

1. Die Novelle zum AZG und ARG

1.1. Erweiterungen zu den Ausnahmekatalogen des AZG und ARG

Zur bisherigen Rechtslage

Hinsichtlich Führungskräften haben das AZG (im § 1 Abs 2 Z 8 und im § 19b Abs 3 Z 3) und das ARG (im § 1 Abs 2 Z 5) bis 31.8.2018 jeweils folgende Ausnahme vom Anwendungsbereich vorgesehen:

„Leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind“.

Eine entsprechende Ausnahmebestimmung sieht auch der § 1 Abs 3 KA-AZG vor. Diese Bestimmung wurde nicht geändert. Die vorgenannte Ausnahme von der Anwendbarkeit des AZG und ARG bewirkt insbesondere, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Höchstgrenzen der Arbeitszeit, Ruhepausen, Überstundenarbeit, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Aufzeichnungspflichten, Wochenend- und Wochenruhe, Ersatzruhe und Rufbereitschaft nicht anzuwenden sind. Ausgenommene AN können beispielsweise auch an 7 Tagen in der Woche im Rahmen eines Arbeitsvertrages Arbeitsleistungen ohne tägliche Höchstgrenzen und ohne Aufzeichnungen verrichten. Ein Anspruch auf Überstundenentlohnung für ausgenommene AN ist nur dann gegeben, wenn der anzuwendende KV oder der Arbeitsvertrag dies vorsieht (siehe 1.1.3).¹

Der Begriff des „leitenden Angestellten“ ist insbesondere auch im ArbVG von Bedeutung. Den Bestimmungen dieses Gesetzes unterliegen nur AN iSd § 36 ArbVG. Nach § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG sind leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht, von der Anwendung dieses Gesetzes ausgenommen. Diese Gruppe von AN kann daher die im ArbVG vorgesehenen Rechte nicht wahrnehmen und der BR hat keine Vertretungsbefugnis bezüglich dieser Personengruppe.

Vor einer Kündigung eines leitenden Angestellten ist daher keine Verständigung des BR erforderlich und die Kündigung kann nicht wegen Sozialwidrigkeit oder eines verpönten Motivs nach § 105 ArbVG angefochten werden.

Die arbeitszeitrechtliche Ausnahmeregelung (in der mit 31.8.2018 außer Kraft getretenen Fassung) ist weiter zu verstehen als die betriebsverfassungsrechtliche Definition nach § 36 ArbVG. Der Grund für die Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung ist die gegenüber den übrigen AN erheblich abweichende Interessenlage dieser Personengruppe.² Die arbeitszeitrechtlichen Ausnahmen sind hingegen darin begründet, dass der Aufgabenbereich leitender Angestellter eine Bindung an fixe Arbeitszeitgrenzen und an die Arbeitszeitverteilung des AZG (ARG, KA-AZG) kaum zulässt, sich diese AN ihre Arbeitszeit weitgehend selbst einteilen können und für gewöhnlich ein überdurchschnittliches Entgelt beziehen³ sowie die Erfüllung von Führungsaufgaben auch ein größeres Ausmaß an Flexibilität und Umfang der Arbeitsleistung erfordert (die Begriffe des „leitenden Angestellten“ im Arbeitszeitrecht bzw im Betriebsverfassungsrecht sind daher schon auf Grund der unterschiedlichen Funktionen und Definitionen zu trennen).

Zumindest unter den „Autonomie“-Entscheidungs- und Verantwortungsaspekten kommen die ausgenommenen leitenden Angestellten der selbständigen Erwerbstätigkeit sehr nahe und bedürfen daher des sozialen Schutzes durch arbeitszeitrechtliche Bestimmungen wesentlich weniger.⁴ Auf diesen Aspekt der geminderten Schutzbedürftigkeit stellt auch der OGH ab.⁵

¹ OGH 20.1.2012, 8 ObA 4/12i.

² ZB OGH 6.4.1994, 9 ObA 93/94.

³ VwGH 26.9.2013, 2013/11/0116.

⁴ Schrank, Arbeitszeit Kommentar⁴, § 1 AZG, Erl 42.

