

# AUFSÄTZE

---

## Arbeitsrechtliche Grundsatzfragen bei Hitze auf Baustellen

Bauarbeiten finden in vielen Fällen im Freien statt, weshalb Bauarbeiter den jeweils herrschenden Wetterbedingungen ausgesetzt sind. Standen früher vor allem die Erscheinungsformen des schlechten Wetters im Blickpunkt, ist nunmehr Schönwetter in Form von Hitze in den Mittelpunkt der medialen Diskussion gerückt. Die Rechtsordnung sorgt aber für einen Ausgleich der jeweiligen Interessen.

**Deskriptoren:** Arbeitseinstellung, Fürsorgepflicht, Gesundheitsgefährdung, Hitze, Schlechtwetterentschädigung, Trinkwasser; §§ 1155, 1157 ABGB, §§ 3, 66 ASchG, § 8 AVRAG, § 33 BauV, § 3 BSchEG.

Von Christoph Wiesinger

---

### 1. Bedeutung des Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetzes

#### 1.1. Grundzüge der Schlechtwetterregelung

Nach § 5 Abs 1 BSchEG kann der Arbeitgeber bei Schlechtwetter die Arbeit einstellen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Betriebsrat dazu anzuhören. Die Verletzung dieser Anhörung zieht aber keine Rechtsfolgen nach sich, was rechtstheoretisch schon deshalb konsequent ist, weil der Betriebsrat ein Kollegialorgan ist, das in einer Sitzung Entscheidungen trifft. Bis diese Entscheidung erfolgt ist, ist aber iaR das Schlechtwetter auch schon wieder zu Ende.

Der Arbeitnehmer hat für den Zeitraum, in dem die Arbeit entfällt, keinen Anspruch auf Zahlung des Lohns, wohl aber auf Zahlung einer Schlechtwetterentschädigung (§ 4 BSchEG) in Höhe von 60 % des Lohns (§ 6 BSchEG). Schuldner dieses Entgeltanspruchs ist der Arbeitgeber, der aber seinerseits eine Rückerstattung der Schlechtwetterentschädigung bei der BUAK beantragen kann (§ 8 BSchEG). Diese Rückerstattungen werden im Wesentlichen durch Beiträge der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer finanziert (§ 12 BSchEG).

#### 1.2. Hitze als Schlechtwetter

Als das BSchEG geschaffen wurde, war Hitze nicht als Schlechtwetter im Sinne dieser Regelung zu verstehen; erst im Jahr 2013 wurde eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen.<sup>1</sup> Nach § 3 Abs 2 BSchEG hat die BUAK für alle Schlechtwettertartbestände die entsprechenden Grenzwerte festzulegen. Da die Mitglieder der Organe der BUAK von den Sozialpartnern entsandt werden (§ 14 Abs 4 BUAG), beruhen diese Kriterien letztlich auf Sozialpartnereinigungen.<sup>2</sup> Zunächst wurde Hitze mit einer Grenze von 35° C definiert; im KollV-Abschluss vom 8. 4. 2019 wurde dann eine Grenze von 32,5° C vereinbart, die mittlerweile in den Schlechtwetterkriterien festgelegt ist. Gerade aber das Kriterium Hitze wies in der Praxis Probleme auf, die bei den anderen Schlechtwetterkriterien keine derart große Rolle gespielt haben (und nach wie vor nicht spielen) – die Abweichung der genormten Wetterdaten von den auf der Baustelle gemessenen Daten. Grund dafür ist, dass die BUAK Daten der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (ZAMG) heranzieht und diese Messungen nach den Vorgaben der Weltorganisation für Meteorologie (WMO) vornimmt. Ein plakativer Unterschied ist, dass die Messung der ZAMG im Schatten und nach Möglichkeit im Grünen erfolgt, was nicht unbedingt der Realität auf einer Baustelle entsprechen muss. Daher hat es in den ersten Jahren öfters Beschwerden darüber gegeben, dass die Einreichung von Schlechtwetterstunden von der BUAK nicht akzeptiert worden war, weil es nach den genormten Messungen noch nicht heiß genug war. Abhilfe hat hier eine Abfragemöglichkeit der Daten über das BUAK-Portal geschaffen.<sup>3</sup>

1 Dazu bereits ausführlich: Wiesinger, Die Entwicklung der Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigung, DRDA 2017, 318.

