

ARBEITSRECHT

Abgrenzung von Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft und Rufbereitschaft bei „Remote Working“

Susanne Auer-Mayer, Wien

Übersicht:

- I. Einführung
- II. Arbeitszeitbegriff
- III. Arbeitszeitrechtliche Abgrenzung bei „Remote Working“
- IV. Fazit

I. Einführung

Mit *Walter J. Pfeil* verbindet mich nicht nur seit vielen Jahren eine persönliche Freundschaft, er war es auch, der meinen universitären Werdegang vom ersten Schritt an fördernd begleitet hat. Vor diesem Hintergrund ist es mir ein besonderes persönliches Anliegen, an der Festschrift des Jubilars anlässlich seines 65. Geburtstages mitzuwirken und ihm damit hoffentlich etwas Freude zu bereiten.

Damit beginnt jedoch auch schon das Dilemma: Welches Thema eignet sich, will man dem Lehrer und Mentor, dessen eigenes wissenschaftliches Werk ob seines Umfanges kaum mehr überschaubar ist, gerecht werden und dennoch die vorgesehene Zeichenvorgabe nicht sprengen? Eine Durchforstung des „Datenbank-Fundus“ an *Pfeil*-Publikationen hat schließlich eine Aussage des Jubilars zu Tage gefördert, die nicht nur dessen Voraussicht offenbart, sondern auch die Idee für diesen Beitrag geliefert hat: In einer seiner ersten Entscheidungsanmerkungen hat sich *Pfeil* im Jahr 1984 mit der arbeitszeitrechtlichen Einordnung von Arbeitsbereitschaft (ArbBer) beschäftigt.¹⁾ Dem Arbeitszeitrecht ist er seither – neben vielen anderen Forschungsgebieten – treu geblieben²⁾ und hat auch mich damit „angesteckt“.³⁾ Abgesehen von seiner berechtigten Kritik an der Begrün-

1) *Pfeil*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 111/81 ZAS 1984/13, 100 ff.

2) Vgl nur *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³ (2018) §§ 1-19a, 20-33 AZG und ARG; *Pfeil* in *Auer-Mayer/Felten/Pfeil*, AZG⁴ (2019) §§ 1a, 4-4c, 11-12, 18-19a und 20-34; *Pfeil*, Arbeitszeitrechtliche Probleme der Pflege und Betreuung, in *Resch* (Hrsg), *Das neue Arbeitszeitrecht* (2008) 69 ff; *Pfeil*, Betriebsvereinbarungen als Instrument des Arbeitszeitrechts, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), *Aktuelle Arbeitszeitprobleme* (2008) 79 ff.

3) Dies unter anderem, indem er einen Teil der von ihm kommentierten Paragraphen in *Grillberger* (Hrsg), AZG³ (2011) im Zuge der Neuauflage an mich „abgetreten“ hat.

dung der damaligen Entscheidung, konstatierte Pfeil seinerzeit, dass die bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten Grund genug sein sollten, „die Sinnhaftigkeit des Rechtsinstitutes ArbBer kritisch zu hinterfragen, zumal durch die Technologieentwicklung und die dadurch vermehrt eingesetzten neuen Arbeitsmethoden die Probleme noch erheblich schwieriger werden dürften“. ⁴⁾ Fast 40 Jahre später kennt das AZG nach wie vor die besondere Kategorie der Arbeitsbereitschaft und Pfeils Befund wurde voll und ganz bestätigt: Die fortschreitende Digitalisierung und die damit einhergehende zeitliche und örtliche Flexibilisierung der Arbeitserbringung hat die Abgrenzung der Arbeitsbereitschaft von bloßer Rufbereitschaft einerseits und von Vollarbeit andererseits zusätzlich schwieriger gemacht. Dies betrifft nicht nur die, im Folgenden weitgehend ausgeklammerte, Sonderfrage der „Smartphone-Dauererreichbarkeit“, ⁵⁾ sondern gerade auch Fälle von „Remote Working“ an sich, also solche, in denen Arbeitnehmer*innen (AN) die vereinbarte Arbeitsleistung generell an irgendeinem (beliebigen) außerbetrieblichen Ort (mit Handypfang und Internetzugang) erbringen. ⁶⁾

II. Arbeitszeitbegriff

Die Einordnung gewisser Zeiträume als „Arbeitszeit“ hat aus rechtlicher und praktischer Sicht immense Bedeutung. Zunächst drohen Arbeitgeber*innen (AG) insb bei Überschreitung der gesetzlichen Höchstgrenzen der Arbeitszeit ⁷⁾ oder Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Ruhepausen und Ruhezeiten ⁸⁾ Verwaltungsstrafen. ⁹⁾ Darüber hinaus knüpft sich an das Vorliegen von „Arbeitszeit“ im Regelfall auch die Frage, ob und in welcher Höhe AN Anspruch auf Entlohnung haben.

Gem Art 2 Z 1 RL 2003/88/EG (AZ-RL) ¹⁰⁾ ist als „Arbeitszeit“ jede Zeitspanne anzusehen, „während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Dem steht nach Z 2 leg cit die „Ruhezeit“ als „jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit“ gegenüber. Eine Zwischenkategorie – und damit auch eine spezifische Differenzierung zwischen Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft oder Rufbereitschaft – kennt die RL nicht. Nach stRsp des EuGH können somit nach der RL Zeiten nur *entweder* (Voll-)Arbeitszeit oder Ruhezeit darstellen. ¹¹⁾ Zuletzt hat der EuGH freilich letzt-

4) Pfeil, ZAS 1984/13, 99 (101).

5) Dazu Risak, Arbeiten in der Grauzone zwischen Arbeitszeit und Freizeit, ZAS 2013/50, 296 (298 ff); Risak, Digitalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2017, 331 (333 f) bzw Jahrbuch Arbeitsrecht und Sozialrecht 2019, 115 (120 f); Risak, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12 (22 f); Glowacka, „Immererreichbarkeit“ – Vereinbarung, Verbot, Vergütung, JAS 2020, 121 (125 f); Schmittler, Ständige Erreichbarkeit des AN auf dem Diensthandy als (konkudent vereinbarte) Rufbereitschaft, DRdA 2019/52, 536 (539 f).

6) Zur Definition von „Remote Working“ s etwa <https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/remote-working> (abgefragt am 31.8.2021).

7) Vgl insb §§ 7, 9 AZG; s auch Art 6 AZ-RL.

8) Vgl nur §§ 11, 12 AZG sowie das ARG; s auch Art 3 bis 5 AZ-RL.

9) § 28 Abs 2 AZG.

10) RL 88/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl L 299/9.

11) Vgl zB EuGH C-437/05, Vorel, ECLI:EU:C:2007:23, Rn 25; EuGH C-266/14, Tyco, ECLI:EU:C:2015:578, Rn 25 f; EuGH C-518/15, Matzak, ECLI:EU:C:2018:82, Rn 55 mwN.

lich doch eine Art Zwischenkategorie gebildet, indem er eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten angenommen hat, trotz Einordnung gewisser Bereitschaftszeiten als Ruhezeiten (vgl gleich näher unten III.A.) sicherzustellen, dass AG keine Bereitschaftszeiten einführen, die so lang oder so häufig sind, dass sie eine Gefahr für *Sicherheit oder Gesundheit der AN* darstellen.¹²⁾

Auch nach dem AZG wird die Arbeitszeit der Ruhezeit bzw Ruhepause gegenübergestellt. Gem § 2 Abs 1 Z 1 AZG gilt als „Arbeitszeit“ schlicht „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“. Zusätzlich kennt das AZG aber auch spezifische Vorgaben zur „Arbeitsbereitschaft“¹³⁾, „Rufbereitschaft“¹⁴⁾ und „Reisezeit“.¹⁵⁾ Dabei lässt sich aus Wortlaut und Systematik dieser Vorgaben ableiten, dass auch Zeiten der Arbeitsbereitschaft¹⁶⁾ und (passive) Reisezeiten, nicht dagegen Zeiten bloßer Rufbereitschaft¹⁷⁾ als Arbeitszeit anzusehen sind. Der österreichische Gesetzgeber sieht jedoch insofern *Zwischenkategorien* vor, als für die – im Gesetz nicht näher definierte – *Arbeitsbereitschaft* (und die hier aus Platzgründen nicht weiter thematisierte Reisezeit) trotz Vorliegens von Arbeitszeit gewisse Erleichterungen gelten. Das AZG lässt in solchen Fällen, offenbar wegen der weniger intensiven Inanspruchnahme der AN, unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausdehnung sowohl der Normalarbeitszeit als auch der höchstzulässigen Arbeitszeit (auf durchschnittlich 60 oder sogar 72 Stunden pro Woche) zu.¹⁸⁾ Der OGH akzeptiert im Hinblick auf die geringere Intensität der Inanspruchnahme grds auch eine – im Vergleich zur Vollarbeit – geringere Entlohnung von Zeiten der Arbeitsbereitschaft,¹⁹⁾ soweit sich diese aus der (insb kollektivvertraglichen) Vereinbarung ergibt.²⁰⁾ Umgekehrt wird zum Schutz der AN in § 20a AZG und § 6a ARG auch die – ebenfalls nicht weiter spezifizierte²¹⁾ – *Rufbereitschaft* trotz des Nichtvorliegens von Arbeitszeit gewissen Zulässigkeits-schranken unterworfen. Der nationale Gesetzgeber war insoweit also dem EuGH einen Schritt voraus.²²⁾ Auch die Rufbereitschaft ist zudem nach überzeugender Rsp (jedenfalls mangels Vereinbarung zur Unentgeltlichkeit) angemessen zu vergüten.²³⁾ Aus österreichischer Sicht ist damit eine *Differenzierung* allein zwischen den zwei Kategorien *Arbeits-* und *Ruhezeit* jedenfalls *unzureichend*.

12) EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 61 ff; EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183, Rn 60.

13) Vgl nur §§ 5 und 5a AZG.

14) Siehe § 20a AZG, § 6a ARG.

15) Vgl § 20b AZG, § 10a ARG.

16) Vgl schon Pfeil, ZAS 1984/13, 99 (100).

17) Vgl nur § 20a Abs 1 AZG: „Rufbereitschaft außerhalb der Arbeitszeit darf...“; idS etwa auch OGH 9 ObA 71/04p DRdA 2006/16, 210 (Schwarz).

18) Vgl §§ 5, 5a, § 7 Abs 3, § 8 Abs 4, § 9, § 13b Abs 3, § 19a Abs 2 AZG.

19) OGH 20. 3. 2011, 9 ObA 25/11h; OGH 9 ObA 99/08m DRdA 2011/33, 357 (Risak); RIS-Justiz RS0021667; RS0021399.

20) Mangels differenzierender Vereinbarung haben AN dagegen für die gesamte „Arbeitszeit“ Anspruch auf das für ihre Dienstleistung vorgesehene („Normal“-) Entgelt; vgl OGH 20. 3. 2011, 9 ObA 25/11h; OGH 8 ObA 321/01s Arb 12.266; RIS-Justiz RS0021399; Pfeil in ZellKomm³ §§ 5, 5a AZG Rz 6.

21) In den Materialien wird dies damit begründet, dass eine Definition wegen der ausführlichen Rsp nicht erforderlich sei; vgl IA 408/A BlgNR 20. GP 36.

22) § 20a AZG und § 6a ARG wurden bereits mit BGBl I 1997/46 eingefügt.

23) Zuletzt OGH 8 ObA 4/20a Arb 13.660; OGH 8 ObA 61/18f DRdA 2019/52, 536 (Schnittler) mwN.

III. Arbeitszeitrechtliche Abgrenzung bei „Remote Working“

A. Grundsätzliches zur Abgrenzung

Unter Berücksichtigung der geschilderten Begriffsdefinitionen beginnt die Arbeitszeit, sobald AN die vereinbarte Arbeit aufnehmen oder ihren AG dafür vereinbarungsgemäß zur Verfügung stehen.²⁴⁾ Sobald sie sich nicht mehr zur Verfügung ihrer AG halten müssen, folglich wieder selbst über die Verwendung ihrer Zeit entscheiden können, endet die Arbeitszeit.²⁵⁾ Schon § 2 Abs 2 AZG macht deutlich, dass Arbeitszeit selbstverständlich auch vorliegt, wenn AN in ihrer Wohnung oder sonst außerhalb des Betriebs beschäftigt werden. Gerade bei disloziert Arbeitenden ist aber keineswegs stets leicht zu beantworten, wann sie ihre Arbeit ausüben bzw ihren AG (zumindest) dafür zur Verfügung stehen. Erschwerend kommt hinzu, dass eine Spezifizierung der Arbeits- bzw Rufbereitschaft nicht nur in der AZ-RL, sondern auch im AZG fehlt. Deren Konkretisierung bleibt damit der Auslegung vorbehalten.

