

I. Neue Ausnahmen für leitende Angestellte und Angehörige

Miriam Kullmann

A. Einleitung

Ein Grund für die mit der Arbeitszeitnovelle 2018 durchgeführten Arbeitszeitflexibilisierung ist, so war schon im Regierungsprogramm 2017–2022¹ angekündigt worden, das Arbeitszeitvolumen besser an die Auftragslage anpassen sowie die Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Freizeit besser gewährleisten zu können. Neben der erwähnten Flexibilisierung oder auch Modernisierung, beabsichtigt die Novelle die Arbeitszeitgesetze zu entbürokratisieren, ua durch eine **Erweiterung des Ausnahmenkatalogs**.

Nach der neuen Regelung werden, neben bestimmten **leitenden Angestellten**, die schon bisher vom AZG/ARG ausgeschlossen waren, nunmehr auch bestimmte **sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis** ausgenommen, ebenso Arbeitskräfte, die **Familienangehörige** des Arbeitgebers sind. Mit diesen Änderungen wird beabsichtigt die Ausnahmemöglichkeiten des Art 17 Abs 1 der RL 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) besser auszuschöpfen (wobei die Mitgliedstaaten zu solchen Ausnahmen nicht verpflichtet sind).

In diesem Beitrag soll untersucht werden, inwieweit diese Neuerungen zu Veränderungen im bestehenden Recht führen und ob diese mit der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar sind. In praktischer Hinsicht wird geprüft, welche Maßnahmen erforderlich sind, um eine Arbeitnehmer-Kategorie verlässlich aus dem AZG/ARG auszunehmen. Zunächst erfolgt ein Überblick über den neuen Ausnahmenkatalog; in einem weiteren Schritt werden die Merkmale und Tatbestände der drei vom AZG/ARG ausgenommen Beschäftigungsgruppen näher analysiert. Für die Frage, ob die Neuerungen unionsrechtskonform sind, wird der Anwendungsbereich der Richtlinie besprochen und die unionsrechtliche Ausnahmeregelung betrachtet. Zum Schluss werden die wichtigsten Änderungen und mögliche (praktische) Probleme kurz zusammengefasst.

1 Regierungsprogramm 2017–2022, 135.

B. Der Ausnahmenkatalog der Novelle 2018

Eine der bislang wichtigsten vom AZG/ARG ausgenommenen **Arbeitnehmerkategorien** sind die „leitenden Angestellten“, woran die Arbeitszeitnovelle auch nichts ändert.² **Neu** jedoch ist der **Wortlaut des Gesetzestextes**. Im Gegensatz zu der bisherigen Formulierung „*leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind*“, gilt nunmehr als Tatbestandsmerkmal, dass ein leitender Angestellter „*maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis*“ besitzen muss. Zusätzlich wird der **Ausnahmenkatalog um zwei Kategorien erweitert**. Erstens um bestimmte **sonstige Arbeitnehmer mit maßgeblicher selbständiger Entscheidungsbefugnis** (sogenannte „autonom Arbeitende“³). Zweitens werden nun auch **nahe Angehörige** des Arbeitgebers ausgenommen. Die Kategorie der nahen Angehörigen umfasst laut Gesetzestext Eltern, volljährige Kinder, eine(n) im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegattin oder Ehegatten, eingetragene Partnerin oder Partner, sowie eine(n) Lebensgefährtin oder Lebensgefährten, sofern seit mindestens drei Jahren ein gemeinsamer Haushalt besteht.⁴

Eine weitere **Voraussetzung** für den Ausschluss vom Anwendungsbereich des AZG/AZR, und damit nun auch ausdrücklich in den Mittelpunkt gerückt, ist die neu hinzugefügte Anforderung (und zwar für alle drei Kategorien – leitende Angestellte, autonom Arbeitende und nahe Angehörige), dass die **gesamte Arbeitszeit aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird**, oder vom Arbeitnehmer hinsichtlich der Lage und Dauer **selbst festgelegt werden kann**.⁵

Die AZG/ARG-**Ausnahme** ist **umfassend**. Nach dem Gesetzeswortlaut ist für die genannten Beschäftigungsgruppen, wenn die Bedingungen für die Ausnahme erfüllt sind, nicht nur das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht unanwendbar, sondern auch die arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen in Abschnitt 6a AZG, die sogenannten Ordnungsregeln.⁶ Obwohl dieser Abschnitt auch dem Schutz der Arbeitnehmer gewidmet ist, geht es dabei um die Freizeitplanung, Schutz der Zeiteinteilung, die Planbarkeit von persönlichen und familiären Aufgaben und um den Entgeltschutz.⁷

2 Schrank, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 39.

3 Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl C 2017/165, 44f vom 24. 5. 2017.

