



Soziologische Bemerkungen zum Arbeitsrecht

Harun Pačić,¹ Wien

Abstract: Unter Rückgriff auf arbeitsrechtsvergleichend erschlossene Regelungsmodelle und auf soziologisch eröffnete Einsichten in Arbeitsbeziehungen und Arbeitsverhältnisse wird nach funktionalen Äquivalenten im Arbeitsrecht gefragt und dabei sowohl der Schutz- als auch der Ordnungsfunktion des österreichischen Arbeitsrechts nachgespürt.

Drawing on comparative labor law models and sociological insights into labour relations, the article asks for functional equivalents in labor law and thus traces the protective and regulatory function of Austrian labour law.

Keywords: Arbeitsrecht, Soziologie, Arbeitssoziologie, Funktionale Äquivalenz, Schutzprinzip, Ordnungsprinzip, Sozialpolitik, Wirtschaftspolitik, Rechtsvergleich, Arbeitsbeziehungen

¹ PD Dr. Harun Pačić ist Inhaber der Stadt Wien Stiftungsprofessur für Arbeitsrecht im Digital HR-Management.

Vorblick

Jede Leistung, die das Recht als soziales System für die Gesellschaft erbringt, „hat eine Vielzahl von manifesten und latenten Funktionen und Dysfunktionen“, umgekehrt kann es „eine Vielzahl funktional-äquivalenter Leistungen“ geben, weswegen der Schluss „aus einer Funktion auf eine Leistung, aus Zwecken auf Mittel, aus Problemen auf Problemlösungen“ verwehrt ist; das, was für eine Rechtsordnung funktional ist, kann in einer anderen irrelevant oder dysfunktional sein.² Wenn das Problemendenken im Systemgedanken *mitgedacht* ist, dann ist die *Rechtsvergleichung* als eine funktionale Methode der *Soziologie* (soziologischen Systemtheorie) *angedacht*, um die Rechtswirklichkeit im Horizont *ihrer* Möglichkeiten zu erschließen; geltendes Recht geht in die Bedingungen der Möglichkeit anderen Rechts ein.³ Die nachfolgenden Bemerkungen suchen das Gesagte auf dem Gebiet der *Arbeit* zu explizieren, indem sie der *sozialpolitischen Schutz-* sowie der *wirtschaftspolitischen Ordnungsfunktion* des *österreichischen* Arbeitsrechts auf den Grund gehen.

Arbeitsbeziehungen

Definieren wir ‚Arbeit‘ als „zielgerichtete Tätigkeit zur Befriedigung materieller oder geistiger Bedürfnisse“, so sagen wir zwar, was das Wort ‚Arbeit‘ bedeutet, lassen aber ungesagt, was die Arbeit *für uns* bedeutet.⁴ Fokussieren wir auf Tätigkeiten, die wir für *gesollt* halten, so könnten wir sagen, Arbeit sei eine jede Tätigkeit, gesehen unter dem Gesichtspunkt der Schuldigkeit.⁵ Dabei denken wir unweigerlich an Erwerbstätigkeit, doch ist Erwerbs*arbeit* stets mehr als bloße Erwerbs*tätigkeit*, sie ist eine *soziale* Betätigung, die zur Entfaltung von *Persönlichkeit* beiträgt.⁶ Stellen wir die Frage anders, indem wir nicht danach fragen, was Arbeit ist (bedeutet), sondern was als Arbeit *gilt*, so erblicken wir darin eine Rückfrage, wie bedeutsam eine Tätigkeit für die Gesellschaft ist; dabei geht es hauptsächlich um ihren

² Vgl. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), 273-307 (281 f).

³ Vgl. Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), 239.

⁴ Vgl. Flecker, *Arbeit und Beschäftigung* (2017), 9-44. Böhle, *Arbeit als Handeln*, in Böhle/Voß/Wachtler (Hrsg.), *Handbuch Arbeitssoziologie* (2010), 151-176, bestimmte ‚Arbeit‘ als ein „instrumentell-gegenstandsbezogenes und planmäßig-rationales Handeln“.

⁵ Man denke an Menschen, die sagen, sie empfänden ihre Erwerbsarbeit, soweit sie darin „aufgehen“, „eigentlich“ nicht als Arbeit. Zugleich beschreiben dieselben Menschen womöglich ab und an Haushaltstätigkeit oder sportliche Betätigung als Arbeit, wobei sie vielleicht daran denken, dass sie ihnen nicht immer Vergnügen bereitet, aber getan werden sollte, weil sie sich das selbst (zB zur Gesundheitsförderung) oder anderen (zB Mitbewohnenden) irgendwie *schuldig* seien. Der Arbeitsbegriff setzt, so besehen, gewissermaßen an der Arbeitsmoral an.

⁶ Vgl. Krebs, *Arbeit und Liebe* (2002); Jahoda, *Wieviel Arbeit braucht der Mensch?* (1986); More-Hollerweger/Rameder, *Freiwilligenarbeit in Nonprofit-Organisationen*, in Simsa et al (Hrsg.), *Handbuch der Nonprofit-Organisation* (2013), 381-399.

Geldwert, um ihre marktwirtschaftliche Bedeutsamkeit.⁷ „Arbeit ist keine Ware“, verkündet die ILO,⁸ doch gibt es einen Arbeits*markt* für die Arbeits*kraft*.⁹ Wertschätzung dieser „fiktiven Ware“¹⁰ drückt sich nicht nur in Geld aus, sondern erfordert die Achtung der *Menschenwürde* und deren Schutz.¹¹

Das *Recht* sagt uns, welches Verhalten wir von unseren Mitmenschen normativ erwarten *dürfen*, weil unsere Erwartungshaltung insofern geschützt ist, als Rechtsnormen staatlich organisierten sozialen Rückhalt zusagen.¹² Das Recht der Arbeit weist zwar im Staatenvergleich erhebliche Unterschiede *im Einzelnen* auf, spiegelt aber bedeutende Gemeinsamkeiten im Grundsätzlichen wider, die auf der Auswertung ähnlicher Erfahrungen mit einer *unregulierten* Marktwirtschaft im 19. und im ansetzenden 20. Jahrhundert beruhen.¹³

Indem das Arbeitsrecht, wie alles Recht, zwischen „möglichen gegenläufigen, widerstreitenden“ Interessen *vermittelt*,¹⁴ ordnet (strukturiert) es nicht nur das individuelle Arbeitsverhältnis und kollektive Arbeitsbeziehungen, sondern schützt zugleich *im Erwarten zumutbarer* Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.¹⁵ Damit dieses in der GRC der EU als „Solidarität“ grund*werthaft* verbürgte rechtspolitische Versprechen der sozialverträglichen

⁷ Vgl. Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht (1970), § 1.

⁸ International Labour Organization (ILO), Declaration of Philadelphia (1944). Viele Institutionen des mehrfach segmentierten Arbeitsmarktes bekräftigen dies, zB, indem sie Aus-, Weiter- und Fortbildungen sowie angemessene Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen fördern, Berufsberatung bieten und Arbeit vermitteln, den Bestand von Arbeitsverhältnissen wahren, bei Erwerbslosigkeit mit Lohnersatzleistungen unterstützen oder bei der beruflichen Rehabilitation behilflich sind. Vgl. die (revidierte) Europäische Sozialcharta (ESC) des Europarates, SEV Nr 163. Langzeiterwerbslosigkeit, die bei alledem zu verhindern gesucht wird, geht nicht nur mit finanziellen Sorgen einher, sondern beeinträchtigt auch die zeitliche Strukturierung des Alltags sowie die gesellschaftliche Einbindung und schürt uU Selbstzweifel, die durch soziale Stigmatisierung verstärkt werden. Vgl. Wacker, Arbeitslosigkeit, Soziale und psychische Folgen (1983); Büssing, Arbeitslosigkeit, Differenzielle Folgen aus psychologischer Sicht, Arbeit 2/1993/1, 5-19.

⁹ Mit der marktgeregelten Geldwirtschaft ist einsichtig geworden, dass Arbeit als Gut *knapp* ist, *weil* dafür bezahlt werden muss. Vgl. Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft⁹ (2019), 217.

¹⁰ Polanyi, The Great Transformation (2001), 71 ff, hat Boden, Arbeit und Geld als fiktive Waren bezeichnet, weil es sich dabei nicht um Güter handelt, die eigens für den Handel (Markt) produziert worden sind.

¹¹ Vgl. Art 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) und Art 1 Abs 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

¹² Eine Norm ist dann rechtsverbindlich, dh sie *gilt* dann als Rechtsnorm, wenn sie ein Verhalten, das durch einen Rechtsakt für gewollt erklärt worden ist, als gesollt setzt. Ein Rechtsakt ist eine Satzung oder Gewohnheit, die nach der Verfassung als rechtsetzender Willensakt zu deuten ist. Die Frage nach der Effektivität und der Legitimität der Verfassung ist für die Rechtsdogmatik eine *Vorfrage*, weshalb sie die Maßgeblichkeit der Verfassung, auf deren Grundlage Gerichte urteilen, *voraussetzt*. Diese Voraussetzung heißt ‚Grundnorm‘, weil sie die Rechtsgeltung der maßgebenden Norm begründet. Mit der Grundnorm markiert die Rechtsdogmatik lediglich den Ort des Abbruchs *ihres* Verfahrens der Begründung von Verbindlichkeit und hält derart das als Rechts*ordnung* normativ geschlossen operierende Rechtssystem kognitiv offen. Im Wort ‚Sollen‘ drängt sich unentwegt eine *Nachfrage* nach der Fairness des Verfahrens zur Rechtsetzung und der Verantwortbarkeit von Sanktionen bei Zuwiderhandeln auf. Vgl. Pačić, Bereinigte Rechtslogik (2022), 58, 61-64.

¹³ Vgl. Pačić, Das Recht der Arbeit in Europa (2020), 87; Gruber-Risak, Where do we go from here? Trends in der Arbeitswelt und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, DRdA 2022, 105 (106).

¹⁴ Vgl. Pfordten, Rechtsphilosophie (2013), 53-62.

¹⁵ Vgl. Pačić, Arbeitsrecht *à venir*, JRP 2022, 79 (80).

Ausgestaltung der Erwerbsarbeit erfolgsversprechend bleibt, werden die etablierten „Standards“ regelmäßig durch Gesetzgebung *oder durch Kollektivverhandlungen* aktualisiert.¹⁶

Der *soziale Dialog* genießt in der EU zwar hohen Stellenwert, doch werden Interessenverbände der Arbeitgebenden und Gewerkschaften in ihren Mitgliedstaaten nicht in gleichem Maße, teils fester, zT aber nur lose, in die Wirtschafts- und Sozialpolitik einbezogen.¹⁷ Regelungsmodelle des kollektiven Arbeitsrechts schreiben die jeweils vorherrschenden Arbeitsbeziehungen weder vor noch zeichnen sie diese bloß nach.¹⁸ Als soziales System stabilisiert das Recht normative, mithin kontrafaktisch festgehaltene Erwartungen, bleibt dabei aber lernfähig, es steht mit seiner Umwelt in Wechselwirkung.¹⁹

Verfassungsrechtlich sind Arbeitsbeziehungen in der Koalitionsfreiheit grundgelegt, insb in der Zulässigkeit von Kollektivverhandlungen.²⁰ Kollektivverträge (Tarifverträge) werden zwischen Gewerkschaften einerseits und Interessenverbänden der Arbeitgebenden (Verbandstarifvertrag) andererseits, außerhalb Österreichs auch direkt mit Arbeitgebenden (Unternehmenstarifvertrag) abgeschlossen.²¹ Die gesetzgeberische Ablehnung von Unternehmenstarifverträgen ist nicht so sehr ein Einschnitt in das Schutzniveau, denn solche Verträge können die Entgelt- oder sonstige Arbeitsbedingungen gegenüber Flächentarifverträgen,²² die zB für ganze Branchen gelten, auch verschlechtern,²³ sondern vielmehr Ausfluss eines Ordnungsgedankens vor dem Hintergrund, dass österreichische Kollektivverträge

¹⁶ Arbeit betreffende Fragen lassen sich schwerlich von Fragen trennen, die die Wirtschaft betreffen, ebenso lassen sie sich kaum von Fragen sozialer Sicherheit ablösen. Vgl für das Unionsrecht *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018), 19 ff; *Rebhahn*, Principles of European Interpretation, EuZA 2017, 151; *Rebhahn*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts, Sonderdruck aus Henssler et al (Hrsg), Moderne Arbeitswelt, FS Wank (2014); *Kuras*, Europarecht quo vadis? in Kietaihl et al (Hrsg), GedS Rebhahn (2019), 287 ff; *Herberger*, Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften im Europäischen Arbeitsrecht, EuZA 2019, 310. Arbeitsrecht schützt, mehr oder weniger mit Sozialrecht verwoben, vor dem Missbrauch der Privatautonomie. Vgl *Jacobs*, Labour and the Law in Europe (2011), 1 ff, 161 ff; *Rebhahn*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb zur Ausgleichszulage, wbl 2013, 605; *Husmann*, Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot des Art 3 VO 1408/71 und der Art 4 und 5 VO 883/2004, ZESAR 2010, 97.

¹⁷ Vgl *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 99.

¹⁸ Vgl *Rebhahn*, Ziele und Probleme der Arbeitsrechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 445 f.

¹⁹ Vgl *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993); *Luhmann*, Soziale Systeme¹⁸ (2021).

²⁰ Vgl *Marhold*, Die Koalitionsfreiheit im österreichischen Recht, DRdA 2015, 413.

²¹ *Rebhahn*, Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective I, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 19/2003/3, 271 (274); *Barnhewer*, Der Firmentarifvertrag in Europa, Ein Vergleich der Rechtslage in Deutschland, Großbritannien und Frankreich (2006). Die Zulässigkeit von Unternehmenstarifverträgen allein sagt noch nichts über die Verteilung, nichts über die wachsende Bedeutung in verschiedenen Ländern und nichts über die Gründe für diese Entwicklung aus. Vgl *Rebhahn*, ZEuP 2002, 446.

²² Während in Westeuropa, wie auch in Brasilien und Argentinien, Tarifverträge üblich sind, die große „Flächen“ erfassen, sind zB in Ungarn und Polen, den USA, Kanada, Australien, Japan und Südamerika eher „kleinflächigere“ Tarifverträge üblich. Vgl *Pittard/Butterworth*, The rich panoply of sources of labour law: National, regional and international, in *Finkin/Mundlak* (Hrsg), Comparative Labour Law (2015), 21 (33); *Kovács et al*, Labour law in transition: From a centrally planned to a free market economy in Central and Eastern Europe, in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour Law, 403 (413).

²³ Vgl *Rebhahn*, Flächen- oder Unternehmenstarifvertrag – eine rechtsvergleichende Umschau, NZA Blg 2011, 65; *Nieto*, Spanisches Arbeitsrecht in den Jahren 2010 bis 2012, EuZA 2012, 570; *Temming*, Griechisches und deutsches Arbeits- und Sozialrecht im Vergleich, EuZA 2014, 51 (57).

aufseiten der Arbeitgebenden idR von einer *gesetzlichen* Interessenvertretung mit Pflichtmitgliedschaft abgeschlossen werden.²⁴ Es wird in die Auswahl der Regelungsebene und damit in die „Tarifautonomie“ eingegriffen, um brancheneinheitliche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.²⁵

Die Interessenvertretung der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden haben in der EU nicht nur das Recht, Kollektivverträge auf rechtlich freigegebenen „geeigneten Ebenen“ abzuschließen, sondern auch das Recht, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen zu ergreifen.²⁶ Als eine solche Arbeitskämpfmaßnahme gilt der *Streik*.²⁷ Sofern kein Total-, sondern ein Teil- oder Schwerpunktstreik geführt wird, bei dem es sich nicht nur um einen Warnstreik handelt, wird darauf uU mit einer Aussperrung arbeitsbereiter Mitarbeitender aus dem bestreikten Betrieb reagiert.²⁸

Auch Arbeitskampf ist mit Koalitionsfreiheit insofern verknüpft, als das subjektive Recht auf kollektive Maßnahmen aus dem darin gründenden Recht auf Kollektivverhandlungen geschöpft wird.²⁹ Kollektivverhandlungen setzen grds auf keiner „Seite“ Kollektivvertragsfähigkeit oder Repräsentativität voraus, weswegen sog „wilde“ Streiks nicht per se

²⁴ Nach § 6 ArbVG gibt es insofern einen *Vorrang der freiwilligen Berufsvereinigung*, als bei Abschluss eines Kollektivvertrages vonseiten einer solchen Vereinigung die gesetzliche Interessenvertretung hinsichtlich der Mitglieder der Berufsvereinigung für die Dauer der Geltung und für den Geltungsbereich des von der Berufsvereinigung abgeschlossenen Kollektivvertrages die *Kollektivvertragsfähigkeit verliert*. Vgl Winkler, Relations between Employees and Employers at a National Level, in Tomandl/Winkler, A Brief Outline of Austrian Labor Law (1990), 14 ff; Obwaller, Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung, JAP 2022/2023, 121.

²⁵ Vgl Rebhahn, Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa, EuZA 2010, 62 (70).

²⁶ Vgl Brameshuber, Das Recht auf Streik nach Art. 28 Grundrechtecharta, Ein Beitrag zur inhaltlichen Verortung, EuZA 2016, 46. Die Verbreitung von Tarifverträgen wird von der Möglichkeit zum Arbeitskampf beeinflusst: Die mittel- und osteuropäischen Staaten zeigen zwar, dass die weitreichende Zulässigkeit von Streiks nicht unbedingt zu hoher Tarifbindung führt, doch kann die Ausgestaltung des Arbeitskampfes die Verhandlungsebene beeinflussen; so stützt die Offenheit für Boykottmaßnahmen in Schweden und Dänemark die Verbandstarife. Vgl Rebhahn, NZA-Beilage 2011, 65. In der Lit wird zT befunden, dass die Konfrontation innerhalb der Arbeitsbeziehungen im Rückgang begriffen sei, ohne, dass die Kooperation ansteige, was auf schwindenden Einfluss der Gewerkschaften oder auf vermehrte gesetzgeberische Aktivität hinweisen könnte. Vgl Rebhahn, EuZA 2010, 80; Le Friant, Kollektivautonomie als Aufgabe und Herausforderung, EuZA 2010, 23.

²⁷ Das Recht zu streiken wird in romanischen Ländern – im Gegensatz insb zu Schweden, aber zB auch zur Schweiz – mehr als Recht der einzelnen Arbeitnehmenden, weniger als Gewerkschaftsrecht betrachtet; die Rechtmäßigkeit des Streiks hängt dort weniger als in Deutschland von der Ausrichtung auf den Tarifvertrag ab und es darf auch während der Laufzeit des Tarifvertrags gestreikt werden, dagegen besteht in Deutschland, so wie zB in Schweden, eine Friedenspflicht. Vgl Rebhahn, ZEuP 2002, 438; Rebhahn, Der Arbeitskampf bei weitgehend gesetzlicher Regelung der Arbeitsbedingungen, DRdA 2004, 399 (Teil I) und DRdA 2004, 593 (Teil II); Felten, Arbeitskampf und kollektivvertragliche Friedenspflicht, in GedS Rebhahn, 47 ff; Häußling, Arbeitsrecht in Schweden (2016), 99 ff; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴ (2020), 300. Nordische und südliche Länder erlauben oft auch „unterstützende“ Streiks, Sympathiestreiks, andere hingegen nicht. Junker, Kollektives Arbeitsrecht in Europa, RdA-Beilage 2009, 9.

²⁸ Vgl Krejci, Aussperrung (1980); Daugherty Rasnic/Resch, „Lockout“ oder wie Arbeitskämpfe in der NHL geführt werden, Causa Sport 2013, 173. Die gänzliche Unzulässigkeit von Aussperrungen wird mit der GRC nicht zu vereinbaren sein. Wo die Aussperrung aber prinzipiellen Bedenken begegnet, wie im romanischen Sprachraum, da schimmert eine dem Arbeitskämpfrecht unterlegte Schutzfunktion durch. Vgl Jacobs, Labour and The Law in Europe, 142.

