmen dessen hinausgehen würde womit der Unterworfene rechnen müsste. Wird ein Gestaltungsrecht nach freiem Ermessen vereinbart, so unterwirft sich der Arbeitnehmer dadurch sehr stark dem freien Entscheiden des Arbeitgebers. Eine derartige Inäquivalenz der Rechtspositionen wird in der Regel nicht zulässig sein. Gibt es hingegen Aspekte die diese große Ungleichstellung

¹⁹⁰ OGH 17.5.2000, 9 Ob A 77/00i, DRdA 2001, 324 (*Resch*).

¹⁹¹ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 277.

¹⁹² *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 37 f.

der Parteien ausgleicht, lag keine verdünnte Willensfreiheit des Arbeitnehmers vor (und zwar über jene typischerweise gegebene, die bereist durch zwingende Vorschriften ausgeglichen wird) und wurde über das Gestaltungsrecht eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, kann eine Vereinbarung über das billige Ermessen hinaus im Einzelfall möglich sein. Wesentlich dabei ist auch, dass die Parameter für die Ausübung des Gestaltungsrechts möglichst bestimmt gehalten werden, um dem Arbeitnehmer die Abschätzung der Folgen zu ermöglichen, und somit die Übermacht des Arbeitgebers zu verringern.

Als Ergebnis ist jedoch festzuhalten, dass nach herrschender Literatur und Judikatur einseitige Gestaltungsrechte nur unter der Schranke des billigen Ermessens vereinbart werden können.

4.3.4. Grenzen der Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte

Wurde im Rahmen der Geltungskontrolle die wirksame Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungsrechtes des Arbeitgebers bejaht, ist im Falle der Ausübung des Gestaltungsrechtes durch den Arbeitgeber diese einer Ausübungskontrolle zu unterziehen. Dabei ist zu prüfen, ob das Gestaltungsrecht innerhalb des wirksam vereinbarten Rahmens ausgeübt wurde.

Da zwischen der Vereinbarung des Gestaltungsrechtes und dessen Ausübung oft Jahre liegen, können bei der Ausübungskontrolle durchaus andere Umstände maßgeblich sein als bei der Geltungskontrolle und daher zu einem anderen Beurteilungsergebnis führen. Lag bei der Vereinbarung des Gestaltungsrechtes beispielsweise noch kein Verstoß gegen kollektivrechtliche Mindestlohnvorschriften vor, so kann durch eine zwischenzeitliche Anhebung des Mindestlohns bei der Ausübung des Gestaltungsrechtes eine unzulässige Unterschreitung des Mindestlohns vorliegen. Andererseits führt die Vergrößerung des Abstandes zwischen dem Entgelt des Arbeitnehmers und dem Mindestlohn durch zB jährlich vorgenommene Gehaltserhöhungen zu einer anderen Beurteilung der Ausübung als sie zum Zeitpunkt der Vereinbarung erfolgt wäre.

4.3.4.1. Vertragliche Vereinbarung

Die Ausübungskontrolle eines einseitigen Gestaltungsrechtes hat sich zunächst daran zu orientieren, was von den Vertragsparteien vereinbart wurde. Es ist daher als

erstes im Wege der Vertragsauslegung zu prüfen in welchem Umfang das Gestaltungsrecht eingeräumt werden sollte. Dabei kommen die allgemeinen Auslegungsregeln des Vertragsrechts, insbesondere die §§ 914 und 915 ABGB zur Anwendung, wonach zunächst auf den Parteiwillen und die Übung des redlichen Verkehrs abzustellen ist. Ergibt sich aus der Vereinbarung kein eindeutiger Parteiwille und ist auch keine Verkehrssitte anwendbar, kommt die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB zur Anwendung, wonach im Zweifel unklare Erklärungen zu Lasten desjenigen ausgelegt werden, der sich ihrer bedient hat.

Von der Rechtsprechung wurde darauf hingewiesen, dass Widerrufsvorbehalte immer eng auszulegen sind.¹⁹³ Jedoch darf die Ausübung nicht so eng determiniert werden, dass es dem Wesen eines Gestaltungsrechts widerspräche. Dem Gestaltungsberechtigten muss also Raum zur eigenständigen Disposition bleiben.¹⁹⁴

Wesentlich für die Auslegung des Gestaltungsrechtes ist beispielsweise auch aus welchem Grund dieses vereinbart wurde. Es ist jedenfalls empfehlenswert die Parameter für die Ausübung des Gestaltungsrechtes so bestimmt wie möglich zu vereinbaren. Unter dem Aspekt der „Übermachtsbetrachtung“ ist davon auszugehen, dass je bestimmter die Parameter sind, die Vereinbarung umso weniger bedenklich erscheint.¹⁹⁵

Wurden im Vertrag für die Ausübung des Gestaltungsrechtes keine ausdrücklichen engeren Grenzen vereinbart, so steckt jedenfalls wie oben gezeigt das billige Ermessen die äußerste Grenze ab. Das billige Ermessen wird von *Risak* auch als gemäß § 914 ABGB im Wege der Vertragsauslegung heranzuziehende Verkehrsübung gesehen.¹⁹⁶

Was jedoch genau unter „billigem Ermessen“ zu verstehen ist nicht einfach zu bestimmen. Das billige Ermessen stellt eine schwer zu fassende Generalklausel dar, die stark von den Umständen im Einzelfall abhängig ist. Jedenfalls ist vertraglich aber nur eine Änderung des Vertrages in einem Ausmaß vereinbart mit dem der Gestaltungsunterworfenen überhaupt rechnen konnte.¹⁹⁷

¹⁹³ OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, JBl 1998, 194 = Arb 11.625 = RdW 1999, 39.

¹⁹⁴ OGH, 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 9 (*Tomandl*).

¹⁹⁵ Vlg *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltung im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 111.

¹⁹⁶ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 327.

¹⁹⁷ OGH 20.2.1952, 1 Ob 140/52, SZ 25/46.

4.3.4.2. Ausübung nach billigem Ermessen

In einer 1996 ergangenen Entscheidung¹⁹⁸ hat der OGH zur Beurteilung des billigen Ermessens einige Anhaltspunkte geliefert. Das Höchstgericht musste dabei über einen Fall entscheiden, in dem vom Arbeitgeber einseitig aufgrund eines vereinbarten Gestaltungsrechtes das Provisionssystem von einer umsatzabhängigen Provision auf eine „Deckungsbeitrag“ abhängige Provision geändert wurde. Bei der Beurteilung der Ausübung eines eingeräumten Gestaltungsrechtes sind laut OGH rechtsethische Erwägungen, die Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und grobe Äquivalenzstörungen in folge Ausnützung der Machtposition bzw. Übermacht des Arbeitgebers einer Gesamtwürdigung zu unterziehen. Diese Gesamtwürdigung ist im Sinne eines beweglichen Systems vorzunehmen, wobei insbesondere die Auswirkungen der Änderung des Provisionssystems auf den Arbeitnehmer sowie das Verhältnis seines überkollektivvertraglichen Entgelts zum kollektivvertraglichen Mindeststandard zu berücksichtigen sind.

Die Rechte des Arbeitnehmers würden laut OGH nur verletzt werden, wenn der Arbeitgeber gegen den Inhalt des Arbeitsvertrages verstieße oder seine Maßnahmen nur das Ziel verfolgen, dem Angestellten Schaden zuzufügen. Auch kann eine im Rahmen des billigen Ermessens vorgenommene Vermehrung der Arbeitszeit oder Arbeitslast alleine noch keine Sittenwidrigkeit begründen. Muss der Arbeitnehmer zwar mehr Verträge abschließen um trotz Änderung des Provisionssystems dasselbe Entgelt zu erhalten, wurde ihm jedoch der Vertragsabschluss erleichtert, so befindet sich die Ausübung des Gestaltungsrechtes noch innerhalb der Grenzen des billigen Ermessens. Dabei ist für die Beurteilung nicht nur auf den Zeitpunkt der Umstellung des Provisionssystems abzustellen, sondern auch eine Prognose der voraussichtlichen Entwicklungen mit einzubeziehen.¹⁹⁹

In einer späteren Entscheidung hatte der OGH über eine Tantieme eines Geschäftsführers zu entscheiden.²⁰⁰ Dabei war im Dienstvertrag vereinbart, dass bei positivem Jahresabschluss die Generalversammlung des Dienstgebers über die Gewährung einer Tantieme entscheidet, wobei kein Rechtsanspruch besteht. Nachdem die Tantieme einige Jahre hindurch ausbezahlt wurde, wurde im streitgegenständlichen Jahr trotz eines positiven Betriebsergebnisses kein Antrag bei der Generalversammlung auf Gewährung

¹⁹⁸ OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2207/96h, JBl 1997, 473 = infas 1997, A 33.

¹⁹⁹ OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2207/96h, JBl 1997, 473 = infas 1997, A 33.

²⁰⁰ OGH 16.4.1998, 8 Ob A 80/98t.

einer Tantieme gestellt. In diesem Jahr war von einer Unternehmensberaterin ein hohes Verbesserungspotential bei der wirtschaftlichen Führung des Unternehmens festgestellt worden. Mangels Ausnützung dieses Verbesserungspotentials durch die Geschäftsführer wurde beschlossen diesen für das gegenständliche Jahr keine Tantieme auszubezahlen. Vom Dienstnehmer wurde daraufhin vorgebracht, dass die Dienstgeberin treuwidrig den Bedingungseintritt für den Tantiemenanspruch vereitelt habe, weil sie keinen Antrag bei der Generalversammlung eingebracht habe.

Das Berufungsgericht stimmte der dieser Auffassung des Dienstnehmers zu und sprach aus, dass die Vorgangsweise der Dienstgeberin, trotz Steigerung des Betriebsergebnisses die Entscheidung der Generalversammlung durch Unterlassung eines Antrages zu vereiteln, als willkürlich angesehen werden müsse. Wenn die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nur scheinbar in der Ingerenz des Arbeitnehmers liege, vom Arbeitgeber allerdings durch eine in seiner Willkür gelegenen Handlungsweise beeinflusst werden kann, besteht laut Berufungsgericht eine grobe Äquivalenzstörung zuungunsten des Arbeitnehmers und somit Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB.

Der OGH hingegen sprach aus, dass es im Rahmen des der Dienstgeberin eingeräumten Ermessens keine grobe Äquivalenzstörung darstelle, wenn der Arbeitgeber mehr auf die ungenutzten Verbesserungspotentiale als auf den in Relation zu diesen nur mäßigen Unternehmenserfolg achtete. Eine betriebswirtschaftliche Beurteilung des „ausreichenden Jahresgewinnes“ und eine dem Arbeitgeber im Rahmen seiner Geschäftsführung zustehende Definitionsbefugnis des Gewinnbegriffs sind nicht als sittenwidrig zu beurteilen. Ausdrücklich weist der OGH dabei darauf hin, dass die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb zu beachten ist.²⁰¹

Zur Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen hat der OGH auch noch ausgesprochen, dass sich diese im Rahmen des in vergleichbaren Fällen etwa üblichen zu halten und somit die Verkehrssitte und den Geschäftszweck zu berücksichtigen hat.²⁰² Durch nach billigem Ermessen ausgeübte Gestaltungsbefugnisse ist nicht nur eine Verbesserung der Position des Dienstnehmers, sondern auch eine Verschlechterung möglich.²⁰³

In der Literatur wurde betont, dass ein Aspekt des billigen Ermessens sei, dass sich der Arbeitgeber bei der Ausübung des ihm eingeräumten Gestaltungsrechtes nicht von

²⁰¹ OGH 16.4.1998, 8 Ob A 80/98t.

²⁰² OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 9 (*Tomandl*); OGH 1997, Arb 11.883 = RdM 1998/1.

²⁰³ Vgl zB OGH 15.9.1999, 9ObA126/99s.

unsachlichen oder rechtswidrigen Beweggründen leiten lassen darf, sondern sein Handeln vielmehr von sachlichen und unternehmensbezogenen Gründen geleitet werden muss.²⁰⁴

Durch die Billigkeit soll im Einzelfall die Austauschgerechtigkeit hergestellt werden, wobei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, und eine Gegenüberstellung und Bewertung der Interessenlage beider Vertragsparteien erreicht werden soll. *Egger*²⁰⁵ führt als berücksichtigungswürdige Umstände beispielsweise an: die Risikoverteilung, Vermögens- bzw. Einkommensverhältnisse der Parteien, soziale Gesichtspunkte, persönliche Umstände, Verteuerung der Lebenshaltungskosten oder Belange des Betriebes. Auch die Auswirkungen der Ausübung des Gestaltungsrechtes und das Verhältnis des Entgelts des Arbeitnehmers zum kollektivvertraglichen Mindestlohn sind bei der Gesamtwürdigung der Umstände zu beachten.²⁰⁶

In die Interessenabwägung sind jedoch nicht alle möglichen Interessen und Aspekte mit einzubeziehen, sondern nur jene, die ausdrücklich vereinbart wurden oder sich aus der Art des Entgelts oder dem Grund für die Vereinbarung des Gestaltungsrechtes ergeben, also nur jene, die von den Parteien als relevant angesehen wurden, und daher Eingang in den Vertrag gefunden haben. Wirtschaftliche Verhältnisse der Vertragsparteien oder persönliche Lebensumstände sind nur zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich für die in Frage stehende Leistung von Bedeutung waren bzw. bei der ursprünglichen Festsetzung der Leistung miteinbezogen wurden.²⁰⁷

Hinsichtlich der Entgeltgestaltungsrechte wird von *Risak* dabei nach der Entgeltart unterschieden. Wurde im Vertrag beispielsweise Zeitentgelt vereinbart, kann durch ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers dieses nicht in ein Erfolgslohnsystem umgewandelt werden. Auch trägt beim reinen Zeitlohn der Arbeitnehmer nicht das Risiko für seinen persönlichen Leistungsabfall bzw. das wirtschaftliche Unternehmerrisiko. Änderungen in diesen Bereichen können daher nicht durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes korrigiert werden.²⁰⁸

Wird das Entgelt hingegen von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig gemacht, so wurden der individuellen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers bei Vertragsabschluß Bedeutung eingeräumt.

²⁰⁴ *Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung des AG, DRdA 1991, 6; *Egger*, Zur Zulässigkeit einer Konkurrenzklausel, DRdA 2000, 402.

²⁰⁵ *Egger*, Zur Zulässigkeit einer Konkurrenzklausel, DRdA 2000, 402.

²⁰⁶ *Egger*, Zur Zulässigkeit einer Konkurrenzklausel, DRdA 2000, 402.

²⁰⁷ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 332 f.

²⁰⁸ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 334 f.

Wird nun ein innerhalb eines solchen Vertragsverhältnisses ein eingeräumtes Gestaltungsrecht ausgeübt, können die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft bei der Interessenabwägung herangezogen werden. Die wirtschaftliche Lage wird bei der Vereinbarung einer rein leistungsbezogenen Entlohnung, wie dem Akkordlohn, hingegen nicht berücksichtigt und kann daher auch nicht zur Begründung für die einseitige Abänderung des Lohnsystems herangezogen werden.²⁰⁹

Wird hingegen eine Entgeltform vereinbart, die nicht nur von der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers, sondern auch von der wirtschaftlichen Lage, zB der Marktlage in der Branche, abhängt, können diese Aspekte auch zur Rechtfertigung der Ausübung eines Gestaltungsrechtes herangezogen werden.

4.3.4.3. Sonstige zu beachtende Grenzen

Wie oben bereits angesprochen ziehen auch die Regeln der Laesion enormis und des Lohnwuchers Grenzen für die wirksame Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungsrechtes. Bei der Beurteilung der Ausübung des Gestaltungsrechtes ist hinsichtlich dieser Grenzen auf den Ausübungszeitpunkt abzustellen. Dies kann aufgrund geänderter Umstände (zB höheres Gehalt des Arbeitnehmers) auch zu einem anderen Beurteilungsergebnis führen als eine Beurteilung im Vereinbarungszeitpunkt.

Auch ein allenfalls anwendbares kollektivrechtliches Mindestentgelt darf durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes nicht unterschritten werden. Auch der arbeitsrechtliche Gleichheitsgrundsatz und andere Gleichbehandlungsgebote sind bei der Ausübung eingeräumter Gestaltungsrechte zu beachten, sowie, dass es durch die Ausübung des Gestaltungsrechtes zu keinen Gesetzesumgehungen kommt (zB Entgeltfortzahlungsbestimmungen).

Nimmt man mit *Risak*²¹⁰ an, dass auch über billiges Ermessen hinaus Gestaltungsrechte eingeräumt werden können, so setzt in diesem Bereich die rechtsmissbräuchliche Ausübung der Ausübung des Gestaltungsrechtes Grenzen. Darunter ist eine Ausübung in Schädigungsabsicht zu verstehen, sowie eine Ausübung bei der unlautere Motive im Vordergrund stehen und ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Ausübenden und den Interessen des anderen besteht.

²⁰⁹ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 335 ff.

²¹⁰ *Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 329.

4.3.4.4. Ergebnis

Neben vertraglich vereinbarten und sonstigen vorgegebenen Grenzen die bei der Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechtes zu beachten sind, ist also vor allem eine Interessenabwägung im Einzelfall im Sinne des billigen Ermessens vorzunehmen.

Dabei sind (nur) jene Kriterien zu beachten, die auch in der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung Beachtung gefunden haben. Dies können eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, der Abstand des Entgelts von Mindestlohnvorschriften und die jeweilige Funktion des Entgelts sein, aber auch wirtschaftliche Gründe, wie eine schlechte Geschäftsführung des Arbeitnehmers. Aus Sicht des Arbeitgebers darf die Ausübung des Gestaltungsrechtes nur aus sachlichen Gründen vorgenommen werden.

Ein Verbot durch einseitige Gestaltungsrechte die Lage des Arbeitnehmers zu verschlechtern besteht nicht. Es ist also durchaus möglich, einseitige Gestaltungsrechte einzuräumen, bei deren Ausübung es zu einer Entgeltkürzung des Arbeitnehmers kommt.

4.3.5. Indirekte Einflussmöglichkeit des AG

Nicht nur durch einseitig eingeräumte Gestaltungsrechte kann der Arbeitgeber das Entgelt des Arbeitnehmers beeinflussen. Insbesondere bei erfolgsabhängigen Entgelten kann der Arbeitgeber durch unternehmerische Entscheidungen einen Einfluss auf die Höhe des Entgelts des Arbeitnehmers nehmen ohne, dass dazu spezielle Gestaltungsrechte notwendig sind. Angesprochen sind hier die dem Arbeitgeber gegebenen indirekten Möglichkeiten auf die Höhe des Entgelts Einfluss zu nehmen, also nicht die oben besprochenen dezidiert eingeräumten Gestaltungsrechte. Je nach Ausgestaltung der Vereinbarung bestehen diese indirekten Einflussmöglichkeiten in unterschiedlicher Intensität. Durch innerbetriebliche Entscheidungen kann der Arbeitgeber beispielsweise Einfluss auf die Höhe der entsprechenden Kennzahlen nehmen an die die Erfolgsbeteiligung angeknüpft wird. Entscheidungen über Produktion und Werbung, viel mehr aber über Veränderung der Ausgabenseite und Investitionen (Personalaufstockung, Marketing, technische Neuerungen) oder buchhalterische Entscheidungen (Ausnutzung der buchhalterischen Möglichkeiten zur Erhöhung oder Schmälerung des handels- bzw. steuerrechtlichen Gewinns) können die Höhe der Kennzahlen und somit des Erfolges wesentlich beeinflussen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage inwieweit wirtschaftliches Handeln des Arbeitgebers, das Auswirkungen auf den Unternehmenserfolg und somit die Erfolgsbeteiligung hat, unwirksam sein kann.

Wird zwischen den Arbeitsvertragsparteien eine Erfolgsbeteiligung vereinbart die an Kennzahlen anknüpft auf die der Arbeitgeber durch seine unternehmerischen Entscheidungen Einfluss hat, so wird damit auch implizit vereinbart, dass die Entgelthöhe von diesen Entscheidungen abhängig ist.

In der Literatur wird darin auch vereinzelt eine implizite Einräumung eines Gestaltungsrechts über Eigenleistungen gesehen, das nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden darf.²¹¹ Dieser Ansicht ist nicht uneingeschränkt zu folgen. Gestaltungsrechte sind Rechte, die dem Gestaltungsbefugten die Möglichkeit einräumen durch einseitige Erklärung eine Änderung der Rechtsverhältnisse, also eine Anpassung des Vertrages, herbeizuführen. Die hier angesprochenen Entscheidungen des Arbeitgebers bewirken allerdings nicht eine einseitige Vertragsänderung. Entschließt sich der Arbeitgeber Marketingmaßnahmen oder Investitionen in neue Maschinen durchzuführen, die einen positiven Einfluss auf den Erfolg des Unternehmens und somit die Höhe des Entgelts haben, so wird damit das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht verändert.

Grenzen für die unternehmerischen Entscheidungen im Zusammenhang mit erfolgsabhängigen Entgelten können sich aus der Vertragsvereinbarung oder aus der Sittenwidrigkeit ergeben.

4.3.5.1. Einschränkung des Arbeitgeberhandelns durch vertragliche Vereinbarung

Für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser indirekten Einflussmöglichkeiten ist zu prüfen was im Rahmen der Erfolgsbeteiligung zwischen den Parteien, zumindest schlüssig, vereinbart wurde bzw. auf welche Komponenten bei der Vertragvereinbarung Bezug genommen wurde. Rein wirtschaftliche Entscheidungen, die sich indirekt auf die Entgelthöhe auswirken, also nur eine Reflexwirkung auf das Entgelt haben, sind als typische unternehmerische Alleinentscheidung vom Arbeitnehmer zu akzeptieren. So liegt die Preisgestaltung und Festlegung der Unternehmensziele im alleinigen Entscheidungsbereich des Unternehmens. Rechte des Angestellten werden nur Berührt,

²¹¹ Löschnigg, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 473.

wenn der Dienstgeber dabei gegen den Inhalt des Dienstvertrages verstößt, oder die Umstrukturierung nur das Ziel verfolgt, dem Angestellten zu schaden.²¹²

Wurde hingegen im Arbeitsvertrag auch auf das Arbeitgeberhandeln Bezug genommen, und handelt der Arbeitgeber dann entgegen dieser Vereinbarung, so wird er vertragsbrüchig. Ist im Arbeitgeberhandeln auch Verschulden zu erkennen, wird er dem Arbeitnehmer gegenüber schadenersatzpflichtig.

Im Vertrag können bestimmte Verhaltenspflichten zur Wahrung der Interessen des Arbeitnehmers hinsichtlich seines erfolgsbezogenen Entgelts konkret vereinbart werden oder sich konkludent aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Wurde beispielsweise im Arbeitsvertrag vereinbart, dass dem Arbeitnehmer bestimmte Arbeitsmaterialien (zB Zugang zu Datenbanken, bestimmte Maschinen, neueste Programme) zur Verfügung gestellt werden und unterlässt der Arbeitgeber durch eine unternehmerische Entscheidung den Einkauf bzw die Besorgung dieser Utensilien oder Möglichkeiten, so handelt er vertragswidrig.

Der Zugang zu bestimmten Arbeitsmitteln kann sich auch konkludent aus der Vertragsvereinbarung ergeben. Wurde beispielsweise im Arbeitsvertrag ein erfolgababhängiges Entgelt vereinbart, das an einer bestimmten Kennzahl anknüpft, und ist für die Erreichung dieser Kennzahl der Zugang zu einer Datenbank notwendig, so kann sich aus der Vertragsauslegung ergeben, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist diesen Zugang bereitzustellen. Unterlässt der Arbeitgeber aufgrund unternehmerischer Entscheidungen (etwa Kostenersparnis) die Zurverfügungstellung des Zugangs oder stellt er nur eine minderwertigere Datenbank zur Verfügung, mit der der Arbeitnehmer nur ein schlechteres Ergebnis erzielen kann, widerspricht dies der vertraglichen Vereinbarung.

Für Provisionsangestellte ergeben sich aus § 12 AngG spezielle entgeltbezogene Interessenwahrungspflichten des Arbeitgebers. Wird nämlich der Dienstnehmer vom Dienstgeber vertragswidrig gehindert Provisionen oder Taggelder in dem vereinbarten oder in dem zu erwartenden Umfang zu verdienen, hat der Dienstnehmer nach dieser Bestimmung Anspruch auf Entschädigung. Diese Schadenersatznorm normiert eine spezielle Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Diese kann durch arbeitsvertragliche Regelung auch erweitert werden, eine Einschränkung ist jedoch aufgrund der zwingenden Wirkung des § 12 AngG nicht möglich.

²¹² OGH 10.10.1990, 9 Ob A 235/90 = ARD 4237/30/91 = Jus 1991 Z 734 = ÖJZ-NRsp 1991/39; Schindler, Widerrufsklauseln und einseitige Änderungsrechte in *Resch*, Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag (2004) 57.

Der Entschädigungsanspruch nach § 12 AngG setzt ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers voraus, das den Angestellten am Verdienen von Provisionen hindert. Unter vertragswidrigem Verhalten ist jedes schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers zu verstehen, das mit der zwischen ihm und dem Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarung in Widerspruch steht. Ob ein solcher Widerspruch vorliegt, richtet sich nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages, dessen Gestaltung der Parteiendisposition überlassen bleibt.²¹³

Vertragswidriges Handeln des Arbeitgebers kann beispielsweise die Vorenthaltung erforderlicher Unterlagen oder Materialien, die Unterlassung der Aushändigung erforderlicher Urkunden, die ungebührliche Verzögerung der Korrespondenz mit dem Angestellten oder die Nichtzahlung vertraglich vereinbarter Auslagenvorschüsse oder Reisekostenvorschüsse sein.²¹⁴

4.3.5.2. Einschränkung des Arbeitgeberhandelns durch Sittenwidrigkeit

Eine rechtsmissbräuchliche und sittenwidrige Ausübung der unternehmerischen Entscheidungen liegt vor, wenn die Handlung des Arbeitgebers in Schädigungsabsicht erfolgt, also alleine das Ziel verfolgt den Arbeitnehmer zu schädigen. In einem solchen Falle steht dem Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch gemäß § 1295 Abs 2 ABGB zu.²¹⁵

*Löschnigg*²¹⁶ hingegen zieht den Handlungsspielraum des Arbeitgebers enger und meint, dass die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung automatisch zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungen nach den Grundsätzen des billigen Ermessens führt, und somit den Arbeitgeber zur Hintanhaltung unbilliger wirtschaftlicher Dispositionen verpflichtet. Die Grenze rechtmäßigen Arbeitgeberhandelns sieht *Löschnigg* daher nicht in der bewussten Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers, sondern im billigen Ermessen.

Eine derart strenge Begrenzung zulässigen Arbeitgeberhandelns hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen mit indirekter Auswirkung auf Erfolgsbeteiligungen ist überschießend. Würden in einem Unternehmen mit mehreren Arbeitnehmern erfolgsabhängige Entgelte vereinbart, und müsste der Arbeitgeber bei jeder seiner unternehmerischen Entscheidungen auf die billigen Interessen aller dieser Arbeitnehmer

²¹³ OGH 14.2.1990, 9 Ob A 344/89, Arb 10.845 = SZ 63/18 = RdW 1991, 22 = ecolex 1990, 432 = infas 1990, A 126 = ARD 4159/18/90.

²¹⁴ *Jabornegg* in *Löschnigg* (Hrsg.), Angestelltengesetz Teil I (2007) § 12 Anm. 19.

²¹⁵ OGH 10.10.1990, 9 Ob A 235/90 = ARD 4237/30/91 = Jus 1991 Z 734 = ÖJZ-NRsp 1991/39.

²¹⁶ *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 473.

Rücksicht nehmen, wäre die erfolgreiche Führung eines Unternehmens nicht mehr möglich. Die unternehmerischen Entscheidungen des Arbeitgebers können die Erfolgsbeteiligung verschiedener Arbeitnehmer zugleich positiv oder negativ beeinflussen. Die Rücksichtnahme bei jeder Handlung auf alle möglichen Auswirkungen ist dabei nicht zumutbar.

Hinsichtlich einseitiger Gestaltungsrechte die die Erfolgsbeteiligung direkt betreffen ist, wie oben gezeigt, der Handlungsspielraum des Arbeitgebers durch billiges Ermessen begrenzt. Diese Begrenzung kann jedoch nicht auf alle Handlungen des Unternehmers ausgeweitet werden.

Wirtschaftliche Handlungen des Arbeitgebers, die indirekt einen Einfluss auf erfolgsabhängige Entgelte haben, sind daher zulässig, solange sie nicht in Schädigungsabsicht erfolgen oder gegen vertragliche Vereinbarungen verstoßen.

4.3.6. Einseitige Gestaltungsrechte – Ergebnis

Gerade bei erfolgsabhängigen Entgelten wird es mitunter stark gewollt und nötig sein, Komponenten der Entgeltfindung anzupassen. Meist wird erfolgsorientierte Entlohnung vereinbart, um für den Arbeitnehmer einen Anreiz zu überdurchschnittlicher Leistung zu setzen bzw. bestimmte Komponenten seiner Leistung bei der Entlohnung besonders zu berücksichtigen. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass um die Anreizwirkung bzw. das bei Vertragsabschluss intendierte Synallagma aufrecht zu erhalten die Parameter der Entgeltfindung angepasst werden müssen, beispielsweise wenn aufgrund technischer Neuerungen die Arbeit schneller erledigt werden kann, und daher die Vorgaben für eine leistungsabhängige Entlohnung angepasst werden müssen. Durch einen einseitigen Gestaltungsvorbehalt hat der Arbeitgeber die Möglichkeit den Arbeitnehmer auch im Rahmen der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses entsprechend der ursprünglichen Vereinbarung anzuspinnen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass einseitige Gestaltungsrechte nur in jenem Bereich vereinbart werden können, über den die Arbeitsvertragsparteien bestimmen können. Unterhalb der von kollektivrechtlichen Mindestlohnregelungen und *laesio enormis* vorgegebenen Grenze können einseitige Gestaltungsrechte nicht wirksam vereinbart werden. Auch sind die Schranken die sich durch die Guten Sitten ergeben zu beachten. Insbesondere ist zu beachten, dass einseitige entgeltbestimmende Gestaltungsrechte nur nach billigem Ermessen eingeräumt werden können.

Bei der Ausübungskontrolle von einseitigen Gestaltungsrechten ist zunächst auf die vertragliche Vereinbarung abzustellen. Wurden der Ausübung keine engeren Grenzen gesetzt ist jedenfalls eine Ausübung nach billigem Ermessen zu prüfen. Wo genau die Grenzen des billigen Ermessens verlaufen kann abstrakt nicht gesagt werden. Vielmehr ist dabei im Einzelfall eine Interessenabwägung unter Beachtung der maßgeblichen Umstände im Sinne eines beweglichen Systems vorzunehmen.

4.4. Anpassung des Entgelts bei Änderung der Umstände

Das Synallagma des Arbeitsvertrages besteht wie festgestellt aus der Arbeitsleistung des Dienstnehmers, die sich an den individuellen Fähigkeiten und den Umständen orientiert, und der Entgeltleistung des Dienstgebers. Das Synallagma stellt ein Verhältnis „do ut des“ dar, der Dienstnehmer leistet seine Arbeit, damit er Entgelt erhält. Umgekehrt leistet der Dienstgeber Entgelt, damit er die vereinbarte Arbeitsleistung des Dienstnehmers erhält. Wie oben erörtert unterliegt die Arbeitspflicht jedoch einer Umstandsklausel und kann sich daher bei veränderten Umständen anpassen – je nach den vorliegenden Umständen zu hin zu einer höheren oder hin zu einer niedrigeren Arbeitspflicht. Zu denken ist hier auch an Umstände die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie beispielsweise zunehmende Erfahrung oder fortschreitendes Alter. Ändert sich nun aufgrund veränderter Umstände die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers, stellt sich die Frage ob der Arbeitgeber dann auch seine Gegenleistung, das Entgelt, den geänderten Umständen anpassen kann bzw. muss. Es geht im Grunde um die Frage welche Art von Schlechtleistung des Arbeitnehmers noch als vertragskonform anzusehen ist, und wann die verminderte Leistung eine vertragswidrige Minder- oder Schlechtleistung darstellt.

Im Folgenden wird untersucht, ob der Arbeitgeber bei Verminderung der Arbeitsleistung des Dienstnehmers auch seine Gegenleistung vermindern kann. Anschließend soll überprüft werden ob aus diesen Überlegungen Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von erfolgsabhängigen Entgelten gezogen werden können.

4.4.1. Anpassung des Entgelts bei Verminderung der Arbeitsleistung im Zeitlohnsystem

Bereits 1979 beschäftigte sich *Söllner* mit der Frage nach der vom Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages geschuldeten Leistung und der Möglichkeit der Kürzung

des Entgelts bei Schlecht- oder Minderleistung. Er kommt zu dem Ergebnis, dass unverschuldete Minderleistungen in quantitativer Hinsicht beim Zeitlohn grundsätzlich nicht zu einer Lohnminderung führen. Auszugehen ist davon, dass sich der Umfang der Arbeitspflicht nach dem individuellen Leistungsvermögen des einzelnen Arbeitnehmers richtet und dieser keine Pflichtverletzung begeht, wenn er mangels Leistungsfähigkeit nicht die objektive Normalleistung erbringt.²¹⁷ Der Arbeitnehmer übernimmt mit dem Arbeitsvertrag jedoch auch die Pflicht die vereinbarte Arbeitsaufgabe zu erfüllen. Im Arbeitsverhältnis sollte daher Kongruenz zwischen der vom Arbeitnehmer versprochenen Leistung, dem individuellen Leistungsvermögen und der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung vorliegen. Entspricht die vereinbarte Leistung nicht der tatsächlich vom Arbeitnehmer erbrachten bzw. sinkt die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers im Laufe der Zeit (zB aufgrund von Alter oder Krankheit) ab, stellt sich die Frage ob der Arbeitgeber zu einer einseitigen Lohnminderung berechtigt ist. Eine derartige Berechtigung kann beispielsweise in einer vertraglichen Vereinbarung liegen. Liegt eine derartige tarifvertragliche Ermächtigung jedoch nicht vor, ist eine Lohnminderung nicht möglich.²¹⁸

Söllner verweist dazu auch auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, in der das Gericht über eine Lohnkürzung zu entscheiden hatte, die der Arbeitgeber vorgenommen hatte, da eine schwangere Arbeitnehmerin kontinuierlich ihre Arbeitsleistung zurückgenommen hatte, und zuletzt nur mehr einen Bruchteil der Normalleistung erbracht hat. Das BAG hat dazu ausgesprochen, dass eine im Zeitlohn beschäftigte Arbeitnehmerin rechtsmissbräuchlich handelt, wenn sie bewusst und in erheblichem Umfang mehr, als aus Gründen der Schwangerschaft notwendig, ihre Arbeitsleistung zurückhält und dennoch ungekürzten Mutterschutzlohn fordert. In einem solchen Fall dürfe der Arbeitgeber den Lohn mindern.²¹⁹

Da aufgrund des Dienstvertrages kein Werk, sondern nur die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft geschuldet wird, unterliegt der Arbeitnehmer auch nicht den auf den Werkvertrag anzuwendenden Gewährleistungsregeln. Aufgrund von mangelhafter Leistung kann der Dienstgeber daher keine Mängelgewährleistung geltend machen. Dies gilt sowohl für qualitativ mangelhafte, als auch mangelhafte Leistung im quantitativen

²¹⁷ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 98 f.

²¹⁸ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 101.

²¹⁹ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 102.