⁵ OGH 8.9.1993, 9 ObA 146/93, Arb 11.109.

Somit beruht die arbeitszeitrechtliche Sonderstellung des leitenden Angestellten auf dem wesentlich geringeren Bedarf an Schutz vor Überlastung, weil dieser Personenkreis seine Arbeitszeit weitgehend selbst einteilen kann. Der leitende Angestellte nach § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG steht hingegen hinsichtlich seiner Interessenssphäre auf der Seite des AG, weil ihm wesentliche AG-Funktionen zukommen. Diese AG-Befugnisse des leitenden Angestellten beziehen sich vor allem auf den personellen Bereich und insbesondere daraus ergibt sich der Interessengegensatz zu den AN iSd § 36 ArbVG.⁶

Völlige Weisungsfreiheit ist hingegen nicht erforderlich und kann mit Rücksicht auf die aus der Sicht des Arbeitsvertragsrechts gegebene AN-Eigenschaft auch des leitenden Angestellten nicht vorausgesetzt werden.⁷

Da der Begriff des leitenden Angestellten nach ArbVG enger ist und eine andere Funktion hat, kann ein AN leitender Angestellter iSd AZG und ARG sein, obwohl ihm die Stellung eines leitenden Angestellten im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn nicht zukommt.⁸

Auch aus den Gesetzesmaterialien zum bisherigen § 1 Abs 2 Z 8 AZG⁹ geht hervor, dass der arbeitszeitrechtliche Begriff des leitenden Angestellten weiter sein soll als im Betriebsverfassungsrecht (oder auch im § 10 Abs 2 Z 2 Arbeiterkammergesetz). Allerdings vermerkt der Ausschussbericht, dass „keinesfalls das dem Gesetz zu Grunde liegende Schutzprinzip vernachlässigt werden darf. Kein leitender Angestellter, sondern voll unter dem Schutz dieses Gesetzes stehend sind daher zB ein Abteilungsleiter, der einem Hauptabteilungsleiter unterstellt ist, ein Werkmeister, ein Mitprokurist, der weder auf betriebstechnischem, kaufmännischem oder administrativem Gebiet maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen erhalten hat.“

Besondere Aspekte und Beispiele für leitende Angestellte iSd Arbeitszeitrechts

Beispielsweise wurde ein Kinderfacharzt, der (wie ein Primar) mit der eigenverantwortlichen und selbständigen Leitung einer Fachabteilung betraut war und somit maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich zu besorgen hatte, als leitender Angestellter iSd Arbeitszeitrechts qualifiziert.¹⁰ Ebenso eine Leiterin des Rechnungswesens mit einem entsprechend hohen Gehalt und weitgehend freier Arbeitszeiteinteilung.¹¹

Die Kompetenzen eines leitenden Angestellten können auch auf einen Teilbereich beschränkt sein. Selbst Abteilungsleiter können im Hinblick auf ihre Dispositionsbefugnisse im Personalbereich leitende Angestellte sein; die Entscheidungskompetenz eines leitenden Angestellten muss sich nicht notwendigerweise auf den gesamten Unternehmensbereich erstrecken.¹²

Obliegt einem AN die selbständige Führung des Betriebes in allen Belangen nach den Weisungen der Geschäftsleitung, wobei darunter alle Arbeiten wie Einkauf, Abrechnung sowohl schriftlich wie finanziell, Aufsicht über das Lokal und Personal, Arbeits-einteilung der Mitarbeiter usw zu verstehen war, so ist der AN leitender Angestellter (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG) selbst dann, wenn er keine AN aufnehmen, kündigen oder entlassen durfte und auch nicht berechtigt war, Löhne und Gehälter zu vereinbaren.¹³

⁶ ZB OGH 22.12.1993, 9 ObA 273/93, 24.6.2015, 9 ObA 77/15m.

⁷ ZB OGH 17.6.1992, 9 ObA 110/92, 25.4.2018, 9 ObA 35/18i.