²⁹ Vgl Mair, Das österreichische Arbeitskämpfrecht auf dem Weg nach Europa? JAS 2017, 44; Weichselbaum, Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon: Neues zum Thema Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen, DRdA 2011, 103.

unrechtmäßig sind,³⁰ doch könnte man nicht von „Verhandlungen“ sprechen, wenn die Erfüllung oder das Erwirken der geforderten Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht rechtsgültig versprochen werden könnte, weshalb politische Streiks idR für unzulässig und Sympathiestreiks (Unterstützungstreiks) schwerlich für zulässig befunden werden.³¹ Arbeitskampf ist weder nach Unionsrecht noch in den Mitgliedstaaten schrankenlos zulässig.³² Verschiedentlich wird Verhältnismäßigkeit gefordert, als deren Ausfluss uU die Beibehaltung einer Mindestbelegschaftsstärke im öffentlichen Interesse, das Abhalten einer Urabstimmung, das Einhalten von Vorankündigungsfristen oder zB der Versuch einer Schlichtung betrachtet werden.³³

Verabredungen *zum* Arbeitskampf wird in Österreich die Rechtswirksamkeit abgesprochen, wodurch sich „der Staat“ *im* Arbeitskampf für unbefangen erklärt.³⁴ Eine Zwangsschlichtung ist nicht vorgesehen.³⁵ Das in der ESC des Europarates geregelte subjektive Recht auf kollektive Maßnahmen hat Österreich nicht ratifiziert.³⁶ Vor diesem Hintergrund schien der Arbeitskampf noch unlängst lediglich „geduldet“ zu sein; dies bringt das Wort „Arbeitskampffreiheit“ zum Ausdruck.³⁷ Nunmehr verbürgt die GRC bei der Durchführung des Unionsrechts ein *Anrecht* auf Arbeitskampf.³⁸ Darüber hinaus wird unter Berufung auf die EMRK ein verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht angenommen, wiewohl daran

³⁰ Vgl *Marhold*, Die Koalitionsfreiheit im österreichischen Recht, DRdA 2015, 413 ff.

³¹ Vgl *Rebhahn*, Arbeitskampf in einer Druckerei, DRdA 1982, 130 (Teil I) und DRdA 1982, 222 (Teil II); *Marhold*, DRdA 2015, 413.

³² Kollektive Maßnahmen stehen mit den Grundfreiheiten in einem Spannungsverhältnis, weswegen sie daraufhin geprüft werden, ob ihre Zielsetzung unionsverträglich ist, öffentliches Interesse darauf drängt und sie adäquat sind. Vgl EuGH 1.12.2007, C-438/05, Slg 2007, I-10779; EuGH 18.12.2007, C-341/05, Slg 2007, I-11767; *Mosler*, Menschenbild und soziales Ideal im europäischen Arbeitsrecht, in GedS *Rebhahn*, 349 ff; *Hartmann*, Zehn Jahre Viking und Laval: zu Existenz und Notwendigkeit eines funktionalen Arbeitskampfbegriffs im Unionsrecht, EuZA 2018, 1 f.

³³ Vgl *Jacobs*, The Law of Strikes and Lockouts, in *Blanpain*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies¹¹ (2014), 731 ff. Diverse Regelungen dienen im Ländervergleich der Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Urabstimmungen in den teilnehmenden Betrieben finden sich zB in England und für nicht gewerkschaftliche Arbeitskämpfe auch in Spanien und Portugal. Der in Deutschland und wohl auch in Schweden und Dänemark, anders als in Frankreich, Italien, Spanien und Portugal, anerkannte Grundsatz der „Kampfparität“ dient in seiner Anwendung auch der Wahrung von Verhältnismäßigkeit. Vgl *Rebhahn*, Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective II, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 20/2004/1, 113 ff; *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 129 ff; *Schlachter*, Streiks in der Daseinsvorsorge in rechtsvergleichender Betrachtung, EuZA 2019, 81; *Berding*, Urabstimmung vor Arbeitskämpfen im britischen Recht: Der „de minimis“-Grundsatz, EuZA 2015, 65.

³⁴ § 2 Koalitionsgesetz. §§ 13 und 9 Abs 3 AIVG, § 10 AuslBG sowie § 9 AÜG bekräftigen diese „Neutralität“, indem sie mit Bezug auf Betriebe, die von Streiks oder Aussperrungen betroffen sind, die Zahlung von Arbeitslosengeld sowie die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen versagen und die Vermittlung oder Überlassung von Arbeitskräften untersagen.

³⁵ Vgl § 155 ArbVG.

³⁶ Art 6 Abs 4 ESC (revidiert). Vgl *Pačić*, Revidierte Europäische Sozialcharta in Österreich, Deutschland und Ungarn, ALI 2022, 129 (141 f).

³⁷ Art 12 StGG galt als nicht tragfähig, um daraus ein Arbeitskampf- und insb ein Streikrecht zu entfalten. Vgl *Rebhahn*, Neues zum Streikrecht? JBI 1992, 497.

³⁸ Art 28 GRC.

gleich die Frage nach der Zulässigkeit von Ausübungsschranken und Anforderungen an eine grundrechtskonforme Auslegung einfachen Gesetzesrechts anschließt.³⁹

Insoweit Kollektivverträge implizit oder explizit eine Friedenspflicht aufweisen oder eigens für Belegschaftsorgane von einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht auszugehen ist, vermag diese dazu zu verpflichten, von Arbeitskampfmaßnahmen abzulassen.⁴⁰ Zudem können Streiks sittenwidrig sein, zB dann, wenn sie als „Vernichtungsarbeitskampf“ die Gegenseite zu ruinieren suchen,⁴¹ aber auch dann, wenn sie gegen gesetzlich geregelte Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gerichtet sind.⁴² Die Position der Arbeitskampffreiheit hatte die *getrennte* rechtliche Beurteilung der kollektiven Maßnahme einerseits und der individuellen Teilnahme daran andererseits nahegelegt, weshalb es als vertretbar galt, Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmäßigen Streik beteiligen, zu kündigen oder sogar wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen fristlos zu entlassen.⁴³ Ein Schutzprinzip machte sich folglich nicht bemerkbar, das Arbeitskampfrecht war – soweit von einem dogmatisch ausgearbeiteten Arbeitskampfrecht überhaupt die Rede sein konnte – vom Ordnungsprinzip getragen. Die inzwischen vertretene Position eines subjektiven Streikrechts legt dagegen die einheitliche Bewertung des Streiks und damit bei rechtmäßigem Arbeitskampf ein – in der EU übliches – *Ruhen* der Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag nahe.⁴⁴

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Arbeitskampfmaßnahmen idR um gewerkschaftlich organisierte Streiks handelt, liegt es nicht mehr fern, dem Arbeitskampfrecht auch eine gewisse Schutzfunktion beizumessen, nur fällt diese wegen der in Österreich geringen Streikhäufigkeit kaum ins Gewicht.⁴⁵ Ein Streik zur Durchsetzung geltender

³⁹ § 11 EMRK. Vgl *Grabenwarter*, Arbeitsrecht und Menschenrechtskonvention, in *Brameshuber/Friedrich/Karl* (Hrsg), FS Marhold (2020), 529 (536 ff); *Krejci*, Inwieweit kippt das Grundrecht auf Streik Österreichs tradierte Arbeitskampfdoktrin? ASoK 2015, 282.

⁴⁰ Vgl *Felten*, Arbeitskampf und kollektivvertragliche Friedenspflicht, in *GedS Rebhahn*, 47 ff; OGH 19.11.2003, 9 Ob A 125/03b, ZAS 2005, 32 (*Rebhahn*); krit *Cerny*, Zur Frage einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht, DRdA 2004, 517.

⁴¹ Vgl *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965) 126.

⁴² Vgl *Rebhahn*, Der Arbeitskampf bei weitgehend gesetzlicher Regelung der Arbeitsbedingungen, DRdA 2004, 399 (Teil I) und DRdA 2004, 503 (Teil II).

⁴³ Vgl *Krömer*, Das Ende der Trennungstheorie? ZAS 2012, 200.

⁴⁴ Vgl *Risak*, 3,65 % oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen-Oktoberstreik“ 2011, Juridikum 2012, 23 (31). Die „Einheitsthese“ nötigt nicht zur Entbindung vom Lohnrisiko gem § 1155 ABGB bei streikbedingtem Wegfall der Leistung nicht streikender Arbeitswilliger. Ein Entfall der Fortzahlung wird zT zum Zwecke der „Kampfparität“ oder aus Gründen der Solidarität vertreten. Vgl *Gerhartl*, Entgeltanspruch der Streikbrecher, ÖJZ 2006, 871; *Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1155 Rz 49 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Marhold*, Entgeltanspruch für Trittbrettfahrer? ASoK 2005, 78; *Friedrich*, Entgeltfortzahlung und Streik, ASoK 2023, 81. § 1155 ABGB ist jedenfalls dispositiv und ein Abbedingen dürfte dann, wenn das Streikziel ein Kollektivvertrag ist (§ 12 ArbVG), sittenverträglich sein. Vgl *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1155 Rz 4, 24 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 269 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁴⁵ Die Häufigkeit von Streiks um den Abschluss eines Tarifvertrages ergibt sich nicht direkt aus der allg Streikstatistik, weil manche Länder zB für Sympathiestreiks oder politische Streiks offen sind. Vgl *Rebhahn*, Die Zukunft der Kollektivautonomie, EuZA 2010, 80. In Österreich wird laut Statista (2023) mit jährlich *einem* ausgefallenen Arbeitstag pro 1000

Kollektivverträge kommt nach wie vor nicht in Betracht, weswegen Prozesskosten, Verjährungsfristen, Fragen der Rechtsgültigkeit eines Verzichts auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, Anforderungen an den Vergleich udgl relevant bleiben.⁴⁶

Die vorherrschende Haltung zu kollektiven Arbeitsbeziehungen ging, historisch betrachtet, von Unterdrückung über Toleranz und Anerkennung bis zur gegenwärtig verbreiteten Integration in die gesellschaftliche Willensbildung, wiewohl Eindämmungstendenzen ausgemacht werden.⁴⁷ Tarifautonomie *entfaltet* sich nur soweit, wie der Staat die Voraussetzungen dafür schafft (und belässt): Dabei geht es nicht nur um spezifische Tarifrechtsfragen, sondern zB auch darum, ob der Staat geneigt ist, Arbeitsbedingungen vornehmlich *gesetzlich* zu regeln, und, inwieweit die gesetzlichen Regelungen kollektivvertrags *dispositiv* sind, was eine Vorstufe zur Deregulierung sein kann.⁴⁸ Zunahme an Gesetzen könnte wiederum mit einer abnehmenden Reichweite von Kollektivverträgen zusammenhängen.⁴⁹ In Österreich ist die Tarifbindung beinahe vollständig, weshalb das Tempo und die Tiefe der gesetzlichen Regelungen eher andere Gründe haben, zB rechtssichere Umsetzung von Unionsrecht oder, wie vielleicht unlängst hinsichtlich der Arbeit im Homeoffice, ein Überführen informeller Sozialpartnereinigungen ins Gesetz, ohne formelle Kollektivvertragsabschlüsse.⁵⁰

Kollektivverträge haben in Österreich sowohl Ordnungs- als auch Schutzfunktion, denn sie sind gesetzgleich unmittelbar rechtsverbindlich und lassen grds nur günstigere Abweichungen zu, wobei der Günstigkeitsvergleich objektiviert ist.⁵¹ Eine Umschau im Ausland zeigt, dass es auch andere Ansätze gibt: Kollektivverträge haben uU gar keine oder nur

Beschäftigten in den Jahren von 2012 bis 2021 *kaum*, in Ungarn etwas mehr, in Deutschland zwar noch mehr, aber mit 18 Tagen noch vergleichsweise wenig, *viel* in Finnland, Norwegen und Spanien mit über 40, am meisten mit über 90 Tagen in Frankreich gestreikt.

⁴⁶ Ein Streik zur Durchsetzung geltender Tarifverträge ist zB in Frankreich und Italien sowie in Schweden möglich, nicht zB in Deutschland oder in Rumänien. Vgl *Rebhahn*, Flächen- oder Unternehmenstarifvertrag, NZA-Beilage 2011, 64 ff; *Rebhahn*, EuZA 2010, 84; *Rebhahn*, EuZA 2008, 39 (55); *Junker*, RdA-Beilage 2009, 9; *Dimitriu*, Romania's First Year within the EU, Some Characteristics of the Romanian Labour Law, EJLL 2008, 89 (94); *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 22.

⁴⁷ Vgl *Jacobs*, Collective Labour Relations, in *Heppe/Veneziani* (Hrsg), The Transformation of Labour Law in Europe, A comparative study of 15 countries 1945-2004 (2009), 201 ff; *Bogg/Ewing*, Freedom of association, in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour Law, 296 (328).

⁴⁸ Vgl *Rebhahn*, EuZA 2008, 39-67; *Leccese/Scanni*, Änderungen im Arbeitsrecht Italiens in den Jahren 2009 bis 2011, EuZA 2012, 558 f.

⁴⁹ Vgl *Rebhahn*, Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa, Tarifautonomie im Rechtsvergleich, EuZA 2010, 62 (71 ff).

⁵⁰ Während im Jahr 2020 in Italien, Frankreich und Belgien die Tarifbindung, wie in Österreich, über 90 % lag, die nordischen Länder und Spanien Werte zwischen 80 und 90 % vorzuweisen hatten und Deutschland knapp über 50 % auswies, waren es in Ungarn etwas mehr als 20 %, in Griechenland 14 %, in Estland unter 10 %. In Österreich hängt die hohe Tarifbindung mit dem Kollektivvertragsabschluss vonseiten der Wirtschaftskammern (mit Pflichtmitgliedschaft), mit der gesetzlich angeordneten sog Außenseiterwirkung aufseiten der Arbeitnehmenden (§ 12 ArbVG), mit der Satzung von Kollektivverträgen (§ 18 ArbVG) sowie damit, dass die Teilgewerkschaften im ÖGB verbunden sind, zusammen. Vgl *WSI*, Report Nr 77 (2022), 15; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (1016), 413 ff.

⁵¹ § 3 ArbVG.

dispositive Wirkung und damit geringe Ordnungswirkung sowie fast keine Schutzwirkung, die erst durch das Streikrecht vermittelt wird, zT haben sie absolut zwingende Wirkung, wodurch Mindestarbeitsbedingungen wettbewerbsfreien Höchstarbeitsbedingungen weichen.⁵² Die Relevanz *beider* Funktionen wird in Österreich durch eine gesetzlich angeordnete „Außenseiterwirkung“ für Arbeitnehmende, die dem Kollektivvertrag mangels einer Mitgliedschaft zur Gewerkschaft nicht angehören würden, und durch Ausschluss von behördlichem Ermessen bei der Satzungserklärung (dh Erstreckung, Allgemeinverbindlicherklärung) von Kollektivverträgen bekräftigt.⁵³

Gälte hingegen das Erfordernis beidseitiger Tarifbindung kraft Mitgliedschaft, dann würde es dieses erlauben, nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmende anders und schlechter zu behandeln,⁵⁴ obgleich dies dort, wo es zulässig wäre, idR durch *einzelvertragliche* Bezugnahme auf Kollektivverträge unterbunden wird.⁵⁵ Bestünde außerdem Ermessen bei der Frage, ob ein Kollektivvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird, so würde diese politisiert und damit die Orientierungswirkung beeinträchtigt.⁵⁶ Zudem würde

⁵² In einer Reihe von Staaten, darunter Deutschland und Italien, ist der Tarifvertrag in seinem Anwendungsbereich unmittelbar rechtsverbindlich, in Belgien gilt er als Teil des Arbeitsvertrages. Vgl *Matray/Hübinger*, Arbeitsrecht in Belgien, in *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa³ (2011), 139 ff, Rn 174. Demgegenüber sind Arbeitgebende in Schweden der Gewerkschaft gegenüber gebunden, sich daran zu halten; *diese* sind zum Rechtsstreit berufen ist, falls der Tarifvertrag Rechtsfragen aufwirft. Vgl *Rebhahn*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 19/2003/3, 277 f; *Krieger/Schmidt-Klie*, Kollektives Arbeitsrecht im Vereinigten Königreich, ein vergleichender Überblick, EuZA 2014, 161 ff. In Italien kann die Gewerkschaft der Nichteinhaltung von Tarifverträgen klageweise Einhalt gebieten, wenn das Vorgehen gegen die Gewerkschaft gerichtet ist. Vgl *Rebhahn*, EuZA 2010, 83 f. In England und Irland ist der Tarifvertrag allseits unverbindlich, kann aber in Arbeitsverträge einbezogen werden. *Harth/Taggart*, Arbeitsrecht in Großbritannien, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, 487 ff, Rn 105 f; *Kuhn*, Tarifrecht in Irland, EuZA 2021, 182 (185). Wo Tarifverträge auf Arbeitsverträge *einwirken*, da wirken sie sich regelmäßig und im Zweifel einseitig zwingend zugunsten der Arbeitnehmenden aus; zweiseitig zwingende Tarifnormen würden in Deutschland und Spanien als unzulässige Eingriffe in die Privatautonomie und den Wettbewerb gesehen. Sie sind in Österreich in geringem Umfang zulässig, mehr noch hingegen in Schweden. Vgl *Rieble* (Hrsg), Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa, § 2 Referat von *Evju*: Die Sicht der skandinavischen Länder, Rn 23; *Hilgenstock*, Günstigkeitsvergleich im Arbeitsrecht, (2007), 124; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 97. In den USA haben Tarifverträge prinzipiell zweiseitig zwingende Wirkung; auch zu Gunsten der Arbeitnehmer:innen darf davon nur mit Zustimmung der Gewerkschaft abgewichen werden. *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA – eine Einführung (2020), 46. In manchen Staaten, darunter Deutschland, Frankreich und Österreich, wirkt ein gekündigter Tarifvertrag dispositiv nach. Vgl *Rebhahn*, EuZA 2010, 80.

⁵³ Das Bundeseinigungsamt *hat* nach § 18 Abs 1 ArbVG auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft, die Partei eines Kollektivvertrages ist, bei Vorliegen der in Abs 3 leg cit angeführten Voraussetzungen diesem Kollektivvertrag durch Erklärung zur Satzung *außerhalb* seines Geltungsbereiches rechtsverbindliche Wirkung zuzuerkennen. Die darin als rechtsverbindlich bezeichneten Bestimmungen bilden die Satzung. Nach § 12 ArbVG treten die Rechtswirkungen eines Kollektivvertrages auch für Arbeitnehmende von kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebenden ein, der nicht kollektivvertragsangehörig sind (Außenseiter).

⁵⁴ Das ist in Deutschland so. Vgl *Franzen*, Allgemeine Fragestellungen des Tarifvertragsrechts: Parteien, Wirkung, Geltung und Beendigung des Tarifvertrags, in *GedS Rebhahn*, 61 (66). Das trifft auch auf die Niederlande und auf Schweden zu, *wenn* der Tarifvertrag nicht auch für „Außenseiter“ gelten will. Eine gesetzliche Außenseiterwirkung besteht in Frankreich, Italien, Finnland und Tschechien; in Griechenland gibt es keine für Branchentarifverträge. Vgl *Rebhahn*, EuZA 2010, 67.

⁵⁵ So in Deutschland. Vgl *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht²² (2017), Rn 284 f.

⁵⁶ In vielen Staaten kann – oder muss – der Tarifvertrag uU *hoheitlich* für allgemeinverbindlich erklärt werden, zB in Frankreich, der Schweiz, Tschechien oder Slowenien, nicht dagegen in Dänemark oder Großbritannien. Vgl *Rebhahn*, Kollektivvertragsfähigkeit und Erstreckung von Kollektivverträgen in rechtsvergleichender Sicht, DRdA 2001, 103 ff; *Steinrücke/Würtz*, Arbeitsrecht in Dänemark, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, 203 ff, Rn 135; *Harth/Taggart*,

die Tarifbindung gelockert, denn neben dem Organisationsgrad der Gewerkschaften ist diese, sofern Kollektivverträge nicht uU bereits von Gesetzes wegen allgemeinverbindlich sind,⁵⁷ ein zentraler Faktor für die „Reichweite“ von Kollektivverträgen.⁵⁸ Staaten, in denen weniger als 80 % der Beschäftigten tarifgebunden sind, sind neuerdings von der EU dazu gehalten, einen Aktionsplan zur Förderung von Kollektivverhandlungen zu erarbeiten und alle fünf Jahre zu überprüfen.⁵⁹

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass mit einer Erstreckung über den ursprünglichen Geltungsbereich bei Kollektivvertragsdispositivem Gesetzesrecht auch für die Arbeitnehmenden ungünstigere Bestimmungen zur Anwendung gelangen, zB längere Durchrechnungszeiträume bei der Höchstarbeitszeit. Für Arbeitgebende kann eine Erstreckung von Kollektivverträgen wettbewerbsbeschränkend wirken, und zwar umso stärker, je größer der Raum ist, in den hinein der Tarifvertrag erstreckt wird, je ortsgebundener die Betriebstätigkeit und je geschlossener der Wirtschaftszweig ist.⁶⁰

Soweit der Grundsatz der Tarifeinheit gilt, also nur ein Kollektivvertrag pro Betrieb anwendbar sein kann, muss entweder eine Gewerkschaft mit einem Vertretungsmonopol ausgestattet oder ein Kollektivvertrag ausgewählt werden, denn ungeachtet der Tarifkultur

Arbeitsrecht in Großbritannien, in *Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa*³, 487 ff, Rn 105; *Rieble*, Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa, § 2 Referat von *Evju*: Die Sicht der skandinavischen Länder, Rn 25; *Huger*, Employment Law in CEE (2010), 172; *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich (2017), 9; *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 322 f. Mehrere Staaten setzen für derlei Erstreckung des Tarifvertrages über seinen Anwendungsbereich hinaus die überwiegende Bedeutung desselben voraus, darunter Österreich und Deutschland; die Erstreckung über den *fachlichen* Bereich hinaus ist selten, aber in Spanien und Frankreich bei längerem Fehlen geeigneter Tarifparteien, in Österreich bereits bei Fehlen eines anwendbaren Tarifvertrages möglich. Vgl *Rebhahn*, RdA 2002, 217.