4 Da § 284c ABGB mit 1. 7. 2018 außer Kraft getreten ist, listet das AZG/ARG die nahen Angehörigen nun auf.

5 § 1 Abs 2 Z 7 und 8 AZG.

6 § 19b Abs 3 Z 3 und 5 AZG.

7 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 19b Rz 1 ff.

C. Definition der Ausnahmekategorien: Leitende Angestellte, andere autonom Arbeitende

1. Leitende Angestellte und andere autonom Arbeitende

Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich und damit von der Ausnahmeregelung erfasst sind demnach **leitende Angestellte**, andere **autonom Arbeitende** und **nahe Familienangehörige**, die **Arbeitnehmer** sind. Neben der nicht immer leicht zu beantwortenden Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist, kommt eine weitere (praktische) Schwierigkeit hinzu. Es gibt keine allgemeine oder gar gesetzliche Definition, wann eine Führungskraft (also ein Arbeitnehmer mit Führungsverantwortung gegenüber anderen Arbeitnehmern) „leitender Angestellter“ wäre und wann nicht; wieviel „leitende“ Funktion im Unternehmen ein „leitender“ Angestellter haben muss, ist eine Frage der gesetzlichen Definition. Bei der vorliegenden Ausnahmebestimmung ist nun wesentlich, dass es nicht mehr wichtig ist, ob ein Arbeitnehmer „leitender Angestellter“ ist oder nicht, weil ja auch die autonom Arbeitenden von der Ausnahme erfasst sind. Gleichzeitig ist aufgrund des Gesetzeswortlauts fraglich, ob die Anforderung, dass den Betreffenden „maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen“ sein muss, auch für die „leitenden Angestellten“ gilt, oder ob hier ein separater Begriff der leitenden Angestellten unterstellt wird, bei dem es auf die selbständige Entscheidungsbefugnis nicht mehr ankommt. ME spricht mehr dafür, dass sich die Anforderung der „selbständigen Entscheidungsbefugnis“ auch auf die leitenden Angestellten bezieht.⁸

Welche Mitarbeiter eines Unternehmens bislang als leitende Angestellte im Sinn der jeweiligen Gesetzesbestimmung zu qualifizieren war, wurde stets im Weg einer **Einzelfallprüfung** ermittelt. Der Begriff des leitenden Angestellten kommt ja in verschiedenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen in verschiedenen Definitionen vor. Einen einheitlichen Begriff jedoch gibt es nicht; insbesondere hat sich der bisherige arbeitszeitrechtliche Begriff des leitenden Angestellten nicht mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Begriffsverständnis gedeckt.⁹ Gem § 36 ArbVG sind leitende Angestellte nämlich jene, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebs zusteht.¹⁰ Insbesondere geht es hier um Arbeitnehmer, die durch ihre Position Arbeitgeberfunktionen ausüben und

⁸ Risak, ARD Spezial 2018, 20.

⁹ Friedrich, Neue Geltungsbereichsausnahmen im AZG/ARG – Leitende Angestellte und nahe Angehörige außerhalb des Arbeitszeitrechts, ZAS 2018/5, 273 (273); Kietaihl, Zur Ausnahme der „leitenden Angestellten“ aus dem Arbeitszeitrecht, in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn (2014) 37.

¹⁰ Gerhartl, Leitende Angestellte im Arbeitsrecht, RdW 2014/232, 204 (205).

dadurch einem Interessengegensatz zu anderen Arbeitnehmern geraten können, zB und insbesondere weil dieser maßgeblichen Einfluss auf Gehaltsfragen hat oder Arbeitsverhältnisse eingehen und auflösen kann.¹¹ Begründet wurden die unterschiedlichen Begriffe mit der **Zwecksetzung der verschiedenen Gesetze**. So war der Begriff leitender Angestellter im AZG/ARG, aufgrund einer „Art Pyramide der Leitungseigenschaften“,¹² weiter gefasst als der im ArbVG.¹³ Es ist davon auszugehen, dass die vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgenommenen leitenden Angestellten auch vom AZG ausgenommen waren¹⁴ und dies wohl auch in Zukunft bleiben.