⁸ Der Begriff des „leitenden Angestellten“ nach § 23 ArbLG betrifft die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung und hat daher eine andere Funktion wie der leitende Angestellte im Arbeitszeit- oder im Betriebsverfassungsrecht (siehe dazu *Rauch*, Der verantwortliche Beauftragte im Arbeitsrecht, ASoK 2018, 95 ff).

⁹ AB 1463 BlgNR 11. GP.

¹⁰ OGH 6.12.1989, 9 ObA 259/89, 8.10.2003, 9 ObA 110/03x.

¹¹ OGH 16.12.1992, 9 ObA 268/92.

¹² OLG Wien 17.3.2015, 10 Ra 133/14y, *Rauch*, Arbeitsrecht 2016, 32 f.

¹³ OGH 24.2.1988, 9 ObA 2/88, 16.12.1992, 9 ObA 268/92.

Ist ein Unternehmen in 158 Filialen gegliedert, kann die Einflussnahme eines einzelnen Filialleiters auf Bestand und Entwicklung des gesamten Unternehmens nur von marginaler Bedeutung sein. Kommt dazu, dass nach der Stellenbeschreibung der Filialleiter nur in einem eng begrenzten Rahmen disponieren kann und alle wesentlichen Entscheidungen betreffend die Führung der Filiale nicht von ihm getroffen werden können, so kann nicht von einem leitenden Angestellten gesprochen werden, der von den Bestimmungen des AZG ausgenommen wäre.¹⁴

Ein Filialleiter kann nicht nur deswegen als leitender Angestellter qualifiziert werden, weil er zum (verwaltungsstrafrechtlich) verantwortlichen Beauftragten bestellt wurde.¹⁵

Einem Angehörigen der Führungsebene, der fachlich Entscheidungen bei der Planung von Hotelprojekten völlig selbstständig treffen und im jeweiligen Hotel Weisungen erteilen kann, kommen Führungsaufgaben eines leitenden Angestellten zu.¹⁶

Zur neuen Rechtslage

Im Regierungsprogramm 2017 bis 2022 wird ausgeführt, dass das österreichische Arbeitszeitrecht deutlich restriktiver ist, als die europäische Arbeitszeit-RL vorgibt. Daher soll eine Anpassung an die europarechtliche Vorgabe vorgenommen werden (siehe Kapitel „Wirtschaftsstandort und Entbürokratisierung“ bzw. Abschnitt „Arbeitszeitregelungen für Betriebe und Beschäftigte praxisingerecht gestalten“).

In einem weiteren Abschnitt mit dem Titel „Flexibilisierung und Entbürokratisierung des Arbeitszeitgesetzes (Arbeitszeitgesetz, Arbeitsruhegesetz)“ wird ua folgender Punkt angeführt:

„Erweiterung der Ausnahme für leitende Angestellte entsprechend dem EU-Recht: Artikel 17 Abs 1 lit a Arbeitszeit-Richtlinie: Leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis sowie gemäß lit b für Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind.“

Somit sollen die neu formulierten Z 7 und Z 8 zu § 1 Abs 2 AZG (bzw Z 3 und Z 5 zu § 1 Abs 2 ARG) nach dem Regierungsprogramm eine Erweiterung der Ausnahme für leitende Angestellte und einen neuen Ausnahmetatbestand für nahe Angehörige schaffen.

Arbeitszeit-RL der EU

Die Arbeitszeit-RL der EU (RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung) ermöglicht nationale Ausnahmebestimmungen zu arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen für bestimmte Gruppen von AN. Österreich hat bisher in seinen arbeitszeitrechtlichen Regelungen den Begriff der (ausgenommenen) „leitenden Angestellten“ enger definiert als die vorgenannte RL der EU.

Die weitere von dieser RL vorgesehene Ausnahme vom Anwendungsbereich arbeitszeitrechtlicher Regelungen für nahe Angehörige hat Österreich bisher nicht umgesetzt.

Im Artikel 17 Abs 1 lit a und b der erwähnten RL der EU ist Folgendes vorgesehen:

„1. Unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer können die Mitgliedsstaaten von den Artikeln 3 bis 6, 8 und 16 abweichen, 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:

¹⁴ VwGH 28.10.1993, 91/19/0134, ARD 4525/14/94.