⁵⁷ Meist sind Tarifverträge gesetzlich geregelt, nicht aber etwa in Dänemark, kaum in Italien und Großbritannien. *Steinrücke/Würtz*, Arbeitsrecht in Dänemark, in *Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa*³, 203 ff, Rn 136; *Radoccia*, Arbeitsrecht in Italien, in *Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa*³, 607 ff, Rn 360-412; *Harth/Taggart*, Arbeitsrecht in Großbritannien, in *Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa*³, 487 ff, Rn 104 ff. Eine definitive Zuteilung von Regelungsmaterien zu den Verbands- oder den Unternehmenstarifverträgen wäre ungewöhnlich. Vgl *Rebhahn*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 19/2003/3, 271 (275). Erstere gelten für gewöhnlich für verbandsangehörige Arbeitgebende, doch reichen sie mancherorts über den Kreis der Mitglieder des tarifschließenden Verbandes hinaus; in Spanien sind Tarifverträge derjenigen Parteien, die die Mehrheit der Arbeitsvertragsparteien repräsentieren, allgemeinverbindlich. In Finnland gilt das nur für mehrheitlich angewandte Tarifverträge, in Italien nur hinsichtlich ihrer Entgeltregelungen, in Schweden fehlt eine Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung, doch setzen Gewerkschaften Tarifbedingungen rein faktisch oft auch gegenüber nicht organisierten Arbeitgebenden durch. Vgl *Rebhahn*, Rechtsvergleichendes zur Tarifbindung ohne Verbandsmitgliedschaft, RdA 2002, 214 (217); *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien (2016), 14 f; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 1.

⁵⁸ Sofern ein Tarifvertrag *nicht* allgemeinverbindlich ist, stellt sich die Frage, inwieweit sich die Arbeitgebenden durch Verbandsaustritt davon lösen können. Das wird kaum zugelassen, doch einige Staaten, wie Spanien und Polen, gestatten es, die Tarifgebundenheit bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten zeitweise auszusetzen. Vgl *Rebhahn*, EuZA 2010, 80. Die Erstreckungsregelungen sind übrigens eine von vielen arbeitsrechtlichen Nahtstellen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Vgl *Rebhahn*, RdA 2002, 215.

⁵⁹ Art 4 Abs 2 RL (EU) 2022/2041. Das betrifft zB Deutschland mit 52 % und Ungarn mit 22 %. Vgl *AK Wien*, Die Europäische Mindestlohn-Richtlinie, infobrief eu & international 1/2023.

⁶⁰ Eine Erstreckung vermag aber auch die tariflichen Arbeitsbedingungen zu sichern, kollektive Verhandlungen zu unterstützen sowie zum Verbandsbeitritt zu motivieren, was in den Niederlanden, Italien und Spanien betont wird. Vgl *Rebhahn*, DRdA 2002, 215 ff; *Rebhahn*, EuZA 2010, 69; *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 43.

dürften *Tarifkonflikte* unerwünscht sein.⁶¹ Kollektivvertragsfähig sind in Österreich nicht alle Gewerkschaften, ihre Kollektivvertragsfähigkeit hängt aber weder von einer Anerkennung vonseiten Arbeitgebender noch von einer Abstimmung unter den Arbeitnehmenden ab, sondern davon, ob sie *maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung* haben.⁶² Diese Bedingung ist, anders als sie sich vielleicht anhört, hauptsächlich ein Schutzkriterium, denn sie verleiht der „Stimme“ der Gewerkschaft angesichts der Zahl ihrer Mitglieder und des Umfangs ihrer Tätigkeit mehr Gewicht bei Verhandlungen.⁶³ Kollektivvertragsfähigkeit ist vor dem Hintergrund der Wirkmöglichkeiten zu sehen, weswegen geringe Anforderungen problematisch wären, weil Kollektivverträge in Österreich nicht nur für Mitglieder und auch nicht ausnahmslos nur dann gelten, wenn sie günstiger sind als das Gesetz; zudem sind absolut (zweiseitig) zwingende Regelungen nicht die Regel, doch könnte einzelnen Bestimmungen ausnahmsweise eine solche Wirkung belegt werden.⁶⁴

Die „maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung“ ist ein Kriterium, dass in einem anderen Kontext erneut auftaucht, nämlich dann, wenn es zu einer „Kollision“ von Kollektivverträgen kommt, weil Arbeitgebende zwei oder mehrere Gewerbe im selben Betrieb („Mischbetrieb“) betreiben; diesfalls ist derjenige Kollektivvertrag anwendbar, der für den fachlichen *Bereich* gilt, welcher *für den Betrieb* maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat.⁶⁵ Falls dieser nicht feststellbar ist, wird nicht auf das Verhandlungsgewicht der abschließenden Gewerkschaften, sondern insofern auf „Repräsentativität“ abgestellt, als der Kollektivvertrag jenes Fachbereichs zur Anwendung gebracht wird, dessen Geltungsbereich, ungeachtet der Mitgliedszahlen im Betrieb, die größere Anzahl von Arbeitnehmenden erfasst.⁶⁶ Hier schimmern Ordnungsüberlegungen bereits darin durch, dass es nicht auf Erwägungen zur Günstigkeit ankommt; solche werden auch in anderen Staaten nicht oder kaum mehr angestellt, wohl mangels Praktikabilität.⁶⁷ Das Absehen von der Anzahl der Gewerkschaftsmitglieder im konkreten Betrieb dürfte mit der wirtschaftspolitischen Entscheidung gegen Unternehmenstarifverträge zusammenhängen; es erscheint konsequenter, die erwähnte Repräsentativität unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb zu eruieren und es

⁶¹ Vgl. *Junker*, Tarifeinheit im Betrieb, Rechtsvergleichend betrachtet, EuZA 2011, 449 f.

⁶² In vielen Staaten sind alle Gewerkschaften kollektivvertragsfähig. In Deutschland setzt bereits der *Begriff* der Gewerkschaft „Durchsetzungsfähigkeit“ voraus, in England kommt es indes auf ihre Anerkennung durch den bzw die Arbeitgeber:in an, nachgeordnet auf eine Abstimmung unter den Arbeitnehmer:innen; dort steht relative Kollektivvertragsfähigkeit im Mittelpunkt, bezogen – wie in den USA – nicht auf den Betrieb oder das Unternehmen, sondern auf eine „Gruppe“ mit gemeinsamen Interessen („Verhandlungseinheit“). Die Anerkennung kann notfalls erzwungen werden, was zwar nicht dazu führt, dass ein Kollektivvertrag vereinbart werden muss, aber die Durchführung von Arbeitskämpfmassnahmen ermöglicht. Vgl. *Junker*, Kollektives Arbeitsrecht in Europa, RdA-Blg 2009, 4 ff; *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA, 45; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 4, 184 f.

⁶³ § 4 Abs 2 Z 3 ArbVG.

⁶⁴ § 3 Abs 1 Satz 2 ArbVG iVm § 12 ArbVG. In nördlichen Europa und in Italien wird Kollektivvertragsfähigkeit dagegen leichter bejaht. Vgl. *Rebhahn*, EuZA 2010, 62 (77).

⁶⁵ § 9 Abs 3 ArbVG.

⁶⁶ § 9 Abs 4 ArbVG.

⁶⁷ Vgl. *Rebhahn*, Der Vorrang der günstigeren Regelung aus rechtsvergleichender Sicht, EuZA 2008, 39 (60).

dem Betriebsrat zu überlassen, die Betriebsbelegschaft als ihr gewähltes Organ zu repräsentieren.⁶⁸

Betriebliche Arbeitsbeziehungen gehen über „Arbeitsorganisation“ iS einer Arbeitsteilung und Kooperation in der Produktion oder zur Ausführung von Dienstleistungen hinaus, sie umgreifen Muster der gegenseitigen Anerkennung, die „in die sozialen und kulturellen Beziehungsmuster der außerbetrieblichen Lebenswelt“ eingebettet sind.⁶⁹ Beschäftigungssicherheit oder Um- und Aufstiegschancen verheißende „interner Arbeitsmärkte“ sowie „bürokratische Kontrollen“ von Anweisungen, die Willkür verhindern und billiges Ermessen bei der Ausübung von einseitigen Gestaltungsrechten fördern, tragen zu einer „Betriebspartnerschaft“ bei, ohne dem Management die Betriebsführung streitig zu machen.⁷⁰ Zumeist gibt es Möglichkeiten, gewisse Maßnahmen zu verzögern, zu verteuern oder zu verhindern, wiewohl die Beweggründe dafür meist nicht darin liegen, sich diesen entgegenzustellen, sondern darin, an ihrer Ausgestaltung *mitzuwirken*, wobei die *Mitbestimmung* iSv Möglichkeiten, normativ wirkende, nicht unter „Tarifvorbehalt“ stehende *Betriebsvereinbarungen* wie in Österreich vor einer Schlichtungsstelle zu *erzwingen*, überaus selten ist, doch kann das Fehlen nennenswerter gesetzlicher Mitbestimmungsrechte uU, wenn nicht durch kollektivvertraglich eingeräumte Mitwirkungsrechte, dann womöglich durch kollektive Maßnahmen wie zB Streik oder Boykott kompensiert werden.⁷¹

Die *Seltenheit* der Anrufung der Schlichtungsstelle und der Umstand, dass Einvernehmen mit dem Betriebsrat unternehmerische Entscheidungen sogar „absichern“ kann, zB, indem seine Zustimmung die Möglichkeit „sperrt“, eine Kündigung unter Berufung darauf, sie sei „sozial ungerechtfertigt“, vor Gericht anzufechten, belegt, dass die besagte Partnerschaft in Österreich zwar durchaus „Schutzwirkung“ für einzelne Arbeitnehmende entfaltet, aber

⁶⁸ Tarifmehrheit wird in Deutschland aufgelöst, indem der Tarifvertrag der Gewerkschaft zur Anwendung kommt, die im Betrieb mehr Arbeitnehmende vertritt. In Schweden geht der früher abgeschlossene dem späteren Vertrag vor und in der Schweiz hat der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag Vorrang, allerdings lässt der Vorrang *dort* günstigere abweichende Bestimmungen unberührt. Vgl *Franzen*, Allgemeine Fragestellungen des Tarifvertragsrechts, in *GedS Rebhahn*, 68 f; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 98; *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 8 f; 352.

⁶⁹ Vgl *Kotthoff*, Betriebliche Sozialordnung, in *Hirsch-Kreinsen/Minssen* (Hrsg), Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie, 140-146; *Kotthoff/Reindl*, Die soziale Welt kleiner Betriebe (1990); *Altreiter*, Subjekt und Klasse (2017), 217. *Thompson*, The nature of work (1989), 172 f; *Kratzer et al*, Legitimationsprobleme in der Erwerbsarbeit (2015).

⁷⁰ Vgl *Flecker*, Arbeit und Beschäftigung, 179 ff.

⁷¹ §§ 96-97 ArbVG. In Deutschland stehen Betriebsvereinbarungen, auch hinsichtlich günstigerer Bestimmungen unter Tarifvorbehalt, soweit keine Öffnungsklauseln im Kollektivvertrag bestehen. Vgl *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 15 f. Dennoch geht die betriebliche Mitbestimmung in Deutschland sehr weit. Die Niederlande und Österreich haben *auch* zahlreiche gesetzlich eingeräumte Mitbestimmungsrechte, weniger gibt es dagegen in Spanien, vereinzelt in Frankreich und anscheinend keine in Italien, Großbritannien und Portugal. Vgl *Rebhahn*, ZEuP 2002, 438. Zur erwähnten „Kompensation“ vgl *Rebhahn*, ZEuP 2002, 446 f; *Rebhahn*, EuZA 2010, 62 (75). In Schweden und Dänemark ist die Mitwirkung im geschäftsführenden Organ, vergleichbar der Mitwirkung im Aufsichtsrat in Österreich und Deutschland, hervorzuheben. Vgl *Kurz*, Arbeitsrecht in Schweden, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, 1231 ff, Rn 172 ff; *Jorgensen*, Denmark, in *Jausas* (Hrsg), Labour Law: A Practical Global Guide (2011), 181, Rn 12; *Bruun*, The Nordic Model for Employee Participation, Developments and Perspectives, EuZA 2015, 179; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht²², Rn 805.

keineswegs allein unter Schutzgesichtspunkten betrachtet werden darf, sondern einem „Interessenausgleich“ und damit auch der Ordnung betrieblicher Verhältnisse dient.⁷²

Die EU unterstützt die *Unterrichtung und Anhörung* von Arbeitnehmenden und gibt dafür einen allgemeinen Rahmen vor, aus dem die Mitgliedstaaten entweder Betriebe mit weniger als 20 oder Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmenden ausnehmen dürfen.⁷³ Sie schreibt aber nicht vor, dass es ein gewähltes Organ wie den österreichischen Betriebsrat geben muss, der die Belegschaft vertritt (Gesamtvertretung); sie lässt *gewerkschaftliche* Vertretungen unberührt und steht gemischten Modellen nicht entgegen.⁷⁴ Obwohl „der Betriebsrat“ mit seinen gesetzlichen Mitbestimmungsrechten in Österreich als rechtlich konzipierter „Idealtypus“ erscheint, gibt es „den“ Betriebsrat als den einen Realtypen nicht; stattdessen gibt es mehrere Betriebsratstypen, weil die Arbeitsbeziehungen in den Betrieben stark variieren.⁷⁵ Wo keine rechtlich vorgeprägten Betriebsräte gewählt sind, finden sich neben informeller Einbeziehung der jeweils Betroffenen in einzelne Managemententscheidungen mitunter alternative Vertretungen wie „runde Tische“ oder „Vertrauenspersonen“, teils jedoch nur als Vorstufen der Einrichtung von Betriebsräten.⁷⁶

Welche „konkreten Tätigkeiten Menschen in ihrer Erwerbstätigkeit ausüben, welche Qualifikation sie dafür benötigen, wie viel sie entscheiden und gestalten können, wie sie mit anderen zusammenarbeiten und wie ihre Arbeitsleistung kontrolliert wird,“ dh, wie Arbeitsvermögen in Arbeitsleistung *transformiert* wird, das wird durch die jeweilige

⁷² § 39 Abs 1 und § 105 ArbVG.

⁷³ RL 2002/14/EG. Vgl *Mosler*, Die Zukunft der Arbeitnehmerbeteiligung in Europa, Das österreichische Modell, EuZA 2015, 192. Die zentrale Leitung größerer Unternehmen, die im EWR operieren, hat die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats *oder* eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmenden sicherzustellen; ein besonderes Verhandlungsgremium ist mit der näheren Ausgestaltung zu befassen: Dazu RL 2009/38/EG und zur Mitwirkung bei der Gründung einer SE: RL 2001/86/EG. Vgl *Lehofer*, Keine unmittelbare Drittwirkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Unternehmen, ÖJZ 2014, 282; *Holoubek*, Keine mittelbare Drittwirkung für „Grundsätze“ der GRC, DRdA 2015, 21; *Marhold*, Die Koalitionsfreiheit im österreichischen Recht, DRdA 2015, 413.

⁷⁴ Der österreichische wie auch der deutsche Betriebsrat sind Gesamtvertretungen, in Frankreich gibt es nicht nur Personaldelegierte für die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen und Betriebsräte für die Mitbetreuung von betrieblichen Einrichtungen sowie zur Information und zur Anhörung zu wirtschaftlichen Fragen, sondern außerdem betriebliche Gewerkschaftsvertretungen. Vgl *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 223 ff; *Schregle*, Die österreichische Betriebsverfassung aus rechtsvergleichender Sicht, DRdA 1987, 82 ff. Das spanische und schweizerische Modell ist zT am französischen orientiert. Vgl *Schlachter/Seifert*, Employee voice outside collective bargaining, in Finkin/Mundlak, Comparative Labour Law, 330 (340). In Litauen ist kürzlich ein Betriebsrat nach deutschem Vorbild konzipiert worden. Vgl *Davulis*, Reform des Arbeitsrechts in Litauen, Ein Beispiel des Liberalismus oder die Suche nach Gleichgewicht? EuZA 2018, 122. In Ungarn ist ein Betriebsrat vorgesehen, doch mangelt es ihm, wie auch dem schweizerischen, im Vergleich mit Deutschland und Österreich an ähnlichen Kompetenzen iZm Betriebsvereinbarungen. Vgl *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 366; *Sieg/Kovács*, Arbeitsrecht in Ungarn, NZA 2004, 1078 (1080); *Küpper*, Ungarn, WiRO 2012, 155 (156).

⁷⁵ Vgl *Kotthoff*, Betriebsräte und betriebliche Herrschaft, Eine Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb (1981); *Kotthoff*, Betriebsräte und Bürgerstatus, Wandel und Kontinuität betrieblicher Mitbestimmung (1994); *Abel/Pries*, Von der Stellvertretung zur Selbstvertretung? Interessenvertretung bei hochqualifizierter Wissensarbeit in Neue-Medien-Unternehmen, in *Mayer-Ahuja/Worl* (Hrsg), Entfesselte Arbeit – neue Bindungen, Grenzen der Entgrenzung in der Medien- und Kulturindustrie (2005), 109-152.

⁷⁶ Vgl *Hauser-Ditz et al*, Betriebliche Interessenregulierung in Deutschland (2008); *Ellguth*, Betriebe ohne Betriebsrat, Industrielle Beziehungen 12/2005/2, 149-176.

Arbeitsorganisation bestimmt, deren Formenvielfalt „als Bandbreite zwischen direkter Kontrolle über die Arbeitenden einerseits und verantwortlicher Autonomie der Beschäftigten andererseits charakterisiert werden“ kann.⁷⁷ Der Betriebsbegriff der österreichische Betriebsverfassung geht seit der Stammfassung des Arbeitsverfassungsgesetzes 1974 davon aus, dass Arbeit in „Arbeitsstätten“ erbracht wird, die eine „organisatorische Einheit“ bilden, in der „die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt wird, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht.“⁷⁸ Die Judikatur nimmt bei der Abgrenzung des Betriebs von unselbstständigen Betriebsteilen darauf Rücksicht, dass hierbei an den Industriebetrieb gedacht worden ist, bedenkt dabei aber, dass es darum geht, *solche* Einheiten zu erfassen, „in deren Rahmen es der Betriebsvertretung möglich ist, eine wirksame Tätigkeit zu entfalten.“⁷⁹ Diese Akzentuierung ist sowohl aus wirtschafts- als auch aus sozialpolitischer Sicht plausibel, denn seither ist der Anteil der im Industriesektor Beschäftigten merklich zurückgegangen, während jener im Dienstleistungssektor gestiegen ist; der als ‚Tertiarisierung‘ bezeichnete wirtschaftsstrukturelle Wandel macht sich nicht nur durch die „Ausweitung dienstleistender Funktionen“, sondern auch durch Integration dienstleistender Aufgaben im primären und sekundären Sektor bemerkbar.⁸⁰ Zudem wird mit Blick auf *digitale* Transformation der *Begriff* des Betriebes fürderhin für virtuelle Arbeitsstätten offengehalten.⁸¹

Die 1970-er Jahre brachten die Forderung der „Humanisierung“ der Arbeitswelt und Strategien zu *job rotation*, *job enlargement* und *job enrichment* mit sich,⁸² doch kam damit später auch die Anforderung an die Arbeitenden auf, die eigener Arbeit selbst zu strukturieren.⁸³ Zu den häufig genannten Faktoren, die sich negativ auf die Arbeitszufriedenheit

⁷⁷ Flecker, Arbeit und Beschäftigung, 152, 177 f. Vgl. Smith, Der Reichtum der Nationen: eine Untersuchung seiner Natur und Ursachen (1976, Nachdruck 2003); Thompson, The nature of work: An introduction to debates on the labour process (1989); Taylor, The Principles of Scientific Management (1911); Wolf, Arbeit und Autonomie: Ein versuch über die Widersprüche und Metamorphosen kapitalistischer Produktion (1999); Friedmann, Industry and Labour, Class Struggle at Work and Monopoly Capitalism (1977); Edwards, Herrschaft im modernen Produktionsprozeß (1981); Peters/Sauer, Indirekte Steuerung – eine neue Herrschaftsform, in Wagner (Hrsg), Rentier’ ich mich noch? Neue Steuerungskonzepte im Betrieb (2005), 23-58; Kalkowski, Projekte, in Hirsch-Kreinsen/Minssen (Hrsg), Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie (2013), 399-403.