2. Entscheidungsbefugnis

Voraussetzung für das Eingreifen der Ausnahme aus dem AZG/ARG ist, dass den leitenden Angestellten oder sonstigen Arbeitnehmern

1. maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnisse übertragen sind und
2. ihre gesamte Arbeitszeit aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder von diesen Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann.

Gleiches gilt für nahe Angehörige des Arbeitgebers, wobei diese, um vom AZG/ARG ausgenommen werden zu können, nicht die Bedingung der maßgeblichen Entscheidungsbefugnis erfüllen müssen. Generell kann festgehalten werden, dass der geänderte Gesetzestext, bis auf ein kleines Detail, dem Wortlaut der Arbeitszeitrichtlinie entspricht. Betrachtet man die durchgeführten Änderungen, könnte vermutet werden, die bisherige Rechtsprechung sei kodifiziert worden.¹⁵ *Friedrich* ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber, bei genauerem Hinsehen, den Anwendungsbereich des AZG/ARG einschränken, also die Ausnahme ausdehnen wollte.¹⁶ Inwieweit diese Feststellung im Allgemeinen zutrifft, ist fraglich; es ist anzunehmen, dass sich die Einschränkung wohl eher auf die Voraussetzung des Nichtmessens oder im Voraus festlegen bzw selbst bestimmen bezieht und weniger auf die Erweiterung des ausnehmbaren Personenkreises.

Da die **Materialien nur wenig Aufschluss** darüber geben, wie die Neufassung zu interpretieren ist, ist es notwendig die **Altfassung des AZG/ARG** und die

11 *Gerhartl*, RdW 2014/232, 204 (205).

12 *Schrank*, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 41.

13 *Schrank*, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 41.

14 *Heilegger in Heilegger/Klein*, AZG⁴ § 1 Rz 96, mit Verweis auf *Gahleitner in Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVR 2⁵ § 36 Rz 33 ff.

15 *Friedrich*, ZAS 2018/5, 273 (273).

16 *Friedrich*, ZAS 2018/5, 273 (273).

dazugehörige Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung heranzuziehen. Demnach sind leitende Angestellte jene, die durch ihre einflussreiche Position aus der gesamten Angestelltenschaft herausgehoben werden konnten. Um festzustellen, ob ein solcher Einfluss vorhanden war, musste auf den faktischen Einfluss und auf die Funktion des zu beurteilenden Arbeitnehmers abgestellt werden.¹⁷ Zu den Führungsaufgaben, die konkret anhand von **objektiven Maßstäben** bestimmt werden müssen, zählen insbesondere die Vorgesetztenfunktion, aber auch Entscheidungen auf kaufmännischem oder technischem Gebiet.¹⁸ Nicht erforderlich hingegen sind Entscheidungsbefugnis über Kündigung, Entlassung oder Entgeltvereinbarungen.¹⁹ Wichtig ist, dass die Führungsaufgaben **maßgeblich**, also **gemessen an den jeweiligen betrieblichen Verhältnissen**, von **erheblicher Bedeutung** sind und dem Angestellten **selbstverantwortlich übertragen** sein müssen.²⁰ Dieser Tatbestand ist dann erfüllt, wenn ein Arbeitnehmer wesentliche Teilbereiche eines Betriebs in der Weise eigenverantwortlich geleitet hat, dass dadurch auf Bestand und Entwicklung des gesamten Unternehmens Einfluss genommen wird.²¹ Es kommt darauf an, dass Entscheidungen ohne Bindung an Detailweisungen oder ohne laufende Kontrolle getroffen werden können.²² Nicht verlangt wird, dass ein Arbeitnehmer völlig weisungsfrei entscheiden können muss.²³ Erhält ein Arbeitnehmer eine Pauschalentlohnung (ein sogenanntes All-in-Entgelt), kann das ein Indiz dafür sein, dass Aufgaben und Entgelt nicht (nur) von der erbrachten Arbeitsleistung abhängen, sondern weitgehend unabhängig auf die Funktionserfüllung erledigt werden.²⁴ Als Änderung ist jedenfalls zu diagnostizieren, dass bislang „maßgebliche Führungsaufgaben“ verlangt wurden, die „selbstverantwortlich übertragen“ waren; nunmehr reicht aber eine „selbständige Entscheidungsbefugnis“ aus. Das stellt sicherlich eine **Ausweitung der Ausnahme** dar. Begründet wird die Änderung denn auch damit, dass nunmehr neben der 1. und 2. Führungsebene auch die 3. Führungsebene im Unternehmen von der Ausnahme erfasst werden soll.²⁵ Das Gesetz sagt das zwar nicht

17 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 81, mit Verweis auf OGH 4 Ob 94/82 DRdA 1987, 136 = Arb 10.219.