2 Als praktische Anmerkung darf ergänzt werden, dass diese Sozialpartnereinigungen in der Vergangenheit im Zuge einer KollV-Runde getroffen wurden.

3 Sabara, „Hitzefrei“ auf Baustellen – Neue Temperaturabfrage von der ZAMG, ARD 6505/2/2016 (beachte aber, dass die dort genannte Grenze von 35° C zwischenzeitig auf 32,5° C abgesenkt wurde).

## 2. Ausdrückliche Bestimmungen im Arbeitnehmerschutzrecht

### 2.1. Schutz vor Hitze und vergleichbaren Einwirkungen (§ 66 Abs 2 ASchG)

*„Arbeitgeber haben die Arbeitsvorgänge und Arbeitsplätze entsprechend zu gestalten und alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, damit die Arbeitnehmer keinen erheblichen Beeinträchtigungen durch blendendes Licht, Wärmestrahlung, Zugluft, übler Geruch, Hitze, Kälte, Nässe, Feuchtigkeit oder vergleichbare Einwirkungen ausgesetzt sind oder diese Einwirkungen möglichst gering gehalten werden“ (§ 66 Abs 2 ASchG).*

Wie sich aus der Aufzählung im Gesetzestext ergibt, räumt der Gesetzgeber dem Schutz vor Hitze keinen prominenten Platz ein.

Aus der Bestimmung ist daher nur abzuleiten, dass der Arbeitgeber bloß verpflichtet ist, den Arbeitnehmer vor den Einwirkungen in ihm zumutbarer Weise zu schützen. Wenn also Arbeitnehmer an weniger exponierten Stellen eingesetzt werden können, sind sie dort einzusetzen. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur generellen Einstellung der Arbeiten wegen Hitze oder vergleichbarerer Einwirkungen, besteht nach der Lit allerdings nicht.<sup>4</sup>

### 2.2. Trinkwasser

Nach § 33 Abs 1 BauV hat der Arbeitgeber auf jeder Baustelle „*hinreichend kühles Trinkwasser oder ein anderes diesen Erfordernissen entsprechendes, gesundheitlich einwandfreies, alkoholfreies Getränk zur Verfügung*“ zu stellen. Je nach den Umständen kann der Arbeitgeber das Wasser in vorab gefüllten Flaschen bereitstellen, er kann aber auch mit Wasser, das aus der Leitung kommt, seiner Verpflichtung nachkommen. Die Kosten dafür hat – wie auch sonst im Arbeitnehmerschutzrecht – der Arbeitgeber zu tragen (§ 3 Abs 1 Satz 2 ASchG).

Die Bestimmung in der BauV knüpft im Übrigen nicht an eine bestimmte Außentemperatur an, sondern verpflichtet den Arbeitgeber bei jeder Temperatur (dh auch im Winter) zur Bereitstellung von Trinkwasser. Der Bestimmung mag im Hochsommer eine größere subjektive Bedeutung zukommen, sie besteht aber während des ganzen Jahres.

### 2.3. UV-Strahlung

Natürliche Hitze und UV-Strahlung sind oftmals miteinander verbunden, ein Bauarbeiter muss aber nicht beiden Phänomenen gleichzeitig ausgesetzt sein. Eine entsprechende Regelung zur UV-Strahlung enthält die VOPST, die im Übrigen über den Mindeststandard des Unionsrechts hinausgeht, weil sie auch die natürliche UV-Strahlung umfasst.<sup>5</sup> Nichtsdestotrotz unterscheidet auch die VOPST zwischen künstlicher und natürlicher UV-Strahlung, weil sie für die UV-Strahlung vergleichsweise detaillierte Bestimmungen enthält, hinsichtlich der natürlichen UV-Strahlung aber im Wesentlichen auf das ASchG verweist (§ 10 VOPST).

Im Hinblick auf Hitze kommt der VOPST aber keine direkte Bedeutung zu, weil sie sich ausschließlich auf die UV-Strahlung bezieht und Maßnahmen zum Schutz vor natürlicher UV-Strahlung nicht zwangsläufig etwas mit der Temperatur zu tun haben.