⁷⁸ § 34 Abs 1 ArbVG.

⁷⁹ OGH 10.07.1979, 4 Ob 48/79; OGH 16.09.1987 14 ObA 85/87; OGH 27.09.1995 9 ObA 143/95; OGH 25.06.2003 9 ObA 79/03p; OGH 08.09.2005 8 ObA 43/05i.

⁸⁰ Jacobsen, Struktur der Arbeit im Tertialisierungsprozess, in Böhle et al, Handbuch Arbeitssoziologie, 203-228.

⁸¹ Vgl. Auer-Mayer, Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139; Niksova, Die Arbeitswelt im digitalen Wandel: Ausländisches Homeoffice und virtuelle Entsendungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive, ZAS 2023, 83.

⁸² Vgl. Schmidt, Humanisierung der Arbeit, in Littek et al, Einführung in die Arbeits- und Industriesoziologie (1982), 163-183.

⁸³ Vgl. Kleemann/Voß, Arbeit und Subjekt, in Böhle et al, Handbuch Arbeitssoziologie (2010), 415-450; Kleemann, Subjektivierung von Arbeit, Eine Reflexion zum Stand des Diskurses, Arbeits- und Industriesoziologische Studien 5/2012/2, 6-20; Lohr, Subjektivierung von Arbeit, in Hirsch-Kreinsen/Minssen (Hrsg), Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie, 430-437. Hohe Autonomie, die mit selbstbestimmtem Lernen einhergeht, findet sich in der EU nach einer Studie von Valeyre et al, Working conditions in the European Union: Work organization, Office for Official Publications of the European Communities, aus dem Jahr 2009 bei 38,5 % der Beschäftigten, *lean production* mit hoher Lerndynamik und mäßiger Autonomie liege bei 25,7 % vor, eine *Tayloristische* Arbeitsorganisation mit geringer Autonomie sowie geringer

auswirken, zählen Zeitdruck, Stress, fehlende Aufstiegsmöglichkeiten, geringes Verdienst, mangelnde Selbstentfaltungsmöglichkeiten, ungesunde Arbeitsbedingungen und ungenügende Sicherheit des Arbeitsplatzes, wohingegen Arbeitsplatzsicherheit, gesundes Arbeitsumfeld und angenehmes Betriebsklima, Abwechslungsreichtum, Selbstentfaltung, gute Verdienstmöglichkeit, Gemeinnützigkeit der Tätigkeit, Karrierechancen sowie Möglichkeiten der Mitbestimmung im Betrieb zu den positiven Arbeitsbedingungen gezählt werden.⁸⁴

Mit dem Ende des 20. Jahrhunderts wurde deutlich, dass sich die unternehmerischen Strategien vermehrt an den *globalen* Finanzmärkten und damit an Renditeerwartungen und Börsenkursen orientieren, wodurch der – langfristig angelegte – partnerschaftliche Austausch uU aufgekündigt oder der „Kernbelegschaft“ vorbehalten wird.⁸⁵ *Möglichkeiten* der Arbeitsgestaltung, die sich durch Informations- und Kommunikationstechnik eröffnen, können sich unter dem Einfluss von Konkurrenz oder der Einwirkung von Akteuren des Finanzmarktes geradezu aufdrängen, etwa eine durch Reorganisationsmaßnahmen erzielte Ortsunabhängigkeit aufgrund einer Verlegung von Aufgaben in virtuelle Arbeitsstätten.⁸⁶ Transnationale Konzerne, globale Produktionsnetzwerke und supranationale Organisationen formen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, sie ergänzen womöglich die nationalstaatliche Regulierung von Arbeit und können diese schwächen – aber auch stärken.⁸⁷

Arbeitsverhältnis

Die im Laufe von Jahrzehnten kollektiv „erkämpfte“ *Normalarbeit*⁸⁸ bezeichnet eine rechtlich als *ausgewogen* anerkannte Arbeit, indes kämpft *atypische* Beschäftigung gegen

lerndynamik bei hohem Arbeitstempo, repetitiven und monotonen Arbeiten sei bei 19,5 % zu finden und einfach strukturierte Arbeit mit eher informellen Praktiken sei 16,4 % der Beschäftigten zuordenbar.

⁸⁴ Schulz, Soziologie (2008), 175 f.

⁸⁵ Flecker, Arbeit und Beschäftigung, 191 ff. Vgl. Windolf, Finanzmarkt-Kapitalismus, in Hirsch-Kreinsen/Minssen, Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie, 215-222; Sydow, Unternehmensnetzwerke (1991); Voswinkel/Wagner, Vermessung der Anerkennung, in Honneth et al (Hrsg), Strukturwandel der Anerkennung (2013), 75-120.

⁸⁶ Vgl. Flecker, Digitalisierung der Arbeit – aktuelle Trends und Problemlagen, DRdA 2022 86; Auer-Mayer, Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139; Deinert, Herausforderungen der Internationalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 153.

⁸⁷ Flecker, Arbeit und Beschäftigung, 222 ff.

⁸⁸ Hinzuweisen ist darauf, dass in der Schweiz sog. „Normalarbeitsverträge“ keine Verträge, sondern Gesetze im materiellen Sinne sind. Vgl. Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 39.

Prekarität an,⁸⁹ um in Zeiten der Globalisierung und der Digitalisierung „Armut trotz Erwerbsarbeit“⁹⁰ zu verhindern und soziale Kohäsion zu gewährleisten.⁹¹

Das Arbeitsverhältnis ist ein vertraglich begründetes Rechtsverhältnis, aber es ist weder *nur* ein Vertrags- noch *nur* ein Rechtsverhältnis,⁹² es zieht ein Verhältnis von *Treu und Glauben*,⁹³ das ihm unentwegt vorgreift, nach sich; dieses verwehrt sich dagegen, das Arbeitsverhältnis auf ein bloßes Austauschverhältnis von Arbeit und Lohn zu reduzieren.⁹⁴ Wie die unermüdliche Arbeit der ILO an „sozialer Gerechtigkeit“ verdeutlicht,⁹⁵ hält das *Soziale* daran zu Abwägung und Ausgleich an.⁹⁶ Das zeigt sich schon in der Anbahnungsphase, zB daran, dass zu Recht erwartet wird, dass diskriminierungsfrei ausgeschrieben und beim Bewerbungsgespräch nichts gefragt wird, was dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht widerstreitet oder speziell dem Datenschutz und dem Schutz der Privatsphäre abträglich ist,⁹⁷ oder daran, dass ua ein freundlicher Umgang erwartet wird.⁹⁸

Das Arbeitsrecht fußt zwar auf der Vertragsfreiheit,⁹⁹ erwuchs jedoch aus der Einsicht, dass die mit der Privatautonomie einhergehende Eigenverantwortung bei

⁸⁹ Dörre, Prekarität, in *Hirsch-Kreinsen/Minssen* (Hrsg), *Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie* (2013), 393-398, hat ein Erwerbsverhältnis dann als „prekär“ bezeichnet, „wenn es nicht dauerhaft innerhalb eines von der Gesellschaft definierten kulturellen Minimums existenzsichernd“ sei und *deshalb* bei der Entfaltung in der Arbeit, bei gesellschaftlicher Wertschätzung und Anerkennung, Integration in soziale Netzwerke sowie bei den Partizipationschancen und Möglichkeiten zu längerfristiger Lebensplanung dauerhaft diskriminiere.

⁹⁰ Vgl *Battista*, In-Work Poverty in Europe: An Analysis of the Measures to Cope with the Phenomenon, *EuZA* 2020, 3.

⁹¹ Vgl *Rubery*, Institutionalizing the Employment Relationship, in *Morgan et al* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis* (2010), 495-525 (501 f); *ILO*, *Non-Standard Employment Around the World* (2016), 8; *Woltersdorff*, Prekarisierung und Heteronormativität von Erwerbsarbeit? Queertheoretische Überlegungen zum Verhältnis von Sexualität, Arbeit und Neoliberalismus, in *Manske/Pühl* (Hrsg), *Prekarisierung zwischen Anomie und Normalisierung* (2010), 228-251; *Rittich/Mundlak*, The challenge to comparative labour law in a globalized era, in *Finkin/Mundlak*, *Comparative Labour Law*, 80 ff; *Ladas*, *Crowdworking als Arbeitsleistungsphänomen nach griechischem Recht*, *EuZA* 2021, 25.

⁹² Vgl *Gardner*, The Contractualisation of Labour Law, in *Collins et al* (Hrsg), *Philosophical Foundations of Labour Law* (2018), 33 ff.

⁹³ Treue/Fürsorge; lat. bona fides; engl. good faith/fair dealing, duty of loyalty, mutual trust and confidence.

⁹⁴ Vgl *Kiss*, Erneuerungsmöglichkeiten für das Arbeitsrecht, in *Bramshuber et al* (Hrsg), *FS Marhold* (2020), 585 (593 ff).

⁹⁵ Vgl *Schlachter*, 100 Jahre ILO und die Suche nach sozialer Gerechtigkeit, *EuZA* 2020, 143.

⁹⁶ Vgl *Pačić*, *Erwägungen zum Arbeitsvertrag* (2021), 75.

⁹⁷ Vgl *Senne*, *Arbeitsrecht*¹⁰ (2018), 21, 38 f; *Pärli*, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten, *EuZA* 2015, 48; *Warner*, Persönlichkeitsrechte und Datenschutz (inklusive Big Data Analysen) im Arbeitsverhältnis, *DRdA* 2022, 179.

⁹⁸ Mit den, zT im Wandel begriffenen, Erwartungshaltungen befasst sich eingehend das Personalmanagement. Vgl *Lang*, *Human Resources Management* (2008); *Schröder/Urban* (Hrsg), *Gute Arbeit* (2019). Eigenbezeichnungen desselben können Wandel spiegeln, zB, indem immer weniger von HRM und immer mehr von People Management die Rede ist.

⁹⁹ Das Arbeitsrecht hat sich zu einem Rechtsgebiet mit ausgeprägten Bezüge zum öffentlichen Recht entwickelt, ging aber vom Privatrecht aus, das immer noch seine Grundzüge vorgibt. Vgl *Rainer*, *Introduction to Comparative Law* (2010), 3. Wenngleich Arbeitsrecht im Zivilrecht verwurzelt ist, ist eine Unterteilung kollektiver oder individueller Vertragsverhältnisse entlang der Unterscheidung von „common law“ und „civil law“ und im civil law nach deutscher und nach französischer Tradition nicht ergiebig, außer, soweit die „Wirtschaftsverfassung“ einen darauf zurückzuführenden Liberalitätsgrad spiegelt, der im anglo-amerikanischen Raum größer ist als in Kontinentaleuropa. Vgl *Bonfanti et al*, *Comparative labour and employment law in developed market economies: Fostering market efficiencies or repairing market failures?* in *Finkin/Mundlak*, *Comparative Labour Law*, 62 (79); *Rebhahn*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19/2003/3, 271-295.

Verhandlungsungleichgewicht infolge *wirtschaftlichen Angewiesenseins* auf den besagten Vertrag wie auch bei Gebundenheit an *persönliche Weisungen*, die Hierarchie schaffen und „der Differenzierung und Verbesserung der horizontalen Koordination“ dienen,¹⁰⁰ ohne Einfluss auf Betriebsmittel an Grenzen stößt.¹⁰¹

Eine Legaldefinition der Worte „Arbeitnehmer:in“, „Arbeitgeber:in“ oder „Arbeitsvertrag“ ist vielfach zu finden, vor allem dann und dort, wenn und wo rechtliche Vorschriften nicht auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden sind.¹⁰² Es gibt eine Vielzahl von Differenzierungsmerkmalen, aber, von verschiedenen Kollektivverträgen abgesehen, kaum noch entlang der Unterscheidung zwischen Arbeiter:innen und Angestellten,¹⁰³ wohl aber zB anknüpfend an Berufs- oder Tätigkeitsgruppen, ohne, dass dem der gemeinsame „Schutzgrund“ unbedingt entgegensteht; so sind Mitarbeitende in *leitenden* Position von einigen schutzgesetzlichen Vorschriften ausgenommen, während einige arbeitsrechtliche Standards auf in wirtschaftlicher Abhängigkeit selbstständig erwerbstätige Personen ausgedehnt werden. In Österreich sind leitende Angestellte mit einem maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes zB vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen, weil dieser in die Betriebsverfassung eingewoben ist, sie aber gerade nicht vom Betriebsrat vertreten werden.¹⁰⁴ Andererseits profitieren sog „arbeitnehmerähnliche“ Personen zB auch ohne Arbeitsvertrag von Beschränkungen der Haftung für Schäden, die bei Erbringung der Dienstleistung entstehen.¹⁰⁵ Dennoch handelt es sich bei solchen Regelungen lediglich um *punktuell* arbeitsrechtliche Sonderregeln und dabei aufkommende Schutzdefizite werden eher sozialrechtlich abzufangen gesucht.¹⁰⁶

Im Unionsrecht gibt es Bereiche, für die das Begriffsverständnis von „Arbeitnehmer:in“ autonom entwickelt worden ist, doch verweist es vielfach auf mitgliedstaatliche Regelungen oder erweitert den Unionsbegriff um die mitgliedstaatliche Definition, ohne Einschränkungen zuzulassen.¹⁰⁷ Je mehr *Rechtsfolgen* an das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses geknüpft sind, desto bedeutsamer ist die korrekte Einordnung, wobei es keineswegs nur um

¹⁰⁰ Vgl. Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (2000), 73.

¹⁰¹ Vgl. Rosenkranz, Eigenverantwortung und Verbraucherschutz bei Verträgen über digitale Inhalte, GPR 2018, 28; Collins, Is the Contract of Employment Illiberal? in Collins et al, Philosophical Foundations of Labour Law, 48 ff.

¹⁰² Vgl. Waas/Voss (Hrsg), Restatement of Labour Law in Europe I: The Concept of Employee (2017), Comparative Overview.

¹⁰³ Vgl. Humblet/Plets, Neuerungen im belgischen Arbeitsrecht in den Jahren 2010 bis 2013, EuZA 2014, 405 ff; Tsekova/Vassileva, Bulgarien, in Huger (Hrsg), Employment Law in CEE (2010), 41; Drs, Arbeiter und Angestellte (1999); Schindler, Rechtsangleichung im Entgeltfortzahlungsrecht der Arbeiter und Angestellten, DRdA 2021, 105; Figl, Die weiterhin bestehenden Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten, ecoloX 2021, 612; Dolce/de Luca, Arbeitsrecht in Italien, 58; Häußling, Arbeitsrecht in Schweden, 4.

¹⁰⁴ §§ 36, 105 ArbVG.

¹⁰⁵ § 1 DHG.

¹⁰⁶ Vgl. zB die Pflichtversicherung für „neue Selbstständige“ nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.

¹⁰⁷ Vgl. Ziegler, Arbeitnehmerbegriff im Europäischen Arbeitsrecht (2011); Junker, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes, EuZA 2016, 184; Preis/Morgenbrodt, Die Rotkreuzschwester zwischen Arbeitnehmerbegriff und Beschäftigungsverhältnis, in: EuZA 2017, 418; Dullinger, Arbeitnehmerbegriff(e) des Unionsrechts, ZAS 2018, 4-11.

die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts, sondern für gewöhnlich auch um soziale Absicherung und um Lohnsteuer geht, weshalb die Einordnung in einzelnen Staaten (mit fraglichem Erfolg) uU durch *Vermutungen* erleichtert wird, wobei sich solche nicht nur für, sondern je nach Anknüpfungspunkt auch wider das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses richten können.¹⁰⁸

Der Begriffs*hof* des Begriffs der Arbeitnehmenden ist nicht nur rechts-, sondern auch sozial- und wirtschaftspolitisch umstritten, doch ist der Begriffs*kern*, der Normalfall der unselbständig Erwerbstätigen ziemlich übereinstimmend ausjudiziert und rechtsdogmatisch in die Form von Kriterien oder „Tests“ gebracht worden.¹⁰⁹ Die Eingrenzung des Begriffs der Arbeitgebenden ist lange über eine vertraglich-rechtsförmliche Betrachtung erfolgt, doch mehrten sich, *sowohl* vor dem Hintergrund von *Arbeitskräfteüberlassung*,¹¹⁰ hinsichtlich des Schutzes überlassener Arbeitskräfte oder der „Stammebelegschaft“,¹¹¹ *als auch* im Lichte neuerer Organisationsformen und insb Konzernstrukturen, zB mit einer Matrixorganisation, hinsichtlich deren Einordbarkeit, Ansätze zu einer betrieblich-organisatorischen sowie einer unternehmerisch-wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die die Zuweisung *geteilter* Verantwortung für die Einhaltung von arbeitsrechtlichen Normen zu ermöglichen und der Vielfalt atypischer und neuer Formen der Arbeit gerecht zu werden versuchen.¹¹²

Arbeitgebende sind in der EU verpflichtet, Arbeitnehmende über sämtliche Eckpunkte zu ihrem Arbeitsverhältnis schriftlich zu informieren, denn die Union trachtet nach der *Transparenz* von Arbeitsbedingungen sowie der Vorhersehbarkeit des Arbeitseinsatzes; bei Unvorhersehbarkeit haben Arbeitsaufträge zu Referenzstunden und an Referenztagen unter

¹⁰⁸ Vgl *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154 (157, 171); *ILO*, Int. Arbeitskonferenz, 95. Tagung, 2006, Bericht V (1), Das Arbeitsverhältnis, 5. Tagesordnungspunkt, 32 ff; *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 11 f. In Großbritannien gibt es neben einem engen (employee) auch einen weiten (worker) Begriff des Arbeitnehmers bzw der Arbeitnehmerin, der einen kleinen Teil solcher Personen erfasst, die in Deutschland und in Österreich als „arbeitnehmerähnliche“ freie Dienstnehmende gelten. Vgl *Wedderburn*, The Worker and the Law² (1971); *Suttschett*, Neuere Tendenzen zur personellen Reichweite des Arbeitnehmerschutzes im englischen Arbeitsrecht, EuZA 2016, 171; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien² (2017), 13 f.

¹⁰⁹ Vgl *Rebhahn*, RdA 2009, 154-175; *Jabornegg*, Zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeits- und freien Dienstvertrag, in GedS *Rebhahn*, 137 ff; *Corazza/Razzolini*, Who is an employer? in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour Law, 132 ff; *Böttcher*, Der Employment Status im englischen Arbeitsrecht, EuZA 2017, 370.

¹¹⁰ Dieser gegenüber bestehen zB in England idR keine Vorbehalte, während sie zB in Slowenien und Italien durch Belegschaftsquoten oder in Tschechien und Polen bzgl Überlassungsdauer einigen Einschränkungen unterliegen. Vgl RL 2008/104/EG. Vgl *Niksova/Pacic*, Das neue tschechische Arbeitsgesetzbuch auf dem Weg zur Flexibilität? EuZA 2008, 78 (83); *Kresal*, Recent Developments in Slovenian Labour Law, EuZA 2013, 388 (392); *Huger*, Employment Law in CEE, 121; *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien, 32; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 105.

¹¹¹ Vgl § 2 AÜG.

¹¹² *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im Englischen Recht, ZESAR 2013, 472; *Prassl*, The Concept of the Employer (2015); *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit & Co: Plattformen als Arbeitgeber? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, CLLPJ 2016, 634; *Pačić*, Arbeitsrechtliches zur Matrixorganisation, Versuch über die „funktionelle“ Ausfaltung des Begriffs „Arbeitgeber/in“, JMG 2021, 210; *Marchington et al*, Fragmenting work (2005); *Helfen*, Netzwerkförmige Tertialisierung und triangularisierte Beschäftigung, Managementforschung 24/2014, 171-206; *Weil*, The fissured workplace (2014), 14.