OGH, VwGH und EuGH stimmen insofern weitgehend überein, als Bereitschaftszeiten im Wesentlichen dann als *Arbeitszeit*, folglich iSd AZG als *Arbeitsbereitschaft*, anzusehen sind, wenn sich AN am Arbeitsplatz oder an anderen von ihren AG vorgegebenen Orten aufhalten müssen, um im Bedarfsfall jederzeit die Arbeitsleistung aufnehmen zu können.²⁶⁾ Kennzeichnend für die Arbeitsbereitschaft ist daher zunächst *va*, dass die betroffenen AN in der Wahl ihres Aufenthaltsortes nicht frei sind. Nach dem nationalen Recht ist darüber hinaus bedeutsam, dass während der Bereitschaft keine Vollarbeit geleistet, sondern diese eben nur im Bedarfsfall unverzüglich erbracht wird.²⁷⁾ Das Unionsrecht kennt eine solche weitere Differenzierung dagegen nicht, weshalb – auch dies hat Pfeil²⁸⁾ überzeugend herausgearbeitet – die erwähnten nationalen Erleichterungen bei Arbeitsbereitschaft unionsrechtlich durchaus problematisch sind.²⁹⁾

Bloße *Rufbereitschaft* – und damit auch nach Ansicht des EuGH grds *keine Arbeitszeit* – liegt demgegenüber vor, wenn AN zwar für ihre AG jederzeit (*va* telefonisch, aber zB auch per E-Mail) *erreichbar sein* müssen, damit sie erforderlichenfalls zur Arbeitsleistung gerufen werden können, sie aber während der Bereitschaft in der Wahl ihres Aufenthaltsortes weitgehend frei sind³⁰⁾ und über

24) Vgl zB OGH 9 ObA 8/18v ARD 6614/5/2018; OGH 8 ObA 61/13y DRdA 2014/41, 420 (Schindler); Pfeil in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 2.

25) Siehe Pfeil in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 3; Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 2 Rz 3 f mwN.

26) Vgl zB EuGHC-303/98, *Simap*, ECLI:EU:C:2000:528, Rn 46 ff; EuGH C-151/02, *Jaeger*, ECLI:EU:C: 2003:437, Rn 48 ff; EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C: 2021:182, Rn 33 ff; VwGH 91/19/0248 DRdA 1992/31, 291 (Pfeil); VwGH 91/19/0130 ZfVB 1994/11; OGH 8 ObA 225/94 RdW 1995, 67; OGH 8 ObA 61/13y DRdA 2014/41, 420 (Schindler).

27) IdS schon Pfeil, ZAS 1984/13, 99 (100); Pfeil, Arbeitsbereitschaft – Rufbereitschaft, DRdA 1992/31, 290 (292 f); ebenso statt vieler Pfeil in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 12.

28) Pfeil in ZellKomm³ § 5a AZG Rz 17 f.

29) IdS auch Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 9 Rz 11.

30) Nach wenig überzeugenden jüngsten Aussagen des EuGH soll dagegen bei AN im Homeoffice auch die Anordnung eines verpflichtenden dortigen Aufenthalts für sich nichts an der Beurteilung ändern; vgl EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C: 2021:183, Rn 43; EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 43.

die Verwendung ihrer Zeit im Wesentlichen *frei entscheiden* können.³¹⁾ Werden AN während der Rufbereitschaft tatsächlich zur Arbeit gerufen, liegt insoweit selbststredend Arbeitszeit vor.³²⁾

B. Forcierung bloßer Rufbereitschaft durch „Remote Working“?

Arbeiten AN generell mobil an einem von ihnen selbst gewählten Ort, ergibt sich zuallererst naturgemäß das Problem, dass das geschilderte *Aufenthaltskriterium* zur Abgrenzung weitgehend *versagt*. Dies nicht nur, weil den AN keine expliziten Vorgaben zum Aufenthaltsort während der Bereitschaft gemacht, sondern auch, weil die (Voll-)Arbeitsleistungen als solche örtlich ungebunden erbracht werden. Damit lässt sich a priori auch jene Rsp nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragen, wonach das Bestehen (noch) ausreichender Freiheiten bei der Wahl des Aufenthaltsortes während der (vermeintlichen) Rufbereitschaft insb davon abhängig ist, binnen welchen Zeiträumen sich AN im Fall eines „Abrufs“ der Arbeitsleistung am Arbeitsplatz einfinden müssen. So wurde etwa durch den OGH bei gebotenem Eintreffen am Arbeitsplatz binnen 30 Minuten – trotz der damit einhergehenden (auch) räumlichen Beschränkungen – bloße Rufbereitschaft angenommen,³³⁾ während der EuGH bei einer Dispositionszeit von nur wenigen Minuten zu Recht vom Vorliegen von Arbeitszeit ausging.³⁴⁾ „Remote“ Arbeitende können jedoch Handy, Tablet oder Laptop mit sich führen und damit (etwa auch angesichts der Möglichkeit „mobiler Hotspots“) zumindest auf den ersten Blick ihre (Voll-)Arbeitsleistung im Bedarfsfall binnen weniger Minuten erbringen. Liegt damit nun mangels örtlicher Beschränkung stets nur Rufbereitschaft und folglich – ungeachtet gewisser dennoch bestehender Einschränkungen (s oben II.)³⁵⁾ – keine Arbeitszeit vor? Oder ist gar umgekehrt immer (zumindest) Arbeitsbereitschaft anzunehmen, weil betroffene AN kurzfristig einsatzfähig sind?

Eine nähere Betrachtung zeigt, dass zum einen beides nicht statthaft ist und zum anderen die bisherige Rsp sehr wohl auch hier fruchtbar gemacht werden kann. Denn die Abgrenzung zwischen Rufbereitschaft und Arbeitsbereitschaft (und damit Arbeitszeit) ist ganz grds in Abhängigkeit davon vorzunehmen, inwieweit betroffene AN trotz gewisser Einschränkungen die Möglichkeit

31) Vgl zuletzt OGH 8 ObA 4/20a Arb 13.660; OGH 8 ObA 61/18f DRdA 2019/52, 536 (Schnittler); s auch RIS-Justiz RS0051403; EuGH C-303/98, *Simap*, ECLI:EU:C:2000:528, Rn 50; EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 36 mwN.

32) IdS statt vieler EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 38.

33) OGH 9 ObA 74/07h Arb 12.682; OGH 8 ObA 90/05a ARD 5707/3/2006; OGH 8 ObA 4/20a Arb 13.660.

34) EuGH C-518/15, *Matzak*, ECLI:EU:C:2018:82.

35) Sofern sich AN entsprechend bereithalten müssen, haben diese Beschränkungen mE unabhängig davon zu gelten, ob bei Abruf der Arbeit längere oder nur punktuelle Arbeitsleistungen erforderlich sind (so auch *Heilegger in Gasteiger/Heilegger/Klein, AZG*⁷ [2021] § 20a Rz 13). Dafür spricht insb, dass die gesetzlichen Beschränkungen auch bei „klassischer“ Rufbereitschaft unabhängig davon zum Tragen kommen, ob und wie häufig es tatsächlich zu einem Abruf der Arbeitsleistung kommt. Damit kann die Dauer potentieller Arbeiten ebenfalls keine entscheidende Rolle spielen (tw aA ua *Risak*, ZAS 2013/50, 296 [299 f]; *Glowacka*, JAS 2020, 121 [133, 139]). Zu trennen ist diese Frage aber von jener, ob überhaupt eine (allenfalls konkludente) Verpflichtung zur Bereithaltung – und damit Rufbereitschaft – vorliegt.

haben, ihren *persönlichen und sozialen Interessen nachzugehen*.³⁶⁾ IdS hat auch der EuGH in jüngeren Entscheidungen betont, dass es sich bei Zeiten der Rufbereitschaft nur (aber eben doch) in vollem Umfang um Arbeitszeit handle, wenn eine *Gesamtbeurteilung* aller Umstände des Einzelfalls ergebe, dass die den AN auferlegten Einschränkungen deren Möglichkeit, ihre *Zeit frei zu gestalten* und sie eigenen Interessen zu widmen, *objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigte*.³⁷⁾ Dabei nannte er die Folgen der bestehenden *Zeitvorgaben* (konkret mussten die AN im Bedarfsfall innerhalb von einer Stunde am Arbeitsort³⁸⁾ bzw binnen 20 Minuten an der Stadtgrenze der Dienststelle³⁹⁾ sein) als *einen von mehreren bedeutsamen Aspekten*.

Tatsächlich ist die zeitliche Flexibilität insofern regelmäßig ein zentraler Umstand, als mit *engen zeitlichen Vorgaben* typischerweise entsprechende *Beschränkungen* bei der Wahl des *Aufenthaltortes* und damit auch der *Gestaltung der Freizeit* korrespondieren. Auch bei „remote“ Arbeitenden wird sich je nach Dauer der abgerufenen Arbeitsleistung im Hinblick auf Lärmpegel, Belichtung und sonstige Einrichtungen keineswegs jeder Aufenthaltsort zur (potentiellen) Arbeitserbringung eignen. So lässt sich etwa, abgesehen von den Schwierigkeiten eines ständigen Mittragens eines Laptops, ein längerer schriftlicher Beitrag oder eine Fernwartung regelmäßig weder während eines Besuchs eines Vergnügungsparks oder Konzertes noch während des Einkaufens oder Spazierengehens erledigen. Auch das nahe geparkte Auto oder eine Parkbank werden sich dafür nur bedingt eignen. In der eigenen Wohnung oder bei besuchten Bekannten werden zwar nicht selten geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung stehen, auch bei Treffen mit anderen Personen wird es aber nicht ohne weiteres möglich sein, sich kurzfristig für längere Zeit zum Arbeiten zurückzuziehen. Selbst Telefonate sind zwar mit dem Handy (mit Ausnahme von Funklöchern) örtlich ungebunden möglich, erfordern aber (auch aufgrund der häufig gebotenen Vertraulichkeit) idR einen Rückzugsort, um gegebenenfalls länger zu telefonieren, sich Notizen zu machen etc. Umso mehr gilt dies für die Durchführung einer Videokonferenz.

Zumindest in Fällen, in denen während der Bereitschaft nicht nur ganz punktuelle Aufgaben (wie das Schreiben einer kurzen E-Mail) zu erwarten sind, spielt für das Vorliegen bloßer Rufbereitschaft daher schon vor diesem Hintergrund auch bei mobil Arbeitenden deren *Reaktionszeit* eine wichtige Rolle. Beträgt diese nur wenige Minuten, sind betroffene AN angesichts der notwendigen Sicherstellung eines unverzüglichen Arbeitseinsatzes in ihrer Freizeitgestaltung – sowohl örtlich als auch inhaltlich – idR *erheblich beschränkt*.

Abhängig von den konkret zu erwartenden Arbeitsaufträgen werden freilich bei „Remote Working“ angesichts der flexibleren Verfügbarkeit möglicher Arbeitsörtlichkeiten uU auch vergleichsweise enge(re) zeitliche Vorgaben noch nicht eindeutig „schädlich“ sein. Noch stärker als sonst verlagert sich damit die Prüfung des Vorliegens „echter“ Rufbereitschaft (und damit des Nichtvorliegens von Arbeitszeit) auch auf *andere Kriterien*. Wie sich zeigt, können auch insofern frühere Ausführungen *Pfeils*⁴⁰⁾ nutzbar gemacht werden. Überzeugend hat

36) Vgl schon Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 2 Rz 12.

37) EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 37, 66; EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183, Rn 38, 61.

38) EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182.

39) EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183.