Sinn. Auch der Leistungs- bzw. Akkordarbeiter schuldet nicht eine bestimmte Arbeitsmenge. Vielmehr ist die Arbeitsmenge nur ein Bezugspunkt für die Höhe der Vergütung.²²⁰

Beim Zeitlohn liegt der synallagmatische Zusammenhang zwischen der in Zeiteinheiten bemessenen Arbeitsleistung und der in Geld bemessenen Vergütung. Das Synallagma wird durch eine Minderleistung des Arbeitnehmers nicht berührt. Daher ist der Arbeitgeber aufgrund bloßer Minderleistung des Arbeitnehmers auch nicht berechtigt den Lohn zu mindern. Nur eine schuldhaftige Minderleistung, etwa die bewusste Arbeitszurückhaltung, rechtfertigt als positive Vertragsverletzung eine schadenersatzrechtliche Lohnminderung.²²¹

Auch *Csebrenyak*²²² stellt auf ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers ab und kommt zu dem Ergebnis, dass nur bei Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens eine Lohnkürzung möglich ist. Die Verkürzung des Lohnanspruches ist jedoch nur zulässig, wenn sie durch Gesetz, Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag vorgesehen ist. Eine Lohnkürzung darf jedoch selbst dort, wo sie eine derartige Rechtsgrundlage aufweist, nicht gegen zwingende Rechtsvorschriften oder die guten Sitten verstoßen. *Csebrenyak* geht dabei davon aus, dass eine derartige Disziplinarmaßnahme immer die „einen Tadel ausdrückende Zufügung eines rechtlichen Nachteils bedeutet“²²³, und ihr daher ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers zugrunde liegen muss. Eine Lohnkürzung ohne schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers würde gegen die guten Sitten verstoßen.

Auch *Schrammel* geht davon aus, dass der Leistungsmaßstab für die Arbeitspflicht nur individuell auf die einzelne Person des Arbeitnehmers bezogen sein kann, wobei von einer dynamischen Arbeitspflicht auszugehen ist. Das Absinken der körperlichen Leistungsfähigkeit allein ist daher noch kein Beweis für das Vorliegen einer vertragswidrigen Minder- oder Schlechtleistung. Aber auch wenn der Arbeitnehmer eine nach seinen Fähigkeiten individuell bestimmte Leistung schuldet, heißt das nicht, dass alleine deshalb jede Leistungsminderung oder Minderleistung in die Risikosphäre des

²²⁰ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 103.

²²¹ *Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 106; anders OGH 3.8.2005, 9 Ob A 53/05t, ZAS 2007, 178 (*Körber*), der eine zeitliche Minderleistung des Arbeitnehmers nicht per se als Schaden ansieht, eine Rückzahlung des Gehalts bei zeitlicher Minderleistung aber aufgrund eines Bereicherungsanspruches des Arbeitgebers für zulässig erachtet.

²²² *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 392 ff.

²²³ *Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht, DRdA 1985, 394.

Arbeitgebers fällt. Die individuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers muss mit der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und den versprochenen Diensten übereinstimmen. Es ist möglich, dass diese Kongruenz beispielsweise dadurch gestört wird, dass die tatsächliche Arbeitsleistung zwar dem individuellen Leistungsvermögen entspricht, aber hinter den versprochenen Diensten zurückbleibt. Auch wenn das Absinken der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers akzeptiert wird, kann ein Punkt erreicht werden, an dem sich die tatsächliche Leistung so verändert hat, dass sie für den Arbeitgeber wertlos ist. Bei einem solchen Fall der nachträglichen Unmöglichkeit der Dienstleistung, kann der Arbeitnehmer nicht mehr verpflichtet sein, die Minderleistung als Erfüllung der versprochenen Dienste zu akzeptieren. Es ist aber auch denkbar, dass schon von vornherein Unmöglichkeit der Dienstleistung vorliegt, da von vornherein die Leistung zwar dem individuellen Vermögen des Dienstnehmers entspricht, jedoch nicht den versprochenen Diensten (zB wenn der Dienstnehmer seine Fähigkeiten überschätzt und sich zu einer von ihm nicht erbringbaren Arbeitsleistung verpflichtet).²²⁴

Die Untergrenze der „versprochenen Dienste“ wird grundsätzlich durch die Verkehrssitte und zunächst nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt. Auch wenn sich die Arbeitsaufgabe im Laufe der Zeit nach dem individuellen Leistungsvermögen dynamisch ändern kann, sind die versprochenen Dienste nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Schwankungen der Arbeitsleistung müssen dabei mit kalkuliert werden, jedoch kann sich der Arbeitnehmer nicht darauf berufen, stets nur bis zur Grenze der individuellen Leistungsfähigkeiten verpflichtet zu sein. Bei der Interpretation der „versprochenen Dienste“ geht es darum ein „Fehlerkalkül“ zu entwickeln, das vom Arbeitgeber noch als Vertragserfüllung hinzunehmen ist. Individuelle Leistungsschwankungen sind innerhalb dieses Fehlerkalküls für sich allein noch keine Schlechtleistung.²²⁵

Leistet der Arbeitnehmer nun jedoch so mangelhafte Dienste, dass die tatsächliche Leistung nicht dem „Versprochenen“ oder dem individuellen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers entspricht, liegt eine Vertragsverletzung vor. Ist diese dem Arbeitnehmer vorwerfbar hat dieser dafür einzustehen. Neben der möglichen Rechtsfolge der Beendigung des Vertrages durch Entlassung oder Kündigung stellt sich dabei auch die Frage nach der Zulässigkeit einer Lohnminderung.

²²⁴ Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 987 f.

²²⁵ Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 988.

Dabei unterscheidet *Schrammel* danach ob der Lohn wegen Mangelfolgeschäden zurückbehalten werden soll – also als Kompensation für Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer aufgrund dessen Schlechtleistung – oder ob der Lohn wegen der Minderleistung an sich zurückbehalten werden soll – also zur „Bereinigung einer Äquivalenzstörung zwischen Lohn und Arbeit“. Die Aufrechnung mit Lohnforderungen des Arbeitnehmers ist in den Grenzen des DHG zulässig.²²⁶

Zur Frage der Lohminderung wegen Minderleistung wurde zu bedenken gegeben, dass bei einer Minderung des Entgelts aufgrund des Nichterreichens einer bestimmten Qualität oder Quantität dem Arbeitnehmer ein erhebliches Lohnrisiko aufgebürdet werden würde und auch der schuldhaft schlecht leistende Arbeitnehmer auf den Arbeitslohn angewiesen ist. Das Argument des Angewiesenseins hat jedoch bereits *Schrammel* als nicht schlagkräftig zurückgewiesen. Vielmehr verweist *Schrammel* darauf, dass der Arbeitnehmer auch bei Mangelfolgeschäden, also bei Vermögensschäden aufgrund der Minderleistung, nicht unbegrenzt einzustehen hat. Beruht die Minderleistung des Arbeitnehmers auf Fahrlässigkeit kann die Ersatzpflicht gemindert werden (bei leichter Fahrlässigkeit auch ganz erlassen), während bei einer entschuldbaren Fehlleistung der Arbeitnehmer von der Haftung für die Folgen sogar gänzlich befreit wird.²²⁷

Als weiteres Argument gegen eine Lohnkürzung führt *Schrammel* die unternehmerische Organisationsgewalt des Arbeitgebers an, in die der Arbeitnehmer eingegliedert wird. Dabei darf der Arbeitgeber das Unternehmerrisiko nicht dem Arbeitnehmer aufbürden. Die Betriebsgefahr ist vielmehr vom Arbeitgeber zu tragen.

Die Zulässigkeit einer Lohnminderung wegen Schlechtleistung des Arbeitnehmers wird von *Schrammel* nicht bejaht aber auch nicht ausdrücklich verneint. Bei grobem Verschulden des Arbeitnehmers etwa erwägt er eine Lohnkürzung wegen der gestörten Äquivalenz zwischen Entgelt und Arbeit zuzulassen, da in diesem Fall auch bei Mangelfolgeschäden die Ersatzpflicht des Dienstnehmers gänzlich erlassen werden kann. Auch in dem Fall, dass der Arbeitgeber wegen der mangelhaften Arbeitsleistung sogar zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt ist, überlegt *Schrammel* die Zulassung einer Lohnkürzung, womit die Entlassung oder Kündigung abgewendet werden könnte.²²⁸

²²⁶ *Schrammel*, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 993.

²²⁷ *Schrammel*, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 993 f.

²²⁸ *Schrammel*, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 995.

Ausgehend von den Wertungen, die den Beendigungsmöglichkeiten wegen altersbedingter partieller Dienstunfähigkeit zugrunde liegen, steckt *Risak*²²⁹ den Rahmen innerhalb dessen der Arbeitgeber eine Einschränkung des Leistungsspektrums hinzunehmen hat, ab. Eine Anpassung der Leistungspflicht kann dem Arbeitgeber dann nicht mehr zugemutet werden, wenn nur mehr ein dem Arbeitgeber unzumutbarer Arbeitsvertragsinhalt über bleibt. Abgesehen von dieser Grenze, ist auf die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb abzustellen. Eine eingeschränkte Leistungspflicht führt demnach umso eher zu einer inhaltlichen Anpassung der Arbeitspflicht, umso länger der Arbeitnehmer schon dem Betrieb angehört.²³⁰ Hinsichtlich der Quantität und Qualität der Leistung setzt *Risak* die Untergrenze für die Erfüllung des Vertrages dort an, wo noch nicht „so erhebliche Abweichungen von einem durchschnittlichen Leistungsstandard erfolgen, dass die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im betrieblichen Produktionsprozess nicht mehr sinnvoll verwertbar sind“.²³¹ Oberhalb dieser Schwelle passt sich der Arbeitsvertrag der individuellen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in qualitativer und quantitativer Hinsicht an.

Auch *Risak*²³² kommt zu dem Ergebnis, dass eine Entgeltminderung zur Wiederherstellung der Äquivalenz von Lohn und Arbeit nicht zulässig ist, wenn dem Arbeitnehmer der Leistungsabfall und damit der Minderwert der Arbeit nicht vorwerfbar sind. Somit trägt im Zeitlohnsystem der Arbeitgeber das Risiko der schwankenden Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.

Dies entspricht auch den obigen Ausführungen zur *clausula rebus sic stantibus*, der die Arbeitspflicht des Dienstnehmers unterliegt (Punkt 3.2.2.). Die Arbeitspflicht des Dienstnehmers orientiert sich an den vorliegenden Umständen und nimmt auf seine individuellen Fähigkeiten Bedacht. Im Laufe der Abwicklung des Dienstverhältnisses können sich die individuellen Fähigkeiten des Dienstnehmers auch verringern (Verringerung der körperlichen Leistungsfähigkeit aufgrund zunehmenden Alters; Einführung neuer Technologien im Unternehmen, deren Anwendung der Dienstnehmer nicht so beherrscht wie die vorhergehende Technik). Erbringt der Dienstnehmer dennoch die ihm nach den Umständen mögliche Leistung, erfüllt er damit seine Verpflichtung aus

²²⁹ *Risak*, Der Einfluss des Altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 11.

²³⁰ *Risak*, Der Einfluss des Altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 12.

²³¹ *Risak*, Der Einfluss des Altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 13.

²³² *Risak*, Der Einfluss des Altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 13.

dem Arbeitsverhältnis, auch wenn seine Leistung für den Dienstgeber nicht mehr denselben objektiven Wert hat wie früher. Da der Dienstnehmer seine Verpflichtung erfüllt, ist auch der Dienstgeber zur Leistung des vollen Entgelts verpflichtet.

Mit der zeitlichen Minderleistung des Arbeitnehmers hat sich der OGH in einer jüngeren Entscheidung beschäftigt.²³³ Dabei wurde von einem Arbeitnehmer kontinuierlich das Zeiterfassungssystem zu seinem Gunsten manipuliert. Der Arbeitnehmer arbeitete im Durchschnitt täglich um 3,39 Stunden weniger, als vertraglich vereinbart war, was einer Minderleistung von 44 % entsprach. Der Arbeitgeber begehrte nach Entlassung des Arbeitnehmers die Rückzahlung von zu viel gezahltem Gehalt und stützte dieses Begehren auf einen Schadenersatzanspruch, da durch die Manipulation des Zeiterfassungssystems ein Schaden entstanden sei.

Der OGH sprach dazu aus, dass die zeitliche Minderleistung des Arbeitnehmers nicht schon per se einen Schaden darstelle. Einem Schadenersatzanspruch der sich alleine auf das zu viel bezahlte Entgelt gründe würde es darüber hinaus auch an der Kausalität mangeln, da das Entgelt auch bei pflichtgemäßer Normalleistung des Arbeitnehmers zu zahlen gewesen wäre. Richtigerweise stütze der Arbeitgeber seine Forderung auf Rückzahlung eines Gehaltsübergusses auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des Arbeitnehmers. Der OGH betont dabei das beim Zeitlohn bestehende Synallagma von Arbeitslohn und Arbeitszeit und führt aus, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung des Entgelts grundsätzlich die Leistung der vereinbarten Dienste durch den Arbeitnehmer voraussetzt (§ 8 AngG). Erbringt der Arbeitnehmer daher nicht die vereinbarte Leistung gebührt ihm auch kein entsprechendes Entgelt. Der Arbeitgeber kann daher zu viel geleistetes Entgelt gemäß § 1431 ABGB zurückfordern, solange dieses vom Arbeitnehmer nicht bereits redlich verbraucht wurde.²³⁴ Hat der Arbeitgeber das Entgelt noch nicht bezahlt, kann er mangels Leistungsverpflichtung bei Kenntnis der vertragswidrigen Minderleistung des Arbeitnehmers das Entgelt einbehalten.²³⁵

Körper untersucht in der Entscheidungsbesprechung auch die Frage, ob es eine Bagatellschwelle für eine zulässige Zeitunterschreitung gibt.²³⁶ Aus dem

²³³ OGH 3.8.2005, 9 Ob A 53/05 t, ZAS 2007, 178 (*Körper*).

²³⁴ Zustimmend mit Betonung des funktionellen Synallagmas des Dienstvertrages und dem Zug-um-Zug-Prinzip *Körper*, Entgeltreduktion bei quantitativer Minderleistung des Arbeitnehmers im Zeitlohn, ZAS 2007, 181.

²³⁵ *Körper*, Entgeltreduktion bei quantitativer Minderleistung des Arbeitnehmers im Zeitlohn, ZAS 2007, 183.

²³⁶ *Körper*, Entgeltreduktion bei quantitativer Minderleistung des Arbeitnehmers im Zeitlohn, ZAS 2007, 181 f.

Bereicherungsrecht ist keine derartige Grenze abzuleiten. Diese kann sich nur aus den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen ergeben. Ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Arbeitsaufträge mehr erhalten wird, muss sich der Dienstnehmer nicht mehr in vollem Ausmaß bereithalten. Bei mangelnder Bereithaltung liegt diesfalls keine beachtliche Minderleistung vor. Ebenfalls keine quantitative Minderleistung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer wegen seines gesundheitlichen Zustandes vorübergehend nur eingeschränkt leistungsfähig ist, oder natürliche menschliche Bedürfnisse befriedigt (Toilettenpause). Dies ergibt sich laut *Körper* aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Rauch- oder Kaffeepausen oder andere quantitative Minderleistungen sind hingegen nur zulässig, wenn sie vom Arbeitgeber angeordnet oder ausdrücklich geduldet werden. Für eine konkludente Zustimmung ist der strenge Maßstab des § 863 ABGB anzulegen. Eine Bagatellschwelle für zulässige Minderleistungen ist idR daher nicht anzunehmen.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass das Risiko der schwankenden oder verminderten Arbeitsfähigkeit, die vom Arbeitnehmer nicht verschuldet wird, der Arbeitgeber trägt. Bei dem Arbeitnehmer nicht vorzuwerfender Leistungsverringerung kann der Arbeitgeber daher keine Lohnkürzung zur Wiederherstellung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung vornehmen. Eine Lohnkürzung ist allenfalls nur dann möglich wenn diese vertraglich, auf kollektivrechtlicher Ebene oder per Gesetz vorgesehen ist, und den Arbeitnehmer an der Schlechtleistung ein Verschulden trifft. Leistet der Arbeitnehmer hingegen bewusst quantitativ weniger als im Vertrag vorgesehen, so kann der Arbeitgeber das korrespondierende Entgelt mangels Leistungspflicht einbehalten, bzw. hat der Arbeitgeber das Entgelt bereits bezahlt, kann dieses aufgrund eines Bereicherungsanspruchs zurückgefordert werden.

4.4.2. Lohnminderung bei erfolgsabhängigen Entgelten

Ist nun im Zeitlohnsystem eine Lohnkürzung durch den Arbeitgeber nicht zulässig, wenn der Arbeitnehmer schuldlos weniger oder schlechtere Leistung erbringt, so mag die Schlussfolgerung nahe liegen, dass dann auch eine Verminderung des Lohns wegen Ausbleiben eines Erfolges nicht zulässig ist. Dieser Schluss kann jedoch nicht so ohne weiteres gezogen werden.

Die Kürzung des Lohns wegen Verminderung der Leistung stellt auf ein normales Zeitlohnverhältnis ab, bei dem der Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Lohnes

allein die Zeit ist. Bei dieser Art der Lohnbemessung ist vorgesehen, dass das Risiko der unverschuldeten schwankenden oder verminderten Arbeitsfähigkeit vom Arbeitgeber zu tragen ist.

Bei erfolgsabhängigen Entgeltsvereinbarungen liegt hingegen eine andere Entgeltsregelung vor, bei der der Arbeitnehmer einen Teil des Risikos übernimmt. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ist an den Eintritt eines bestimmten Erfolges geknüpft. Dieser Erfolg kann von der eigenen individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig sein, aber auch von der Leistung einer Gruppe oder des ganzen Betriebes. Es kann dabei auch vorkommen, dass der Dienstnehmer seine Arbeitspflicht vollständig erfüllt hat und der Erfolg dennoch nicht eintritt. Es kommt dann zu keiner Verminderung des Entgelts aufgrund mangelhafter Leistung des Arbeitnehmers, sondern der Entgeltanspruch entsteht nur in verringerter – vom Erfolg abhängiger – Höhe. Wird der Bezugspunkt für die Bemessung des Lohnes nicht oder nur in geringerem Ausmaß, als zum Beispiel bei der letzten Lohnberechnung, erreicht, so entsteht der Lohnanspruch nur im entsprechenden Ausmaß. Bei Erfolgslohnsystemen kann es somit im Ergebnis zu einer Verkürzung des Entgelts kommen, ohne dass diese einseitig vom Arbeitgeber vorgenommen wird. Allein dadurch dass die Bedingung für die Entstehung des Entgeltanspruches nicht oder nur in verringerter Form eintritt, entsteht der Entgeltanspruch nur in verkürztem Ausmaß.

Bei erfolgsabhängigen Entgeltsvereinbarungen liegen somit eine andere Form der Lohnberechnung, und eine andere Form der Risikoverteilung vor. Aus der Erkenntnis, dass eine Lohnkürzung wegen verminderter Leistung des Arbeitnehmers im Zeitlohn nicht zulässig ist, kann daher nicht geschlossen werden, dass daher auch eine erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarung, bei der die Möglichkeit der Verringerung des Lohnes besteht, nicht zulässig ist.

4.5. Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter

4.5.1. Unwirksamkeit aufgrund § 864a ABGB

Arbeitsverträge werden heutzutage nur mehr sehr selten wirklich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgehandelt. In der Regel werden sie bereits vom Arbeitgeber vorformuliert und sind oft Änderungen nicht mehr zugänglich. Dies resultiert aus dem legitimen Interesse des Arbeitgebers durch möglichst einheitliche Dienstverträge den Verwaltungs- und Personalverrechnungsaufwand im Unternehmen so gering wie

möglich zu halten. Sind in Vertragsformblättern oder allgemeinen Arbeitsbedingungen (ähnlich den AGB) Erfolgsbeteiligungen vorgesehen, ist zu fragen ob diese wirksam Vertragsinhalt geworden sind, dh ob korrespondierende Willenserklärungen vorliegt.

Das ABGB sieht in seinem § 864a vor, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie den anderen Teil benachteiligen und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen brauchte. Dies gilt nicht wenn der die Klauseln verwendende Vertragspartner den anderen besonders darauf hingewiesen hat.

Verwendet nun ein Arbeitgeber Vertragsformblätter in denen eine Erfolgsbeteiligung vorgesehen ist, und weist er den Arbeitnehmer nicht besonders darauf hin, ist zu prüfen ob diese Klausel einen ungewöhnlichen Inhalt hat, ob sie den Arbeitnehmer benachteiligt, und ob er mit der Klausel rechnen musste.

Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter sind von einer Partei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, wobei gleichgültig ist, ob diese in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden oder ein äußerlich gesonderter Bestandteil des Vertrages sind.²³⁷ Die Regelung des § 864a ABGB betrifft nicht nur Nebenbestimmungen, sondern gilt auch für die Hauptleistungen des Vertrages, also auch die Entgeltspflicht.²³⁸

Die Ungewöhnlichkeit der Klausel kann sich einerseits aus ihrem Inhalt ergeben, andererseits aber auch aus ihrer Einordnung in den Vertragstext. Betrachtet man alleine den Gesetzestext ist die Formel „ungewöhnlicher Inhalt“ rein objektiv zu verstehen, wobei sich die Subsumtion an der Verkehrsüblichkeit des jeweiligen Geschäftstyps orientiert. Ungewöhnlich ist demnach eine Bestimmung, die in einem solchen Vertrag gerade an dieser Stelle nicht zu erwarten war.²³⁹ Aus vertrauenstheoretischen Überlegungen ist jedoch eine Erweiterung dieses Verständnisses abzuleiten. Es kommt auch auf das Überraschungselement bzw. den Überrumpelungseffekt auf Seiten des Erklärungsempfängers an. Maßgeblich ist also ob gerade diese Klausel für den Erklärungsempfänger im konkreten Zusammenhang aus der Sicht eines redlichen

²³⁷ Vgl *Rummel in Rummel*, ABGB³, § 864a Rz 1.

²³⁸ *Rummel in Rummel*, ABGB³, § 864a Rz 4.

²³⁹ OGH 15.11.1990, 7 Ob 33/90.

Aufstellers überraschend war, also ob gerade dieser Vertragspartner mit der Unterwerfung unter die Klausel rechnen musste, auch wenn die Klausel an sich üblich ist.²⁴⁰

Hat jedoch der Erklärende ausreichend deutlich auf die Bestimmung hingewiesen, wird diese auch Vertragsinhalt, wenn sie für den Erklärungsempfänger ungewöhnlich und nachteilig ist. Dies ist der Fall wenn der Verwender nach den Umständen damit rechnen durfte, dass der andere Teil die Klausel zur Kenntnis genommen und akzeptiert hat.²⁴¹

Erfolgsbeteiligungen in Arbeitsverträgen sind an sich übliche Klauseln, vor allem in Verträgen von Managern und leitenden Angestellten. Im Einzelfall kann es hingegen vorkommen, dass ein „normaler“ Arbeitnehmer nicht damit rechnet einer Erfolgsbeteiligung unterworfen zu werden, oder dass die Ausgestaltung der Erfolgsbeteiligung ungewöhnlich ist. Es muss dabei auf die Branchenüblichkeit bzw. den Erwartungshorizont des Arbeitnehmers abgestellt werden.²⁴² Wenn die Erfolgsbeteiligung, mit der der Arbeitnehmer nicht gerechnet hat, für ihn im konkreten Fall auch noch nachteilige Folgen hat, wird diese aufgrund des § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil.

Die Beurteilung der Nachteiligkeit für den Erklärungsempfänger ist objektiv ex ante aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners bei Vertragsabschluss zu betrachten. Eine verallgemeinernde Aussage hinsichtlich der Nachteiligkeit bei Erfolgsbeteiligungen ist schwierig, da es hier unzählige Ausgestaltungsmöglichkeiten gibt. Generell kann aber davon ausgegangen werden, dass eine Erfolgsbeteiligung, die dem Arbeitnehmer zusätzlich zu seinem normalen Monatslohn zusteht, keine Benachteiligung mit sich zieht, und somit zulässig ist. Ist hingegen vorgesehen, dass der gesamte Entgeltanspruch oder ein Großteil davon aus einer Erfolgsbeteiligung bestehen soll, so ist dieses Risikoeinkommen für den Arbeitnehmer nachteilig, da es zu einem erheblichen Ausfall des Entgeltanspruches kommen kann. Wird der Arbeitnehmer daher nicht besonders auf derartige Klauseln aufmerksam gemacht, werden diese aufgrund von § 864a ABGB nicht Vertragsinhalt.

Einer Prüfung nach § 864a ABGB müsste beispielsweise eine vom Arbeitgeber vorformulierte Vereinbarung unterzogen werden, bei der im Vertrag als Arbeitsentgelt nicht eine bestimmte Summe vereinbart wurde, sondern dass sich das Arbeitsentgelt des Dienstnehmers am kollektivvertraglich festgelegten Lohn orientiert, und zusätzlich im

²⁴⁰ OGH 15.11.1990, 7 Ob 33/90; *Rummel in Rummel*, ABGB³, § 864a Rz 5; *Resch*, Inhaltskontrolle im Arbeitsvertrag in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 59.

²⁴¹ OGH 15.11.1990, 7 Ob 33/90; *Rummel in Rummel*, ABGB³, § 864a Rz 9.

²⁴² *Resch*, Inhaltskontrolle im Arbeitsvertrag in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 59 f.

Vertrag festgehalten wird, dass dieses gesamte Entgelt zusätzlich noch vom Erfolg des Unternehmens abhängig ist. Denkbar ist auch, dass im Vertrag eine feste Summe vereinbart wird und zusätzlich, dass diese nur bei einem bestimmten Unternehmenserfolg (zB Umsatz des Vorjahre) gebührt. Wird dieser Unternehmenserfolg nicht erreicht verkürzt sich auch das Arbeitsentgelt anteilmäßig. Liegen solche Vereinbarungen vor, ist zu überprüfen, ob der konkrete Arbeitnehmer unter den vorliegenden Umständen mit einer derartigen Erfolgsklausel rechnen musste. Dabei ist auch danach zu differenzieren, um welche Branche es sich handelt und welche Stellung der Arbeitnehmer im Betrieb einnimmt. Ein leitender Angestellter oder Geschäftsführer wird wohl eher mit einer Erfolgsklausel rechnen müssen als ein Kanzleimitarbeiter. Maßgeblich bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit ist auch wo sich diese beiden Vereinbarungen im Vertragstext finden. Stehen beide Bestimmungen gleich nebeneinander ist die Überrumpelungsgefahr nicht so groß. Steht jedoch die Erfolgsklausel an gänzlich anderer Stelle als die Entgeltsbestimmungen wird dies vielleicht auch für einen Abteilungsleiter überraschend sein.

In der Regel ist die Rechtsfolge von § 864a ABGB der Wegfall der unzulässigen Klausel. Da der Entgeltanspruch jedoch zu den essentialia negotii des Arbeitsvertrages gehört, ist es durchaus möglich dass mangels Konsens der gesamte Arbeitsvertrag nicht zustande kommt. Hierbei ist auf die Umstände des Einzelfalles und den anzunehmenden Parteiwillen abzustellen.

4.5.2. Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB

Werden beim Abschluss des Arbeitsvertrages vorformulierte Vertragstexte verwendet, so ist neben der Bestimmung des § 864a ABGB auch die Sittenwidrigkeitsbestimmung des § 879 Abs 3 ABGB zu beachten. Diese bestimmt, dass Vertragsbestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, nichtig sind, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände einen Teil gröblich benachteiligen.

Diese Bestimmung kommt nicht nur bei AGB zur Anwendung, sondern auch bei einseitig vorformulierten individuellen Vertragstexten, wie sie im Arbeitsleben oft vom Arbeitgeber verwendet werden, da der unterlegene Partner hier in die gleiche Situation

kommen kann, wie jemand der mit AGB konfrontiert wird.²⁴³ Verpönt ist hier die Ungleichgewichtslage bei der Verwendung vorformulierter Texte, da der Arbeitnehmer dann idR in seiner Willensbildung nicht völlig frei ist.²⁴⁴ Während § 879 Abs 1 ABGB eine allgemeine Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln vorsieht, berücksichtigt die Regelung in Abs 3 den spezifischen Gesichtspunkt der Vorformulierung von Arbeitsbedingungen. Eine Inhaltskontrolle nach Abs 1 kann daher die spezifische Kontrolle des Abs 3 nicht ersetzen.²⁴⁵

Der Ausdruck „Hauptleistungspflicht“ ist möglichst eng zu verstehen. Durch den Relativsatz sind nicht alle Vertragsbestimmungen aus dem Geltungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Mit der Ausnahme ist vielmehr nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen gemeint, nicht aber Bestimmungen die die Preisberechnung allgemein regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben.²⁴⁶ Auch die privatautonome Entscheidung, wer das Wirtschaftsrisiko zu tragen hat, gehört nicht zu den Hauptleistungen des Dienstvertrages.²⁴⁷ Eine Klausel mit der eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung getroffen wird, fällt daher auch noch unter den Anwendungsbereich der Bestimmung, und kann, wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig sein.

Bei der Feststellung, ob eine gröbliche Benachteiligung der unterlegenen Partei vorliegt, werden die Rechtspositionen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verglichen. Die wichtigste Fallgruppe ist die Verschlechterung der Rechtsposition durch Abweichung vom dispositiven Recht. Dabei führt aber nicht jede Abweichung gleich zur Sittenwidrigkeit, sondern es sind nur solche Benachteiligungen relevant, die „gröblich“ sind.²⁴⁸

Liegt eine Abweichung von dispositivem Recht vor, kann eine gröbliche Benachteiligung vorliegen, wenn sich keine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung findet. Bei der Abweichung vom dispositiven Recht ist Gröblichkeit bereits im Sinne von Unangemessenheit zu verstehen, ansonsten ist Gröblichkeit erst gegeben, wenn ein

²⁴³ *Krejci in Rummel, ABGB*³, § 879 Rz 236; zur Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB auf Arbeitsverträge ausführlich *Kietaibl, Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in Tomandl/Schrammel, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien* (2006) 17 ff.

²⁴⁴ *Krejci in Rummel, ABGB*³, § 879 Rz 234.

²⁴⁵ *Kietaibl, Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in Tomandl/Schrammel, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien* (2006) 26.

²⁴⁶ *Krejci in Rummel, ABGB*³, § 879 Rz 238.

²⁴⁷ *Rebhahn, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer, FS Schnorr* (1988) 239.

²⁴⁸ *Krejci in Rummel, ABGB*³, § 879 Rz 240.

auffallendes Missverhältnis der Rechtspositionen vorliegt.²⁴⁹ „Gröbliche Benachteiligung hängt in zusammenfassender, beweglicher Beurteilung einerseits vom Ausmaß einseitiger Verschiebung des gesetzl vorgesehenen Interessenausgleiches u andererseits vom Ausmaß der ‚verdünnten Willensfreiheit‘ des Benachteiligten ab“²⁵⁰.

In den Bereichen wo es keine dispositiv-rechtlichen Maßstäbe für die vom Gesetzgeber gewünschte Interessenwertung gibt, wo die Parteien also in ihrer Rechtsgestaltung frei sind, entspricht die Gröblichkeit der Benachteiligung der Auffälligkeit des Missverhältnisses der Leistungen iSd § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Auffallend ist das Missverhältnis dann, wenn die Gegenleistung den Wert der Leistung bedeutend übersteigt, ohne dass dies durch besondere Umstände des Falles gerechtfertigt wäre.²⁵¹

Für die Prüfung vorformulierter Arbeitsbedingungen im Sinne einer Transparenz bzw. für ein aus § 879 Abs 3 ABGB ableitbares Gebot zur transparenten Gestaltung von AGB tritt *Kietaibl* ein.²⁵² Er geht dabei davon aus, dass das aus § 6 Abs 3 KSchG ableitbare Transparenzgebot durch Analogie bzw. Übernahme der Wertungen der einzelnen Bestimmungen auch im Arbeitsrecht Anwendung findet. Vorformulierte Arbeitsklauseln, vor allem einseitige Gestaltungsrechte, seien daher klar und bestimmt zu formulieren, da sie ansonsten als sittenwidrig iSd § 879 Abs 3 ABGB anzusehen seien. Dieser Lehrmeinung tritt vor allem *Risak*²⁵³ entgegen, der nachweist, dass eine analoge Anwendung des § 6 Abs 3 KSchG im Arbeitsrecht nicht zulässig ist, da eine entsprechende Gesetzeslücke nicht vorliege. Hinzu kommt noch, dass das KSchG Arbeitsverträge ausdrücklich von seinem Geltungsbereich ausnimmt (§ 1 Abs 4 KSchG). *Risak* betont dabei, dass im Arbeitsvertragsrecht die verdünnte Willensfreiheit durch gesetzliche und im Wege kollektiver Rechtssetzung geschaffener Mindestarbeitsbedingungen ausgeglichen wird, und gerade nicht durch das Gebot möglichst transparenter Arbeitsverträge.²⁵⁴

Als nicht gröblich benachteiligend sah der OGH eine in einem Provisionsplan enthaltene Regelung, derzufolge der Arbeitnehmer bei Beendigung des

²⁴⁹ OGH 29.1.2003, 7 Ob 267/02v.

²⁵⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 879 Rz 242; vgl auch OGH 12.7.1989, 9 Ob A 179/89, infas 1990, A 51.

²⁵¹ OGH 15.11.1990, 7 Ob 33/90.

²⁵² *Kietaibl*, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, DRdA 2006, 15 ff; *Kietaibl*, Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 29 f.

²⁵³ *Risak*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht? *ecolex* 2006, 880.

²⁵⁴ *Risak*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht? *ecolex* 2006, 882.

Dienstverhältnisses nur mehr die im Zeitpunkt der Beendigung bereits fälligen Teile der Provision erhält. Die Provision wurde dabei in Teilen bei Vertragsabschluss, bei Erstellung der Rechnung und sechs Monate danach fällig. Der OGH sprach dazu aus, dass die einschlägigen Bestimmungen des AngG nicht zwingend ausgestattet sein. Eine Vereinbarung, die den Erwerb oder die Fälligkeit des Anspruches auf Provision abweichend von § 10 Abs 3 und 4 AngG regelt ist daher möglich. Da der Provisionsplan allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichzustellen war, war eine Prüfung der Sittenwidrigkeit gemäß § 897 Abs 3 ABGB vorzunehmen.²⁵⁵

Der OGH berücksichtigte bei seiner Entscheidung, dass die Provisionsregelung bei aufrechtem Dienstverhältnis für den Arbeitnehmer sogar günstiger als das dispositive Recht war. Auch sah das Höchstgericht die Aufteilung der Provision auf mehrere Teilansprüche als sachlich gerechtfertigt an, da die Tätigkeit des Arbeitnehmers sich nicht nur auf Vertragsabschlüsse, sondern auch danach auf die Betreuung der Kunden erstreckte. Unter Berücksichtigung der Höhe des Gehalts des Arbeitnehmers wurde laut OGH der mit der Klausel verbundene Nachteil durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen. Die Sittenwidrigkeit der im Provisionsplan enthaltenen Klausel wurde daher verneint.²⁵⁶

Beachtlich kann die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB daher werden, wenn der Arbeitgeber vorformulierte Vertragstexte verwendet, die bei der erfolgsabhängigen Entgeltregelung eine Risikoverschiebung zu Lasten des Arbeitnehmers, und somit eine Abweichung von § 1155 ABGB vorsehen. Während Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB eine höhere Intensität der Benachteiligung des Arbeitnehmers verlangt, reicht bei der Verwendung von Vertragsformblättern und der Abweichung von dispositiven Recht bereits eine Unangemessenheit der Abweichung.

4.6. Gleichheitssatz

Bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte sind auch gleichheitsrechtliche Aspekte zu beachten, die es verbieten Arbeitnehmer ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich zu behandeln. Dabei gibt es drei Regelungen, die diesen Aspekten Rechnung tragen: den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, das Gleichbehandlungsgesetz und den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

²⁵⁵ OGH 12.7.1989, 9 Ob A 179/89, infas 1990, A 51.

²⁵⁶ OGH 12.7.1989, 9 Ob A 179/89, infas 1990, A 51.

