



# Nichtgewerbliche Hausbetreuung

Mag. Dr. Johannes Winkler

Das Hausbesorgergesetz ist auf Arbeitsverhältnisse, die nach dem 30. 6. 2000 abgeschlossen wurden, nicht mehr anzuwenden. Thema dieses Aufsatzes ist ein rechtlicher Kurzüberblick betreffend die Hausbetreuung im Rahmen neuer (ab 1. 7. 2000 abgeschlossener) Arbeitsverhältnisse, freier Dienstverhältnisse (§ 4 Abs. 4 ASVG) und neuer Selbstständigkeit (§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG)

Dieser Aufsatz beruht auf einem Vortrag am 11. 9. 2009 anlässlich der 15. St. Wolfiganger Tage der ARGE Eigenheim.

## 1. Arbeitsverhältnisse ab 1. 7. 2000:

Statt des Hausbesorgergesetzes gilt allgemeines Arbeitsrecht für Arbeiter mit einigen Ausnahmeregelungen.

Eine der wichtigsten Fragen ist die eines Mindestlohnes. Ist der Dienstgeber Mitglied beim Arbeitgeberverein der Bauvereinigungen, dann gilt kein Mindestlohn, auch nicht der neue, bundeseinheitliche Mindestlohntarif für Hausbetreuer. Der OGH hat sich diesbezüglich im Jahr 2005 dem Standpunkt des Verfassers dieses Aufsatzes, der am Verfahren beim Höchstgericht beteiligt war, angeschlossen: Um entsprechend den Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes die Geltung eines Mindestlohnes auszuschließen, reicht nämlich schon die Mitgliedschaft des Arbeitgebers bei einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft aus, auch wenn diese Körperschaft de facto keinen Kollektivvertrag abgeschlossen hat (§ 22 Abs 3 ArbVG). Das Fehlen eines Mindestlohnes für die meisten gemeinnützigen Bauvereinigungen als Arbeitgeber ist ein wesentlicher Unterschied zu Hausbesorgern nach altem Recht, für die Entgeltverordnungen der Landeshauptleute existieren. Die Entlohnung für Hausbetreuer kann somit von Mitgliedern des Arbeitgebervereines der Bauvereinigungen frei vereinbart werden; dasselbe gilt

für Arbeitgeber, die Mitglieder der Wirtschaftskammer oder bei einer bei einem kollektivvertragsfähigen Hausbesitzerverband sind.

Für Entgeltvereinbarungen bedeutsam ist auch die Frage einer Entgelt-Obergrenze in Hinblick auf die Weiterverrechenbarkeit an die Mieter (§§ 21ff MRG). In Hinblick darauf kann der erwähnte Mindestlohntarif zwar eine gewisse Orientierungshilfe bieten, angemessene Aufschläge sind allerdings nach MRG zulässig. Wo die Obergrenze für das weiterverrechenbare angemessene Entgelt anzusetzen ist, kann nicht generell gesagt werden, laut OGH kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an. Dabei sind meines Erachtens auch Kriterien wie die Ausbildung des Hausbetreuers und seine Berufserfahrung zu berücksichtigen, ebenso Entlohnungen in verwandten Branchen, zum Beispiel bei gewerblichen Gebäudereinigern, für die ein Kollektivvertrag gilt. Das, was für Hausbesorger nach „altem“ Recht weiterverrechenbar ist, stellt laut OGH keine Obergrenze für Hausbetreuer nach neuem Recht dar.

Da der im Hausbesorgergesetz enthaltene Tätigkeitskatalog nicht mehr gilt, sind die zu verrichtenden Tätigkeiten im Dienstvertrag genau aufzulisten. Der Arbeitgeber kann sich im Vertrag auch vorbehalten, vorübergehend oder dauernd auch andere als die im Vertrag ausdrücklich angeführten Tätigkeiten zuzuweisen.

Soll der Arbeitnehmer auch Winterdienst, insbesondere Schneeräumung verrichten, so ist dafür aus der Sicht des Arbeitgebers eine spezielle Vertragsklausel sinnvoll, die vorsieht, dass die jeweils gültigen gesetzlichen Verpflichtungen zur Gänze auf den Hausbetreuer übertragen werden. Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und die Judikatur zu § 1315 ABGB führen allerdings dazu, dass im Endergebnis das Haftungsrisiko zwischen Hausbetreuer

und Arbeitgeber aufgeteilt wird. Die gem. § 1159b ABGB gültige Kündigungsfrist von zwei Wochen ist wohl zu kurz und es sollten vertraglich längere Kündigungsfristen vereinbart werden. Während laufender Kündigungsfrist muss ja eine Ersatzlösung für den Ausscheidenden gefunden werden. Der Hausbetreuer darf bei Selbstkündigung keine längere Frist einzuhalten haben als der Arbeitgeber (§ 1159c ABGB).