18 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 83, mit Verweis auf OGH 9 268/92 DRdA 1993, 50, mit Anmerkung von Grillberger.

19 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 84, mit Verweis auf OGH Arb 9351 = ZAS 1977, 18; VwGH 26. 9. 2013, 2013/11/0116 Arb 13.119.

20 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 85, mit Verweis auf OLG Wien 21 Ra 171/94 ARD 4677/16/95.

21 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 86, mit Verweis auf VwGH 26. 9. 2013, 2013/11/0116 Arb 13.119.

22 Pfeil in ZellKomm³ § 1 AZG Rz 25.

23 Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ § 1 Rz 86, mit Verweis auf OLG Wien 7 Ra 311/97z Arb 11.689.

24 Schrank, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 42.

25 Risak, Die wichtigsten Eckpunkte des Arbeitszeitpakets 2018 – Eine erste Einschätzung der Auswirkungen, ASoK 2018/8, 288 (290).

so, als Hinweis auf die gesetzgeberische Absicht und damit als Interpretationshilfe, ist das auch rechtlich in gewissem Umfang relevant.

3. Zur Arbeitszeitautonomie

Das **Nichtmessen, nicht im Voraus festlegen oder selbstbestimmte Festlegen der Arbeitszeit hinsichtlich der Lage und Dauer** war **bislang kein im Gesetz enthaltenes Kriterium**, galt aber interpretativ in der Literatur und zum Teil auch in der Rechtsprechung als einer der drei Rechtfertigungsgründe, Angestellte als leitend anzusehen und so vom Anwendungsbereich auszunehmen.²⁶

Fraglich ist jedoch, über **wieviele** Arbeitszeitautonomie der Arbeitnehmer verfügen muss, damit das Tatbestandselement erfüllt ist. So vermutet *Risak*, dass eine „*Ausweitung [gemeint: der Autonomie] wohl in der Praxis kaum stattfinden wird*“ und er schließt, dass die neue stärkere Bedeutung der Arbeitszeitautonomie dazu führen kann, dass Arbeitnehmer, die bislang vom Gesetz ausgenommen waren, nun doch wieder von diesem erfasst werden.²⁷

Dieser Befund ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Auch *Friedrich* weist darauf hin, dass das Erfordernis der Arbeitszeitautonomie wohl weitgehend verstanden werden kann.²⁸ Mögliche Auslegungsschwierigkeiten kann es insbesondere bei der Frage geben, ob die gesamte Arbeitszeit aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder von diesen Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann. Arbeitsorganisatorisch kann es notwendig sein, gewisse Vereinbarungen über die Anwesenheit leitender oder autonomer Arbeitnehmer zu treffen um zB Entscheidungs- und Ausführungsprozesse besser aufeinander abzustimmen. Auch bei Reisetätigkeit ist die Autonomie naturgemäß eingeschränkt.

Gänzlich unverständlich und nicht nachvollziehbar ist der Hinweis in den Materialien, wonach bei der sogenannten **Vertrauensarbeitszeit**, bei der dem Arbeitnehmer selbst die Verantwortung für die Gestaltung, Erfassung und Dokumentation seiner Arbeitszeit übertragen ist,²⁹ die **Voraussetzung nicht erfüllt** sei.³⁰ Das Gegenteil sollte richtig sein: bei der Vertrauensarbeitszeit besteht sowohl Einteilungsautonomie wie auch (wenn zulässig) Abwesenheit von Messung. In diesem Sinn wäre Vertrauensarbeitszeit mit freier Zeiteinteilung und ohne Zeitmessung ein geradezu **typischer** Fall für das Eingreifen der Aus-

26 *Kietzbl* in *Kietzbl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn 38; *Friedrich*, ZAS 2018/5, 273 (274); OGH 9 ObA 146/93 DRdA 1994, 332 (*Eypeltauer*).

27 *Risak*, ASoK 2018/8, 288 (290).

