

## MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DES ARBEITSRECHTS

Der Titel meines kurzen, nämlich 15 Minuten nicht übersteigenden Referates lautet ursprünglich „Möglichkeiten und Grenzen des Arbeitsrechts“. Aus der Vorbesprechung wurde aber deutlich, dass ich eher dazu aufgerufen bin, aus der Perspektive eines praktischen Rechtsanwenders mit akademischen background einen kurzen Eindruck davon zu vermitteln, dass Österreich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts einen Liberalisierungsschub vertragen könnte.

Dies entspricht auch tatsächlich meiner Überzeugung, die ich sowohl in meiner mittlerweile mehr als 30-jährigen wissenschaftlichen Befassung mit dem Arbeitsrecht als auch als seit knapp 25 Jahren selbständiger anwaltlicher Berater auf diesem Gebiet gewonnen habe. Und es ist auch nicht so, dass ich in meiner Beratungstätigkeit oder die Sozietät, in der in Partner bin, in ihrer sehr umfassenden Beratungstätigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts stets nur den unternehmerischen Blickwinkel vor Augen habe. Einerseits vertreten wir sehr wohl auch immer wieder auch Arbeitnehmer, und andererseits besteht die anwaltliche Beratungspraxis auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ja keineswegs und aus meiner Sicht sogar in eher untergeordneten Ausmaß aus der Austragung gerichtlicher Streitigkeiten, sondern vielmehr aus Beratung. Und hier zeigt sich nicht selten, dass es vielfältige Fallkonstellationen gibt, in denen beide Seiten – und zwar ohne dass die typischerweise, aber eben nicht immer schwächere Seite unter Druck steht – eine Gestaltung anstreben, die schlicht an gesetzlichen oder durch die Behördenpraxis errichteten Hindernissen scheitert.

Dies beginnt schon gleichsam bei der Existenzfrage des Arbeitsrechts an sich, nämlich beim Problem, ob eine bestimmte vertragliche Gestaltung überhaupt als Arbeitsvertrag anzusehen ist oder vielleicht doch als freier Dienstvertrag. Dass es den freien Dienstvertrag als zivilrechtliche Rechtsfigur gibt, ist unter allen ernstzunehmenden Rechtsexperten völlig unumstritten und auch von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt, hat sich aber zB zu den Gebietskrankenkassen bislang nicht wirklich herumgesprochen.

Freie Dienstverträge sind – relativ einfach definiert – Dauerschuldverhältnisse, bei denen ein Teil gattungsmäßig umschriebene Leistungen, eben Dienste, ohne persönliche Abhängigkeit für jemand anderen erbringt. Der Dienstleistende muss auch gar keine physische Person sein; auch eine Steuerberatungs-GmbH, die für einen Mandanten regelmäßig Buchhaltungsarbeiten oder Lohnverrechnung übernimmt, hat typischerweise einen freien Dienstvertrag abgeschlossen.

Im gegebenen Zusammenhang interessieren freilich jene freien Dienstverträge, die eine physische Person, die ihre Arbeitsleistungen persönlich oder grundsätzlich persönlich erbringt, mit einem Vertragspartner (Unternehmen) abschließt. Ob die Dienstleistungserbringung uU erfolgt, die persönliche Abhängigkeit und damit Arbeitnehmereigenschaft begründen, wird nach einer Reihe von Kriterien beurteilt, die Lehre und Rsp seit langem herausgearbeitet haben. Es der Sache nach neben der schon erwähnten persönlichen Arbeitspflicht oder deren Fehlen insbesondere um die Frage, ob der Dienstleistende Zeit und Ort der Arbeitsleistung und den Arbeitsablauf bestimmen kann oder diesbezüglich fremdbestimmt ist, ob er in eine betriebliche Organisation eingegliedert ist, mit fremden Betriebsmitteln arbeitet, er Beschränkungen hinsichtlich der Tätigkeit für Dritte unterliegt etc, etc. Dass diese Beurteilung im Einzelfall schwer zu treffen sein kann, wie dies bei jedem komplexeren Typusbegriff ebenso ist, weil ja nicht sämtliche Merkmale taxativ erfassbar sind, auch nicht alle in derselben Ausprägung vorliegen oder nicht vorliegen müssen, um den einen oder den anderen Typus anzunehmen, kann nicht geleugnet werden.