4.6.1. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Die Kernnormen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes sind Art 7 (1) B-VG und Art 2 StGG. Für die in der MRK festgeschriebenen Rechte normiert Artikel 14 MRK ein Diskriminierungsverbot. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz verbietet eine unsachliche Differenzierung. Eine Differenzierung ist nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen erfolgt, also aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar ist. Dabei geht es darum, ob eine rechtliche Differenzierung derart mit tatsächlichen Unterschieden korrespondiert, dass sie sachlich gerechtfertigt werden kann. Daraus wird ein allgemeines Sachlichkeitsgebot abgeleitet.²⁵⁷

Grundsätzlich bindet der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz jedoch nur die Gesetzgebung und Vollziehung, und legt ein Willkürverbot fest, das sich insbesondere auf Differenzierungen nach Geschlecht, Rasse und Hautfarbe bezieht. Es ist jedoch nahe liegend, dass auch die kollektive Rechtsgestaltung an ähnlichen Kriterien zu messen ist. Daher wird von der Judikatur auch die Bindung der Kollektivvertragsparteien an den Gleichheitssatz bejaht. Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages sind jedoch nicht an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gebunden.²⁵⁸

4.6.2. Gleichbehandlungsgesetz

Neben dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Arbeitsverhältnis auch das Gleichbehandlungsgesetz zu beachten, das auf alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse Anwendung findet. Dieses normiert ein Gleichbehandlungsgebot, das Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aufgrund von Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung untersagt. Dabei wird nicht nur auf eine unmittelbare Diskriminierung abgestellt, also wenn eine Person aufgrund eines der Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, sondern auch auf mittelbare Diskriminierung. Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren eine Person aus einem der genannten Gründe in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und

²⁵⁷ Öhlinger, Verfassungsrecht⁵ (2003) 328 ff.

²⁵⁸ OGH 19.12.1990, 9 Ob A 601/90; OGH 11.08.1993 9 Ob A 133/93; OGH 19.03.2003 9 Ob A 229/02w; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 335 f; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen (2001) 107.

erforderlich (§§ 5 und 19 GIBG). Bei dieser neuen, an das Verständnis des EuGH angelehnten, Definition der mittelbaren Diskriminierung wurden die Anforderungen an den Beweis der diskriminierenden Wirkung gesenkt. Da nicht mehr auf Vergleichsgruppen abgestellt wird, sind auch zwingenden statistischen Beweise für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung nicht mehr nötig. Die Intensität der vom Gesetz geforderten Benachteiligung „in besonderer Weise“, ist gegeben, wenn die Betroffenheit von Personen durch ein anscheinend neutrales Kriterium typischerweise höher ist, als bei andern Personen.²⁵⁹

Ausdrücklich ist im Gleichbehandlungsgesetz ua auch nominiert, dass niemand aufgrund von Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung bei der Festsetzung des Entgelts mittelbar oder unmittelbar diskriminiert werden darf (§§ 3 und 17 GIBG). Entgelt bezeichnet dabei alle Arten der Vergütung, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar (also selbst, oder durch einen anderen) zahlt, unabhängig ob die Leistung aufgrund des Arbeitsvertrages, einer Rechtsvorschrift oder freiwillig erbracht wird. Das Diskriminierungsverbot gilt dabei sowohl für gleiche als auch für gleichwertige Arbeit, wobei die tatsächlich geleistete Arbeit, und nicht die vertragliche Vereinbarung maßgeblich ist.²⁶⁰ Gleiche Arbeit liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation befindet, wobei es auf objektive Faktoren (Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen) ankommt. Von gleicher Arbeit kann gesprochen werden, wenn der Inhalt der Tätigkeit derselbe ist, oder die Tätigkeiten einander so ähnlich sind, dass die damit Beschäftigten einander ersetzen können, wobei auf Art, Vorgang und Umgebung der Arbeit abzustellen ist.²⁶¹ Bei der Gleichwertigkeit der Arbeit ist von einem engen Verständnis auszugehen, und diese nur anzunehmen, wenn die Arbeitnehmer zwar nicht austauschbar sind, aber die Tätigkeiten nach den vom Markt erkennbar zugrunde gelegten Bewertungskriterien als gleichwertig anzusehen wären. Es kommt dabei also nicht auf objektive Kriterien sondern auf die vom Markt selbst gesetzten Bewertungsregeln an.²⁶²

Bei Entlohnungsregelungen bei betrieblichen Einstufungsregelungen und bei der kollektiven Rechtsgestaltung muss der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder für eine als gleichwertig anerkannte Arbeit beachtet werden, und es darf bei den

²⁵⁹ *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG (2005) § 19 Rz 4.

²⁶⁰ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rz 93, 100 und 102.

²⁶¹ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rz 105.

²⁶² *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG (2005) § 3 Rz 111.

Kriterien für die Beurteilung der Arbeit keine Unterscheidung nach dem Geschlecht der Arbeitnehmer vorgenommen werden, die zu einer Diskriminierung führt (§ 11 GIBG).

Bei einer Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der Diskriminierungsgründe steht, liegt keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind (§ 20 GIBG).

4.6.3. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wurde von der Rechtsprechung entwickelt. Während über den Inhalt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes größtenteils Einigkeit besteht, gibt es hinsichtlich der dogmatischen Herleitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mehrere Ansätze. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird beispielsweise als ein aus den Vorschriften des positiven Rechts abzuleitender Grundgedanke gesehen, oder aus der, das gesamte Privatrecht beherrschenden, Guten-Sitten-Klausel abgeleitet. Auch aus dem Prinzip von Treu und Glauben kann der Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden. Eine andere These leitet den Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab, wonach die hinter der Fürsorgepflicht stehende Verpflichtung zur Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers die Pflicht zur Unterlassung sachlich nicht zu rechtfertigender Benachteiligung einschließt. Ein anderer Ansatz ist die Erklärungstheorie, bei der darauf abgestellt wird, dass das Schutzprinzip als Basis für die Herausbildung verschiedener Rechtsinstitute des Arbeitsrechts dient, die vor allem die Position des Arbeitnehmers schützen sollen. Eine andere Theorie begründet den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz mit der Einwirkung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, wobei teilweise die Auffassung vertreten wird, dass die Grundrechte

allgemein auf die Einzelarbeitsverhältnisse einwirken, da sich der Arbeitgeber in einer besonderen Machtposition befindet.²⁶³

Weitgehende Einigkeit besteht allerdings inhaltlich dahingehend, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz den Arbeitgeber dazu verpflichtet alle seine Arbeitnehmer gleich zu behandeln. Die Judikatur dazu besagt, dass ein Arbeitnehmer nicht willkürlich oder ohne sachliche Gründe schlechter gestellt werden darf als die übrigen Arbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen. Damit wird ein generelles Diskriminierungsverbot im Arbeitsverhältnis angesprochen.²⁶⁴

Als Adressat des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes gilt nach überwiegender Lehre und Rechtsprechung nur der Arbeitgeber. Der Grundsatz findet daher an den Bestimmungen von Gesetz, Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung seine Grenzen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bindet lediglich die Arbeitsvertragsparteien, und findet bei Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen keine Anwendung (dort ist allerdings der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz zu beachten).²⁶⁵

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist weder als völlig abdingbar noch als zwingendes Recht anzusehen. Eine Abdingbarkeit kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn eine Benachteiligung des Arbeitnehmers auf eine Entscheidung bei voller Parität der Verhandlungsparteien zurückzuführen ist.²⁶⁶

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz normiert einen Minderheitenschutz. Die Judikatur stellt darauf ab, ob eine bestimmte Mehrheit von Arbeitnehmern besser behandelt wird, da sich der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gegen die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer richtet, sondern nur gegen willkürliche Schlechterstellung schützen soll. Die Rechtsdurchsetzung wird daher nur im Verhältnis einer klaren Minderheit zu einer deutlichen Mehrheit von Arbeitnehmern anerkannt. Eine sachlich nicht berechnete Bevorzugung eines Arbeitnehmers, oder einer Minderheit, verletzt nicht den Gleichbehandlungsgrundsatz. In der Lehre wird jedoch teilweise nicht

²⁶³ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 262 ff.

²⁶⁴ OGH 15.01.1985, 4 Ob 157/83; OGH 23.10.1991, 9 Ob A 168/91, *ecolex* 1992, 190; OGH 26.01.1994, 9 Ob A 280/93; OGH 11.10.1995, 9 Ob A 108/95; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 335.

²⁶⁵ *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht* 1⁵ (2004) 256; *Brodil/Risak/Wolf*, *Arbeitsrecht in Grundzügen* (2001) 112.

²⁶⁶ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 265.

streng auf die Anzahl der benachteiligten Arbeitnehmer abgestellt, sondern darauf ob der Arbeitgeber ein erkennbares und generalisierendes Prinzip anwendet. Von diesem Prinzip darf der Arbeitgeber ohne sachliche Rechtfertigung nicht in benachteiligender Weise abrücken. Somit wird die Arbeitgeberwillkür eingeschränkt.²⁶⁷

Es ist also zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung einzelner Arbeitnehmer oder einzelner Arbeitnehmergruppen, auf einen sachlichen Grund zurückzuführen ist. Eine sachliche Rechtfertigung von Differenzierungsmerkmalen ist gegeben, wenn der Grund im Arbeitsverhältnis wurzelt. Umstände aus der Privatsphäre können nur dann herangezogen werden, wenn sie Auswirkungen auf den Vollzug des Arbeitsverhältnisses haben. Weiters muss der Grund objektivierbar und generalisierbar sein, also geeignet, die Differenzierung einem objektiven Beobachter begreiflich zu machen – ihm muss also ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip zugrunde liegen. Auch darf das Differenzierungskriterium nicht von der Rechtsordnung ausdrücklich abgelehnt werden.²⁶⁸

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erstreckt sich nicht nur auf freiwillige Leistungen, sondern auch auf vertraglich festgelegte Ansprüche, wenn sie für Gruppen von Arbeitnehmern oder für mehrere, in vergleichbarer Position befindlichen Arbeitnehmer vereinbart werden.²⁶⁹ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegt somit die Gesamtheit der Arbeitsbedingungen, wobei sich Schwerpunkte bei Leistungen mit Entgeltcharakter, der Gewährung überkollektivvertraglicher Entgelte und Betriebspensionen und der Ausübung des Weisungsrechts herauskristallisiert haben.²⁷⁰

Der Gleichbehandlungsgrundsatz hebt jedoch die auch im Arbeitsrecht geltende Vertragsfreiheit nicht auf. Vielmehr muss der Arbeitgeber nur, wenn gemeinsame Arbeitsbedingungen vereinbart oder festgelegt werden, nach den Kriterien einer kollektiven Ordnung vorgehen.²⁷¹

²⁶⁷ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 268; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 335.

²⁶⁸ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 268; *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 251; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen (2001) 113.

²⁶⁹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 335.

²⁷⁰ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 266; *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 250.

²⁷¹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 336.

4.6.4. Auswirkungen gleichheitsrechtlicher Vorgaben auf erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen

Bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte sind somit auch die sich aus diesen Vorschriften ergebenden Gleichheitsgedanken zu beachten.

Probleme hinsichtlich des Gleichbehandlungsgesetzes können sich dabei beispielsweise dadurch ergeben, dass durch eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters oder des Geschlechts der Arbeitnehmer erfolgt. Dies kann etwa vorliegen, wenn bei der Entgeltsvereinbarung die für Arbeitnehmer gilt, die die gleiche Arbeit verrichten, auf ein Kriterium abgestellt wird, das von jüngeren Arbeitnehmern eher erfüllt werden kann, als von älteren Arbeitnehmern, oder auf Kriterien die tendenziell eher bei Männern als bei Frauen auftreten.²⁷²

Es kommt dabei auf die genaue Ausgestaltung der Regelung an. Wird beim erfolgsabhängigen Entgeltsystem auf mehrere Faktoren abgestellt, kann sich die Benachteiligung sowohl aus dem Ergebnis, als auch aus den einzelnen Faktoren ergeben, wobei die benachteiligende Wirkung eines Faktors durch andere aufgehoben werden kann. Werden beispielsweise zur Entgeltbemessung Kriterien verwendet, die typischerweise Männern zugute kommen (Muskelkraft), so müssen Kriterien, die typischerweise Frauen zugute kommen (Geschicklichkeit) ebenfalls angemessen berücksichtigt werden. Wird die Entgelthöhe einerseits mit Eigenschaften verknüpft, die bei jüngeren Arbeitnehmern eher vorhanden sind aber gleichzeitig auch an für die Produktivität gleichsam bedeutende Kriterien, die eher in zunehmendem Alter vorhanden sind (z.B. Berufserfahrung, Genauigkeit) ist die Regelung nicht diskriminierend.²⁷³

Wird hingegen nur auf Kriterien abgestellt, die vornehmlich in jüngeren Jahren vorhanden sind oder die typischerweise eher Frauen aufweisen, stellt dies eine Bevorzugung jüngerer Arbeitnehmer bzw. Frauen dar. Diese Ungleichbehandlung ist zulässig wenn die Kriterien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind (§ 19 GlBG). Auch kann eine Ungleichbehandlung nach dem Alter der Dienstnehmer gerechtfertigt sein, wenn die Ungleichbehandlung objektiv und angemessen ist, durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt

²⁷² *Risak*, Der Einfluss des altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 14.

²⁷³ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GlBG (2005) § 3 Rz 120; *Risak*, Der Einfluss des altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 14.

und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist, und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind (§ 20 GIBG).

Wird eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung der Mehrheit der Mitarbeiter eines Unternehmens oder einer Abteilung angeboten, kann dies dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Damit die Ungleichbehandlung der Minderheit der Arbeitnehmer zulässig ist, muss ein sachlicher Grund vorliegen, warum nur eine bestimmte Mitarbeitergruppe unter diese Entgeltregelung fällt. Wird die Erfolgsbeteiligung hingegen nur mit einer Minderheit der Arbeitnehmer vereinbart, ist diese Ungleichbehandlung aus Sicht des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes unbedenklich.

Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit der Entgeltfestsetzung hat der OGH ausgesprochen, dass es dem Dienstgeber im gesetzlichen und kollektivvertraglichen Rahmen grundsätzlich frei steht, entgeltliche Zuwendungen an bestimmte Bedingungen zu knüpfen und auf bestimmte Dienstnehmer zu beschränken, soweit er dabei nicht willkürlich und sachfremd differenziert und dadurch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt.²⁷⁴

Wird also eine erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarung auf Arbeitsvertragsebene getroffen, so sind das Gleichbehandlungsgesetz und das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Wird die Entgeltvereinbarung auf kollektivrechtlicher Ebene getroffen, so unterliegt sie dem Gebot des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes.

Das Gleichbehandlungsgesetz ahndet dabei schon die Diskriminierung eines einzelnen Arbeitnehmers, stellt aber auf ganz bestimmte Tatbestände ab. Hinsichtlich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes ist nur die Schlechterbehandlung einer Minderheit von Arbeitnehmern unzulässig. Die Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer stellt hingegen kein Problem dar.

Eine zulässige erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung, muss, um nicht gleichheitswidrig zu sein, an sachlichen Kriterien anknüpfen und darf keine unsachliche oder willkürliche Benachteiligung von Arbeitnehmern darstellen.

Bei Entgeltvereinbarungen müssen daher die Kriterien für die Entgeltbestimmung klar festgeschrieben sein, und die Beschränkung der Regelung auf bestimmte

²⁷⁴ OGH 16.12.1975, 4 Ob 60/75; OGH 23.10.1991, 9 Ob A 168/91; OGH 11.10.1995, 9 Ob A 108/95.

Arbeitnehmer muss nach sachlichen Gründen erfolgen. Als Begründung für eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern können auch unternehmerische Belange dienen, wobei Objektivierbarkeit und Generalisierbarkeit vorliegen müssen. Zulässig ist beispielsweise eine Stichtagsregelung.²⁷⁵ Die Anknüpfung an eine betriebswirtschaftliche Kennzahl ist als ein sachliches Kriterium zu werten und somit aus Gleichheitssicht zulässig. Wird die erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung nur bestimmten Arbeitnehmern angeboten, so darf diese Auswahl nicht willkürlich erfolgen.

4.7. Möglichkeiten und Grenzen der Erfolgsbeteiligung

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass es im Arbeitsvertrag grundsätzlich möglich ist den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an den Eintritt eines bestimmten Erfolges zu knüpfen. Erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarungen stellen eine Sonderform der Lohnvereinbarung dar.²⁷⁶ Wie im Zeitlohnverhältnis schuldet aber auch bei erfolgsabhängigen Entgelten der Arbeitnehmer nicht die Erbringung eines Erfolges sondern „nur“ das Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft. Auch bei dieser Sonderform der Entgeltvereinbarung richtet sich die Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach seinen individuellen Fähigkeiten. Der Arbeitnehmer erfüllt den Dienstvertrag wenn er Arbeitsleistung in jenem Umfang erbringt, der sich aus seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten ohne Schädigung seiner Gesundheit, aus seinem individuellen Leistungsvermögen und unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Gegebenheiten (Ortsgebrauch) ergibt.

Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers wird jedoch nicht an den erbrachten Zeiteinheiten gemessen, sondern knüpft an andere Grundlagen, nämlich die Erreichung eines bestimmten Erfolges an. Die Verknüpfung des Entgelts mit dem Eintritt eines Erfolges ist eine spezielle lohngestaltende Komponente. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten dabei sind vielfältig. Es kann an betriebswirtschaftliche Kennzahlen angeknüpft werden, aber auch an die individuelle Leistung des Arbeitnehmers, wie die Herstellung einer bestimmten Stückzahl eines Produktes. Es muss dabei für die Entstehung des Entgeltsanspruches nicht auf die punktgenaue und vollständige Erreichung des Erfolges

²⁷⁵ *Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 269.

²⁷⁶ Vgl OGH 19.6.1991, 9Ob A77/91: „Der Umstand, daß auch bei Akkordentlohnung eine Normalleistung zugrundegelegt wird, spricht nicht dafür, diesen bloß lohnrechtlichen Bezugspunkt auch für den Inhalt der Arbeitspflicht zu übernehmen“.

abgestellt werden. Möglich ist auch, die Höhe des Entgelts vom Grad der Erreichung des Erfolges abhängig zu machen. Auf die unterschiedlichen Arten der Erfolgsbeteiligung soll in den folgenden Kapiteln noch genauer eingegangen werden.

Aus den privatrechtlichen und den speziell arbeitsrechtlichen Vorschriften ergeben sich jedoch auch Grenzen bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte.

Bei der Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten ist jedenfalls der dem Arbeitnehmer zustehende Mindestlohn zu beachten. Dieser kann sich aus Kollektivvertrag oder Satzung, Sittenwidrigkeitsüberlegungen oder den Regeln der *laesio enormis* ergeben. Wird der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers an die Bedingung der Erreichung eines bestimmten Erfolges geknüpft, so darf dadurch der Mindestlohn nicht unterschritten werden. Eine derartige Vereinbarung wird in der Regel hinsichtlich des Teils der zur einem Unterschreiten des Mindestlohnes führen würde unwirksam sein. Die Verknüpfung des Entgelts mit der Bedingung des Erfolgseintritts ist also soweit zulässig, als der Mindestlohn des Arbeitnehmers gewahrt bleibt.

Generell zu beachten ist auch die Grenze der Sittenwidrigkeit. Für die Sittenwidrigkeit einer Erfolgsbeteiligung können unterschiedliche Umstände maßgeblich sein. Die Sittenwidrigkeitsprüfung ist dabei anhand der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Maßgeblich für eine Beurteilung einer Erfolgsbeteiligung hinsichtlich einer eventuellen Sittenwidrigkeit können der Kreis der betroffenen Arbeitnehmer, die Überwälzung des Unternehmerrisikos, eine mögliche Differenzierung bei verschiedenen Arbeitnehmergruppen, der Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Unternehmenserfolg, die Branchenüblichkeit, das Ziel der Entgeltsvereinbarung, der Auszahlungszeitpunkt oder die Ausnutzung einer Machtposition sein. Eine Gesamtbetrachtung der Umstände kann im konkreten Fall ergeben, dass die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung als sittenwidrig zu werten ist, und daher unzulässig ist. Es können aber auch nur einzelne Teile der Vereinbarung von der Nichtigkeit betroffen sein.²⁷⁷

Ein Punkt der die Sittenwidrigkeit einer Erfolgsbeteiligung begründen kann ist die übermäßige Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer. Dabei ist zu beachten, dass es im Arbeitsvertrag grundsätzlich zulässig ist, dass der Arbeitnehmer ein gewisses Risiko übernimmt. Es darf jedoch schon aus dem Gesetzeswortlaut nicht zu einer gänzlichen Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer kommen. Eine noch engere Schranke zieht die Sittenwidrigkeit, vor allem wenn eine Zwangslage oder

²⁷⁷ Löschnigg, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 472 f.

Drucksituation des Arbeitnehmers ausgenutzt wird, die Übernahme des Risikos andernfalls mit Erschwerung der Wahrnehmung von Rechten durch den Arbeitnehmer verknüpft wird oder kein Mindestlohn vereinbart wurde. Ob die Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten im konkreten Fall sittenwidrig ist, ist jedoch immer anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen.

Wird eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung mit einem einseitigen Gestaltungsrecht verknüpft, sind auch dabei spezielle Grenzen zu beachten. Neben den Grenzen, die sich aus Mindestlohnvorschriften und *laesio enormis* ergeben, ist zu beachten, dass einseitige entgeltbeeinflussende Gestaltungsrechte nur nach billigem Ermessen eingeräumt werden können. Eine Einräumung über diese Grenze hinaus ist nicht möglich. Auch bei der Ausübungskontrolle steckt das billige Ermessen die äußerste Grenze der zulässigen Ausübung des Gestaltungsrechtes ab. Eine engere Ausübungsmöglichkeit kann natürlich durch Parteieinvereinbarung festgelegt werden. Es ist aber auch zulässig dem Arbeitgeber ein Leistungsbestimmungsrecht bzw eine Definitionsbefugnis des Erfolgsbegriffes im Rahmen billigen Ermessens einzuräumen. Wird das Entgelt des Arbeitnehmers zB von der Erreichung eines „guten Jahresergebnisses“ abhängig gemacht, kann dem Arbeitgeber eingeräumt werden, dass er bestimmt wann ein „gutes Jahresergebnis“ vorliegt.

Hinsichtlich der indirekten Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf erfolgsabhängige Entgelte, also beispielsweise durch unternehmerische Entscheidungen, werden die Grenzen des Unternehmerhandelns durch die Parteieinvereinbarung determiniert. Aus der Vereinbarung können sich explizit oder konkludent Grenzen für das zulässige Unternehmerhandeln ergeben. Jedenfalls rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig ist ein Handeln des Arbeitgebers in Schädigungsabsicht. In diesem Falle steht dem Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch zu.

Werden erfolgsabhängige Entgeltvereinbarungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter vereinbart, so ist die Vereinbarung auf ihre Gültigkeit gemäß § 864a und § 879 Abs 3 ABGB zu überprüfen. Verwendet der Arbeitgeber für die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, insbesondere Erfolgsbeteiligungen, Vertragsformblätter, und weist er den Arbeitnehmer nicht besonders auf die Klausel über das erfolgsabhängige Entgelt hin, so ist zu prüfen, ob die Klausel einen ungewöhnlichen Inhalt hat, ob sie den Arbeitnehmer benachteiligt und ob er mit der Klausel rechnen musste. Die Prüfung des ungewöhnlichen Inhalts, der Benachteiligung

und der Überraschung des Arbeitnehmers sind anhand des Einzelfalles zu beurteilen, und können auch bei derselben Klausel bei unterschiedlichen Arbeitnehmern zu verschiedenen Ergebnissen führen. Sind alle drei Aspekte zu bejahen, so ist die Klausel über die Erfolgsbeteiligung nicht Vertragsbestandteil geworden.

Bei der Verwendung vorformulierter Vertragstexte ist überdies § 879 Abs 3 ABGB zu beachten, der die Nichtigkeit einer Klausel vorsieht, wenn ein Vertragsteil dadurch gröblich benachteiligt wird. Maßgeblich für eine gröbliche Benachteiligung kann vor allem eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht sein (zB der Risikoverteilung nach § 1155 ABGB) sein oder sonst ein auffallendes Missverhältnis der Rechtspositionen.

Auch gleichheitsrechtliche Aspekte können der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte Grenzen setzen, wenn die Entgeltvereinbarung nicht für alle Arbeitnehmer oder nicht für alle Arbeitnehmer gleich gilt. Kollektivvertragsparteien sind dabei schon an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gebunden, der nur sachliche Differenzierungen zwischen den Arbeitnehmern zulässt. Ausdrücklich auf die Festsetzung des Entgelts nimmt das Gleichbehandlungsgesetz Bezug, das auch die Arbeitsvertragsparteien bindet, und mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung untersagt. Einer willkürlichen Schlechterstellung einer Minderheit von Arbeitnehmern beugt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Dabei ist zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung einzelner Arbeitnehmer oder einzelner Arbeitnehmergruppen auf einen sachlichen Grund zurückzuführen ist.

Daraus ergibt sich, dass bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer insbesondere wenn eine Minderheit betroffen ist nur zulässig ist, wenn diese auch sachlich gerechtfertigt ist.

5. Arten der Beteiligung

Nachdem nun die Zulässigkeit erfolgsabhängiger Entgelte im Arbeitsrecht und die sich aus dem Wesen des Arbeitsvertrages sowie zivilrechtlicher und arbeitsrechtlicher Grundsätze ergebenden Grenzen der Vereinbarkeit untersucht worden sind, soll näher auf die formellen Vorgaben der Vereinbarung von Erfolgsbeteiligungen, die sich aus dem Kollektivvertrags- und Betriebsvereinbarungsrecht ergeben, eingegangen werden. Davor sind jedoch noch Überlegungen über die unterschiedlichen Arten der Erfolgsbeteiligung anzustellen.

Bis jetzt wurde sehr verallgemeinert von Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer gesprochen. Hinter diesem Begriff verbergen sich jedoch verschiedene Arten und Ausgestaltungen. Die in der Literatur oft angewendete Unterscheidung in Leistungslohn und Erfolgslohn²⁷⁸ erscheint für die folgenden Untersuchungen der Vereinbarungsmöglichkeiten nicht Ziel führend, da alle in der Praxis möglichen und vorkommenden Formen der Erfolgsbeteiligung erfasst und systematisiert werden sollen. Zweckmäßiger erscheint vielmehr ein zweistufiges System nach Messgröße und Form der Beteiligung, wobei dann grundsätzlich auch noch nach der Ausgestaltung der Beteiligung differenziert werden kann.

5.1. Unterscheidung nach Messgröße

Zunächst kann danach unterschieden werden an welcher Messgröße sich die Beteiligung orientiert (zB Gewinn, Produktion, Umsatz, etc.), wobei dabei auch noch differenzierter danach unterschieden werden kann welche Art von Umsatz oder Gewinn gemeint ist (zB handelsrechtlicher oder steuerrechtlicher Gewinn; Umsatz der Abteilung oder des gesamten Betriebes, etc). Es sind bei Erfolgsbeteiligungen unzählige Variationen denkbar, da es unzählige Messgrößen gibt, die als Anknüpfungspunkt für Erfolgsbeteiligungen der Arbeitnehmer herangezogen werden können. Die Beteiligung kann am persönlichen Erfolg des Arbeitnehmers, also der individuellen Leistung anknüpfen, am Erfolg einer Abteilung oder Gruppe aber auch am Erfolg des gesamten Unternehmens. Im Grunde kann so gut wie jede buchhalterische Kennzahl als Basis verwendet werden.

²⁷⁸ Vgl. Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 69.

Im Groben können die in der Praxis herangezogenen Bezugsgrößen in vier große Gruppen eingeteilt werden: Leistung im engeren Sinn, betriebswirtschaftliche Kennzahlen zum Ertrag, betriebswirtschaftliche Kennzahlen zum Gewinn und den Wertzuwachs des Unternehmens.²⁷⁹

Die Leistung im engeren Sinn bezeichnet die von den Arbeitnehmern unmittelbar durch ihre Tätigkeit in Menge oder Volumen beeinflussbare Größe, also den messbaren Produktionsoutput der Arbeitnehmer. Dies kann je nach Unternehmen eine bestimmte Stückzahl, Seitenzahl oder Anzahl von Vertragsabschlüssen bis hin zu einem sparsamen Umgang mit Produktionsmaterial oder Energie sein.

Unter betriebswirtschaftlichen Kennzahlen zum Ertrag sind Anknüpfungspunkte wie Umsatz, Bruttoertrag, Deckungsbeitrag und ähnliche zu subsumieren.

Kennzahlen zum Gewinn knüpfen neben dem betriebswirtschaftlichen oder steuerrechtlichen Gewinn an Größen wie Dividende, EGT oder Cash-Flow an.

Wird auf die dem Ertrag oder Gewinn zuzurechnenden Größen abgestellt, kann in der Regel kein Zusammenhang mehr zwischen dem diesen Zahlen zu entnehmenden Erfolg und der Leistung des einzelnen Arbeitnehmers hergestellt werden. Dies gilt auch für die Bezugsgröße des Wertzuwachses des Unternehmens.

Anknüpfend an diese vier Bezugsgrößen können die Erfolgsbeteiligungen also unterteilt werden in:

- leistungsabhängige Beteiligungen im engeren Sinn, die an die vom Arbeitnehmer unmittelbar durch ihre Tätigkeit beeinflussbare Leistung anknüpfen,
- Gewinnbeteiligungen, wenn auf betriebswirtschaftliche Zahlen zum Gewinn abgestellt wird,
- Ertragsbeteiligungen, wenn auf die Kennzahlen zum Ertrag abgestellt wird und
- Beteiligungen am Wertzuwachs.

²⁷⁹ Vgl. *Kolm*, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung, Erscheinungsformen in der Praxis in *Resch* (Hrsg.) Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 21.

5.2. Unterscheidung nach Form der Beteiligung

Steht fest an welcher Kennzahl die Beteiligung festgemacht wird bzw. von welcher Messgröße die Beteiligung abhängig ist, kann weiters danach unterschieden werden in welcher Form der Mitarbeiter beteiligt wird. Grob kann in reine Erfolgsbeteiligung und Substanzbeteiligung, die die Erfolgsbeteiligung einschließt, unterschieden werden.²⁸⁰ Eine detailliertere Abgrenzung bietet *Wöhe*²⁸¹, der in Barauszahlung, Kapitalbeteiligung und Option auf eine Kapitalbeteiligung unterscheidet. Im Falle der Kapitalbeteiligung wird auch vom Investivlohn gesprochen.

5.2.1. Reine Erfolgsbeteiligung

Bei der reinen Erfolgsbeteiligung wird dem Arbeitnehmer abhängig vom Erfolg des Unternehmens eine Prämie ausbezahlt. Die Höhe und der Auszahlungszeitpunkt dieser Prämie richtet sich nach der Vereinbarung und daran an welche Messgröße angeknüpft wird.

Diese Form ist die einfachste Form der Erfolgsbeteiligung. Sie führt vielleicht nicht zu einer so starken Bindung an das Unternehmen wie beispielsweise die Kapital- bzw. Substanzbeteiligung, gewährt den Arbeitnehmern auf der anderen Seite aber auch nicht so weit reichende Mitbestimmungsrechte wie sie sich aus einer Kapitalbeteiligung ergeben können.

5.2.2. Substanz- bzw. Kapitalbeteiligung

Eine intensivere Form der Beteiligung ist die Substanzbeteiligung. Es sind verschiedene Typen der Substanzbeteiligung möglich, die jeweils von der Rechtsform des Unternehmens abhängig sind. So können die Mitarbeiter Anteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, aber auch Anteile an Personengesellschaften erhalten. Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften können durch Aktien und Geschäftsanteile an GmbH und Genossenschaften oder durch Partizipations- und Substanzgenussrechte herbeigeführt werden. Bei Personengesellschaften wird der Mitarbeiter als Gesellschafter am Unternehmen beteiligt, wozu die Gesellschafterstellung in OHG, KG, EEG, GesBR und die Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter zählen.

²⁸⁰ Vgl. *Grau*, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung (2005) 8.

²⁸¹ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 182.

Bei dieser Art der Beteiligung werden die Mitarbeiter sehr stark in das Unternehmen eingebunden, was unter Umständen nicht immer angestrebt ist.²⁸²

Gegenüber der Barauszahlung hat die Kapitalbeteiligung den Vorteil, dass die Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand gestärkt wird, und ein Beitrag zur Finanzierung des Unternehmens erbracht wird. Besonders positiv wird dabei oft die Belegschaftsaktie bewertet, da einerseits ein Beitrag zur Überwindung des historischen Gegensatzes von Kapital und Arbeit geleistet wird, und der Arbeitnehmer andererseits, wie jeder andere Anteilseigner, am künftigen Gewinn bzw. Verlust des Unternehmens partizipiert.²⁸³

Als weiterer Vorteil eines derartigen Beteiligungssystems kann ins Treffen geführt werden, dass die Arbeitnehmer durch die Beteiligung am Erfolg und der Substanz des Unternehmens in der Regel ein großes Interesse an hohen Erträgen des Unternehmens haben. Dadurch wird die Leistungsbereitschaft gefördert und allmählich statt eines Gefühls der Abhängigkeit das Gefühl einer Partnerschaft geschaffen. Der Gegensatz zwischen Arbeitnehmern und Kapitaleigentümern wird zunehmend abgeschwächt, da die Arbeitnehmer zugleich Kapitalgeber sind.²⁸⁴ Weiters kann durch eine Substanzbeteiligung eine erhöhte Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen erreicht, sowie die Mobilität der Mitarbeiter verhindert werden. Durch Substanzbeteiligungen wird oft auch ein am Shareholder Value orientiertes Denken der Mitarbeiter angestrebt.²⁸⁵

5.2.3. Option auf eine Kapitalbeteiligung

Eine Modifikation bzw. Abschwächung der Kapitalbeteiligung im engeren Sinn stellt die Einräumung eines Wahlrechts für den Mitarbeiter zum Erwerb einer Kapitalbeteiligung dar. Die in der Praxis am häufigsten vorkommende Form ist die Aktienoption (Stock Option). Es können jedoch auch Optionen auf Anteile an anderen Kapitalgesellschaften eingeräumt werden. Derartige Rechte auf Anteile an Personengesellschaften kommen wegen der beschränkten Handelbarkeit in der Praxis nicht vor.²⁸⁶

Aktienoptionen geben dem Optionsinhaber das Recht, innerhalb einer bestimmten Frist durch einseitige Willenserklärung eine gewisse Anzahl von Aktien zu fest vereinbarten Konditionen (insb zu einem bestimmten Ausübungspreis) zu erwerben. Die

²⁸² *Grau, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung* (2005) 33.

²⁸³ *Wöhe/Döring, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre*²² (2005) 182.

²⁸⁴ *Wöhe/Döring, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre*²² (2005) 183.

²⁸⁵ *Grau, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung* (2005) 9.

²⁸⁶ *Grau, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung* (2005) 53.

Mitarbeiter müssen dabei bei Ausübung der Option die Beteiligung aus eigenen Mitteln finanzieren. Bei einigen Unternehmen stellt jedoch allein die Möglichkeit, Aktien des betreffenden Unternehmens kaufen zu können einen wirtschaftlichen Vorteil dar.²⁸⁷

Bei Ausübung der Option nehmen die Arbeitnehmer anteilmäßig am Zuwachs des Produktivvermögens ihres Unternehmens teil. Sie werden zu einer Vermögensbildung gezwungen, zu der viele im Fall von Barausschüttungen von Gewinnanteilen vielleicht nicht bereit wären. Andererseits können die Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner, und nicht als Arbeitnehmer, Mitbestimmungsrechte und Gewinnanteile auf Grund der ihnen zuwachsenden Anteilsrechte erhalten. Eine Mitwirkung der kapitalbeteiligten Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, die auch durch die Übernahme von Kapitalrisiko legitimiert ist, ist möglich.²⁸⁸

Der Vorteil des Mitarbeiters aus der Option hängt davon ab, wie weit der Kurswert des Anteils, auf den die Option besteht, den Ausübungspreis übersteigt. Ein weiterer großer Vorteil für die Arbeitnehmer besteht darin, dass ein Kursgewinn realisiert werden kann, ohne dass das Risiko eines Kursverlustes getragen werden muss.

