



Eine neue Welle von Gesetzesänderungen steht vor der Tür

Im Bereich des Arbeitsrechts und der Personalverrechnung bahnt sich eine neue Gesetzeswelle an. Kürzlich sind einige Gesetzesentwürfen zur Begutachtung ausgesendet worden.

Besonders sticht der Ministerialentwurf zum Abgabenänderungsgesetz 2022 hervor. Darin findet sich u.a. die geplante **(rückwirkende) Verlängerung der 15 %-Erhöhung des steuerlichen Jahressechstels bei Kurzarbeit für das Jahr 2022.**

Schon im Herbst 2021 war von zahlreichen Fachexperten wiederholt versucht worden, bei der Politik ein Weiterlaufen der bis Ende 2021 befristeten Jahressechstelerhöhung auch für das Jahr 2022 zu erreichen. Leider war dieses Bemühen lange ohne Erfolg geblieben. Dass die Änderung nach mehrmonatiger Ignoranz seitens Politik und Finanzverwaltung jetzt im Sommer 2022 doch noch beschlossen werden soll, muss man wohl als „unterirdisch“ schlechtes Timing bezeichnen. Es werden sich vermutlich wieder zahlreiche unangenehme Umsetzungsfragen stellen, insbesondere rund um das Thema Rollungen und die Vorgehensweise bei bereits ausgetretenen Arbeitnehmern. Die Begeisterung über die geplante Wiedereinführung der kurzarbeitsbedingten Sechstelerhöhung wird sich bei Softwarehäusern und Personalverrechnern wohl eher in Grenzen halten.

Der Entwurf zum Abgabenänderungsgesetz sieht weitere kleinere Anpassungen in verschiedenen Bereichen vor. So soll u.a. gesetzlich klargestellt werden, dass die mit 1. Jänner 2022 eingeführte Steuerfreiheit von Mitarbeitergewinnbeteiligungen (§ 3 Abs. 1 Z. 35 EStG) jedenfalls mit € 3.000,00 jährlich pro Kopf begrenzt ist, auch wenn ein Arbeitnehmer mehrere Beschäftigungsverhältnisse hat.

Link: Ministerialentwurf zum Abgabenänderungsgesetz 2022

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00202/index.shtml

Einige andere Gesetzesnovellen sollen offenbar vorsorglich für eine mögliche neue Corona-Welle im Herbst beschlossen werden. Dabei sind beispielsweise folgende Maßnahmen hervorzuheben:

- Im Mutterschutzgesetz ist eine Verordnungsermächtigung mit Wirkung ab 1. Juli 2022 geplant, auf deren Grundlage je nach epidemiologischer Situation eine **COVID-19-Sonderfreistellung bei Schwangeren ab der 14. Schwangerschaftswoche** geschaffen werden kann (im Gegensatz zur bisherigen COVID-19-Sonderfreistellung ist diese Möglichkeit aber nicht dezidiert auf körpernahe Berufe eingeschränkt). Anmerkung: Die Regelung zur COVID-19-Risikofreistellung für Risikopatienten (§ 735 ASVG) wird hingegen (nur) bis zum 30. Juni 2022 verlängert (Verordnung vom 27. Mai 2022, BGBl. II Nr. 200/2022) und wird daher aus heutiger Sicht Ende Juni 2022 auslaufen.
- Die im Berufsausbildungsgesetz verankerte **Möglichkeit von Kurzarbeit bei Lehrlingen** soll **bis 31.12.2022 verlängert** werden.

Eine vertiefende Auseinandersetzung mit den im Entwurfsstadium befindlichen Änderungen macht zum jetzigen Zeitpunkt noch wenig Sinn, da sich im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens noch einiges im Detail verschieben kann.



Das Kündigungsfrist-Dilemma im Hotel- und Gastgewerbe

Die Vorgeschichte

Seit 1. Oktober 2021 gelten bekanntlich für Arbeiter im Grundsatz dieselben gesetzlichen Kündigungsfristen und -termine wie bei Angestellten, also je nach Dienstzeit sechs Wochen bis fünf Monate, wobei das Dienstverhältnis zum Quartalsende oder – falls vertraglich vereinbart – zum 15. oder Letzten des Monats enden muss (§ 1159 ABGB). Durch Kollektivvertrag können aber für Branchen, in denen Saisonbetriebe österreichweit überwiegen, weiterhin kürzere Kündigungsfristen geregelt werden.