Die Gründung eines Betriebsrates ist unzulässig, wenn mehrere Häuser (Mietobjekte) ein und desselben Hauseigentümers gemeinsam verwaltet werden und dabei weniger als 20 Hausbesorger und/oder Hausbetreuer beschäftigt werden. Wird diese Anzahl nicht erreicht, ist auch der allgemeine Kündigungsschutz (§§ 105ff ArbVG), nämlich das Recht des Arbeitnehmers (oder Betriebsrates), Kündigungen aus bestimmten Gründen anzufechten, nicht anzuwenden (§§ 107, 134b ArbVG).

Nun zum Arbeitszeitgesetz: Was das Arbeitszeitrecht betrifft, so besteht mangels einschlägiger Rechtsprechung eine große Rechtsunsicherheit. Einhellige Ansicht ist, dass das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht, insbesondere das Verwaltungsstrafrecht, welches vom Arbeitsinspektorat überprüft wird, für Hausbetreuer gem. § 1 Abs 2 Z 5 lit. b AZG nicht zur Anwendung kommt. Einhellige Ansicht ist weiters, dass für diese Arbeitnehmer eine wöchentliche Arbeitszeitgrenze von 50 Stunden (§§ 9 Abs 1, 19 AZG) gilt. Nach herrschender Ansicht soll zusätzlich Abschnitt 6a des AZG, der vertragsrechtliche Bestimmungen beinhaltet, auch für Hausbetreuer gelten. Die herrschende Ansicht läuft darauf hinaus, dass für Mehrarbeitsstunden von teilzeitbeschäftigten Hausbetreuern ein 25prozentiger Zuschlag gelten würde (§ 19d Abs 3a AZG), für vollzeitbeschäftigte Hausbetreuer aber keinerlei Zuschlag für Überstunden:

weder 50%, da § 10 AZG nicht gilt, noch 25%, weil dieser Prozentsatz ausdrücklich Teilzeitbeschäftigten vorbehalten ist. Dieses Ergebnis scheint mir in Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz bedenklich. Meines Erachtens ist folgendes zu berücksichtigen: Weil für Hausbetreuer keine gesetzliche oder durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte Normalarbeitszeit gilt, ist nicht klar definiert, wer im Sinne von § 19d AZG teilzeitbeschäftigt und wer vollzeitbeschäftigt ist. Den Gesetzesmaterialien zufolge war es eindeutiger Wille des Gesetzgebers, dass für Hausbetreuer auch Abschnitt 6a des AZG nicht zur Anwendung kommen solle.

Den Gesetzesmaterialien zufolge sollten nämlich über die 50-Stunden-Höchstgrenze hinausgehende Arbeitszeitregelungen nur kraft Kollektivvertrag oder Dienstvertrag gelten. Grillberger vermutet zu Recht ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers, weil dieser übersehen hat, anlässlich der AZG-Novelle BGBl I 2000/37 die Ausnahme der Hausbetreuer vom gesamten Geltungsbereich des AZG nicht nur in § 1 des Gesetzes, sondern auch in § 19b eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Der in § 19b AZG enthaltene Ausnahmekatalog ist somit entgegen dem Plan des Gesetzgebers unvollständig, es liegt eine „Gesetzeslücke“ vor, die meines Erachtens dahingehend zu schließen ist, dass die für Hausbesorger geltende Ausnahme von der Anwendung des Abschnittes 6a analog auch für Hausbetreuer anzuwenden ist. Somit gelten auch für Hausbetreuer weder gesetzliche Zuschläge für Überstunden, noch für Mehrarbeitsstunden, noch für offene Zeitguthaben bei Beendigung des Dienstverhältnisses. Es müssen auch Lage und Verteilung einer allenfalls vereinbarten Wochenarbeitszeit nicht vereinbart werden.

*Fortsetzung auf Seite 24*

Die Wochenendruhe ist nicht im Arbeitszeitgesetz geregelt, sondern im Arbeitsruhegesetz (§ 3) und dieses gilt auch für Hausbetreuer.

Die Wochenendruhe beträgt mindestens 36 Stunden ab Samstag 13 Uhr. Es gibt jedoch eine Ausnahmereverordnung von der Wochenendruhe und dementsprechend sind insbesondere bestimmte unaufschiebbare Reparaturarbeiten und Schneeräumung während der Wochenendruhe zulässig. Die Wochenendarbeit ist zu bezahlen und zusätzlich ist Zeitausgleich, sogenannte Ersatzruhe (§ 6 ARG) zu gewähren, was im Ergebnis eine Abgeltung der Wochenendarbeit mit 200% bedeutet. Rufbereitschaft darf nur für zwei Wochenenden pro Monat vereinbart werden (§ 6a ARG).

Ein Anspruch auf Dienstwohnung besteht nur wenn ein solcher ausdrücklich vereinbart wird. Für den Fall, dass der Hausbetreuer statt einer Dienstwohnung von seinem Arbeitgeber eine Mietwohnung erhält, sollte man unbedingt die Beendigung des Dienstverhältnisses als wichtigen Grund für die Beendigung des Mietverhältnisses vereinbaren.