28 *Friedrich*, ZAS 2018/5, 273 (275).

29 *Dimmel*, Vertrauensarbeitszeit – Arbeiten ohne Ende, DRdA 2012/1a, 86 (86).

30 303/A 26. GP 5; *Risak*, ASoK 2018/8, 288 (289). Kritisch dazu auch *Friedrich*, ZAS 2018/5, 273 (276).

nahme. Etwas differenzierter ist die **Gleitzeit** zu sehen, da hier im Regelfall (mit dem Gleitzeitrahmen) ein zeitlicher Rahmen für Beginn und Ende der täglichen Normalarbeitszeit vereinbart wird.³¹ Auch hier ist aber zu differenzieren. Ist der Gleitzeitrahmen 24/7, so wäre das Autonomiekriterium jedenfalls erfüllt.

Problematisch ist jedoch die Tatsache, dass nach § 4b Abs 1 AZG gleitende Arbeitszeit vorliegt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines **vereinbarten zeitlichen Rahmens** Beginn und Ende seiner täglichen Normalarbeitszeit selbst bestimmen kann.³² Diese Gleitzeitvereinbarung muss die Dauer der Gleitzeitperiode, den Gleitzeitrahmen, das Höchstausmaß allfälliger Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben und Zeitschulden in die nächste Gleitzeitperiode sowie die Dauer und Lage der fiktiven Normalarbeitszeit festlegen.³³ Diese Bedingungen stellen sich als problematisch dar, was die von der Ausnahme betroffenen Beschäftigungsgruppen betrifft. Zum einen wird der Gleitzeitrahmen definiert als die Zeitspanne zwischen dem frühestmöglichen Arbeitsbeginn und dem spätestmöglichen Arbeitsende am jeweiligen Tag, wobei auch Kern- oder Blockzeiten enthalten sein können, die den spätestmöglichen Beginn und das frühestmögliche Ende fixieren.³⁴ Grundvoraussetzung damit die Ausnahmebestimmung greifen kann ist, **dass die gesamte Arbeitszeit** aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit **nicht** gemessen oder **im Voraus festgelegt** wird, oder diese von Arbeitnehmern hinsichtlich der Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann. Indem der Gleitzeitrahmen schriftlich, also im Voraus, festgelegt wird, greift aber die Ausnahme offenbar nicht. Was die Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben und Zeitschulden betrifft ist hier wichtig, dass genau festgehalten wird wann und wieviel gearbeitet wird, also die geleistete Arbeitszeit genau gemessen wird, womit auch hier die Ausnahmenvoraussetzung nicht erfüllt ist. Damit entbehrt die Bestandsgarantie nach § 32c Abs 10 AZG, wonach bestehende Gleitzeitvereinbarungen aufrecht bleiben, jeglichen Nutzen für diese Beschäftigungsgruppen.

ME sollte es auch nicht schädlich sein, wenn gewisse Grundsätze der Anwesenheit festgelegt werden (zB Abstimmung mit anderen Führungskräften etc). Auch das Fehlen der Messung kann einfach durch einen Entfall der Aufzeichnungspflicht herbeigeführt werden. Wobei hier ein gewisser Zirkelschluss auffällt: Das Entfallen jeglicher Aufzeichnung gem AZG/ARG ist ja nur zulässig, wenn das AZG/ARG nicht gilt; gleichzeitig führt bei den betroffenen Arbeitnehmerkategorien nun der Entfall der Aufzeichnung der Arbeitszeit zur Unanwendbarkeit des AZG/ARG.

31 § 4b Abs 1 im Zusammenhang mit § 32c Abs 10 AZG (hinzugefügt durch den Änderungsantrag AA-34 26. GP).

32 Zur Gleitzeit *Körber-Risak* in dieser Ausgabe.

33 § 4b Abs 3 AZG.

34 *Pfeil* in ZellKomm³ § 4c AZG Rz 48.