### 2.4. Erstes Zwischenfazit

Aus den besonderen Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechts ergibt sich kein Rechtsanspruch eines Arbeitnehmers auf Entfall der Arbeitsleistung wegen Hitze („Hitzeferien“), weder im Allgemeinen<sup>6</sup> noch für die Bauwirtschaft im Besonderen.

## 3. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Hitze

### 3.1. Allgemeine Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB)

Die generelle Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist im Wesentlichen in zwei Rechtsquellen geregelt, nämlich in § 1157 ABGB und in § 18 AngG. Die beiden Regelungen sind in diesem Punkt ziemlich ähnlich,<sup>7</sup> formal kommt § 18 AngG für Bauarbeiter aber mangels Angestellteneigenschaft nicht zur Anwendung.

Die ältere der beiden Bestimmungen ist § 1157 ABGB, der mit der III. Teilnovelle 1916 in das ABGB eingefügt wurde und seither unverändert ist. Die Mat wiesen bereits damals darauf hin, dass der Arbeitnehmerschutz primär dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, eine ergänzende Regelung im Zivilrecht aber erforderlich wäre, damit auch der Arbeitnehmer selbst entsprechende Ansprüche auf dem Rechtsweg durchsetzen kann.<sup>8</sup> Das bedeutet aber nicht, dass die Erbringung von gefährlichen Tätigkeiten als Teil der Arbeitsleistung an

4 Lechner-Thomann in Novak/Lechner-Thomann, ASchG (2013), § 66 Rz 7.

5 Bruckner/Heider, Zu viel Sonne macht krank: ArbeitnehmerInnen-schutz bei Arbeiten im Freien, infas 2010, 118.

6 Kronberger/Kraft, Ein heißer Sommertag → arbeitsrechtliche Herausforderungen für das Personalwesen, PVP 2016/40, 152; Sabara, Arbeiten bei Hitze: Was Arbeitgeber wissen müssen, ARD 6655/5/2019.

7 Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> (2018), § 1157 ABGB Rz 1.

8 78 BlgHH 21. Sess (2012), 224-225.

sich verboten wäre; der Arbeitgeber ist allerdings zur Gefahrenabwehr verpflichtet.<sup>9</sup>

Das führt hinsichtlich der wechselseitigen Rechte und Pflichten zu zwei Fragen: Erstens: Zu welchen Maßnahmen ist der Arbeitgeber im Rahmen der Fürsorgepflicht verpflichtet? Zweitens: Kann der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen die Erbringung der Arbeitsleistung verweigern? Als Folgefrage stellt sich bei Bejahung dieser Frage jene nach dem Umfang des Entgeltanspruchs.

Damit zu den Pflichten des Arbeitgebers. Diese ergeben sich konkret aus den positiv-rechtlichen Anordnungen des Arbeitnehmerschutzrechts, also die Verpflichtung zur Bereitstellung von Trinkwasser (siehe oben Pkt 2.2), als auch aus der abstrakten Formulierung des § 1157 ABGB. Legt man den Wortlaut dieser Bestimmung eng aus, würde daraus aber in Bezug auf Hitze für den Arbeitgeber gar keine Verpflichtung entstehen, denn § 1157 ABGB nimmt auf die vom Arbeitgeber „beigestellten Räume und Gerätschaften“ Bezug, nicht aber auf meteorologische Rahmenbedingungen. Allerdings wird § 1157 ABGB nicht in dieser Enge interpretiert; der Arbeitgeber hat auch auf Gesundheitsgefährdungen Rücksicht zu nehmen, die aus individuellen Anlagen des Arbeitnehmers resultieren, zumindest wenn sie vorübergehend sind. Er ist aber nicht zu grundsätzlichen Umstrukturierungen seines Betriebs verpflichtet.<sup>10</sup> Diese Lösung ergibt sich im Übrigen auch aus § 6 ASchG.<sup>11</sup>

Damit zur zweiten Frage, ob der Arbeitnehmer aus § 1157 ABGB einen Anspruch auf Arbeitseinstellung ableiten kann. Das ist dann zu bejahen, wenn die Gesundheit des Arbeitnehmers konkret und akut bedroht ist.<sup>12</sup> Dazu besteht im Übrigen mit § 8 AVRAG eine spezielle Bestimmung<sup>13</sup> (zu dieser noch im Folgenden unter Pkt 3.3).

