

DAS AUTORENTEAM

Hofrat Hon.-Prof. Dr. Christoph Brenn, LL.M., Richter am Obersten Gerichtshof, Universität Innsbruck

Ass.-Prof. Mag. Dr. Florian G. Burger, Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck

RA Mag. Dr. Michael Haider, FREIMÜLLER/OBEREDER/PILZ RechtsanwältInnen GmbH, Wien

Mag. Dr. Silke Heinz-Ofner, Professorin an der Handelsakademie Wörgl, ehemalige Rechtsschutzsekretärin des ÖGB

Dr. Gerhard Kohlegger, Richter am Oberlandesgericht Innsbruck

Mag. Dr. Wolfgang Kozak, Beratung und Rechtsvertretung Arbeiterkammer Wien

Assoz. Prof. PD Mag. Dr. Andreas Mair, Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck

Ass.-Prof. Mag. Dr. Johanna Naderhirn, Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Linz

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

Dr. Jutta Rabl, Richterin am Landesgericht für ZRS, Graz

Mag. Dr. Elke Standeker, Bakk., MBA, Generalsekretärin der TU Austria, Wien, Graz, Leoben

RA Mag. Dr. Remo Sacherer, LL.M., Rechtsanwalt bei MOSATI Rechtsanwälte, Wien

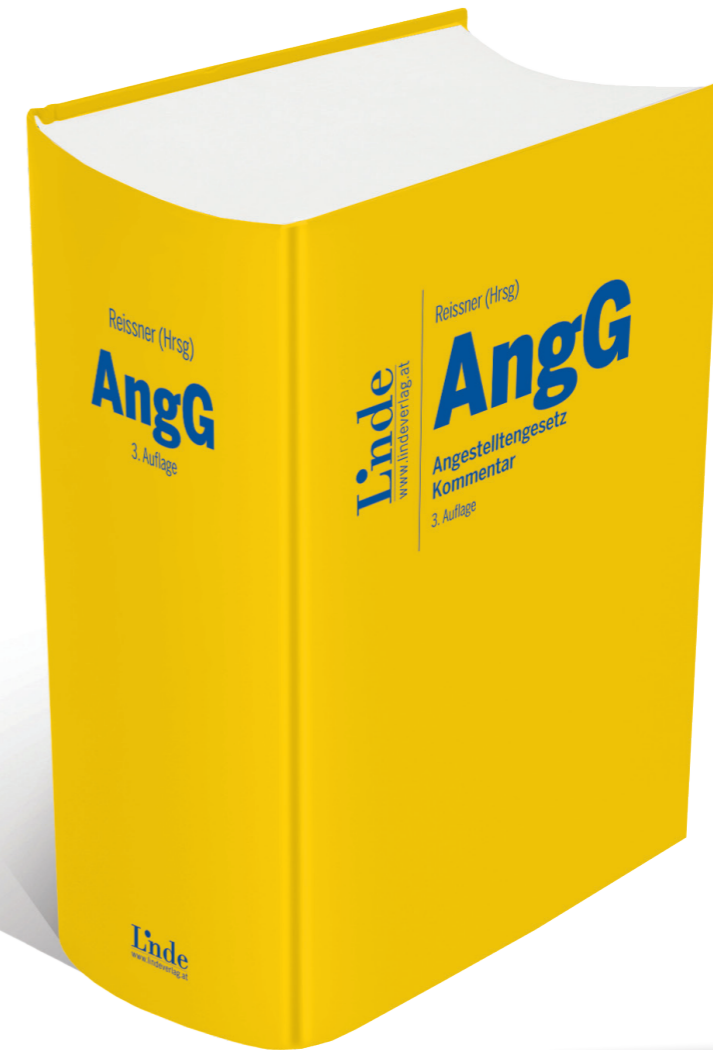
Hofrätin Dr. Sieglinde Tarmann-Prentner, Richterin am Obersten Gerichtshof

Univ.-Prof. i. R. Dr. Gustav Wachter, Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck

Jetzt bestellen!

ALLES IN EINEM BAND

Angestelltengesetz aktuell:
praxisorientiert & kompakt
kommentiert



Neue Rechtslage zu Krankenstand, Entgeltfortzahlung und Konkurrenzklausel

AngG
Reissner (Hrsg.)
3. Aufl. 2019
ca. 1.080 Seiten, geb.
EUR 138,-
Erscheint im Dezember 2018

AUCH
online
www.lindeonline.at

Lindeonline

EINFACH ZU RECHT FINDEN

Den **Kommentar zum AngG** finden Sie auch online in den **Arbeits- und Sozialrecht-Bibliotheken** neben weiteren unentbehrlichen Begleitern für Ihre tägliche Arbeit.

www.lindeonline.at/arsoz



BESTELLFORMULAR

Bestellen Sie online unter **www.lindeverlag.at**, via E-Mail an **office@lindeverlag.at** oder per Fax an **01 24 630-23**

Ja, ich bestelle

___ Ex. **AngG** EUR 138,-
ISBN 978-3-7073-3739-6

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: www.lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: www.lindeverlag.at/datenschutz
Preise inkl. MwSt., exkl. Versandkosten. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Buchbestellungen im Webshop sind versandkostenfrei.