Bei einer Option auf eine Kapitalbeteiligung liegt der Fokus stärker auf der Wertentwicklung des Unternehmens und weniger stark auf den laufenden Erfolgen. Dabei kann eine Bindung und Motivation der Mitarbeiter erreicht werden, ohne dass sofort Vermögens- und Herrschaftsrechte des Mitarbeiters bestehen. Die Mitarbeiter werden meist erst an zukünftigen Wertsteigerungen des Unternehmens beteiligt.²⁸⁹

5.3. Unterscheidung nach Ausgestaltung der Beteiligung

Als weiteres Unterscheidungskriterium kann die Ausgestaltung der Beteiligung herangezogen werden, und dabei in unmittelbare und mittelbare Beteiligung unterschieden werden. Unmittelbare (oder direkte) Beteiligung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar am Unternehmen des Arbeitgebers beteiligt ist, und die allenfalls aus der Beteiligung erwachsenden Rechte auch selbst wahrnimmt.²⁹⁰ Als mittelbare Beteiligungen können jene Beteiligungsarten bezeichnet werden, bei denen der Arbeitnehmer beispielsweise durch Zwischenschaltung einer Kapital- oder Personengesellschaft, einer

²⁸⁷ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 183.

²⁸⁸ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 183.

²⁸⁹ *Grau*, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung (2005) 54 f.

²⁹⁰ *Haslinger*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 87.

Stiftung oder eines Fonds am Unternehmen des Arbeitgebers beteiligt ist, oder zwar unmittelbar beteiligt ist, aber die Ausübung der sich aus der Beteiligung ergebenden Rechte nicht unmittelbar durch den Arbeitnehmer erfolgt.²⁹¹

Die Gründe für die Einführung einer mittelbaren Beteiligung der Arbeitnehmer sind vielfältig. Daher sollen hier nur beispielhaft einige wenige angeführt werden.²⁹² Werden Mitarbeiter direkt am Unternehmen beteiligt, kann es zu einem großen Zuwachs an Klein-Gesellschaftern kommen. Diese Entwicklung kann durch eine mittelbare Beteiligung verhindert werden. Auch kann es bei der Einräumung einer Beteiligung unerwünscht sein, den Mitarbeitern zu weit reichende Einsichts- und Kontrollrechte einzuräumen. Dabei bietet sich eine mittelbare Beteiligung an, bei der diese Rechte von einem Vertreter für die Mitarbeiter wahrgenommen werden, was auch für die Mitarbeiter von Vorteil sein kann, da dann vielfach ihre Rechte kompetenter und effizienter wahrgenommen werden. Durch eine indirekte Beteiligung können auch Schwierigkeiten und Hindernisse, die sich aufgrund der Rechtsform des Arbeitgeberunternehmens ergeben können (Firmenbucheintragung, Notariatsakt, etc.), umgangen werden.

Die indirekte Beteiligung bietet jedoch nicht nur ausschließlich Vorteile. Ein Makel der indirekten Beteiligungen ist, dass diese in der Regel kostspieliger sind als direkte Beteiligungen, und es eines höheren Aufwandes bedarf um bei den Mitarbeitern die Akzeptanz für eine indirekte Beteiligung herzustellen.²⁹³

5.4. Systematisierung der in Literatur und Judikatur verwendeten Begriffe

In der Literatur und Judikatur werden sehr oft unterschiedliche Begriffe für Beteiligungen und erfolgsabhängige Entgelte verwendet. Im Folgenden soll versucht werden, die in der Literatur und Judikatur verwendeten Begriffe in das unter Punkt 5.1 entwickelte System einzuordnen.

5.4.1. Zeitlohn – Leistungslohn – Akkordlohn – Prämienlohn

Die einfachste Unterscheidung der Lohnarten ist jene in Zeitlohn und Leistungslohn. Beim Zeitlohn wird der Lohn nach der Dauer der Arbeit bzw. nach

²⁹¹ *Haslinger*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 87; *Grau*, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung (2005) 8.

²⁹² Näheres siehe *Haslinger*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 159.

²⁹³ *Haslinger*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 160.

bestimmten Zeiteinheiten bemessen unabhängig davon welcher Erfolg innerhalb dieser Zeit erzielt wurde.²⁹⁴ Die Entlohnung des Arbeitnehmers erfolgt nach Dauer der Arbeit bzw. pro Zeiteinheit.

Leistungsbezogene Entlohnung ist durch die Abhängigkeit der Lohnhöhe von einem bestimmten Leistungserfolg gekennzeichnet. Diese Erfolgsabhängigkeit des Lohnes bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist ein bestimmtes Arbeitsergebnis zu erreichen.²⁹⁵ Im arbeitsrechtlichen Sinn liegen Leistungslöhne vor, wenn es sich um Entgeltfindungsmethoden handelt, bei denen eine wie immer definierte Leistung des Arbeitnehmers gemessen wird, und die Höhe seines Entgeltanspruches unmittelbar in Beziehung zu diesem Messergebnis gesetzt wird. Anders gesagt Leistungslöhne liegen vor, wenn Arbeitsleistung und Entgelthöhe so miteinander systematisch verknüpft sind, dass wechselnde Arbeitsleistungen zu kurzfristigen Schwankungen der Entgelthöhe führen.²⁹⁶ Zu diesen Leistungslöhnen im engeren Sinn zählen vor allem der Akkordlohn in den zwei Ausgestaltungsformen Geldakkord und Zeitakkord und der Prämienlohn.

Der Akkord ist die häufigste Form des individuellen Leistungslohnes. Der Akkordlohn kann entweder als Geldakkord oder als Zeitakkord vereinbart werden. Beim Geldakkord wird pro Leistungseinheit ein bestimmter Geldbetrag vereinbart. Der Lohn ergibt sich aus einer einfachen Multiplikation des Geldbetrages mit der Anzahl der erbrachten Leistungseinheiten.²⁹⁷

Beim Zeitakkord wird der zu zahlende Betrag in zwei Teile zerlegt – den Zeitfaktor und den Geldfaktor. Für die Leistung werden dem Arbeitnehmer eine gewisse Anzahl an Minuten zugerechnet, unabhängig von der Dauer der Leistungserbringung. Aus der Anzahl der zugerechneten Minuten und dem Wert der einzelnen Minute ergibt sich dann der Zeitakkord.²⁹⁸

Ist die Arbeitsleistung von der Zusammenarbeit mehrerer Personen abhängig wird diese auch der Gruppe zugerechnet. Diese Form des Akkords wird als Gruppenakkord bezeichnet.²⁹⁹

²⁹⁴ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 285; Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 223.

²⁹⁵ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 285.

²⁹⁶ Schrammel in Tomandl/Schrammel, *Arbeitsrecht* 2⁵ (2004) 72.

²⁹⁷ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 285; Schrammel in Tomandl/Schrammel, *Arbeitsrecht* 2⁵ (2004) 72.

²⁹⁸ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003), 285; Schrammel in Tomandl/Schrammel, *Arbeitsrecht* 2⁵ (2004) 72.

²⁹⁹ Wöhe/Döring, *Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre*²² (2005) 177.

Im Gegensatz zum Akkordlohn ist der Prämienlohn ein Mischlohn, bei dem zum Grundlohn bei Erbringung einer bestimmten Sonderleistung ein Zuschlag in Form einer Prämie tritt. Praktische Bedeutung besitzt der Prämienlohn vor allem als Zuschlag zum Zeitlohn. Der Prämienzeitlohn ist im Gegensatz zum reinen Akkordlohn besser geeignet eine Leistungssteigerung des Arbeitnehmers unter Wahrung bestimmter Qualitätserfordernisse zu bewirken. Die Prämie kann für Sonderleistungen unterschiedlichster Art gewährt werden, wobei Quantität, Qualität, aber auch andere Kriterien (Güte, Genauigkeit der Arbeit, Einsparungen) ausschlaggebend sein können. Die Prämie muss aber an einem messbaren Wert anknüpfen.³⁰⁰

Zeit- und Leistungslohn, sowie Akkord- und Prämienlohn können im System der Erfolgsbeteiligungen der Bezugsgröße Leistung im engeren Sinn zugerechnet werden. Bei all diesen Lohnarten ist eine Zurechnung der individuellen konkreten Leistung des Arbeitnehmers zum Lohn möglich.

5.4.2. Gewinnbeteiligung

Ein häufig undifferenziert verwendeter Begriff ist jener der Gewinnbeteiligung. Die Gewinnbeteiligung wird oft auch als Prototyp der Erfolgsbeteiligung bezeichnet, und ist eine der wenigen Beteiligungsarten, zu der es vereinzelte gesetzliche Regelungen gibt (§ 14 AngG, § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG).

In der Literatur wird die Gewinnbeteiligung als Entgeltform dargestellt, bei der der Arbeitnehmer an einem Teil oder am gesamten Gewinn eines Unternehmens beteiligt ist.³⁰¹ Bei Mitgliedern des Vorstandes oder Aufsichtsrates von Kapitalgesellschaften und bei leitenden Angestellten wird die Gewinnbeteiligung oft als „Tantieme“ bezeichnet, und soll zur gewinnbringenden Geschäftsführung anreizen.³⁰² Unbestritten ist jedoch auch, dass neben leitenden Angestellten und Managern auch Teile oder ganze Belegschaften am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beteiligt sein können um ihnen einen Anreiz für größeres Engagement zu bieten.³⁰³

Die klare Abgrenzung der Gewinnbeteiligung ist mangels eines einheitlichen Gewinnbegriffs schwierig. Daher werden in der Literatur manchmal unter dem einheitlichen Begriff „Gewinnbeteiligungen“ unterschiedliche Regelungen behandelt.

³⁰⁰ Schrammel in Tomandl/Schrammel, *Arbeitsrecht* 2⁵ (2004) 73; Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 287.

³⁰¹ Schwarz/Martinek/Schwarz, *Angestelltengesetz*⁷ (1991) 290.

³⁰² Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht* I⁴ (1998) 232.

³⁰³ Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht* I⁴ (1998) 232.

Unter „Gewinnbeteiligungen“ sind nach dem unter Punkt 5.1. dargestellten System jedoch nur jene Arten von Beteiligungen zu verstehen, die auf betriebswirtschaftliche Kennzahlen zum Gewinn abstellen. Je nach der Bezugsgröße der Beteiligung gibt es verschiedene Arten von Gewinnbeteiligungen.

*Wöhe*³⁰⁴ unterscheidet zwischen Unternehmensgewinnbeteiligung, Betriebsgewinnbeteiligung, Ausschüttungsgewinnbeteiligung und Substanzgewinnbeteiligung.

Die Unternehmensgewinnbeteiligung knüpft an die Ergebnisse der Handels- oder Steuerbilanz an, wobei dabei auch betriebsfremde, außergewöhnliche und periodenfremde Erträge berücksichtigt werden (neutrales Ergebnis). Die Betriebsgewinnbeteiligung hingegen lässt dieses neutrale Ergebnis unberücksichtigt und stellt nur auf das Betriebsergebnis ab.³⁰⁵

Bei der Ausschüttungsgewinnbeteiligung wird die Beteiligung an den an die Anteilseigner ausgeschütteten Gewinn angeknüpft. Die Substanzgewinnbeteiligung geht hingegen von der Änderung des Substanzwerts des Betriebes aus.³⁰⁶

Alle jene Erfolgsbeteiligungen die an den genannten oder anderen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen zum Gewinn anknüpfen werden im Folgenden als Gewinnbeteiligungen bezeichnet.

5.4.3. Umsatzprovision

Auch der Begriff der Umsatzprovision ist schwer zu fassen und wird in der Lehre und Judikatur nicht einheitlich verwendet.³⁰⁷ Der Großteil der Lehre³⁰⁸ und Judikatur³⁰⁹ zieht den Begriff der Umsatzprovision, der auch häufig als Umsatzbeteiligung oder Umsatzantieme bezeichnet wird, sehr weit, bleibt bei der Abgrenzung und Einordnung jedoch ungenau.

Die Umsatzprovision wird oft als Beteiligung am Wert sämtlicher Geschäfte eines Unternehmens oder einer Abteilung definiert.³¹⁰ Dabei kommt es nicht auf das einzelne Geschäft an, sondern auf die Summe der Geschäfte, von wem auch immer sie getätigt

³⁰⁴ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 182.

³⁰⁵ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 182 und 816.

³⁰⁶ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005) 182.

³⁰⁷ *Löschnigg*, Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB und Umsatzprovision, DRdA 1999, 203.

³⁰⁸ *Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 231.

³⁰⁹ OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801= JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379; OGH 9 Ob A 69/92, SZ 65/57; OGH 8 Ob A 2046/96, ZAS 1997, 168.

³¹⁰ OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801= JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

werden.³¹¹ Die Höhe der Provision hängt somit nicht allein von der Leistung des Provisionsberechtigten ab, sondern wird auch von der Leistung der übrigen Mitarbeiter mitbestimmt.

Die Umsatzprovision wird häufig auch als Mischform definiert – sei es dass sie zwischen Leistungs- und Erfolgslohn³¹² oder zwischen Provision und Gewinnbeteiligung³¹³ angesiedelt wird. Von manchen wird auch die schlichte Provision, dh jene Provision die an die Geschäfte des einzelnen Arbeitnehmers anknüpft, als Umsatzbeteiligung angesehen.³¹⁴

1987 traf der OGH in einer Entscheidung zur Beteiligung eine Unterscheidung danach, ob der Erlös der Geschäfte schon eingegangen ist oder nicht. Dabei hat der OGH zur Umsatzbeteiligung ausgesagt, dass es für deren Vorliegen gleichgültig ist, ob an den Sollumsatz (dh an die Fakturierung der getätigten Lieferungen an die Kunden) oder den Istumsatz (tatsächliche Eingänge aus diesen Geschäften) angeknüpft wird.³¹⁵

In einer anderen Entscheidung differenzierte das Höchstgericht genauer zwischen einer umsatzabhängigen Provision und einer vom „Deckungsbeitrag“ abhängigen Provision.³¹⁶ Als Umsatz wird in dieser Entscheidung der Erlös der Verkäufe bezeichnet. Mit Deckungsbeitrag ist die Differenz zwischen dem Umsatz und den Gesamtkosten der Produkte gemeint.

*Wöhe*³¹⁷ qualifiziert die Umsatzbeteiligung als eine Unterform der Ertragsbeteiligung und als Form der Erfolgsbeteiligung. Von Judikatur und Lehre wird die Umsatzbeteiligung in der Regel zwischen Provision und Gewinnbeteiligung eingeordnet.³¹⁸

Bei den in Literatur und Judikatur verwendeten Begriffen kann versucht werden zwischen den Begriffen Umsatzbeteiligung und Umsatzprovision zu unterscheiden. Die Umsatzbeteiligung bezeichnet dabei den Überbegriff über alle Formen der Beteiligung die

³¹¹ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 231.

³¹² *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 231.

³¹³ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁵ (2004) 75; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801= JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

³¹⁴ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁵ (2004) 75.

³¹⁵ OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801= JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

³¹⁶ OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2207/96h, JBl 1997, 473 = infas 1997, A 33.

³¹⁷ *Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005), 182.

³¹⁸ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 231; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801= JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

am Umsatz anknüpfen. Als Umsatzprovision kann jene Form der Umsatzbeteiligung angesehen werden die als Provision ausgestaltet ist.

Die Umsatzbeteiligung lässt sich schwer in ein Schema, das zwischen Erfolgs- und Leistungslohn unterscheidet, einordnen. Einerseits ist sie vom Erfolg des Unternehmens abhängig, da der Umsatz ja die Erlöse/Einnahmen aus getätigten Geschäften bezeichnet. Der Umsatz berücksichtigt allerdings nicht die Kostenseite der Geschäfte und spiegelt somit noch nicht den Erfolg der Geschäfte, im Sinne eines Gewinns wider. Auf der anderen Seite spielen natürlich auch die Leistungen der Arbeitnehmer eine gravierende Rolle, da mehr Leistung auch mehr Geschäftsabschlüsse und somit mehr Umsatz bedeutet. Aus diesen Fakten ergibt sich das die Umsatzbeteiligung kein reiner Erfolgs- oder Leistungslohn ist und daher nicht in ein Schema, das nur zwischen Erfolgs- und Leistungslohn unterscheidet eingeordnet werden kann.

Trotz der vielen Unklarheiten und Unschärfen die mit der Umsatzbeteiligung bzw. Umsatzprovision verbunden sind, lässt sich diese Art der Beteiligung leicht in das unter Punkt 5.1. skizzierte Schema einordnen, da bei dieser Form der Beteiligung an eine betriebswirtschaftliche Kennzahl zum Ertrag, in der Regel nämlich den Umsatz, angeknüpft wird. Die Umsatzbeteiligung in allen ihren Facetten kann somit als Ertragsbeteiligung bezeichnet werden.

5.4.4. Provision

Die Entlohnungsform der Provision weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Akkordlohn auf. Bei der Provision wird dem Arbeitnehmer eine Beteiligung am Wert der zustande gekommenen Geschäfte zugewendet und somit der Leistungslohn mit einer marktabhängigen Erfolgsbeteiligung verbunden.³¹⁹ Die Provision ist also eine meist in Prozenten ausgedrückte Beteiligung am Wert jener Geschäfte des Arbeitgebers, die durch die Tätigkeit des Angestellten zustande gekommen sind. Die Provision richtet sich einerseits nach dem Ergebnis der Arbeit, und ist somit von dem persönlichen Geschick und der Ausdauer des Arbeitnehmers abhängig, andererseits hängt sie aber auch von der Geschäftslage und den Bedürfnissen des Marktes ab.³²⁰

³¹⁹ *Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 230 f.

³²⁰ *Schwarz/Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz*⁷ (1991) 254; OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931; OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986,378; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801 = JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

Bei der Provision kommt es damit zu einer gewissen Übertragung von Arbeitgeberrisiken auf den Arbeitnehmer. Die Provision gebührt üblicherweise nur wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers auch zum gewünschten Ergebnis führt. Für bloße Bemühungen allein steht in der Regel keine Provision zu, was bedeutet, dass der Arbeitnehmer insoweit auf eigenes Risiko tätig wird.³²¹

Das für die Provision typische auf das Einzelgeschäft bezogene Leistungselement kann je nach Ausgestaltung des Entlohnungssystems mehr oder minder stark reduziert werden. Ist die Provision eines Arbeitnehmers nur von den von ihm getätigten Geschäften abhängig, ist ein unmittelbarer Leitungsbezug gegeben. Bei einem Abteilungsleiter hingegen kann von einem mittelbaren Leistungsbezug und einer mittelbaren Provision gesprochen werden, wenn die eigentlichen Geschäftsabschlüsse von Mitarbeitern getätigt werden, und das Entgelt sich nach den Provisionen der Mitarbeiter richtet. Ist der Bezug zum Einzelgeschäft noch weniger gegeben und orientiert sich das Entgelt des Arbeitnehmers am Wert sämtlicher oder einem Großteil der Geschäfte, kommt man in den Bereich der Umsatzbeteiligungen.³²²

Die Provision ist eine Mischform zwischen Leistungs- und Erfolgsvergütungen. Derjenige, dem eine Provision zusteht, hat zwar die Chance durch erhöhte Arbeitsleistung mehr zu verdienen, über den tatsächlichen Provisionsanspruch und die Provisionshöhe entscheidet aber nicht der Fleiß, sondern nur der Erfolg.³²³ Die Provision zeichnet sich also durch einen vom Arbeitnehmer beeinflussbaren Bereich, nämlich seine Bemühungen und seine Leistung, und einen vom Arbeitnehmer weitgehend nicht beeinflussbaren Bereich aus, in dem der Erfolg von Gegebenheiten des Marktes abhängig ist. Somit weist die Provision sowohl Elemente eines Leistungs- als auch eines Erfolgslohnes auf und kann bei einer einfachen Untergliederung in Leistungs- oder Erfolgsentgelte weder dem einem noch dem anderen uneingeschränkt zugeordnet werden. In der Literatur und Judikatur werden auch unterschiedliche Zuordnungen der Provision vorgenommen.³²⁴

³²¹ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 286; Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, FS Strasser (1993) 140 f.

³²² Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 286; Löschnigg, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 468.

³²³ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht²⁵ (2004) 75; Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983), 83 ff.

³²⁴ Als Leistungsentgelt Schwarz/Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz⁷ (1991) 254 f; als Erfolgsentgelt Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 286 und Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, FS Strasser (1993) 140; als Umsatzbeteiligung Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht²⁵ (2004) 75; als Leistungsentgelt, das auch erfolgsorientiert ist in OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801 = JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379.

Die Qualifikation der Provision als Leistungslohn hat insofern weit reichende Bedeutung als § 96 ArbVG regelt, dass akkordähnliche und sonstigen leistungsbezogene Prämien und Entgelten der zwingenden Zustimmung des Betriebsrates bedürfen und somit nur durch eine zwingende Betriebsvereinbarung eingeführt werden können, wobei auch einzelvertragliche Regelungen ausgeschlossen sind (§ 96 Abs 1 Z 4 ArbVG). Würde nun also die Provision als Leistungslohn iSd § 96 ArbVG qualifiziert, könnte eine Provisionsvereinbarung zwingend nur mit Zustimmung des Betriebsrates erfolgen. Diese Frage, ob Provisionsvereinbarungen der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 96 ArbVG bedürfen, wird im Punkt 6.2. noch näher behandelt werden.

Die Einordnung der Provision ist aufgrund ihrer besonderen Ausgestaltung mit leistungsbezogenen aber auch erfolgsbezogenen Elementen schwierig. In dem unter Punkt 5.1. entwickelten System ist die Provision am ehesten den leistungsabhängigen Beteiligungen zuzurechnen, da die Provision vom Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern auch unmittelbar durch seine/ihre Tätigkeit beeinflussbar ist, wenngleich auch externe nicht beeinflussbare Elemente auf die Provision einwirken können. Bleibt jedoch die Leistung des Arbeitnehmers aus, wird in der Regel auch kein Erfolg eintreten, während externe Faktoren nicht immer einen Einfluss auf die Provision haben. Die Provision knüpft jedoch nicht an Kennzahlen zum Ertrag oder Gewinn an. Der Leistungsbezug ist daher der am stärksten ausschlaggebende Faktor.

Diese Qualifizierung, die nach der Anknüpfung an verschiedenen Messgrößen unterscheidet, sagt jedoch nichts über das Verhältnis der Provision zu § 96 ArbVG aus. Da der Anspruch auf Provision neben der Abhängigkeit von der Leistung des Arbeitnehmers auch von externen, nicht vom Arbeitnehmer beeinflussbaren Faktoren abhängt (Marktlage, Kaufkraft, ...) nimmt die Provision hinsichtlich § 96 ArbVG eine Sonderstellung ein.

6. Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf kollektiver Ebene

Nachdem nun eine Abgrenzung der einzelnen Arten und Ausformungen erfolgsabhängiger Entgelte vorgenommen wurde, sollen anhand der gesetzlichen Vorgaben und der in Judikatur und Literatur erarbeiteten Grundsätze die Vorgaben für die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte geprüft werden. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Ebenen und Möglichkeiten der Entgeltsvereinbarung beleuchtet, und dabei auch genauer auf die gesetzlichen Regelungen und Vorgaben zu erfolgsabhängigen Entgelten eingegangen.

Entgeltsvereinbarungen können auf verschiedenen Ebenen getroffen werden. Auf überbetrieblicher Ebene, kommt dabei der Kollektivvertrag in Frage. Auf betrieblicher Ebene besteht die Möglichkeit der kollektiven Regelung durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder der individuellen Regelung durch Einzelarbeitsverträge. In den folgenden Kapiteln wird auf die kollektive Vereinbarung auf überbetrieblicher Ebene (Kollektivvertrag) und innerbetrieblichen Ebene (Betriebsvereinbarung) eingegangen. Die individuelle Regelung erfolgsabhängiger Entgelte im Einzelvertrag wird anschließend unter Punkt 7. untersucht.

6.1. Kollektivvertrag

Der Kollektivvertrag ist ein bedeutendes Instrument der Lohnpolitik, da er hilft einen überbetrieblichen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern herzustellen.³²⁵ Die Ermächtigung zur Regelung von Entgeltsangelegenheiten durch Kollektivvertrag findet sich in § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG. Die Kollektivvertragsparteien werden darin ermächtigt Inhaltsnormen, also die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch Kollektivvertrag zu regeln. Im Kollektivvertrag können daher jene Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt werden, die „typischerweise“ in Arbeitsverträgen geregelt werden, also der typische, wesentliche oder regelmäßig

³²⁵ Löschnigg in Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 71.

wiederkehrende Inhalt der Arbeitsverhältnisse.³²⁶ Typische Inhaltsnormen sind unter anderem auch die Festsetzung von Mindestlöhnen, Lohnschemata und Akkordfragen.³²⁷

Das Arbeitsverfassungsgesetz sieht für die kollektive Regelung von Entgeltsfragen primär den Kollektivvertrag als Regelungsinstrument vor. Die Gründe für den Vorrang des Kollektivvertrages vor der Regelung durch Betriebsvereinbarung liegen darin, dass der Kollektivvertrag, vor allem in der Form des Branchenkollektivvertrags, wettbewerbsregulierende Funktion hat. Weiters sind die Sozialpartner auf überbetrieblicher Ebene nicht durch betriebliche Eigeninteressen beeinflusst, und ultimative Druckmittel wie ein Streik sind nur auf überbetrieblicher Ebene möglich.³²⁸ Trotz des Vorrangs des Kollektivvertrages bei der Regelung von Entgeltfragen, hat das ArbVG in einigen Bestimmungen die Entgeltfindung der betrieblichen Ebene im Rahmen von Betriebsvereinbarungen überlassen. Betriebsvereinbarungen können allerdings nur hinsichtlich jener Angelegenheiten abgeschlossen werden, die durch Gesetz oder Kollektivvertrag ihrer Regelung vorbehalten sind (§ 29 ArbVG). Im Zusammenhang mit Entgeltsfragen interessieren dabei besonders die gesetzlichen Ermächtigungen des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG und des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG, die in der Folge näher betrachtet werden sollen.

Der Kollektivvertrag als überbetriebliches Regelungsinstrument erfasst aus seiner Konzeption heraus nur generelle, überbetriebliche Regelungen. (Entgelts-) Vereinbarungen die individuell den einzelnen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer eines bestimmten Betriebes betreffen bzw. betriebliche Eigenheiten und Notwendigkeiten miteinbeziehen entziehen sich daher der überbetrieblichen Regelungsbefugnis. Die Vereinbarung von erfolgsabhängigen und leistungsabhängigen Entgelten ist somit grundsätzlich auf kollektivvertraglicher Ebene möglich, und für die Vereinbarung einfacher Erfolgsbeteiligungen auch tauglich. In der Praxis ist eine kollektivvertragliche Regelung von betriebsbezogenen erfolgsabhängigen Entgelten jedoch sicherlich meistens nicht praktikabel, da durch Kollektivvertrag recht allgemeine Regelungen getroffen werden, welche die für die Festlegung eines Erfolgsentgeltes notwendigen Einzelheiten nicht regeln können, und bei denen auf die Besonderheiten des Betriebes nicht Rücksicht genommen werden kann. Um die Regelung der Entgeltsvereinbarung detaillierter

³²⁶ *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 133; OGH 20.10.1984, 4 Ob 108/81 = SZ 54/147 = DRdA 1983, 178 (*Wachter*) = ZAS 1983, 101 (*Geppert*) = Arb 10.057.

³²⁷ *Löschnigg* in *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 89.

³²⁸ *Preiss*, Betriebliche Mitbestimmung im Zusammenhang mit leistungs- und erfolgsbezogener Entgeltfindung in *Resch* (Hrsg.) Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 33.

ausgestalten und an die Bedürfnisse und Gegebenheiten des einzelnen Betriebes anpassen zu können erscheint das Instrument der Betriebsvereinbarung daher praktikabler.

6.2. Betriebsvereinbarung

6.2.1. Grundsätze

Im Rahmen einer Betriebsvereinbarung können nur solche Angelegenheiten geregelt werden, die durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Regelung durch Betriebsvereinbarung vorbehalten wurden (§ 29 ArbVG). Der Begriff „Gesetz“ ist dabei im formellen Sinn zu verstehen, und zu beachten, dass die Regelungsmacht des Kollektivvertrags zur Zuweisung bestimmter Angelegenheiten an die Betriebsvereinbarung durch zwingende gesetzliche Bestimmungen begrenzt ist. Ein Kollektivvertrag kann einer Betriebsvereinbarung auch nicht alle Rechtswirkungen verleihen, die ihr das Gesetz einzuräumen vermag.³²⁹ Die im BRG noch enthaltene Einschränkung, dass der Betriebsrat nur befugt war „Ergänzungen zu den Bestimmungen des Kollektivvertrages zu vereinbaren“ besteht im ArbVG jedoch nicht mehr. Die Kollektivvertragsparteien können daher auch die Regelung der „Hauptsache“ den Parteien der Betriebsvereinbarung vorbehalten. Die Festsetzung des (Mindest-) Entgelts zählt jedenfalls zum Kernbereich der in § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG dem Kollektivvertrag zur Regelung unterliegenden Gegenstände, und kann mangels ausdrücklicher gesetzlicher Beschränkung auch der Betriebsvereinbarung vorbehalten werden.³³⁰

Gesetzliche Regelungen über Angelegenheiten, die im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelt werden können, finden sich vor allem im ArbVG, aber auch noch in zahlreichen anderen Gesetzen. Das ArbVG räumt in seinen §§ 96 - 97 der Belegschaft eine Mitentscheidung in sozialen Angelegenheiten ein. Dabei können grundsätzlich zwei Arten der Mitbestimmung unterschieden werden – die zwingende (notwendige) und die fakultative Mitbestimmung. Bei der zwingenden oder notwendigen Mitbestimmung ist die Einführung der Maßnahme nur mit Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung möglich. Im Rahmen der fakultativen Mitbestimmung kann über die Maßnahme eine Betriebsvereinbarung geschlossen werden, die Maßnahme kann aber auch auf andere Art (zB Einzelarbeitsvertrag) eingeführt werden. Die Betriebsvereinbarungen können weiter danach unterschieden werden, ob die Zustimmung

³²⁹ 840 BlgNR 13. GP 66.

³³⁰ Czerny, Entgeltregelung im Betriebsvereinbarungen, FS Strasser (1983) 494 f.

des Betriebsrates durch eine Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden kann. Ist die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates möglich, so wie in den Fällen des § 96a ArbVG und § 97 Abs 1 Z 1-6a ArbVG, liegt eine erzwingbare Betriebsvereinbarung vor.

Bestimmungen über Entgeltvereinbarung enthalten vor allem die § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG und § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG, die für die vorliegende Arbeit daher von besonderem Interesse sind. Während § 96 ArbVG Fälle der notwendigen nicht erzwingbaren Mitbestimmung normiert, wird in § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG eine fakultative Form der Mitentscheidung geregelt.

6.2.2. Leistungsbezogene Entgelte des § 96 ArbVG

Die von § 96 ArbVG erfassten Maßnahmen unterliegen der zwingenden Form der Mitbestimmung. Entgeltvereinbarungen die unter die Bestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fallen können somit nur mit Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung eingeführt werden. Für die Untersuchung der Vereinbarungsmöglichkeiten von erfolgsabhängigen Entgelten ist daher besonders relevant, welche Lohnarten unter diese Bestimmung zu subsumieren sind, und dadurch der zwingenden Mitbestimmung der Belegschaft unterliegen.

Zunächst soll auf die Grundsätze und Voraussetzungen der zwingenden Mitbestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG eingegangen werden, und danach eine Abgrenzung des dieser Bestimmung unterliegenden Leistungslohns vorgenommen werden.

6.2.2.1. Zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates

§ 96 Abs 1 Z 4 ArbVG bestimmt, dass die Einführung und die Regelung von Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen, akkordähnlichen und sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelten, die auf bestimmten Bewertungsverfahren beruhen, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Die Ermächtigung zur Mitbestimmung des Betriebsrates in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG ist als bedingt notwendige Mitbestimmung ausgestaltet, da die Zustimmung des Betriebsrates für derartige Maßnahmen zwar notwendig ist, das Recht des Betriebsrates außer vom Vorliegen eines Mitbestimmungstatbestandes aber auch noch von einer zusätzlichen Bedingung

abhängt.³³¹ Diese Bedingung besteht darin, dass keine überbetriebliche Regelung durch Kollektivvertrag oder Satzung vorliegt. Die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates ist jedoch nur insoweit ausgeschlossen, als diese überbetriebliche Regelung reicht, da nur in diesem Bereich die zusätzliche Bedingung für die Mitbestimmung nicht vorliegt. Wo die überbetriebliche Regelung Lücken aufweist oder es an einer für die Einführung notwendigen Konkretisierung mangelt, ist die Bedingung erfüllt und somit das Mitbestimmungsrecht gegeben. Diese Art der Bedingung wird auch als „gleitende Bedingung“ bezeichnet.³³²

Die Mitbestimmung nach § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG ist somit von zwei Elementen abhängig, nämlich dem Vorliegen einer der in der Norm genannten Entgeltsarten (inkl der im Gesetz genannten Bewertungsverfahren) und dem Nichtvorhandensein einer überbetrieblichen Regelung. Bei Leistungsentgelten ist es jedoch praktisch unmöglich die Regelungen im Kollektivvertrag soweit zu konkretisieren, dass sie innerbetrieblich unmittelbar anwendbar sind. Der Kollektivvertrag stellt daher bei Leistungsentgeltsvereinbarungen meist nur einen überbetrieblichen Mindeststrahmen dar.³³³ Die vom Gesetz zusätzlich geforderte Bedingung des Fehlens einer überbetrieblichen Regelung wird daher in den meisten Fällen erfüllt sein.

In Betracht zu ziehen ist auch der Fall, dass die Möglichkeit eine Materie durch Betriebsvereinbarung zu regeln, durch eine gesetzliche Regelung eben jener Materie eingeschränkt wird. *Strasser*³³⁴ hat in diesem Fall die analoge Anwendung der Bedingung in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG auch auf Gesetze vorgeschlagen. Seine Schlussfolgerung ist, dass bei dieser Lösung dispositive Gesetzesnormen die Mitbestimmung des Betriebsrates nicht hindern, da die Bedingung des Fehlens einer überbetrieblichen Regelung gegeben ist. Bei einseitig zwingenden Gesetzesbestimmungen ist laut *Strasser* die Mitbestimmung mangels Fehlen einer Regelung verhindert, und bei zweiseitig zwingenden Gesetzen eine betriebliche Regelung überhaupt ausgeschlossen.³³⁵

Dies wird auch in den erläuternden Bemerkungen zu § 97 ArbVG bestätigt, die ausführen, dass im Falle einseitig zwingender, zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht abdingbarer, gesetzlicher Bestimmungen die Regelung leistungsbezogener Entgelte in

³³¹ *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 529.

³³² *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 529; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 96 Anm 20.

³³³ *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA 1985, 270.

³³⁴ *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 530.

³³⁵ *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 530.

Betriebsvereinbarungen dann zulässig ist, wenn die Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer günstigere Vorschriften enthält. Sind die gesetzlichen Bestimmungen zweiseitig zwingend ausgestaltet, bleibt kein Raum für eine Regelung durch Betriebsvereinbarung.³³⁶

6.2.2.2. Form und Wirkung der Betriebsvereinbarung

Die Frage, in welcher Form die Zustimmung des Betriebsrates zu den Angelegenheiten des § 96 gegeben werden muss, wurde in der Lehre und Literatur ausführlich behandelt. Als herrschende Lehre hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass, aufgrund der Absicht des Gesetzgebers und des Zwecks der Regelung, die Ausübung der Mitbestimmung an die Form einer Betriebsvereinbarung gebunden ist.³³⁷

Die Regelung leistungsbezogener Entgelte gemäß § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG erfolgt durch normative Betriebsvereinbarung iSd § 29 ArbVG. Die Betriebsvereinbarung wirkt somit unmittelbar auf die Inhalte der Einzelarbeitsverträge ein.³³⁸ Hinsichtlich leistungsbezogener Entgelte ist im ArbVG nicht vorgesehen die fehlende Zustimmung des Betriebsrates durch Entscheidung der Schlichtungsstelle zu ersetzen, oder das Verhalten des Belegschaftsorgans rechtlich zu überprüfen (zwingende Mitbestimmung ohne Rechtskontrolle).³³⁹ Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung zur Einführung kollektiver leistungsbezogener Entgelte, hat der Betriebsinhaber daher keine Möglichkeit diese zu erzwingen. Auch eine Umgehung der mangelnden Zustimmung des Betriebsrates durch Vereinbarung der leistungsbezogenen Entgelte in Einzelarbeitsverträgen oder durch Weisung ist unzulässig.