Im Hinblick auf den Gesundheitsschutz ist daher aus § 1157 ABGB kein höheres Niveau ableitbar als aus den Bestimmungen des öffentlichen Rechts.<sup>14</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass die Rsp den Anwendungsbereich des § 1157 ABGB auf andere Bereiche erweitert hat – etwa die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers oder den Schutz seiner Persönlichkeit vor Mobbing.

Daher sind nun die Bestimmungen des öffentlichen Rechts zu prüfen; die Aufgabe des § 1157 ABGB ist wie gesagt, auch deren Durchsetzbarkeit auf individualrechtlicher Ebene zu ermöglichen, nicht aber einen erhöhten Standard zu schaffen.

### 3.2. Arbeitnehmerschutzrechtliche Fürsorgepflicht (§ 3 ASchG)

„*Arbeitgeber sind verpflichtet, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen*“ (§ 3 Abs 1 Satz 1 ASchG). Nach den Mat erfasst diese Bestimmung „jene grundlegenden Pflichten der Arbeitgeber zusammen, die nicht nur auf einem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes [...] Bedeutung haben, sondern allgemein für die Beschäftigung von Arbeitnehmern gelten.“<sup>15</sup>

Ein ähnlicher Wortlaut ist auch in Art 5 Abs 1 Arbeitsschutz-RahmenRL (89/391/EWG) zu finden.

Das wirft die Frage auf, ob es sich dabei bloß um eine programmatische Bestimmung, die nur für die Interpretation konkreter Bestimmungen im ASchG von Bedeutung ist, handelt, oder ob der Regelung selbst ein normativer Charakter zukommt. Gegen einen eigenen normativen Charakter spricht, dass die Strafbestimmungen in § 130 ASchG Verstöße gegen § 3 Abs 1 ASchG nicht mit Verwaltungsstrafe bedrohen. Allerdings hat der OGH (mE zu Recht) aus der Bestimmung auch konkrete Pflichten des Arbeitgebers abgeleitet. So hat er einen Verstoß gegen § 3 ASchG darin gesehen, dass ein Arbeitgeber auf einer Baustelle im Gebirge bei winterlichen Verhältnissen zwar ein Mannschaftstransportfahrzeug zur Verfügung gestellt hat, sich aber nicht darum gekümmert hat, ob wenigstens ein Arbeiter der Partie auch eine Lenkberechtigung hatte.<sup>16</sup>

Zwischen diesem Fall und der Hitze bestehen insoweit Gemeinsamkeiten, als in beide Fällen die Gefahr aus der Witterung resultiert, die der Arbeitgeber nicht steuern kann. Allerdings gibt es in rechtlicher Hinsicht erhebliche Unterschiede, denn Kraftfahrzeuge gelten in der Rechtsordnung als gefahrenerhöhend, weswegen mit dem EKHG sogar ein schadenersatzrechtliches Sondergesetz besteht. Daher sind Sachverhalte im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen mit anderen Fällen nicht vergleichbar. Immerhin enthält § 3 Abs 3 ASchG eine – im Übrigen verwaltungsstrafbewehrte (§ 130 Abs 1 Z 1 ASchG) – Bestimmung, wonach die Arbeitnehmer die Arbeit bei einer ernsten, unmittelbaren und nicht vermeidbaren Gefahr einstellen können. Auch diese Bestimmung stammt aus dem Unionsrecht und ist eigentlich in § 8 AVRAG umgesetzt worden. Über das Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen ist aber den Mat nichts zu entnehmen.<sup>17</sup>

9 Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (2012), § 1157 Rz 5-6.

10 Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1157 Rz 9.

11 Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup>, § 18 AngG Rz 39.

12 Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1157 Rz 33.

13 Pfeil in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> (2014), § 1157 Rz 32.

14 Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1157 Rz 11. 15 RV 1590 BlgNR 18. GP, 72.

16 OGH 5. 6. 2008, 9 ObA 143/07f, DRDA 2010/6, 57 (Melzer-Azodanloo) = ZVR 2009/207, 372 (Huber) = Arb 12.754 = ecolex 2008/390, 1048 = RdW 2009/102, 96.