Dies rechtfertigt aber nicht die derzeit zu beobachtende Praxis der Gebietskrankenkassen, mehr oder weniger wahllos oder auch gezielt und in ganzen Branchen den freien Dienstvertrag gleichsam abschaffen zu wollen. Mit einer geänderten Regelung des sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriffes kann man dieser Praxis vermutlich gar nicht so leicht beikommen. Denn die Erfahrung zeigt, dass die Krankenkasse überhaupt nicht bereit ist, sich auf eine rechtliche Diskussion

darüber einzulassen, ob die Heranziehung und Gewichtung der anerkannten für oder gegen Arbeitnehmereigenschaft bzw für oder gegen einen freien Dienstvertrag sprechenden Kriterien in concreto ein Arbeitsvertrag oder ein freier Dienstvertrag vorliegt.

Vielmehr wird so vorgegangen, dass mittels „Rückstandsausweises“ ohne Begründung freie Dienstverhältnisse in Arbeitsverhältnisse unqualifiziert werden und die betroffenen Unternehmen dann monatelang auf Bescheide warten müssen. Dies ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerträglich und fordert im Übrigen an der Legalität vorbeigehende Bazarmethoden. So gibt es etwa Fälle, in denen betroffene Unternehmen, die von der Unqualifizierung einer größeren Anzahl von freien Dienstverhältnissen betroffen waren, durch Zahlung zB von 50 % der damit verknüpften finanziellen Belastung die Sache bereinigen konnten. Dass eine solche Praxis nicht nur eines Rechtsstaates unwürdig, sondern auch für die beteiligten Personen und insbesondere auch die Behördenvertreter rechtlich überaus prekär ist, muss hier wohl nicht weiter erörtert werden.

In der Praxis – jedenfalls aus unserem Blickwinkel als Berater – bereiten insbesondere auch jene Fallgestaltungen Probleme, in denen bereits anderweitig als Dienstnehmer beschäftigte Personen ein zweites oder drittes, frei gestaltetes Beschäftigungsverhältnis als freier Dienstnehmer eingehen wollen und daran durch die besagte Vorgangsweise der Krankenkasse gehindert werden.

Diesem Problem könnte man mE durch eine Maßnahme abhelfen, bei der ebenfalls nicht an der arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Begriffsdefinition des Arbeitsvertrages bzw des freien Dienstvertrages gedreht wird (wenngleich man sich darüber sich auch Gedanken machen kann), sondern die darin bestehen könnte, gesetzlich anzuordnen, dass ein zweites oder drittes etc Vertragsverhältnis der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht gar nicht unterliegt, wenn die betroffene Person schon einmal über der Höchstbeitragsgrundlage sozialversicherungsrechtlich beschäftigt ist. Derzeit besteht zwar die Möglichkeit, sich ziemlich kompliziert als Arbeitnehmer Beiträge zurückzuholen, doch ist die damit verbundene Bürokratie abschreckend und der Effekt dieses „Mehrfachversicherungsprinzips“ tendenziell sicher standorthemmend.

So gibt es etwa im Gesundheitsbereich schon konkrete Auswirkungen, und wir betreuen zB einen größeren Mandanten, der das Problem hat, kaum Fachärzte zu finden, die als Konsiliarärzte tätig werden wollen, weil sie alle – neben eigener Praxis oder Anstellung in einem anderen Krankenhaus – nicht noch einmal als „echte Dienstnehmer“ beschäftigt sein wollen.

Vor allem im Westen Österreichs führt dies den uns erteilten Informationen zu Folge schon tendenziell zu Unterversorgung.

Wenn man sich das gerade Gesagte sich vergegenwärtigt und dann einen Blick auf die britische Insel wirft, dann bekommt ein ungefähres Gefühl dafür, wie sehr selbst innerhalb des angeblich vereinigten Europas, dh innerhalb eines mittlerweile doch und auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sehr stark regulierten Rechtsraumes, die Zugänge zur Frage „wie frei und flexibel darf Beschäftigung sein?“ sehr weit auseinanderklaffen.