Dabei soll noch auf ein weiteres Paradoxon hingewiesen werden: wo der Gesetzestext von Arbeitszeit spricht, die „nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird“ oder von Arbeitnehmern „selbst festgelegt werden kann“, verweisen die Materialien merkwürdigerweise auf die „Nichtmessbarkeit bzw. Nichtfestlegbarkeit“ der Arbeitszeit. Prinzipiell kann festgehalten werden, dass es **grundsätzlich möglich ist, die Arbeitszeit zB mit technologischen Hilfsmitteln, zu messen bzw festzulegen**. Die Frage die sich jedoch hier insbesondere stellt ist, inwieweit man zulassen möchte, dass solche Hilfsmittel angewendet werden. Wenn die Arbeitszeit nicht messbar bzw nicht festlegbar wäre, wäre es in manchen Berufen oder Branchen nicht möglich, bestimmte Dienstleistungen dem Kunden in Rechnung zu stellen, wenn nicht (ungefähr) der Zeitaufwand gemessen werden würde. Entscheidend ist vielmehr, dass Arbeitgeber und leitende Angestellte die **Arbeitszeit nicht messen oder festlegen wollen**. Ob dies der Fall ist, muss jeweils im Einzelfall ermittelt werden.

4. Zweck der Ausnahme

Die Materialien geben nur wenig Aufschluss über den Zweck der Ausnahmeregelung. Ein Blick auf die Materialien der alten Bestimmungen hilft hier auch nicht weiter. Einziger angegebener Anhaltspunkt, der mE jedoch wenig aussagekräftig ist, ist, dass leitende Angestellte eine einflussreiche Position haben.³⁵

Laut hM können **drei Gründe für die Ausnahmeregelung** aufgezählt werden:

1. eine Bindung an festgelegte Arbeitszeitgrenzen und -verteilungen ist aufgrund des Aufgabenbereichs leitender Angestellter nicht möglich,
2. die Arbeitszeit kann weitgehend selbst eingeteilt werden³⁶ und
3. aufgrund eines überdurchschnittlich hohen Entgelts sind diese Angestellten weniger schutzbedürftig als andere Arbeitnehmer.^{37,38}

All diese Gründe können mE jedoch **nur wenig überzeugen**, da es, wie oben angeführt, immer eine Möglichkeit gibt die Arbeitszeit zu messen, selbst wenn diese weitgehend selbst eingeteilt werden kann.

35 *Kietaihl in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn 37.

36 *Heilegger in Heilegger/Klein*, AZG⁴ § 1 Rz 82, mit Verweis auf OGH 9 ObA 146/93 ecolex 1993, 846.

37 *Schrank*, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 42.

38 *Heilegger in Heilegger/Klein*, AZG⁴ § 1 Rz 82, mit Verweis auf OGH 9 ObA 146/93 ecolex 1993, 846; *Kietaihl in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn 37; *Pfeil in Zell-Komm*³ § 1 AZG Rz 24.

Dass die Arbeitszeitautonomie und das **überdurchschnittlich hohe Entgelt** ein **geringeres Schutzbedürfnis** leitender Angestellte zur Folge haben, **kann nicht ohne weiteres verallgemeinert werden**, hat aber einen zutreffenden Kern, weil die Autonomie prinzipiell einen Selbstschutz ermöglicht. Abgesehen davon, scheint das Kriterium des höheren Entgelts nicht im gleichen Maß für autonom Arbeitende zu gelten und gar nicht für nahe Angehörige. Dazu kommt: mehr Verantwortung geht oftmals einher mit erhöhtem Stress und langen Arbeitstagen, inklusive Arbeit am Abend und/oder am Wochenende. Zudem gibt es leitende Angestellte, an die der Anspruch gestellt wird „ständig erreichbar“ sein zu müssen.³⁹ Nun mag diese Mehrarbeit und Mehrbelastung mit einem entsprechenden Entgelt abgegolten werden können, und mag ein hohes Vertragsentgelt auf „eine ausreichend starke Marktmacht schließen“,⁴⁰ ein geringeres Schutzbedürfnis kann damit jedoch nicht gerechtfertigt werden, insbesondere auch nicht, wenn damit die Trennung zwischen Freizeitaktivitäten und Erreichbarkeit verwischt und die Gesundheit der Arbeitnehmer dadurch möglicherweise beeinträchtigt wird. Sicherlich trägt der leitende Angestellte eine gewisse Eigenverantwortung, sich nicht zu überarbeiten, doch kann die Frage aufgeworfen werden, inwieweit von diesem tatsächlich erwartet werden kann, dass er selbst autonom seiner eigenen Arbeitszeit die nötigen Grenzen setzt.