17 RV 1590 BlgNR 18. GP, 72 (§ 3 ASchG) und 128 (§ 8 AVRAG).

Festzuhalten ist aber, dass auch die Arbeitnehmer selbst verpflichtet sind, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen, also ausreichend nichtalkoholische Getränke zu sich zu nehmen. Das ergibt sich aus der Treuepflicht, weil der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet ist, während der Arbeitszeit arbeitsbereit zu sein. Es ergibt sich aber auch aus § 3 Abs 4 ASchG, das insoweit eine entsprechende Verpflichtung enthält.

### 3.3. Verhalten bei Gefahr (§ 8 AVRAG)

Nach § 8 Abs 1 AVRAG hat der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Auffassung, ein solches sei auch aus § 1052 ABGB ableitbar, wird damit argumentiert, dass das Leistungsverweigerungsrecht auch zusteht, wenn der Vertragspartner zwar nicht seine Hauptleistungspflicht (das wäre hier die Entgeltzahlung), wohl aber eine Nebenpflicht verletzt.<sup>18</sup> Wiewohl dies nicht ganz von der Hand zu weisen ist, ist mE doch § 1157 ABGB die primär einschlägige Norm. Nachdem dies aber hinsichtlich der Rechtsfolgen zu keinem anderen Ergebnis führt, ist es letztlich egal, welche Bestimmung man heranzieht.

Wie schon ausgeführt, ist das Verhältnis zwischen § 3 Abs 3 ASchG und § 8 AVRAG unklar. Die Mat<sup>19</sup> und die Lit<sup>20</sup> halten offenbar § 8 AVRAG für die letztlich einschlägige Bestimmung; im Ergebnis spielt dies aber keine Rolle, weil die beiden Regelungen ohnehin nicht in Widerspruch zueinanderstehen.

Zunächst ist festzuhalten, dass § 8 AVRAG das Bestehen einer ernsten und unmittelbaren Gefahr für Leben und Gesundheit verlangt. Diese muss zwar nicht vom Arbeitgeber verursacht worden sein, aber sie muss doch vorhanden sein.<sup>21</sup> Zudem ist aus § 8 AVRAG bloß ein Recht auf Verlassen des Gefahrenbereichs ableitbar, nicht ein generelles auf Arbeitseinstellung, wobei Sachverhalte denkbar sind, in dem die Arbeitseinstellung die einzige Möglichkeit ist, der Gefahrenlage zu entkommen. Zusätzlich ist der Vorgesetzte darüber umgehend zu verständigen.<sup>22</sup>

### 3.4. Zweites Zwischenfazit

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Verpflichtung, auf die körperliche Konstitution der Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen, indem er ihnen etwa leichtere

Arbeiten zuweist oder sie an weniger exponierten Stellen einsetzt. Er kann auch allgemeine organisatorische Maßnahmen setzen, etwa den Arbeitsbeginn mehr in den Morgen zu schieben oder für eine Beschattung zu sorgen. Eine einklagbare Verpflichtung auf Setzung solcher Maßnahmen besteht aber nicht.

Allerdings ist der Arbeitnehmer berechtigt, wenn ihm die Hitze körperlich so zusetzt, dass er nicht mehr arbeitsfähig ist, die Arbeitsleistung zu unterlassen. Neben den angesprochenen Rechtsquellen kommt dafür auch § 2 EFZG in Betracht, nämlich (spätestens) dann, wenn es sich bereits um einen regelwidrigen Körperzustand handelt.

Die wesentliche Norm bleibt aber letztlich § 1157 ABGB, weil einerseits § 8 AVRAG mit seinen zahlreichen Subsidiaritätsklauseln oftmals keine praktische Bedeutung entfalten wird und weil – wie gezeigt – § 1157 ABGB geschaffen wurde, um dem Arbeitnehmer ein individuelles Recht einzuräumen.

## 4. Entgeltfortzahlungsanspruch

Für den Entgeltfortzahlungsanspruch kommen drei Rechtsquellen in Betracht, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. An erster Stelle ist die Schlechtwetterentschädigung (§ 4 BSchEG) zu nennen (siehe unter Pkt 1). Sie kommt jedenfalls zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber die Bauarbeiten unter Berufung auf das BSchEG einstellt. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Schlechtwetterentschädigung in Höhe von 60 % seines Lohns.