Erst vor drei Tagen konnte ich bei einer Tagung in Traunkirchen einen Vortrag des aus Österreich stammenden jungen Oxford-Professors Jeremias Prassl über den „Zero Hours Contract“ nach britischem Recht hören. Allein die Erwähnung dieses Begriffs verursacht in Österreich Arbeitnehmervertretern wohl Gänsehaut. Es soll hier auch nicht eine Lanze dafür gebrochen werden – man kann diese Verträge auch sehr kritisch sehen und sie wurden auch in der Tagung in Traunkirchen durchaus kritisch gesehen – es ist aber schon interessant, dass ein Mitgliedstaat der Europäischen Union Verträge ausdrücklich legalisiert und auf der Webseite des zuständigen Ministeriums sogar konkrete Muster für Arbeitgeber betreffend die Gestaltung solcher Verträge anbietet, bei denen weder das Unternehmen die Verpflichtung trifft, eine Beschäftigung überhaupt oder gar ein bestimmtes Ausmaß zur Verfügung zu stellen noch den Beschäftigten die Verpflichtung trifft, eine bestimmte Menge Arbeit abzurufen.

Anders formuliert handelt es sich daher um einen Vertrag, der daher möglicherweise auch gar kein Arbeitsvertrag ist, in welchem der Arbeitgeber den Beschäftigten keine Arbeit garantieren und der Beschäftigte nicht verpflichtet ist, angebotene Arbeit zu akzeptieren.

Dass man dagegen einiges einwenden kann, diese Verträge für die betroffenen Beschäftigten oft wenig Sicherheit und den Unternehmen aber maximale Flexibilität bieten, ist zweifellos richtig; ebenso richtig ist aber, dass in Großbritannien jüngsten Zahlen zu Folge schon rund 1,5 Mio derartige Verträge existieren, es daher offenkundig einen Bedarf dafür gibt.

Ähnliches gilt ja auch für das sogenannten „Crowd-working“, das in Österreich mehr oder weniger inexistent, in Deutschland ein Schattendasein führend, aber zB in Großbritannien und natürlich in den USA ein immer größerer und florierender Wirtschaftszweig ist. Dass auf diesem Gebiet erfolgreich tätige Unternehmen wie zB die Taxi-Plattform Uber auch innerhalb der Mitbewerber, also der Unternehmerschaft, Widerstände auslösen, soll gar nicht verschwiegen werden; Faktum ist aber eben auch, dass solche Unternehmen offenkundig einen Markt bedienen.

Was ich damit nur sagen möchte: Österreich muss nicht unbedingt so weit gehen wie Großbritannien und Zero-Hours-Contracts gesetzlich explizit legitimieren; es ist aber die österreichische Arbeitsrechts- und Sozialrechtsordnung so hoch gerüstet, dass wir uns hierzulande einfach mehr Flexibilität erlauben könnten – und sei es auch in manchen Bereichen zeitlich befristet nach der Art eines Feldversuches.

Wenn man von Flexibilisierung und Beseitigung von Standorthemnissen spricht, kann man am Arbeitszeitrecht nicht vorbei. Dieses Rechtsgebiet ist mittlerweile von einer Komplexität, die es in eine Reihe mit dem Sozialversicherungsrecht und bestimmten Bereichen des Steuerrechtes stellt und selbst für größere und gut organisierte Unternehmen fast nicht zu bewältigende Herausforderungen in punkto Anwendungssicherheit bereithält.

Ich möchte nur ganz kurz ein paar kritikwürdige Punkte herausgreifen.

Ein großes Problem sind die Maximalarbeitszeiten. Die Richtlinie würde an sich eine Durchrechnung in der Art zulassen, dass in einem Durchschnitt von 17 Wochen 48 Stunden nicht überschritten werden dürfen. Die tägliche Höchstarbeitszeit ist von der Richtlinie nicht limitiert. Die 10 Stunden-Grenze ist damit nur in Österreich somit gültig und könnte auf 12 Stunden verlängert werden. Bislang gibt es solche Verlängerungen nur in bestimmten Ausnahmefällen (Sonderüberstunden bei besonderem Arbeitsanfall, aber nur mit BV, die an die Sozialpartner übermittelt werden muss; ohne Betriebsrat nur mit arbeitsmedizinischer Unbedenklichkeitsbescheinigung; sonst eigentlich nur bei Bereitschaftszeiten oder wenn aktive Reisezeiten dabei sind).

