

1. Einleitung

Obwohl es keine eindeutige Definition von atypischer Beschäftigung gibt, werden darunter jene Arbeitsverhältnisse verstanden, die von der unbefristeten Vollzeitbeschäftigung abweichen. Je nach Auslegung beinhaltet Atypisierung auch bestimmte Gruppen von selbstständig Beschäftigten (Scheinselbstständige), Personen mit All-in-Verträgen, dazu geringfügig Beschäftigte, überlassene ArbeitnehmerInnen, freie DienstnehmerInnen und Teilzeitbeschäftigte. Auch neue Arbeitsformen wie Crowd-Working, Homeoffice (Teleworking), Arbeit 4.0, Freelancer können unter dem Begriff „Atypische Beschäftigung“ subsumiert werden, ebenso wie Arbeitsverträge, welche untypische bzw oft auch rechtswidrige Vertragsinhalte beinhalten.

Die größte Gruppe der atypischen Beschäftigten arbeitet in Teilzeit. Bereits die Mehrzahl der Beschäftigungsverhältnisse von Frauen sind heute Teilzeitbeschäftigungen. Der starke Anstieg dieser Vertragsformen und damit verbunden die tägliche praktische Relevanz der Bewertung dieser Verträge in den Beratungen fordern geradezu auf, einige aktuelle Beispiele im Rahmen des PraktikerInnenseminars zu besprechen.

2. Grundlagen der Vertragstypen

Bei der Zuordnung der Vertragstypen als Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag oder Werkvertrag ist sowohl eine arbeitsrechtliche als auch eine sozialrechtliche Beurteilung geboten. Das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit unterscheidet den freien („unabhängigen“) Dienstvertrag vom echten Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB. Das Arbeitsrecht gilt für den freien Arbeitsvertrag nur rudimentär (zB Insolvenzentgeltsicherung, die Bestimmungen zum Dienstzettel, das DHG, Kündigungsfristen nach ABGB). Beim Werkvertrag spricht man von einem Zielschuldverhältnis ohne persönliche Abhängigkeit. Sozialrechtlich besteht beim Arbeitsvertrag Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 und 2 ASVG.

Beim freien Dienstvertrag muss unterschieden werden, ob die Tätigkeit dienstnehmerähnlich oder selbstständig erfolgt. Im ersten Fall besteht Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG, bei selbstständiger Ausübung gibt es noch den Unterschied, ob Personen die Tätigkeit als sogenannte alte Selbstständige (Gewerbe-

schein; Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG) oder als neue Selbstständige (Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG) ausüben. Beim Werkvertrag wird gleich wie bei den selbstständigen freien Dienstnehmern in der Pflichtversicherung unterschieden.

Relevante Rechtsnormen: Die obige Unterscheidung der Vertragstypen wird in den §§ 1151, 1153, 1164a ABGB, §§ 4, 539a ASVG und § 2 GSVG geregelt.

Der freie Dienstvertrag ist ein Produkt der Vertragsfreiheit und fand als Begriff Eingang in die Sozialversicherungspflicht. Entscheidendes Kriterium (Kristallisationspunkt) der Zuordnungsbewertung ist die „persönliche Abhängigkeit“. Die wichtigsten Bewertungskriterien für die Zuordnung als echter Arbeitsvertrag sind die Beschränkung (Ausschaltung) der Bestimmungsfreiheit, die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung, die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, die Eingliederung in betriebliche Abläufe und das Gelten von Ordnungsvorschriften.

§ 539a ASVG normiert für die Sachverhaltsbeurteilung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise immer den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Vertrages.

Weitere Abgrenzungen bewerten die Rechtsfolgen einer Fehlqualifikation des konkreten Vertragsinhaltes und werden diese von den nachfolgenden Referenten dargestellt.

Aus der Beratungspraxis des Autors werden nun acht Beispiele vorgestellt, anhand derer auf problematische und/oder rechtswidrige Vertragsinhalte eingegangen wird.

3. Beispiel 1 – „All-in-Vertrag“, Angestellte alt

Es handelt sich hier um einen sogenannten „All-in-Vertrag“, der vor der letzten Novelle zum AVRAG, im Zuge dessen nunmehr auch All-in-Verträge indirekt einer Regelung zugeführt wurden (§ 2 Abs 2 Z 9 AVRAG, BGBl I 2015/152), abgeschlossen worden ist.

Auf das konkrete Dienstverhältnis finden der Rahmen-KollV für Industrieangestellte und die Zusatz-KollVe für Angestellte der Maschinen- und Metallwarenindustrie Anwendung.