Als weitere Anspruchsgrundlage kommt § 2 EFZG in Betracht; sie setzt einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand voraus; nach hM ist die Notwendigkeit einer ärztlichen Behandlung für den arbeitsrechtlichen Krankheitsbegriff nicht tatbildlich.<sup>23</sup> Wiewohl immer der Einzelfall zu beurteilen ist, sind wohl Sachverhaltskonstellationen denkbar, in denen die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers als regelwidriger Körperzustand und damit als Krankheit (iSd EFZG) zu werten ist. Sofern der Arbeitnehmer den Zustand der Arbeitsunfähigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, ist der Entgeltfortzahlungsanspruch zu verneinen, ansonsten dem Grunde nach zu bejahen. Eine solche Fahrlässigkeit liegt zB dann vor, wenn der Arbeitnehmer nicht genug getrunken hat.<sup>24</sup>

18 *Binder/Mair* in Binder/Burger/Mair, AVRAG<sup>3</sup> (2016), § 8 Rz 4 mwN.

19 RV 1590 BlgNR 18. GP, 72 (Verweis auf die Regelung im AVRAG und 128 (ausführliche inhaltliche Darstellung).

20 *Lechner-Thomann* in Novak/Lechner-Thomann, ASchG, § 3 Rz 9 (Verweis auf § 8 AVRAG ohne inhaltliche Erläuterung der Bestimmung); *Binder/Mair* in Binder/Burger/Mair, AVRAG<sup>3</sup>, § 8 Rz 1 (Verweis auf unionsrechtliche Grundlagen, aber kein Verweis auf § 3 Abs 3 ASchG).

21 *Binder/Mair* in Binder/Burger/Mair, AVRAG<sup>3</sup>, § 8 Rz 11.

22 *Binder/Mair* in Binder/Burger/Mair, AVRAG<sup>3</sup>, § 8 Rz 14.

23 *Schrammel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1154b Rz 6-7; *Drs* in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup>, § 8 AngG Rz 18.

24 Dazu bereits ausführlich: *Wiesinger*, Arbeitsunfähigkeit infolge von Fasten, RdW 2013/224, 218; offenbar zust: *Drs* in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup>, § 8 AngG Rz 52/1.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs ist nach § 3 EFZG das Ausfallsprinzip anzuwenden; der Arbeitnehmer hat in einem solchen Fall Anspruch auf jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht entfallen wäre. Das würde auf den ersten Blick zu einem Anspruch in voller Höhe führen, wirft aber dann Probleme auf, wenn der Arbeitgeber einwendet, er hätte die Arbeit auch nach dem BSchEG entfallen lassen können. Immerhin hat der OGH – in diesem Fall aber wegen eines Zusammentreffens einer Krankheit mit Schlechtwetter abseits von Hitze – ausgesprochen, dass aus dem Ausfallsprinzip in der Tat ein Entgeltfortzahlungsanspruch in Höhe von 60 % abzuleiten ist, wenn für den Rest der Partie, dem der Arbeitnehmer angehört, die Arbeit witterungsbedingt entfiel.<sup>25</sup> Die Lösung ist mE in der strikten Anwendung des Ausfallsprinzips zu finden. Entfällt die Arbeit für alle, gebürt eine Entgeltfortzahlung in Höhe von 60 %, entfällt sie nur für einen erkrankten Arbeitnehmer, hat dieser einen Entgeltfortzahlungsanspruch in Höhe von 100 %.

Damit zur letzten möglichen Anspruchsgrundlage, nämlich § 1155 ABGB. *Schrammel* bejaht den Entgeltanspruch mit dem Argument, dass der Arbeitgeber durch die Nichtzuweisung einer zumutbaren Arbeit auf die Entgegennahme der Arbeitsleistung verzichtet, womit er zusteht.<sup>26</sup> Formal ist allerdings festzuhalten, dass § 1155 ABGB die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers voraussetzt. Hält man in einem konkreten Anlassfall § 2 EFZG für anwendbar, scheidet eine alternative Berufung auf § 1155 ABGB aus.<sup>27</sup>

Damit stellt sich auch bei dieser Anspruchsgrundlage wieder die Frage nach der Höhe des Anspruchs – also 60 % oder 100 %. Im Allgemeinen wird die Ansicht vertreten, dass der Entgeltanspruch in Höhe des entfallenen Verdiensts – also in Höhe von 100 % besteht, wobei der Sonderfall des Zusammenstoßens mit dem BSchEG nicht angesprochen wird.<sup>28</sup> Das BSchEG selbst ist lex specialis zu § 1155 ABGB.<sup>29</sup> Als solches sollte es mE auch behandelt werden. Sofern der Arbeitgeber die Arbeit nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes entfallen lässt, gibt es keinen Grund für eine ausdehnende Auslegung des BSchEG. Der Entgeltanspruch besteht somit in voller Höhe.

