

Interview mit ao.Univ.-Prof. Dr. Martin Risak
vom Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien

paroli: Könnten Sie zu Beginn einmal erklären, was die Eckpunkte von freien Dienstverträgen, Verwaltungspraktika im Gegensatz zu regulären Anstellungen sind? Wann kann ein Werkvertrag verwendet werden und wann muss ein Anstellungsverhältnis gegeben sein?

Martin Risak: Die wesentliche Ausgangsbasis ist, dass das hohe Schutzniveau, das über die letzten guten hundert Jahre aufgebaut wurde, im wesentlichen nur für Arbeitsverhältnisse gilt. Das bedeutet, dass es eine Bindung an Kollektivverträge gibt mit einem Mindestlohn. Das bedeutet, dass es bezahlten Urlaub gibt und das bedeutet, dass es Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gibt. Und auf der anderen Seite hat die Sozialversicherung immer schon mit einer höheren Belastung für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen am Arbeitsverhältnis angeschlossen. Jetzt hat sich in den letzten 15, 20 Jahren eine Kultur heraus entwickelt, dass man Arbeitskosten gerne massiv senken würde. Eine der Möglichkeiten, die man gesehen hat, ist, dass man aus dem Arbeitsverhältnis rausgeht. Und manchmal geht man gleich den ganzen Schritt und sagt, man gestaltet das so flexibel, dass es eigentlich ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag wird. Und da gibt es dann typischerweise die Probleme.

Sind Sie in Ihrer Arbeit schon einmal mit Scheinanstellungen durch freie Dienstverträge beziehungsweise Kettenverträge durch Verwaltungspraktika im Bund konfrontiert worden?

Risak: Der wesentliche Punkt ist: Der öffentliche Dienst ist besonderes Arbeitsrecht. Die Besonderheit ist, dass es keine Kollektivverträge gibt, dass nicht normales Arbeitsrecht gilt, sondern dass das beim Bund alles über das Vertragsbedienstetengesetz geregelt ist und das ist noch viel starrer. Da gibt es typischerweise noch viel weniger Spielräume, wenn man Flexibilität im Arbeitsverhältnis möchte, weil da die Vertragsfreiheit eingeschränkt ist. Man kann sagen: Eigentlich wäre es ja gar nicht denkbar, dass beim Bund schlechte Arbeitsverhältnisse herrschen. In einem demokratischen Staat mit politischer Kontrolle müsste ja der Staat die Vorbildwirkung haben, was ein guter Arbeitgeber oder eine gute Arbeitgeberin eigentlich so macht. Jetzt gibt es natürlich budgetäre Zwänge und da versucht man natürlich auf unterschiedlichste Art und Weise aus diesem typischen Arbeitsverhältnis irgendwie hinauszukommen. Die klassische Möglichkeit sind diese Befristungen. Wenn man beim Bund beschäftigt ist und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis hat, dann ist die Auflösung sehr schwierig. Dann braucht man Kündigungsgründe und die sind verhältnismäßig eng formuliert. Deshalb gibt es eine gewisse Attraktivität dieser Befristungen und

deswegen sieht auch das Vertragsbedienstetengesetz wieder als Schutz vor, dass man das eigentlich nicht so oft darf. Das erste Mal ist ok, das zweite Mal ist auch noch ok – aber maximal drei Monate – und danach dann nur in Ausnahmefällen und einer dieser wesentlichen Ausnahmefälle ist die Vertretung. Das ist der eine Teil des Ganzen.

