

16. AUSHÖHLUNG DES ARBEITS(VERTRAGS) RECHTS

Ludwig Dvorak

Die Bedeutung des Arbeitsrechts für Verteilungsfragen ergibt sich aus dem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Erbringung der Arbeitsleistung, den damit verbundenen Arbeitsbedingungen und insbesondere der Entlohnung. Das Arbeitsrecht knüpft an die Schutzbedürftigkeit von ArbeitnehmerInnen und ihre im Arbeitsprozess unterlegene Machtposition an: Durch einseitig zwingende Einschränkungen der Vertragsfreiheit soll das Ungleichgewicht der beiden Parteien des Arbeitsvertrags zumindest teilweise aufgewogen werden¹.

Dieses Ungleichgewicht ist dank der Durchsetzungskraft der ArbeiterInnenbewegung über Jahrzehnte hindurch zurückgedrängt worden. Seit über einem Jahrzehnt konstatieren WirtschaftswissenschaftlerInnen nun aber bereits einen langfristigen Rückgang des Anteils der ArbeitnehmerInnen am Volkseinkommen (siehe Band 1, „2. Wie ungleiche Verteilung zu Finanz- und Wirtschaftskrise führte auf Seite 21ff), vor allem aufgrund hoher und steigender Arbeitslosigkeit². Diese Entwicklung wird von manchen ÖkonomInnen als Ergebnis eines weltweit „entfesselten Kapitalismus“ gedeutet, in dem betriebliche und gesellschaftliche Machtverhältnisse zu Ungunsten der ArbeitnehmerInnen neu geordnet werden. Schienen die ersten drei Jahrzehnte der Nachkriegszeit durch wachsende Gewerkschaftsmacht, verbesserte Arbeitsbedingungen und niedrige Arbeitslosigkeit geprägt, hat sich diese Entwicklung in den vergangenen Jahrzehnten umgekehrt³. Die Entwicklung von gewerkschaftlichem Organisationsgrad und gesetzlichem arbeitsrechtlichem Schutzniveau scheint die These einer Trendumkehr zu stützen und einen Zusammenhang mit steigender Arbeitslosigkeit nahe zu legen: Während im langfristigen Schnitt von 19 OECD-Staaten der Anteil der Gewerkschaftsmitglieder unter den Beschäftigten bis 1979 und das arbeitsrechtliche Schutzniveau bis 1984 anstieg, zeigt sich bis zum Ende des letzten Jahrhunderts ein spürbarer Rückgang.

Tabelle 22: „Gewerkschaftsmacht“ und Arbeitsrecht

	Arbeitslosenquote	Gewerkschaftlicher Organisationsgrad	OECD-Arbeitsrechtsindex
1960-64	2,1	38,8	0,79
1965-69	2,1	39,1	0,85
1970-74	2,5	41,4	0,99
1975-79	4,3	44,8	1,09
1980-84	6,9	44,6	1,11
1985-89	7,7	42,2	1,11
1990-94	8,8	41,2	1,05
1995-99	8,2	38,7	0,92

Quelle: Baker (2005), 74-79

Diese Tendenz hat nicht nur Gewerkschaften unter Druck gebracht und die Kollektivvertragspolitik vor neue Herausforderungen gestellt⁴, sie wirkt sich selbstverständlich auch auf die individualrechtlichen Arbeitsbeziehungen zwischen ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen aus.

Dieser Beitrag zeigt Beispiele auf, mit welchen arbeitsrechtlichen Strategien zur Schmälerung des Entgelts ArbeitnehmerInnen konfrontiert sind.

- 1) Löschnigg, Günther (2011), 42
- 2) Marterbauer, Markus (2003), 158
- 3) Glyn, Andrew (2006), 3-8
- 4) Roßmann, Witich (2001), 375

16.1. Umgehung des Arbeitsrechts

Ein Element solcher Strategien ist die Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzstandards. Auf die zahlenmäßige Ausweitung atypischer Beschäftigungsverhältnisse und ihre Bedeutung wurde bereits hingewiesen (siehe „15. Der Wandel des Normalarbeitsverhältnisses – Auswirkungen und Risiken für ArbeitnehmerInnen“ auf Seite 133ff). Dabei sind sowohl quantitatives Ausmaß und Zunahme, als auch arbeitsrechtliche Konsequenzen verschiedener atypischer Beschäftigungsformen unterschiedlich ausgeprägt.