Die Bestimmungen der Betriebsvereinbarung können durch Vereinbarungen in Einzelarbeitsverträgen weder aufgehoben noch verschlechtert werden. Wird dennoch in einem Einzelvertrag eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Vereinbarung getroffen, ist diese unwirksam.³⁴⁰

Ohne Zustimmung des Belegschaftsorgans eingeführte kollektive leistungsbezogene Entgelte iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG sind unzulässig, und daher die

³³⁶ 840 BlgNR 13. GP 83.

³³⁷ Floretta/Strasser, ArbVG² (1987) § 96 Anm 5; Preiss in Cerny, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 2; ausführlich Jabornegg, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 205 f; Holzer, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 208 f.

³³⁸ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 453.

³³⁹ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 383.

³⁴⁰ Preiss in Cerny, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 10.

Arbeitnehmer nicht zur leistungsbezogenen Arbeit verpflichtet.³⁴¹ Die Rechtswidrigkeit der Maßnahme des Betriebsinhabers darf sich nicht zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken. Wenn also rechtswidrig im Leistungslohnsystem gearbeitet wurde, muss der Arbeitgeber dennoch den Leistungslohn zahlen. Bei ungünstigeren Einzelvereinbarungen ist der Arbeitnehmer entsprechend der Betriebsvereinbarung zu entlohnen.³⁴² Dies wird von *Strasser/Jabornegg*³⁴³ durch Heranziehung des Bereicherungsrechts begründet. Sie führen aus, dass der Anspruch des Arbeitnehmers nur auf das durch Kollektivvertrag oder Einzelarbeitsvertrag geregelte zeitbestimmte Entgelt gerichtet ist. Einem etwaigen Bereicherungsanspruch des Arbeitgebers, gerichtet auf die Differenz zwischen Leistungs- und Zeitlohn, könne der Arbeitnehmer aber, sofern er seine Arbeitsleistung darauf gerichtet hatte, seinen gleichlautenden Bereicherungsanspruch auf den Wert der von ihm erbrachten Arbeitsleistungsdifferenz entgegenhalten. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf sein eigenes rechtswidriges Verhalten berufen, um daraus entstandene Verpflichtungen abzulehnen.

Festzuhalten ist also, dass die Einführung der von § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG erfassten Entgeltsformen bei Fehlen einer überbetrieblichen Regelung zwingend der Mitbestimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung bedarf.

Die unter die Bestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu subsumierenden Entgeltformen unterliegen also einem sehr strengen Reglement. Daher ist genau zu prüfen welche Entgeltformen als leistungsbezogenes Entgelte iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG anzusehen sind.

6.2.2.3. Individuelle leistungsbezogene Entgelte - § 100 ArbVG

Die zwingende Mitbestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG betrifft nur die Regelung kollektiver leistungsbezogener Entgelte, also genereller, für alle Arbeitnehmer geltende Vereinbarungen zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat. Individuell-konkrete Handlungen werden vom Regelungsbereich des § 96 ArbVG nicht erfasst.³⁴⁴ Individuelle leistungsbezogene Entgelte unterliegen der Mitbestimmung gemäß § 100 ArbVG. Dieser regelt die Vereinbarung von „Entgelten der in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG bezeichneten Art für einzelne Arbeitnehmer oder einzelne Arbeiten, die generell nicht vereinbart werden

³⁴¹ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 383.

³⁴² *Preiss in Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 4 und 10.

³⁴³ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 383f.

³⁴⁴ *Preiss in Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 3 und 8; *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 536.

können“. Solche Leistungsentgelte können nicht durch Betriebsvereinbarung geregelt werden, sondern sind zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vereinbaren. Kommt keine Einigung zwischen den Arbeitsvertragsparteien zustande, muss zur Festsetzung die Zustimmung des Betriebsrates eingeholt werden.³⁴⁵ Individuelle Leistungsentgelte können demnach auch nicht einseitig durch Weisung des Arbeitgebers festgesetzt werden.

Für die Ermittlung der unter § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fallenden Entgeltformen ist daher zunächst eine Abgrenzung zu § 100 ArbVG nötig. Die Abgrenzung zwischen generellem und individuellem Leistungslohn ist schwierig und wurde in der Lehre auch unterschiedlich getroffen.³⁴⁶

*Holzer*³⁴⁷ meint der Relativsatz „die generell nicht vereinbart werden können“ sei bei der Interpretation der Bestimmung außer Betracht zu lassen, da er der Norm jede Anwendungsmöglichkeit rauben würde. Ein Einzelfall iSd § 100 ArbVG sei dann gegeben, wenn nur einzelne Arbeitnehmer betroffen sein.

*Jabornegg*³⁴⁸ spricht sich für eine, den Wortlaut des § 100 ArbVG korrigierende Interpretation aus, aus der sich ergibt, dass die Zustimmung des Betriebsrates nicht die Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers ersetzen kann und § 100 ArbVG nur eine nochmalige Klarstellung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG ist.

*Strasser*³⁴⁹ definiert kollektive leistungsbezogene Entgelte als solche, die für eine größere Gruppe von Arbeitnehmern zugleich geregelt werden können. Dies ergibt sich laut *Strasser* aus einem argumentum e contrario aus § 100 ArbVG, welcher Entgelte iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG umfasst, die generell nicht vereinbart werden können. Individuelles Leistungsentgelt wird demnach durch Lohnbedingungen festgelegt, die einer generellen Regelung nicht zugänglich sind, und mit jedem einzelnen Arbeitnehmer oder kleineren Gruppen im Einzelnen vereinbart werden müssen. Entgelte für einzelne Arbeitnehmer sind demnach jedenfalls individuelle Leistungsentgelte, uU aber auch solche für mehrere individuell-konkret bestimmte Arbeitnehmer oder Arbeiten.³⁵⁰ Eine arbeitsplatzbezogene Regelung, dh die Festsetzung eines leistungsbezogenen Entgelts für einen konkreten Arbeitsplatz ohne Bedeutung wer den Arbeitsplatz besetzt, ist eine

³⁴⁵ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 100 Erl 3.

³⁴⁶ Ausführlich *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 91 ff.

³⁴⁷ *Holzer*, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 211.

³⁴⁸ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 216 ff.

³⁴⁹ *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 536 ff.

³⁵⁰ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 100 Anm 5.

generelle Regelung, die der Mitbestimmung nach § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG unterliegt.³⁵¹ Vereinbart der Betriebsinhaber jedoch eine Vielzahl von Einzelregelungen, die sich in der Summe wie eine generelle Regelung auswirken, liegt Gesetzesumgehung und somit absolute Nichtigkeit der Einzelregelungen vor.

*Cerny*³⁵² stellt etwas konkreter auf die Besonderheit der Arbeit ab, und sieht die Unmöglichkeit genereller Vereinbarung bei Arbeiten gegeben, für die wegen ihrer Seltenheit oder Einmaligkeit eine generelle Entgeltregelung nicht vereinbart werden kann. Als Beispiel nennt er die Anfertigung eines ganz bestimmten Werkstückes nach spezifischen Angaben. Mitbestimmung nach § 100 ArbVG ist mangels genereller Vereinbarkeit aber auch dann gegeben, wenn „einzelne Arbeitnehmer nach unterschiedlichen Kriterien Leistungsentgelte erhalten sollen, obwohl die Art der Tätigkeit an und für sich von mehreren Arbeitnehmern im Betrieb erbracht wird“³⁵³. Die Mitbestimmungsregelung nach § 100 ArbVG kommt laut *Cerny* nicht nur bei sachlich begründeter Unmöglichkeit einer generellen Festsetzung zur Anwendung, sondern auch wenn eine generelle Lösung nicht zustande kommt, obwohl dies möglich gewesen wäre. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass bei einer Vielzahl von Einzelvereinbarungen, die in Summe einer generellen Regelung entsprechen, die Gefahr einer Gesetzesumgehung gegeben ist.³⁵⁴

Schrank liefert nach umfassender Analyse keine konkrete Definition individuellen leistungsbezogenen Entgelts, sondern will im Sinne eines beweglichen Systems nach einer Gesamtbetrachtung von Elementen wie zeitlicher und quantitativer Seltenheit und Interessenslage entscheiden, ob eine „generelle Mitbestimmung des Betriebsrates als sachgerechte Lösung und nicht als Beeinträchtigung durch das Kollektiv erscheint“³⁵⁵.

Aus diesen Literaturansätzen folgt, dass Leistungslöhne, die nicht in einer generellen Regelung vereinbart werden können, sei es weil sie nur für einzelne Arbeitnehmer vereinbart werden sollen³⁵⁶, sei es aufgrund der Besonderheit der Arbeit, weil unterschiedliche Kriterien angewendet werden³⁵⁷ oder aus anderen Gründen, als individuelle Leistungslohnregelung anzusehen sind, und auf sie die

³⁵¹ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 100 Anm 5.

³⁵² *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 100 Erl 2.

³⁵³ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 100 Erl 2.

³⁵⁴ Vgl *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 538.

³⁵⁵ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 93.

³⁵⁶ *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 536.

³⁵⁷ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 100 Erl 2.

Mitwirkungsbestimmungen des § 100 ArbVG anzuwenden sind. Diese Beurteilung hat aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu erfolgen.³⁵⁸

Umstritten ist auch wie weit das Mitwirkungsrecht des § 100 ArbVG reicht. *Cerny*³⁵⁹ versteht unter „Festsetzung“ nicht nur die Höhe, sondern auch die Einführung von individuellen Leistungsentgelten. *Strasser/Jabornegg*³⁶⁰ hingegen unterwerfen nur die Festsetzung der Entgelthöhe der Mitbestimmung nach § 100 ArbVG. Die grundsätzliche Einführung eines Leistungslohns sei demnach auf vertraglicher Ebene (Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelarbeitsvertrag) zu regeln.

6.2.2.4. Leistungsabhängige Prämien und Entgelte des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG

Welche Entgeltsformen von der Beschreibung in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG erfasst sind ist eine schwierig zu beantwortende, und in der Literatur viel diskutierte Frage. Festgestellt wurde bereits, dass dieser Bestimmung nur Leistungslöhne unterliegen, die generell vereinbart werden können. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG betrifft weiters grundsätzlich Lohnsysteme die auf einer Leistungsbewertung beruhen. Die Bestimmung nennt explizit Akkord-, Stück- und Gedinglohn und akkordähnliche und sonstige leistungsbezogenen Prämien und Entgelte.

Die Auslegung der Begriffe „Akkord-, Stück- und Gedinglohn“ bereitet keine Schwierigkeiten³⁶¹ und wird daher in der Literatur nicht gesondert diskutiert. Was jedoch unter leistungsbezogenen Prämien und Entgelten iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu verstehen ist, ist Gegenstand diverser oft gegensätzlicher Überlegungen. Gerade für die für diese Arbeit interessante Frage wie erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarungen getroffen werden können, ist die Abgrenzung des Leistungslohns gemäß § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG jedoch essentiell, da dessen Vereinbarung sehr strengen Regeln unterliegt. Dabei kann ein genaueres Eingehen auf Akkord-, Stück- und Gedinglohn unterbleiben. Im Folgenden wird daher nur auf die Definition leistungsbezogener Prämien und Entgelte näher eingegangen.

Der in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG enthaltene Relativsatz bezüglich der Bewertungsverfahren („die auf Arbeits- (Persönlichkeits)bewertungsverfahren,

³⁵⁸ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 93.

³⁵⁹ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 100 Erl 1.

³⁶⁰ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 100 Anm 2.

³⁶¹ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004) 72.

statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen“) bezieht sich nach überwiegender Auffassung nicht auf alle genannten Entgeltsformen, sondern nur auf die leistungsbezogenen Prämien und Entgelte.³⁶² Die sonstigen in der Bestimmung genannten Entgeltformen unterliegen unabhängig vom Bewertungsverfahren der Mitbestimmung des Betriebsrats.³⁶³ In einer der wenigen Entscheidungen zu den arbeitsverfassungsrechtlichen leistungsbezogenen Entgelten hat der OGH 1981 entschieden, dass der die Beurteilungsmethoden aufzählende Relativsatz in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG eine taxativ einschränkende Aufzählung der maßgeblichen Bewertungsmethoden enthält.³⁶⁴ Da der Gesetzgeber neben den konkret aufgezählten Entgeltfindungsmethoden allerdings auch noch auf „ähnliche Entgeltfindungsmethoden“ verweist, ist die Bedeutung des einschränkenden Relativsatzes sehr gering.³⁶⁵

Was unter leistungsbezogenen Prämien und Entgelten zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber auch in den Materialien nicht geklärt. Die Frage wurde daher in der Literatur und höchstgerichtlichen Entscheidungen vielfach behandelt. Zunächst sollen die Literaturmeinungen dargestellt werden und darauf aufbauend die Entscheidungen des Höchstgerichtes, insbesondere auch die jüngste Entscheidung zu leistungsbezogenen Entgelten.

In der Literatur finden sich vielfach Aussagen zu den leistungsbezogenen Prämien des § 96 ArbVG. Bei leistungsbezogenen Entgelten hängt der Lohn von der individuellen Leistung ab. Die Höhe richtet sich also nicht nach der Arbeitszeit, sondern der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung.³⁶⁶ Akkordähnliche Prämien und Entgelte sind Lohnsysteme die mengenmäßig nach einem Leistungsergebnis bewertet werden.³⁶⁷ Sonstige leistungsbezogene Prämien und Entgelte hingegen können auf verschiedensten Bezugsgrößen, wie Qualitätssteigerung, bestmögliche Auslastung von Maschinen, Reduktion von Ausschussprodukten oder ähnlichen Faktoren beruhen.³⁶⁸

³⁶² *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 533; *Gruber*, Die „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte“ iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 345.

³⁶³ *Gruber*, Die „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte“ iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 345.

³⁶⁴ OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982/17 (*Holzer*).

³⁶⁵ *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 533.

³⁶⁶ *Strasser in Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 532.

³⁶⁷ *Preiss in Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 9.

³⁶⁸ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 96 Anm 24; *Preiss in Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 9.

Leistungsbezogene Prämien sind allerdings nur Entgeltarten, die auf objektiv nachvollziehbaren Bewertungsverfahren beruhen.³⁶⁹

*Schrank*³⁷⁰ setzt den betriebsverfassungsrechtlichen Leistungsentgeltbegriff restriktiv an, und versteht darunter nur jene Entgeltformen, die auf objektiven Verfahrensweisen beruhen, eine unmittelbare Umsetzung des vom Arbeitnehmer beeinflussbaren Leistungsergebnisses bzw. der an den Arbeitnehmer gestellten Leistungsanforderungen in Entgelt darstellen, und überdies zu kurzfristigen Entgeltschwankungen führen können.³⁷¹ Dieser Ansicht *Schranks* tritt *Gruber* entgegen und betont, dass jene Gesetze auf die *Schrank* seine Argumentation stützt (KJBG, MuttSchG, UrlG und EFZG) anderen Zielsetzungen unterliegen und daher keine Rückschlüsse auf den Leistungsentgeltbegriff des ArbVG gezogen werden können.³⁷² *Gruber* kommt zu dem Ergebnis, dass für das Vorliegen von „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelten“ zumindest ein Teil des Entgelts leistungsbezogen sein muss, also die Höhe des Entgelts von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung abhängen muss, die Verfahrensweise zur Festlegung des Leistungsentgelts objektiv festgelegt sein muss und die Leistungskomponente gegenüber Erfolgs- oder Zeitlohnelementen dominieren muss.³⁷³

Mosler stellt bei den leistungsbezogenen Entgelten des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG darauf an, ob bzw inwieweit der Arbeitnehmer durch seine persönliche Leistung die Entgelthöhe unmittelbar beeinflussen kann. „Leistungsbezogen“ ist demnach so zu verstehen, dass die unmittelbare persönliche Leistungserbringung eine wesentliche Bedeutung hat.³⁷⁴

Der OGH³⁷⁵ hat 1981 der Meinung *Strassers* folgend zu den leistungsabhängigen Entgelten ausgesprochen, dass der Gesetzgeber den Begriff des „Leistungsentgelts“ nicht allzu eng verstanden wissen wollte, was sich in der Erwähnung von „Arbeits- und Persönlichkeitsbewertungsverfahren“ zeige. Fehlt allerdings jede Leistungsbezogenheit

³⁶⁹ *Preiss* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 9.

³⁷⁰ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 91.

³⁷¹ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 91.

³⁷² *Gruber*, Die „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte“ iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 345.

³⁷³ *Gruber*, Die „sonstigen leistungsbezogenen Prämien und Entgelte“ iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 349.

³⁷⁴ *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 441 f.

³⁷⁵ OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982/17 (*Holzer*) = Arb 9984.

oder liegt der Prämie kein wie auch immer ausgestaltetes Entgeltfindungsverfahren zugrunde, kann in keinem Fall von einem Leistungslohn iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG gesprochen werden. Leistungsbezogen ist laut OGH eine Prämie nach dem Gesetzeswortlaut schon, wenn sie irgendwie von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung abhängt, sei es, dass sie für eine bestimmte Mengenleistung gewährt wird, sei es dass sie auf anderen mit der Arbeitsleistung zusammenhängenden Bezugsgrößen beruht. Als Beispiele zählt der OGH hier Güte und Genauigkeit der Arbeit, besondere Ausnützung der Roh- und Werkstoffe, besondere Nutzung der Betriebsmittel, sonstige Einsparungen, genaue Einhaltung vorgegebener Termine und ähnliche Bezugsgrößen auf.³⁷⁶

Liegt die Bestimmung der Höhe des Prämienlohns allerdings alleine im subjektiven Ermessen des Arbeitgebers und fehlt eine, im Voraus nach allgemeinen Merkmalen umschriebene und daher im Einzelfall nachvollziehbare Berechnungsgrundlage, liegt keine Entgeltfindungsmethode und somit kein Leistungslohn des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG vor. Vom Arbeitgeber nach subjektiven Gesichtspunkten bezahlte Leistungsprämien sind daher keine Entgelte iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG.³⁷⁷

In weiteren Entscheidungen hat das Höchstgericht dann ausgesprochen, dass eine von der Beurteilung durch den Vorgesetzten abhängige Prämie in Form eines Bilanzgeldes ebenfalls keine leistungsbezogene Prämie iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG ist.³⁷⁸ Diese fallen daher nicht unter die Zustimmungspflicht des Betriebsrates. Erfolgsprovisionen können nicht als leistungsbezogene Entgelte iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG qualifiziert werden, auch wenn für den „Erfolg“ neben Faktoren wie den Marktbedingungen und dem Kundenverhalten auch die Leistung des Arbeitnehmers maßgeblich ist.³⁷⁹

Auch durch die Zuteilung weiterer Aufgaben bei gleich bleibenden Bezügen wird kein leistungsbezogenes Entgelt iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG eingeführt. Beim leistungsbezogenen Entgelt wird ein besonderer Maßstab für die Höhe des Verdienstes vereinbart, indem sich die Höhe des Entgelts, im Gegensatz zum Zeitlohn, nach der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und nicht nach der erbrachten Arbeitszeit richtet. Werden dem Arbeitnehmer hingegen zusätzliche Aufgaben zugeteilt, wobei das Entgelt konstant bleibt, hängt die Höhe des Entgelts ja gerade nicht von der Arbeitsleistung ab. Es

³⁷⁶ OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982/17 (*Holzer*) = Arb 9984 mit weiteren Verweisen.

³⁷⁷ OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1981, 409 = DRdA 1982/17 (*Holzer*).

³⁷⁸ OGH 23.5.1990, 9 Ob A 118/90, infas 1992, A 4.

³⁷⁹ OGH 26.8.1999, 8 Ob A 196/99b, DRdA 2000, 400 (*Egger*) = DRdA 2000, 73 = infas 2000, A5.

liegt somit weiterhin eine Zeitlohnvereinbarung vor, dessen Charakteristikum die Unabhängigkeit der Entgelthöhe von der erbrachten Leistung ist.³⁸⁰

Im Jahr 2003 wurde von *Reissner* ein weiterer Ansatz zur leistungsbezogenen Entgelten, insbesondere bei einer Zwischenschaltung einer Individualvereinbarung, veröffentlicht³⁸¹, der durch die jüngste OGH-Entscheidung zu leistungsbezogenen Entgelten große Bedeutung erlangt.

Reissner bezieht sich auf Literatur und Judikatur und geht davon aus, dass bei leistungsbezogenen Entgelten iSd § 96 ArbVG nicht nur auf Mengenleistungen (Quantitätsprämien) abgestellt werde, sondern auch Entgelte erfasst werden, die auf qualitative Bezugsgrößen abstellen.³⁸² Anders als im Zeitlohn richtet sich die Höhe des leistungsbezogenen Entgelts nach der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung und nicht nach der Arbeitszeit. Leistungsbezogenheit bedeutet Abhängigkeit von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung in Hinblick auf Menge oder eine sonstige Bezugsgröße. Zumindest ein Teil des Entgelts muss derart leistungsbezogen sein – die Leistungskomponente muss gegenüber der Zeit- oder Erfolgskomponente dominieren.³⁸³

Neben „Entgelt“ und „Leistungsbezogenheit“ ist für die Anwendbarkeit des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu prüfen, ob das Entgelt auf „Arbeits- bzw. Persönlichkeitsbewertungsverfahren, statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden“ beruht. Dabei kommen nach *Reissner* verschiedene Verfahren in Betracht, die am Arbeitnehmer selbst oder auch zB am Arbeitsplatz ansetzen können. Das Gesetz setzt dabei einen Zusammenhang zwischen Verfahren und Entgeltgestaltung voraus.³⁸⁴ Wesentlich ist, dass überhaupt ein Verfahren oder eine Methode angewendet werden, wobei systematisch auf gewisse Beurteilungskriterien abgestellt wird.³⁸⁵

Reissner geht davon aus, dass es jedoch nicht erforderlich ist, dass sich aus dem System selbst bereits der Anspruch auf das Entgelt ergeben muss. Vielmehr könne es Verfahren geben, bei denen sich das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt unmittelbar aus den Vorgaben des Systems ergibt, oder bei denen nach Einsatz des Systems noch eine eigene Entgeltvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer notwendig ist,

³⁸⁰ OGH 13.1.1987, 14 Ob 198/86, JBl 1987, 468 = ZAS 1987, 130 (*Tomandl*) = DRdA 1989/25 (*Apathy*).

³⁸¹ *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 503.

³⁸² *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 506; vgl auch OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982/17 (*Holzer*).

³⁸³ *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 507.

³⁸⁴ *Reissner* in *Zeller*, Kommentar zum Arbeitsrecht, ArbVG § 96, Rz 39.

³⁸⁵ *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 508.

um die Ergebnisse der Leistungsbewertung umzusetzen. Durch eine derartige Zwischenschaltung würde die Mitbestimmungspflicht des § 96 ArbVG nicht berührt, wenn sich der Arbeitgeber an die selbst systematisch erhobenen Kriterien halte.³⁸⁶

Die von der Lehre oft geforderte „Objektivität“ des Verfahrens will *Reissner* im Sinne von „Transparenz“ verstanden wissen. Die Verfahrensweise muss demnach auf offen zugänglichen, für Dritte nachvollziehbaren Kriterien beruhen, deren Anwendung durch ein und dieselbe Instanz oder durch formell gleichwertige Instanzen so erfolgt, dass die erfasste Gruppe von Arbeitnehmern einigermaßen gleichförmig und vergleichbar beurteilt werde.³⁸⁷

In seiner jüngsten Entscheidung zu leistungsbezogenen Prämien und Entgelten ist der OGH diesen Überlegungen *Reissners* gefolgt.³⁸⁸ In dieser Entscheidung hatte das Höchstgericht über die Mitbestimmungspflicht eines leistungsbezogenen Gehaltssystems zu entscheiden. Bei diesem System führt jeder Vorgesetzte am Anfang des Jahres mit seinem unmittelbar Untergebenen ein Zielvereinbarungsgespräch, bei dem verschiedene individuelle Ziele festgelegt werden. Dabei wird nach verschiedenen Zielarten unterschieden (Hauptaufgaben, persönliche Entwicklungsziele und Sonderaufgaben), die innerhalb einer Bandbreite gewichtet werden können. Am Jahresende findet eine Bewertung entsprechend der Zielvereinbarung durch den jeweils Vorgesetzten nach einem bestimmten Schema statt. Aufgrund der Bewertung der Zielerreichung und eines vom Aufsichtsrat festgesetzten Multiplikators, der sich nach dem Unternehmenserfolg richtet, ergibt sich die dem Arbeitnehmer gegebenenfalls zustehende Prämie. Es lag den Mitarbeitern frei in dieses System zu wechseln, das zusätzlich zum Fixgehalt einen variablen Gehaltsbestandteil ermöglichte.

Der OGH entschied in diesem Fall, dass das gegenständliche Entgeltfindungssystem unter § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu subsumieren ist, und daher zwingend der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt. Das Höchstgericht stellt dabei darauf ab, dass konkrete persönliche Leistungsziele vorgegeben werden und die Bewertung ob die Ziele erreicht wurden nicht von der subjektiven Beurteilung des Vorgesetzten abhängt, sondern sich an einem vorgegebenen Einordnungsschema zu orientieren hat. Damit liege keine unvorhersehbare oder willkürliche Einordnung vor. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Erfolgskomponente des

³⁸⁶ *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 508 f.

³⁸⁷ *Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 509;

Reissner in *Zeller*, Kommentar zum Arbeitsrecht, ArbVG § 96, Rz 40.

³⁸⁸ OGH 8.10.2008, 9 Ob A 144/07b.

Gesamtbetriebes überwiege und die Einzelleistungen mediatisiert würden. Der Betriebserfolg stelle vielmehr nur eine Rechnungsgröße dar und stecke den Rahmen ab, in dem dann eine methodische Arbeits- und Persönlichkeitsbewertung stattfindet. Da der Gesetzgeber diese Methoden ausdrücklich in den Gesetzestext einfließen habe lassen, habe er wohl auch in Kauf genommen, dass dabei auch subjektive Elemente des Bewerter einfließen. Auch die zwischengeschaltete Individualvereinbarung (Zielvorgaben) führt laut OGH, den Überlegungen *Reissners* folgend, nicht zu einer Verneinung einer generellen Entgeltfindungsmethode. Der OGH ist daher von einer Zustimmungspflicht iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG ausgegangen.

Diese OGH-Entscheidung geht von der bislang als herrschend anzusehenden Meinung ab, und stellt beim Bewertungsverfahren leistungsbezogener Entgelte nicht mehr auf eine objektiv nachvollziehbare Entgeltfindungsmethode mit im Voraus nach allgemeinen Merkmalen umschriebenen und daher im Einzelfall nachvollziehbaren Berechnungsgrundlage ab, sondern folgt dem Ansatz *Reissners* im Sinne einer „Transparenz“ des Systems.

Die Beurteilung, dass die Zielerreichung nicht allein von der subjektiven Beurteilung des Vorgesetzten abhängt, sondern sich am Einordnungsschema orientiert ist kritisch zu hinterfragen, da das System den Vorgesetzten sehr weite Spielräume überlässt. Auch die Zulässigkeit der Zwischenschaltung einer Individualvereinbarung ist kritisch zu betrachten. Eigentlich ist dabei ja nicht von einer Zwischenschaltung auszugehen, da die Individualvereinbarung vielmehr Grundlage des Systems der Entgeltfindung ist, und somit individuelle Vereinbarungen in eine normative Regelung Eingang finden. Da die Regelungsgegenstände des § 96 ArbVG ohne Mitwirkung des Betriebsrates nicht eingeführt werden können, (auch nicht einzelvertraglich) ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit eher nur jene Maßnahmen erfassen wollte die nicht die Substanz eines Unternehmens betreffen und eine strategische Positionierung des Unternehmens verhindern.³⁸⁹ Auch unter diesem Aspekt ist die Entscheidung des Höchstgerichtes kritisch zu betrachten.

³⁸⁹ *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 95; *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 444.

6.2.2.5. Provisionen

Ob die Einführung und Regelung von Provisionen, die als leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn zu qualifizieren ist (s. Punkt 5.4.4.), unter die zwingende Mitbestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fallen ist in der Literatur ein vieldiskutiertes Thema. Obwohl es einige Literaturmeinungen gibt, die sich für eine Subsumtion der Provision unter die „leistungsbezogenen Entgelte“ aussprechen³⁹⁰, steht die Mehrheit der Autoren einer derartigen Subsumtion ablehnend gegenüber³⁹¹.

Auch aus der Judikatur des OGH ließ sich darüber lange Zeit keine eindeutige Antwort entnehmen. Aus den höchstgerichtlichen Entscheidungen lässt sich aufgrund konstanter Rechtssprechung³⁹² zwar eine Definition des Provisionsbegriffs entnehmen, die Frage, ob dieser aber unter § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu subsumieren ist wurde lange nicht geklärt. Vielmehr wurden Leistungsentgelt und Erfolgsvergütung synonym verwendet³⁹³ und einmal ausgesprochen, dass die Provision erfolgsabhängig ist³⁹⁴, ein anderes Mal aber dass die Provision erfolgsorientiertes Leistungsentgelt ist³⁹⁵. Der OGH definiert die Provision folgendermaßen: „eine Provision ist eine meist in Prozenten ausgedrückte Beteiligung am Wert jener Geschäfte des Arbeitgebers, die durch die Tätigkeit seines Angestellten (durch Vermittlung oder Abschluss von Geschäften) zustande gekommen sind. Sie richtet sich nach dem Ergebnis der Arbeit und ist somit ein von der Leistung des Angestellten, aber auch von der Markt- und Geschäftslage abhängiges Entgelt in der Form einer Erfolgsvergütung“³⁹⁶. Einige Jahre später hat der OGH diese Definition etwas variiert, indem er aussprach, die „Provision richtet sich nach dem Ergebnis der Arbeit, ist also Leistungsentgelt, das vom persönlichen Geschick und der Ausdauer des Angestellten, aber auch – erfolgsorientiert – ua von der Geschäftslage und den Bedürfnissen des Marktes abhängt“³⁹⁷.

³⁹⁰ *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA 1985, 269; *Jabornegg*, Die Provision als Arbeitsentgelt, FS Strasser (1993) 137; *Löschnigg*, Entgelte mit Zielvorgaben und Mitbestimmungspflicht, FS Cerny (2001) 419.

³⁹¹ *Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 81; *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 93; *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 441; *Preiss* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 9.

³⁹² OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931; OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986,378; OGH 6.4.1994, 9 Ob A 603/93, DRdA 1995, 148 (*Geist*).

³⁹³ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931.

³⁹⁴ OGH 6.4.1994, 9 Ob A 603/93, DRdA 1995, 148 (*Geist*).

³⁹⁵ OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986, 378.

³⁹⁶ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931.

³⁹⁷ OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986, 378.

Den Gesetzesmaterialien zum ArbVG ist kein Hinweis zu entnehmen, dass auch Provisionen unter die leistungsbezogenen Entgelte des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG fallen sollen. Da Provisionssysteme zu Zeiten des Inkrafttretens des ArbVG keine unbekannte Art der Entgeltfindung waren, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber, wenn er auch Provisionen der zwingenden Mitbestimmung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG unterstellen wollte, darauf eindeutig hingewiesen hätte.³⁹⁸

Die Interpretation des Gesetzestexts des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG nach dem Wortsinn ergibt kein befriedigendes Ergebnis. Im Gesetz werden zwar nur Prämien und nicht auch Provisionen ausdrücklich erwähnt, allerdings ist der Begriff „Entgelte“ sehr weit reichend. Daher soll der Blick auf System und Zweck der Regelung und den Willen des historischen Gesetzgebers gerichtet werden. § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG normiert die zwingende Mitbestimmung des Belegschaftsorgans in den aufgezählten Angelegenheiten ohne die Möglichkeit der Anrufung der Schlichtungsstelle. Dies bedeutet, dass es in der Hand des Belegschaftsorgans liegt, durch Verweigerung der Zustimmung die Regelung endgültig zu verhindern. In den ersten drei Fällen des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG – der Disziplinarordnung, der Personalfragebögen und der Kontrollmaßnahmen – ist diese Konsequenz nicht so gravierend, da ein Unternehmen notfalls auch ohne diese Maßnahmen auskommt. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit den Tatbeständen des § 96 ArbVG nur solche Regelungen erfassen wollte, auf die ein Unternehmen uU auch verzichten kann.³⁹⁹ Auf Provisionsvereinbarungen kann aber gerade im Bereich der Geschäftsvermittlung nicht verzichtet werden. Dies spricht dafür, dass die Einbeziehung von Provisionsvereinbarungen in den Tatbestand des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG weder dem objektiven Zweck, noch der Absicht des historischen Gesetzgebers entspricht.⁴⁰⁰

Die Einbeziehung von Provisionsvereinbarungen unter die zwingende Mitbestimmung des § 96 ArbVG hätte, angesichts deren zunehmender Bedeutung, gravierende Konsequenzen. Nicht nur dass der Betriebsrat wie schon erwähnt durch Verweigerung der Zustimmung die Regelung endgültig verhindern könnte, wäre eine Einführung eines Provisionssystems in betriebsratspflichtigen Betrieben ohne Betriebsrat

³⁹⁸ *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 444.

³⁹⁹ *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 95; *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 444.

⁴⁰⁰ *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 95.

schlichtweg unmöglich, da die erforderliche Zustimmung nicht gegeben werden kann.⁴⁰¹ Zu beachten bleibt ja stets, dass in den Angelegenheiten des § 96 ArbVG eine Regelung durch individuelle Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag ausgeschlossen ist.

Bei der Beurteilung der Leistungsentgelte des § 96 ArbVG ist *Strasser*⁴⁰² folgend, zwischen einer Leistungsabhängigkeit im engeren Sinn (zB Akkordlohn) und im weiteren Sinn (zB Provision) zu unterscheiden. Bei der Leistungsabhängigkeit im weiteren Sinn handelt es sich um eine Mischform zwischen Leistungsabhängigkeit im engeren Sinn und einer vom Arbeitnehmer nicht beeinflussbaren Erfolgsabhängigkeit. Nur jene Lohnformen, bei denen eine besondere Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers besteht, sollen der Mitbestimmung des Belegschaftsorgans unterworfen werden. Eine besondere Schutzwürdigkeit besteht allerdings nur bei Leistungsabhängigkeit im engeren Sinn, und nicht bei jener im weiteren Sinn.

Für den Provisionsanspruch ist letztendlich der Eintritt des Erfolgs entscheidend. Unbestritten ist dieser allerdings auch von der Leistung des Arbeitnehmers, und anderen vom Arbeitnehmer nicht beeinflussbaren Faktoren abhängig, wie zum Beispiel der Abhängigkeit von Markt- und Geschäftslage oder vom Verhalten der Kunden.⁴⁰³ Schon die einfache Abschlussprovision hängt letztendlich mehr vom Erfolg eines Geschäftsabschlusses als von der Leistung des Arbeitnehmers ab. Auch wenn der Arbeitnehmer mehr leistet, bedeutet das nicht, dass der Erfolg und somit der Provisionsanspruch eintritt. Je höher die Position des Arbeitnehmers ist, desto mehr nimmt der unmittelbare Leistungszusammenhang ab. So hängt die Provision eines Abteilungsleiters nicht mehr unmittelbar von seiner eigenen Leistung, sondern von den Geschäftsabschlüssen der ihm unterstellten Arbeitnehmer ab. Provisionen sind daher keinesfalls Leistungsentgelte im engeren Sinn, und somit auch nicht dem Regime des § 96 ArbVG zu unterstellen.

Dafür spricht auch, dass der Normzweck des § 96 ArbVG, der auf einen möglichst starken Schutz der kollektiven Interessen der Arbeitnehmer in besonders sensiblen

⁴⁰¹ *Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 444.

⁴⁰² *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 95.

⁴⁰³ Vgl. OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931 und *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 95.