Der Saisoncharakter des Hotel- und Gastgewerbes ist zwischen WKO und ÖGB heftig umstritten. Und damit ist auch die Frage strittig, ob die kollektivvertragliche 14-tägige Kündigungsfrist bei Arbeitern im Hotel- und Gastgewerbe weiterhin gültig ist oder ob sie von der strengeren gesetzlichen Kündigungsregel verdrängt worden ist.

Um dies zu klären, hatten die WKO-Fachverbände Hotellerie und Gastronomie beim OGH die Feststellung beantragt, dass die 14-tägige Kündigungsfrist weiterhin wirksam bleibt. Im Antrag war unter Verweis auf entsprechendes Datenmaterial vorgebracht worden, dass im Zeitraum 2014 bis 2018 die Schwankung zwischen dem höchstem und dem niedrigstem Beschäftigungsstand in der österreichischen Hotellerie und Gastronomie bei der Mehrzahl der Betriebe über 33,33 % betragen habe.

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes

Laut OGH-Beschluss (OGH 24.03.2022, 9 ObA 116/21f) ist den antragstellenden WKO-Fachverbänden der **Beweis des zahlenmäßigen Überwiegens der Saisonbetriebe im österreichischen Hotel- und Gastgewerbe mit den bisher vorgelegten Daten misslungen**. Der OGH meint, dass das zur Schwankungsbreite der Beschäftigtenstände vorgelegte Datenmaterial keinen Schluss auf rein saisonale Gründe zulasse. Die Schwankungen könnten ja eventuell auch wetterunabhängige Gründe haben (z.B. kurzfristiger hoher Personalstand aufgrund besonderer Events). Der Antrag wurde daher abgewiesen.

Warum die OGH-Entscheidung die Rechtsunsicherheit nicht beseitigt

Nach Ansicht der Gewerkschaft vida ist die Rechtslage nun geklärt: Die Gewerkschaft bezeichnet in einer etwas polemisch formulierten Presseaussendung vom 25. Mai 2022 die Wirtschaftskammer als „schlechten Verlierer“ und behauptet, der OGH habe die Anfrage der Wirtschaftskammer, ob der Tourismus eine Saisonbranche sei, mit Nein beantwortet.

So einfach ist die Sache aber nicht. Die Entscheidung besagt – anders als von der Gewerkschaft behauptet – nicht, dass das österreichische Hotel- und Gastgewerbe tatsächlich keine überwiegende Saisonbranche ist, sondern nur, dass der Wirtschaftskammer mit den vorgelegten Daten der Nachweis der überwiegenden Saisonbranche nicht gelungen ist. Das heißt: Die Sache ist nicht endgültig vom Tisch. Es bleibt offen, ob das Hotel- und Gastgewerbe nicht vielleicht doch eine überwiegende Saisonbranche ist. Das bedeutet:

- Der WKO steht es frei, mit neuem Datenmaterial einen zweiten Anlauf zu nehmen, um in einem neuen OGH-Verfahren möglicherweise zu gewinnen. Ein solches weiteres Verfahren würde allerdings mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder mehrere Monate dauern.
- Denkmöglich wäre es auch, dass sich einzelne Hotel- und Gastgewerbebetriebe – ungeachtet der auf Bundesebene missglückten generellen Klärung – in konkreten arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten auf den unveränderten Kollektivvertragstext (Kündigungsfrist von 14 Tagen) berufen und die Frage des überwiegenden Saisoncharakters der Hotel- und Gastgewerbebranche im jeweiligen Gerichtsverfahren autonom geklärt werden muss.

Fazit: Die Kündigungsfrist bei Arbeitern im Hotel- und Gastgewerbe bleibt ungeklärt. Die OGH-Entscheidung ist aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit sehr unbefriedigend. Es herrschen daher zu dieser Frage leider weiterhin Unklarheit und Chaos.