Teilzeitarbeit, befristete Beschäftigungsverhältnisse und Arbeitskräfteüberlassung unterliegen grundsätzlich dem vollen Schutz des Arbeitsrechts, auch wenn sie faktisch zu markanten Unterschieden bei Bezahlung, Aufstiegschancen und Beschäftigungsstabilität führen können (siehe „2. Einkommensschere Frauen – Männer“ auf Seite 19ff und „5. Insider und Outsider: Von der Aufspaltung des Arbeitsmarktes in GewinnerInnen und VerliererInnen“ auf Seite 47ff).

Keine Anwendung finden die meisten über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) hinausgehenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen jedoch auf freie Dienstverträge und Werkverträge. Zwar gelten für arbeitnehmerInnenähnliche Personen, ob mit freiem Dienst- oder Werkvertrag, durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung Normen wie das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und Teile des Gleichbehandlungs- und Behinderteneinstellungsgesetzes, nicht jedoch zentrale entgeltrechtliche Kernmaterien wie das Urlaubs- oder Entgeltfortzahlungsrecht. Es besteht für diese Personen daher weder Anspruch auf bezahlten Urlaub, noch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Mangels Anwendbarkeit von Kollektivverträgen gilt das auch für Weihnachts- und Urlaubsgeld. Auch wenn durch die weitgehende sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung der „freien“ mit den „echten“ DienstnehmerInnen ab 1.1.2008 die soziale Absicherung deutlich verbessert⁵ werden konnte, bleiben Versuche, arbeitsrechtliche Vorschriften durch das Abschließen freier Dienstverträge zu umgehen, daher auf der Tagesordnung arbeitsrechtlicher Beratungspraxis.

Bemerkenswert erscheint allerdings, dass parallel zur verbesserten sozialrechtlichen Absicherung freier DienstnehmerInnen ein ähnlich dynamischer zahlenmäßiger Anstieg wie bei Teilzeitarbeit oder der Arbeitskräfteüberlassung unterblieben ist (siehe Tabelle 23).

Tabelle 23: Entwicklung freier Dienstverträge 2003-2011

	2003	2005	2007	2009	2011
Freie Dienstverträge gem § 4 Abs 4 ASVG	23.684	26.602	26.123	24.231	19.827
Geringfügig freie Dienstverträge	42.177	45.422	43.651	41.426	35.371
	65.861	72.024	69.774	65.657	55.198

Quelle: Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, diverse Jahrgänge

Umgehungsprobleme ergeben sich regelmäßig auch bei sogenannten (Pflicht-)Praktika (die schulische oder universitäre Ausbildung begleitende Ausbildung in Betrieben) und Volontariaten (Kenntniserwerb im Betrieb, die für eine künftige Beschäftigung nützlich sein soll)⁶. Wesentliches Merkmal ist nach der Judikatur der Ausbildungszweck und die fehlende Arbeitspflicht⁷. In der Praxis ist aber gerade bei BerufseinsteigerInnen, SchülerInnen und Studierenden zu beobachten, dass es sich bei als „Praktika“ bezeichneten Tätigkeiten häufig um „echte“ Dienstverhältnisse handelt, diese aber nicht entsprechend bezahlt werden. Im Zweifel ist nicht nur rechtlich das Vorliegen eines Volontariats, sondern eines Dienstverhältnisses zu vermuten⁸.