Bereichen gerichtet ist, auf Provisionen nicht in gleicher Weise wie bei „echten“ Leistungsentgelten zutrifft.⁴⁰⁴

Sollte jedoch ein Provisionssystem mit dem, eigentlich für Prämien typischen, Element der Zielvorgabe so verknüpft werden, dass es von einem Prämiensystem kaum zu unterscheiden ist, ist eine Differenzierung unzulässig. Eine solche Regelung wäre dann dem § 96 ArbVG zu unterstellen und somit von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig.⁴⁰⁵

Da sich die oben erwähnten Entscheidungen des OGH⁴⁰⁶ nicht direkt auf § 96 ArbVG bezogen haben, hat sich der OGH auch nicht explizit zur Frage der Anwendbarkeit des § 96 ArbVG auf Provisionen ausgesprochen. In der Entscheidung 8 Ob A 196/99b⁴⁰⁷ hat er dazu konkret Stellung genommen, und sich den Ausführungen *Strassers*⁴⁰⁸ angeschlossen. Aufgrund eines Vergleichs mit den übrigen in § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG aufgezählten Tatbeständen ist, unter Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung, der Begriff „leistungsbezogene Entgelte“ so auszulegen, dass Provisionsregelungen davon nicht erfasst werden.

Abschließend ist also festzustellen, dass von den unter Punkt 5.1. genannten erfolgsabhängigen Entgelten lediglich die leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn unter § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu subsumieren ist. Für die kollektive Vereinbarung derartiger erfolgsabhängiger Entgelte ist daher zwingend die Zustimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung nötig.

6.2.3. Gewinnbeteiligungen des § 97 ArbVG

Die Regelung von Systemen der Gewinnbeteiligung durch Betriebsvereinbarung ist in § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG normiert. Nach einem kurzen Überblick über die Besonderheiten der fakultativen Betriebsvereinbarung, soll auch hier die Abgrenzung des Begriffes der „Gewinnbeteiligung“ vorgenommen werden.

⁴⁰⁴ *Preiss in Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 96 Erl 9.

⁴⁰⁵ *Löschnigg*, Entgelte mit Zielvorgaben und Mitbestimmungspflicht, FS Cerny (2001) 424.

⁴⁰⁶ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931; OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986,378; OGH 6.4.1994, 9 Ob A 603/93, DRdA 1995, 148 (*Geist*).

⁴⁰⁷ OGH 26.8.1999, 8 Ob A 196/99b, DRdA 2000, 400 (*Egger*) = DRdA 2000, 73 = infas 2000, A5.

⁴⁰⁸ *Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 93.

6.2.3.1. Fakultative Betriebsvereinbarung

§ 97 ArbVG beinhaltet jene Angelegenheiten, über die fakultativ Betriebsvereinbarungen mit der besonderen Wirkung des § 31 ArbVG abgeschlossen werden können. *Cerny* betrachtet die Auflistung der Angelegenheiten des § 97 ArbVG als taxative Aufzählung.⁴⁰⁹ *Strasser/Jabornegg* bemerken hingegen zutreffend, dass die Aufzählung nicht abschließend sein kann, da auch andere Gesetze oder Kollektivverträge einen Regelungsvorbehalt zugunsten einer Betriebsvereinbarung enthalten können.⁴¹⁰ Kommt in den Angelegenheiten der Ziffern 1 – 6a keine Einigung zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat zustande, kann die Schlichtungsstelle angerufen werden, soweit keine Regelung durch Kollektivvertrag oder Satzung vorliegt. Der Abschluss von Betriebsvereinbarungen hinsichtlich dieser Angelegenheiten kann also erzwungen werden (erzwingbare Betriebsvereinbarung). Die Ziffern 7 bis 26 enthalten jene Angelegenheiten, über die eine fakultative Betriebsvereinbarung geschlossen werden kann, bei deren Nichtzustandekommen allerdings keine Anrufungsmöglichkeit der Schlichtungsstelle besteht. Kommt über jene Gegenstände, die durch eine fakultative Betriebsvereinbarung geregelt werden könnten, keine Einigung zustande, richten sich die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsvertragsrechts. Es können daher, im Unterschied zu den Angelegenheiten der § 96 und § 96a ArbVG, Einzelvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach Maßgabe des Gesetzes und bestehender Kollektivverträge geschlossen werden, und, soweit die Angelegenheit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, von diesem auch einseitige Anordnungen getroffen werden.⁴¹¹

Wurde eine gültige Betriebsvereinbarung gemäß § 97 ArbVG abgeschlossen, sind aufgrund des Günstigkeitsprinzips des § 31 Abs 3 ArbVG dennoch für den Arbeitnehmer günstigere individuelle Vereinbarungen durch Arbeitsvertrag zulässig.⁴¹²

6.2.3.2. Gewinnbeteiligung

Besonderes Augenmerk soll im Folgenden auf die Ziffer 16 des § 97 Abs 1 ArbVG gelegt werden, welche normiert, dass über „Systeme der Gewinnbeteiligung“ eine fakultative Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann.

⁴⁰⁹ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 97 Erl 1.

⁴¹⁰ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 97 Anm 1.

⁴¹¹ *Cerny* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 97 Erl 2; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 108.

⁴¹² *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 216.

*Strasser/Jabornegg*⁴¹³ sprechen sich für eine weite Interpretation des Gewinnbegriffs aus, der jede Art von Erfolgsbeteiligung umfasst. *Strasser*⁴¹⁴ beschreibt das System der Gewinnbeteiligung als Regelungskomplex, der Rechtsansprüche der Arbeitnehmer auf Beteiligung am Ertrag oder besser am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vorsieht. Er schränkt die Auslegung der Ziffer 16 nicht nur auf Beteiligungen am Gewinn ein, sondern sieht von der Mitbestimmung auch andere Arten von Erfolgsbeteiligung erfasst, die nicht unmittelbar an den Gewinn anknüpfen. *Strasser* sieht als wesentliches Merkmal einer Erfolgsbeteiligung die Verknüpfung des Entgeltanspruches des Arbeitnehmers mit dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Die wesentliche Frage bei Erfolgsbeteiligungen ist auf welche Weise der Erfolg, an den dann der Entgeltanspruch anknüpft, festgestellt wird. Die Vereinbarung über die Erfolgsbeteiligung hat demnach als erstes festzulegen, auf welche Weise der Unternehmenserfolg festgestellt wird. Als Beispiele für eine Beteiligungsbasis führt *Strasser* etwa den Gewinn laut Steuerbilanz, den Produktionswert oder ähnliches an. Weiters ist dann eine Berechnungsmethode festzulegen, die denjenigen Anteil an der Beteiligungsbasis bestimmt, der der Belegschaft zufallen soll und eine weitere, die den auf den einzelnen Arbeitnehmer entfallenden Erfolgsanteil festsetzt.

Für diese weite Interpretation des Gewinnbegriffs spricht, dass es nicht einsichtig ist, warum nur eine Erfolgsbeteiligung, die sich am Gewinn orientiert einer Betriebsvereinbarung zugänglich sein soll, und andere Erfolgsbeteiligungen von einer kollektiven betrieblichen Regelung ausgeschlossen werden sollen.⁴¹⁵ Gegen die Ansicht *Strassers* spricht jedoch in erster Linie der Wortlaut des ArbVG, der von Gewinnbeteiligung spricht. Auch wenn der Begriff des Gewinns kein einheitlicher ist, ist er doch eine Größe, die immer auch die Ausgabenseite mitberücksichtigt. Als weiteres Gegenargument wird von *Löschnigg* eingewendet, dass das gesamte Betriebsvereinbarungsrecht vom Grundsatz der taxativen Aufzählung geprägt ist, und Betriebsvereinbarungen daher auf spezifische Tatbestände beschränkt bleiben sollen.⁴¹⁶ Der Auffassung der taxativen Aufzählung kann nicht ganz gefolgt werden, da Betriebsvereinbarungen ja auch hinsichtlich jener Angelegenheiten zulässig sind, die ihnen durch Kollektivvertrag vorbehalten wurden. Somit können die im Gesetz genannten Gegenstände nicht als abschließende Aufzählung angesehen werden. Dass die Möglichkeit

⁴¹³ *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § 97 Anm 73; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 382; *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 571.

⁴¹⁴ *Strasser* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 571 ff.

⁴¹⁵ *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 470.

⁴¹⁶ *Löschnigg*, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 470.

eines Abschlusses einer Betriebsvereinbarung aber auf spezifische Tatbestände beschränkt werden soll, wird dadurch unterstrichen, dass für die Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung eine Ermächtigung in Gesetz oder Kollektivvertrag notwendig ist.

*Preiss*⁴¹⁷ zieht im Vergleich zu *Strasser* den Kreis jener Systeme über die eine Betriebsvereinbarung iSd § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG abgeschlossen werden kann deutlich enger. Er lässt Betriebsvereinbarungen nur über Beteiligungen zu, die am Gewinn des Betriebes anknüpfen. Eine Anknüpfung an anderen betriebswirtschaftlichen Größen, wie Umsatz, Cashflow oder Zahl von Geschäftsabwicklungen, ist von der Regelung nicht erfasst. *Preiss* sieht nur solche Maßgrößen als verwendbar, die auch die Ausgabenseite im Unternehmen berücksichtigen. Vereinbarungen, die nicht am Gewinn in der Weise anknüpfen, dass auch die Ausgabenseite berücksichtigt wird, haben daher keinen normativen Charakter und können lediglich einzelvertraglich festgelegt werden. Mitarbeiterbeteiligungen am Kapital, die den beschriebenen Gewinnbegriff als Grundlage haben, sind jedoch von § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG gedeckt und eine Betriebsvereinbarung darüber daher zulässig.

Auch *Löschnigg*⁴¹⁸ folgt einer engen Auslegung des Gewinnbegriffs. Zulässig ist nur eine Anknüpfung an eine Messgröße, die auch die Ausgabenseite des Unternehmens berücksichtigt. An welchen Gewinn – beispielsweise Gewinn laut Steuerbilanz, laut Handelsbilanz oder kalkulatorischen Gewinn – dabei angeknüpft werden soll, bleibt der Betriebsvereinbarung überlassen. Mangels Berücksichtigung der Ausgaben scheiden allerdings betriebswirtschaftliche Kennzahlen wie Produktionswert, Umsatz, Investitionsvolumen, Produktivität pro Arbeitnehmer oder Marktanteil aus.

Der OGH teilt zwar die Meinung *Strassers* dahingehend, dass die Relativität des Gewinnbegriffes eine weite Auslegung erfordere, schließt sich aber ansonsten der restriktiven Auffassung an, nach der für Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG nur solche Maßgrößen in Betracht kommen, die auch die Ausgabenseite im Unternehmen berücksichtigen.⁴¹⁹

Als Ergebnis ist also festzuhalten, dass vom Begriff der Gewinnbeteiligung in § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG nur jene Regelungen erfasst sind, die auch die Ausgabenseite berücksichtigen. An welche spezielle Art des Gewinns angeknüpft wird, ist unerheblich.

⁴¹⁷ *Preiss* in *Cerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § 97 Erl 22.

⁴¹⁸ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 733.

⁴¹⁹ OGH 23.12.1998, 9 Ob A 290/98g, ARD 5082/5/99.

Bei der Vereinbarung von Gewinnbeteiligungen ist, so wie grundsätzlich bei Erfolgsbeteiligungen, jedoch stets zu beachten, dass wie oben erörtert die Beteiligung des Arbeitnehmers am vollen Unternehmerrisiko, also auch an einem allfälligen negativen „Erfolg“ (Verlust) jedenfalls unzulässig ist.⁴²⁰ Auch die vom Kollektivvertrag vorgegebenen Grenzen sind einzuhalten, und Vereinbarungen über Gewinnbeteiligungen durch Betriebsvereinbarung daher nur zulässig, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind, oder keine Regelung durch Kollektivvertrag besteht (§ 3 Abs 1 ArbVG).

Einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG sind also nach der in Punkt 5.1. erarbeiteten Einteilung nur Gewinnbeteiligungen zugänglich, da die Kennzahlen zum Gewinn immer auch die Ausgabenseite berücksichtigt, die anderen Kennzahlen jedoch nicht.

6.3. Exkurs: Freie/unzulässige Betriebsvereinbarungen

Als gesetzliche Ermächtigung sind hinsichtlich der Regelung leistungs- und erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarung durch Betriebsvereinbarung vor allem die oben besprochenen Tatbestände der §§ 96 und 97 ArbVG maßgeblich. Die Möglichkeit des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung ist daher, wenn nicht kollektivvertraglich etwas anderes vorgesehen wird, auf die Leistungsentgelte des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG und Gewinnbeteiligungen des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG beschränkt. In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass Betriebsinhaber und Betriebsrat eine „Betriebsvereinbarung“ über erfolgsabhängige Entgelte schließen, die nicht von diesen Tatbeständen erfasst sind. Dies betrifft Vereinbarungen über Provisionen, Ertragsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs des Unternehmens. Die Rechtsnatur und Wirksamkeit dieser Vereinbarungen soll im Folgenden näher betrachtet werden.

Schließen Betriebsinhaber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über Angelegenheiten, die weder durch Gesetz noch durch Kollektivvertrag einer Betriebsvereinbarung vorbehalten wurden, ist die Geltung dieser Vereinbarung fraglich. Die Frage welche Wirkung solche „freien Betriebsvereinbarungen“⁴²¹ entfalten, wurde in Judikatur und Lehre oft unterschiedlich beantwortet und konnte bis heute nicht

⁴²⁰ Czerny, Entgeltregelung im Betriebsvereinbarungen, FS Strasser (1983) 504; vgl auch oben Punkt 4.2..

⁴²¹ Von den zahlreichen in der Literatur verwendeten Begriffen werden in der vorliegenden Arbeit nur die Bezeichnungen „freie Betriebsvereinbarung“ und „unzulässige Betriebsvereinbarung“ synonym verwendet.

abschließend geklärt werden. Als Betriebsvereinbarung sind derartige Abmachungen jedenfalls nichtig und können daher nicht die im ArbVG vorgesehenen Wirkungen, wie Normwirkung, zwingende Wirkung oder Nachwirkung, entfalten.⁴²² Auch obligatorische Wirkung kann einer freien Betriebsvereinbarung nicht ohne weiteres zugeschrieben werden.⁴²³ Der Grund dafür liegt darin, dass der Betriebsrat als Organ der Belegschaft nur hinsichtlich jener Angelegenheiten die von der Rechtsordnung dafür vorgesehen sind Betriebsvereinbarungen abschließen kann. Hinsichtlich anderer Gegenstände fehlt sowohl der Belegschaft, als auch dem Betriebsrat die Rechtsfähigkeit zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung. Liegt daher eine Vereinbarung zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat über einen Regelungsgegenstand vor, der einer Betriebsvereinbarung nicht zugänglich ist, kann diese Vereinbarung jedenfalls nicht als Betriebsvereinbarung mit den Wirkungen der §§ 29 ff ArbVG angesehen werden.⁴²⁴ Freien Betriebsvereinbarungen sind Vereinbarungen gleich zusetzen, die zwischen dem Arbeitgeber und einem unzuständigen Betriebsrat abgeschlossen wurden, oder aus einem anderen Grund den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen (zB Mangel der Schriftform).⁴²⁵

Dem ArbVG lässt sich kein Verbot von freien Betriebsvereinbarungen entnehmen.⁴²⁶ Die erläuternden Bemerkungen führen dazu nur aus, dass freie Betriebsvereinbarungen im Entwurf nicht besonders geregelt sind, diese schuldrechtlichen Vereinbarungen mit dem Betriebsinhaber aber an sich fähig sind auf den Arbeitsvertrag einzuwirken.⁴²⁷ Sowohl hinsichtlich ihres Zustandekommens als auch hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen sind die freien Betriebsvereinbarungen ausschließlich nach allgemein bürgerlichrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.⁴²⁸ Auch Judikatur und Literatur sind sich dahingehend einig, dass aus zivilrechtlicher Sicht Rechtswirkungen einer freien Betriebsvereinbarung eintreten können. Welche Wirkungen dies sind, und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen, wurde allerdings kontrovers behandelt.⁴²⁹

Im Großen und Ganzen wurden von Judikatur und Literatur zwei Lösungen für dieses Problem entwickelt. Erstens die Ergänzung der Einzelarbeitsverträge über § 863 ABGB oder § 914 ABGB und zweitens die Konversion der ungültigen Vereinbarung in einen Vertrag zugunsten Dritter, eine vollmachtlose Vertretung oder eine

⁴²² Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht II*⁴ (2001) 458; Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 117.

⁴²³ Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2003) 117.

⁴²⁴ Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht II*⁴ (2001) 458.

⁴²⁵ Tomandl in Tomandl/Schrammel, *Arbeitsrecht I*⁵ (2004) 230.

⁴²⁶ Tomandl, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 600.

⁴²⁷ 840 BlgNR 13. GP 67.

⁴²⁸ 840 BlgNR 13. GP 67; Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht II*⁴ (2001) 459.

⁴²⁹ Runggaldier, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 257.

Auslobung. Im Folgenden sollen diese Lösungen dargestellt und die Kritikpunkte aufgezeigt werden.

6.3.1. Konversion

6.3.1.1. Lösungsansatz

Verfolgen Vertragsparteien mit einem Rechtsgeschäft einen bestimmten Zweck, und wird dieser nicht erreicht, weil die Parteien wesentliche Voraussetzungen des Geschäftes nicht eingehalten haben und dieses damit nichtig ist, kann das vorgenommene Rechtsgeschäft, wenn es die Voraussetzungen eines anderen Geschäfts aufweist, in dieses umgedeutet werden. Voraussetzung dafür ist, dass durch die Umdeutung der von den Parteien angestrebte Zweck eher erfüllt wird als durch bloße Nichtigkeit.⁴³⁰ Dabei ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen und zu ermitteln, ob die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des angestrebten Rechtsgeschäfts die zulässige rechtsgeschäftliche Alternative vereinbart hätten.⁴³¹

*Tomandl*⁴³² spricht sich, in Fortführung der Gedanken von *Kummer*⁴³³, *Bydlinski*⁴³⁴ und der älteren Rechtsprechung⁴³⁵, für die Konversion unzulässiger Betriebsvereinbarungen aus, und sieht den wirtschaftlichen Erfolg einer freien Betriebsvereinbarung darin, den Arbeitnehmern bestimmte Verbesserungen der Arbeitsbedingungen zu verschaffen. Bei gemischten Vereinbarungen erfolgt dies im Gegenzug für Anliegen des Arbeitgebers. Dem Argument, dass die Mitglieder des Betriebsrates die Vereinbarung in fremdem Namen, nämlich im Namen der Belegschaft, geschlossen haben, begegnet er damit, dass kein Zweifel daran bestehen könne, dass der Betriebsrat mit dem Abschluss der Vereinbarung Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer begründen wollte. Nach der Lebenserfahrung hätten die Mitglieder des Betriebsrates daher die Vereinbarung in eigenem Namen abgeschlossen, wenn sie gewusst hätten, dass sie dies nicht im Namen der Belegschaft tun können. Auch der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers sei bei der Umdeutung immer gewahrt, da die zivilrechtlichen Umwegkonstruktionen den Arbeitnehmern entweder nur Vorteile bringen (beim Vertrag zugunsten Dritter), oder ihnen zumindest keine Pflichten auferlegen (bei Umdeutung in

⁴³⁰ *Kletecka in Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 192.

⁴³¹ *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982) 107 f.

⁴³² *Tomandl in Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I⁵ (2004) 233 f.

⁴³³ *Kummer*, Die Rechtsverbindlichkeit einer Betriebsvereinbarung, DRdA 1959, 235 ff.

⁴³⁴ *Bydlinski*, F., Dogmatische Fortschritte im österreichischen Betriebsverfassungsrecht, JBl 1962, 582.

⁴³⁵ LG Wien 21.3.1963, SozM I C 477; AG Wien 24.7.1964, Arb 8001; LG Wien 7.1.1974, Arb 9298.

eine Auslobung) bzw. von den Arbeitnehmern erst genehmigt werden müssen (bei vollmachtloser Vertretung).

*Tomandl*⁴³⁶ bietet demnach folgende Lösungen durch Konversion an: Den Arbeitnehmer ausschließlich begünstigende freie Betriebsvereinbarungen können in Verträge zugunsten Dritter oder in vollmachtlose Vertragschlüsse umgedeutet werden. Bei freien Betriebsvereinbarungen, die neben Vorteilen für die Arbeitnehmer auch Pflichten der Arbeitnehmer enthalten, ist eine Umdeutung in vollmachtlose Vertragschlüsse oder in Auslobungen möglich.

Beim Vertrag zugunsten Dritter ist der Arbeitgeber solange schwebend leistungspflichtig, bis der Arbeitnehmer die Unverbindlichkeit der Vereinbarung erkennen konnte, und den Anspruch nicht zurückweist. Bei Umdeutung in vollmachtlose Vertretung ist die Vereinbarung solange schwebend unwirksam bis sie vom Arbeitnehmer genehmigt wurde. Im Falle einer Auslobung ist der Arbeitgeber zur Leistungsgewährung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer den vereinbarten Erfolg verwirklicht oder die vereinbarte Leistung erbringt, während für den Arbeitnehmer keine Verpflichtung entsteht. Auf die Kenntnis des Arbeitnehmers von Existenz und Inhalt der freien Betriebsvereinbarung kommt es dabei nicht an.

6.3.1.2. Kritik

Die Konversion der ungültigen Betriebsvereinbarung in gültige Rechtsgeschäfte wie den Vertrag zugunsten Dritter wurde in der Literatur mehrfach kritisiert. Die Hauptkritikpunkte sind dabei vor allem die Gefahr der Gesetzesumgehung und der mangelnde Abschlusswille des Betriebsrates für einen Vertrag in eigenem Namen.

Bezüglich der Gefahr der Gesetzesumgehung wurde darauf hingewiesen, dass das Ersatzgeschäft nicht gegen den Verbotscharakter jener Norm verstoßen dürfe, die die Nichtigkeit des angestrebten Geschäfts bewirkt habe.⁴³⁷ Gerade wenn allerdings versucht wird durch Umdeutungen den Inhalt der ungültigen Betriebsvereinbarung nachzukonstruieren, trete eine solche Gesetzesumgehung ein.⁴³⁸ Nach dem System des ArbVG ist die Gestaltung der Arbeitsbedingungen auf betrieblicher Ebene auf bestimmte Regelungsgegenstände beschränkt. Dieser Grundsatz, die betriebliche Rechtssetzung in

⁴³⁶ *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 234 f.

⁴³⁷ *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog. „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 259.

⁴³⁸ *Schwarz*, Konfusion um die „freie“ Betriebsvereinbarung, DRdA 1985, 178 f.

Schranken zu halten, spreche ebenfalls gegen eine Umdeutung in einen Vertrag zugunsten Dritter.⁴³⁹

Ein weiterer Kritikpunkt der Umdeutung in einen Vertrag zugunsten Dritter ist, dass der Wille der Betriebsratsmitglieder eindeutig auf einen Vertrag in fremdem Namen gerichtet war. Durch die Umdeutung würden die Betriebsratsmitglieder selbst zu Vertragspartnern, was typischerweise nicht gewollt war, und daher die allgemeinen Grenzen der Konversion deutlich übersteige. Die Umdeutung in einen Vertrag zugunsten Dritter wurde daher auch bei jenen Vereinbarungen abgelehnt, die die Arbeitnehmer ausschließlich begünstigen.⁴⁴⁰ Angenommen wurde auch, dass meist der Betriebsinhaber kein Interesse habe mit den Betriebsratsmitgliedern als Privatpersonen einen Vertrag abzuschließen.⁴⁴¹ Die von *Tomandl*⁴⁴² entwickelte Spaltung des Dauerschuldverhältnisses in ein Quellrecht des Betriebsrates und Einzelansprüche der Arbeitnehmer wurde von *Schwarz*⁴⁴³ abgelehnt, da den Arbeitnehmern dadurch kein Recht auf wiederkehrende Leistung eingeräumt wird. Als Lösung bietet *Schwarz* an, die freie Betriebsvereinbarung als einen, durch das allgemeine Vorschlagsrechts zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen (§ 90 Abs 1 Z 2 und § 109 Abs 2 ArbVG) zustande gekommenen Richtlinienvertrag ohne unmittelbare Rechtswirkung anzusehen.⁴⁴⁴

Auch der Lösungsansatz der Umdeutung in eine vollmachtslose Vertretung hat in der Literatur Gegenmeinungen hervorgerufen. Die gesetzliche Beschränkung der Regelungsgegenstände einer Betriebsvereinbarung würde ebenso umgangen werden, wenn die unzulässige Betriebsvereinbarung mit Mitteln des Stellvertreterrechts in eine vollmachtslose Vertretungshandlung umgedeutet würde.⁴⁴⁵ Weiters setze eine schlüssige Genehmigung bzw. eine Vorteilszuwendung durch die Arbeitnehmer die Kenntnis der Arbeitnehmer von der Vereinbarung und deren Unverbindlichkeit voraus.⁴⁴⁶ Wer von dem Schwebezustand der unwirksamen Vereinbarung keine Kenntnis hat, wendet nicht

⁴³⁹ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 459.

⁴⁴⁰ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 459.

⁴⁴¹ *Schwarz*, Konfusion um die „freie“ Betriebsvereinbarung, DRdA 1985, 177.

⁴⁴² *Tomandl*, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 597.

⁴⁴³ *Schwarz*, Konfusion um die „freie“ Betriebsvereinbarung, DRdA 1985, 178.

⁴⁴⁴ *Schwarz*, Konfusion um die „freie“ Betriebsvereinbarung, DRdA 1985, 180.

⁴⁴⁵ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 460.

⁴⁴⁶ OGH 13.12.1961, 1 Ob 480/61, EvBl 1962/90; OGH 20.10.1967, 2 Ob 288/67, SZ 40/133; OGH 12.12.1967, 4 Ob 351/67, SZ 40/162 = ÖBl 1968, 42; OGH 19.11.1975, 1 Ob 297/75, JBl 1978, 32; *Welser*, Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBl 1972, 337.

wirksam iSd § 1016 ABGB zu.⁴⁴⁷ Zuletzt sei auch bei dieser Konstruktion zu bedenken, dass die Betriebsratsmitglieder nicht im Namen der Arbeitnehmer handeln wollten.⁴⁴⁸

Die Umdeutung der unzulässigen Betriebsvereinbarung in eine Auslobung ist nicht auf so harte Kritik wie die anderen Konstruktionen gestoßen⁴⁴⁹, sondern wird sogar von der Lehre vor allem im Bereich der Betriebsübung angewendet.⁴⁵⁰ Die Vorteile der Umdeutung in eine Auslobung liegen darin, dass es auf eine Annahmehandlung der Arbeitnehmer nicht ankommt, diese den Anspruch auf Belohnung auch erwerben, wenn sie den Erfolg in Unkenntnis der Auslobung erbringen, und dass die Einbeziehung neuer, nach Abschluss der freien Betriebsvereinbarung, eintretender Arbeitnehmer zwanglos zu erklären ist.⁴⁵¹

Die Auslobung ist jedoch nur beschränkt einsetzbar, da sie nur dort greifen kann, wo eine Belohnung für eine besondere Leistung vorgesehen ist, ohne den Arbeitnehmer zu verpflichten.⁴⁵² Die vorgesehenen Pflichten würden durch die Konversion zu nicht geschuldeten Verhaltensweisen, bei deren Erbringung den Arbeitnehmern Anspruch auf Belohnung zusteht. Die ursprünglich durch die Betriebsvereinbarung intendierte Wirkung einer beidseitigen Verpflichtung sowohl des Arbeitgebers, als auch der Arbeitnehmer würde durch eine Umdeutung in eine Auslobung abgeschwächt werden. Ob dieser Wirkungsunterschied einer Konversion im Weg steht, ist danach zu entscheiden, ob die verminderte Wirkung wirtschaftlich dem vermuteten Willen der Parteien entspricht. Dies wird beim Betriebsrat eher anzunehmen sein als beim Betriebsinhaber, und ist daher bei der Beurteilung des Einzelfalls zu beachten.⁴⁵³

Gerade bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte kann eine Umdeutung in eine Auslobung aber von Interesse sein, wenn dabei für bestimmte Leistungen bzw. Erfolge eine Belohnung gebührt. Die Belohnung gebührt allerdings nur für Leistungen, die Arbeitnehmer über ihre arbeitsvertraglichen Pflichten hinaus erbringen.⁴⁵⁴ Ein höherer Überstundenzuschlag beispielsweise ist keine Belohnung für eine besondere Leistung,

⁴⁴⁷ Rummel, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 6/79, ZAS 1981, 56.

⁴⁴⁸ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 460.

⁴⁴⁹ Runggaldier, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 259.

⁴⁵⁰ Schauer, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 76.

⁴⁵¹ Schauer, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 77.

⁴⁵² Tomandl, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 598 f; Schauer, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 77.

⁴⁵³ Vgl Tomandl, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 599.

⁴⁵⁴ Tomandl, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 598; Schauer, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 77.

sondern Entgelt für eine Leistung die ohnehin geschuldet ist.⁴⁵⁵ Zusätzliche Begünstigungen für die Erfüllung der schon vertraglich geschuldeten Verpflichtung könnten nur über eine Vertragsergänzung eingeführt werden.⁴⁵⁶

6.3.1.3. Ergebnis

Den Bedenken, dass durch eine Umdeutung eine unzulässige Gesetzesumgehung erfolge, kann dort nicht Rechnung getragen werden, wo die Umdeutung lediglich angewendet wird um Formmängel zu beseitigen, da die Behebung von Formmängeln der Parafall der Konversion ist.⁴⁵⁷ Auch wenn die Betriebsvereinbarung über unzulässige Inhalte abgeschlossen wurde, scheitert eine Umdeutung nicht an der im ArbVG vorgesehenen Beschränkung, da durch eine Konversion ja kein Ersatzgeschäft mit den einer Betriebsvereinbarung vorbehaltenen Rechtsfolgen (Normwirkung, Unabdingbarkeit, kollektive Beendigungsmöglichkeit) erreicht werden kann.⁴⁵⁸ Es ist dem Betriebsinhaber ja nicht untersagt mit den Arbeitnehmern auf der Grundlage einheitlicher Arbeitsbedingungen zu kontrahieren. Lediglich wenn mit der Konversion angestrebt wird, dem vereinbarten Inhalt über die mit der Betriebsvereinbarung verbundenen besonderen Rechtsfolgen Verbindlichkeit zu verschaffen, ist eine Umdeutung aufgrund einer Gesetzesumgehung ausgeschlossen.⁴⁵⁹ Der von *Binder* in diesem Punkt vertretenen Auffassung ist zuzustimmen.

Die Kritik hinsichtlich des fehlenden Willens der Betriebsratsmitglieder auf einen Vertrag in eigenem Namen ist hingegen berechtigt, da nicht ohne weiteres anzunehmen ist dass die Betriebsratsmitglieder, sollte die Betriebsvereinbarung ungültig sein, den Willen hatten eine Vereinbarung in eigenem Namen abzuschließen. Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zielt ja gerade immer auf eine Vereinbarung im Namen der Arbeitnehmer und nicht im eigenen Namen des einzelnen Betriebsratsmitglieds. Dem Argument *Tomandls*, dass die Betriebsratsmitglieder nach der Lebenserfahrung den Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen hätten, hätten sie von der Unmöglichkeit des Abschlusses im Namen der Belegschaft gewusst⁴⁶⁰, ist daher nicht zu folgen. Vielmehr ist jener Ansicht zuzustimmen, die vertritt, dass der Wille der Betriebsratsmitglieder gerade

⁴⁵⁵ *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 259.

⁴⁵⁶ *Schauer*, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 77.

⁴⁵⁷ *Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 6/79 56; *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982) 197.

⁴⁵⁸ *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982) 197.

⁴⁵⁹ *Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982) 197.

⁴⁶⁰ *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004) 233.

auf den Abschluss eines Vertrages in fremden Namen gerichtet war, und ein Vertrag in eigenem Namen typischerweise nicht gewollt ist.⁴⁶¹ Auch ist zu bedenken, dass nicht ohne weiteres angenommen werden kann, der Betriebsinhaber wolle mit den Betriebsratsmitgliedern einen Vertrag in deren Namen abschließen. Eine Umdeutung einer unzulässigen Betriebsvereinbarung ist daher aus diesem Grund unzulässig. Ebenfalls zuzustimmen ist dem Argument gegen eine Umdeutung in eine vollmachtslose Vertretungshandlung, dass für eine schlüssige Genehmigung oder Vorteilszuwendung des Arbeitnehmers dessen Kenntnis vom vollmachtslosen Abschluss nötig ist, und der Konsequenz dass daher diese Konstruktion ebenfalls abzulehnen ist.

Die Umdeutung einer freien Betriebsvereinbarung, die Belohnungen für bestimmte Leistungen oder Erfolge regelt, in eine Auslobung des Arbeitgebers ist hingegen dort zulässig, wo aus den Umständen geschlossen werden kann, dass es dem Betriebsinhaber nicht auf eine Verpflichtung der Arbeitnehmer ankommt. Diese Konstruktion ist in der Praxis zwar nur beschränkt einsetzbar, gerade in Bezug auf Provisionen und erfolgsbezogene Entgelte kann sie jedoch Bedeutung erlangen, wenn in der Vereinbarung nicht als „Gegengeschäft“ für die Erfolgsbeteiligung Pflichten des Arbeitnehmers vorgesehen sind.

Besonderes Augenmerk ist bei einer Konversion auf den erkennbaren Willen der Parteien zu richten. Die Konversion ist nämlich jedenfalls ausgeschlossen, wenn das Ersatzgeschäft objektiv erkennbar dem Willen von zumindest einem Vertragspartner widerspricht.⁴⁶²

6.3.2. Vertragsergänzung des § 863 ABGB und ergänzende Interpretation gemäß § 914 ABGB

6.3.2.1. Vertragsergänzung gemäß § 863 ABGB

Der OGH entscheidet in ständiger Rechtsprechung⁴⁶³, dass unzulässige Betriebsvereinbarungen keine wie auch immer gearteten Rechtswirkungen haben. Doch kann „der dem einzelnen Arbeitnehmer bekanntgegebene und von ihm stillschweigend zur

⁴⁶¹ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 459; *Spielbüchler*, ZAS 1972, 18;

⁴⁶² *Schauer*, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 75.

⁴⁶³ OGH 13.10.1970, 4 Ob 83/70, Arb 8820; OGH, 23.3.1965, 4 Ob 37/65, Arb 8078 = JBl 1965, 528 (*Mayer-Maly*); OGH 14.5.1963, 4 Ob 32/63, Arb 7745; OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, Arb 9832 = DRdA 1983, 85 (*Steindl*) = ZAS 1981, 53 (*Rummel*); OGH 19.5.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (*Strasser*) = SZ 54/75 = Arb 9972 = ZAS 1982, 10 (*Tomandl*) = EvBl 1982, 72 = JBl 1982, 500; OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (*Strasser*) = RdW 1987, 337; OGH 12.10.1988, ARD 4106/23/89.