Ein feedback aus der Praxis ist, dass man in Spitzenzeiten mit den 10 Stunden täglich und den 50 Stunden wöchentlich nicht hinkommt, es wäre daher dringend nötig, eine Durchrechnung der Höchstarbeitszeiten zuzulassen, wie dies beispielsweise für die Ärzte im KAAZG geregelt ist.

Die Flexibilität bei Durchrechnung der Normalarbeitszeit besteht derzeit nur auf KV-Ebene und auch dort nur in engen Grenzen. Saisonale oder andere Auftragsschwankungen sind damit nur bedingt abfangbar bzw wird Entgeltpolitik stark über die Überstundenzuschläge gemacht. Es wäre aus meiner Sicht gescheiter, die Grundentgelte anzuheben, dafür aber deutlich mehr Flexibilität bei Höchstarbeitszeiten und auch bei Durchrechnung der Normalarbeitszeit zu machen.

Die letzte Arbeitszeitnovelle (AZG-Novelle) hat für Unternehmen zwar eine Erleichterung gebracht, aber auf sehr typisch österreichisch Weise: es wurden die Aufzeichnungspflichten beim Modellen mit fixer Dienstplanteilung gelockert, sodass seit 1.1.2016 nur noch Abweichungen von Dienstplänen aufgezeichnet werden müssen. Für mich klingt das ein bisschen wie ein Aufruf zum Betrug, weil sich der Gesetzgeber eben nicht zu einer echten Reform durchringen konnte, sondern ein wenig zum Schummeln bei den Aufzeichnungen anregt.

Jedenfalls kritikwürdig und nicht mehr der Realität entsprechend, ist das immer noch sehr weitreichende Verbot der Sonntagsarbeit. Dieses ist zwar branchenweise durchlöchert, für das Gros der Arbeitnehmer aber anwendbar. Gerade in Zeiten verstärkter Heim – oder Telearbeit steht damit der Arbeitgeber mit einem Fuß im Kriminal, wenn seine Arbeitnehmer am Sonntag von Zuhause aus E-mails beantwortet oder Sonstiges.

Überhaupt ist das gesamte Thema „Dienstreisen, Verkaufsveranstaltungen, Kongresse“ etc arbeitszeit-rechtlich fast nicht in den Griff zu bekommen. Die letzte Novelle hat eine Ausweitung der aktiven Reisezeiten gebracht, sodass sich nun, wenn ich selbst Auto fahre, 12 Stunden Arbeitszeit erreichen kann. Bin ich allerdings als Beifahrer (passive Reisezeit) unterwegs, kann ich mich einmal um den ganzen Globus schippern lassen.

Das sind Detailprobleme, die wichtig sind. Das mit Abstand größte Problem liegt aber in der Komplexität und – bedingt durch die Vielzahl von branchenspezifischen KV-normen – in der Unübersichtlichkeit der Arbeitszeitregelungen. Das ist zwar für uns ein gutes Geschäft, aber für Unternehmer eigentlich unzumutbar und widerspricht mE den Denksporterkennntnissen des VFGH. Da man auf solchen Veranstaltungen ja auch „Visionen“ haben darf und dies hoffentlich, ohne gleich die Reaktion hervorzurufen, einen Arzt zu brauchen, sage ich zum Thema Arbeitszeit abschließend noch folgendes:

Es wäre ein sehr großer Wurf, wenn der österreichische Gesetzgeber das gesamte Arbeitszeitrecht radikal entrümpeln und dadurch schlanker machen würde, dass im Wesentlichen nur noch die äußeren Rahmenbedingungen der Arbeitszeit-Richtlinie und ein paar Ruhezeiten geregelt und alle übrigen Themenbereiche entweder auf die kollektivvertragliche oder auf die betriebliche Ebene verlagert werden. Für die österreichischen Gewerkschaften ist dies seit jeher ein – freilich nicht offen eingestandenes – Reizthema, der betrieblichen Ebene zu viel Einfluss zu geben, es geht eben auch innerhalb der Arbeitnehmervertretung zweifellos um Macht. Ich denke auch, dass es Branchen gibt (insbes die Industrie und vielleicht auch den Handel), wo eine Ansiedelung von arbeitszeitrechtlicher Regelungskompetenz auf Kollektivvertragsebene sinnvoll ist – weitere Delegationsnormen in Richtung betrieblicher Ebene können hier vorgesehen werden -; vor allem im Dienstleistungsbereich und in Branchen wie IT kann die für das Gedeihen von Unternehmen und die Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen erforderliche Arbeitszeitflexibilität mE aber nur dadurch hergestellt werden, dass auf Betriebsebene maximale Regelungskompetenz eingeführt wird.