5) *Freudhofmeier*, Martin 2008, 32

6) *Radner*, Thomas (2011), 3 und 128

7) vgl OGH 11.10.1995, 9 ObA 176/95

8) vgl OGH 28.01.2010, 8 ObA 5/2010

16.2. Einseitige Entgeltgestaltung

Nicht nur bei der Umgehung, sondern auch bei Bestehen echter Dienstverhältnisse existieren eine ganze Reihe verteilungsrelevanter Entgeltfragen. Auch wenn im Unterschied zu anderen europäischen Ländern die meisten Arbeitsverhältnisse Kollektivverträgen und damit entgeltrechtlichen Mindestregelungen unterworfen sind, treten mehrere Konfliktfelder zu Tage. Darunter befindet sich unter anderem die Frage einseitiger Gestaltungsrechte des Arbeitgebers beim Entgelt: darunter sind beispielsweise die „überbordende Praxis von ‚Belohnungen‘ und ‚Prämien‘, die glaubt, sich an keinerlei rechtlichen Vorgaben orientieren zu müssen“⁹, aber auch die vertraglich vereinbarte Widerrufbarkeit von Überstundenpauschalen zu verstehen.

Wesentlich erscheint in diesem Zusammenhang eine Differenzierung zwischen Unverbindlichkeit einer Leistungszusage („Es entsteht kein Rechtsanspruch“) einerseits und einem Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt („Die gewährte Leistung, auf die Rechtsanspruch besteht, kann geändert oder widerrufen werden“) andererseits (vgl. *Risak* 2006a). Bedeutung hat diese Unterscheidung für die Frage, wie ein Arbeitgeber von gewährten Leistungen abgehen kann: Während er bei einem Widerrufsvorbehalt einer „richterlichen Ausübungskontrolle“ im Rahmen „billigen Ermessens“ unterliegt, eine Leistungseinstellung also kein grobes Ungleichgewicht zu Lasten des Arbeitnehmers schaffen darf und einer gewissen Rechtfertigung bedarf, bestehen nach herrschender Meinung bei einem Unverbindlichkeitsvorbehalt solche Schranken nicht¹⁰. Widerrufs- und Änderungsvorbehalte dürfen zudem nur überkollektivvertragliche Entgeltbestandteile betreffen¹¹.

Das geht manchen Autoren bereits zu weit: Felten sieht keine Begründung für eine Beschränkung des Arbeitnehmers auf ein „Kernentgelt“ und möchte auch Unverbindlichkeitserklärungen, etwa im Falle von Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, einer richterlichen Ausübungskontrolle unterworfen sehen.¹² Schindler wiederum argumentiert, dass zwar die genau determinierte Widerrufbarkeit (in den oben genannten Grenzen) von Leistungen vorstellbar sei, nicht jedoch die einseitige Änderung von Entgeltbedingungen: Es sei unzumutbar und dem Gedanken des Arbeitsrechts als Schutzinstrument vor der Übermacht des Arbeitgebers widersprechend, dem Arbeitgeber bei den beiden Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags – Arbeitsleistung und Entgelt – dermaßen weitgehende, einseitige Änderungsmöglichkeiten zu eröffnen¹³. Abzulehnen seien auch Versuche, durch Unverbindlichkeitsvorbehalte „wiederholt erbrachte Leistungen [...] in einen inexistenten rechtsfreien Raum zu transferieren“¹⁴. Auch Kuras stellt klar, dass man sich einer Verpflichtung keineswegs durch den Hinweis entziehen könne, regelmäßig geleistete Zahlungen als „unverbindlich“ zu bezeichnen¹⁵.

Höchstgerichtlich ist inzwischen entschieden, dass Entgeltbestandteile, „die nicht zum wesentlichen Teil des Grundentgelts“ gehören, einem Unverbindlichkeitsvorbehalt unterworfen werden können. Werden, wie in der Praxis häufig üblich, Unverbindlichkeits- und Widerrufsvorbehalte kombiniert, müssen diese Klauseln ausgelegt werden. Im Zweifel ist von einem der Billigkeitskontrolle unterliegendem Widerrufsvorbehalt auszugehen¹⁶.