40) DRdA 1992/31, 290 (292 f).

dieser bereits Anfang der 1990er-Jahre darauf hingewiesen, dass es auch auf das Ausmaß *inhaltlicher Beschränkungen* ankomme.⁴¹⁾

Gewisse tätigkeitsbezogene Einschränkungen, die, wie ein Verbot der Alkoholisierung (zB in Gestalt des Abstellens auf einen Alkoholgehalt von max 0,5 Promille)⁴²⁾ oder ein Gebot, übermäßige Ermüdung zu vermeiden, erforderlich sind, um im Bedarfsfall die Einsatzfähigkeit sicherzustellen, führen hierbei noch nicht zur Qualifikation als Arbeitszeit.⁴³⁾ Dasselbe gilt etwa für den Umstand, dass im in Betracht kommenden örtlichen Bereich faktisch nur wenige Möglichkeiten für Freizeitaktivitäten bestehen.⁴⁴⁾ Dass „remote“ Arbeitende in Rufbereitschaft beim Heurigen auf das eine oder andere Viertel Wein oder auf eine Teilnahme beim City Marathon verzichten müssen, schadet also nicht. Ebenso wenig ist Rufbereitschaft ausgeschlossen, wenn AN deshalb in ihren Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt sind, weil sie in Gegenden wohnen, in denen es nur örtlich begrenzten Internet- und Handyempfang gibt.⁴⁵⁾

Je enger aber die konkreten Vorgaben der AG sind, umso eher nähert sich die Rufbereitschaft der (zumindest) Arbeitsbereitschaft an. Muss also der in Rufbereitschaft befindliche „Online-Clown“⁴⁶⁾ de facto im Clownskostüm und geschminkt auf Abruf bereitstehen, weil er im Fall eines Anrufs keine Zeit mehr für eine entsprechende Verkleidung hat, kann kaum vom Nichtvorliegen von Arbeitszeit (wenigstens in Form von Arbeitsbereitschaft; dazu näher unten C.) ausgegangen werden. Überhaupt scheinen insb bei Rufbereitschaft während der Nachtstunden spezifische „optische Erfordernisse“ (etwa im Hinblick auf Videokonferenzen) bei gleichzeitig (zu) kurzer Reaktionszeit problematisch, zumal sie AN nicht selten am während der Nachtstunden üblichen, aber der Optik nicht unbedingt zuträglichen Schlafen hindern werden.

Richtig hat ferner erneut bereits Pfeil,⁴⁷⁾ übereinstimmend mit dem VwGH,⁴⁸⁾ festgehalten, dass die Möglichkeit, über die Verwendung der Bereitschaftszeit frei zu verfügen, *umso geringer* ist, je *öfter tatsächlich* Arbeit anfällt. Häufige tatsächliche Arbeitseinsätze während der Rufbereitschaft können demnach zur Bewertung des gesamten Zeitraums als Arbeitszeit führen.⁴⁹⁾ Auch der EuGH hat daher zuletzt zu Recht die Relevanz der Einsatzhäufigkeit während einer Bereitschaftszeit betont. In Gestalt des Abstellens auf die „durchschnittliche“ Häufigkeit (und Dauer) entsprechender Einsätze hat er sich zudem für eine – aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität grds zu befürwortende – generalisierte Einstufung der vereinbarten Bereitschaftszeiten ausgesprochen.⁵⁰⁾ Auch

41) Vgl zur „Dauererreichbarkeit“ auch Risak, ZAS 2013/50, 296 (299); Glowacka, JAS 2020, 121 (125 f); Schmittler, DRdA 2019/52, 536 (539 f).

42) Vgl auch OGH 8 ObA 4/20a Arb 13.660.

43) Siehe erneut Pfeil, DRdA 1992/31, 290 (293).

44) Vgl auch EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 42 zu einem Servicetechniker im Hochgebirge.

45) IdS auch EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183, Rn 42 zu einem weit vom Einsatzort entfernten Wohnort.

46) Vgl etwa https://party-spazz.net/live-online-shows/?gclid=EAIaIQobChMIveGNl6z28AIVC9OyChOl-gaHEAAAYASAAEgJ9hvD_BwE#regdl=kategorien (abgefragt am 31.8.2021).

47) DRdA 1992/31, 290 (293).

48) VwGH 2.12.1991, 91/19/0248.

49) Vgl auch Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 2 Rz 12.

50) EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 51 ff; EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183, Rn 50 ff.

bei „remote“ Arbeitenden kann daher zum einen schon aufgrund der bestehenden engen zeitlichen Vorgaben Arbeitszeit vorliegen. Zum anderen ist aber auch bei Personen, die bezüglich der Aufnahme der (Voll-)Arbeit gewisse zeitliche Spielräume haben, nicht mehr von bloßer Rufbereitschaft auszugehen, sofern sie – wenn auch mit Unterbrechungen – etwa laufend mit relevanten Aufträgen per E-Mail rechnen müssen und deshalb nur sehr *eingeschränkt einer Freizeitbeschäftigung* nachgehen können.⁵¹⁾ Würde man dies anders sehen, gelänge in Bezug auf „Stehzeiten“ über den Einsatz digitaler Arbeitsmittel relativ leicht die Flucht aus dem Arbeitszeitbegriff. Entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung zur Vereinbarung der Lage der Arbeitszeit (vgl § 19c AZG) würde im Ergebnis (zumindest im Rahmen der gesetzlichen Häufigkeitsgrenzen für Rufbereitschaft) eine Extremform der Beschäftigung nach Bedarf ermöglicht.

Ebenso richtig (und wichtig) hat der EuGH aber betont, dass demgegenüber der Umstand, dass AN während ihrer Bereitschaftszeiten nur selten tatsächlich in Anspruch genommen werden, bei Beschränkungen durch kurze Reaktionszeiten noch nicht zur Qualifikation als Ruhezeit führt.⁵²⁾ Dies folgt schon daraus, dass die AN auch bei nur seltenem Abruf ihrer Arbeitsleistung während jeder einzelnen Bereitschaft darauf vorbereitet sein – und daher auch jedes Mal alle für einen Einsatz notwendigen Vorkehrungen treffen – müssen. Denn sie können naturgemäß im Voraus nicht wissen, ob und wann es tatsächlich zum Einsatz kommen wird. Aus diesem Grund kann es entgegen dem OGH⁵³⁾ auch nicht „*vor allem*“ darauf ankommen, ob nur an einer sehr geringen Prozentzahl der Bereitschaftstage tatsächlich ein Einsatz erfolgt.

C. Vollarbeit oder Arbeitsbereitschaft?

Aus österreichischer Sicht sind mit der Feststellung von Arbeitszeit freilich noch nicht alle relevanten Fragen geklärt. Es bedarf vielmehr einer weiteren Abgrenzung zwischen Vollarbeit und (bloßer) Arbeitsbereitschaft. Dabei sollte unstrittig sein, dass „remote“ Arbeitende, deren Kernarbeitsleistung tatsächlich abgerufen wird, während deren Erbringung Vollarbeit leisten. Keineswegs eindeutig – und zwar nicht nur bei „remote“ Arbeitenden – ist dagegen die Beurteilung jener Zeiten, die zwar nach den genannten Kriterien jedenfalls als Arbeitszeit einzustufen sind, während derer aber *nicht eindeutig Kernarbeitsleistungen* erbracht werden. Man denke bspw nur an „remote“ Arbeitende, die eine Hotline per Telefon, E-Mail oder Online-Kontaktformular betreuen und zwischendurch immer wieder etwas „Leerlauf“ haben. Ebenso haben etwa in der „analogen“ Arbeitswelt Verkäufer*innen typischerweise nicht rund um die Uhr tatsächlich potentielle Käufer*innen zu betreuen. Überhaupt lässt sich die Frage stellen, ob alle Zeiten, während derer AN für ein paar Minuten „nichts zu tun“ haben, bloß Arbeitsbereitschaft sind. Bei „remote“ Arbeitenden scheint dies *va* insofern praktisch bedeutsam, als das Kontrollbedürfnis der AG bei disloziert Arbeitenden tendenziell erhöht ist⁵⁴⁾ und neue Technologien auch eine

51) So etwa auch *Risak*, ZAS 2013/50, 296 (299) zur „Dauererreichbarkeit“.

52) EuGH C-344/19, *Radiotele-vizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, Rn 54; EuGH C-580/19, *Stadt Offenbach*, ECLI:EU:C:2021:183, Rn 53.

53) OGH 8 ObA 4/20a Arb 13.660.

54) Dazu auch *Auer-Mayer*, Dürfen Arbeitnehmer*innen im „Home-Office“ überwacht werden? CuRe 2020/88 mwN.

relativ leichte Erfassung (und Kontrolle) der Aktivitäten am Computer arbeitender AN ermöglichen. AG werden uU gerade bei „remote“ Arbeitenden – möglicherweise als Ausgleich für die zugestandene erhöhte Flexibilität – besonderes Interesse haben, auch kurze „Stehzeiten“ zu identifizieren und gegebenenfalls durch Ausdehnung der Arbeitszeit und/oder Verringerung des Entgelts auszugleichen.

Nun bedarf es zur Ausdehnung der Arbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft regelmäßig einer entsprechenden kollektivvertraglichen Zulassung (vgl nur § 5 Abs 1 Z 1 AZG). Zudem dürfen auch sachliche Differenzierungen beim Entgelt dem KollV nicht zuwiderlaufen. Eine entsprechende generelle (branchenbezogene) kollektivvertragliche Regelung zur Arbeitsbereitschaft scheint aber keineswegs ausgeschlossen. Auch, dass nach § 5 Abs 1 Z 2 AZG eine Ausdehnung der Arbeitszeit nur in Betracht kommt, wenn in die Arbeitszeit der AN „regelmäßig und in erheblichem Umfang“ Arbeitsbereitschaft fällt, scheint zumindest auf den ersten Blick kein grds Hindernis zu sein: Ein „erheblicher Umfang“ wird von der hA dann angenommen, wenn die Bereitschaftszeiten wenigstens ein Drittel der Gesamttätigkeit ausmachen. „Regelmäßigkeit“ ist wohl dann gegeben, wenn AN nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Vorhinein wiederkehrend mit Arbeitsbereitschaft rechnen können.⁵⁵⁾ Beides könnte durchaus bejaht werden, wenn man gleichsam alle (im Durchschnitt zu erwartenden) „ruhigen Minuten“ als bloße Arbeitsbereitschaft addiert.

Schon der Zweck der Ausdehnungsregelungen der §§ 5, 5a AZG spricht freilich dafür, dass diese nur dann zum Tragen kommen können, wenn die Bereitschaftszeiten ein – auch entsprechend zu erwartendes – Ausmaß erreichen, das *Gelegenheit* zu einer *ins Gewicht fallenden Erholung* bietet. Daher dürfen ganz kurze Unterbrechungen der Arbeit hier nicht berücksichtigt werden.⁵⁶⁾ Auch davon abgesehen muss eine, das Ziel des AN-Schutzes im Auge behaltende, *systemkonforme Auslegung* des Begriffs der Arbeitsbereitschaft aber zum Ergebnis führen, dass letztere nur dann anzunehmen ist, wenn die betroffenen AN dem Grunde nach in einen gewissen – wenngleich uU in Einzelfällen kurzen – *Entspannungszustand* treten können. Müssen „remote“ Arbeitende daher ständig aktiv am Laptop eingeloggt und präsent sein, ändert es auch nichts am Vorliegen von Vollarbeit, wenn sie zwischendurch keine Anfragen zu bearbeiten haben. Sie erbringen hier auch während des Wartens die geschuldete Arbeitsleistung. Dasselbe gilt, wenn (nur) alle paar Minuten das Telefon läutet. IdS hat der OGH bereits in den 1990er-Jahren überzeugend Zeiten als Vollarbeit und gerade nicht als Arbeitsbereitschaft qualifiziert, während derer ein Straßenaufsichtsorgan (nur) Fahrzeuge zu beobachten hatte, ehe es uU ein Strafmandat ausstellte. Die „Beobachtungsphase“ sei eben Teil der geschuldeten Arbeitsleistung.⁵⁷⁾ Zu Recht wurde dabei die, auch von Pfeil⁵⁸⁾ schon früh als „unergiebig“ kritisierte, Beurteilung der Arbeitsbereitschaft als Zeit „wacher Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“ als untauglich aufgegeben, da das Kriterium der „wachen Achtsamkeit“ auch nach Ansicht des OGH „mit einem Zustand der Entspannung unvereinbar“ war.⁵⁹⁾

55) Vgl nur Pfeil in ZellKomm³ §§ 5, 5 a AZG Rz 12 f mwN.

56) Vgl auch Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 5 Rz 6.

57) OGH 8 ObA 225/94 RdW 1995, 67 (Drs).

58) ZAS 1984/13, 99 (100).

59) Nochmals OGH 8 ObA 225/94 RdW 1995, 67 (Drs).

Wo konkret die Grenze zwischen Arbeitsbereitschaft und Vollarbeit zu ziehen ist, bleibt freilich erneut einer schwierigen Beurteilung im Einzelfall vorbehalten.

IV. Fazit

Neue Arbeitsformen wie „Remote Working“ stellen auch den Arbeitszeitbegriff vor zusätzliche *Herausforderungen*. Wenngleich man hier bei richtiger Auslegung durchaus zu sachgerechten Ergebnissen gelangt, ist die *Grenzziehung* zwischen Arbeits- und Ruhezeit, aber va auch die Einordnung in die im österreichischen Recht vorgesehenen Zwischenkategorien angesichts der technischen Möglichkeiten *noch schwieriger geworden*. Dies geht naturgemäß zulasten der, von Pfeil⁶⁰) zu Recht gerade für so sensible Materien wie das Arbeitszeitrecht als besonders bedeutsam hervorgehobenen, Rechtssicherheit.