¹⁵ VwGH 23.3.1995, 93/18/0243, ARD 4677/15/95.

¹⁶ OLG Wien 26.4.1993, 34 Ra 78/92, ARD 4470/20/93.

- a) Leitende Angestellte oder sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis;
- b) Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind;“

Freie Arbeitszeitgestaltung

Die Ausnahmen für leitende Angestellte sowie sonstige AN iSd § 1 Abs 2 Z 8 AZG und Familienangehörige setzen somit (nach der vorgenannten RL) zunächst voraus, dass die Arbeitszeit (wegen der besonderen Merkmale der Tätigkeit)

- nicht gemessen oder (und)
- nicht im Voraus festgelegt wird oder
- von den AN selbst festgelegt werden kann.

Zu den Kriterien hat der EuGH festgehalten,¹⁷ dass aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, dass diese nur für AN gilt, deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der Natur der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den AN selbst festgelegt werden kann. Daraus ergibt sich, dass die Ausnahmeregelung nicht für AN gilt, deren Arbeitszeit nur zum Teil nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt oder von den AN nur teilweise selbst festgelegt werden kann.

Die Möglichkeit der AN über Umfang und Einteilung ihrer gesamten Arbeitszeit zu entscheiden, ist daher von wesentlicher Bedeutung.

Unter die Ausnahmeregelung fallen daher bestimmte „hochrangige Führungskräfte“,¹⁸ deren gesamte Arbeitszeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird, da sie nicht verpflichtet sind, zu festgesetzten Zeiten am Arbeitsplatz anwesend zu sein, sondern über ihre Arbeitszeiteinteilung selbst entscheiden können.

1.1.1. Ausnahme für leitende Angestellte und bestimmte sonstige AN

Maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage wird die Ausnahme vom Anwendungsbereich nach § 1 Abs 2 Z 8 AZG nicht von der Stellung als „leitender Angestellter“ abhängig gemacht, sondern es werden auch „sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ einbezogen, wenn diesen „maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist“.

Ist also einem AN eine „maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis“ eingeräumt und hat er die Möglichkeit der freien Arbeitszeitgestaltung (iSd vorhergehenden Ausführungen), so ist die Ausnahme von den arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen nach § 1 Abs 2 Z 8 AZG gegeben (es ist also nicht mehr erforderlich, dass der AN jedenfalls ein leitender Angestellter ist, dem „maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind“).

ME muss die selbständige Entscheidungsbefugnis in Bezug auf den gesamten Betrieb maßgeblich sein oder einen Teilbereich betreffen, der für den gesamten Betrieb maßgeblich ist.

Die Abweichung vom Begriff „leitende Angestellte“ soll verdeutlichen, dass die Ausnahme auch für sonstige AN gelten soll, wenn ihnen maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen wird und die Voraussetzungen zur freien Gestaltung der Arbeitszeit vorliegen. Daher ist nunmehr davon auszugehen, dass (im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage) auch die dritte Führungsebene in die Ausnahmeregelung nach § 1

¹⁷ EuGH 7.9.2006, Rs C-484/04, Rn 20.

¹⁸ Amtsblatt der Europäischen Union C 165 vom 24.5.2017, Seite 49.

Abs 2 Z 8 AZG einbezogen werden kann,¹⁹ wenn es sich um hochrangige Führungskräfte mit den gesetzlich vorgesehenen weiten Spielräumen zur Arbeitszeit handelt.