## 5. Zusammenfassung

Mit dem BSchEG – und den darauf basierenden Schlechtwetterkriterien – besteht die Möglichkeit, dass

der Arbeitgeber bei einer Temperatur von mehr als 32,5° C die Arbeiten wegen Hitze einstellt. Darüber entscheidet er letztlich allein. Die Arbeitnehmer haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 60 % („Schlechtwetterentschädigung“), die der Arbeitgeber auf Antrag von der BUAK rückerstattet erhält. Entscheidet sich der Arbeitgeber nicht dafür (egal, ob er anders entscheiden könnte oder nicht), besteht nur dann eine Verpflichtung zur Arbeitseinstellung, wenn diese aus der Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB) abzuleiten ist, was aber nur dann der Fall ist, wenn die Gesundheit des Arbeitnehmers konkret bedroht ist. Diese Verpflichtung besteht aber nicht ggü der Belegschaft als solcher, sondern ggü dem einzelnen Arbeitnehmer und sie besteht auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus der besonderen körperlichen Verfassung des Arbeitnehmers resultiert.

In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer einen vollen Entgeltfortzahlungsanspruch, sofern nicht der Arbeitgeber die Arbeiten auf der Baustelle generell einstellt (dann gelten für alle die Regeln des BSchEG) oder aber den Arbeitnehmer ein Mitverschulden an seiner Arbeitsunfähigkeit trifft (zB nicht ausreichendes Trinken). Zur Bereitstellung von Trinkwasser ist der Arbeitgeber im Übrigen ausdrücklich verpflichtet (§ 33 BauV).

## 6. Rechtspolitische Anmerkungen

### 6.1. Gleichheitsrechtliche Aspekte einer Sonderregelung für die Bauwirtschaft

In den vergangenen Jahren wurde von den Interessenvertretungen der Arbeitnehmerseite immer wieder ein Rechtsanspruch für Bauarbeiter auf Arbeitseinstellung bei Hitze gefordert. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche sondergesetzliche Regelung auch zulässig wäre. Das mag man auf den ersten Blick bejahen, denn mit dem BSchEG besteht schon derzeit ein arbeitsrechtliches Gesetz, das nur für die Bauwirtschaft gilt. Warum sollte also gerade eine Regelung zu einem Rechtsanspruch auf Hitzeferien gleichheitsrechtlich bedenklich sein?

Um die Frage zu beantworten, muss man daher zunächst das geltende BSchEG auf seine Verfassungskonformität am Maßstab des Art 7 B-VG überprüfen. Dazu muss man einen Blick auf die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes werfen. Ausgangslage der Regelung war das Faktum, dass viele Bauunternehmen jedenfalls bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts mit dem Wintereinbruch

25 OGH 22. 3. 1977, 4 Ob 21/77, Arb 9571 = SZ 50/44.

26 *Schrammel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1155 Rz 9.

27 *Schrammel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1155 Rz 10 und 25.

28 *Schrammel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup>, § 1155 Rz 28; *Pfeil* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 1155 Rz 15; *Spengler* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> (2020), § 1155 Rz 8.

29 Vgl etwa RV 1279 BlgNR 15. GP, 3.

rigoros Arbeitsverhältnisse beendeten und erst im Frühjahr wieder Personal aufnahmen. Schönwetterperioden im Winter wurden dann für Bautätigkeiten nicht genutzt und die Saisonarbeitslosigkeit belastete die Gebahrung der Arbeitslosenversicherung. Die Schlechtwetterregelung sollte daher dafür sorgen, dass Zeiten im Winter ohne Schlechtwetter vermehrt produktiv genutzt werden.<sup>30</sup>

Die Regelung war und ist also nicht dem Arbeitnehmerschutzrecht, sondern vielmehr dem Arbeitsmarktrecht zuzurechnen. Gerade aber für die Bauwirtschaft ist das Phänomen einer Sommerarbeitslosigkeit – jedenfalls statistisch – nicht zu beobachten.<sup>31</sup> Insofern steht schon die derzeitige Regelung auf tönernen Füßen. Sie ist aber wenigstens noch dadurch zu rechtfertigen, dass hier der Arbeitgeber selbst über den Entfall der Arbeitsleistung entscheidet und er insofern mit seiner eigenen Entscheidung nicht unsachlich benachteiligt ist.