5. Folgen der Ausnahme

Ein Arbeitnehmer, der vom Anwendungsbereich des AZG/ARG ausgenommen ist, ist dennoch arbeitsrechtlich **nicht völlig schutzlos**. Prinzipiell greift auch bei leitenden Angestellten die **allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**.⁴¹ Auch besteht für diese Arbeitnehmergruppe die Möglichkeit, **einzelvertragliche Regelungen** über die Arbeitszeit und eine etwaige Überstundenvergütung zu treffen.⁴² Letzteres entfällt aufgrund des Nichtmessens, der Nichtfestlegung oder der Selbstbestimmung der Arbeitszeit. Ebenso können die Bestimmungen eines **Kollektivvertrags** oder einer **Betriebsvereinbarung** über die Arbeitszeit und die Vergütung von Überstunden auf leitende Angestellte angewendet werden.⁴³

39 Zu „ständiger Erreichbarkeit“ s *Krause*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, 53.

40 *Kietztaibl* in *Kietztaibl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn 38.

41 *Schrank*, Kollektivvertragliches Mindestentgelt: Lohndumping-Risiken bei leitenden Angestellten? Systemische Grenzen kollektivvertraglicher Normsetzung, ZAS 2016/6, 300 (304).

42 *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ 110.

43 *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ 110; *Schrank*, Arbeitszeit⁵ § 1 AZG Rz 49.

Wenn ein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt, muss jedoch untersucht werden in welchem Verhältnis die darin enthaltenen Arbeitszeit- und arbeitszeitbezogene Entgeltnormen zum AZG/ARG stehen. *Schrank* ist der Auffassung, dass die Ausnahmeregelung zwingendes Arbeitsrecht darstellt. Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen würden somit nicht ermächtigt sein, in den gesetzlichen Status der Arbeitszeitregelungsfreiheit einzugreifen. Jegliches kollektivvertragliches Eingreifen in die Arbeitszeitregelungen wäre demnach unzulässig. Offen bleibt die Frage, wie das Entgelt festgestellt werden kann, wenn Arbeitszeit- und arbeitszeitbezogene Entgeltnormen in Kollektivverträgen nicht gelten. Für leitende Angestellte, und nunmehr auch autonom Arbeitende, sofern sie denn maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis besitzen, kann möglicherweise an die größere individuelle Verhandlungsstärke sowie das überdurchschnittliche Entgelt angeknüpft werden.⁴⁴

Nicht erforderlich, **praktisch** wiederum **sinnvoll**, ist die **Arbeitszeitaufzeichnung**, um nachvollziehen zu können, inwieweit die vertraglichen Arbeitszeiten eingehalten werden, aber auch um Schranken aufzuweisen, was die Erhöhung des vertraglichen Arbeitszeit- und damit auch des Entgeltvolumens betrifft.⁴⁵ Freilich wird durch eine Arbeitszeitaufzeichnung die Arbeitszeit gemessen, womit ein Ansatz für das Eingreifen der Ausnahme wegfällt.

D. Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie; Folgen für die Auslegung

1. Der Anwendungsbereich der RL

Da die Ausnahmeregelung im AZG/ARG eine Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie ist, gilt nicht der österreichische, sondern der europäische Arbeitnehmerbegriff, der etwas abweicht vom österreichischen Arbeitnehmerbegriff und, noch wichtiger, diesen auch verdrängt. Anders als bei vielen anderen EU-Richtlinien, ist der Arbeitnehmerbegriff in der Arbeitszeitrichtlinie jedoch nicht definiert. War man in der Literatur zuerst davon ausgegangen, dass Anschluss an die Richtlinie 89/391/EWG gesucht werden muss, so hat der EuGH in dem *Union Syndicale*-Urteil klargestellt, dass nunmehr der **unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff**, entwickelt im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinn von **Art 45 AEUV**, gilt.⁴⁶ Begründet wird diese Schlussfolgerung damit, dass die Arbeitszeitrichtlinie weder eine Verweisung auf die Richtlinie 89/391/EWG enthält, noch eine Verweisung auf den Arbeitnehmerbegriff, wie er sich

⁴⁴ *Schrank*, ZAS 2016/6, 300 (304).

⁴⁵ *Schrank*, Arbeitszeit³ § 1 AZG Rz 50.

⁴⁶ Vgl. *Barnard*, EC Employment Law³ 577 und *Barnard*, EU Employment Law⁴ 536–537. Siehe ebenfalls *Dullinger*, Arbeitnehmerbegriff(e) des Unionsrechts und das österreichische Arbeitsrecht, ZAS 2018, 4.