Einhaltung angemessener Ankündigungsfristen zu ergehen.¹¹³ Dennoch können Arbeitsverträge nicht nur in Österreich formfrei zustande kommen.¹¹⁴ Formfreiheit lässt sich unter Schutzgesichtspunkten betrachten, zB, wenn es um konkludente Ergänzungen von Arbeitsverträgen im Falle von Betriebsübungen geht; diese können zwar auch belastend für Arbeitnehmende sein, doch handelt es sich oftmals um regelmäßig gepflogene „freiwillige“ Zuwendungen der Arbeitgebenden.¹¹⁵ Die *Schriftform* hat in den letzten Jahren zugenommen, jedoch kaum, um Transparenz und Vorhersehbarkeit zu schaffen, sondern eher, um Verträge gezielt zu gestalten; um „allgemeine Arbeitsbedingungen“ vorformulieren zu können.¹¹⁶

Die Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte aufgrund von vertraglichen Nebenabreden darf in manchen Staaten nicht erheblich ins Arbeitsverhältnis eingreifen,¹¹⁷ in Österreich wird dies an den „guten Sitten“ zu messen sein.¹¹⁸ Das Arbeitsverhältnis wird durch Einigung begründet und ist auf Dauer angelegt, doch kann Einmütigkeit auf Dauer kaum allseits erhalten werden, sodass die wechselseitigen Erwartungen, der sog. ‚psychologische Vertrag‘, laufend abzustimmen sind, weshalb beide Seiten nach der „Übung des redlichen Verkehrs“ gehalten sind, sich *ex fide bona* zu verhalten.¹¹⁹

¹¹³ RL (EU) 2019/1152.

¹¹⁴ So zB in Portugal. In Ungarn kann sich nur der bzw die Arbeitnehmer:in binnen 30 Tagen auf die Ungültigkeit mangels Schriftform berufen. Vgl *Frey*, Portugiesisches Arbeitsrecht im Wandel, EuZA 2014, 60; *Gobert/Krisch*, Arbeitsrecht in Ungarn, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, 1555 ff, Rn 5.

¹¹⁵ Vgl *Gerhartl*, Voraussetzungen für das Entstehen einer Betriebsübung, DRdA 2014, 451; *Gerhartl*, Die Betriebsübung als rechtliches Instrument, ASoK 2019, 427.

¹¹⁶ Vgl *Rebhahn*, EuZA 2011, 295 (302, 304); *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 44; *Rieble*, Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa, § 6, Referat von *Rebhahn*: Die Sicht der deutschsprachigen Länder, Rn 28; *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 27.

¹¹⁷ So zB in Belgien. Vgl *Smits*, Implicite verbreking van de arbeidsovereenkomst en lus Variandi, RW 1986/1987, 104; *Snok*, lus Variandi in het arbeidsrecht, RDS 1993, 405. In Deutschland ist der Widerruf von Entgelt idR nicht zulässig, soweit mehr als 25 % der Gesamtvergütung davon betroffen sind. Vgl *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 134 f. In England können erhebliche Eingriffe in den Kern des Arbeitsverhältnisses ein Austrittsrecht begründen, das als Kündigung vonseiten des Arbeitgebers bzw der Arbeitgeberin gilt (constructive dismissal). Vgl *Amscher*, Fiktion einer Arbeitgeberkündigung im englischen Arbeitsrecht, EuZA 2014, 342 ff; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 141. In Deutschland gibt es einen Änderungskündigungsschutz, der idZ relevant sein kann. Vgl *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht²² (2017), Rn 490 ff. In Polen gelten die bei einer Änderungskündigung angebotenen Vertragsänderungen nach Ablauf der halben Kündigungsfrist mangels Äußerung des bzw der Arbeitnehmer:in als angenommen. Vgl *Franek*, Polen, ZfRV 2000, 161 ff. Auf den Vertragsinhalt bezogener Schutz vor einseitiger Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses scheint bei Inblicknahme der Gesetzgebung tendenziell gelockert, bei näherer Betrachtung von Lehre wiederum verschärft zu werden. Vgl zB *Nieto*, Spanisches Arbeitsrecht in den Jahren 2010 bis 2012, EuZA 2012, 567; *Niksova/Pacic*, EuZA 2008, 78; *Rieble*, Reformdruck auf das arbeitsrecht in Europa, § 1, Referat von *Ochel*: Aussagekraft von internationalen Arbeitsmarktvergleichen. Judikate lassen sich auch im anglo-amerikanischen Raum nicht leicht generalisieren, zB zur Frage, wie Änderungen der dort verbreiteten „Handbücher“, die den Arbeitnehmer:innen von ihren Arbeitgeber:innen überreicht werden, rechtlich zu deuten sind. Vgl *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA, 17; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 6 f.

¹¹⁸ § 879 ABGB.

¹¹⁹ § 914 ABGB. Vgl *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 63 f; *Tavits*, Entwicklunlungen und aktueller Stand des estnischen Arbeitsrechts, EuZA 2013, 126; *Bronstein*, International and Comparative Labour Law, 180 ff; *Pittard/Butterworth*, The rich panoply of sources of labour law: National, regional and international, in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour

Missachten Arbeitnehmende ihre arbeitsvertraglich geschuldete Sorgfaltspflicht und schädigen infolgedessen ihre Arbeitgebenden oder Dritte, stellt sich die Frage nach dem *Haftungsumfang*, der fast überall eingeschränkt ist.¹²⁰ In Österreich entfällt bei „entschuldbarer Fehlleistung“ die Haftung gänzlich, bei Fahrlässigkeit kann die Ersatzpflicht nach richterlichem Ermessen (nach Billigkeit) herabgesetzt werden.¹²¹ Die Anknüpfung an den Verschuldensgrad ist nicht die einzige Möglichkeit, die Haftung zu begrenzen; nach einem anderen Regelungsmodell wird auch bei leichter Fahrlässigkeit voll gehaftet, aber nur dann, wenn sich die Schadenshöhe unter einer gesetzlich festgelegten Haftungshöchstgrenze bewegt.¹²² Wieweit hier der Schutzgedanke trägt, hängt von der Höhe dieser Grenze im Verhältnis zum Lohnniveau ab, jedenfalls ist das Modell mehr auf Rechtssicherheit bedacht, mithin auch vom Ordnungsgedanken durchdrungen.

„Begrenzungen“ sind im Arbeitsrecht in vielen Kontexten zu finden. Mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses geht, wie die EU versichert, das Recht auf *gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen* einher, zu denen sie das Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit sowie auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten rechnet.¹²³ IdR beträgt die tägliche Ruhezeit wenigstens 11 Stunden, ergänzt um eine wöchentliche Ruhe von 24 Stunden, die wöchentliche Arbeitszeit darf im viermonatigen Durchschnitt 48 Stunden nicht überschreiten, die tägliche Arbeitszeit darf *höchstens* 13 Stunden mit einer Ruhepause bei

Law, 21 (41); *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 42 ff; *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 22 f, 41.

¹²⁰ Vgl *Pačić*, Die Haftung des Arbeitnehmers im Europäischen Rechtsvergleich, EuZA 2009, 47 (Teil I) und EuZA 2009, 218 (Teil II). In England und in Italien ist die Haftung nicht beschränkt, doch kommt es dennoch nur selten zu Haftungsfällen, was mit der Versicherungspraxis zu tun haben könnte. Vgl *Harth/Taggart*, Arbeitsrecht in Großbritannien, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, Rn 51; *Schelp*, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter (2003), 15 (Fn 69). In Spanien besteht zwar gleichfalls keine arbeitsrechtliche Haftungsminde rung, doch eröffnet dort schon das Zivilrecht die Möglichkeit der gerichtlichen Mäßigung von Ersatzansprüchen. Vgl *Finke*, Die Minderung der Schadenersatzpflicht im spanischen Recht (2005).

¹²¹ Geregelt im DHG. Die meisten Mitgliedstaaten der EU lassen die Haftung in Abhängigkeit vom Verschuldensgrad entfallen oder eröffnen ein richterliches Mäßigungsrecht; so zB in Deutschland, der Schweiz und Schweden. Vgl *Pačić*, EuZA 2009, 60; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 73; *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 89 ff; *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 58. Soweit Arbeitgeber:innen bei Schädigung Dritter diesen gegenüber, also im Außenverhältnis, zivilrechtlich *nicht* haften, vermag das Arbeitsrecht deren Haftung – wirtschaftlich besehen – zu *erweitern*, wenn und weil ihre Arbeitnehmer:innen im Innenverhältnis auf sie zurückgreifen können. Vgl *Pačić*, EuZA 2009, 230 f. In Belgien haften Arbeitgeber:innen Dritten gegenüber ohnedies stets, weil – wohl unwiderleglich – Auswahl-, Überwachungs- oder Organisationsverschulden vermutet wird. *Matray/Hübinger*, Arbeitsrecht in Belgien, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, Rn 68 f.

¹²² So ist die Haftung in Ungarn, Tschechien, Polen und der Slowakei mit einem Vielfachen der laufenden Bezüge, übergreifend betrachtet: mit dem halben Jahresgehalt, begrenzt. Vgl *Huger*, Employment Law in CEE, 81, 98, 115, 163; *Deutsch-Ungarische Industrie- und Handelskammer* (DUIHK), Ungarisches Arbeitsrecht und Arbeitsvertragsrecht (2023), 4.

¹²³ Art 31 GRC, in Abs 2 findet auch der bezahlte Jahresurlaub ausdrückliche Erwähnung. Vgl RL 89/391/EWG, RL 91/383/EWG.

täglichen Arbeitszeiten von mehr als sechs Stunden betragen.¹²⁴ In einzelnen Wochen dürfen in einigen Mitgliedstaaten bis zu 60 Stunden geleistet werden.¹²⁵

Da die Verteuerung der Arbeitskraft bei Mehrbelastung gegenüber strafbewehrtem Verbot oder individuell einklagbaren Bedingungen für deren Inanspruchnahme effektiver sein kann, gebührt in Österreich ein Zuschlag zum Entgelt für das Überschreiten der täglichen (acht Stunden) oder wöchentlichen (40 Stunden) *Normalarbeitszeit*.¹²⁶ Es gibt allerdings weder in allen Staaten eine Zuschlagsregelung, noch gibt es, damit zusammenhängend, überall eine Normalarbeitszeit.¹²⁷ Das Arbeitszeitrecht ist aber hier wie sonst *im Grunde* Schutzrecht, wiewohl die Ausgestaltung im Detail wirtschaftspolitisch motiviert ist, was angesichts der Vielzahl von Sonderregeln nicht zu verkennen ist.

Vor der Industrialisierung war die Arbeit für gewöhnlich „nach Aufgaben organisiert, die im Tages-, Wochen- oder Jahresrhythmus zu erledigen waren“, doch dann setzte sich „die Zeit als Maß für die Arbeit“ durch, obschon sowohl die *Dauer* als auch die erst seit den 1980-er Jahren vermehrt diskutierte *Lage* der Arbeitszeit stets umkämpft waren.¹²⁸ Mit der Zeit wurde deutlich, dass sich der Arbeitstag nicht nur physischen, sondern auch sozialen Schranken fügen muss, wenngleich letztere einen mehr oder weniger großen Spielraum belassen.¹²⁹

Nachdem die Arbeitszeit nach und nach verkürzt worden war und der Achtstundentag weithin Verbreitung gefunden hatte, kamen allmählich *variable* Arbeitszeiten zum Einsatz; sie gingen mit einer gewissen „Zeitsouveränität“ der Arbeitnehmenden einher und ermöglichten zugleich für Arbeitgebende die Ausdehnung von Betriebs- und Geschäftszeiten sowie mehr Flexibilität in der Anpassung an den Arbeitsanfall.¹³⁰ Diese Entwicklung hat zur

¹²⁴ RL 2003/88/EG.

¹²⁵ Vgl. *Huger*, Employment Law in CEE, 61, 96; *Niksova/Pacic*, EuZA 2008, 78 (80 f).

¹²⁶ Die tägliche Normalarbeitszeit beträgt acht, die wöchentliche 40 Stunden. Vgl. § 3 AZG. Werden diese Grenzen überschritten, so gebührt (sofern keine Sonderregelung greift, zB bei Gleitzeit) ein Zuschlag von 50 %. Wer „mehr“ arbeitet, ohne diese Grenzen zu überschreiten, erhält lediglich 25 % (Mehrarbeitszuschlag). Vgl. §§ 10, 19d Abs 3a AZG.

¹²⁷ In Frankreich liegt die Normalarbeitszeit bei 35 Stunden, was aber nicht per se bedeutet, dass dort weniger (oder deutlich weniger) gearbeitet wird; auch hinsichtlich der Jahres-Soll-Arbeitszeit sind zB das Urlaubsausmaß und die Anzahl der Feiertage zu berücksichtigen. Falls der Kollektivvertrag keinen Zuschlag vorsieht, besteht in Frankreich ein gesetzlicher Anspruch auf 25 % von der 36. bis zur 43. Stunde und 50 % ab der 44. Stunde. Keine Zuschläge gibt es (gesetzlich) hingegen zB in Deutschland und Schweden. Wo es welche gibt, da bestehen sie iHv von 15 % bis 100 %. Vgl. *Huger*, Employment Law in CEE, 61, 96; *Niksova/Pacic*, EuZA 2008, 78 (80 f); *Rebhahn*, ZEuP 2002, 436; *Frey*, EuZA 2014, 60 (74); *Heinz* (Hrsg), Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa² (2010), 43; *Huger*, Employment Law in CEE, 46, 61; *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA, 28; *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien, 28; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 22 f.

¹²⁸ Vgl. *Flecker*, Arbeit und Beschäftigung, 99, 123; *Deutschmann*, Zeitflexibilität und Arbeitsmarkt, Zur Entstehungsgeschichte und Funktion des Normalarbeitstages, in *Offe et al* (Hrsg), Arbeitszeitpolitik, Formen und Folgen einer Neuverteilung der Arbeitszeit (1982), 32-60.

¹²⁹ Vgl. *Marx*, Das Kapital I (1867, Nachdruck 1962), 246 f.

¹³⁰ Vgl. *Teriet*, Zeitökonomie, Zeitsouveränität und Zeitmanagement in der Bundesrepublik Deutschland: eine Zwischenbilanz, Z. Arb. Wiss. 4/1978/2, 112-118; *Jurczyk*, Entgrenzte Arbeit – entgrenzte Familie, Arbeitszeitpolitische Herausforderungen aus der Lebenswelt, in *Groß/Seifert* (Hrsg), Zeitkonflikte, Renaissance der Arbeitszeitpolitik (2010), 239-261. Die Betriebszeit und die Arbeitszeit gehen nicht länger Hand in Hand, während volkswirtschaftlich betrachtet allein

„soziale Beschleunigung“, die sich in „einer Verdichtung der Tätigkeiten“ äußert, beigetragen.¹³¹ Die Lebensqualität wird dadurch nicht unbedingt erhöht, dies kann als Zeitnot erlebt und ungleiche „Verfügungsmöglichkeiten über Zeit im Lebensverlauf“ können sogar noch verstärkt werden.¹³² Grenzziehungen zwischen Arbeits- und Freizeit erodieren, „Zeitinstitutionen“ wie Feierabende, Feiertage und jährliche Urlaube werden – erleichtert durch moderne Informations- und Kommunikationstechnologie – zunehmend durchdrungen, Berufs- und Privatleben greifen ineinander.¹³³ Zur Arbeitszeit treten als *Maß* für die Arbeit verschiedentlich Zielvorgaben und Projekttermine hinzu und überlagern sie womöglich sogar.¹³⁴

Längere Arbeitszeiten erhöhen nicht zwangsläufig die Produktivität, sondern können diese auch herabsinken lassen, während die Fehleranfälligkeit steigt und sich die Gefahr gesundheitlicher Beeinträchtigungen erhöht.¹³⁵ Bisweilen legen Arbeitende ein „selbstgefährdendes Verhalten“ an den Tag, indem sie auf Pausen verzichten, in der Freizeit und sogar im Krankentand arbeiten oder ihre Aufgaben *so* rasch erledigen, dass sich über kurz oder lang Erschöpfung breit macht.¹³⁶ Kinder erleben unsichere und nicht vorhersehbare Arbeitszeiten ihrer Eltern mitunter negativ.¹³⁷

Soll- wie auch Ist-Tages-, Wochen- und Jahresarbeitszeit weisen von Staat zu Staat merkbare Unterschiede auf, die nicht nur von Gesetzen und Kollektivverträgen, sondern zB auch durch die familiäre Arbeitsteilung beeinflusst sind.¹³⁸ Während die Erwerbsintegration von

dadurch die Produktion nicht ausgeweitet wird und sich die Beschäftigtenanzahl sogar verringern lässt („interne numerische Flexibilität“); vgl *Vikery/Wurzburg*, Flexible firms, skills and employment, in *The OECD Observed 202/1996*, 17-21; *Flecker*, Interne Flexibilisierung – von der Humanisierungsvermutung zum Risikobefund, in *Kronauer/Linne* (Hrsg), *Flexicurity, Die Bindung von Sicherheit an Flexibilität* (2005), 73-93.

¹³¹ Vgl *Rosa*, Beschleunigung, *Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne* (2005).

¹³² *Wotschack*, Lebensarbeitszeitkonten in der Perspektive sozialer Ungleichheit, Kumulation oder Abbau sozialer Benachteiligungen im Lebensverlauf? (2010), 35. Vgl *Eberling et al* (Hrsg), *Prekäre Balancen, Flexible Arbeitszeiten zwischen betrieblicher Regulierung und individuellen Ansprüchen* (2004); *Ebert*, Flexicurity auf dem Prüfstand, *Welches Modell hält der Wirtschaftskrise stand?* (2012); *Lott*, Costs and Benefits of Flexibility and Autonomy in Working Time: The Same for Woman and Man? (2015); *Korunka/Kubicek*, Beschleunigung im Arbeitsleben – neue Anforderungen und deren Folgen, in *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin et al* (Hrsg), *Immer schneller, immer mehr, Psychische Belastung bei Wissens- und Dienstleistungsarbeit* (2013), 17-40.

¹³³ Vgl *Rinderspacher*, Am Ende der Woche, *Die soziale und kulturelle Bedeutung des Wohlstandes* (1987); *Pfeiffer*, Technologische Grundlagen der Entgrenzung: Chancen und Risiken, in *Badura et al* (Hrsg), *Fehlzeiten-Report 2012, Gesundheit in der flexiblen Arbeitswelt: Chancen nutzen – Risiken minimieren* (2012), 15-21; *Wajcman*, *Pressed for time – The Acceleration of Life in Digital Capitalism* (2015).

¹³⁴ Vgl *Flecker*, *Arbeit und Beschäftigung*, 124.

¹³⁵ *Öster. Ges. f. Arbeitsmedizin* (Hrsg), *Leitfaden für arbeitsmedizinische Beurteilung langer Arbeitszeiten* (2019); *Hans Böckler Stiftung*, *Böckler Impuls* 17/2007, 6.

¹³⁶ Vgl *Chevalier/Kaluza*, Psychosozialer Stress am Arbeitsplatz: Indirekte Unternehmenssteuerung, selbstgefährdendes Verhalten und die Folgen für die Gesundheit, in *Böcken et al* (Hrsg), *Gesundheitsmonitor 2015* (2015), 228-253; *Glasser/Molnar*, *Psychische Belastung und Stress in der Arbeit*⁵ (2018).

¹³⁷ Vgl *Szymenderski/Lange*, „Entgrenzung“ von Arbeitszeiten, Kinderbetreuung und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft: ein soziologischer Zugang, *Gewerkschaftliche Monatshefte* 55/2004/7-8, 459-469.

¹³⁸ Vgl *Rubery et al* (Hrsg), *National working-time regimes and equal opportunities*, *Feminist Economics* 4/1998/ 1, 71-101; *Jürgens*, *Arbeit und Leben*, in *Böhle et al* (Hrsg), *Handbuch Arbeitssoziologie* (2010), 483-510; *Lehndorff*, *Normalität jenseits von Normen*, in *Groß* (Hrsg), *Zeitkonflikte – Renaissance der Arbeitszeitpolitik* (2010), 71-99 (96).