Nicht nur vor diesem Hintergrund, sondern auch im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben scheint insb die zusätzliche Kategorie der Arbeitsbereitschaft problematisch. Dabei verfängt auch deren Rechtfertigung damit nicht, dass die Möglichkeit erhalten bleiben müsse, auf längere Phasen weniger intensiver Inanspruchnahme durch geringeres Entgelt zu reagieren. Abgesehen davon, dass die Zulässigkeit derartiger Differenzierungen im Detail keineswegs unumstritten ist,⁶¹) würde auch die Festlegung einer einheitlichen Kategorie der Arbeitszeit die Kollektiv- oder auch Einzelvertragsparteien keineswegs daran hindern, die Intensität der Inanspruchnahme bei Festlegung der Höhe des gebührenden (Gesamt-)Entgeltes angemessen zu berücksichtigen.

Es scheint daher höchst an der Zeit, die *Sinnhaftigkeit* des Rechtsinstitutes der *Arbeitsbereitschaft* nicht nur is Pfeils ernsthaft zu *hinterfragen*, sondern diesen Überlegungen auch *Taten folgen* zu lassen.

60) DRdA 1992/31, 290 (293).

61) Vgl näher Felten in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 10 Rz 21 ff mwN.

Gleitende Dienstzeit im Landesdienstrecht

AZG und Tiroler G-VBG im Netz der Kompetenzverteilung des B-VG verfangen?

Florian G. Burger, Innsbruck

Übersicht:

- I. Grundlegung
- II. Gleitende Arbeitszeit nach § 4b AZG
- III. Gleitende Arbeitszeit nach § 22 Abs 3 Tir G-VBG
- IV. Ergebnis

Walter J. Pfeil hat in vielen Teilbereichen des Arbeits- und Sozialrechts Spuren gezogen, denen nachfolgende Generationen folgen können, insbesondere auch im Arbeitszeitrecht. Ihm zu Ehren ist dieser Beitrag an der Schnittstelle zwischen Arbeitszeit- und Verfassungsrecht gewidmet.

I. Grundlegung

Der AN ist in der Erbringung seiner Arbeitsleistung persönlich vom AG abhängig. Grundsätzlich obliegt es dem AG, die inhaltliche, örtliche und zeitliche Dimension der vom AN geschuldeten Arbeitsleistung festzulegen. Innerhalb des durch Gesetz, Normen kollektiver Rechtsgestaltung und Arbeitsvertrag abgesteckten Rahmens bestimmt der AG Beginn und Ende der Arbeit. Kann hingegen der AN selbst bestimmen, wann seine tägliche Normalarbeitszeit beginnt und endet, liegt eine gleitende Arbeitszeit vor. Diese ist nicht nur für den AN vorteilhaft, der flexibler Arbeit und Freizeit miteinander gestalten und für ihn günstigere Verkehrsverbindungen nutzen kann, sondern auch für den AG, der durch Gleitzeit die Bildung von Überstunden vermeiden kann¹⁾ und – worauf der Geehrte hinweist²⁾ – ihm auch eine Risikoverschiebung hinsichtlich der Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderungen aus persönlichen, wichtigen Gründen zufällt. Seit dem 1. 7. 1994³⁾ regelt § 4b AZG die gleitende Arbeitszeit.

1) Vgl etwa Schrank, Arbeitszeit Kommentar⁵ (2018) § 4b AZG Rz 1.

2) Pfeil in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, Arbeitszeitgesetz⁴ (2019) § 4b Rz 2.

3) Art I Z 1g BGBl 1994/446.

II. Gleitende Arbeitszeit nach § 4b AZG

Auch im öffentlichen Dienst werden diese Vorteile erkannt, doch ist § 4b AZG dort nur für wenige Bedienstete anwendbar: Zum einen fallen Beamte in Ermangelung ihrer Arbeitnehmereigenschaft von vornherein nicht in den Geltungsbereich des AZG,⁴⁾ zum anderen nimmt § 1 Abs 2 Z 1 AZG AN, die in einem Arbeitsverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, aus dem Geltungsbereich des AZG heraus; lediglich auf „Arbeitnehmer, die nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig sind, sofern für ihr Arbeitsverhältnis ein Kollektivvertrag wirksam ist“⁵⁾, ist § 4b AZG anzuwenden. Diese Herausnahme ist der etwas verworrenen Rechtslage zur Gesetzgebungskompetenz geschuldet:

Seit der B-VG-Nov BGBl I 1999/8 weist Art 21 Abs 1 B-VG den Ländern die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten des Dienstrechts ihrer eigenen Bediensteten sowie der Bediensteten der Gemeinden und Gemeindeverbänden umfassend zu. Allerdings erfolgte dies nicht „in vollem Umfang, sohin in gleicher Weise wie für Beamte“;⁶⁾ sondern Art 21 Abs 2 B-VG überträgt davon abweichend die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten des AN-Schutzes dieser Bediensteten dem Bund, soweit diese Bediensteten in Betrieben tätig sind. Anders als in Art 21 Abs 1 B-VG können hier in Abs 2 leg cit nur Vertragsbedienstete gemeint sein, denn beamtete Bedienstete – per definitionem Nicht-AN – können nicht dem Tatbestand „Arbeitnehmerschutz“ unterfallen. Die Gesetzgebung und Vollziehung des Arbeitsschutzes dieser Beamten obliegt daher nach Abs 1 leg cit tatsächlich in vollem Umfang den Ländern.⁷⁾ MaW: Das Dienstrecht der Landes- und Gemeindebeamten fällt gänzlich in die Kompetenz der Länder, während dienstrechtliche Angelegenheiten der privatrechtlich beschäftigten Landes-, Gemeinde- und Gemeindeverbands-Vertragsbediensteten nur so weit in die Landeskompetenz fallen, wie sie nicht Angelegenheiten des AN-Schutzes von Bediensteten betreffen, die in Betrieben tätig sind.

Zumindest was die zulässigen Höchstgrenzen der Arbeitszeit und die Mindestruhezeiten betrifft, ist Arbeitszeitrecht zweifellos eine Angelegenheit des AN-Schutzes. Allerdings wird auch das Entstehen der Überstunden einschließlich ihrer Vergütung als AN-Schutz verstanden,⁸⁾ womit auch die Grenzen der Normalarbeitszeit und ihre Flexibilisierungsmöglichkeiten darunterfallen – einschließlich der Gleitzeitmöglichkeit. Dementsprechend darf das AZG als Bundesgesetz nicht für AN der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbänden gelten, soweit sie nicht in Betrieben tätig sind – sind sie hingegen in Betrieben tätig, darf kompetenzrechtlich das AZG sie erfassen.

Und das AZG erfasst auch AN von Gebietskörperschaften, „die nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig sind“. Auffallend ist hierbei, dass – anders als etwa § 1 Abs 2 Z 1 ARG – hier auf den „Bereich der Hoheitsverwaltung“ anstelle der „Tätigkeit in einem Betrieb“ abgestellt wird. Der VfGH nimmt an, dass der in

4) § 1 Abs 1 AZG; Gasteiger/Heilegger in Gasteiger/Heilegger/Klein, Arbeitszeitgesetz⁷ (2021) § 1 Rz 24.

5) § 1 Abs 2 Z 1 aE AZG.

6) So aber Warzilek, Das Dienstrecht der Tiroler Landesbediensteten (2019) 67.

7) Vgl VfGH G 10/76, 11/76 VfSlg 7883.

8) Vgl etwa OGH 9 ObA 115/19f DRdA 2021/13, 142 (Burger) zum gleichen Kompetenztatbestand „Arbeiter- und Angestelltenschutz“ im nunmehrigen Art 11 Abs 1 Z 9 B-VG; VfGH G 344/01 DRdA 2005/8, 155 (B. Schwarz) = VfSlg 17.206 zu § 9 Abs 5 ARG.

Art 21 Abs 2 B-VG vorkommende Ausdruck „Betrieb“ in jener Bedeutung zu verstehen sei, die ihm nach dem ArbVG zukomme, weil das ArbVG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der B-VG-Nov 1974⁹⁾ schon in Geltung stand.¹⁰⁾ Da aber der Betriebsbegriff nach § 34 Abs 1 ArbVG auch Behörden, Ämter und Verwaltungsstellen der Gebietskörperschaften inkludiert – diese werden gem § 33 Abs 2 Z 2 ArbVG aus dem Geltungsbereich des II. Teils ArbVG ausdrücklich herausgenommen –, ist der Verweis allein auf § 34 Abs 1 ArbVG zu weitläufig. Vielmehr meint „Betrieb“ iSd Art 21 Abs 2 B-VG Betriebe iSd § 34 Abs 1 ArbVG, für die auch die Bestimmungen des II. Teils ArbVG gelten, maW Betriebe, die keine Behörden, Ämter und Verwaltungsstellen sind.¹¹⁾ Damit ist „die Unterscheidung zwischen Betrieb iSd ArbVG und anderen Dienststellen als maßgeblich anzusehen“.¹²⁾ Und diese Grenzlinie entspricht jener der Privatwirtschaftsverwaltung zur Hoheitsverwaltung. Dabei kommt es aber nicht darauf an, was der einzelne Vertragsbedienstete für Tätigkeiten ausübt, sondern ob die organisatorische Einheit, in der er tätig ist, überwiegend Angelegenheiten entweder der Privatwirtschaftsverwaltung oder der Hoheitsverwaltung besorgt. Im Ergebnis will daher § 1 Abs 2 Z 1 AZG auf dasselbe hinaus wie Art 21 Abs 2 B-VG: AN der Gebietskörperschaften, die nicht in Betrieben tätig sind, unterliegen nicht dem AZG, ja, sie dürfen dem AZG als Bundesgesetz gar nicht unterliegen, wenn es sich um AN der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbänden handelt.

Allerdings unterwirft § 1 Abs 2 Z 1 AZG AN, die nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung – also die in einem Betrieb, der auch dem Geltungsbereich des II. Teils ArbVG unterliegt – tätig sind, nur dann dem AZG, wenn zusätzlich „für ihr Arbeitsverhältnis ein Kollektivvertrag wirksam ist“. Ein KollV ist dann „wirksam“, wenn er normativ auf die ihm unterliegenden Arbeitsverhältnisse eingreift. Diese normative Kraft erhält er aus § 11 ArbVG,¹³⁾ weshalb das Arbeitsverhältnis auch vom Geltungsbereich des 1. Hauptstückes des I. Teils ArbVG erfasst sein muss. Nun werden Arbeitsverhältnisse¹⁴⁾ zu den Gebietskörperschaften gem § 1 Abs 2 Z 3 ArbVG von den Bestimmungen des 1. bis 4. Hauptstückes des I. Teils ArbVG ausgenommen, aber nur, wenn auf sie „auf Grund eines Gesetzes Vorschriften Anwendung finden, die den wesentlichen Inhalt des Arbeitsvertrages zwingend festlegen“. Danach soll den Gebietskörperschaften die (ergänzende) Regelung durch KollV dann nicht möglich sein, wenn sie von ihrer Gesetzgebungskompetenz zur Regelung eines eigenen Dienstvertragsrechts umfassend Gebrauch gemacht haben.¹⁵⁾ Zum „wesentlichen Inhalt“ gehören Regelungen über die Lohn- und Arbeitsbedingungen, insb über Umfang, Zeit und Ort der Arbeitsleistung und über die Lösung des Arbeitsverhältnisses sowie die

9) BGBl 1974/444.

10) VfGH G 215/01 VfSlg 16.733; VfGH G 344/01 DRdA 2005/8, 155 (B. Schwarz) = VfSlg 17.206; dazu krit Cargnelli-Wechselbaum in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (23. Lfg 2019) Art 21 B-VG Rz 30 ff.

11) So zB Thienel, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 167 ff; Hattenberger, Landes-Vertragsbedienstetenrecht und (Bundes-)Arbeitsrecht – verfassungsrechtliche Aspekte, JAS 2017, 318 (329).

12) So Runggaldier/Pfeil in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2014) Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG Rz 6.

13) Vgl nur Pfeil in Gahleitner/Mosler (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht II⁶ (2020) § 11 Rz 4 ff.

14) Beamte unterliegen gem § 1 Abs 1 ArbVG von vornherein nicht dem ArbVG.

15) Vgl ErläutRV 285 BlgNR 5. GP 10 noch zum Kollektivvertragsgesetz 1947; VfGH B 133/91 VfSlg 12.997.

aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses entstehenden Rechte.¹⁶⁾ Dieser wesentliche Inhalt muss – um den Ausnahmetatbestand zu erfüllen – in Form eines Bundes- bzw Landesgesetzes zwingend geregelt sein. Ist er hingegen bloß in Form einer internen Vorschrift, einer Art „Dienstordnung“, oder eines vertraglich vereinbarten Verweises auf ein Gesetz festgelegt, so ist der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 3 ArbVG nicht erfüllt, weil diese Vorschriften nicht „*auf Grund eines Gesetzes*“ Anwendung finden, sondern nur auf Grund einer Weisung oder eines Vertrags. Das VBG 1948 des Bundes sowie die VBG der Länder führen daher zweifellos dazu, dass für deren Vertragsbedienstete, die diesen Vorschriften unterliegen, kein KollIV wirksam sein kann.