Im Vertrag findet sich unter anderem folgende Regelung:

„4.) Gemäß dem Rahmenkollektivvertrag für Industrieangestellte sind Sie in die Verwendungsgruppe F/nach 14 Jahren eingereiht. Der Dienstgeber behält sich die Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist jeweils am 15. und am 30. eines Monats vor. Die Probezeit wird mit 1 Monat festgelegt.

8.) Gehaltsfestlegung

<i>das Bruttomonatsgehalt beträgt</i>	<i>Euro 3.700,00</i>
<i>zuzüglich Überzahlung</i>	<i>Euro 0,00</i>
<i>zuzüglich Überstundenpauschale</i>	<i>Euro 0,00</i>
<i>Gesamtgehalt</i>	<i>Euro 3.700,00</i>

Mit oben angeführtem Gehalt sind sämtliche für die Leistungserbringung notwendigen Stunden abgeholt. Prämien und Umsatzbeteiligungen sind freiwillige Leistungen und jederzeit widerrufbar.

9.) Sonstige Entschädigungen:

<i>Fahrt-/Kilometergeld</i>	<i>lt. KollV</i>
<i>Dienstauto</i>	<i>keines</i>
<i>Dienstwohnung</i>	<i>keine</i>

Sonstiges:

Außendienststätigkeiten werden nach Aufwand mit den amtlichen Tagessätzen vergütet.

10.) Jede nicht unter Punkt 8 angeführte Zahlung ist freiwillig und jederzeit widerrufbar. Auf sie erwächst dem/r Dienstnehmer/in kein Rechtsanspruch, auch wenn sie mehrmals gewährt wurde.“

Kommentar des Autors

All-in-Verträge sind in der Praxis insofern oft problematisch, als ungenauen Entgeltvereinbarungen oft nicht entnommen werden kann, welche Entgeltbestandteile mit dem All-in-Gehalt abgeholt sind, insb dann, wenn keine Einstufung in die Gehaltsordnung vorgenommen wurde und diese in der Folge strittig ist. In einem solchen Fall kann dann die Anzahl von Überstunden, die in der ver-

meintlichen Überzahlung des kollv-lichen Mindestgehalts Deckung finden soll, oft nicht oder nur schwer abgeleitet werden.

Da der gegenständliche Vertrag eine Einstufung aufweist, kann in concreto auch errechnet werden, welche Überstundenanzahl mit der Überzahlung abgedeckt ist. Weshalb die Differenz zwischen Mindestgehalt und Istgehalt jedoch nicht als Überstundenpauschale deklariert wird, bleibt unverständlich. Ferner ist anzumerken, dass bei Widmung der Überzahlung als Überstundenpauschale man diese mit einem Widerrufsvorbehalt hätte versehen können. Die Vereinbarung ist daher für den Dienstgeber unter Umständen von Nachteil, nämlich dann, wenn der Dienstnehmer keine Überstunden leistet oder weniger, als in der Überzahlung Deckung finden.

Seit 1. 1. 2016 gilt aber die Bestimmung des § 2 Abs 2 Z 9 iVm § 2 Abs 5 AVRAG, der die betragsmäßige Angabe des Grundentgeltes normiert. Das heißt, die Angabe des Gesamtentgeltes genügt nicht mehr, es bedarf der Auflistung aller Entgeltarten im Dienstzettel und das konkrete Grundentgelt ist in Zahlen anzuführen.

4. Beispiel 2 – „All-in-Vertrag“, Angestellte neu

Auch für diesen Dienstvertrag gelten die Bestimmungen des Rahmenkollektivvertrages der Industrieangestellten und finden ebenso die Bestimmungen der Zusatzkollektivverträge der Metallwarenindustrie Anwendung.

Folgende Vertragspunkte werden aufgelistet:

„IV. Entlohnung

Auf das Dienstverhältnis gelangen die Regelungen des Rahmenkollektivvertrages, Zusatzkollektivverträge für Angestellte der Maschinen- und Metallindustrie (in der Folge nur noch als „Angestellten-KV“ bezeichnet) in der derzeit gültigen Fassung zur Anwendung.

a) Der Dienstnehmer wird im Hinblick auf seine bekanntgegebenen Vordienstzeiten und Ausbildungen in die Beschäftigungsgruppe E mit 12 Beschäftigungsjahren eingestuft. Das Kollektivvertragliche Mindestgrundgehalt beträgt demgemäß Euro 2.521,7 brutto je Monat.