Frauen in manchen Staaten „in hohem Maße in Teilzeit“ erfolgt, haben andere Staaten „eine Tradition der staatlichen Kinderbetreuung und der Vollzeitarbeit von Müttern“, für sog „postsozialistische Länder“ sind „kaum Unterschiede in den generell auf Vollzeit ausgerichteten Arbeitszeiten zwischen Männern und Frauen zu erkennen.“¹³⁹ Die traditionelle Aufteilung der bezahlten und der unbezahlten Arbeit zwischen Männern und Frauen, ihre unterschiedliche Verteilung auf Berufe und Positionen und der jeweilige Grad der Wertschätzung ihrer Tätigkeiten spiegeln die *soziale Wechselwirkung* von Geschlecht und Arbeit wider.¹⁴⁰

Obwohl die EU das Recht *jeder* Person, „zu arbeiten“ achtet, während sie Kinderarbeit sowie Zwangsarbeit verbietet, leistet sie weder Gewähr für tatsächliche Beschäftigung noch eröffnet sie unbegrenzten Zugang zum Binnenmarkt.¹⁴¹ Innerhalb der EU gilt – vorbehaltlich etwaiger Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit – die *Freizügigkeit* der Arbeitnehmenden insofern, als diese berechtigt sind, eine Beschäftigung in allen Mitgliedstaaten auszuüben und unter gewissen Bedingungen über deren Dauer hinaus dort zu verbleiben.¹⁴² Freizügigkeit über die Uniongrenzen hinaus sichern das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und ein Abkommen mit der Schweiz, wohingegen sie nicht zwischen allen Mitgliedstaaten des Europarates

¹³⁹ Flecker, Arbeit und Beschäftigung, 111-117, unter Hinweis darauf, dass „ein in der Bevölkerung verbreiteter Traditionalismus, ein kleiner öffentlicher Sektor, ein schwacher Wohlfahrtsstaat und ein hoher Pflegebedarf“ eher negative Auswirkungen auf die Zeitgleichheit zwischen Männern und Frauen haben. Vgl Schief, Arbeitszeit und Lebenszeit – Welchen Einfluss haben politische und institutionelle Rahmenbedingungen auf die Zeitungleichheit von Männern und Frauen in bezahlter und unbezahlter Arbeit? Z. Arb. Wiss. 70/2016/1, 69-72.

¹⁴⁰ Vgl Gildemeister, Doing Gender: Soziale Praktiken der Geschlechterunterscheidung, in Becker/Kortendiek (Hrsg), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung (2010), 137-145; Pfau-Effinger, Socio-historical paths of the male breadwinner model, The British Journal of Sociology 55/2004, 377-399; Gottschal, Arbeit, Beschäftigung und Arbeitsmarkt aus der Genderperspektive, in Böhle et al (Hrsg), Handbuch Arbeitssoziologie (2010), 671-698; Hofbauer, Konkurrentinnen außer Konkurrenz? Zugangsbarrieren für Frauen im Management aus der Perspektive des Bourdieuschen Distinktions- und Habituskonzepts, ÖZS 31/2006/4, 23-44. Statistisch tritt die besagte Wechselwirkung ua bei der Höhe der Stundenlöhne, in der jeweiligen Quote und beim zeitlichen Ausmaß der Beschäftigung zum Vorschein. Vgl Koch/Bales, Transgender Employment Discrimination, ULCA Women's Law Journal 17/2008/2, 243-267; Kümmerling/Postels, Arbeitszeiten von Frauen in der EU, in DGB (Hrsg), Frau geht vor 3/2016: Höchste Zeit für Frauen (2016), 6-9; Beck-Gernsheim, Das halbierte Leben (1980); Walby, Theorizing Patriarchy (1990); Hartmann, Capitalism, Patriarchy, and Job Segregation by Sex, in Blaxall/Reagan (Hrsg), Women and the Workplace (1981), 137-169; Leidner, Serving Hamburgers and Selling Insurance: Gender, Work and Identity in Interactive Service Jobs, Gender & Society 5/1991/2, 154-177.

¹⁴¹ Art 5, 15, 32 GRC. Vgl Windisch-Graetz, Lässt sich aus Art 15 GRC ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung ableiten? in GedS Rebhahn, 649 ff. Soweit Jugendliche zur Arbeit zugelassen sind, müssen altersangemessene Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Vgl RL 94/33/EG.

¹⁴² Art 45 AEUV, RL 2003/109/EG, RL 2003/86/EG, RL 2004/38/EG, VO (EU) 492/2011. Die Rechtsstellung der Arbeitnehmenden strahlt auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder aus. Die EU strebt das Ende jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung in Bezug auf die Beschäftigung, die Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen an, jedoch mit Ausnahmen für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Vgl Art 45 AEUV. Zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen: RL 2005/36/EG. Die EU trachtet auch danach, die Freizügigkeit sozialrechtlich zu flankieren. Soziale Absicherung ist nicht vereinheitlicht, jedoch – ungeachtet erheblicher Unterschiede – koordiniert. Vgl Felten, Anwendungsbereich und Grundsätze der neuen Sozialrechtskoordinierung in Europa, wbl 2019, 445; Schrammel, Zum anwendbaren Sozialversicherungsrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in GedS Rebhahn, 559.

verwirklicht ist; der Zugang von „Drittstaatsangehörigen“ zum Arbeitsmarkt wird in jüngerer Zeit eher erschwert, soweit der Fachkräftemangel keine Lockerung erzwingt.¹⁴³

Bei „Auslandsberührung“ stellt sich sowohl die Frage, das Recht welchen Staates im Streitfall anzuwenden ist, als auch die Frage, welches Gericht zur Entscheidung berufen ist. Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist in manchen Staaten, wie in Österreich, *gesondert* organisiert, wobei in Senaten unter Beteiligung fachkundiger *Laien* entschieden wird.¹⁴⁴ Soweit diese für eine ausgewogene Ausübung richterlichen Ermessens (Billigkeitsentscheidungen, ergänzende Vertragsauslegung) sorgen können, kann darin eine Unterart des sozialen Dialogs erblickt werden.

Die *internationale Zuständigkeit* der inländischen Gerichte für Streitigkeiten aus individuellen Arbeitsverträgen, unter Einschluss des Kündigungsschutzes, bestimmt sich in der EU nach der Brüssel Ia-Verordnung; soweit völkerrechtliche Verträge fehlen, richtet sich die internationale Zuständigkeit nach innerstaatlichem Recht.¹⁴⁵ Anknüpfungspunkt ist prinzipiell der Wohnsitz der beklagten Partei, ein einfacher Ordnungsgesichtspunkt, doch können Klagen gegen Arbeitgebende aus Schutzgründen auch vor Gerichten des gewöhnlichen Arbeitsortes der Arbeitnehmenden eingebracht werden.¹⁴⁶

Das gerichtlich anzuwendende *Arbeitsvertragsrecht* kann nach der Rom I-Verordnung insoweit *gewählt* werden, als die zwingenden Bestimmungen des ohne Rechtswahl anwendbaren Rechts unberührt bleiben; anwendbar ist das Recht des Staates, zu dem die engste Verbindung besteht, zumeist das am gewöhnlichen Arbeitsort geltende Recht.¹⁴⁷ Der

¹⁴³ Vgl. Pačić, Revidierte Europäische Sozialcharta in Österreich, Deutschland und Ungarn, ALJ 2022, 129 (150).

¹⁴⁴ Wo es keine Sondergerichtsbarkeit gibt, finden sich gleichwohl Sonderbestimmungen für das zivilgerichtliche Verfahren in Arbeitsrechtssachen. Vgl. Jacobs, Labour and the Law in Europe, 65 f; Tröger/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Großbritannien², 171; Senne, Arbeitsrecht¹⁰, 306; Flößer, Laienbeteiligung an den englischen Employment Tribunals, EuZA 2021, 443.

¹⁴⁵ VO (EU) 1215/2012 – EuGVVO (neu), auch Brüssel Ia. Im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz, Norwegen oder Island – nicht aber gegenüber Liechtenstein – gilt das Lugano-Übereinkommen. Vgl. Nunner-Krautgasser, Internationale Zuständigkeit in Arbeitsrechtssachen, in Kozak (Hrsg), Globales Arbeiten (2018), 67-89.

¹⁴⁶ Art 21-23 EuGVVO (neu): Bei Klagen gegen den/die Arbeitgeber:in steht der Gerichtsstand des Wohnsitzes der Arbeitgeberin/des Arbeitgebers offen, doch kann vom/von der Arbeitnehmer:in auch Klage vor dem Gericht des Ortes, an dem oder von dem aus er/sie gewöhnlich seine/ihre Arbeit verrichtet oder verrichtet hat, im Zweifel vor dem Gericht des Ortes, an dem sich die Niederlassung, die ihn/sie eingestellt hat, befindet, eingebracht werden. Klagen gegen den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin sind vor den Gerichten des Mitgliedsstaates, in dessen Hoheitsgebiet diese:r seinen/ihren Wohnsitz hat, auszutragen, wenngleich es diesbezüglich bei Widerklage eine Ausnahme gibt. Ein Ausnahme stellt zwar auch die *Gerichtsstandsvereinbarung* dar, doch kann eine solche erst *nach* Entstehung der Streitigkeit getroffen werden, es sei denn, dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin würde darin bloß die Befugnis eingeräumt, *zusätzlich* zu den verordneten noch weitere Gerichtsstände in Anspruch zu nehmen. Art 26 EuGVVO (neu) lässt zudem eine Zuständigkeitsbegründung zu, wenn sich die beklagte Partei auf ein Verfahren vor einem Gericht, das eigentlich *nicht* zuständig ist, (trotz Belehrung über die Folgen) einlässt, ohne den Zuständigkeitsmangel zu rügen.

¹⁴⁷ ¹⁴⁷ VO (EG) 593/2008 – Rom I-VO. Kann der gewöhnliche Arbeitsort nicht eruiert werden, so ist nach Art 8 Rom I-VO das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin eingestellt hat, maßgeblich. Bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände kann sich eine engere Verbindung zu einem anderen Staat ergeben. Art 9 Rom I-VO erlaubt die Wahrung von „Eingriffsnormen“ ungeachtet des anwendbaren Rechts; das sind außerordentlich bedeutende zwingende Vorschriften. Vgl. Windisch-Graetz, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse im Spannungsfeld von Rom I und Entsenderichtlinie, ZfRV 2015, 192; Blefgen, Die Anknüpfung an die einstellende

gewöhnliche Arbeitsort ändert sich nicht durch eine vorübergehender *Entsendung* ins Ausland, doch kommen in der EU bei inländischem Arbeitsrecht zahlreiche am Beschäftigungsort maßgebliche Schutzbestimmungen zur Anwendung; entsandte Arbeitnehmende haben, unabhängig vom sonst anwendbaren Recht, spätestens nach 18 Monaten Anspruch auf gleiche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.¹⁴⁸ „Gleichheit“ wird in diesem Kontext nicht *nur* unter dem Gesichtspunkt des Schutzes gesehen, wie Maßnahmen gegen „Lohn- und Sozialdumping“ bezeugen.¹⁴⁹

Die Charta der Grundrechte der EU statuiert die *Gleichheit* aller Personen vor dem Gesetz und enthält ein Diskriminierungsverbot sowie das Gebot, die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich des Arbeitsentgelts sicherzustellen.¹⁵⁰ Ein *arbeitsrechtlicher* Grundsatz, wonach betriebliche Maßnahmen keinerlei *unsachliche* Unterscheidungen zwischen den Belegschaftsmitgliedern enthalten dürfen, ist indes in den Mitgliedstaaten kaum ersichtlich, findet sich aber in Österreich.¹⁵¹

Die Union gibt keinen *Mindestlohn* vor, ist aber sichtlich um gleiches Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort bemüht und hat eine demnächst umzusetzende Richtlinie „über einen Rahmen für angemessene Löhne“ verabschiedet.¹⁵² Mindestlöhne sichern die Teilhabe an der Gesellschaft, sie stabilisieren zudem die Wirtschaft insofern, als sie in Zeiten hoher Erwerbslosigkeit die Konsumnachfrage aufrechterhalten und überdies verhindern, dass die Unternehmen durch andauerndes Absenken der Löhne „in einen ruinösen

Niederlassung des Arbeitgebers im Internationalen Arbeitsvertragsrecht (2006); *Pfeil*, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 2008, 3.

¹⁴⁸ RL 96/71/EG, RL (EU) 2018/957. Vgl *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU, DRdA 1999, 173 ff; *Rebhahn*, Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht, wbl 2008, 63; *Selmayr*, Die gemeinschaftsrechtliche Entsendefreiheit und das deutsche Entsendegesetz, ZfA 1996, 615; *Däubler*, Die Entsenderichtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, EuZW 1997, 613; *Junker*, Europäische Grundfreiheiten und Arbeitsrecht, DRdA 2009, 208; *Schrammel*, Dienstleistungsfreiheit und Sozialdumping, EuZA 2009, 36; *Windisch-Graetz*, Änderungen der Entsenderichtlinie 2018, ZAS 2019, 147; *Aubauer/Glowacka*, Entsende-Richtlinie neu, in GedS *Rebhahn*, 1 ff.

¹⁴⁹ Vgl das LSD-BG.

¹⁵⁰ Art 21, 23 GRC, RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG. Vgl *Dullinger*, Die unmittelbare Benachteiligung im GIBG, in GedS *Rebhahn*, 33 ff; *Thüsing*, Grenzfragen mittelbarer Diskriminierung, in GedS *Rebhahn*, 611 ff; *Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG (2006); *Junker*, Arbeitsrecht vor vierzig Jahren, Vergleichend betrachtet, EuZA 2012, 1 f; *Banks et al*, The lasting influence of legal origins: Workplace discrimination, social inclusion and the law in Canada, the United States and the European Union, in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour Law, 220 ff; *Schubert*, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union als Mittel zur Expansion des Unionsrechts? EuZA 2020, 302.

¹⁵¹ Auch in Deutschland, ebenso in Frankreich. Vgl *Bailly/Feuerborn*, Aktuelle französische Gesetzgebung und Rechtsprechung im Bereich der Antidiskriminierung, EuZA 2008, 68 ff.

¹⁵² Vgl Art 153 Abs 5 AEUV; RL (EU) 2022/2041; *Löschnigg* (Hrsg.), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich (2013); *Niksova*, Entsenderichtlinie neu: „Gleiches Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort?“ ZAS 2019, 152; *Niksova*, Das deutsche Mindestlohngesetz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, ZAS 2016, 156; *Grillberger*, Mindestlöhne im internationalen Arbeitsrecht, EuZA 2018, 143.

Preiswettbewerb miteinander treten.“¹⁵³ Wenn es um Arbeit geht, wird mithin bis zu einem gewissen Grad darauf verzichtet, *Knappheit* durch Preise anzuzeigen.¹⁵⁴

Ein gesetzlicher (staatlicher) Mindestlohn vermag Kollektivverträge zwar ein Stück weit zu entwerten, steht einem Recht auf Kollektivverhandlungen jedoch nicht prinzipiell entgegen.¹⁵⁵ Ein staatlicher Mindestlohn herrscht in der EU mehrheitlich vor, in Österreich besteht hingegen, wie in einigen anderen Staaten mit vergleichsweise hoher kollektivvertraglicher Deckungsrate (Tarifbindung), kein solcher Mindestlohn.¹⁵⁶ Wo es einen solchen Mindestlohn gibt, da wird er entweder rechnerisch angepasst oder willentlich festgesetzt, wobei idR die „Sozialpartner“ mit mehr oder weniger weitgehender Beteiligung an der Festsetzung der Höhe involviert sind.¹⁵⁷ Die Bandbreite der Mindestlöhne reichte im Jahr 2022 von 332 Euro bis 2257 Euro,¹⁵⁸ wobei die Unterschiede bei Berücksichtigung der Preisniveaunterschiede etwas geringer waren; der Mindestlohn ist in Verhältnis zum Medianlohn sowie zum Durchschnittslohn zu betrachten.¹⁵⁹ Die EU gibt nun vor, dass bei der Bewertung der Angemessenheit gesetzlicher Mindestlöhne *Referenzwerte* zugrunde zu legen sind, und sie empfiehlt, für diese Zwecke auf internationaler Ebene übliche Referenzwerte wie 60 % des Median- und 50 % des Durchschnittslohns (brutto) zu verwenden.¹⁶⁰

Der Stellenwert des Mindestlohns ebenso wie anderer Schutzbestimmungen hängt nicht zuletzt von den Möglichkeiten ihrer Durchsetzung ab.¹⁶¹ Bisweilen scheint es, als würden „strengere“ Regeln oftmals weniger streng überwacht als „lockerere“, doch ist damit allein

¹⁵³ Vgl. *Flecker*, Arbeit und Beschäftigung, 56; *Albin*, Social Inclusion for Labour Law: Meeting Particular Scales of Justice, in *Collins et al*, Philosophical Foundations of Labour Law, 287 ff.

¹⁵⁴ Vgl. *Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft⁹ (2019) 228.

¹⁵⁵ Vgl. *Rebhahn*, Gestaltungsbedingungen in einem vereinten Europa im Rechtsvergleich, in Brodil (Hrsg), Gestaltungsräume und neue Grenzen im Arbeitsrecht, Wiener Oktobergespräche 2016, 689.

¹⁵⁶ Vgl. *Rebhahn*, Mindestlöhne, wbl 2016, 689; *Mosler/Pfeil* (Hrsg), Mindestlohn im Spannungsfeld zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik (2016). Für Arbeitgeber:innen spielen beim Arbeitsentgelt auch die *Lohnnebenkosten* eine Rolle; in der EU entfielen im Jahr 2020 im Durchschnitt 32 Euro Lohnnebenkosten auf 100 Bruttoverdienst, was in den einzelnen Staaten vor dem Hintergrund der durchschnittlichen Arbeitsproduktivität zu sehen ist, die divergieren kann. Vgl. *Statista*, Lohnnebenkosten in den EU-Ländern bis 2020 (Stand 2023); *WKO*, Arbeitsproduktivität (Stand 2023); *Deakin*, Labour Law as Market Regulation, in *Davies et al* (Hrsg), European Community Labour Law: Principles and Perspectives, Liber Amicorum Lord Wedderburn (1996), 63 (74).

¹⁵⁷ Vgl. *Jacobs*, Labour and the Law in Europe, 49.

¹⁵⁸ Eine Gruppe von Staaten, darunter Ungarn, Kroatien und Portugal, weist weniger als 1000 Euro im Monat als Mindestlohn aus; in einer zweiten Gruppe, die aus Slowenien und Spanien besteht, beträgt der Mindestlohn zwischen 1000 und 1500 Euro; über 1500 gibt es in der dritten Gruppe, zu der Deutschland und Frankreich zählen. Vgl. *Eurostat*, Minimum wages, January 2022. Der Anteil der Arbeitnehmenden, die weniger als 105 % des Mindestlohns verdienen, gibt Auskunft darüber, inwieweit sich Arbeitgebenden *unmittelbar* daran orientieren; das waren in Jahr 2014 zB in Slowenien 19,1 %, während es in Belgien 0,4 % waren. Vgl. *Eurostat*, Archive: Statistiken über Mindestlöhne (Stand 2020).

¹⁵⁹ Laut *Statista* (Stand 2023) ergibt das zB für Ungarn im Jahr 2021, dass der Anteil des Mindestlohns am Median- bei 45,3 % und am Durchschnittslohn bei 35,4 % lag, während er in Deutschland bei 51,1 % am Median- und 45,1 % am Durchschnittslohn lag.

¹⁶⁰ Art 5 Abs 4 RL (EU) 2022/2041.

¹⁶¹ Vgl. *Malmberg*, Enforcement of Labour Law, in Hepple/Veneziani (Hrsg), The Transformation of Labour Law in Europe (2009), 263-287.

nichts über die Rechtstreue, dh über die Befolgsrate, ausgesagt.¹⁶² Das Arbeitsrecht ist in seiner Gesamtheit und damit sowohl in seiner Ordnungs- als auch in seiner Schutzfunktion vor den Hintergrund der „Schattenwirtschaft“ zu stellen, die in Österreich für das Jahr 2023 mit 7,9 % des BIP prognostiziert wird.¹⁶³

Die Rechtspositionen einzelner Arbeitnehmender könnten auf verschiedene Weise durchgesetzt werden, insb im Wege der individuellen Klage, eines Klagerechts von Interessenvertretungen oder mittels amtswegiger Überprüfung und Anzeige nach dem Verwaltungsstrafrecht.¹⁶⁴ Es gibt zwar in Österreich ein „besonderes Feststellungsverfahren“, das der Betriebsrat betreiben kann, wie uU auch eine Kündigungsanfechtung durch den Betriebsrat möglich ist,¹⁶⁵ auch ahndet die Arbeitsinspektion Verstöße gegen arbeitsrechtliche Schutznormen,¹⁶⁶ und dennoch bleibt eine Reihe von Ansprüchen, zB auf einen über dem Mindestlohn liegenden Istlohn, der individuellen gerichtlichen Geltendmachung vorbehalten. Gerichtlicher Konflikt wird bekanntlich gescheut, solange eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erwogen wird,¹⁶⁷ weshalb zB die Zulässigkeit der Verjährung (des Verfalls) während des aufrechten Arbeitsverhältnisses und der vertraglichen Verkürzung von gesetzlichen Verjährungsfristen *nicht* vom Schutzgedanken getragen ist.¹⁶⁸

Wenn über das Arbeitsentgelt gesprochen wird, so ist auch zu bedenken, dass das Arbeitsrecht Fälle der *Fortzahlung* des Entgelts trotz Unterbleibens der Arbeit kennt; der Fall des jährlichen *Erholungsurlaubs* gehört fraglos dazu.¹⁶⁹ Bezahlter Jahresurlaub ist nicht selbstverständlich,¹⁷⁰ doch können ihn Arbeitnehmende in der EU im Ausmaß von min vier Wochen beanspruchen,¹⁷¹ in Österreich gebühren 30 Werktage (fünf Wochen; und nach 25

¹⁶² Vgl *Kanbur/Roncani*, Enforcement matters: The effective regulation of labour, *International Labour Review* 157/2018/3, 331-356.