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abbestelllinks in jedem zugesandten Newsletter widerrufen werden.

AngG in Neuauflage: kompakt, übersichtlich & mit vielen Beispielen

Die neue Rechtslage zum Krankenstand, zur Konkurrenzklausele und anderen Themen: Im Kompaktkommentar zum Angestelltengesetz finden Sie alles in einem Band.

- Praxisorientierte und übersichtliche Darstellung
- Informationen in erforderlicher Breite ohne überflüssigen Ballast
- Kritische Stellungnahmen zu strittigen Fragen
- Kommentierung und Judikatur auf aktuellstem Stand
- Der Herausgeber und das Autorenteam sind TOP-Experten aus Wissenschaft, Praxis und Justiz

Handlich, kompakt und mit vielen Beispielen: Der Kommentar zum Angestelltengesetz, jetzt wieder topaktuell.

DER HERAUSGEBER



Univ.-Prof. Mag. Dr. Gert-Peter Reissner

ist Leiter des Instituts für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Mit vielen Praxisbeispielen

§ 36
Kohlegger

Die Rechtsprechung zur **Abfertigung alt** ist anwendbar (OGH 8 ObA 16/09z; Preyer in *Kuras*, HB AR 6:23; *Rath*, *ecolex* 2018, 166 FN 4; *Risak* ZAS 2016/10, 63 FN 67): Der Durchschnittsverdienst als Berechnungsgröße setzt sich aus den mit einer gewissen Regelmäßigkeit, wenn auch nicht in jedem Monat wiederkehrenden Bezügen, aber auch aus den in größeren Zeitabschnitten oder nur einmal im Jahr zur Auszahlung gelangenden Entgeltbeträgen zusammen; **Bemessungszeitraum** ist das letzte Jahr (OGH 9 ObA 59/06a; 8 ObA 22/10h; 9 ObA 159/11i; 9 ObA 12/15b [Schichtzulage bei Durchschnittsberechnung nach § 8 Abs 1 und § 6 Abs 1 UrlG]; 8 ObA 7/17p; 9 ObA 27/17m; RIS-Justiz RS 0028490 [T1, T12, T13], RS 002851, RS 0043295; für den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff hingegen *Heilegger*, RdW 2006, 287; *Resch* in *Löschnigg*, AngG¹⁰ § 36 Rz 57; *Theuer*, JBl 2010, 13). Selten fällig werdende oder schwankende Entgelte sind für das Quartal oder – wenn nötig – für das letzte Jahr (für das sie gewährt wurden) vor Beendigung zu summieren, auf den Monat umzulegen und dem „Grundentgelt“ zuzuschlagen. Bei einem Bemessungszeitraum von zB zwölf Monaten ist daher ein Zwölftel des in diesen zwölf Monaten erzielten Einkommens heranzuziehen. Die Entgeltbestandteile müssen aber zumindest bis zur Auflösung **fällig** geworden sein oder dem Grunde nach bestanden haben, um als Berechnungsgrundlage – allenfalls aliquot – einbezogen werden zu dürfen (OGH 9 ObA 154/09a; 9 ObA 27/17m [bei dauerhaftem Wechsel des AN von Voll- zu Teilzeit auch uU aus gesundheitlichen Gründen ist grds auf das zuletzt bezogene je nach Lage des Falls dann dauerhaft höhere oder niedrigere Entgelt abzustellen]; OLG Innsbruck 15 Ra 6/09h).

Nicht einzubeziehen sind Entgelte aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (*Neubauer/Rath*, ASoK 2006, 134; OLG Innsbruck 15 Ra 6/09h), zB Kündigungsentschädigung, Urlaubersatzleistung, Abfertigung alt oder Pensionsabfindungen (s auch Rz 74a aE). In OGH 8 ObA 22/10h (betreffend Abfertigung alt) wurde zB eine Zielerreichungsprämie, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wurde, auch nicht aliquot in die Bemessungsgrundlage einbezogen, obwohl sie in einer einvernehmlichen Auflösungsvereinbarung berücksichtigt wurde. Auch bei einer massiven Erhöhung des (Grund-)Entgelts im letzten Monat vor Beendigung ist zur Missbrauchsvermeidung an eine Durchrechnung über einen längeren Zeitraum zu denken.