Schindler weist zu Recht darauf hin, dass sich nicht zuletzt aus Motivationsgründen auch aus ArbeitgeberInnensicht Gewinnbeteiligungen als sinnvoller Instrument gegenüber der einseitigen Kürzung von Entgeltbestandteilen erweisen¹⁷. Dass derartige leistungs- und erfolgsorientierte Entgeltmo-

9) *Schindler*, René 2004, 74f

10) *Risak*, Martin (2008), 225

11) *Risak*, Martin (2006b), 101

12) *Felten*, Elias (2008), 278

13) *Schindler*, René (2004), 63-67

14) *Schindler*, René (2004), 74

15) *Kuras*, Gerhard (2003), 100

16) vgl. OGH 24.02.2009, 9 ObA 113/08w

17) vgl. *Schindler*, René 2004, 67

delle auch mit Tücken für ArbeitnehmerInnen verbunden sind, wird in diesem Band an anderer Stelle erörtert (siehe „15. Der Wandel des Normalarbeitsverhältnisses – Auswirkungen und Risiken für ArbeitnehmerInnen“ auf Seite 133). Versuchen, durch unzulässige Unverbindlichkeitsvorbehalte und uferlose Handhabung von (teilweise gar nicht vorbehaltenen und daher unzulässigen) Widerrufserklärungen, bislang gewährte Entgeltbestandteile zurückzunehmen, ist jedenfalls regelmäßig entgegenzutreten.

16.3. All-In-Klauseln

Ein Dauerbrenner im arbeitsrechtlichen Beratungsalltag ist auch die Abgeltung von Überstunden und insbesondere der inzwischen weit verbreitete Einsatz von sogenannten „All-In“-Klauseln in Arbeitsverträgen. Werden Fragen der verteilungspolitischen Bedeutung von Überstundenarbeit ausführlich von (siehe „6. Arbeitszeit – Fairness durch Umverteilung“ auf Seite 57ff) behandelt, ist an dieser Stelle auf die Rechtspraxis und Judikatur zu dieser Frage einzugehen:

Von einer herkömmlichen Überstundenpauschale („Mit dem Betrag von 250 Euro werden 10 Überstunden pro Monat abgegolten“) unterscheiden sich derartige Klauseln dadurch, dass sie keine Gesamtzahl der abgegoltenen Überstunden festlegen („Mit dem Betrag von 600 Euro sind alle Mehrleistungen abgegolten“). Die Rechtsprechung hat grundsätzlich solche Pauschalvereinbarungen als zulässig erkannt, sofern für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass mit einer Pauschalvergütung auch Überstunden abgegolten sein sollen¹⁸. Zudem muss bestimmbar sein, welcher Entgeltbestandteil für die Abgeltung von Überstunden heranzuziehen ist¹⁹. Die grundsätzliche Gefahr solcher Klauseln liegt auf der Hand: Scheinbar überkollektivvertragliche Entgeltbestandteile können, sofern vertraglich vereinbart, durch Anordnung von Überstunden „verbraucht“ und bis zum kollektivvertraglichen Mindestniveau abgesenkt werden. Der negative monetäre Anreize für ArbeitgeberInnen („Überstunden sind teuer“) zur Vermeidung von Mehrbelastungen entfällt und verkehrt sich sogar ins Gegenteil. ArbeitgeberInnen ersparen sich jedoch keineswegs die Führung von Zeit- bzw. Überstundenaufzeichnungen. Überstunden, die nicht durch die für Mehrleistungen gewidmeten Entgeltbestandteile gedeckt sind, sind gesondert zu vergüten. Um nun festzustellen, ob über die Pauschalabgeltung hinaus Ansprüche bestehen, muss eine „Deckungsrechnung“ durchgeführt werden. Ist kein kürzerer Zeitraum für die Abrechnung von Überstunden vorgesehen, gilt ein einjähriger Betrachtungszeitraum²⁰. Vor der Abrechnung durch den ArbeitgeberInnen beginnen weder Verfalls- noch Verjährungsfristen zu laufen²¹.

Liegt keine ausdrückliche Vereinbarung über den für die Normalarbeitszeit vereinbarten Entgeltbestandteil vor, so geht der OGH davon aus, dass die Normalarbeitszeit durch das kollektivvertragliche Mindestentgelt abgedeckt ist. Dies stößt allerdings auf Kritik und ist differenzierter zu betrachten: Haben ArbeitnehmerInnen vor Abschluss der All-In-Vereinbarung beim gleichen ArbeitgeberInnen bereits ein überkollektivvertragliches Entgelt bezogen, so ist nach Heilegger dieses für die Normalarbeitszeit heranzuziehen. Geleistete Überstunden, die über die gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen hinausgehen, sind zudem gesondert zu entgelten, wenn nicht die Abgeltung „illegaler“ Überstunden explizit vereinbart worden ist²².