¹⁶³ Statista (Stand 2023), zum Vergleich: Griechenland und Italien in etwa 21 %, Großbritannien 12,7 %, Deutschland 10,2 %.

¹⁶⁴ Vgl *Rebhahn*, Individualarbeitsrecht zwischen private und öffentlichem Recht? *EuZA* 2011, 143; *Junker*, Gesetzlicher Mindestlohn und Europäische Grundfreiheiten, *EuZA* 2015, 399 f. In Frankreich scheint Arbeitsrecht in höheren Maße im Wege der öffentlichen Verwaltung und des Strafrechts durchgesetzt zu werden als in Deutschland und in Österreich. Vgl *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 273. Dieselbe Rechtsfrage kann von Staat mitunter unterschiedlich eingeordnet, dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Vgl *Rebhahn*, *ZEuP* 2002, 445. Es gibt aber auch gänzlich anderen Ansätze: In Großbritannien wird zB eine Liste jener Arbeitgeber:innen, die sich nicht an den Mindestlohn gehalten haben, veröffentlicht, um öffentlichen Druck zur Einhaltung aufzubauen. Vgl <https://www.theemploymentlawsolicitors.co.uk/news/2022/02/18/named-and-shamed-15/> (Stand 11.5.2023).

¹⁶⁵ § 54 ASGG, § 105 Abs 4 ArbVG.

¹⁶⁶ Vgl das Arbeitsinspektionsgesetz 1993.

¹⁶⁷ Vgl *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 159.

¹⁶⁸ Vgl *Pfeil*, Zur Zulässigkeit von Verfalls- und Verjährungsklauseln im Arbeitsrecht, *RdW* 1986, 343; *Vollmaier/Herzeg*, Verjährungs- und Verfallsabreden im Arbeitsrecht, *JAP* 2006/2007, 33; *Wöss*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, *DRdA* 1988, 216; *Gerhartl*, Verjährung, Verfall und Verzicht im Arbeitsrecht, *DRdA* 2010, 428.

¹⁶⁹ Vgl Art 31 Abs 2 GRC.

¹⁷⁰ In den USA besteht *kein* gesetzlicher Urlaubsanspruch unter Fortzahlung des Entgelts. Kollektivverträge sehen einen solchen aber vor; im Durchschnitt gebühren nach einem Dienstjahr lediglich 10 bezahlte Urlaubstage, erst nach 20 Jahren 20 Tage im Jahr. Vgl *Löschnigg/Schnittler*, *Arbeits- und Sozialrecht in den USA*, 33.

¹⁷¹ Art 7 RL 2003/88/EG.

Dienstjahren 36 Werktage).¹⁷² Der Urlaubszeitpunkt wird entweder einseitig von den Arbeitgebenden, ggf nach Antrag und Anhörung der Arbeitnehmenden, festgelegt oder er hat, wie in Österreich, *vereinbart* zu werden, wobei das Vereinbarungsmodell mehr Respekt bekundet, aber nicht mehr Schutz bedeutet, weil auch bei einseitigen Festlegungen die Erholungsinteressen gegen die betrieblichen Interessen abzuwägen sind.¹⁷³

Werdende Mütter sehen in der EU einem, als Entgelt oder als Sozialleistung, bezahlten *Mutterschaftsurlaub* in der Dauer von 14 Wochen entgegen; die Mitgliedstaaten gewähren diesen von der Aufteilung her entweder nur vor oder nur nach oder sowohl davor als auch nach der Entbindung.¹⁷⁴ Der andere Elternteil hat Anspruch auf zehn Arbeitstage bezahlten Urlaub anlässlich der Geburt oder Adoption des Kindes, ergänzend sieht das Unionsrecht einen für die Dauer von zwei Monaten bezahlten, insgesamt min viermonatigen Elternurlaub vor.¹⁷⁵ Österreich geht mit den familienpolitisch angereicherten arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen über die Elternkarenz und Elternteilzeit, die Familienzeit sowie das Wochen- und Kinderbetreuungsgeld über diese Vorgaben hinaus.¹⁷⁶

Ein weiterer häufiger Entgeltfortzahlungsfall ist der Fall der *Erkrankung* oder Verunglückung, in welchem von Staat zu Staat sehr unterschiedliche Regeln bestehen, die mit dem Sozialrecht verzahnt sein können, sei es durch Rückerstattung für Arbeitgebende oder durch nachgereichte, teils auch überlappende Zahlungen der Krankenversicherung, das Krankengeld kann sogar grds (ausschließlich) eine Sozialleistung sein.¹⁷⁷ Sonach muss „Schutz“ im Arbeitsverhältnis nicht unbedingt arbeitsrechtlicher Schutz sein, es ist eine wirtschaftspolitische Entscheidung, wer die Kosten dafür – grds, sodann: wie lange und in welcher Höhe – tragen soll.¹⁷⁸ In Österreich steht Arbeitnehmenden ein (mit dem Dienstalter länger werdender) Anspruch auf Entgeltfortzahlung vonseiten der Arbeitgebenden für die Dauer von sechs Wochen pro Arbeitsjahr in voller Höhe und für vier Wochen in halber Höhe zu.¹⁷⁹

¹⁷² § 2 UrlG. In Deutschland umgreift der Urlaub 24 Werktage. Vgl *Senne, Arbeitsrecht*¹⁰, 149.

¹⁷³ Vgl *Jacobs, Labour and the Law in Europe*, 55; *Kammerer/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Frankreich*, 134.

¹⁷⁴ Art 8 RL 92/85/EWG.

¹⁷⁵ Art 8 iVm Art 4 Abs 1 und Art 5 Abs 2 RL (EU) 2019/1158.

¹⁷⁶ Vgl MSchG, VKG, FamZeitbG, KBGG.

¹⁷⁷ Die EU anerkennt das Recht auf Zugang zur ärztlichen Versorgung; die Leistungen im Krankheitsfall unterliegen der gemeinschaftlichen Koordinierung. Vgl Art 34, 35 GRC; Art 3 VO (EG) 883/2004; *Resch, Der Arbeitgeber als „Träger“ für Leistungen der sozialen Sicherheit im europäischen Sozialrecht*, ZIAS 1998, 215; *Kammerer/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Frankreich*, 142 ff.

¹⁷⁸ In den USA besteht grds nur ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung, doch setzt sich allmählich ein Modell durch, demzufolge für eine bezahlte Krankenstandstunde zuvor eine bestimmte Anzahl an Arbeitsstunden geleistet worden sein müssen. Vgl *Löschnigg/Schnittler, Arbeits- und Sozialrecht in den USA*, 31; *Senne, Arbeitsrecht*¹⁰, 152.

¹⁷⁹ Bei halber Höhe gebührt halbes, später volles Krankengeld von der Krankenversicherung, doch ist das „volle“ Krankengeld nicht das volle Entgelt. Vgl § 8 AngG, § 141 ASVG. Während in Deutschland und Österreich Arbeitgebende sechs Wochen lang das volle Entgelt fortzahlen, zahlen sie in Polen 33 Tage 80 % und nur bei Arbeitsunfällen 100 %, in Ungarn leisten sie lediglich bis zum 15. Tag 70 %, in Italien wird das halbe Entgelt fortgezahlt, nach 20 Tagen wird es auf zwei Drittel erhöht, max für 180 Tage, in Schweden sind es 80 % für 14 Tage, dann greift das Krankengeld der

Die bereits angesprochenen Verfalls- oder *Verjährungs*fristen für Entgeltansprüche stehen der Effektivität der Vorschriften *nicht grds* entgegen, zumindest nicht nach Vertragsende, solange sie die Geltendmachung von Ansprüchen nicht über Gebühr erschweren.¹⁸⁰ Nicht nur bei der Länge der Fristen, sondern auch bei der „Grundregelung“ gibt es Unterschiede, so kann der Urlaub mancherorts nicht verjähren, in Österreich verjährt er zwei Jahre nach dem Jahr seines Entstehens, andernorts kann er nur *ausnahmsweise* ins erste Quartal des Folgejahres übertragen werden und *muss* also grds im Urlaubsjahr konsumiert werden, wohingegen in Österreich keine solche Einschränkung besteht; beide Male besteht in Österreich je nach Perspektive mehr oder weniger Schutz, im ersten Fall entschwindet der Anspruch, doch hält die Verjährungsfrist dazu an, den Urlaub zu „verbrauchen“ anstatt sich am Ende eine Ersatzleistung auszahlen zu lassen, im zweiten Fall entschwindet der Anspruch gerade nicht, aber der Erholungswert schwindet.¹⁸¹

Bei Zahlungsunfähigkeit von Arbeitgebenden ist das Entgelt der Arbeitnehmenden in der EU durch bestimmte Einrichtungen garantiert; in Österreich durch den Insolvenz-Entgelt-Fonds.¹⁸² Die Insolvenzeröffnung kann aber mit Erleichterungen für die Beendigung des Arbeitsvertrages einhergehen.¹⁸³

Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch *Aufhebungsvertrag* steht den Vertragsparteien in allen Mitgliedstaaten frei; sie ist grds unproblematisch, kann sich aber auf allerlei nachvertragliche Rechtsfragen auswirken.¹⁸⁴

Die unternehmerische Freiheit wird in der EU anerkannt, zugleich wird den Arbeitnehmenden Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung zugesichert und ihre Berufsfreiheit anerkannt, sodass der Arbeitsvertrag vonseiten der Arbeitgebenden nicht willkürlich einseitig beendet werden darf und vertraglich nicht schrankenlos nachvertragliche Pflichten auferlegt werden dürfen.¹⁸⁵ Es reicht nicht aus, soweit von fristloser Entlassung abgesehen wird, „nur“ eine Kündigungsfrist und allenfalls einen Kündigungstermin zu wahren, die Kündigung müsste *ihrem Grunde nach* gerechtfertigt sein.¹⁸⁶ Vereinzelt hebt das Unionsrecht hervor, dass die Kündigung aus einem bestimmten Grund *nicht* gerechtfertigt sei, zB stellt

Sozialversicherung. Nicht selten gibt es Wartezeiten (zB einen Karenztag), um missbräuchliche Inanspruchnahme hintanzuhalten. Vgl *Huger*, Employment Law in CEE, 87, 102, 119, 168; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht¹⁷ (2017), Rn 225, 227; *Király/Szent-Ivány*, Hungary, in Labour Law: A Practical Global Guide (2011), 273; *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien, 98 f; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 24 f; *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 129; *DUIHK*, Ungarisches Arbeitsrecht, 7.

¹⁸⁰ Vgl EuGH 2.12.1997, C-188/95, Slg 1997, I-6783; EuGH 18.9.2003, C-125/01, Slg 2003, I-9375; EuGH 1.12.1998, C-326/96, Slg 1998, I-7835; EuGH 8.7.2010, C-246/09.

¹⁸¹ Anspielung zuerst auf Schweden, dann auf Deutschland. Vgl *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 33; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht²² (2017), Rz 239.

¹⁸² RL 2008/94/EG. Vgl das IESG.

¹⁸³ Vgl *Jacobs*, Labour and the Lw in Europe, 91 f. Für Österreich vgl § 25 IO.

¹⁸⁴ Vgl *Pacic*, Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrages im Rechtsvergleich, ZfRV 2007, 187.

¹⁸⁵ Art 15, 16, 30 GRC. Art 33 Abs 2 GRC verbietet die Kündigung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund. Vgl *Junker*, Europäische Vorschriften zur Kündigung, EuZA 2014, 143.

¹⁸⁶ Vgl *Schregle*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aus rechtsvergleichender Sicht, DRdA 1979, 361; *Cabrelli*, Employment law (2022), 68 ff.

der Betriebsübergang „als solcher“ keinen Kündigungsgrund dar, denn eine Richtlinie legt fest, dass die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag von der den Betrieb veräußernden auf die ihn erwerbende Person übergehen.¹⁸⁷

Der Einfluss des Kündigungsschutzes auf den Arbeitsmarkt ist schwer zu errechnen, weswegen es nicht verwundert, dass die Meinungen über das „richtige Maß“ weit auseinandergehen; mag die Schutzwirkung fraglich sein, so ist die „Stärke“ des Kündigungsschutzes iS des Aufwands und der Kosten iZm Kündigungen vonseiten der Arbeitgebenden fraglos ein Ordnungsfaktor.¹⁸⁸ Je stärker der Kündigungsschutz ausgeprägt ist, desto mehr Bedeutung wird der Möglichkeit einer *Befristung* oder einer – in der EU längstens auf sechs Monate beschränkten, in Österreich grds nur für einen Monat zulässigen – Probezeit aus Sicht der Arbeitgebenden.¹⁸⁹

Das Arbeitsverhältnis muss nicht unbefristet sein, darf in der Union jedoch nicht übervorteilend zu lang oder zu oft *befristet* werden; ein Verstoß dagegen könnte die Entfristung oder die Pflicht zur Entschädigung zur Folge haben.¹⁹⁰ In manchen Staaten ist die erste Befristung, wie in Österreich, unbeschränkt zulässig, weitere bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung, wohingegen andere Staaten die erst- wie die mehrmalige Befristung bis zu einer Höchstdauer (ohne Rechtfertigungserfordernis) gestatten; in einigen Länder bedarf die Befristung stets einer gesetzlich zT näher, teils weiter gefassten Begründung.¹⁹¹ In manchen Staaten ist auch ein befristeter Vertrag „ordentlich“ kündbar, dh unter

¹⁸⁷ Art 3 Abs 2 und Art 4 Abs 1 RL 2001/23/EG. Vgl *Reissner*, Übergang von Mitarbeitern und Betriebsübergangsbegriff, in *GedS Rebhahn*, 489 ff; *Junker*, Der identitätswahrende Übergang einer wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung des Betriebsübergangs, *EuZA* 2019, 45.

¹⁸⁸ Vgl *Rebhahn*, Weniger oder mehr Kündigungsschutz? *EuZA* 2012, 439 f; *Bronstein*, International and Comparative Labour Law (2009), 73; *Howe et al*, Job loss, in *Finkin/Mundlak*, Comparative Labour Law, 268 (291 f).

¹⁸⁹ Vgl *Rebhahn*, Überlegungen zu weiteren europäischen Mindeststandards zum Arbeitsrecht, *EuZA* 2011, 295 (304). In den USA dürften eher Arbeitnehmer:innen an Befristungen interessiert sein, denn anders als unbefristete Verträge dürfen befristete Verträge nicht jederzeit grundlos gekündigt werden. Vgl *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA, 17, 35 f. Für die Beendigung befristeter Verträge bedürfe es eines wichtigen Grundes (engl. good cause), zB einer unzureichenden Arbeitsleistung.

¹⁹⁰ RL 1999/70/EG. Vgl *Franzen*, Die jüngere Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts, *EuZA* 2008, 1 (29 f).

¹⁹¹ Ähnlich wie in Österreich dürfte es in den Niederlanden sein, in Polen dürften zwei Befristungen zulässig sein. Deutschland hat bei zwei, Ungarn bei fünf Jahren eine Grenze gezogen, Schweden bei zwei Jahren in einem fünfjährigen Zeitrahmen. Einer Begründung bedarf die Befristung zB in Frankreich, Spanien, Griechenland und Finnland. Vgl *Rebhahn*, Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU, *ZfA* 2003, 163 (178 f); *Gobert/Krisch*, Arbeitsrecht in Ungarn, in *Hennsler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³ (2011), 1555-1596, Rn 9; *Engblom*, Recent Developments in Finnish Labour Law, *EuZA* 2014, 120 (125); *Heinz*, Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa² (2010), 59; *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 45 ff; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 13; *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 275. Vereinzelt ist, zB in Frankreich, Slowenien und Portugal, bei Ablauf der Zeit eine Abfindung vorgesehen, falls der Vertrag nicht verlängert wird. Vgl *Kresal*, *EuZA* 2013, 388 (392); *Frey*, *EuZA* 2014, 60 (67); *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 52. Wird die Arbeit nach Zeitablauf fortgeführt, führt dies zB in Portugal idR zur Verlängerung, in Estland dagegen zur Entfristung und in Italien vor Ablauf von 36 Monaten zu einer um 20 bis 40 % erhöhten Vergütung während der Weiterarbeit, nach Überschreiten der 36 Monate, die als Höchstdauer der Befristung gelten, wird der befristete zu einem unbefristeten Vertrag. Vgl *Frey*, *EuZA* 2014, 66; *Tupay*, Das befristete Arbeitsverhältnis als Ausdruck der Flexicurity nach estnischem Modell, *EuZA* 2014, 468; *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien, 26.

Einhaltung von Fristen (und Terminen), wodurch die Befristung zur bloßen Höchstbefristung wird, wohingegen das befristete Arbeitsverhältnis in Österreich zwar nicht grds vorzeitig kündbar ist, die Kündigungsmöglichkeit aber vereinbart werden kann, wodurch der mit der Befristung gesetzlich intendierte Bestandschutz verloren geht;¹⁹² dass die Befristung nach dem Gesetz für bestandfester gehalten wird, zeigt sich daran, dass der Ablauf der Befristung nicht, wie es außerhalb Österreichs vorkommt, anfechtbar ist, also nicht einer Kündigung gleichgehalten wird.¹⁹³

Die *Erklärung* der Kündigung ist in vielen Staaten schriftlich, in manchen ist sie auch begründet abzugeben, sei es stets oder nur auf Verlangen, und vereinzelt obliegt es den Arbeitgebenden vorher mit den betroffenen Arbeitnehmenden zu sprechen oder die Belegschaftsvertretung zu konsultieren.¹⁹⁴ In der Mehrzahl der Staaten gilt der Kündigungsschutz ohne Rücksicht auf die *Größe* des Betriebes; in Österreich gibt es Ausnahmen für Kleinbetriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmenden, weil diese nicht „betriebsratspflichtig“ sind.¹⁹⁵ In einer Reihe von Staaten greift der Kündigungsschutz erst nach einer *Mindestdauer* des Arbeitsverhältnisses, und wo es keine Wartezeit gibt, da kann uU eine Probezeit mit leichter Lösungsmöglichkeit den nämlichen Zweck erfüllen.¹⁹⁶ Der Probemonat ist in Österreich *zu kurz* dafür (ein Monat), aber für die Anfechtung einer Kündigung wegen „Sozialwidrigkeit“ bedarf es einer Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit von (für die Auswertung der Leistungen aussagekräftigeren) sechs Monaten.¹⁹⁷

In manchen Staaten können Arbeitgebende ihre Arbeitnehmenden nicht ohne behördliche Bewilligung kündigen, wohingegen ein derartiges Erfordernis in Österreich nur für *besonders* geschützte Gruppen und diesfalls als gerichtlicher¹⁹⁸ Schutz besteht, zB für werdende Mütter.¹⁹⁹ Was sich hier schon eröffnet, ist, dass Österreich zu jenen Staaten zählt, in denen eine Kündigung *grds* als *gerechtfertigt* gilt, solange sie sich im gesetzlichen Rahmen bewegt, während Kündigungen vonseiten der Arbeitgebenden in einer anderen Gruppe von Staaten als *unberechtigt* gelten, außer sie wären auf einen rechtfertigenden Grund gestützt, der sehr ausführlich und abschließend oder eher allgemein umschrieben

¹⁹² Vgl *Heinz*, Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa², 26; *Tomandl*, Höchstbefristung: eine andere Sichtweise, ZAS 2004, 276; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 14, 65..

¹⁹³ In England gilt der Ablauf der Befristung als Kündigung, sodass eine Anfechtung des Zeitablaufs unter Berufung darauf, dass dies „unfair“ sei, infrage kommt. Vgl *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 47.

¹⁹⁴ *Rebhahn*, ZfA 2003, 175; *Portmann/Wildhaber*, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 198.

¹⁹⁵ *Rebhahn*, ZfA 2003, 191.

¹⁹⁶ In England und in Dänemark besteht eine zweijährige Wartezeit. Vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 192 f; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 129.

¹⁹⁷ § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG. Auch in Deutschland gibt es eine sechsmonatige Wartezeit. Vgl *Senne*, Arbeitsrecht¹⁰, 209 f.

¹⁹⁸ Bei begünstigter Behinderung bedarf es keiner gerichtlichen Zustimmung, sondern jener des Behindertenausschusses. Vgl § 8 BEinstG.