Doch selbst wenn der wesentliche Inhalt des Arbeitsverhältnisses zur Gebietskörperschaft nicht nur durch ein Gesetz zwingend festgelegt wird, muss für die Wirksamkeit eines KollIV iSd § 1 Abs 2 Z 1 AZG die Gebietskörperschaft entweder kollektivvertragsangehörig sein¹⁷⁾ oder selbst einen KollIV abgeschlossen haben.¹⁸⁾ Eine Satzung als Surrogat des KollIV, denkbar insb im Bereich von Seniorenheimen, genügt dem Wortlaut des § 1 Abs 2 Z 1 AZG hingegen nicht.

Der Kreis jener AN der Gebietskörperschaften, die in den Geltungsbereich des AZG fallen, ist daher – wegen des Erfordernisses eines wirksamen KollIV – klein: Es sind dies solche Bedienstete, die keinem VBG unterliegen und nach wie vor aufgrund eines Arbeitsvertrages allein nach ABGB – meist in Kombination mit einem vereinbarten Verweis auf das VBG 1948 als Vertragsschablone – bei einer Gebietskörperschaft beschäftigt und in einem Betrieb, für den eine Gewerbeberechtigung aufreht ist, tätig sind. Für diese gilt das AZG – freilich ohne die Strafbestimmung¹⁹⁾ – als Bundesgesetz, was insofern mit Art 21 Abs 2 B-VG übereinstimmt.

Größer ist aber der Kreis jener AN der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, für die kein Arbeitszeitschutz gilt:²⁰⁾ Es sind dies entweder solche Vertragsbedienstete in der Privatwirtschaftsverwaltung,

- die keinem Landes-VBG unterliegen und in einem Betrieb arbeiten, für den keine Gewerbeberechtigung erforderlich ist (und die Gebietskörperschaft selbst keinen KollIV mit dem ÖGB geschlossen hat, was praktisch nicht vorkommt), oder
- die zwar einem Landes-VBG unterliegen, das aber – Art 21 Abs 2 B-VG folgend – Vertragsbedienstete aus dem AN-Schutz ausnimmt, die in einem Betrieb – sei es mit oder ohne Gewerbeberechtigung – tätig sind.

Während der Bund seinen eigenen Vertragsbediensteten im Rahmen des VBG 1948 einen Arbeitszeitschutz gewährt,²¹⁾ nimmt er seine Kompetenz für

16) ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 54.

17) § 8 ArbVG.

18) § 7 ArbVG.

19) § 28 Abs 12 AZG schließt die Strafbarkeit aus, „*wenn die Zuwiderhandlung von Organen einer Gebietskörperschaft begangen wurde*“, weil sie mit den Mitteln des Dienstrechts zureichend geahndet werden kann: VfGH B 133/91 VfSlg 12.997.

20) Vgl Resch, Gesetzgebungskompetenz für Vertragsbedienstete, RFG 2010/21, 91 (95); Wolfgruber, Der Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes, in Resch (Hrsg), Arbeitszeitrecht (2001) 13 (17); besonders auf die Unübersichtlichkeit hinweisend Stärker, Zur Kompetenzverteilung im Arbeitszeitrecht sowie zum Anwendungsbereich einschlägiger Arbeitszeitgesetze, ASoK 2004, 17 (20); so etwa ein Gemeindebediensteter in einem Badbetrieb: OGH 8 ObA 294/00v ARD 5279/44/2002.

21) § 20 VBG 1948 iVm §§ 47a ff BDG 1979.

Landes- und Gemeinde(verbands)-Vertragsbedienstete in der Privatwirtschaftsverwaltung nur begrenzt wahr: Vorgesehen sind lediglich eine wöchentliche Ruhezeit und eine Feiertagsruhe nach dem ARG. Und zumindest in Krankenanstalten und ähnlichen Institutionen, nicht aber zB in Senioren- oder Behindertenheimen außerhalb der stationären Pflege, besteht für Angehörige von Gesundheitsberufen oder für AN, deren Tätigkeit sonst zur Aufrechterhaltung der Krankenanstalten oä ununterbrochen erforderlich ist, mit dem KA-AZG ein Arbeitzeitschutz. Darüber hinaus ist nur der unionsweite Mindestschutz der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG unmittelbar zu berücksichtigen. Auf diesen unbefriedigenden Umstand hat nicht nur der Geehrte²²⁾ mehrfach hingewiesen.²³⁾

III. Gleitende Arbeitszeit nach § 22 Abs 3 Tir G-VBG

Für Bedienstete, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu einem Gemeindeverband oder einer Gemeinde in Tirol mit Ausnahme der einzigen Tiroler Stadt mit eigenem Statut – Innsbruck – stehen, kann gem § 22 Abs 3 Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz²⁴⁾ (G-VBG) die gleitende Dienstzeit eingeführt werden. Nach dessen Legaldefinition ist gleitende Dienstzeit *„jene Form der Dienstzeit, bei der der Vertragsbedienstete den Beginn und das Ende seiner täglichen Dienstzeit innerhalb festgesetzter Grenzen selbst bestimmen kann (Gleitzeit) und während des übrigen Teiles der Dienstzeit jedenfalls Dienst zu versehen hat (Blockzeit).“* Während nach § 4b AZG Gleitzeit mit gleitender Arbeitszeit gleichgesetzt ist, wird hier der Begriff der Gleitzeit etwas anders verstanden, nämlich nur als jener Teil der gleitenden Dienstzeit, der sich von der Blockzeit unterscheidet. *„Dienstzeit“* wiederum ist *„die Zeit der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden, der Überstunden sowie jener Teile der Bereitschaft und des Journaldienstes, während derer der Vertragsbedienstete verpflichtet ist, seiner dienstlichen Tätigkeit nachzugehen, jedoch ausschließlich der Ruhepausen“*,²⁵⁾ womit auch die gleitende Dienstzeit von einem Dienstplan erfasst wird,²⁶⁾ bei dem lediglich Beginn und Ende der täglichen Dienstzeit nicht vom DG, sondern vom Vertragsbediensteten selbst bestimmt werden. Als Dienstplan weicht auch die Form der Einführung von § 4b AZG ab, denn für die Einführung der gleitenden Dienstzeit ist weder eine Vereinbarung mit dem Vertragsbediensteten noch eine mit der Personalvertretung²⁷⁾ notwendig, sondern sie kann einseitig vom DG eingeführt werden, soweit *„nicht dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen“*, ja sie

22) Pfeil, Arbeitszeitrechtliche Probleme der Pflege und Betreuung, in Resch (Hrsg), Das neue Arbeitszeitrecht (2008) 69 (74): „groteskem Ergebnis“; Pfeil in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1 AZG Rz 14.

23) Ebenso Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 1 Rz 16: „weder rechtspolitisch noch aus Sachlichkeitsgründen nachvollziehbar“; Klein, Gesetzliche Arbeitszeitregelungen in Alten- und Pflegeheimen, ASoK 1998, 403 (405): „Höchst problematisch“, „unbefriedigende Situation“; Schrammel, Das Sonderarbeitsrecht der Gebietskörperschaften auf dem Prüfstand, ZAS 1988, 187 (194): „in höchstem Maße gleichheitswidrig“.

24) Tir LGBI 2011/119 idF Tir LGBI 2021/121.

25) § 21 lit a Tir G-VBG.

26) Es ist jedoch kein Normaldienstplan, kein Schicht- und Wechseldienstplan und kein verlängerter Dienstplan.

27) Gem § 12 Abs 2 lit b iVm § 13 Abs 1 Tir Gemeinde-Personalvertretungsgesetz ist lediglich *„das Einvernehmen anzustreben“*.

muss diesfalls vom DG eingeführt werden, weil diese „Kann“-Bestimmung unter Gleichbehandlungsaspekten als „Muss“-Bestimmung zu verstehen ist. Als Dienstplan werden die „festgesetzten Grenzen“ wie Gleitzeitperiode, Gleitzeitrahmen sowie Beginn und Ende der Blockzeit ebenfalls vom DG einseitig vorgegeben. Aus § 29 Abs 1 Tir G-VBG ergibt sich, dass über die gleitende Dienstzeit hinaus geleistete Dienststunden – mit oder ohne Anordnung – Überstunden sind; dies betrifft

- über die Höchstgrenzen der Dienstzeit geleistete Dienststunden, weil der Dienstplan – und somit der Gleitzeitrahmen – nicht gegen den Willen des Vertragsbediensteten²⁸⁾ über diese Höchstgrenzen hinausragen darf;
- außerhalb des Gleitzeitrahmens geleistete Dienststunden, weil diese nicht im Dienstplan, also innerhalb des Rahmens der gleitenden Dienstzeit, vorgeschrieben sein können, sonst stünden sie nicht außerhalb des Gleitzeitrahmens;
- während der Gleitzeit vom DG angeordnete Dienststunden, weil sie ebenso nicht im Dienstplan vorgeschrieben sein können, ist doch die Gleitzeit dadurch definiert, dass ihr Beginn und Ende vom Vertragsbediensteten – und nicht vom DG – bestimmt werden; Dienststunden während der Blockzeit sind zwar angeordnet, werden aber stets innerhalb des Dienstplans geleistet und sind daher keine Überstunden;
- ein am Ende der Gleitzeitperiode bestehendes und nicht in die nächste Gleitzeitperiode übertragenes Zeitguthaben. Weil § 29 Abs 7 lit b Tir G-VBG nur „die Übertragung in den Folgemonat“ und nicht etwa in die „Folgeperiode“ oder in den nächsten „Durchschnittszeitraum“ zulässt, besteht die Übertragungsmöglichkeit nur, wenn die Gleitzeitperiode einen Monat umfasst. Ist die Gleitzeitperiode hingegen kürzer oder länger als ein Monat, ist das gesamte Zeitguthaben am Ende der Gleitzeitperiode in Ermangelung einer Übertragungsmöglichkeit als Überstunden zu werten.

Weil die Gestaltung der gleitenden Dienstzeit das Entstehen von Überstunden bestimmt, die mit mehr Freizeit auszugleichen oder mit höherem Entgelt abzugelten sind, regelt § 22 Abs 3 Tir G-VBG eine Angelegenheit des AN-Schutzes.

Die §§ 21 ff Tir G-VBG enthalten noch einige weitere Vorschriften des Arbeitszeitrechts, zB Höchstgrenzen der Dienstzeit – welche allerdings mit Zustimmung des Vertragsbediensteten ohne weiteres überschritten werden dürfen²⁹⁾ –, Mindestruhepausen, tägliche wie wöchentliche Mindestruhezeiten oder Einschränkungen der Nacharbeit. Alle diese dem AN-Schutzrecht zuordenbaren Vorschriften gelten ohne Unterschied, ob der Vertragsbedienstete in einem Betrieb oder in der Hoheitsverwaltung tätig ist. Lediglich zum KA-AZG grenzt § 28 Abs 4 Tir G-VBG Arbeitszeitvorschriften ab, allerdings nur halbherzig: zum einen, weil nur einige, nicht aber alle Arbeitszeitnormen des Tir G-VBG für unanwendbar erklärt werden,³⁰⁾ zum anderen, weil diese Herausnahme nur Vertragsbedienstete betrifft, die „als Angehörige von Gesundheitsberufen“ in den Geltsbereich des KA-AZG fallen, während für „Vertragsbedienstete, die in den ge-

28) Vgl § 23 Abs 4 Satz 1 Tir G-VBG.

29) § 23 Abs 4 Tir G-VBG.

30) So gelten weiterhin § 29 und § 53 Tir G-VBG bezüglich der Überstunden und der Überstundenvergütung.

nannten Bereichen sonst zur Aufrechterhaltung des Betriebes ununterbrochen erforderlich und nicht Angehörige von Gesundheitsberufen sind,“ weiterhin den Arbeitszeitbestimmungen des Tir G-VBG unterfallen sollen. Nun sind Krankenanstalten³¹⁾ und ähnliche, in § 1 Abs 1 KA-AZG genannte Einrichtungen – mit Ausnahme der Anstalten, die für die Unterbringung geistig abnormer und entwöhnungsbedürftiger Rechtsbrecher bestimmt sind – Betriebe iSd Art 21 Abs 2 B-VG. Damit hätten freilich alle Vertragsbediensteten, die dem KA-AZG unterfallen, ausgenommen werden müssen.