Was man angesichts der rechtlichen Unsicherheit tun kann

Solange keine endgültige höchstgerichtliche Klärung oder Bereinigung der Situation durch Einigung der KV-Partner erfolgt (in welche Richtung auch immer), ist u.E. in der Praxis folgende Vorgehensweise empfehlenswert (bitte im Einzelfall aber unbedingt mit dem Berater Ihres Vertrauens abstimmen):

1. Neuabschluss von Arbeiter-Dienstverträgen im Hotel- und Gastgewerbe:

Bei Neueintritt von Arbeitern sollten im Hotel- und Gastgewerbe folgende Möglichkeiten in Erwägung gezogen werden:

- **Vereinbarung einer Befristung** in jenen Fällen, in denen ein zeitlich begrenzter Personalbedarf einigermaßen treffsicher eingeschätzt werden kann. Dabei ist zu beachten: Befristungen müssen laut Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe kalendermäßig erfolgen (Festlegung einer konkreten Dauer oder eines konkreten Enddatums des Dienstverhältnisses). Eine Formulierung wie z.B. „für die Dauer der Saison“ o.ä. ist also nicht ausreichend. Die Befristung schließt eine reguläre Kündigung an sich aus, lediglich bei längerer Befristung (Faustregel: ab sechs Monaten) kann eine Kündigungsmöglichkeit trotz Befristung gültig vereinbart werden; ODER
- **„Kombinierte“ dienstvertragliche Formulierung zur Kündigung**, die einerseits auf die 14-tägige Kündigungsfrist laut Kollektivvertrag verweist (für den Fall, dass die Rechtsprechung irgendwann den Saisoncharakter doch noch bejahen sollte) und andererseits den 15. und Letzten des Kalendermonats als Kündigungstermin für den Arbeitgeber absichert (für den Fall, dass die Rechtsprechung irgendwann den Saisoncharakter endgültig verneinen sollte).

Formulierungsvorschlag für eine solche „Kombi-Formulierung“ im Dienstvertrag:

Für die Kündigung gilt gemäß den Bestimmungen des anwendbaren Kollektivvertrags eine Frist von 14 Tagen. Aus Gründen rechtlicher Vorsicht wird für den Fall, dass für das gegenständliche Dienstverhältnis die Kündigungsfristen des § 1159 ABGB zur Anwendung kommen sollten, vereinbart, dass bei einer Kündigung durch den/die Arbeitgeber/in die Kündigungsfrist auch zum Fünfzehnten oder Letzten eines jeden Kalendermonats enden kann.

2. Beendigung von Arbeiter-Dienstverhältnissen im Hotel- und Gastgewerbe:

Wenn die Beendigung von Arbeiter-Dienstverhältnissen ansteht, kann (wie auch sonst) versucht werden, auf einvernehmliche Auflösungen „auszuweichen“. Falls dies mangels Zustimmung des Arbeitnehmers nicht in Frage kommt, wäre es – bis zur endgültigen Abklärung – zwecks Vermeidung des Risikos einer Kündigungsentschädigung wohl sinnvoll, vorsichtshalber die gesetzlich maßgebliche Kündigungsfrist (zum vorgesehenen Kündigungstermin) anzuwenden.

3. Was tun, wenn die Arbeiterkammer wegen bereits erfolgter Kündigungen „anklopft“?

Unangenehm ist die aktuelle Situation für jene Hotel- und Gastgewerbebetriebe, die in letzter Zeit Kündigungen unter Einhaltung der kollektivvertraglichen 14-Tage-Frist ausgesprochen haben. Die Arbeiterkammer beginnt nämlich – im Gleichklang mit der oben erwähnten Gewerkschaftsansicht – derzeit damit, in solchen Fällen von den Hotel- und Gastgewerbebetrieben die Zahlung einer Kündigungsentschädigung einzufordern (auf Basis der fiktiven Kündigungsfrist gemäß der gesetzlichen Regelung).

Falls betroffene Hotel- und Gastgewerbebetriebe nicht in „vorausgehendem Gehorsam“ der Arbeiterkammer- und Gewerkschafts-Ansicht zu 100 % folgen möchten, kann als Signal der Kooperationsbereitschaft zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens versucht werden, einen Kompromiss anzubieten. So könnte z.B. ein Vergleich angeboten werden, in dem sich der Arbeitgeber zur Zahlung von 50 % der geforderten Kündigungsentschädigung bereit erklärt.