¹⁹⁹ Anspielung auf die Niederlande und Dänemark. Vgl *Hoogendoorn/Rogmans*, Arbeitsrecht in den Niederlanden, in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa³, 777-843, Rn 128; *Jaspers*, Dutch labour law and the European Convention on Human Rights, EuZA 2013, 161 (166). Zum besonderen Bestandschutz bei Schwangerschaft vgl § 10 MSchG.

sein kann.²⁰⁰ Daraus erschließt sich allerdings nicht schon der „Stärkegrad“ des Kündigungsschutzes, sondern nur, ob der *Ansatzpunkt* für die rechtspolitische Ausgestaltung des Kündigungsschutzes eher ein sozial- oder ein wirtschaftspolitischer ist.

Die Teilnahme an einem Streik, auch an einem rechtmäßigen Streik, beendet einem Modell zufolge das Arbeitsverhältnis; ohne Anspruch auf Wiedereinstellung.²⁰¹ In den meisten Staaten *ruhen* dagegen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag bei Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik; dagegen wird die Abwesenheit nach älterer Lehrauffassung in Österreich als Nichterfüllung betrachtet, weshalb jedenfalls kein Anspruch auf Entgelt gebührt, doch wird wohl nicht mehr davon ausgegangen, dass eine Kündigung wegen eines rechtmäßigen Streiks gerechtfertigt sei.²⁰²

Sofern ein Grund als Kündigungsgrund anerkannt ist, zB beharrliche Pflichtverletzung, prägt er bereits die Erwartungshaltung im *laufenden* Arbeitsverhältnis; und das gilt nicht nur in Bezug auf das Verhalten von Arbeitnehmenden, sondern mit Bezug auf „betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen“ (betriebsbedingte Kündigung) auch hinsichtlich dessen, was zB von Arbeitgebenden im Hinblick darauf, die Kündigung zu *vermeiden*, erwartet werden darf (sog „soziale Gestaltungspflicht“).²⁰³

Bei vorübergehenden wirtschaftlichen Problemen besteht manchmal die Möglichkeit, Arbeitnehmende *nicht* zu kündigen, sie stattdessen kurzfristig gegen Entfall des Entgelts vom Dienst freizustellen oder zB ihre Arbeitszeit zu kürzen, zuweilen einhergehend mit staatlichen Beihilfen. Jedoch haben, zT mit Ausnahmen für Fälle höherer Gewalt, bei aufrechter Arbeitsverhältnis grds die Arbeitgebenden das Risiko des Ausfalls lohnender Beschäftigungsmöglichkeiten, zB infolge Rückgangs der Nachfrage, zu tragen.²⁰⁴ Hier wird das, was als „unternehmerisches Risiko“ gilt, ordnungshalber *zugewiesen*, arbeitsrechtlicher Schutz besteht darin, die *Überwälzung* desselben für sittenwidrig zu erklären.²⁰⁵

²⁰⁰ Zur ersten Gruppe zählen neben Österreich auch Belgien, Griechenland, England und Deutschland, zu zweiten Gruppe sind Spanien, Portugal, die Niederlande, Frankreich, Italien, Schweden und Finnland zu rechnen. Vgl *Rebhahn*, Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU, ZfA 2003, 163 (172 f); *Bronstein*, International and Comparative Labour Law (2009), 75 f.

²⁰¹ So ist es vielleicht noch in Dänemark. Vgl *Junker*, RdA-Beilage 2009, 8.

²⁰² In Frankreich dürfte selbst die Teilnahme an einem unrechtmäßigen Streik unproblematisch sein, sofern kein grobes Verschulden diesbezüglich vorwerfbar ist. Wer einen rechtmäßigen Streik organisiert, haftet grds nicht für Schäden, doch ist im entgegengesetzten Falle die Haftung nicht schlechthin zu bejahen. Mancherorts sind Gewerkschaften nur bedingt zur Verantwortung zu ziehen, in Großbritannien ist die Haftung der Höhe nach begrenzt. Vgl *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 297; *Junker*, RdA-Beilage 2009, 8; *Rebhahn*, The International Journal of Comparative Labour law and Industrial Relations 20/2994/1, 109 f; *Kohlbacher*, Grundrecht auf Streik, Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen, ecolex 2015, 690; *Krejci*, Inwieweit kippt das Grundrecht auf Streik Österreichs tradierte Arbeitskämpfungsdoktrin? ASoK 2015, 282; *Mair*, Das europäische Arbeitskämpfrecht auf dem Weg nach Europa? JAS 2017, 44; *Jeschke*, Der europäische Streik, Konturen und Entwicklungsperspektiven eines gemeineuropäischen Streikrechts (2006); *Krieger/Schmidt-Klie*, Kollektives Arbeitsrecht im Vereinigten Königreich, ein vergleichender Überblick, EuZA 2014, 161 ff; *Träger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 5.

²⁰³ Vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 183, 186 f. Die Anforderungen an die besagte Gestaltungspflicht wurden in mehreren Staaten herabgesetzt, etwa in Slowenien und Tschechien. Vgl *Kresal*, EuZA 2013, 388; *Niksova/Pacic*, EuZA 2008, 78 ff.

²⁰⁴ Vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 201 f; *Jacobs*, Labour and the Lw in Europe, 46.

²⁰⁵ Vgl *Reiner*, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008, 203.

Wird eine betriebsbedingte Kündigung *erwogen*, so stellt sich die Frage nach Kriterien für die *Auswahl* der zu kündigenden Person. Ein mögliches Kriterium ist das Dienstalter, ein anderes ist die Qualifikation, ein drittes, worauf in Österreich abgestellt wird, ist der auf soziale „Härte“ abzielende *Sozialvergleich*, der jedoch nur dann infrage kommt, wenn sich der Betriebsrat gegen die hernach erfolgte Kündigung ausgesprochen hat.²⁰⁶ Indem der soziale Schutz der betroffenen Kollegenschaft der Arbeitnehmenden zugemutet wird, ummantelt er sich mit arbeitsmarktpolitischen Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit der Auswahl, denn unausgesprochen bleibt dabei, dass es um die voraussichtliche Dauer der Arbeitslosigkeit und damit um Sozialausgaben sowie allenfalls um geringere Leistungen von Sozialabgaben bei absehbar schlechter bezahlter Erwerbstätigkeit geht.

Wollen Arbeitgebende ihren Betrieb *schließen*, so steht es ihnen grds *frei*, das zu tun.²⁰⁷ In Österreich kann diesfalls mit dem Betriebsrat uU ein „erzwingbarer“ *Sozialplan* auszuhandeln sein, um Nachteile abzufedern; in vielen Staaten gibt es jedoch keine, erst recht keine erzwingbaren Sozialpläne.²⁰⁸ Es gibt sie zT im Zusammenhang mit *Massenkündigungen*.²⁰⁹ Massenkündigungen sind grds zulässig, doch gibt die EU das einzuhaltende Verfahren vor, insb eine Vorankündigungsfrist, um entgegenwirkende oder abmildernde Maßnahmen zu *ermöglichen* – dies wirkt auf ein Zusammenwirken von Arbeitgebenden, Arbeitnehmerschaft und Arbeitsamt hin.²¹⁰

²⁰⁶ § 105 Abs 3c ArbVG. In Schweden hat die Auswahl – sofern kollektivvertraglich nicht abweichend geregelt – nach dem Dienstalter, in Deutschland wie in Österreich nach sozialen Gesichtspunkten zu erfolgen, während in Polen „berufliche“ Kriterien im Fokus stehen, in Frankreich und England ist eine Mehrzahl von Kriterien zu berücksichtigen, doch wird in England, wie in Finnland und Dänemark, „nur“ eine sachliche, nachvollziehbare Auswahl gefordert. Vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 202 ff; *Franek*, Polen: Abschluss, Änderung, Übergang und Beendigung des Arbeitsvertrages im Vergleich zum deutschen Recht, ZfRV 2000, 161 ff; *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 191; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 55; *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 151.

²⁰⁷ Vgl *Rebhahn*, ZEuP 2002, 463. Die Hürden für Personalabbau bei Umstrukturierungen, infolge der Einführung neuer Technologien oder wegen wirtschaftlichen Schwierigkeiten sind indes zB in Frankreich durchaus hoch, wohingegen in Schweden ein relativ schwacher Schutz gegen Kündigungen aus „Arbeitsmangel“ und zugleich aber ein starker Schutz gegen personen- oder verhaltensbedingte Kündigungen besteht. Vgl *Kammerer/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Frankreich, 187 ff; *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 53 f.

²⁰⁸ Vgl *Rieble*, Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa (2006), § 2, Referat von *Evju*: Die Sicht der skandinavischen Länder, Rn 63; *Huger*, Employment Law in CEE, 85, 101; *Rebhahn*, Überlegungen zu weiteren europäischen Mindeststandards zum Arbeitsrecht, EuZA 2011, 295 (305); *Häußling*, Arbeitsrecht in Schweden, 55.

²⁰⁹ In Schweden wird dann darin zB auf durch Kollektivverträge festgelegte und von Unternehmen finanzierten Einrichtungen, die Beratungs- und Qualifizierungsleistungen anbieten, verwiesen. Vgl *Filipiak/Mühge*, Job Security Councils (2018).

²¹⁰ RL 98/59/EG. Vgl *Schregle*, DRdA 1979, 261 ff. Manche Staaten sprechen dann von einer Massenkündigung, wenn innerhalb von 30 Tagen eine gewisse Anzahl von Arbeitnehmer:innen *relativ* zur Größe der Belegschaft gekündigt wird, während andere auf eine *absolute* Zahl der Kündigungen im Zeitraum von 90 Tagen abstellen. Vgl Art 1 Abs 1 RL 98/59/EG; *Spelge*, Die Massenentlassungsrichtlinie, Vom Schattendasein zum Hot Spot des Kündigungsschutzrechts, EuZA 2018, 67. Auch in den USA ist im Vorfeld eine Ankündigungsfrist zu beachten, doch geht es dort weniger um abfedernde Maßnahmen und führt die Missachtung der Frist nicht zB wie in Österreich zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern zu fortgesetzter Lohnzahlung für jeden Tag der nicht eingehaltenen Frist. Vgl *Löschnigg/Schnittler*, Arbeits- und Sozialrecht in den USA, 41.

Abfindungen, die bei Massenkündigungen nicht selten sind, können ua den Effekt haben, eine geringe soziale Unterstützung bei Arbeitslosigkeit zu ergänzen.²¹¹ Wo auf hohe soziale Sicherung für Zeiten der Arbeitslosigkeit geachtet wird, zugleich aber Flexibilität bevorzugt wird, spricht man von „Flexicurity“.²¹² Soweit *Flexibilisierung* des Arbeitsmarktes gefordert wird, geht es meist um mehr Freiheit, sei es die Auswahlfreiheit bei der Einstellung, die Freiheit zur Anpassung der Rechte und der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag an veränderte Umstände oder die Kündigungsfreiheit.²¹³

Die Kriterien für eine gerechtfertigte Kündigung sind von den Rechten *bei* ungerechtfertigter Kündigung zu unterscheiden. Zahlreiche Staaten verpflichten Arbeitgebende, wie bei der „alten“ Abfertigung in Österreich, gesetzlich zur Zahlung einer *Abfindung* bei betriebsbedingter Kündigung,²¹⁴ wobei die Höhe mit dem Dienstalter ansteigt; in vielen dieser Staaten besteht der Anspruch sogar bei jeder ordentlichen Kündigung.²¹⁵ In Österreich ist die „neue“ Abfindung (Abfertigung) nicht mehr als eine Zahlungspflicht der Arbeitgebenden bei Ende des Arbeitsvertrages ausgestaltet, sondern als *laufende* Beitragspflicht an eine Vorsorgekasse, aus der sie nach min drei Beitragsjahren ausbezahlt werden kann.²¹⁶ Diese Zahlung ist sohin keine Entschädigungs-, sondern eine Vorsorgeleistung.²¹⁷

Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Abfindung in Form einer direkten Zahlung der Arbeitgebenden bei Ende des Arbeitsvertrages oder lässt sich im Zuge einer Anfechtung der Kündigung vor Gericht eine „freiwillige“ Abfindung durchsetzen, wird seltener auf Wiederherstellung des ungerechtfertigterweise gekündigten Arbeitsverhältnisses beharrt.²¹⁸ Es zeichnet sich eine Tendenz in Europa ab, vom alleinigen Ziel der *Fortsetzung* des Arbeitsverhältnisses abzurücken.²¹⁹ Für den Fall, *dass* es fortzusetzen ist, und zwar infolge der Aufhebung der Kündigung, kann die Rückabwicklung nach langer Verfahrensdauer für beide Seiten unangenehm werden (Nachzahlung von Entgelt, Rückzahlung von Sozialleistungen); mancherorts gibt es gesetzliche Beschränkungen der Entgeltnachzahlungspflicht.²²⁰

²¹¹ Vgl *Rebhahn*, ZfA 2003, 163 (166 f).

²¹² Vgl *Rieble*, Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa (2006), § 2, Referat von *Evju*; *Westregard*, Changes in the Swedish Sickness Insurance System and Labour Law due to Influence of Flexicurity, EuZA 2014, 30.

²¹³ Vgl *Rubery/Grimshaw*, The organization of employment: an international perspective (2003), 139.

²¹⁴ So zB England. Vgl *Tröger/Roß-Kirsch*, Arbeitsrecht in Großbritannien², 147.

²¹⁵ Vgl *Rebhahn*, ZEuP 2002, 463 f; vgl zB *DUIHK*, Ungarisches Arbeitsrecht, 8.

²¹⁶ Vgl *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016), 155 ff.

²¹⁷ Auch in Italien hat die Zahlung eher Vorsorgecharakter. Vgl *Dolce/de Luca*, Arbeitsrecht in Italien, 65.

²¹⁸ Vgl *Rebhahn*, Abfindung statt Kündigungsschutz? Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, 272; *Rebhahn*, ZEuP 2002, 364; *Nieto*, EuZA 2012, 569.

²¹⁹ Das haben zB Ungarn und Italien deutlich gemacht. Vgl *Kovácz/Bankó*, Die Lehre der ungarischen Kodifikation, Gesetzgeberische Konzepte, ihre Auswirkungen und neue Probleme, EuZA 2016, 263 (268); *Küpper*, Die ungarische Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, WiRo 2017, 1; *Leccese*, Der „unbefristete Arbeitsvertrag mit ansteigendem Schutz“, Die neuen italienischen Regeln zum Schutz gegen unbegründete Kündigungen, EuZA 2016, 516.

²²⁰ Vgl *Kiedrowski*, Rechtsfolgen rechtswidriger Kündigungen im polnischen Arbeitsrecht, EuZA 2012, 346.

Arbeitsvertragsklauseln, die Arbeitnehmende *nach Beendigung* des Arbeitsverhältnisses in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken, und Klauseln, die sie verpflichten, von Arbeitgebenden getragene Ausbildungskosten rückzuerstatten, falls sie das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Dauer beendet haben, *binden* die betroffenen Arbeitnehmenden gewissermaßen an das Unternehmen. Die Bindungsdauer zur Rückzahlung von Kosten ist in Österreich sowohl auf wenige Jahre begrenzt als auch an eine Aliquotierung gebunden.²²¹ Im Ausland sind zT andere Bedingungen zu finden, zB eine Mindesthöhe der Ausbildungskosten (Schwellenbetrag).²²² *Nachvertragliche Wettbewerbsverbotes* sind nur vereinzelt unzulässig, doch gebührt für deren unterschiedlich lang beschränktes Einhalten in vielen Staaten eine Gegenleistung als Entschädigung.²²³ Während die österreichische Beschränkung dieser sog „Konkurrenzklausele“ auf ein Jahr nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Statuierung der Bedingung, dass das „Fortkommen“ der Arbeitnehmenden nicht „unbillig erschwert“ werden darf, die Arbeitnehmenden zu schützen gedacht sind, ist die Befreiung der Arbeitgebenden von einer Gegenleistung *keine* Schutzbestimmung; das Fehlen einer solchen für den Regelfall²²⁴ ist hier die Ordnungsnorm. Die österreichische Deckelung der Konventionalstrafe bei Zuwiderhandeln mit dem sechsfachen Monatsentgelt ist wohl *mehr* eine Rechtssicherheit schaffende Ordnungs- als eine Schutznorm, denn Gerichte können die Höhe der Konventionalstrafe ohnedies *mäßigen*.²²⁵

Ein Anspruch auf ein *Arbeitszeugnis* (Dienstzeugnis) nach dem Arbeitsverhältnis, wie das in Österreich vorgesehen ist, besteht nicht überall.²²⁶ Von einer Schutznorm kann hierbei nur insoweit die Rede sein, als sie zu erkennen gibt, dass für den Arbeitsmarkt nachteilige Äußerungen unangebracht sind, zugleich spiegelt sich in diesem Bezug auf den *Markt* das wirtschaftliche Anliegen des *fairen Wettbewerbs* wider.

²²¹ §§ 2c, 2d AVRAG.

²²² Vgl Huger, Employment Law in CEE, 80, 97, 114.

²²³ Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind wohl am weitesten in Thailand zulässig, dann in den USA, doch finden sie zumeist spätestens nach 18 Monaten ihr Ende, in Tschechien und Österreich sind sie für längstens ein Jahr zulässig, in Schweden für zwei, in Italien für drei Jahre, dagegen sind sie in Bulgarien und der Slowakei – wie zB in Indien und Mexiko – gänzlich unzulässig. Vgl Hyde/Menegatti, Legal protection for employer mobility, in Finkin/Mundlak, Comparative Labour Law, 195 ff; Vgl Huger, Employment Law in CEE, 45, 60, 78, 161; Tavits, Entwicklungen und aktueller Stand des estnischen Arbeitsrechts, EuZA 2013, 124 (127). In Frankreich zB ist zwischen 40 und 50 % der durchschnittlichen Vergütung der letzten 12 Monate zu leisten. In England gibt es dagegen keine Entschädigung. Vgl Niksova/Pacic, EuZA 2008, 78 ff; Huger, Employment Law in CEE, 60, 113, 176 f; Nystöm, Developments in Swedish Labour Law 2012-2016, EuZA 2017, 283 (297); Kammerer/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Frankreich, 43 f; Dolce/de Luca, Arbeitsrecht in Italien, 25; Tröger/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Großbritannien², 72; Senne, Arbeitsrecht¹⁰, 86.

²²⁴ Nur dann, wenn der/die Arbeitgeber:in das Arbeitsverhältnis aufkündigt, ohne, dass der/die Arbeitnehmer:in dazu „durch schuldbares Verhalten“ Anlass gegeben hat, hat der/die Arbeitgebende, sofern er/sie die Einhaltung der Konkurrenzklausele wünscht, dem/der Arbeitnehmer:in das ihm/ihr „zuletzt zukommende Entgelt“ zu zahlen. Vgl § 2c Abs 4 AVRAG. Wenn jedoch der/die Arbeitnehmer:in selbst kündigt, ohne, dass der/die Arbeitgeber:in Schuld daran trägt, dann entfällt die Zahlungspflicht.

²²⁵ § 2c Abs 5 iVm § 2c AVRAG; § 1336 Abs 2 ABGB. Vgl für Schweden Häußling, Arbeitsrecht in Schweden, 27.

²²⁶ Vgl Tröger/Roß-Kirsch, Arbeitsrecht in Großbritannien², 165; Senne, Arbeitsrecht¹⁰, 289; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht⁴, 155.

Rückblick

Die vorhin in groben Zügen im unionsrechtlichen Licht gezeichnete Skizze des österreichischen Arbeitsrechts ist rechts *vergleichend* lediglich *kontrastiert* worden, ohne auf bestimmte Staaten einzugehen, doch ging es dabei um *nicht mehr* als darum, das Arbeitsrecht *sowohl* als Schutz- *als auch* als Wirtschaftsrecht auszuweisen; es ist vom sozialpolitischen Schutzprinzip wie auch vom wirtschaftspolitischen Ordnungsprinzip durchzogen. *Nicht weniger* wurde dabei deutlich, dass sich die Interdependenz der Prinzipien zeigt, sobald funktionale Äquivalente hervortreten, die gleichwohl nicht „gleichwertig“ sind. Was die Soziologie vor diesem Hintergrund leisten kann, ist ein empirisch gesicherter Beitrag zur Beantwortung der Fragen, „welche Probleme zu lösen sind, welche funktional äquivalenten Lösungen erreichbar sind und wie die jeweiligen Problemlösungen einander belasten oder gar blockieren.“²²⁷

Abschließend bleibt zu bemerken, dass für Arbeitsrecht als Wirtschaftsrecht *weder mehr noch weniger* als für „sozialrechtliches“ Arbeitsrecht gilt: „*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.*“²²⁸

²²⁷ Vgl. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), 146,

²²⁸ Art 1 GRC.