Der Umstand, dass das Tir G-VBG unterschiedslos für alle Vertragsbediensteten Arbeitszeitnormen vorsieht und so entgegen Art 21 Abs 2 B-VG auch für jene AN der Gemeinden und Gemeindeverbände Angelegenheiten des AN-Schutzes regelt, die in einem Betrieb tätig sind, nimmt das Land Tirol in verfassungswidriger Weise jene Verantwortung wahr, die rechtspolitisch der Bund tragen sollte. Und anders als bei der Abtretung der Gesetzgebungskompetenz für das Dienstrecht vom Bund an die Länder, bei der nach der Übergangsbestimmung des Art III Abs 1 BGBl 1981/350 bundesgesetzliche Regelungen als Bundesgesetze noch so lange in Kraft bleiben, als nicht eine vom betreffenden Land erlassene Regelung in Kraft getreten ist,³²⁾ ist im umgekehrten Fall keine subsidiäre Gesetzgebungskompetenz vorgesehen. Bereits im Zeitpunkt der Werdung des Tir G-VBG im Jahr 2011 oblag die Gesetzgebungskompetenz in Angelegenheiten des AN-Schutzes für Gemeindebedienstete, die in Betrieben tätig sind, dem Bund, weshalb die AN-Schutzbestimmungen des Tir G-VBG in einem Verfahren nach Art 140 B-VG aufgehoben werden können.³³⁾ Solange sie aber nicht aufgehoben wurden, stehen sie weiter in Geltung und bleiben beachtlich.³⁴⁾

Die Aufhebung eines Gesetzes ist aber dann nicht möglich, wenn seine Verfassungskonformität über Interpretation oder Rechtsfortbildung hergestellt werden kann. Fraglich ist daher, ob die AN-Schutzbestimmungen des Tir G-VBG mit ihrem überschießenden persönlichen Anwendungsbereich verfassungskonform reduzierend gelesen werden können. Dazu müssten die in Betrieben tätigen Gemeinde(verbands-)bediensteten von den arbeitnehmerschutzrechtlichen Inhalten ausgenommen werden können, obwohl diese Ausnahme im Wortlaut des Tir G-VBG nicht zu finden ist. Dabei ist jeweils in den arbeitnehmerschutzrelevanten Paragraphen am Wort „Vertragsbediensteter“ anzuknüpfen, das dann reduzierend als „Vertragsbediensteter, der nicht in einem Betrieb tätig ist“ verstanden werden müsste, ein Verständnis, das mE über den weitest möglichen Wortsinn schon hinaus reicht. Die überschießende Planwidrigkeit des Gesetzeswortlautes kann aber nur dann eine teleologische Reduktion rechtfertigen, wenn die überschießende Ausdrucksweise vom Gesetzgeber absichtslos gesetzt wurde,³⁵⁾ wenn also der Gesetz-

31) VfGH G 215/01 VfSlg 16.733; VfGH G 344/01 DRdA 2005/8, 155 (B. Schwarz) = VfSlg 17.206.

32) Zur Frage, ob dies auch für BGBl I 1999/8 gilt vgl Resch, RFG 2010/21, 92 f; Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 1999) Art 21 B-VG Rz 12; Hattenberger, JAS 2017, 334 ff; Huber/Dietrich, Regelungsdichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts? JAS 2019, 1.

33) Vgl dazu allgemein Schrammel, ZAS 1988, 187 (195).

34) Unzutreffend ist die Ansicht von B. Schwarz, Spitalsärzte und Feiertagsentgelt, EAnm zu OGH 9 ObA 215/99d DRdA 2001/2, 33 (37), wonach „diese Regelung als verfassungswidrig eben unbeachtlich“ sei; ebenfalls dagegen Hattenberger, JAS 2017, 338 FN 98.

35) Vgl VfGH B 1470/06 VfSlg 18.155.

geber auf eine von ihm an sich gewollte Ausnahme vergessen hat.³⁶⁾ Bloße Billigkeitserwägungen, auf die sich eine teleologische Reduktion nicht stützen kann, sind hier deshalb ausgeschlossen, weil die Ausnahme durch Art 21 Abs 2 B-VG vorgezeichnet ist. Dass aber der Tiroler Landesgesetzgeber hier eine kompetenzrechtlich bedingte Ausnahme an sich setzen wollte, ist nicht erkennbar. Auch aus § 28 Abs 4 Tir G-VBG, der einen Teil der Vertragsbediensteten dem KA-AZG unterstellt, kann der Wille zu einer solchen Ausnahme nicht abgeleitet werden, wenn man seine Historie untersucht: Ursprung ist nämlich § 48f Abs 4 Z 2 BDG 1979, auf den das Tir Landesbeamtengesetz 1998³⁷⁾ verweist und an dem sich das Tir Landes-Vertragsbedienstetengesetz 2001³⁸⁾ orientierte,³⁹⁾ ein Landesgesetz, auf das das Vorläufergesetz⁴⁰⁾ des Tir G-VBG noch verwiesen hat und als Vorbild diente.⁴¹⁾ Kompetenzrechtliche Überlegungen fanden aber hierzu offenkundig nicht Eingang – im Gegenteil: die Vorlage der Tiroler Landesregierung stützte sich allein auf Art 21 Abs 1 B-VG.⁴²⁾

Weiters deutet gegen die Zulässigkeit der teleologischen Reduktion der Umstand, dass – anders als bei den Regelungsinhalten des ARG⁴³⁾ – im Bereich des AZG durch eine verfassungskonforme Reduktion die Gemeindevertragsbediensteten in ein bundes-arbeitszeitrechtliches Vakuum fallen. Wenngleich sich das Problem der Nichtumsetzung der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG mit der Rsp des EuGH durch ihre unmittelbare Anwendbarkeit lösen ließe,⁴⁴⁾ führt die verfassungskonforme Reduktion des Tir G-VBG direkt zu einer anderen Verfassungswidrigkeit, nämlich die Gleichheitswidrigkeit der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 1 AZG, die ihrerseits wegen ihres deutlichen Wortlauts nicht verfassungskonform teleologisch reduziert werden kann.⁴⁵⁾ Damit kann aber schon die Reduktion des Tir G-VBG nicht mehr als „verfassungskonform“ gesehen werden.⁴⁶⁾

IV. Ergebnis

Die Bestimmungen im Tir G-VBG über die gleitende Dienstzeit sowie über die Vergütung von Überstunden, die über die gleitende Dienstzeit hinaus geleistet wurden, regeln Angelegenheiten des AN-Schutzes für Vertragsbedienstete der Tiroler Gemeinden und Gemeindeverbände. Soweit diese Vertragsbedien-

36) Vgl F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 480.

37) Tir LGBl 1998/65

38) Tir LGBl 2001/2, welches mit Art I Z 1 Tir LGBl 2011/112 in Landesbedienstetengesetz umbenannt wurde.

39) ErläutRV 372/0 BlgLT 13. GP 93.

40) Tir G-VBG, LGBl 2001/68, mit Ablauf des 31.12.2011 außer Kraft getreten.

41) ErläutRV 503/11 BlgLT 15. GP 2.

42) ErläutRV 372/0 BlgLT 13. GP 83.

43) Vgl Hattenberger, JAS 2017, 338, die für die Zulässigkeit der verfassungskonformen Reduktion des Ktn Landesvertragsbedienstetengesetzes ist mit der Folge, dass „nur die einschlägigen Bestimmungen des ARG anzuwenden“ seien.

44) Vgl etwa Gallner in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*³ (2020) Art 6 RL 2003/88/EG Rz 2.

45) Vgl zur verfassungskonformen Reduktion des § 1 Abs 2 Z 3 ArbAbfG, der jedoch einen offeneren Wortlaut und andere Historie besitzt, OGH 9 ObA 101/88 Arb 10.744 = SZ 61/141.

46) Ebenso die verfassungskonforme Reduktion abl Schrammel, ZAS 1988, 187 (196 f).

steten jedoch in einem Betrieb, dh nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung, tätig sind, obliegt gem Art 21 Abs 2 Satz 2 B-VG die Gesetzgebung dieser Angelegenheiten jedoch dem Bund. Die betreffenden Bestimmungen im Tir G-VBG können nicht verfassungskonform reduzierend gelesen werden und leiden daher an einer Verfassungswidrigkeit. Soweit und solange diese Bestimmungen aber nicht gem Art 140 B-VG vom VfGH aufgehoben worden sind, stehen sie in Geltung und sind zu beachten.

Der Bund hat von seiner ihm zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz in Angelegenheiten des AN-Schutzes für Vertragsbedienstete der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände jedoch nur einschränkend Gebrauch gemacht, als § 1 Abs 2 Z 1 aE AZG auf die Wirksamkeit eines KollV für deren Arbeitsverhältnisse abstellt. Gemeinsam mit dem hier geehrten *Walter J. Pfeil* ist zu beklagen, dass dies „nicht nur rechtspolitisch fragwürdig, sondern auch sachlich kaum zu rechtfertigen“⁴⁷⁾ ist. Wünschenswert ist entweder eine Bereinigung sowohl auf Bundes- wie auch auf Landesebene entlang der in Art 21 Abs 2 B-VG vorgezeichneten Scheidungslinie oder – noch besser – eine einfachere und klarere Kompetenzverteilung durch Zuordnung auch der Angelegenheiten des AN-Schutzes zum Land für jene Vertragsbedienstete, deren Dienstrecht bereits in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt. Letzteres beseitigt nebenbei auch die Schwierigkeit, das AN-Schutzrecht vom übrigen Dienstvertragsrecht abscheiden zu müssen.

47) *Pfeil* in ZellKomm³ § 1 AZG Rz 14.

Neue Entwicklungen im Entsenderecht am Beispiel der LSD-BG-Novelle 2021

Elias Felten, Linz

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Die LSD-BG-Novelle 2021
- III. Die Judikatur des EuGH zu den österreichischen Regeln zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping
- IV. Kritik
- V. Fazit

Meinem geschätzten Lehrer und lieben Freund gewidmet, mit dem ich gemeinsam Ghent kennenlernen und (kulinarisch) erkunden durfte!

I. Einleitung

Den Rechtswissenschaften und ihren ProponentInnen wird zuweilen vorgeworfen, sie seien zu wenig international, zu deutschsprachig und zu sehr auf Detailfragen der eigenen Rechtsordnung fokussiert. Einer der in Österreich freilich bereits früh weit über den nationalen Tellerrand hinausschaute und sein Forschungsinteresse europäischen und internationalen Rechtsthemen widmete, ist *Walter J. Pfeil*. Er ist damit vielen nachfolgenden WissenschaftlerInnen – inklusive meiner selbst – ein Wegweiser und Vorbild.

Walter J. Pfeil war nicht nur über viele Jahre hinweg als nationaler Experte Österreichs in diversen europäischen Forschungsnetzwerken zum Recht des Europäischen koordinierenden Sozialrechts aktiv (European Observatory for the Social Security of Migrant Workers, trESS, FreSsco).¹⁾ Er hat sich vielmehr auch eingehend mit dem grenzüberschreitenden Einsatz von ArbeitnehmerInnen (AN) aus arbeitsrechtlicher Sicht beschäftigt,²⁾ zuletzt auch unter besonderer Berücksichtigung der Schnittstellen zum nationalen Recht in Gestalt des LSD-BG.³⁾ In diesem Kontext ging es ihm in erster Linie darum, das Spannungsverhältnis zwischen freiem Dienstleistungsverkehr und AN-Schutz herauszuarbeiten und

1) In dieser Funktion hatte ich die Ehre ihn zuerst zu unterstützen und ihm dann nachfolgen zu dürfen.

2) Vgl. bloß *Pfeil*, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 2008, 3 und 124.

3) *Pfeil/Jahnel*, Information von ArbeitnehmerInnen über festgestellte Unterentlohnung, DRdA 2016, 75; *Pfeil/Felten*, Strafbare Unterentlohnung nach LSD-BG und Verfall von Entgeltansprüchen, DRdA 2017, 79.

darauf hinzuweisen, wie wichtig eine Balance zwischen diesen beiden Polen für einen fairen Wettbewerb im Binnenmarkt ist. Stets betont hat *Walter J. Pfeil* dabei die Rolle des positiven Rechts. Im Jahr 2008 hat er seinen Standpunkt mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht: *„Insgesamt erweist sich die Durchsetzung von vielen Ausnahmen in der Dienstleistungs-RL gerade im Hinblick auf das Arbeitsrecht also eher als Pyrrhussieg. Rechtspolitisch wäre es vielleicht doch zweckmäßiger gewesen, klare inhaltliche Regelungen anzustreben, statt alle nationalen Ansätze einer sinnvollen Steuerung der Dienstleistungsfreiheit zum Schutz der jeweiligen Arbeitsmärkte und der dort tätigen AN wie bisher – um es zuzuspitzen – den Zufälligkeiten der Judikatur des EuGH zu überlassen“.*⁴⁾

Damit hat *Walter J. Pfeil* ein Kernproblem des grenzüberschreitenden Personaleinsatzes angesprochen, das bis heute nicht an Brisanz verloren hat. Zwar gibt es auf europäischer Ebene konkrete und positivierte Entsenderegeln in Gestalt der RL 96/71/EG, die unlängst modernisiert (RL 2018/957/EU) und vermeintlich mit mehr Effektivität ausgestattet (RL 2014/67/EG) wurden. Ein langfristiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen den Entsende- und Aufnahmestaaten konnte damit bisher aber nicht erzielt werden. Deshalb ist eine Reihe von Mitgliedstaaten, dazu übergegangen, selbst zu definieren, wie eine angemessene Balance zwischen der Gewährleistung von Dienstleistungsfreiheit und einem effektiven AN-Schutz gehalten werden kann. Österreich hat zu diesem Zweck das LSD-BG erlassen.