Bleibt als Gegenargument (im Hinblick auf die aktuelle Rechtslage) die Perspektive des Arbeitnehmers, der dadurch einen Einkommensverlust hat. Allerdings ist das Recht des Arbeitgebers wirtschaftlich nicht schrankenlos, weil der Rückerstattungsanspruch mit 120 Stunden für die Sommerperiode gedeckelt ist (§ 4 Abs 3 BSchEG). Insofern wäre ein generelles Arbeitsverbot oder ein individueller Anspruch des Bauarbeiters auf Arbeitseinstellung bei Hitze unsachlich und damit verfassungswidrig.

## 6.2. Individualanspruch und Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern

Ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitseinstellung bei Hitze würde außerdem – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – auf erhebliche praktische Probleme stoßen, die dann ihrerseits wieder weitere rechtliche Fragen nach der Zulässigkeit einer solchen Regelung aufwerfen.

Bauarbeiten erfordern nahezu ausschließlich das gleichzeitige Zusammenwirken von zumindest zwei, iaR so-

gar mehreren Arbeitnehmern („Partien“). Dieses Phänomen ist zwar kein Alleinstellungsmerkmal der Bauwirtschaft, dh auch in anderen, sogar baufernen Branchen anzutreffen, ändert aber nichts daran, dass die gleichzeitige Zusammenarbeit von Arbeitnehmern – jedenfalls auf Baustellen – der Regelfall ist. Das führt dazu, dass ein Individualanspruch eines jeden Arbeitnehmers das praktische Problem aufwerfen kann, dass die Arbeitnehmer einer Partie bezüglich der Einstellung der Arbeit anderer Meinung sind, da die Arbeitseinstellung mit einem Einkommensentfall verbunden ist. Nach der derzeitigen Rechtslage entscheidet der Arbeitgeber über die Arbeitseinstellung und seine Entscheidung wird natürlich auf die gesamten Umstände Rücksicht nehmen, sodass bei einer bloß teilweisen Arbeitseinstellung noch sinnvolle Arbeitsabläufe auf der Baustelle möglich sind. Und auch hier ist wieder daran zu erinnern, dass das Recht des Arbeitgebers zur Einstellung der Arbeiten wirtschaftlich beschränkt ist, weil eine Deckelung der Rückerstattung für 120 Stunden in der Sommerperiode besteht (§ 4 Abs 3 BSchEG).

Eine Regelung, die jedem einzelnen Arbeitnehmer das willkürliche Entscheidungsrecht darüber verleiht, seine Leistung, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, entfallen zu lassen, dafür aber ein Entgelt erhält, ist völlig unsachlich und damit verfassungswidrig.

Im Ergebnis zeigt sich, dass sich die derzeitige Rechtslage im Rahmen der Verfassung bewegt und einen fairen Ausgleich zwischen den Beteiligten schafft. Dass die Feststellung von Sachverhaltselementen im Einzelfall mühsam sein kann und zu Differenzierungen führt, beweist geradezu die Richtigkeit der Regelung.

### Korrespondenz:

MMag. Dr. Christoph Wiesinger, LL.M., Referent in der Geschäftsstelle Bau der Bundesinnung Bau und des Fachverbandes der Bauindustrie in der Wirtschaftskammer Österreich, [wiesinger@bau.or.at](mailto:wiesinger@bau.or.at)

30 Dazu bereits ausführlich: Wiesinger, DRdA 2017, 318.

31 Vgl dazu etwa die Statistiken der BUAK (abrufbar unter [www.buak.at](http://www.buak.at)). Diese beziehen sich im Wesentlichen auf den Geltungs-

bereich des BUAG (nicht des BSchEG), doch ist diese Unschärfe hier vernachlässigbar.