Wenn ein Vergleichsabschluss zustande kommt, kann damit das für beide Seiten drohende Prozessrisiko beseitigt werden.



Urlaubersatzleistung gebührt bei unberechtigtem Austritt in reduzierter Höhe

Wenn auch zum Glück nicht alltäglich, aber doch hier und da kann es vorkommen, dass Arbeitnehmer ohne Einhaltung der Kündigungsfrist und ohne berechtigten Grund aus dem Dienstverhältnis austreten. In der Praxis sind solche unberechtigten Austritte beispielsweise in der Gastronomie, in der Taxi-Branche oder im Reinigungsgewerbe zu beobachten. Der EuGH hat dazu schon vor einigen Monaten klargestellt, dass die im § 10 Abs. 2 UrlG vorgesehene Sanktion, wonach der Arbeitnehmer beim unberechtigten Austritt die Urlaubersatzleistung für das laufende Urlaubsjahr verliert, dem EU-Recht widerspricht (EuGH 25.11.2021, C-233/20).

ABER: Der österreichische OGH hat nun – aufbauend auf dem EuGH-Urteil – bereits mehrfach ausdrücklich festgehalten, dass dem unberechtigt ausgetretenen Arbeitnehmer die **Urlaubersatzleistung nur auf Basis des EU-rechtlichen Mindesturlaubs (= vier Wochen jährlich) gebührt**, und nicht auf Basis des Urlaubs gemäß Urlaubsgesetz (fünf Wochen bzw. nach 25 Dienstjahren sechs Wochen).

Formel für die Berechnung der „EU-rechtlich zustehenden“ Urlaubersatzleistung:

Vier Wochen Jahresurlaub (= 20 Urlaubstage bei 5-Tage-Woche, 16 UT bei 4-Tage-Woche etc.)
dividiert durch 365, mal Anzahl der Kalendertage mit Urlaubsanspruch im aktuellen Urlaubsjahr
abzüglich der konsumierten Urlaubstage des aktuellen Urlaubsjahres
= zu vergütender Resturlaub

Beispiel 1

Vollzeitbeschäftigung, fünf Arbeitstage pro Woche; Gehalt brutto 2.227,18 (keine weiteren laufenden Entgelte, zweimal jährlich gebührt eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehalts);
Eintritt 07.01.2022, unberechtigter Austritt am 14.05.2022 (Dienstverhältnisdauer: 128 Kalendertage);
zwei Urlaubstage wurden konsumiert.

Lösung:

EU-rechtlicher Mindesturlaub von **vier Wochen** jährlich, bei 5-Tage-Woche daher 20 Urlaubstage
 $20 \text{ Urlaubstage} / 365 * 128 \text{ abzüglich } 2 \text{ verbrauchte Urlaubstage} = 5,01 \text{ Urlaubstage sind abzugelten}$

$€ 2.227,18 * 14 / 12 / 22 = € 118,11 = \text{Wert eines Urlaubstages}$

$€ 118,11 * 5,01 = € 591,73 \text{ (Urlaubersatzleistung laut EU-Recht)}$

Beispiel 2

Teilzeitbeschäftigung, zwei Arbeitstage pro Woche; Gehalt brutto € 903,82 (keine weiteren laufenden Entgelte, zweimal jährlich gebührt eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehalts);

Eintritt 04.05.2021, unberechtigter Austritt am 26.04.2022 (Dienstverhältnisdauer: 358 Kalendertage); drei Urlaubstage wurden konsumiert.

Lösung:

EU-rechtlicher Mindesturlaub von **vier Wochen** jährlich, bei 2-Tage-Woche daher 8 Urlaubstage
 $8 \text{ Urlaubstage} / 365 * 358$ abzüglich 3 verbrauchte Urlaubstage = 4,85 Urlaubstage sind abzugelten

$€ 903,82 * 14 / 12 / 8,8 = € 119,82 =$ Wert eines Urlaubstages

Anmerkung: Der Teiler 8,8 entspricht dem umgerechneten (von 5-Tage-Woche auf 2-Tage-Woche) Teiler 22; also: $22 / 5 * 2 = 8,8$

$€ 119,82 * 4,85 = € 581,13$ (Urlaubersatzleistung laut EU-Recht)