Die Konflikte sind damit freilich nicht weniger, sondern eher mehr geworden. Diese zu lösen, ist Aufgabe des EuGH. Daraus erklärt sich die tragende Rolle des Gerichtshofs, der mit seiner Judikatur freilich nicht nur den Einzelfall entscheidet, sondern de facto das Entsenderecht (mit)gestaltet. Genau darauf zielte die Kritik *Pfeils* aus dem Jahr 2008 ab. Wie stark die Einflussnahme des EuGH tatsächlich ist, soll im Folgenden anhand der jüngsten Novelle des LSD-BG verdeutlicht werden.

II. Die LSD-BG-Novelle 2021

Mit 1. September 2021 ist eine Gesetzesnovelle zum LSD-BG in Kraft getreten,⁵⁾ die vordergründig das Ziel hat, das österr Entsenderecht an die Vorgaben der revidierten Entsende-RL idF 2018/957/EU anzupassen.⁶⁾ Aus diesem Grund wurden insb die § 2 und § 3 LSD-BG neugefasst.

A. Neugestaltung der materiellen Regelungen

1. Differenzierung zwischen lang- und kurzfristigen Entsendungen

Gem § 2 Abs 3 LSD-BG idF BGBl I 2021/174 soll entsprechend der neuen Entsende-RL sichergestellt werden, dass auf Entsendungen, die eine Dauer von zwölf Monaten tatsächlich überschreiten, nicht mehr bloß der sog „harte Kern“ an Arbeitsbedingungen zur Anwendung kommt, sondern „die österreichischen gesetzlichen und durch Verordnung oder Kollektivvertrag festgelegten Arbeitsrechtsnor-

4) *Pfeil*, DRdA 2008, 124 (134).

5) BGBl I 2021/174.

6) Siehe zu deren Inhalt ausführlich *Aubauer/Glowacka*, Entsende-Richtlinie neu, in *Kietaihl/Mosler/Pacic* (Hrsg), Gedenkschrift Rebhahn (2019) 1.

men zur Gänze [...], soweit diese Normen günstiger sind, als die entsprechenden Normen des Entsendestaates“. Der neue § 2 Abs 3 LSD-BG ordnet also eine arbeitsrechtliche Gleichstellung entsandter und lokaler Arbeitskräfte an, sobald die Entsendedauer den Zeitraum von zwölf Monaten überseigt. Dazu kann es in begründeten Einzelfällen allerdings auch erst nach 18 Monaten kommen.

Eine solche Differenzierung nach der Entsendedauer kennt das Sozialrecht bereits seit langem, auch wenn dort die maßgebliche Grenze nicht bei zwölf, sondern bei 24 Monaten liegt und es nicht auf die „tatsächliche“, sondern die „voraussichtliche“ Dauer ankommt.⁷⁾ In beiden Fällen ist aber die zeitliche Besetzung des konkreten Arbeitsplatzes maßgeblich. Deshalb hält auch der neue § 2 Abs 3 LSD-BG fest, dass bei „der Berechnung der Entsendungsdauer [...] die Dauer einer Entsendung eines ersetzten Arbeitnehmers zu berücksichtigen“ ist. Wie im Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 wird es dabei auch hier nicht darauf ankommen, ob es sich um AN ein- und des-/derselben AG handelt.⁸⁾ Dh, auch im Arbeitsrecht greift das sog „Ablöseverbot“.⁹⁾ Dafür spricht, dass es § 2 Abs 3 LSD-BG ebenso wie dem neuen Abs 1a des Art 3 revidierte Entsende-RL nicht bloß um den Schutz des/der einzelnen, konkreten AN geht. Vielmehr soll das Gleichbehandlungsgebot bei langfristigen Entsendungen faire Wettbewerbsbedingungen sicherstellen und damit auch den lokalen Arbeitsmarkt schützen.¹⁰⁾

Aus diesem Grund ist auch der Begriff der „Arbeitsrechtsnormen“ in § 2 Abs 3 LSD-BG weit zu verstehen.¹¹⁾ Die RL 2018/957/EU spricht in Art 1 Z 2 lit b ebenfalls von „sämtlichen anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“. Welche Regeln darunter konkret zu verstehen sind, kann im Einzelfall jedoch schwierig zu eruieren sein, wie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zeigt. Dabei handelt es sich nach nationalem Verständnis unzweifelhaft um eine „arbeitsrechtliche“ Verpflichtung. Nach unionaler Lesart wird sie hingegen der sozialen Sicherheit zugeordnet und deshalb nach den Regeln der VO (EG) 883/2004 koordiniert.¹²⁾ Es stellt sich daher die Frage, in welchem Sinne – national oder unional – der Begriff der „Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ auszulegen ist. Hält man sich vor Augen, dass nach Erwägungsgrund 10 der neuen Entsende-RL die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen darf,¹³⁾ so spricht vieles für eine autonome, unionale Interpretation. Das hat zur Folge, dass die Bestimmungen des EFZG sowie § 8 AngG – zumindest bis zu einer Entsendedauer von 24 Monaten – wohl tatsächlich nicht dem Gleichbehandlungsgebot des § 2 Abs 3 LSD-BG unterliegen.¹⁴⁾

Von der Entsende-RL 2018/957/EU explizit ausgenommen werden ferner „Verfahren, Formalitäten und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsvertrags, einschließlich Wettbewerbsverboten“ sowie „zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme“. Die österr Kündigungsfristen und auch das betriebsver-

7) Siehe Art 12 VO (EG) 883/2004.

8) EuGH C-527/16, *Alpenrind u.a.*, ECLI:EU:C:2018:669.

9) Ebenso Kozak, Die Änderung der Entsende-Richtlinie, DRdA 2019, 110 (114).

10) Vgl Erwägungsgrund 9.

11) So auch *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (13), die zu Recht auch das DHG als erfasst ansehen.

12) EuGH C-45/90, *Paletta*, ECLI:EU:C:1992:236.

13) Siehe Erwägungsgrund 10.

14) IdS bereits *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (12 f).

fassungsrechtliche Vorverfahren gem § 105 Abs 1 ArbVG kommen daher als „*Bedingung*“ für die Beendigung des Arbeitsvertrags, selbst bei Überschreitung einer Entsendedauer von zwölf Monaten, nicht zur Anwendung.¹⁵⁾ Das muss wohl auch für die Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung von Kündigungen im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes gelten, da es sich dabei wohl um ein „*Verfahren*“ für die Beendigung von Arbeitsverträgen handelt.¹⁶⁾ Auf den Anspruch auf Kündigungsentschädigung gem § 29 AngG bzw § 1162b ABGB trifft dies hingegen nicht zu.¹⁷⁾ Hierbei handelt es sich weder um ein „*Verfahren*“ noch um eine „*Bedingung*“, sondern um eine „*Rechtsfolge*“ der Beendigung. Die fiktive Kündigungsfrist müsste dann allerdings auf Grundlage der im Entsendestaat geltenden Kündigungsfristen berechnet werden.

2. Erweiterung des „harten Kerns“ an Arbeitsbedingungen

§ 3 LSD-BG, der den besagten „harten Kern“ an Arbeitsbedingungen für Entsendungen von bis zu zwölf Monaten betrifft, wurde in Umsetzung des Art 1 Z 1 lit i RL 2018/957/EG um einen Abs 7 ergänzt. Entsandten AN muss nunmehr unabhängig vom anzuwendenden Recht ein Anspruch auf Leistung jenes „gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Aufwendersatz[es] für Reise-, Unterbringungs- oder Verpflegungskosten“ gewährt werden, „die während der Entsendung in Österreich anfallen, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt“. MaW: Der „harte Kern“ schließt neben dem Entgelt nunmehr auch den Aufwendersatz im Aufnahmestaat mit ein.¹⁸⁾ Nicht erfasst sind damit jedoch die Kosten der Entsendung selbst.

Die in der Vergangenheit kontrovers geführte Diskussion, ob die gem § 3 Abs 3 LSD-BG bestehende Verpflichtung zur Leistung des gesetzlich, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen „Entgelts“ den Vorgaben der Entsende-RL entspricht, hat sich hingegen durch das Inkrafttreten der RL 2018/957/EU nunmehr erledigt. Diese hat nämlich den Begriff der „Mindestlohnsätze“ gem Art 3 Abs 1 lit c RL 96/71/EG durch jenen der „Entlohnung“ ersetzt,¹⁹⁾ sodass an der Richtlinienkonformität des § 3 Abs 3 LSD-BG nicht mehr gezweifelt werden kann.²⁰⁾ Freilich hatte bereits zuvor der EuGH klargestellt, dass auch der Begriff der „Mindestlohnsätze“ weit zu verstehen ist.²¹⁾

Nur noch in der Überschrift des novellierten § 3 LSD-BG findet sich der Hinweis auf den Anspruch entsandter AN auf eine „angemessene Unterkunft“. Im ursprünglichen Ministerialentwurf²²⁾ war noch vorgesehen gewesen, § 3 LSD-BG um einen Abs 8 zu ergänzen, der in Umsetzung des Art 3 Abs 1 lit h revidierte Entsende-RL klarstellen sollte, dass zur Verfügung gestellte Unterkünfte den Anforderungen des § 37 der Arbeitsstättenverordnung entsprechen müssen. Der Hinweis auf § 3 Abs 8 LSD-BG findet sich zwar noch im Vorblatt der Materialien zu RV 943, jedoch nicht mehr im Gesetzestext selbst.

15) So auch *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (16).

16) IdS bereits *Windisch-Graetz/Studer*, Änderungen der Entsenderichtlinie 2018, ZAS 2019, 147 (149).

17) AA wohl *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (9).

18) *Gagawczuk*, Die Änderung der Entsenderichtlinie, DRdA-infas 2018, 329 (331).

19) Vgl Art 1 Z 2 lit a

20) Siehe auch ErläutRV 934 BlgNR 27. GP, 5 bzw *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (9).

21) EuGH C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, EU:C:2015:86, Rn 34.

22) 112/ME 27. GP.

B. Zwischenfazit

Sowohl die Novellierung des § 2 als auch des § 3 LSD-BG bewirkt de facto einen Ausbau der bisher bestehenden Schutzbestimmungen für nach Österreich entsandte AN und tragen damit dem modifizierten Schutzzweck der revidierten Entsende-RL Rechnung. Dieser besteht, wie sich aus Erwägungsgrund 10 ergibt, in der Gewährleistung eines „besseren Arbeitnehmerschutzes“, um so „den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sowohl kurz- als auch langfristig sicherzustellen“. Daraus ergibt sich allerdings im Umkehrschluss, dass der europäische Gesetzgeber offenkundig der Meinung war, dass bis dato ein Ungleichgewicht zu Gunsten der Dienstleistungsfreiheit bestand und deshalb eine Stärkung des AN-Schutzes erforderlich war. Das überrascht insofern, als in den Erwägungsgründen zur ursprünglichen Entsende-RL 96/71/EG ebenfalls das Bekenntnis zu Maßnahmen, „die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren“, zu finden ist.²³⁾ Es stellt sich daher die Frage, wie es dazu kommen konnte, dass die beiden Schutzzwecke außer Balance geraten sind?