Der zweite Teil ist, dass man sagt: Gewisse Dinge sind gar keine Arbeitsverhältnisse und fallen gar nicht darunter. Ein nicht unüblicher Fall waren die Volontariate. Die Verwaltungspraktika, die man entweder gar nicht bezahlt hat oder nur mit einer Entschädigung, weil man sie nicht als Arbeitsverhältnisse angesehen hat. Die sind eingefangen, da gibt es eine zweiseitige Neuerung. Im Wesentlichen kann man bis zu einem Jahr ein Verwaltungspraktikum machen, unbezahlte Praktika und Volontariate sind verboten, aber dieses eine Jahr ist ganz schön lang für ein Praktikum. Und dafür bekommt man nur 50 Prozent dessen, was die Normalen bekommen. Da gibt es eine gewisse Attraktivität natürlich, aus Entgelt-mäßiger Sicht. Sozial sind Praktika immer so ein Problem: Wer kann sich Praktika leisten, wer kann sich Arbeit zu keinem oder zu einem reduzierten Entgelt leisten, insbesondere dann, wenn sie informell Voraussetzung sind für eine dauerhaft Beschäftigung? Das ist klassische soziale Auslese. Wer kann ein Jahr gratis arbeiten damit er dann irgendwie hineinkommt? Wer kann sich's leisten, diese Tätigkeit zu verrichten zum halben Lohn? Typischerweise gibt es dann noch die nächste Form, dass man sagt: „Das sind gar keine Arbeitsverhältnisse“, also nicht einmal Praktika. Sondern das ist irgendetwas anderes, einen andere Leistung.

Damit kommt man auf freie Dienstverträge?

Risak: Freie Dienstverhältnisse, Werkverträge – Aber welcher Vertrag vorliegt, das hängt nicht davon ab, wie man ihn bezeichnet, sondern es hängt davon ab, was tatsächlich zu machen ist. Wenn ich in einem Arbeitsverhältnis arbeite und mein Arbeitgeber sagt: „Das ist keine Arbeitsverhältnis, sondern das ist ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag“, ist es trotzdem ein Arbeitsverhältnis. Der wesentliche Unterschied ist der: Im Arbeitsverhältnis arbeitet man in persönliche Abhängigkeit. Man bekommt persönliche Weisungen, man muss in dieser fremden Organisation arbeiten. Immer dann, wenn das der Fall ist, ist das ein Arbeitsverhältnis mit vollem Schutzniveau. Immer dann, wenn diese Freiheit nicht ganz aufgegeben ist, dann ist es ein freies Dienstverhältnis. Und das ist genau der Spielraum, den ich habe.

Wenn man sich die Erhebungen ansieht, die wir durchgeführt haben, sind das teilweise schon sehr hohe Zahlen an freien Dienstnehmern beziehungsweise Verwaltungspraktikanten in den Ministerien. Wenn Sie sich das von den Zahlen her ansehen, kann das schon ein Problem sein?

Risak: Jetzt geht es um eine ganz grundsätzliche Frage. Die Frage ist: Wie sieht man einen Idealzustand in einer Arbeitsverteilung an? Sagt man: „Flexibilität ist eigentlich etwas, das diesen Idealzustand nicht schmälert und ArbeitnehmerInnen sollen flexibel sein und viele Dinge ausprobieren“? „Am Anfang sind sie noch nicht so qualifiziert und wertvoll und sollen deshalb weniger verdienen.“ Wenn man dem nahesteht, dann würde man sagen: „Na, das ist eh ganz klar. Ein Praktikant soll weniger verdienen als jemand, der schon völlig qualifiziert ist.“ Wir differenzieren ja zwei Gruppen: Die einen kommen sofort in die volle, gute Beschäftigung hinein und die anderen, die müssen letztendlich vorher diese Ehrenrunde machen. Die Frage ist: Wie freiwillig ist die Ehrenrunde wirklich? Da geht es auch um informelle Auswahlprozesse. Ist ein Verwaltungspraktikum für eine Aufnahme in den regulären Dienst eine wesentliche Voraussetzung? Wenn sie das ist, dann bedeutet das, dass man vorher mit reduziertem Lohn arbeiten muss. Und wenn das passiert, dann ist das ganz klar auch eine soziale Auslese, weil sich nicht alle Leute das leisten können, zu reduziertem Lohn zu arbeiten.

Ein Thema ist der Aufnahmestopp, sind diese freien Dienstverträge oder Verwaltungspraktika eine Möglichkeit, das zu Umgehen?

