

ZAI zu den Ausnahmen

Durch die Neufassung von § 1 Abs. 2 Z 7 und 8 AZG wurden die Ausnahmen vom Geltungsbereich des AZG bekanntlich erweitert.

Ausgenommen sind nunmehr auch:

- **nahe Angehörige** der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers,
- leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit **maßgeblicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis**,

beide Gruppen jedoch nur unter der **zusätzlichen Voraussetzung**, dass ihre **gesamte Arbeitszeit** aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit

- **nicht gemessen oder im Voraus festgelegt** wird, oder
- von diesen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer **selbst festgelegt** werden kann.

Zusätzliche Voraussetzung, um vom AZG ausgenommen zu sein, ist somit in beiden Fällen, sowohl bei den nahen Angehörigen als auch den leitenden Angestellten und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit maßgeblicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis, **Zeitautonomie**:

Der Begriff „**gesamte Arbeitszeit**“ bedeutet, dass sich diese Zeitautonomie nicht nur auf die Überstunden, sondern auch auf die Normalarbeitszeit erstrecken muss. Es muss also entweder die gesamte Arbeitszeit (und nicht nur ein Teil) nicht gemessen oder im Voraus festgelegt werden oder es muss die gesamte Arbeitszeit von den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden können. Unter die Ausnahme können daher nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fallen, die keine vorgegebenen Dienstzeiten haben und nicht (z. B. im Arbeitsvertrag) verpflichtet sind, zu bestimmten festgesetzten Arbeitszeiten (auch nicht zu „Kernzeiten“) am Arbeitsplatz anwesend zu sein.

Diese zeitliche Flexibilität muss sich aus der Art der **Tätigkeit** ergeben, die fixe Vorgaben zur Arbeitszeit unpraktikabel macht. Wenn die Arbeitszeit ohne Notwendigkeit lediglich freiwillig nicht gemessen wird (wie mitunter bei der sog. „Vertrauensarbeitszeit“), ist diese Voraussetzung daher nicht erfüllt.

„**Nahe Angehörige**“ im Sinne der taxativen Aufzählung des § 1 Abs. 2 Z 7 AZG sind ausschließlich:

- Eltern (unserer Auffassung nach auch Adoptiveltern, nicht aber Stiefeltern),
- Kinder (unserer Auffassung nach auch Adoptivkinder, nicht aber Stiefkinder),
- Ehegattinnen und Ehegatten, die in einem gemeinsamen Haushalt mit der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber leben,
- eingetragene Partnerinnen und eingetragene Partner, die in einem gemeinsamen Haushalt mit der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber leben,
- Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten, die seit mindestens drei Jahren in einem gemeinsamen Haushalt mit der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber leben.

Keine „nahen Angehörigen“ im Sinne dieser Ausnahme sind somit u. a. Geschwister der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers und sonstige Verwandte.

Angehörige können naturgemäß nur natürliche Personen haben. Keine Angehörigen haben daher juristische Personen wie GmbHn und AGn.

Somit ist einerseits die Zahl der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die überhaupt nahe Angehörige haben können, beschränkt, andererseits fallen diese Angehörigen nur unter die Ausnahme, wenn sie zusätzlich über Zeitautonomie im beschriebenen Sinn verfügen.

Ganz generell stellt sich aber bei der Mitarbeit von Angehörigen im Betrieb stets die Frage, ob diese tatsächlich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt.

Die bislang in § 1 Abs. 2 Z 8 AZG enthaltene Ausnahme für „leitende Angestellte“ wurde durch die Novelle auf „leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit maßgeblicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis“ erweitert, wobei für beide jedenfalls volle Zeitautonomie gegeben sein muss.

Das Erfordernis der Zeitautonomie bezieht sich unserer Auffassung nach daher auch auf die „**leitenden Angestellten**“: Entgegen der Rechtsprechung (VwGH 97/11/0188 vom 24.2.1998) zur früheren (noch aus dem Jahr 1969 stammenden) Fassung des § 1 Abs. 2 Z 8 AZG, die der Zeitautonomie bei leitenden Angestellten nur Indizwirkung beimaß, Vorgaben zur Arbeitszeit aber nicht als zwingendes Hindernis erachtete, dürfen Führungskräfte nunmehr keinesfalls Vorgaben zur Arbeitszeit unterliegen, um leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit maßgeblicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis im Sinne der Neufassung der Ausnahmebestimmung sein zu können.