Nur wenn das **letzte** monatliche (Durchschnitts-)Bruttoentgelt abzüglich allfälligen aliquoter Sonderzahlungen die Entgeltgrenze übersteigt, wird die vereinbarte Konkurrenzklausele wirksam. Der Umstand, dass die Entgeltgrenze – analog der anwendbaren (Rz 74b) Rechtsprechung zur Abfertigung alt (RIS-Justiz RS 0028504) – im **letzten Monat** des **Arbeitsverhältnisses** überschritten werden muss, ist auch dann maßgeblich, wenn das Entgelt sich – auch gesundheitsbedingt (OGH 9 ObA 6/05f; 9 ObA 27/17m) – dauerhaft verändert hat. Dasselbe gilt, wenn die Entgeltänderung durch einen Wechsel von Voll-

74b
74c
74e
Reissner (Hrsg), AngG³ 839

neue Rechtslage/
Konkurrenzklausele

übersichtlich
und kompakt

§ 8
Burger

hältnis ruhen (*Pačić* in *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 28.10); wegen § 40 ist hier eine einschränkende Vereinbarung nicht zulässig. Lediglich bei gegenteiliger gesetzlicher Anordnung sind Karennzeiten von dieser Anrechnung **ausgenommen**, so die Zeit einer **Elternkarenz** nach MSchG und VKG (davon sind im Falle der ersten Karenz im Dienstverhältnis jedoch die ersten zehn Monate wieder anzurechnen: § 15f Abs 1 MSchG, § 7c VKG; *Aubauer/Kaszanits*, ASoK 2004, 250), Zeiten einer **Bildungskarenz** (§ 11 Abs 2 AVRAG; *Binder/Mair* in *Binder/F. G. Burger/Mair*, AVRAG³ § 11 Rz 15; *Kallab/Hauser*, EFZG⁶ § 2 Anm 13; Zeiten einer Bildungsfreistellung für BR-Mitglieder sind nach § 119 Abs 4 ArbVG anzurechnen), einer **Pflegekarenz** (§ 14c Abs 5 AVRAG; *Mair* in *Binder/F. G. Burger/Mair*, AVRAG³ § 14c, 14d Rz 13) sowie einer **Freistellung nach § 12 AVRAG**; Karennzeiten als **Zeitsoldat** sind nur bis zu zwölf Monaten anzurechnen (§ 8 APSG). KollV können aber zugunsten des AN eine Anrechnung der gesetzlich nicht anzurechnenden Karennzeiten vorsehen (zB Abschnitt 1 lit I KollV Handelsangestellte: maximal zehn Monate).

Dienstzeiten zum selben AG aus vorhergehenden Beschäftigungen sind dann gesetzlich anzurechnen, wenn sie unmittelbar dem Dienstverhältnis vorausgingen; **kurzzeitige Unterbrechungen** schaden nicht (dies in Frage stellend *Glowacka*, ZAS 2017, 339), wobei zur Beurteilung dieser Kurzzeitigkeit auf die Sichtweise zu § 23 (für 16 Tage: OGH 8 ObA 202/97g, DRdA 1998, 59; für die Dauer der Betriebsferien von zwei bis drei Wochen: OGH 4 Ob 123/83, Arb 10.383; nicht aber bei 25 Tagen: OGH 9 ObA 21/03h, infas 2003 A 73; Näheres § 23 Rz 31) zurückgegriffen werden kann. Der Rückgriff auf § 2 Abs 3 EFZG (60 Tage, abhängig von der Beendigungsart des vorhergehenden Dienstverhältnisses) ist seit BGBl I 2017/153 jedenfalls ausgeschlossen (noch vorsichtig *Schrenk*, ARD 6603/5/2018), weil der Gesetzgeber sehenden Auges zwar Teile des § 2 EFZG in § 8 übertragen hat, nicht jedoch § 2 Abs 3 EFZG; von einer echten Gesetzeslücke, die mit Analogie zu schließen ist, oder gar von einem Redaktionsversehen kann daher nicht (mehr) ausgegangen werden. Nicht etwa aus Analogiegründen, sondern weil § 8 nicht auf die Art des Dienstverhältnisses abstellt, sind auch vorausgehende Dienstzeiten als **Arbeiter** (*Drs* in *ZellKomm*³ § 8 AngG Rz 91; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG¹⁰ § 8 Rz 171; *Holzer* in *Marhold/G. Burgstaller/Preyer* § 8 Rz 28; *Glowacka*, ZAS 2017, 339; *Schrenk*, ARD 6603/5/2018; aA *Schrank*, PVP 2018, 217 im Falle der Änderung von Arbeiter- auf Angestelltentätigkeit) oder als **Lehrling** (*Drs* in *ZellKomm*³ § 8 AngG Rz 91; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG¹⁰ § 8 Rz 171; ebenso zum EFZG *Kallab/Hauser*, EFZG⁶ § 2 Anm 13; *Nö GKK*, ARD 5992/13/2009; aA *Holzer* in *Marhold/G. Burgstaller/Preyer* § 8 Rz 32; *Rauch*, EFZG § 2 Anm 13; *Schrank*, PVP 2018, 217 sowie *Schrenk*, ARD 6603/5/2018, der auf eine nicht bestehende hL verweist; noch zuwartend *Glowacka*, ZAS 2017, 339) zum selben AG anzurechnen; es stimmt zwar, dass Arbeiter

136
Reissner (Hrsg), AngG³

neues
Entgeltfortzahlungsrecht