18) vgl OGH 29.08.1990, 9 ObA 280/90

19) vgl OGH 29.08.1990, 9 ObA 605/90

20) vgl OGH 11.07.2001, 9 ObA 161/01v

21) Heilegger, Gerda (2012), 20

22) Heilegger, Gerda (2012), 21

16.4. Ausbildungskosten und Konkurrenzklauseln

Ein weiteres für ArbeitnehmerInnen oft nachteiliges, und immer größere Verbreitung findendes, Instrument sind Konkurrenzklauseln und Ausbildungskostenvereinbarungen: Sie sind in vielen Fällen die Grundlage für Geldforderungen von ArbeitgeberInnen bei der Beendigung von Dienstverhältnissen.

Konkurrenzklauseln beschränken ArbeitnehmerInnen im Anschluss an ein beendetes Dienstverhältnis in ihrer Erwerbstätigkeit. ArbeitgeberInnen sollen davor geschützt werden, durch „fliegende“ MitarbeiterInnenwechsel Wettbewerbsnachteile gegenüber KonkurrentInnen zu erleiden. Obwohl diese Beschränkungsvereinbarungen, nicht zuletzt auch aufgrund des bestehenden Spannungsverhältnisses zu den Grundrechten²³ verschiedenen gesetzlichen Reglementierungen unterworfen und im Zweifel einschränkend zu interpretieren sind²⁴, finden sie in Arbeitsverträgen immer häufiger Verwendung. Auf die gesetzlich festgesetzte Mindesteinkommensgrenze (2012: 2.397 Euro zwölfmal jährlich) wird dabei häufig ebenso wenig Rücksicht genommen, wie auf den Umstand, dass Konkurrenzklauseln ArbeitgeberInnen vor Wettbewerbsnachteilen schützen soll, jedoch „kein legitimes Mittel“ zur Bindung guter „Arbeitnehmer an das eigene Unternehmen“ sind²⁵. Derartige Klauseln sind daher bei näherer Betrachtung oftmals nichtig, stellen aber dennoch für viele ArbeitnehmerInnen eine spürbare Beschränkung ihrer beruflichen Mobilität bzw ein erhebliches Rechtsrisiko dar. Ähnliches gilt für Ausbildungskostenvereinbarungen, bei denen sich ArbeitnehmerInnen verpflichten, Kosten für Kurse uä, die Spezialkenntnisse vermitteln, bei einem vorzeitigen Ausscheiden rückzuerstatten. Trotz der äußerst positiv zu bewertenden jüngsten Entscheidung des OGH, dass bei sonstiger Nichtigkeit der Vereinbarung für jede Ausbildung eine eigene, konkrete Rückzahlungsvereinbarung zu schließen ist²⁶, beinhaltet der in § 2d AVRAG geregelte Kostenrückersatz einige Fallstricke für ArbeitnehmerInnen.

16.5. Schlussbetrachtung und Forderungen

Die hier angeführten Beispiele sind nur eine kleine Auswahl der vielfältigen Probleme, mit denen ArbeitnehmerInnen im Kontext wachsender Erwerbsunsicherheit konfrontiert sind. Ein anderes, in der Regel völlig legales, aber in Ausmaß und Wirkung höchst problematisches Beispiel ist die Praxis einiger Unternehmen, ArbeitnehmerInnen im Krankenstand zu kündigen oder eine einvernehmliche Auflösung aufzudrängen.

Für alle genannten und nicht genannten Themen gilt, dass sie im Zusammenhang mit gesellschaftlichen und gewerkschaftlichen Kräfteverhältnissen zu sehen sind. Für sie alle gilt aber auch, dass die laufende und flächendeckende Rechtsberatung und -vertretung in tausenden Einzelfällen auch als Instrument der Verteidigung und Durchsetzung von ArbeitnehmerInnenrechten insgesamt betrachtet werden muss.