Die Arbeitszeitrichtlinie der EU (RL 2003/88/EG) ermöglicht nämlich in Art. 17 Abs. 1 Ausnahmen, *„wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann, und zwar insbesondere in Bezug auf nachstehende Arbeitnehmer: leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis ...“*. Bereits aus dem Wortlaut der Formulierung ergibt sich somit, dass zwischen den leitenden Angestellten und den sonstigen Personen nicht differenziert wird und die Voraussetzung der Zeitautonomie jedenfalls für beide gilt. Entsprechend wird diese Bestimmung auch von der EU-Kommission und vom EuGH verstanden.

Für eine richtlinienkonforme Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur war es daher erforderlich, bei der Neufassung des § 1 Abs. 2 Z 8 AZG (und des § 1 Abs. 2 Z 5 ARG) die Ausnahme für „leitende Angestellte“ so zu formulieren, dass jedenfalls auch für sie das Erfordernis der Zeitautonomie gilt.

Entsprechend wurde im der AZG/ARG-Novelle (BGBl. I Nr. 53/2018) zugrundeliegenden Initiativantrag ausgeführt: *„Leitende Angestellte oder sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Entscheidungsbefugnissen können daher nur dann ausgenommen werden, wenn die Voraussetzungen „Nichtmessbarkeit bzw. Nichtfestlegbarkeit“ oder „Selbstfestlegung“ wegen der besonderen Merkmale der Tätigkeit vorliegen. Die vorgesehene Ausnahmeregelung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Entscheidungsbefugnissen muss daher entsprechend eingeschränkt formuliert werden.“*

Bei der Neufassung des § 1 Abs. 2 Z 8 AZG (und des § 1 Abs. 2 Z 5 ARG) wurde somit **Unionsrecht** unter Berücksichtigung der Auslegungen der EU-Kommission und des EuGH richtlinienkonform übernommen.

Bei den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit maßgeblicher selbstständiger Entscheidungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 8 AZG ist zu beachten, dass sich diese „**maßgebliche selbstständige Entscheidungsbefugnis**“ auf betriebliche Angelegenheiten beziehen muss. Die Befugnis, lediglich über die eigene Arbeitszeit selbst entscheiden zu dürfen, bedeutet noch keine „maßgebliche selbstständige Entscheidungsbefugnis“ im Sinne dieser Ausnahme. Grundsätzlich kann daher, entsprechend den Ausführungen im Initiativantrag, davon ausgegangen werden, dass auch Führungskräfte der 3. Führungsebene (wobei diese Abgrenzung nicht zu penibel-hierarchisch verstanden werden muss) unter die Ausnahme fallen, sofern sie über entsprechende **Entscheidungskompetenzen und Zeitautonomie** verfügen, was im konkreten **Einzelfall** zu hinterfragen ist. In der Praxis werden sie daher primär in Großunternehmen mit zahlreichen hierarchischen Ebenen zu finden sein.

Wie viel sich in der Praxis durch diese neue Ausnahmen wirklich ändert, wird aber auch davon abhängen, wie diese Bestimmungen in konkreten Fällen von der Rechtsprechung ausgelegt werden. Entsprechende Judikatur ist uns noch nicht bekannt und zwei Monate nach Inkrafttreten der Neuerungen auch noch nicht zu erwarten.

ZAI zum Durchrechnungszeitraum:

Wir gehen davon aus, dass die **Durchrechnung der Wochenarbeitszeit innerhalb fester Durchrechnungszeiträume** zu erfolgen hat.

Das ergibt sich unserer Ansicht nach insbesondere aus § 26 Abs. 1 AZG, wonach in den Arbeitszeitaufzeichnungen auch **Beginn** und Dauer eines Durchrechnungszeitraumes festzuhalten sind. Die Vorschrift, den Beginn festzuhalten, wäre bedeutungslos, wenn die Durchrechnung flexibel zu erfolgen hätte. Im Initiativantrag zu BGBl. I Nr. 46/1997, womit diese Bestimmung eingeführt wurde, wurde dazu ausgeführt: *„Bei allen Formen der Durchrechnung der Arbeitszeit ergibt sich die Notwendigkeit, den Beginn und die Dauer des Durchrechnungszeitraumes eindeutig und nachvollziehbar festzulegen. Die Überprüfung von Arbeitszeitmodellen hat ergeben, dass die Beurteilung der Zulässigkeit des Modells und der Frage, ob Überstundenarbeit vorliegt, davon abhängt, mit welchem Tag man den Beginn des Durchrechnungszeitraumes ansetzt. Die Regelung gilt sowohl für die Durchrechnung der Normalarbeitszeit, die Gleitzeit als auch die Durchrechnung der Höchstarbeitszeit (z.B. nach § 9 Abs. 4).“*

Eine flexible Durchrechnung wäre außerdem für die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber kaum praktikabel.

Die Arbeitsinspektorate wurden zeitgerecht mit einem internen Erlass über die am 1. September 2018 in Kraft getretenen Neuerungen im AZG und ARG informiert.