In Anbetracht der doch sehr kleinteiligen österreichischen Unternehmensstruktur müsste freilich auch für den Fall vorgesorgt werden, dass kein Betriebsrat besteht. Hier bleibt nur der Weg des Abschlusses einer Vereinbarung mit allen Arbeitnehmern – der österreichische Gesetzgeber hat in einzelnen Fällen diesen Weg ja schon beschritten (etwa bei Überwachungsmaßnahmen).

Abschließend möchte ich noch ein paar Worte zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz verlieren. Es gibt offenbar wirklich ernstzunehmende Kreise – und zwar auch außerhalb des gewerkschaftlichen Kernbiotops – die dieses Gesetz als große soziale Errungenschaft preisen. Ja in der heuer wie jedes Jahr in Zell am See stattfindenden Jahrestagung der österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht wurde in Diskussionen sogar vereinzelt Stimmen laut, die dafür plädierten, auch andere Bereiche des Arbeitsverhältnisses als das Entgelt der Obhut von Verwaltungsstraßenbehörden zu überantworten.

Derartigen Tendenzen muss mE entschieden entgegengetreten werden, und die Kriminalisierung des Arbeitsverhältnisses und des arbeitgeberischen Entlohnungsverhaltens durch das LSD-G ist mE eine höchst bedauerliche Fehlentwicklung.

Wie sich gezeigt hat, ist das Gesetz nämlich einerseits nicht wirklich tauglich, jene Missstände, zu deren Bekämpfung es gedacht war (Billigarbeit aus dem Osten) in den Griff zu bekommen; andererseits eignet es sich aber ganz prächtig als Mittel für großflächige Schikanierungen von Unternehmen. Wenn man bedenkt, wie komplex Entlohnungs- und entlohnungsrelevante

Arbeitszeitrechtsvorschriften in Österreich geworden sind, wie sprachlich unzulänglich kollektivvertragliche Beschäftigungsgruppen definiert und voneinander abgegrenzt sind, wie sehr man zB darüber diskutieren kann, ob jemand leitender Angestellter iSd des Arbeitszeit- und Arbeitsruhegesetzes ist, dann bekommt man eine Gänsehaut, wenn man sich vergegenwärtigt, dass jeder diesbezügliche – zumindest von der Behörde so gesehene – „Fehlgriff“ des Arbeitgebers ein Verwaltungsstrafverfahren nach sich ziehen kann.

Abgesehen davon, dass diesem Gesetz offenbar ein tiefes Misstrauen gegen die Verlässlichkeit der österreichischen Arbeitsgerichtsbarkeit innewohnt, das mE ganz unberechtigt ist, überzeugt mich auch das Argument nicht, dass gewisse, qualifiziert unterentlohnte Arbeitnehmer insbes am unteren Rande des Spektrums Gerichte nicht bemühen würden, weil sie ihren Arbeitsplatz verlören, wohingegen die Einschaltung von Verwaltungsstrafbehörden dieses Problem vermeide. Denn wenn ersteres gelegentlich auch stimmen mag, erschließt sich mir nicht, warum ein – und nehmen wir jetzt diesen diabolischen Modellfall – Arbeitgeber, der sich bewusst über alle Grenzen und Mindestlöhne hinwegsetzt und Mitarbeiter zu Sklavenbedingungen anstellt, auf eine Anzeige bei einer Verwaltungsstrafbehörde anders als auf die Einleitung eines Gerichtsverfahrens, nämlich mit Hinauswurf dieses Arbeitnehmers, reagieren sollte.

Das besagte Gesetz erfasst aber eben nicht nur diese Missstands-Fälle, sondern flächendeckend Unternehmen, die keineswegs die Absicht haben, ihre Mitarbeiter nicht gesetzeskonform zu behandeln, sondern die bloß Schwierigkeiten mit der Anwendung der komplexen Entlohnungs- und Arbeitszeitbestimmungen haben.