23) vgl *Reissner, Gert-Peter (1996), 47*

24) vgl OGH 15.04.2004, 8 ObA 21/04b

25) vgl OLG Wien 21.07.200, 9 Ra 135/00i

26) vgl OGH 21.12.2011, 9 ObA 125/11i

Die AK fordert:

- ArbeitnehmerInnenbegriff modernisieren, Umgehung des Arbeitsrechts bei „Atypischen“ durch verstärkte Kontrollen erschweren
- Pflichtpraktika als ordentliche Dienstverhältnisse, klare Spielregeln auch für Volontariate
- Einschränkung von Unverbindlichkeits- und Änderungsvorbehalten beim Entgelt
- Transparenz und faire Bezahlung für geleistete Arbeit: Einschränkung von All-In-Klauseln, Pflicht zur Festlegung der durch die Pauschale abgegoltenen Überstunden, keine pauschale Abgeltung der über die Grenzen des im Arbeitszeitgesetz hinausgehenden, „illegalen“ Überstunden
- Verschärfte gesetzliche Bestimmungen für KonkurrenzklauseIn, Verankerung einer verpflichtenden finanziellen Gegenleistung von ArbeitgeberInnen als Gültigkeitsvoraussetzung für Erwerbseinschränkungen durch KonkurrenzklauseIn
- Einschränkung des Ausbildungskostenrückerersatzes, klare gesetzliche Höchstgrenzen der Bindungsdauer – entsprechend dem Ausbildungszeitraum – nach dem Vorbild der Judikatur des deutschen Bundesarbeitsgerichts (zB bei einer Ausbildungsdauer von unter 1 Monat eine Beschränkung der maximalen Rückerstattungspflicht auf 6 Monate)

Literatur

- Baker Dean et al (2005)**, Labour Market Institutions and Unemployment: Assessment of the Cross-Country Evidence, in: David R. Howell (Hg.), Fighting unemployment – The Limits of Free Market Orthodoxy, ILO, Genf
- Felten, Elias (2008)**, Arbeitsvertragliche Flexibilisierungsklauseln im Entgeltbereich, in: RdW 2008/234, Wien
- Freudhofmeier, Martin (2008)**, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag², Wien.
- Glyn, Andrew (2006)**, Capitalism Unleashed, Oxford
- Grafl, Andreas (2012)**, Atypische Beschäftigungsverhältnisse, in: AK Wien, Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft 112 (2012), Wien
- Heilegger, Gerda (2012)**, Zur rechtlichen Zulässigkeit und Interpretation von All-In-Vereinbarungen, in: DRdA 2012, Wien
- Kuras, Gerhard (2003)**, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, in: ZAS 2003/19, Wien
- Löschnigg, Günther (2011)**, Arbeitsrecht, Wien
- Marterbauer, Markus und Ewald Walterskirchen (2003)**, Lohnquote und Lohnstückkosten, in: WIFO Monatsberichte 2/2003, Wien
- Radner, Thomas (2011)**, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, in: DRdA 2011, Wien
- Reissner, Gert-Peter (1996)**, Die arbeitsrechtliche KonkurrenzklauseIn, Wien
- Risak, Martin (2006a)**, Der Unverbindlichkeitsvorbehalt, in: ZAS 2006/26, Wien
- Risak, Martin (2006b)**, Widerrufs- und Änderungsvorbehalte, in: Tomandl, Theodor/ Schrammel, Walter (Hg.) (2006), Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien, Wien
- Risak, Martin (2008)**, Einseitige Gestaltungsrechte im Arbeitsrecht, Wien
- Roßmann, Witich (2001)**, Gewerkschaften im marktwirtschaftlichen Auflösungsprozess?, in: Hans- Jürgen Bieling et al (Hg.) (2001), Flexibler Kapitalismus, Hamburg
- Schindler, René (2004)**, Widerrufsklauseln und einseitige Änderungsrechte, in: Reinhard Resch (Hg.) (2004), Kritische Klauseln in Arbeitsverträgen (2004), Wien