Die maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis ist nicht an die Funktion eines Vorgesetzten gebunden. Hat der Angestellte maßgebliche Entscheidungsbefugnisse auf technischem oder kaufmännischem Gebiet und ist die gegenständliche freie Arbeitszeitgestaltung möglich, so ist die Ausnahmeregelung nach § 1 Abs 2 Z 8 AZG anwendbar.²⁰

„Maßgebliche“ selbständige Entscheidungsbefugnis entspricht nicht der EU-RL

Anzumerken ist, dass § 1 Abs 2 Z 8 AZG auch das Merkmal der „maßgeblichen“ selbständigen Entscheidungsbefugnis enthält, obwohl die Arbeitszeit-RL nur „selbständige Entscheidungsbefugnis“ voraussetzt. Eine Begründung für diese Abweichung von der Arbeitszeit-RL ist den Erläuterungen nicht zu entnehmen. Überdies sind die Erläuterungen auch insofern widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, als sie von „Nichtmessbarkeit“ bzw „Nichtfestlegbarkeit“ der Arbeitszeit als Voraussetzung sprechen. Das entspricht weder dem Wortlaut des Gesetzes noch der Arbeitszeit-RL, welche auf die tatsächliche Messung und Festlegung der Arbeitszeit abstellen. Da überdies Arbeitszeit immer messbar und festlegbar ist, sind die Begriffe „Nichtmessbarkeit“ und „Nichtfestlegbarkeit“ der Arbeitszeit bereits in sich widersprüchlich.

Zum Begriff des „AG“ (dessen nahe Angehörige ausgenommen sind)

Der Gesetzgeber verweist ausdrücklich auf nahe Angehörige des AG. Daher ist zu prüfen, welche Person als AG anzusehen ist bzw wessen Angehörige ausgenommen sind, wenn der AG eine juristische Person bzw eine Personengesellschaft ist.

Das Arbeitszeitrecht enthält keine Definition des Begriffs „AG“. Nach § 51 Abs 1 ASGG sind AG und AN (iSd Bundesgesetzes) alle Personen, die zueinander in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis, in einem Lehr- oder sonstigen Ausbildungsverhältnis stehen oder gestanden sind.

Klar ist, dass ein Einzelunternehmer, der Arbeitsverträge abschließt, als AG anzusehen ist und daher dessen nahe Angehörige, mit denen er Arbeitsverträge abgeschlossen hat, vom AZG und ARG ausgenommen sind (wenn eine freie Arbeitszeitgestaltung angewendet wird).

Schwieriger stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Arbeitsverträge mit einer Gesellschaft vereinbart werden, weil eine Gesellschaft keine nahen Angehörigen hat. Funktionsträgern einer Gesellschaft kann aber AG-Funktion zukommen. Dies gilt etwa für den (voll haftenden) Komplementär einer Kommanditgesellschaft oder einer offenen Gesellschaft.²¹ Daher sind nahe Angehörige der Komplementäre, welche als AN für die Kommanditgesellschaft oder die offene Gesellschaft tätig sind, vom AZG und ARG ausgenommen. Dies gilt auch für nahe Angehörige von Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Für nahe Angehörige der vorgenannten Komplementäre und Gesellschafter kommt auch eine familienhafte Mitarbeit in Frage (siehe 1.1.2).

Mit der Ausnahme für nahe Angehörige sollen vor allem kleinere Betriebe, bei denen Familienmitglieder mit freier Arbeitszeitgestaltung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sind, entlastet werden. ME ist die Ausnahme auch dann zulässig, wenn es um einen Klein- oder Mittelbetrieb geht, der in Form einer GesmbH organisiert ist und nahe Angehörige eines handelsrechtlichen Geschäftsführers, der mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile besitzt, als AN der Gesellschaft tätig sind.

¹⁹ Erläuterungen zum Gesetzesantrag 303/A vom 14.6.2018 (XXVI. GP) zu § 1 Abs 2 Z 8 AZG.

²⁰ Siehe dazu insbesondere OLG Wien 17.3.2015, 10 Ra 133/14y, *Rauch*, Arbeitsrecht 2016, 32.

²¹ *Kuderna*, ASGG², § 51 Erl 2.