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist abhängig von der Dauer des Dienstverhältnisses:

Bei Krankheiten, die nicht auf einem Arbeitsunfall beruhen, gebührt pro Arbeitsjahr zwischen 6 und 12 Wochen volles Entgelt (§ 2 EFZG). Ist dieses Kontingent ausgeschöpft, so gebührt pro Dienstjahr für vier Wochen halbes Entgelt zusätzlich zum Krankengeld, welches von der Gebietskrankenkasse bezahlt wird. Unternehmen, die nicht mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen, können sich 50% der Entgeltfortzahlung von der allgemeinen Unfallversicherungsanstalt erstatten lassen. Das gilt bei Arbeitsunfällen schon ab dem ersten Tag der Dienstverhinderung, bei sonstigen Krankheiten erst ab dem 11. Tag.

Im Unterschied zur alten Rechtslage nach dem Hausbesorgergesetz hat in sämtlichen Fällen der Dienstverhinderung, insbesondere Urlaub, Krankenstand oder Mutterschutz, der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer für eine Vertretung zu sorgen.

Eine in der Praxis häufig vorkommende Frage ist, ob es möglich ist, einen Hausbesorger nach altem Recht in beiderseitigem Einvernehmen nach neuem Recht weiterzubeschäftigen. Dabei kommt es auf den Neuabschluss eines Arbeitsvertrages an. Ein echter „Neuabschluss“ liegt nur vor, wenn das alte Dienstverhältnis beendet wurde. Das kann z. B. auch durch einvernehmliche Auflösung geschehen. In jedem Fall setzt eine solche Beendigung eine vollständige Abwicklung des alten Arbeitsverhältnisses voraus, insbesondere eine Endabrechnung mit aliquoten Sonderzahlungen, Urlaubsersatzleistung und „Abfertigung“.

## **2. Freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 4 ASVG:**

Sozialversicherungsrechtlich wurden die freien Dienstnehmer den echten Dienstnehmern mittlerweile weitgehend gleichgestellt, auch hinsichtlich der Lohnnebenkosten DB-FLAG und Kommunalsteuer erfolgt ab 1. Jänner 2010 eine Gleichstellung. Dadurch werden freie Dienstverhältnisse als Alternative zu Arbeitsverhältnissen weniger attraktiv aus der Sicht des Arbeitgebers. Arbeitsrecht gilt für die freien Dienstnehmer nicht, es gibt also keine bezahlten Urlaube, Krankenstände oder Feiertage. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass einem freien Dienstnehmer auch tatsächlich mehr Freiheiten eingeräumt werden müssen, was für den Dienstgeber reduzierte Eingriffsmöglichkeiten nach sich zieht. Man wird dem freien Dienstnehmer laut Vertrag eine weitgehende Weisungsfreiheit und eine Freiheit bei der Auswahl von Vertretungspersonen zuge-

stehen müssen. Da man nie mit völliger Sicherheit ausschließen kann, dass ein freier Dienstnehmer nach seinem Ausscheiden versucht, arbeitsrechtliche Ansprüche geltend zu machen, sollte man sich als Dienstgeber durch Vereinbarung einer dreimonatigen Verfallsfrist vertraglich absichern.

## **3. Neue Selbstständige gem. § 2 Abs 1 Z 4 GSVG:**

Gegenüber einer selbständigen Tätigkeit mit Gewerbeberechtigung gelten niedrigere Mindestbeitragsgrundlagen in der Sozialversicherung und es fällt keine Kammerumlage an. Bei den „neuen Selbstständigen“ handelt es sich meist um Kleinunternehmer, die im Sinne von Werkverträgen nur sporadisch und nicht gewerblich tätig werden. Werkverträge sind grundsätzlich keine Dauerschuldverhältnisse. Entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs besteht aber die theoretische Möglichkeit, sogenannte „Werkvertragsketten“ für sich laufend wiederholende Tätigkeiten von Hausbetreuern als Rahmenverträge zu vereinbaren, für die das ASVG nicht zur Anwendung kommen soll. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der VwGH eine „neue Selbstständigkeit“ außerhalb des ASVG für eine „klassische“ Hausbetreuer Tätigkeit bislang noch nicht bejaht hat. Es ist daher im Falle einer derartigen Gestaltung mit Schwierigkeiten anlässlich einer Beitragsprüfung zu rechnen.

Zu erwägen wäre eine neue Selbstständigkeit m. E. daher lediglich bei Tätigkeiten, die nicht regelmäßig, sondern unregelmäßig zu wiederholen sind, wenn diese Tätigkeiten nicht nach Stunden, Wochen oder Monaten, sondern nach Pauschalsätzen oder Quadratmetersätzen entlohnt werden. Insbesondere Schneeräumung, Streuung und Rasenmähen scheinen daher – sorgfältige Vertragsgestaltung vorausgesetzt – u. U. für eine „neue Selbstständigkeit“ geeignet.