Kenntnis genommene ebenso wie der tatsächlich beachtete Inhalt einer solchen Vereinbarung insofern rechtlich bedeutsam werden, als er die Grundlage für einzelvertragliche Ergänzungen gemäß § 863 ABGB bilden kann; gibt nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch die Gesamtheit der Arbeitnehmer durch ihr Verhalten eindeutig zu erkennen, dass sie sich an die Bestimmungen einer solchen ‚Betriebsvereinbarung‘ halten wollen, dann besteht kein Grund, an ihrer schlüssigen Unterwerfung unter die dort getroffenen Vereinbarungen und damit an einer entsprechenden Ergänzung der Einzelarbeitsverträge zu zweifeln⁴⁶⁴. Der Inhalt einer unzulässigen Betriebsvereinbarung wird jedenfalls auch dann Inhalt der Einzelarbeitsverträge, wenn beide Vertragsparteien von der Gültigkeit und Verbindlichkeit der Absprache als Betriebsvereinbarung ausgehen, sodass die Zulässigkeitsfrage auf sich beruhen kann.⁴⁶⁵

Maßgeblich für die Bedeutung und Beachtlichkeit von schlüssigen Willenserklärungen ist § 863 ABGB, der die Vertrauenstheorie festlegt.⁴⁶⁶ Für die Bedeutung einer Erklärung kommt es dabei nach dem ABGB weniger auf den Willen des Erklärenden an, sondern vielmehr auf das Verständnis eines redlichen Erklärungsempfängers.⁴⁶⁷ Bei der Beurteilung einer Handlung auf ihre konkludente Aussage ist allerdings große Vorsicht geboten und ein strenger Maßstab anzulegen.⁴⁶⁸ Es ist daher erforderlich dass die Handlung eindeutig in einer bestimmten Weise zu verstehen ist, und mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln besteht (§ 863 ABGB). Die Kriterien des § 863 ABGB erfordern, dass das konkludente Verhalten nach der Verkehrssitte und den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen ist, und daher zwingend den Schluss zulässt, die Parteien hätten einen Vertrag schließen oder ändern wollen.⁴⁶⁹

Die Judikatur des OGH ist rechtlich nicht unproblematisch und war daher Gegenstand einiger Kritik. *Steindl*⁴⁷⁰ spricht sich für die Nichtigkeit der freien Betriebsvereinbarung und gegen allfällige Hilfskonstruktionen zu ihrer Rettung aus, und verweist auf ein, in den Gefahren betrieblicher Lohnpolitik begründetes, Verbot von derartigen „Betriebsabsprachen“. Weiters betont er, dass das Agieren des Betriebsrates

⁴⁶⁴ OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, JBl 1980, 610 = DRdA 1983, 85; OGH 19.5.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (*Strasser*) = SZ 54/75 = Arb 9972 = ZAS 1982, 10 (*Tomandl*) = EvBl 1982, 72 = JBl 1982, 500; OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (*Strasser*) = RdW 1987, 337; OGH 22.11.1989, 9 Ob A 292/89.

⁴⁶⁵ OGH 22.11.1989, 9 Ob A 292/89.

⁴⁶⁶ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 863 Rz 2; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ IV, § 863 Rz 1.

⁴⁶⁷ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 863 Rz 8.

⁴⁶⁸ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 863 Rz 14.

⁴⁶⁹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ IV, § 863 Rz 12.

⁴⁷⁰ *Steindl*, Rechtliche Bedeutung einer unzulässigen Betriebsvereinbarung, DRdA 1983, 93.

außerhalb seiner Kompetenzen niemals rechtlich kausal für die konkrete, inhaltliche Ausgestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse werden soll. *Rummel*⁴⁷¹ beurteilt die vom OGH aufgestellte These der schlüssigen Unterwerfung unter eine ungültige Absprache gemäß § 863 ABGB kritisch. Wenn die Beteiligten, also Dienstgeber und Dienstnehmern, keinen Zweifel an der Gültigkeit der freien Betriebsvereinbarung haben, hat keiner der Parteien Anlass, das Verhalten des Anderen als rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu deuten. Dieser Ansicht hat sich auch *Brodil* angeschlossen, der die von § 863 ABGB geforderte Zweifelsfreiheit bei der Deutung der Handlungen, des (Rechtsfolge)Willens und des Erklärungsbewusstseins als nicht gegeben ansieht.⁴⁷²

6.3.2.2. Ergänzende Interpretation gemäß § 914 ABGB

*Rummel*⁴⁷³ lehnt daher die vom OGH aufgestellte Lösung der schlüssigen Vereinbarung des Inhalts der freien Betriebsvereinbarung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber ab, und sieht vielmehr den Weg über die objektive Vertragsergänzung gemäß § 914 ABGB als den richtigen an. Da die Parteien des Arbeitsvertrags davon ausgehen, dass die Regeln der freien Betriebsvereinbarung Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages sind, ist das was sie vereinbart haben in jenen Punkten, die sie fälschlich als geregelt ansehen, lückenhaft. Diese Lücke ist mittels des hypothetischen Parteiwillens zu schließen – hätten die Parteien des Arbeitsvertrages gewusst, dass die freie Betriebsvereinbarung nicht verbindlich ist, hätten sie deren Geltung vereinbart. Diese Lösung unterscheidet sich, wie *Rummel*⁴⁷⁴ selbst schon eingesteht, von der Lösung des OGH über § 863 ABGB nur minimal, verzichtet allerdings auf die Fiktion von Willenserklärungen.

Der von *Rummel* entwickelte Lösungsweg über die objektive Vertragsauslegung wurde vom OGH in der Entscheidung 14 Ob A 47/87 auch aufgegriffen.⁴⁷⁵ In dieser Entscheidung hat sich der OGH auch über die Länge des Zeitraums, die für das Eingehen in die Arbeitsverträge notwendig ist, geäußert. Das Höchstgericht hat darin ausgesprochen, dass der Inhalt einer nichtigen Betriebsverfassung nicht erst nach einer regelmäßigen vorbehaltlosen Gewährung während einer langen Zeit, sondern schon während eines relativ kurzen Zeitraumes, zum Inhalt von Einzelarbeitsverträgen werden kann, da bei einer Vereinbarung – im Gegensatz zu einer Betriebsübung – ein

⁴⁷¹ *Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 55.

⁴⁷² *Brodil*, Sonderprobleme bei Betriebsübergang, Das Schicksal von freier Betriebsvereinbarung und Betriebsübung, *ecolex* 1992, 648.

⁴⁷³ *Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 56.

⁴⁷⁴ *Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 56.

⁴⁷⁵ OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (*Strasser*) = RdW 1987, 337.

ausdrücklich erklärter Bindungswille vorliegt. Weiters unterscheidet der OGH auch nach dem Wissenstand der Parteien um die Ungültigkeit der Betriebsvereinbarung. Die Kenntnis oder Unkenntnis der Ungültigkeit bringt zwar keine Unterschiede hinsichtlich des Ergebnisses, nämlich dem Eingehen des Betriebsvereinbarungsinhalts in die Einzelarbeitsverträge, die dogmatische Begründung die zu diesem Ergebnis führt, ist jedoch jeweils eine andere. Kennen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Unwirksamkeit der Vereinbarung genügt die Berufung auf schlüssiges Verhalten der Parteien. Haben die Parteien jedoch keine Kenntnis von der Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung, ist der Weg über die objektive Vertragsauslegung zu wählen. In beiden Fällen genügt allerdings schon ein relativ kurzer Zeitraum bzw. kommt es auf eine langjährige Übung nicht an.⁴⁷⁶

6.3.2.3. Arbeitnehmer, die schon vor Abschluss der freien Betriebsvereinbarung im Betrieb beschäftigt waren

Die Ausführungen des OGH werden von *Strasser* dahingehend berichtigt, dass seiner Ansicht nach der, dem Betriebsrat gegenüber erklärte Wille des Betriebsinhabers als solcher rechtsunwirksam sei.⁴⁷⁷ Weiters beschäftigt sich *Strasser* auch mit den schon von *Rummel*⁴⁷⁸ aufgeworfenen Fragen zur objektiven Vertragsergänzung. Eine objektive Vertragsergänzung gemäß § 914 ABGB kommt für Arbeitnehmer, die schon vor Abschluss der ungültigen Betriebsvereinbarung im Betrieb beschäftigt waren nicht in Frage, da bei Abschluss ihrer Arbeitsverträgen die freie Betriebsvereinbarung ja noch nicht existent war. Bei diesen Arbeitsverträgen kann es daher in Hinblick auf die freie Betriebsvereinbarung nicht mehr um eine Interpretationsfrage gehen, sondern ist vielmehr nachzuweisen, dass es zu einer den ursprünglich geschlossenen Vertrag abändernden Vereinbarung gekommen ist. Dieser Nachweis erfolgt wiederum über konkludente Handlungen der Parteien nach § 863 ABGB, wobei es vor allem auf das dem Arbeitnehmer erkennbare Bewusstsein des Arbeitgebers ankommt.⁴⁷⁹ Der Weg über das konkludente Verhalten kann natürlich nur eingeschlagen werden, wenn die Arbeitnehmer vom Abschluss und der Ungültigkeit der Betriebsvereinbarung Kenntnis haben. Für den Fall, dass der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer auf die Gültigkeit der Betriebsvereinbarung vertrauen, schlägt *Strasser* eine Umdeutung des Arbeitgeberwillens in ein an die Arbeitnehmer gerichtetes, auf die Ergänzung der Einzelarbeitsverträge

⁴⁷⁶ OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (*Strasser*) = RdW 1987, 337; zur Formulierung kritisch *Strasser*, Ungültige Betriebsvereinbarung – Einzelarbeitsvertrag, DRdA 1988, 128.

⁴⁷⁷ *Strasser*, Ungültige Betriebsvereinbarung – Einzelarbeitsvertrag, DRdA 1988, 128.

⁴⁷⁸ *Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 56.

⁴⁷⁹ *Strasser*, Ungültige Betriebsvereinbarung – Einzelarbeitsvertrag, DRdA 1988, 129 f.

abzielendes Offert vor. *Strasser* betont, dass dabei nur auf eine Konversion des Erklärungsverhaltens des Arbeitgebers abgestellt wird. Mit Abschluss und Kenntnis der Arbeitnehmer von der Betriebsvereinbarung sind, wenn ein Annahmeverhalten vorliegt, die Einzelarbeitsverträge als ergänzt anzusehen.⁴⁸⁰ Diese Lösung vermag nicht vollends zu überzeugen, da sie das Problem, dass die Arbeitnehmer wenn sie von der Ungültigkeit der Betriebsverfassung keine Kenntnis haben, keine (konkludente) Willenserklärung abgeben, nicht berücksichtigt und auch nicht lösen kann.

6.3.2.4. Kritikpunkt Zustimmung der „Gesamtheit“ der Arbeitnehmer

*Runggaldier*⁴⁸¹ stimmt dem Höchstgericht zwar dahingehend zu, dass der Inhalt einer unzulässigen Betriebsvereinbarung über § 863 ABGB zum Inhalt von Einzelarbeitsverträgen werden kann, weist jedoch auf eine Problematik hinsichtlich der „Gesamtheit“ der Arbeitnehmer hin. Bei der Anwendung des § 863 ABGB komme es nämlich nicht auf das Verhalten der Arbeitnehmerschaft als Kollektiv an, sondern vielmehr sei die konkludente Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers zu prüfen. Dabei ist laut *Runggaldier* auch darauf abzustellen, wie der Einzelne das Verhalten des Arbeitgebers verstehen durfte und tatsächlich verstanden hat. Der dem § 863 ABGB zugrunde liegende Vertrauensschutz kann nämlich nur dann zum Tragen kommen, wenn das Verhalten des Erklärenden objektiv den Schluss auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen zulässt und der Erklärungsempfänger auch tatsächlich darauf vertraut hat. *Runggaldier* kritisiert die Rechtsprechung des OGH nun dahingehend, dass diese den Anschein habe auf eine Prüfung des tatsächlichen Vertrauens des Einzelnen verzichten zu wollen. Insofern sei nach der Judikatur eine Vertragsergänzung schon dann anzunehmen, wenn das objektiv betrachtete Verhalten des Arbeitgebers und der Belegschaft auf eine Bindung an die unzulässige Betriebsvereinbarung deutet. Bei unzulässigen Betriebsvereinbarungen, die ausschließlich Vergünstigungen für Arbeitnehmer enthalten, würde schon Schweigen für die Vertragsergänzung reichen.⁴⁸² Folglich würde bei Abschluss und Bekanntgabe einer unzulässigen Betriebsvereinbarung schon ohne längere und regelmäßige Übung in den meisten Fällen eine Ergänzung der Einzelverträge durch den Inhalt der Vereinbarung erfolgen. Da der Inhalt der Vereinbarung dadurch zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge würde, könnte dieser auch nur

⁴⁸⁰ *Strasser*, Ungültige Betriebsvereinbarung – Einzelarbeitsvertrag, DRdA 1988, 131.

⁴⁸¹ *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 257.

⁴⁸² *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 257.

mehr einzelvertraglich geändert werden. Dadurch würden die unzulässigen Betriebsvereinbarungen im Ergebnis bestandsicherer und schwerer abänderbar sein als zulässige Betriebsvereinbarungen, da die Zustimmung jedes Arbeitnehmers erforderlich ist.⁴⁸³

Mit dieser Frage der Bestandsicherheit hat sich *Brodli*⁴⁸⁴ auseinandergesetzt, und kommt zu dem Ergebnis, dass der Bestand des Betriebes die absolute Grenze der Geltung der Einzelvertragsergänzung durch eine freie Betriebsvereinbarung darstellt. Es ist davon auszugehen, dass sich der Arbeitgeber bei Abschluss der freien Betriebsvereinbarung nicht außerhalb der Betriebsgrenzen binden wollte.

Bei den beschriebenen Ergänzungen des Arbeitsvertrages (mittels objektiver Vertragsergänzung nach § 914 ABGB bzw für bereits im Betrieb befindliche Arbeitnehmer mittels Konversion in ein entsprechendes Arbeitgeber Offert) muss hinsichtlich des zeitlichen und örtlichen Geltungsbereiches das ursprünglich beabsichtigte Geschäft, nämlich die freie Betriebsvereinbarung beachtet werden. Die Existenz des Betriebes bildet zugleich die Grundlage und auch die Grenze der Geltung jeder Betriebsvereinbarung. Dies gilt auch für freie Betriebsvereinbarungen. Entsprechend dem von den Parteien beabsichtigten Zweck und Inhalt des ursprünglichen (und anschließen umgedeuteten) Geschäfts freie Betriebsvereinbarung ist der Bestand des Betriebes somit auflösende Bedingung für die einzelvertragliche Ergänzung.⁴⁸⁵

Den Bedenken *Runggaldiers*, dass durch die Ergänzungen der Einzelverträge der freien Betriebsvereinbarung ein größerer Bestandschutz als einer zulässigen Betriebsvereinbarung zukommt⁴⁸⁶, kann somit nicht Rechnung getragen werden.

6.3.2.5. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Judikatur und Literatur Einigkeit dahingehend besteht, dass eine von Betriebsrat und Betriebsinhaber ungültig geschlossene Betriebsvereinbarung nicht die Wirkungen des § 31 ArbVG entfaltet, sie aber dennoch auf die Einzelarbeitsverträge einwirken kann. Uneinigkeit besteht über die Art und Weise wie

⁴⁸³ *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 258.

⁴⁸⁴ *Brodil*, Sonderprobleme bei Betriebsübergang, Das Schicksal von freier Betriebsvereinbarung und Betriebsübung, *ecolex* 1992, 647.

⁴⁸⁵ *Brodil*, Sonderprobleme bei Betriebsübergang, Das Schicksal von freier Betriebsvereinbarung und Betriebsübung, *ecolex* 1992, 649.

⁴⁸⁶ *Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 258.

die Einzelarbeitsverträge beeinflusst werden, und welche Wirkung der freien Betriebsvereinbarung zukommt.

Meines Erachtens ist bei der Beurteilung der Vereinbarung dem OGH⁴⁸⁷ folgend zu unterscheiden, ob den Arbeitnehmern und dem Betriebsinhaber der Abschluss und die Ungültigkeit der Betriebsvereinbarung bekannt sind. Sind ihnen diese Umstände bekannt, können ihre Handlungen als Willenserklärungen angesehen werden. In diesem Fall kann die Vereinbarung als Angebot des Betriebsinhabers gewertet werden, das durch vorbehaltloses Weiterarbeiten konkludent von den Arbeitnehmern angenommen wird, und somit die Einzelarbeitsverträge ergänzt. Haben die Parteien des Arbeitsvertrags keine Kenntnis von der Ungültigkeit der Betriebsvereinbarung, kann ihr Handeln nicht als rechtsgeschäftlich bedeutend angesehen werden, und es liegt keine konkludente Annahme der Arbeitnehmer vor.

Die ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 914 ABGB hat nur für jene Arbeitnehmer Bedeutung, die nach Abschluss der Betriebsvereinbarung in den Betrieb eintreten, da nur hinsichtlich dieser Arbeitsverträge eine Interpretation mit Blick auf die ungültige Betriebsvereinbarung vorgenommen werden kann. Bei der Interpretation der Verträge von Arbeitnehmern, die schon bei Abschluss der Vereinbarung im Betrieb tätig waren, kann die freie Betriebsvereinbarung nicht nach § 914 ABGB berücksichtigt werden, da sie bei Abschluss des Arbeitsvertrages noch nicht existent war. Haben die „neu“ eintretenden Arbeitnehmer Kenntnis von der Betriebsvereinbarung und deren Ungültigkeit, kann der Abschluss des Arbeitsvertrags als konkludente Vereinbarung des Inhalts der Betriebsvereinbarung iSd § 863 gewertet werden. Kennen sie die ungültige Betriebsvereinbarung nicht, kann ihr Inhalt aufgrund des hypothetischen Parteiwillens gemäß § 914 ABGB Inhalt des Arbeitsvertrages werden. Da sowohl bei § 863 ABGB als auch § 914 ABGB immer der erkennbar erklärte Parteiwille maßgeblich ist⁴⁸⁸, und somit auf den „Empfängerhorizont“⁴⁸⁹ abzustellen ist, sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Bei jenen Arbeitnehmern die bei Abschluss der unzulässigen Betriebsvereinbarung schon im Betrieb arbeiten und die keine Kenntnis von der Ungültigkeit der Vereinbarung haben, können die Lösungen der Vertragsergänzung nicht angewendet werden. Eine ergänzende Interpretation gemäß § 914 ABGB scheitert am Nichtbestehen der

⁴⁸⁷ OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (*Strasser*) = RdW 1987, 337; *Strasser*, Ungültige Betriebsvereinbarung – Einzelarbeitsvertrag, DRdA 1988, 128.

⁴⁸⁸ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB³ IV, § 914 Rz 62.

⁴⁸⁹ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³, § 863 Rz 4.

Betriebsvereinbarung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages. Konkludente Willenserklärungen können diesen Arbeitnehmern auch nicht ohne weiteres unterstellt werden. § 863 ABGB bestimmt ausdrücklich, dass bei der Beurteilung von konkludenten Handlungen kein vernünftiger Grund zu zweifeln bestehen darf. Allein das kommentarlose Weiterarbeiten der Arbeitnehmer in Unkenntnis der Ungültigkeit der Vereinbarung kann nicht als Zustimmung gewertet werden. Da die Arbeitnehmer ja annehmen die Betriebsvereinbarung wäre gültig zustande gekommen und sie hätten somit gar keine Möglichkeit der Ablehnung, denken sie nicht an ihr Wahlrecht die Vereinbarung eventuell auch abzulehnen. In diesen Fällen kann also einfaches Weiterarbeiten nicht als Zustimmung zum Inhalt der ungültigen Betriebsvereinbarung gewertet werden.

Bei schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern ohne Kenntnis von der Ungültigkeit bleibt also nur mehr die Möglichkeit der Umdeutung in eine Auslobung um die Vereinbarung vor der Unwirksamkeit zu bewahren. Die Arbeitnehmer erwerben also Anspruch auf die vereinbarte Belohnung wenn sie, auch unwissend, die geforderte Leistung erbringen. Die Umdeutung kann jedoch, wie schon oben ausgeführt, nur dort angewendet werden, wo aus den Umständen anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber damit einverstanden ist, dass für die Arbeitnehmer keine durchsetzbaren Pflichten entstehen. Gerade bei Entgeltsvereinbarungen, die als Leistungsanreiz gedacht sind, kann am ehesten davon ausgegangen werden.

6.4. Zusammenfassung der Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf kollektiver Ebene

Grundsätzlich ist die Regelung von Entgeltsangelegenheiten auf kollektivvertraglicher oder einzelvertraglicher Ebene vorgesehen. In bestimmten Fällen ist jedoch auch die Regelung durch Betriebsvereinbarung möglich, da bestimmte erfolgsabhängige Entgelte schon vom Gesetz der Vereinbarung durch Betriebsvereinbarung vorbehalten werden.

Erfolgsabhängige Entgelte können in Kollektivverträgen geregelt werden. Da Kollektivverträge aber einen sehr weiten Wirkungsbereich haben, werden in der Praxis die Regelungen über derartige Entgeltsformen in Kollektivverträgen nicht sehr detailliert und betriebsbezogen getroffen werden können.

Die Vereinbarung von erfolgsbezogenen Entgelten auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene regeln vor allem die §§ 96 und 97 ArbVG. So unterliegen kollektive Akkord- und Stücklöhne und kollektive leistungsbezogene Prämien und Entgelte gemäß § 96 Abs 1 Z 14 ArbVG der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates, und können nur im Wege einer notwendigen Betriebsvereinbarung vereinbart werden. Individuelle leistungsbezogene Entgelte unterliegen der Regelung des § 100 ArbVG. Die notwendige Mitbestimmung des § 96 ArbVG lässt keinen Raum mehr für einzelvertragliche Vereinbarungen oder einseitige Weisungen des Arbeitgebers. Die Vereinbarung von Akkord- und Stücklöhnen und leistungsbezogenen Prämien und Entgelten, also von leistungsabhängigen Beteiligungen im engeren Sinn, durch Einzelarbeitsvertrag oder Weisung ist daher unzulässig. Lediglich günstigere einzelvertragliche Regelungen über diese Entgeltarten können wirksam vereinbart werden (§ 31 Abs 3 ArbVG).

Über Gewinnbeteiligungen können fakultativ Betriebsvereinbarungen nach § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG abgeschlossen werden. Unter Gewinnbeteiligungen iSd § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG sind allerdings nur Beteiligungen an jenen Messgrößen zu verstehen, die auch die Ausgabenseite des Unternehmens berücksichtigen. Beteiligungen die an anderen Größen wie Produktionswert, Umsatz, Investitionsvolumen, Produktivität pro Arbeitnehmer, Marktanteil etc anknüpfen, fallen nicht unter § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG.⁴⁹⁰

Für Ertragsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs ist gesetzlich keine Vereinbarung durch Betriebsvereinbarung vorgesehen. Wird eine derartige Regelungsbefugnis den Betriebsvereinbarungsparteien auch nicht durch Kollektivvertrag vorbehalten, ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung nicht zulässig.

Die Regelungsmöglichkeiten durch Betriebsvereinbarung weisen daher eine gewisse Inhomogenität auf. Der normale Zeitlohn kann durch Betriebsvereinbarung nicht geregelt werden, Leistungsentgelte iSd § 96 ArbVG hingegen schon, wobei Provisionen wiederum ausgenommen sind. Gewinnbeteiligungen, die die Ausgabenseite berücksichtigen, sind einer Betriebsvereinbarung zugänglich, Ertragsbeteiligungen hingegen nicht.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ OGH 23.12.1998, 9 Ob A 290/98g, ARD 5082/5/99.

⁴⁹¹ Vgl Löschnigg, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 470.

Schließen Betriebsinhaber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über Entgeltsangelegenheiten, die nicht von den §§ 96 Abs 1 Z 4 oder 97 Abs 1 Z 16 ArbVG erfasst sind, und auch nicht durch Kollektivvertrag oder andere gesetzliche Regelung einer Betriebsvereinbarung vorbehalten wurden, liegt eine unzulässige oder freie Betriebsvereinbarung vor. Diese wirkt jedenfalls nicht normativ auf die einzelnen Arbeitsverträge ein, kann aber nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen die Einzelarbeitsverträge beeinflussen. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann die Vereinbarung umgedeutet werden, oder über § 863 ABGB oder § 914 ABGB zum Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden.

Wurden über die selbe Angelegenheit sowohl durch Kollektivvertrag als auch durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag Regelungen getroffen, richtet sich das Verhältnis der Absprachen nach § 3 ArbVG, wonach Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträge neben einem, dieselbe Angelegenheit regelnden Kollektivvertrag nur gültig sind, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind.⁴⁹² Dasselbe gilt auch im Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung. Bei Bestehen einer Betriebsvereinbarung sind individuelle Regelungen im Arbeitsvertrag nur wirksam, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind (§ 31 Abs 3 ArbVG).

⁴⁹² Czerny, Entgeltregelung im Betriebsvereinbarungen, FS Strasser (1983) 510.

7. Möglichkeiten der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte auf Ebene des Einzelarbeitsvertrages

Die unterste und individuellste Ebene für die Vereinbarung von Entgeltsformen ist die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossene Vereinbarung – der Arbeitsvertrag. Beim Abschluss des Arbeitsvertrags herrscht grundsätzlich Vertragsfreiheit. Da Arbeitgeber und Arbeitnehmer aber aufgrund der ungleichen wirtschaftlichen Ausgangslage nicht in derselben Verhandlungsposition sind, hat der Gesetzgeber für den Arbeitnehmer Schutzvorschriften erlassen. Grenzen der Vertragsfreiheit können in absolut oder einseitig zwingenden Gesetzesnormen, Kollektivverträgen oder Betriebsvereinbarungen vorgesehen sein. Auch kann die Mitwirkung des Betriebsrates außerhalb des Betriebsvereinbarungsrechts vorgesehen sein. Allgemeine inhaltliche Grenzen ergeben sich, wie schon oben ausführlich erörtert ua aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der Sittenwidrigkeit, der Risikoverteilung im Arbeitsrecht, der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Der Arbeitsvertrag ist innerhalb der aufgezeigten Grenzen auch abänderbar, wobei sich die Rechtslage des Arbeitnehmers auch verschlechtern kann.

Wie oben ausgeführt können leistungs- und erfolgsabhängige Entgelte durch Gesetz oder Kollektivvertrag geregelt werden. Aufgrund der großen Reichweite dieser Regelungen und der dadurch notwendigen Abstraktheit, wird in diesen Rechtsquellen in der Praxis jedoch eine auf den einzelnen Betrieb abgestimmte Ausgestaltung der Entgeltsregelung schwierig sein. Viel konkreter und betriebsbezogener können erfolgs- und leistungsbezogene Entgelte in Betriebsvereinbarungen geregelt werden.

Welche Möglichkeiten nun bestehen erfolgs- oder leistungsabhängige Entgelte in Einzelarbeitsverträgen zu regeln, hängt davon ab, welche Form der erfolgs- oder leistungsabhängigen Entlohnung angestrebt wird. Dabei ist vor allem zu beachten, dass – wie oben erörtert – bestimmte Leistungsentgelte der zwingenden Mitbestimmung der Belegschaftsorgane gemäß § 96 ArbVG unterliegen und somit nur durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können, und andererseits nur bestimmte Erfolgsbeteiligungen einer (fakultativen) Betriebsvereinbarung zugänglich sind (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG).

Im Folgenden sollen nun dargestellt werden in wie weit es formal möglich ist in Einzelverträgen erfolgsabhängige Entgelte zu vereinbaren und welche formalen Grenzen es hier zu beachten gibt. Dies wird anhand der unter Punkt 5.1. entwickelten Systematik der unterschiedlichen Arten erfolgsabhängiger Entgelte untersucht.

7.1. Leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn

Sollen leistungsabhängige Entgelte im engeren Sinn in Arbeitsverträgen vereinbart werden, ist vor allem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG zu beachten. Dieser normiert eine zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung, wenn bestimmte leistungsbezogene Prämien und Entgelte eingeführt werden sollen (siehe Punkt 6.2.2.).

Eine zwingende Betriebsvereinbarung ist dabei jedoch nur für die Einführung und Regelung genereller Leistungslöhne vorgesehen. Vereinbarungen über Leistungsentgelte die nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffen bedürfen nicht der zwingenden Mitwirkung des Betriebsrates

Für die einzelvertragliche Regelung von Leistungslöhnen ist vor allem § 100 ArbVG maßgeblich, der bestimmt, dass Leistungsentgelte des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, die generell nicht vereinbart werden können, der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen, wenn sich Betriebsinhaber und Arbeitnehmer nicht einigen können. Wenn sich also Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf eine Vereinbarung über Leistungslöhne des § 96 ArbVG einigen können, ist keine Zustimmung des Betriebsrates notwendig. Dies ergibt sich aus einem *argumentum e contrario* aus § 100 ArbVG. Die Vereinbarung von individuellen Leistungsentgelten im engeren Sinn ist daher einzelvertraglich möglich. Versucht jedoch ein Arbeitgeber durch viele gleich lautende Einzelvereinbarungen das Mitbestimmungsrecht des Belegschaftsorgans zu umgehen, sind diese Vereinbarungen aufgrund einer Gesetzesumgehung nichtig⁴⁹³ (vgl Punkt 6.2.2.2.).

Die Frage nach dem Verhältnis von Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag stellt sich also bei der Vereinbarung von individuellen Leistungslöhnen ieS nicht, da über individuelle Leistungslöhne keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann. Die Regelung von generellen Leistungsentgelten unterliegt jedoch einer zwingenden Betriebsvereinbarung. Wurde eine solche Betriebsvereinbarung von Betriebsinhaber und

⁴⁹³ Holzer, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 209.

Betriebsrat wirksam abgeschlossen, ist zu prüfen inwieweit einzelvertragliche Regelungen neben der bestehenden Betriebsvereinbarung wirksam sein können.

Bei dieser Frage ist grundsätzlich § 31 Abs 3 ArbVG anzuwenden.⁴⁹⁴ Dieser normiert, dass Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen durch Einzelvereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden können, und Einzelvereinbarungen nur gültig sind, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind. Teile der Literatur haben jedoch trotz dieser Regelung im ArbVG bei bestimmten Gegenständen Betriebsvereinbarungen zweiseitig zwingende Wirkung zuerkannt.⁴⁹⁵ Dafür finden sich auch Ansätze in der Regierungsvorlage.⁴⁹⁶ Dies gilt vor allem für die Ziffern 1-3 des § 96 Abs 1 ArbVG, da bei Kontrollmaßnahmen, Personalfragebögen und Disziplinarordnungen eine Privilegierung einzelner Arbeitnehmer zur Diskriminierung der übrigen führen würde, und somit ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gegeben wäre.⁴⁹⁷ Bei Leistungsentgelten hingegen besteht eine Ausnahme, da es sich dabei um Mindestentgelte handelt, deren Überschreitung keinen Anspruch auf Gleichbehandlung der anderen Arbeitnehmer bewirkt. Auch wenn alle Arbeitnehmer günstigere Einzelvereinbarungen erhalten würden, würde die Betriebsvereinbarung durch die Festlegung eines Mindestlohnes ihre selbstständige Funktion behalten.⁴⁹⁸

Diese vor allem von *Holzer* vertretene Argumentation wurde in der Literatur zwar kritisiert⁴⁹⁹, Einigkeit besteht allerdings dahingehend, dass zumindest bei Leistungsentgelten das Günstigkeitsprinzip anzuwenden ist. Für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen können somit, auch bei Bestehen einer Betriebsvereinbarung über leistungsabhängige Prämien und Entgelte, wirksam im Arbeitsvertrag vereinbart werden.

Den Parteien der Betriebsvereinbarung steht es jedoch selbstverständlich frei im Rahmen eines schuldrechtlichen Teiles zu vereinbaren, dass der Betriebsinhaber im Regelungsbereich des normativen Teils der Betriebsvereinbarung keine günstigere Individualvereinbarung abschließen darf. Das gesetzliche Günstigkeitsprinzip bleibt durch solch eine Vereinbarung aber unberührt, dh günstigere Einzelvereinbarungen kommen trotzdem wirksam zustande. Eine derartige Vereinbarung begründet allerdings eine

⁴⁹⁴ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 208 f.

⁴⁹⁵ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 208 mit weiteren Verweisen.

⁴⁹⁶ 840 BlgNr 13. GP 67.

⁴⁹⁷ *Holzer*, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 210.

⁴⁹⁸ *Holzer*, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 211.

⁴⁹⁹ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 209.

schuldrechtliche Verpflichtung des Betriebsinhabers, den Abschluss solcher günstigeren Einzelvereinbarungen zu unterlassen. Durch diese schuldrechtlichen Vereinbarungen kann somit auch einem besonderen Ordnungsbedürfnis Rechnung getragen werden. Je nach konkretem Einzelfall ist zu prüfen, ob nicht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Wege einer ergänzenden Auslegung eine schuldrechtliche Verpflichtung des Betriebsinhabers zur Unterlassung günstiger Individualvereinbarungen angenommen werden muss.⁵⁰⁰

Die grundsätzliche Möglichkeit und Zulässigkeit von Individualabsprachen über leistungsbezogene Prämien und Entgelte geht auch aus der Bestimmung des § 100 ArbVG hervor, in dem derartige Einzelvereinbarungen ausdrücklich geregelt sind.⁵⁰¹

Bei der Vereinbarung von leistungsbezogenen Prämien und Entgelten ist daher danach zu unterscheiden, ob diese generell oder individuell geregelt werden sollen. Individuelle Leistungslöhne können einzelvertraglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden. Werden mehrere derartige Einzelvereinbarungen getroffen ist allerdings zu beachten, dass bei zahlreichen gleich lautenden Vereinbarungen die Gefahr einer Gesetzesumgehung besteht. Die Einführung und Regelung von generellen leistungsbezogenen Entgelten kann aufgrund der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates in Angelegenheiten des § 96 ArbVG, nur im Rahmen einer Betriebsvereinbarung vorgenommen werden. Einzelvertragliche Regelungen über generelle Leistungsentgelte sind daher nur dort wirksam, wo eine Betriebsvereinbarung über leistungsbezogene Entgelte besteht, und die darin enthaltenen Regeln durch die einzelvertragliche Vereinbarung für den Arbeitnehmer verbessert werden. Besteht keine derartige Betriebsvereinbarung, können generelle Leistungslöhne des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG nicht durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag geregelt werden.

7.2. Gewinnbeteiligungen

Die einzelvertragliche Vereinbarung von Gewinnbeteiligungen unterliegt grundsätzlich der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien. Bei der Vereinbarung von Gewinnbeteiligungen besteht allerdings die Besonderheit, dass diese auch im Rahmen einer fakultativen Betriebsvereinbarung iSd § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG von Betriebsinhaber und Betriebsrat vereinbart werden können. Von dem Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG sind jedoch nur jene Arten von Erfolgsbeteiligungen erfasst, bei

⁵⁰⁰ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 209.

⁵⁰¹ *Jabornegg*, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 210.

denen auch die Ausgabenseite des Unternehmens berücksichtigt wird. Eine Betriebsvereinbarung nach § 97 ArbVG hat normative Wirkung und wirkt somit unmittelbar auf die Einzelarbeitsverträge ein.

Da die Mitbestimmung des § 97 ArbVG nicht zwingend ausgestaltet ist, können Gewinnbeteiligungen, anders als die Leistungsentgelte des § 96 ArbVG, allerdings auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart werden.

Bei Gewinnbeteiligungen des § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG ist somit eine einzelvertragliche Regelung sowohl bei Bestehen einer Betriebsvereinbarung, als auch bei Fehlen einer solchen möglich. Wurde bereits eine Betriebsvereinbarung über Gewinnbeteiligungen gemäß § 97 ArbVG abgeschlossen, können einzelvertraglich nur für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarungen wirksam getroffen werden.

7.3. Ertragsbeteiligung und Beteiligung am Wertzuwachs

Bei der Ertragsbeteiligung und der Beteiligung am Wertzuwachs des Unternehmens bestehen keine speziellen gesetzlichen Regelungen. Die Vereinbarung dieser Arten von Beteiligung ist daher im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen und speziell arbeitsrechtlichen Grenzen einzelvertraglich möglich. So darf dem Dienstnehmer beispielsweise durch eine solche Vereinbarung nicht übermäßig das unternehmerische Risiko aufgebürdet werden bzw darf die Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Im Rahmen der unter Punkt 4 aufgezeigten Grenzen ist aufgrund der Vertragsfreiheit aber die einzelvertragliche Vereinbarung von Ertragsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs möglich.

7.4. Betriebsübung

Im Zusammenhang mit der einzelvertraglichen Vereinbarung von erfolgsabhängigen Entgelten ist auch die Betriebsübung zu erwähnen, da auch diese Bestandteil des Arbeitsvertrages werden kann. Gewährt beispielsweise der Arbeitgeber vorbehaltlos regelmäßig Prämien, die auf dem Jahresgewinn, dem Umsatz, der Leistung der Arbeitnehmer oder sonstigen erfolgsbezogenen Kennzahlen beruhen, kann dies einen Anspruch der Arbeitnehmer auf die Leistung begründen.