Gleitzeit

Wie schon ausgeführt, gilt die neue Ausnahme für leitende Angestellte sowie sonstige AN und Familienangehörige, wenn die Arbeitszeit nicht gemessen oder (und) nicht im Voraus festgelegt wird oder von den AN selbst festgelegt werden kann. Im Fall der Gleitzeit (§ 4b AZG) wird die Arbeitszeit gemessen und ist das durchschnittliche Ausmaß (welches erreicht werden sollte) festgelegt. Die konkrete Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitstag kann aber vom AN innerhalb des Rahmens festgelegt werden. In etlichen Gleitzeitvereinbarungen werden der Festlegung der Arbeitszeit durch den AN enge Grenzen insbesondere durch eine Kernzeit oder auch zu beachtende einzelne fixe Dienstzeiten oder bestimmte einzelne Öffnungszeiten gesetzt. Im Regelfall wird daher nicht davon auszugehen sein, dass ein AN auf Grund einer für ihn geltenden Gleitzeitregelung die freie Arbeitszeitgestaltung iSd § 1 Abs 2 Z 8 AZG erfüllt (abgesehen davon, dass eine maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis vorliegen muss).

1.1.2. Ausnahme für nahe Angehörige

Die gänzliche neue Ausnahme für Familienangehörige setzt zunächst voraus, dass es sich um nahe Angehörige des AG handelt. Dazu zählen laut dem Gesetz Eltern, Kinder, Ehegatten und eingetragene Partner und Lebensgefährten, die seit mindestens 3 Jahren im gemeinsamen Haushalt leben.

Es handelt sich nicht um eine generelle Ausnahme für diese Personen, weil dieser Ausnahmetatbestand weiters voraussetzt, dass die Arbeitszeit nicht gemessen oder (und) nicht im Voraus festgelegt wird oder von den AN selbst festgelegt werden kann (siehe 1.1., Abschnitt „Freie Arbeitszeitgestaltung“).

Dabei ist aber weiters zu berücksichtigen, dass Arbeitsleistungen von nahen Angehörigen auch auf der Grundlage familiärer Beistandspflichten erfolgen können.²² Ist das Familienmitglied nicht an Weisungen gebunden und werden ihm solche auch nicht erteilt, so kann kein Arbeitsverhältnis vorliegen²³ und die Anwendung des AZG und ARG kommt daher jedenfalls nicht in Frage.

Im Zweifel ist bei Tätigkeiten im Rahmen der Familie bzw im Rahmen einer Lebensgemeinschaft von Unentgeltlichkeit auszugehen,²⁴ es sei denn, es wurde ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart.²⁵ Ein Arbeitsverhältnis kann nur dann angenommen werden, wenn dessen Abschluss deutlich zum Ausdruck kommt.²⁶

Ob nun ein Arbeitsverhältnis vereinbart wurde, ist auch anhand des typischen Geschehensablaufes in einem Arbeitsverhältnis zu prüfen. Daher ist zu erheben, ob arbeitsrechtliche Vorgangsweisen gepflogen wurden. Wenn jedoch weder Arbeitszeit- noch Urlaubsaufzeichnungen geführt und Anhaltspunkte für eine Eingliederung in den Betrieb fehlen, so spricht dies jedenfalls gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.²⁷

Ist hingegen von einem Arbeitsverhältnis des nahen Angehörigen des AG auszugehen und eine freie Arbeitszeitgestaltung iSd § 1 Abs 2 Z 7 AZG anzunehmen, so ist das Arbeitsrecht auf das Arbeitsverhältnis mit der Ausnahme des AZG und ARG anzuwenden.

Zu beachten ist aber, dass in einem das Arbeitszeitrecht betreffenden Verwaltungsstrafverfahren das (bewiesene) Argument des AG, dass ein naher Angehöriger im Rahmen der erbrachten Arbeitsleistungen „insgesamt tun konnte, was er wollte“, zwar zur Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens führt, weil diesfalls arbeitsrechtliche Nor-

²² Details siehe *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁷, 162.

²³ ZB OGH 17.3.1999, 9 ObA 8/99p.

²⁴ OGH 17.6.1986, 14 Ob 69/86.

²⁵ OGH 31.5.1983, 4 Ob 53/83, Arb 10.269, OLG Wien 28.4.2005, 8 Ra 33/05i, ARD 5612/6/2005.

²⁶ OGH 6.10.2005, 8 ObA 44/05m.

²⁷ OGH 25.11.1998, 9 ObA 248/98f.