In allen vom OGH bisher entschiedenen Fällen ging es jeweils um Dienstverhältnisse, die kürzer als ein Jahr dauerten (d.h. es wurde der Zeithorizont eines Urlaubsjahres nicht überschritten). In diesen Fällen war die Berechnung der laut „EU-Recht zustehenden“ Urlaubersatzleistung – wie die vorstehenden Beispiele zeigen – relativ einfach. Wesentlich komplizierter wird die Berechnung dann, wenn es um ein bereits mehrjähriges Dienstverhältnis geht und im Zeitpunkt des unberechtigten Austritts auch noch Urlaube aus alten Urlaubsjahren offen sind. Die Herausforderung besteht diesfalls darin, dass eine Parallelrechnung des Urlaubs nach österreichischem Urlaubsgesetz (für den abzugeltenden Alturlaub) und des EU-rechtlichen Mindesturlaubs erforderlich ist.

Ergänzender Hinweis: Die im § 10 Abs. 1 UrlG enthaltene Regelung, wonach der Arbeitgeber dem unberechtigt ausgetretenen oder verschuldet entlassenen Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt für einen überaliquoten Urlaubsverbrauch in der Endabrechnung abziehen darf, ist rechtlich unproblematisch und weiterhin vollinhaltlich anwendbar. Durch die Rückverrechnung des überaliquoten Urlaubsverbrauchs verbleibt dem Arbeitnehmer letztlich ohnehin der aliquote Urlaub, sodass der EU-rechtliche Mindesturlaub jedenfalls gesichert ist.



Kurzarbeit ab 1. Juli 2022 (Phase 6)

Auch nach dem 30. Juni 2022 wird die COVID-19 Kurzarbeit nicht aus dem österreichischen Wirtschaftsleben verschwunden sein. Die Möglichkeit der AMS-Förderung wurde vom zuständigen Bundesministerium (BMA) und vom AMS-Verwaltungsrat bis 31. Dezember 2022 verlängert. Die Fördervoraussetzungen sollen laut Arbeitsminister noch strenger als bisher geprüft werden.

Noch nicht restlos geklärt ist hingegen die arbeitsrechtliche und personalverrechnungsmäßige Seite der Kurzarbeit für die Zeit ab 1. Juli 2022. Es zeichnet sich aber ab, dass es **im Bereich der Personalverrechnung per 1. Juli 2022 Anpassungen der Kurzarbeit** geben wird. Wirtschaftskammer und Gewerkschaft befinden sich in Verhandlungen, eine neue Sozialpartnervereinbarung gibt es derzeit (Stand 28.05.2022) noch nicht.

Die **Gewerkschaft fordert eine Nettogarantie von 90 % für alle** (anstelle der vom bisherigen Kurzarbeitsmodell bekannten Staffelung der Nettoersatzrate von 90 %, 85 % oder 80 % je nach Entgelthöhe). Durch eine generelle 90 %-Nettorate würde aber, da die AMS-Kurzarbeitsbeihilfe nicht angehoben wird, die Schere zwischen der Kurzarbeitsunterstützung in der Lohnabrechnung und der AMS-Beihilfe bei zahlreichen Mitarbeitern (konkret bei jenen mit bisher 85 % oder 80 % Nettoquote) noch weiter auseinandergehen als bisher.

Abgesehen von der dadurch entstehenden „Förderlücke“ zulasten der ohnehin von wirtschaftlichen Schwierigkeiten betroffenen Betriebe zeugt es leider von keiner besonderen Lernfähigkeit der

zuständigen Gewerkschafter in Sachen Personalverrechnung, wenn diese sich – trotz der schlechten Erfahrungen mit der Nettoersatzrate im Frühjahr 2020 – schon wieder an einer Nettoforderung „festkrallen“.

Hinter den Kulissen wird derzeit um die Details gerungen. Als mögliche Lösung wird ein pauschaler prozentueller Aufschlag auf das Mindestbruttoentgelt (laut BMA-Tabelle) kolportiert, der in den meisten Fällen eine Annäherung an die 90 %-Nettorate erzielt. Der Ausgang der Verhandlungen ist allerdings offen. Sobald es konkrete Ergebnisse gibt, werden wir selbstverständlich darüber berichten.