Eine Betriebsübung kann als die regelmäßige Wiederholung einer gleichförmigen Verhaltensweise verstanden werden.⁵⁰² Durch schlüssige Rechtshandlungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird die Betriebsübung Inhalt der Einzelarbeitsverträge. Der OGH hat dazu ausgesprochen: „Wenn der Arbeitgeber durch Regel vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen an die Gesamtheit seiner Arbeitnehmer eine betriebliche Übung begründet, die seinen Willen, sich diesbezüglich auch für die Zukunft zu verpflichten, unzweideutig zum Ausdruck bringt, wird diese Übung durch die – gleichfalls schlüssige (§ 863 ABGB) – Zustimmung der Arbeitnehmer zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge“⁵⁰³. Schon die Zusage des Arbeitgebers an einen unbestimmten Kreis der Angestellten, dass unter Bestimmten Voraussetzungen das Entgelt erhöht wird, stellt eine verbindliche Auslobung dar (§ 860 ABGB).⁵⁰⁴

Gerade im Bereich des Entgelts liegt die Hauptbedeutung der Betriebsübung.⁵⁰⁵ Eine regelmäßig gewährte Zuwendung verliert den Charakter der Freiwilligkeit und begründet einen Anspruch auf Zahlung, wenn mangels ausdrücklicher Betonung des freiwilligen, unverbindlichen Charakters der Zuwendung ein Entgeltanspruch als stillschweigend vereinbart angenommen werden kann.⁵⁰⁶ Um das Entstehen eines Rechtsanspruches zu verhindern, genügt der Hinweis auf die Freiwilligkeit der zusätzlichen Leistung nicht. Nur der klare Vorbehalt eines jederzeitigen Widerrufs oder der Einstellung unter bestimmten Bedingungen oder die Verwahrung gegen jeden Rechtsanspruch ermöglichen dem Arbeitgeber die Leistung einseitig wieder einzustellen.⁵⁰⁷

Für das Entstehen eines Rechtsanspruches aus einer Betriebsübung ist ausschlaggebend welchen Eindruck die Arbeitnehmer bei sorgfältiger Überlegung von dem schlüssigen Erklärungsverhalten des Arbeitgebers haben durften, nicht aber das tatsächliche Vorliegen eines Erklärungswillens auf Seiten des Arbeitgebers.⁵⁰⁸ Auch muss nicht jeder einzelne Arbeitnehmer auf die Verbindlichkeit der zusätzlichen Leistung vertrauen, vielmehr ist objektiv zu prüfen, ob die Arbeitnehmer darauf vertrauen durften.⁵⁰⁹ Die Betriebsübung wird nicht nur Bestandteil des Arbeitsvertrags jener

⁵⁰² *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltung im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 102.

⁵⁰³ OGH 8.5.1979, 4 Ob 35/79.

⁵⁰⁴ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 252.

⁵⁰⁵ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 253.

⁵⁰⁶ OGH 8.5.1979, 4 Ob 35/79.

⁵⁰⁷ *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 253 mit weiteren Verweisen.

⁵⁰⁸ OGH 8.5.1979, 4 Ob 35/79; OGH 11.11.1992, 9 Ob A 261/92.

⁵⁰⁹ OGH 11.11.1992, 9 Ob A 261/92.

Arbeitnehmer, die auf die Verbindlichkeit vertraut haben, sondern aller Arbeitnehmer im Betrieb, auch jener denen gegenüber der Arbeitgeber das konkrete Verhalten gar nicht gesetzt hat, und die davon vielleicht gar nichts wissen.⁵¹⁰ Bestehende Betriebsübungen werden konkludent auch zu Bestandteilen der Arbeitsverträge von neu eintretenden Arbeitnehmern. Neu eingestellte Arbeitnehmer dürfen im Allgemeinen damit rechnen, die unter bestimmten Voraussetzungen gewährten Leistungen zu erhalten, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen.⁵¹¹

7.5. Zusammenfassung

Für zwei bestimmte Fälle, nämlich die leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn und die Gewinnbeteiligung, wurde im ArbVG die Vereinbarung im Rahmen einer Betriebsvereinbarung vorgesehen. Für die Einführung und Regelung von leistungsabhängigen Beteiligungen im engeren Sinn ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zwingend vorgesehen. Dabei werden nur für den Arbeitnehmer günstigere einzelvertragliche Vereinbarungen wirksam. Dies gilt allerdings nur für die generelle Vereinbarung dieser Leistungsentgelte. Individuelle leistungsabhängige Beteiligungen können auch einzelvertraglich vereinbart werden. Bei Gewinnbeteiligungen ist die Möglichkeit einer fakultativen Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG vorgesehen. Gewinnbeteiligungen können aber jedenfalls auch einzelvertraglich vereinbart werden.

Ertragsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs können innerbetrieblich mangels Ermächtigung zur Regelung durch Betriebsvereinbarung nur durch Einzelvertrag vereinbart werden.

⁵¹⁰ *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltung im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 102.

⁵¹¹ OGH 10.7.1997, 8 Ob A 145/97z, RdW 1998, 90.

8. Ergebnisse

Nachdem nun sowohl die inhaltlichen als auch die formalen Aspekte der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte durchleuchtet wurden, kann als Ergebnis festgehalten werden, dass erfolgsabhängige Entgelte im Arbeitsverhältnis vereinbart werden können, wobei jedoch einige Grenzen und gesetzliche Vorgaben zu beachten sind.

Die Vereinbarung eines objektiven Erfolges ist im Arbeitsvertrag nicht möglich. Dies ist mit dem Wesen des Arbeitsvertrages unvereinbar. Allerdings ist es auch im Arbeitsvertrag, der ja grundsätzlich die Überlassung der Arbeitskraft zum Inhalt hat, zulässig Erfolge zu vereinbaren, wenn dabei auf die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Bedacht genommen wird. Auch die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte ist daher grundsätzlich mit dem Wesen des Arbeitsvertrages vereinbar, und kann im Arbeitsvertrag vorgenommen werden.

Bei der Vereinbarung von leistungs- und erfolgsabhängigen Entgelten, wird jedoch nicht die Erbringung des Erfolges zum Inhalt des Arbeitsvertrages gemacht, sondern der Erfolg ist lediglich eine lohngestaltende Komponente. Der Arbeitnehmer schuldet weiterhin aus dem Arbeitsvertrag nur seine Arbeitsleistung. Auch wenn eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung getroffen wurde, steht dem Arbeitgeber jedoch jedenfalls, unabhängig davon ob der vereinbarte Erfolg eintritt, ein Mindestlohn zu. Dieser kann dem Arbeitnehmer entweder aufgrund kollektivrechtlicher Regelungen, wie Kollektivvertrag, Satzung oder Mindestlohntarif, zustehen oder sich aus den Bestimmungen über die Guten Sitten oder die *laesio enormis* ergeben.

Erfolgsabhängige Entgelte können im Arbeitsvertrag nicht völlig frei und schrankenlos vereinbart werden. Eine erste Beschränkung ergibt sich bereits aus dem erwähnten Mindestlohn, der dem Arbeitnehmer jedenfalls zusteht.

Wird der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers mit der Bedingung des Eintrittes eines Erfolges verknüpft, darf es vor allem auch nicht zu einer Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften (wie zB Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung oder Lohnvorschriften) kommen, da ansonsten die Bedingung unzulässig ist.

Wird eine Erfolgsbeteiligung mit Gestaltungsrechten verbunden sind auch hier gewisse Grenzen zu beachten. Durch die Vereinbarung einseitiger Gestaltungsrechte darf es zu keiner Gesetzesumgehung kommen, und auch auf ausreichende Bestimmtheit des Vertragsinhalts trotz Gestaltungsrecht muss geachtet werden. Auch ist darauf Bedacht zu

nehmen, dass derjenigen Vertragspartei, die sich unter das Gestaltungsrecht des anderen unterwirft, die Folgen dieser Willenserklärung bewusst sind. Ebenso setzen Mindestlohnvorschriften, die Guten Sitten und das billige Ermessen der Vereinbarung von Gestaltungsrechten Grenzen. Bei der Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte ist vor allem eine Interessenabwägung im Einzelfall im Sinne des billigen Ermessens vorzunehmen, wobei dabei jene Kriterien zu beachten sind, die in der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung Beachtung gefunden haben.

Bei der Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte wird die im „normalen“ Arbeitsverhältnis gegebene Risikoverteilung verschoben. Der Arbeitnehmer übernimmt durch die Entgeltvereinbarung einen Teil des wirtschaftlichen Risikos des Unternehmens. Diese Übernahme des Risikos durch den Arbeitnehmer ist grundsätzlich im Arbeitsverhältnis zulässig. Es darf jedoch nicht zu einer übermäßigen und sittenwidrigen Überwälzung des Arbeitgeberrisikos auf den Arbeitnehmer kommen. Jedenfalls unzulässig ist eine gänzliche Überwälzung des Risikos auf den Arbeitnehmer. Wann eine übermäßige Risikoüberwälzung vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei sind vor allem auch auf die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Höhe des Lohns im Vergleich zu den Mindeststandards, die Situation und Umstände der Vereinbarung (vor allem hinsichtlich einer Drucksituation), die unterschiedlichen Rechtspositionen aufgrund der Vereinbarung und ein dem Arbeitnehmer jedenfalls zustehendes Entgelt zu berücksichtigen.

Grenzen für die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte ergeben sich vor allem auch aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen. Dabei sind auf Ebene des Arbeitsvertrages das Gleichbehandlungsgesetz und das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot maßgeblich. Auf kollektivrechtlicher Ebene ist der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz zu beachten. So darf es durch eine erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung mit bestimmten Arbeitnehmern nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung innerhalb der Arbeitnehmerschaft kommen. Die Vereinbarung muss daher an sachlichen Kriterien anknüpfen.

Werden erfolgsabhängige Entgeltsklauseln in Vertragsformblättern oder vorformulierten Verträgen verwendet, setzen die Bestimmungen der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB der Vereinbarung Grenzen. Sind die Klauseln für den Arbeitnehmer benachteiligend und musste der Arbeitnehmer mit ihnen nach den Umständen nicht rechnen, so ist die Vereinbarung der Klausel gemäß § 864a ABGB unwirksam. Führt die

Erfolgsbeteiligung unter Berücksichtigung aller Umstände zu einer gröblichen Benachteiligung einer Vertragspartei, so ist die Bestimmung sittenwidrig gemäß § 879 Abs 3 ABGB und daher nichtig. Dabei ist vor allem eine Abweichung vom dispositiven Recht beachtlich.

Bevor die formalen Voraussetzungen für erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarungen geprüft werden können, ist zunächst eine Einteilung der verschiedenen Ausformungen der Beteiligungen vorzunehmen. Dabei kann nach Messgröße (leistungsabhängige Beteiligung im engeren Sinn, Gewinnbeteiligung, Ertragsbeteiligung und Beteiligung am Wertzuwachs), Form der Beteiligung (reine Erfolgsbeteiligung, Substanz- bzw. Kapitalbeteiligung und Option auf eine Kapitalbeteiligung) und Ausgestaltung der Beteiligung (mittelbare und unmittelbare Beteiligung) unterschieden werden. In der Literatur und Judikatur werden oft unterschiedliche Begriffe für Leistungs- und Erfolgsbeteiligungen verwendet. Eine Systematisierung der in Literatur und Judikatur vorkommenden Begriffe und Bezeichnungen erscheint daher für die Betrachtung der formalen Voraussetzungen von Erfolgsbeteiligungen äußerst zweckmäßig.

Hinsichtlich der formalen Voraussetzungen für erfolgsabhängige Entgeltsvereinbarungen finden sich vor allem im Betriebsvereinbarungsrecht gesetzliche Vorgaben. So unterliegen kollektive Akkord- und Stücklöhne sowie bestimmte leistungsbezogene Prämien und Entgelte der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung. Diese Arten der Entgeltvereinbarung können daher nur im Rahmen einer Betriebsvereinbarung, nicht aber im Einzelarbeitsvertrag, vereinbart werden. Die Definition dieser leistungsbezogenen Prämien und Entgelte ist daher sehr wichtig, da solche Entgeltvereinbarungen ohne Zustimmung des Betriebsrates nicht vereinbart werden können. Unter diese zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates fallen die leistungsabhängigen Beteiligungen im engeren Sinn. Provisionsvereinbarungen sind jedoch von der Pflicht einer Betriebsvereinbarung ausgenommen. Individuelle leistungsbezogene Prämien und Entgelte, also jene deren Vereinbarung nicht in einer generellen Regelung möglich ist, können im Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden.

Es ist auch zulässig Betriebsvereinbarungen über Gewinnbeteiligungen der Arbeitnehmer abzuschließen. Hier besteht allerdings keine zwingende Mitbestimmung des Betriebsrates im Rahmen einer Betriebsvereinbarung. Gewinnbeteiligungen können daher auch im Einzelvertrag vereinbart werden. Unter Gewinnbeteiligungen fallen jedoch nur

jene Arten der Erfolgsbeteiligung, die auch die Ausgabenseite des Unternehmens berücksichtigen. Nur bei diesen Arten der Beteiligungen ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung möglich.

Über andere Arten der Erfolgsbeteiligung können mangels gesetzlicher Ermächtigung keine Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden, es sei denn ein Kollektivvertrag enthält eine diesbezügliche Ermächtigung. Alle Arten erfolgsbezogener Entgelte, außer jenen die dem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG unterliegen, können zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individuell im Arbeitsvertrag vereinbart werden.

Das Betriebsverfassungsrecht weist hier eine gewisse Inhomogenität auf, die nicht ganz nachzuvollziehen ist. Über leistungsbezogene Entgelte des § 96 ArbVG muss eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, über Gewinnbeteiligungen des § 97 ArbVG kann eine derartige Absprache mit dem Betriebsrat getroffen werden, bei anderen Anknüpfungspunkten ist jedoch keine gesamtbetriebliche Absprache mit der Belegschaftsvertretung möglich. Derartige dennoch getroffene Vereinbarungen entfalten nicht die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, sondern können allenfalls nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen auf das Arbeitsverhältnis einwirken.

Die Regelungen und Beschränkungen des Betriebsverfassungsrechts wirken auch auf die Möglichkeiten zulässiger Entgeltvereinbarungen im Arbeitsvertrag ein. Auf einzelvertraglicher Ebene können jedenfalls individuelle leistungsbezogene Prämien und Entgelte und Provisionsvereinbarungen vereinbart werden. Absprachen über generelle Leistungsentgelte i.e.S. sind im Arbeitsvertrag nur insoweit zulässig, als eine Betriebsvereinbarung über leistungsbezogene Entgelte besteht, und die darin enthaltenen Regelungen durch einzelvertragliche Vereinbarungen für den Arbeitnehmer günstiger sind. Die Vereinbarung von Gewinnbeteiligungen ist im Arbeitsvertrag zulässig. Wurde jedoch über diese Beteiligungsform auch eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, so können auf einzelvertraglicher Ebene nur mehr Verbesserungen für den Arbeitnehmer im Vergleich zu den Regelungen der Betriebsvereinbarung wirksam vereinbart werden. Über Ertragsbeteiligungen und Beteiligungen am Wertzuwachs kann keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. In diesen Bereichen sind daher im Rahmen der aufgezeigten Grenzen einzelvertragliche Absprachen zulässig.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adamovic*, Zur Sittenwidrigkeit von Entgeltvereinbarungen, ZAS 1991, 153
- Apathy*, Zum sachlichen Umfang der Arbeitspflicht dargestellt anhand OGH 13.1.1987, 14 Ob 198/86, JBl 1987, 468 = ZAS 1987, 130 (*Tomandl*) = DRdA 1989/25 (*Apathy*)
- Apathy*, AG-Vorbehalte bei Pensionszusagen, dargestellt anhand OGH 23.10.1991, 9 Ob A 206/91, DRdA 1992, 201 (*Apathy*)
- Bertl/Hirschler*, Wirtschaftliches Eigentum bei Mitarbeiterbeteiligungen, RWZ 1999, 230
- Binder*, Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982)
- Brodil*, Sonderprobleme bei Betriebsübergang, Das Schicksal von freier Betriebsvereinbarung und Betriebsübung, *ecolex* 1992, 647
- Brodil/Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen (2001)
- Brodil*, Die Pflichten des Dienstnehmers aus dem Dienstvertrag, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht (2006), 18/2
- Bydlinski, F.*, Dogmatische Fortschritte im österreichischen Betriebsverfassungsrecht, JBl 1962, 577
- Csebrenyak*, Umfang und Personalität der Arbeitspflicht dargestellt anhand OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, DRdA 1985, 389
- Czerny*, Entgeltregelung im Betriebsvereinbarungen, FS Strasser (1983) 487
- Czerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht Band 3³ (2005)
zit: *Autor* in *Czerny*, Arbeitsverfassungsrecht III³ (2005) § Rz
- Dierschmied*, Zulässigkeit einer Resolutivbedingung dargestellt anhand OGH 24.6.1998, 9 Ob A 156/98a, DRdA 1999, 363
- Egger*, Zur Zulässigkeit einer Konkurrenzklausele dargestellt anhand OGH 26.8.1999, 8 Ob A 196/99b, DRdA 2000, 400
- Elsik*, Die Mitarbeiterbeteiligung aus personalpolitischer Sicht, in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich (2007) 91
- Farny*, Die echte stille Gesellschaft als ideale Form der Mitarbeiterbeteiligung? in *Hofmann/Kraus/Leitsmüller/Naderer*, Arbeitnehmer als Eigentümer (1993) 105
- Firlei*, Ein langsamer Arbeitnehmer, DRdA 1979, 226
- Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975)
zit: *Autor* in *Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz (1975)
- Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)
- Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II⁴ (2001)
- Geist*, Provisionsanspruch und Bucheinsicht dargestellt anhand OGH 8.4.1992, 9 Ob A 69/92, DRdA 1993, 41

Geist, Provision und leistungsbezogenes Entgelt dargestellt anhand OGH 6.4.1994, 9 Ob A 603/93, DRdA 1995, 148

Grau, Leitfaden Mitarbeiterbeteiligung (2005)

Gruber, Die „sonstigen leistungsbezogene Prämien und Entgelte“ iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, RdW 1998, 345

Haslinger, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997)

Holzer, Die zustimmungspflichtige Maßnahme – zur Struktur eines neuen Rechtsinstitutes, ZAS 1976, 206

Holzer, Begriff „leistungsbezogenes Entgelt“ dargestellt anhand OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982, 403

Huppert, Erfolgsbeteiligung der Arbeitnehmer (1953)

Jabornegg, Probleme des Arbeitsverfassungsrechts, DRdA 1977, 200

Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, FS Strasser (1993) 137

Jabornegg/Resch/Stoffels, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (2007)

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)

Kietaibl, Zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsvertragsrecht, RdW 2006, 94

Kietaibl, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, DRdA 2006, 12

Kietaibl, Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen, in *Tomandl/Schrammel*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 11

Kolm, Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung, Erscheinungsformen in der Praxis in Resch (Hrsg) Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 13

Körber, Entgeltreduktion bei quantitativer Minderleistung des Arbeitnehmers im Zeitlohn, ZAS 2007, 178

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Bürgerliches Recht I¹³ (2006)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Bürgerliches Recht II¹³ (2007)

Krejci, Grenzen einseitiger Entgeltbestimmung durch den Arbeitgeber, ZAS 1983, 203

Kummer, Die Rechtsverbindlichkeit einer Betriebsvereinbarung, DRdA 1959, 235

Kuras, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltung im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003, 100

Löschnigg, Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB und Umsatzprovision dargestellt anhand OGH 1.4.1998, 9 ObA 27/98f, DRdA 1999, 199

Löschnigg, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte, DRdA 2000, 467

Löschnigg, Entgelte mit Zielvorgaben und Mitbestimmungspflicht, FS Cerny (2001) 419

Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003)

Löschnigg (Hrsg), Angestelltengesetz Teil I (2007)
zit: *Autor* in *Löschnigg* (Hrsg), Angestelltengesetz Teil I (2007) § Anm

Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006)

- Margreiter*, Partiarisches Arbeitsverhältnis, Dienstverhältnis und/oder echte (typische) stille Gesellschaft, ÖStZ 1985, 28
- Mathiaschitz*, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlungsgesetz als Schranken der Ausgestaltungsfreiheit betrieblicher Ruhegeldordnungen, in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 259
- Mazal*, Unwirksamkeit einer auflösenden Bedingung dargestellt anhand OGH 25.9.1991, 9 Ob A 158/91, DRdA 1992, 286
- Mosler*, Mitbestimmung der Belegschaft bei leistungs- und erfolgsbezogenen Entgelten, FS Cerny (2001) 433
- Oberhofer*, Mitarbeiterbeteiligung – eine arbeitsrechtliche Betrachtung in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich (2007) 162
- Preiss*, Betriebliche Mitbestimmung im Zusammenhang mit leistungs- und erfolgsbezogener Entgeltfindung in Resch (Hrsg) Leistungs- und erfolgsbezogene Entgeltfindung (2003) 31
- Rebhahn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf, FS Schnorr (1988) 225
- Reissner*, Performance-Management-Konzepte und betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2003, 503
- Resch*, Änderungsvorbehalt des AG in einer Vertragsschablone, DRdA 2001, 324
- Resch*, Inhaltskontrolle im Arbeitsvertrag in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (2007)
- Risak*, Widerrufs- und Abänderungsvorbehalte in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg) Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (2006) 89
- Risak*, Transparenzgebot auch im Arbeitsvertragsrecht? *ecolex* 2006, 880
- Risak*, Der Einfluss des altersbedingten Absinkens der Arbeitsfähigkeit auf arbeitsvertragliche Pflichten, ZAS 2007, 10
- Risak*, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008)
- Ritzberger-Moser*, Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom freien Dienstvertrag, DRdA 1993, 150
- Rummel*, Kommentar zu OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, ZAS 1981, 55
- Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, (2000-2007)
zit: *Autor* in *Rummel*, ABGB³, § Anm
- Runggaldier*, Möglichkeiten und Grenzen der Verschlechterung betrieblicher Ruhegeldordnungen in *Runggaldier/Steindl*, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 157
- Runggaldier*, Anmerkungen zur sog „freien“ (unzulässigen) Betriebsvereinbarung, RdW 1990, 257
- Schauer*, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 73

- Schindler*, Widerrufs klauseln und einseitige Änderungsrechte, in *Resch*, Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag (2004)
- Schnorr*, Risikosphäre des Arbeitgebers, in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 21
- Schrammel*, Resolutivbedingungen im Arbeitsverhältnis, ZAS 1984, 221
- Schrammel*, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste in FS Welser (2004) 986
- Schrank*, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in *Tomandl* (Hrsg.), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 81
- Schwarz*, Konfusion um die „freie“ Betriebsvereinbarung, DRdA 1985, 173
- Schwarz/Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz⁷ (1991)
- Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003)
- Schwimann*, ABGB – Praxiskommentar, Band IV und V, 3. Auflage, (2006)
zit: *Autor* in *Schwimann*, ABGB³, Band, § Anm
- Söllner*, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 93
- Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93
- Strasser*, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluss- und Vermittlungsprovisionen?, DRdA 1993, 93
- Strasser/Jabornegg*, Arbeitsverfassungsgesetz, 3. Auflage, (1999)
zit: *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ (1999) § Anm
- Tomandl*, Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes, ÖJZ 1960, 477, 505, 537
- Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971)
- Tomandl*, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS Strasser (1983) 583
- Tomandl*, Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983)
- Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1⁵ (2004)
- Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁵ (2004)
- Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA 1985, 269
- Welser*, Widerrufsvorbehalt und Teilkündigungsvereinbarung bei entgeltwerten Leistungen des Arbeitgebers, DRdA 1991, 1
- Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl*, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 1
- Winkler*, Erfolgsbeteiligung und Betriebsbindungsklauseln, ecolex 1995, 280
- Wöhe/Döring*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²² (2005)
- Zeller*, Kommentar zum Arbeitsrecht (2006)
zit: *Autor* in *Zeller*, Kommentar zum Arbeitsrecht, Gesetz, § Rz

JUDIKATURVERZEICHNIS

- OGH 20.2.1952, 1 Ob 140/52, SZ 25/46
- OGH 21.4.1953, 4 Ob 68/53, Arb 5687 = SozM 8B, 31
- OGH 6.4.1954, 4 Ob 5/54, Arb 5957 = SozM IA/c, 57 = DRdA A 1954/18
- OGH 6.9.1955, 4 Ob 66/55, Arb 6295 = SZ 28/192 = JBl 1956, 29
- OGH 2.7.1957, 4 Ob 119/56, Arb 6676 = SozM III E, 177
- OGH 3.7.1957, 4 Ob 18/57, Arb 6689 = SozM IC, 238
- OGH 17.12.1957, 4 Ob 87/57, Arb 6786 = SozM IA/e, 271
- OGH 3.5.1960, 4 Ob 50/60, Arb 7225 = SozM IA/c, 97
- OGH 28.2.1961, 4 Ob 7/61, Arb 7335 = SozM IA/e, 427
- OGH 5.12.1961, 4 Ob 96/61, Arb 7464 = SozM VIIIB, 143 = MietSlg 8596/47
- OGH 14.5.1963, 4 Ob 32/63, Arb 7745
- OGH 23.3.1965, 4 Ob 37/65, Arb 8078 = JBl 1965, 528 (Mayer-Maly)
- OGH 14.5.1969, 5 Ob 66/69, SZ 42/77
- OGH 13.10.1970, 4 Ob 83/70, Arb 8820; ZAS 1972, 15 (Spielbüchler)
- OGH 13.1.1976, 4 Ob 63/75, Arb 9430 = ZAS 1977, 140 (Klein) = JBl 1976, 657 = SozM I E 139
- OGH 6.4.1976, 4 Ob 13/76, Arb 9464
- OGH 13.7.1976, 4 Ob 58/76, Arb 9491
- OGH 19.4.1977, 4 Ob 23-61/77, Arb 9579 = DRdA 1978, 252
- OGH 7.2.1978, 4 Ob 139/77, Arb 9665
- OGH 8.5.1979, 4 Ob 35/79
- OGH 27.11.1979, 4 Ob 76/79, DRdA 1983, 85 (Steindl); ZAS 1981, 53 (Rummel)
- OGH 12.6.1979, 4 Ob 41/79, Arb 9798 = SozM III E, 487
- OGH 19.2.1980, 4 Ob 138/79
- OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80, Arb 9931
- OGH 19.5.1981, 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (Strasser) = SZ 54/75 = Arb 9972 = ZAS 1982, 10 (Tomandl) = EvBl 1982, 72 = JBl 1982, 500
- OGH 2.6.1981, 4 Ob 135/80, DRdA 1982/17 (Holzer), Arb 9984
- OGH 10.1.1984, 4 Ob 164/83, Arb 10.308 = infas 1984, 57, DRdA 1985, 389
- OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86, Arb 10.501 = SZ 59/44 = RdW 1986, 378
- OGH 13.1.1987, 14 Ob 198/86, JBl 1987, 468 = ZAS 1987, 130 (Tomandl) = DRdA 1989/25 (Apathy)
- OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86, Arb 10.613 = Redok 11.801 = JBl 1987, 601 = wbl 1987, 397 = RdW 1987, 379
- OGH 7.4.1987, 14 Ob A 47/87, DRdA 1988, 124 (Strasser) = RdW 1987, 337

OGH 13.1.1988, 14 Ob A 46/87, Arb 10.697 = ZAS 1988/11 = ARD 3973/10/88;
OGH 3.2.1989, 31 Ra 148/88, JBl 1990, 395
OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, ZAS 1989, 94 (Tomandl)
OGH 15.3.1989, 9 Ob A 266/88 (Apathy); DRdA 1991/10
OGH 12.7.1989, 9 Ob A 179/89, infas 1990, A 51
OGH 22.11.1989, 9 Ob A 268/89, infas 1990, A 50; ZAS 1991/9 (Adamovic)
OGH 22.11.1989, 9 Ob A 292/89
OGH 9.5.1990, 9 Ob A 101/90, DRdA 1991, 154 = ZAS 1992/4 (Pircher)
OGH 23.5.1990, 9 Ob A 118/90, infas 1992, A 4
OGH 29.8.1990, 9 Ob A 204/90, Arb 10.891 = SZ 63/143 = JBl 1991, 200
OGH 10.10.1990, 9 Ob A 235/90, ARD 4237/30/91 = Jus 1991 Z 734 = ÖJZ-NRsp
1991/39
OGH 15.11.1990, 7 Ob 33/90
OGH 19.6.1991, 9 Ob A 94/91, ZAS 1992/15 (Schima)
OGH 19.6.1991, 9 Ob A 77/91
OGH 25.9.1991, 9 Ob A 158/91, DRdA 1992, 286 (Mazal) = ZAS 1992, 160 (Grassl-
Palten)
OGH 12.2.1992, 9 Ob A 247/91, DRdA 1992/49
OGH 8.4.1992, 9 Ob A 69/92, DRdA 1993, 41 (Geist) = SZ 65/57
OGH 11.11.1992, 9 Ob A 261/92
OGH 13.1.1993, 9 Ob A 260/92
OGH 10.12.1993, 9 Ob A 234/93, infas 1994, A 92; DRdA 1994, 268
OGH 6.4.1994, 9 Ob A 603/93, DRdA 1995, 148 (Geist)
OGH 8.6.1994, 9 Ob A 94/94, Arb 11.205 = infas 1994 A 152
OGH 29.8.1996, 8 Ob A 2207/96h, JBl 1997, 473; infas 1997, A 33
OGH 4.12.1996, 9 Ob A 2267/96i
OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96g, SZ 70/20 = ZAS 1997, 168 (Risak), infas 1997, A 71;
ARD 4840/12/97 = Arb 11.538
OGH 10.7.1997, 8 Ob A 145/97z, RdW 1998, 90
OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, JBl 1998, 194 = Arb 11.625 = RdW 1999, 39
OGH 22.10.1997, 9 Ob A 151/97i, DRdA 1998, 412 (Jabornegg) = RdW 1998, 569 =
ARD 4912/7/98
OGH 16.4.1998, 8 Ob A 80/98t
OGH 24.6.1998, 9 Ob A 156/98a, DRdA 1999, 363 (Dierschmied)
OGH 23.12.1998, 9 Ob A 290/98g, ARD 5082/5/99
OGH 26.8.1999, 8 Ob A 196/99b, DRdA 2000, 400 (Egger) = DRdA 2000, 73 = infas
2000, A5

OGH 8.8.2002, 8 Ob A 277/01w

OGH 19.12.2002, 8 Ob A 129/02g, ZAS 2004/23 (Gerlach)

OGH 29.1.2003, 7 Ob 267/02v

OGH 22.12.2004, 8 Ob A 116/04y

OGH 3.8.2005, 9 Ob A 53/05t, ZAS 2007, 178 (Körber)

OGH 8.10.2008, 9 Ob A 144/07b

LEBENS LAUF

Mag. Maria Steiner

AUSBILDUNG

seit 10/2005	Doktoratsstudium an der Universität Wien
10/2005 - 04/2006	Teilnahme am 13. Wilhelm C. Vis International Commercial Arbitration Moot
04/2005	Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften
01/2004 - 06/2004	Auslandssemester an der Université de Bourgogne, Dijon/Frankreich
07/2003	Summer Program in Health Law der Wake Forest University School of Law
10/2000 - 04/2005	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
06/2000	Abschluss der AHS (Schulbrüder Strebersdorf) mit Matura

BERUFSERFAHRUNG

seit 10/2006	Referentin, dann Stv. Geschäftsführerin im Fachverband der privaten Krankenanstalten in der WKÖ
11/2005 - 10/2006	Assistentin in Ausbildung am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung
09-10/2005	juristische Mitarbeit bei Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte
07/2005	Praktikum in der Rechts- und Personalabteilung der Österreichischen Akademie der Wissenschaften
09/2004 - 04/2005	Volontariat im Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
10/2003	Rechtshörerschaft am Bezirksgericht Innere Stadt
07/2003	Koordination der Summer University von Loyola Law School und Wake Forest Law School in Wien
10/2001 - 06/2003	Studienassistentin am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte
08/2001	Ferialpraktikum: MA 16 Wien, (Schlichtungsstelle für Mietrechtsangelegenheiten)

ZUSAMMENFASSUNG

Die Arbeit beschäftigt sich mit den Möglichkeiten und Grenzen erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen. Dazu wird zunächst der Dienstvertrag mit Hinblick auf andere Vertragsverhältnisse betrachtet und eine Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen in Frage kommenden Rechtsverhältnissen getroffen. Ausgehend vom Wesen des Arbeitsvertrages und dem synallagmatischen Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird geprüft ob die Vereinbarung eines Erfolges im Arbeitsvertrag zulässig ist, oder ob eine solche Vereinbarung dem Wesen des Arbeitsvertrages widerspricht. Dabei ist festzuhalten, dass die Vereinbarung eines Erfolges im Arbeitsvertrag in so weit zulässig ist, als sie auf die individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Bedacht nimmt. Die Vereinbarung objektiver Erfolge ist im Arbeitsverhältnis nicht zulässig.

Aber auch die Vereinbarung zulässiger Erfolge und Erfolgsbeteiligungen kann im Arbeitsvertrag nicht schrankenlos vorgenommen werden. Diese sich aus dem Arbeitsrecht und allgemeinen Bürgerlichen Recht ergebenden Schranken werden in der Arbeit näher untersucht. So ergeben sich gewisse Grenzen erfolgsabhängiger Entgeltvereinbarungen aus den Wertungen zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos. Dabei soll der Arbeitnehmer nicht vor jeglicher Übernahme eines Risikos geschützt werden, da die Überwälzung des Risikos auf den Arbeitnehmer ja nicht generell unzulässig ist. Das Unternehmerrisiko darf durch Erfolgsbeteiligungen jedoch nicht zur Gänze auf den Arbeitnehmer überwält werden. Dem Arbeitnehmer muss jedenfalls ein Mindestentgelt zustehen. Auch ist darauf zu achten, ob die Erfolgsbeteiligung und Übernahme des Risikos in einer Drucksituation oder unter verdünnter Willensfreiheit des Arbeitnehmers zustande gekommen ist, und zu einer auffallenden Inäquivalenz der Rechtspositionen führt, was eine Unzulässigkeit der Vereinbarung aufgrund von Sittenwidrigkeit bedeuten würde.

Auch die Möglichkeit erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung mit einem Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zu verknüpfen (zB ein Abänderungs- oder Widerrufsrecht) wird geprüft. So kann ein derartiges Gestaltungsrecht im weitesten Fall nur im Rahmen des billigen Ermessens vereinbart und ausgeübt werden.

Werden Erfolgsbeteiligungen mittels Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern vereinbart, so ist § 864a ABGB zu beachten. Sind diese Klauseln für den Arbeitnehmer benachteiligend und überraschend so führt dies zur Unwirksamkeit der

Vereinbarung. Ist unter Berücksichtigung der Umstände eine gröbliche Benachteiligung einer Vertragspartei gegeben, wobei vor allem auch Abweichungen vom dispositiven Recht ausschlaggebend sein können, so kann dies zu einer Sittenwidrigkeit und somit Nichtigkeit der Vereinbarung führen.

Auch bei erfolgsabhängigen Entgeltsvereinbarungen sind gleichheitsrechtliche Schranken nicht außer Acht zu lassen. Um eine Gleichheitswidrigkeit zu vermeiden, muss eine Erfolgsbeteiligung an sachlichen Kriterien anknüpfen und darf keine unsachliche oder willkürliche Benachteiligung von Arbeitnehmern darstellen.

Auch auf die formalen Voraussetzungen für die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelt wird in der Arbeit näher eingegangen. Dabei sind vor allem die Bestimmungen über Betriebsvereinbarungen maßgeblich. So unterliegen bestimmte leistungsabhängige Entgelte zwingend der Mitbestimmung des Betriebsrates in Form einer Betriebsvereinbarung, während über Gewinnbeteiligungen fakultativ eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann und andere Beteiligungsformen einer Betriebsvereinbarung überhaupt nicht zugänglich sind. Diese Vorgaben wirken sich auch auf die Zulässigkeit von einzelvertraglichen Regelungen über erfolgsbezogene Entgelte aus und schränken in diesem Bereich arbeitsvertragliche Vereinbarungen ein.

Die sich aus dem Arbeitsrecht und auch aus dem Zivilrecht ergebenden Grenzen für die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte werden in der Arbeit aufgezeigt und näher untersucht.