Verantwortlich dafür ist der EuGH, der in einer Reihe von Judikaten, vor allem aber in der Rs *Laval*,²⁴⁾ das vorrangige Ziel der Entsende-RL darin gesehen hat, den freien Dienstleistungsverkehr sicherzustellen und zwar notfalls auch auf Kosten des AN-Schutzes, sogar wenn es um die Ausübung eines Grundrechts, wie des Rechts zur Ergreifung kollektiver Maßnahmen, geht. Die revidierte Entsende-RL hat daher nur vordergründig bloß eine „punktuelle Nachschärfung bzw die Kodifizierung der Rsp des EuGH“ bewirkt.²⁵⁾ Bei näherer Betrachtung ist das Gegenteil der Fall! Sie ist ein klares Statement des europäischen Gesetzgebers an den EuGH, dass im Entsenderecht eine Kurskorrektur notwendig und auch tatsächlich vorzunehmen ist. Besonders deutlich bringt das Art 1 Abs 1a der neuen Entsende-RL zum Ausdruck, der klarstellt, dass die Richtlinie „in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik oder zur Durchführung anderer Maßnahmen“ berührt. Eindeutiger kann man als Gesetzgeber kaum demonstrieren, dass man die Jud des EuGH für verfehlt und korrekturbedürftig hält. Freilich bleibt abzuwarten, ob dies den Gerichtshof zu beeindrucken vermag. Tatsächlich lassen die zuletzt ergangenen Entscheidungen des EuGH (vgl III.) daran zweifeln.

Die LSD-BG-Novelle 2021 beschränkt sich freilich keineswegs bloß auf die Intensivierung des AN-Schutzes im Rahmen der §§ 2 und 3 LSD-BG. Vielmehr wurden zusätzlich sowohl der Anwendungsbereich des LSD-BG, sprich § 1 als auch die Strafbestimmungen im Falle eines Verstoßes gegen dessen gesetzliche Anordnungen, die §§ 26 – 34, modifiziert.

C. Neugestaltung des Anwendungsbereiches

§ 1 Abs 4 LSD-BG hält als Grundsatz fest, dass, soweit nichts anderes bestimmt ist, dieses Bundesgesetz „unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis sonst anzuwendenden Rechts“ für alle „zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandte Arbeitnehmer oder grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte im Sinne

23) Siehe Erwägungsgrund 5.

24) EuGH C-341/05, *Laval un Partneri*, ECLI:EU:C:2007:809.

25) So *Aubauer/Glowacka*, GS Rebhahn 1 (20).

des § 3 Abs 4 AÜG“ gilt. Damit verfolgt das LSD-BG einen denkbar universellen Ansatz, mit dem Ziel möglichst alle Formen eines grenzüberschreitenden Personaleinsatzes zu erfassen. Nur in bestimmten Ausnahmefällen, die in Abs 5 und Abs 6 aufgelistet waren, sollten dessen Schutzbestimmungen nicht greifen. Was konkret unter einer „Entsendung“ oder einer „Arbeitskräfteüberlassung“ zu verstehen ist, lässt das LSD-BG freilich offen. Klar ist jedoch, dass der Entsendungsbegriff des LSD-BG zunächst als nationaler intendiert war.²⁶⁾ § 2 Abs 3 LSD-BG idF bis zur LSD-BG-Novelle 2021 sah nämlich im Gegensatz zu Art 1 Abs 3 lit a RL 96/71/EG vor, „dass das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Bundesgesetzes [...] nicht den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger“ voraussetzt.

Diese Klarstellung, dass es für das Vorliegen einer Entsendung nicht des Abschlusses eines Dienstleistungsvertrags bedarf, ist nunmehr allerdings durch die LSD-BG-Novelle 2021 ersatzlos weggefallen. In Zukunft ist also auch im Anwendungsbereich des LSD-BG der Begriff der Entsendung nur dann erfüllt, wenn diese auf Grundlage eines entsprechenden Dienstleistungsvertrags erfolgt. Dies bewirkt im Ergebnis eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des LSD-BG und damit – mangels Möglichkeit zur Lohnkontrolle – auch eine Einschränkung des arbeitsrechtlichen Schutzes entsandter AN.

Einen vergleichbaren Effekt hat auch die Neugestaltung der Ausnahmen in § 1 LSD-BG, die nun erstmals auch Entsendungen von längerer Dauer, wie zB zu Schulungszwecken, miteinschließen. Weiterhin ausgenommen sind „mobile AN“. Wer darunter zu verstehen ist, soll in Abs 9 neu definiert werden. Abs 9 stellt klar, dass neben den Fahrern selbst auch das „Begleitpersonal“ darunter zu subsumieren ist, ebenso wie „Arbeitnehmer eines Arbeitgebers, der in einer anderen Branche als der Personen- und Güterbeförderung tätig ist, der aber die Arbeitnehmer in Österreich vorwiegend in der Personen- und Güterbeförderung einsetzt“. Im Ergebnis wurde also der Ausnahmekatalog des LSD-BG erweitert.

In Bezug auf den Wegfall des § 2 Abs 3 AÜG idF BGBl I 2016/44 findet sich in den Materialien die Begründung, dass dies der Notwendigkeit geschuldet ist, den Entsendebegriff des LSD-BG an jenen der Entsende-RL anzupassen. Es stellt sich jedoch die Frage, weshalb dieses Erfordernis nicht bereits bei Erlassung des LSD-BG gesehen wurde. Tatsächlich wurde zwar in der Lit die Frage der Unionsrechtskonformität des Entsendebegriffs schon seit längerem thematisiert,²⁷⁾ der überwiegende Tenor war jedoch, dass dieser mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar sei.²⁸⁾ Der Gesetzgeber hat nun allerdings offenkundig seine Meinung geändert und auch das Erfordernis gesehen, die Ausnahmetatbestände des § 1 LSD-BG zu modifizieren. Die Gründe dafür hat er zwar nicht ausdrücklich offengelegt, es kann aber nicht daran gezweifelt werden, dass ihn die Jud des EuGH dazu bewogen hat. Und der Gerichtshof ist auch verantwortlich dafür, dass die Sanktionsmechanismen des LSD-BG novelliert wurden.

26) Kozak, LSD-BG § 1 Rz 119 (Stand 20.1.2017, rdb.at).

27) Krömer, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? ecolex 2016, 660 (661).

28) Kozak, LSD-BG § 1 Rz 122.

D. Neugestaltung der Sanktionsmechanismen

Die Sanktionsmechanismen der §§ 26 – 34 sind das Herzstück des LSD-BG. Von Beginn an wurde es als essentiell angesehen, die Einhaltung der materiellen Regelungen mittels effektiver Sanktionsmechanismen sicherzustellen. Für den Fall eines Gesetzesverstößes sind daher Verwaltungsstrafen sowie andere Sicherungsmaßnahmen vorgesehen, die aber dann nicht greifen, wenn das Verschulden des/der AG oder die Unterentlohnung geringfügig ist bzw die offenen Ansprüche im Nachhinein tatsächlich erfüllt werden. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping haben demnach offenkundig primär einen general- und spezialpräventiven Charakter.²⁹⁾ Daraus erklärt sich auch, weshalb für den Fall, dass mehrere AN von einer Unterentlohnung betroffen sein sollten, eine kumulative Verhängung der Verwaltungsstrafen, innerhalb der Bandbreite vorgegebener Mindest- und Maximalstrafen, angeordnet war. Sowohl das Kumulationsprinzip als auch die zwingenden Mindeststrafen sollten allfälligen Überlegungen, dass sich Lohndumping „lohnen“ könnte, vorbeugen.

In Umsetzung der DurchsetzungsRL 2014/67/EG wurden die vormalig im AVRAG angesiedelten Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping mittels BGBl I 2016/44 ins LSD-BG überführt. Die Sanktionsmechanismen blieben dabei inhaltlich und strukturell im Wesentlichen unverändert, wurden aber übersichtlicher dargestellt.

Die Novelle 2021 sieht nunmehr zum ersten Mal eine substantielle konzeptionelle Änderung des Sanktionsinstrumentariums des LSD-BG vor: Verstöße gegen die §§ 26, 27, 28 und 29 gelten nunmehr – anders als bisher – „*unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen Arbeitnehmer*“ als „*eine einzige Verwaltungsübertretung*“. Dh, dass in Zukunft das Kumulationsprinzip nicht mehr gelten soll. In diesem Zusammenhang sehen die novellierten Verwaltungsstraftatbestände ferner vor, dass auch die zwingenden Mindeststrafen wegfallen. Es sind nur noch Maximalstrafen vorgesehen, die zT (gestaffelt) erhöht, zT allerdings auch – wie für KleinunternehmerInnen – verringert wurden.

Ebenfalls geändert werden die Regeln zum Zahlungsstopp gem § 34 LSD-BG. Zum einen wird konkretisiert, auf welche Teile des Werklohns bzw Überlassungsentgelts sich dieser beziehen darf. Zum anderen wurden neue verfahrensrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit der Verhängung und Geltung des Zahlungsstopps vorgeschlagen, mit denen insb das rechtliche Gehör des Auftragnehmers bzw Überlassers im Verwaltungsverfahren gestärkt werden soll.

E. Zwischenfazit

Im Ergebnis bewirken der Wegfall des Kumulationsprinzips sowie der zwingenden Mindeststrafen bei den Verwaltungsstraftatbeständen sowie die Modifikationen des Zahlungsstopps eine erhebliche Verringerung des Strafrahmens bzw eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Bezirksverwaltungsbehörden gegen Lohndumping. Damit wird unweigerlich die präventive Wirkung des Gesetzes geschwächt. Genau das wollte freilich die revidierte Entsende-RL verhindern, ging es doch dem europäischen Gesetzgeber darum, den

29) ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP, 3.

AN-Schutz zu stärken. Deshalb sieht Art 5 der RL 2018/957 auch spezifische Vorgaben zur „Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung“ der Entsenderegelungen vor, die nicht nur die Mitgliedstaaten dazu ermächtigen, sondern sogar dazu verpflichten, „Sanktionen [...] bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen“. Diese Sanktionen müssen dabei „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Auch die „Durchsetzung“ der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen muss durch „geeignete Verfahren“ sichergestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist es kaum verständlich, weshalb der österr Gesetzgeber gerade die bestehenden Sanktionsmechanismen bei Verstößen gegen das LSD-BG zurückgefahren hat. Den Materialien zur Novelle ist allerdings zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber zu diesen Änderungen aufgrund der Jud des EuGH veranlasst sah.³⁰⁾

III. Die Judikatur des EuGH zu den österreichischen Regeln zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping

Seit Inkrafttreten der ersten Bestimmungen im AVRAG zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping war der EuGH bereits mehrmals mit der Frage konfrontiert, ob diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind; von besonderer Relevanz sind in diesem Zusammenhang die zuletzt ergangenen Rs *Dobersberger*, *Maksimovic* und *Cepelnik*.³¹⁾

Die Rs *Cepelnik* und *Maksimovic* betrafen die Sanktionsmechanismen des AVRAG im Fall einer Unterentlohnung, die Rs *Dobersberger* den persönlichen Anwendungsbereich; also genau jene Bereiche, die durch die LSD-BG Novelle 2021 neugestaltet wurden. In allen drei Fällen wurde dem EuGH die Frage gestellt, ob die betreffenden nationalen Regelungen mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar seien. In der Rs *Maksimovic* ging es konkret darum, ob Art 56 AEUV bzw die Entsende-RL 96/71/EG einer nationalen Regelung entgegenstehe, die im Falle einer Verwaltungsübertretung sehr hohe Geldbußen, insb hohe Mindeststrafen vorsieht, welche kumulativ pro betroffenem AN verhängt werden. Eine ähnliche Frage hatte der EuGH in Rs *Cepelnik* zu beantworten. Konkret ging es um die Unionsrechtskonformität der österr Regelungen zum Zahlungsstopp. In der Rs *Dobersberger* wiederum war streitgegenständlich, ob das mobile Bordpersonal eines ungarischen Cateringunternehmens, das auf Grundlage eines Dienstleistungsvertrags mit der ÖBB Fahrgäste auf der Zugstrecke Budapest-München versorgt, während der Durchfahrt durch Österreich als entsandte AN zu qualifizieren ist. Die österr Behörde hatte dies bejaht und eine Verwaltungsstrafe wegen Verstoßes gegen die Meldepflicht und nicht Bereitstellung der erforderlichen Lohnunterlagen verhängt.

In allen drei Fällen ortete der EuGH einen Verstoß gegen das Unionsrecht, weil das nationale Recht in unverhältnismäßiger Weise die Dienstleistungsfreiheit beschränke. In der Rs *Maksimovic* stieß sich der EuGH an der Höhe der verhängten Geldstrafe. Die Geltung des Kumulationsprinzips und zwingend zu verhängender Mindeststrafen führe dazu, dass solch hohe Geldstrafen selbst in Fällen verhängt werden könn(t)en, in denen nicht erwiesen ist, dass der beanstandete

30) ErläutRV 934 BlgNR 27. GP, 1 und 10.

31) EuGH C-16/18, *Dobersberger*, ECLI:EU:C:2019:1110; EuGH C-64/18, *Maksimovic*, ECLI:EU:C:2019:723; EuGH C-33/17, *Cepelnik*, ECLI:EU:C:2018:896.