Risak: Man sieht ja, dass der Aufnahmestopp offensichtlich eine politische Botschaft ist, die man nach außen hin aussenden will und dass er nicht durchzuhalten ist. Ich würde gar nicht sagen „umgehen“, der Aufnahmestopp ist halt offensichtlich nichts praktikables. Es ist offensichtlich nicht möglich, durch natürliches Schrumpfen das Ganze einzuschränken. Sie haben Staatsfunktionen, die müssen erbracht werden und wenn Sie keine neuen Personen aufnehmen, dann steigt die Arbeitslast der Personen, die da sind. Ob das so gut ist, ist die Frage.

Im Verteidigungsministerium werden 162 Personen als freie Dienstnehmer genannt. Wie würden Sie diese hohe Zahl erklären?

Risak: Ich weiß jetzt nicht, wie hoch der Personalstand des Landesverteidigungsministerium grundsätzlich ist, ich glaube, der ist ziemlich hoch. Das ist eines mit dem höchsten Personalstand, wenn ich das richtig im Kopf habe. Wenn man es sich prozentuell anschaut: 162 Personen sind verhältnismäßig viel, man müsste sich halt fragen, was die tun. Typischerweise ist es ja nicht so, dass die wie die Gießkanne quer gestreut sind, sondern dass es ganz bestimmte Tätigkeiten gibt, die man mit den freien Dienstnehmerinnen und Dienstnehmern macht. Das bedeutet auch nicht, dass das ein ganz besonders böses Ministerium sein muss. Das kann einfach auch eines sein, das

vielleicht sogar ehrlich ist und dass diese Tätigkeit dann nicht nur im Dienstleistungsvertrag auf irgendeine GmbH ausgelagert hat, sondern dass die die unmittelbar anstellen. Persönlich würde ich sagen: Wenn das viele sind, dann zeigt das nur: Da gibt es irgendeinen Grund dafür, dass man die anstellt. Das kann sein: Der Aufnahmestopp funktioniert halt schlicht und einfach nicht, weil ich die Leistungen brauche. Und ich gehe grundsätzlich davon aus, dass Ministerien nicht sinnlose Leistungen erbringen, sondern dass diese Tätigkeiten in irgendeiner Art und Weise durch eine Staatsaufgabe eine Rechtfertigung haben. Und dann ist die Frage, wie man diese Staatsaufgabe erbringt. Idealerweise in meiner Welt natürlich durch angestellte Arbeitsverträge, die stabil sind und aus denen die Leute ein Entgelt beziehen, von dem sie leben können.

Das hier ist ein freier Dienstvertrag von einem Betroffenen. Was sagen Sie dazu?

Risak: Genau. Da haben wir halt so einen Klassiker drinnen. Es wird die Tätigkeit umschrieben und dann steht: „Der Auftragnehmer oder die Auftragnehmerin unterliegt, soweit es nicht durch die Natur des Auftrages vorgegeben ist, bei der Erfüllung des Vertrages, Durchführung der von ihr übernommenen Tätigkeit hinsichtlich Zeiteinteilung, Gestaltung des Tätigkeitsablaufs, keinen Weisungen.“ Das ist so der Klassiker. Dann hat man das Nächste dabei, man muss es nicht selber machen, man kann auch Vertreter oder Gehilfen verwenden. Das ist halt nicht diese persönliche Eingliederung, sondern man kann auch den Freund oder den Bruder oder sonst irgendwen schicken.

Wie würde das aussehen, wenn das so gelebt wird - „keine Weisungsgebundenheit“. Ich bin als freier Dienstnehmer in einem Ministerium oder irgendwo sonst im Bund beschäftigt und bin nicht weisungsgebunden. An was für Punkten kann man das festmachen?

Risak: Ja, ob ich in der Früh dort erscheinen muss, ist zum Beispiel einer dieser Fälle, ob ich die Arbeit in einem Büro, das mir vom Ministerium zu Verfügung gestellt wird, erbringen muss, oder ob ich es von zu Hause aus machen kann. Und ob ich mich entscheiden kann: Ich will heute einmal ein paar Stunden länger schlafen und mach das in der Nacht. Dann haben Sie da so einen kleinen Einschub drinnen und das ist die Natur des Auftrages. Das ist eine Person, die soll irgendetwas koordinieren. Für die Koordination aus der Natur des Auftrages ergibt sich, dass Sie hier und da einmal an Besprechungen teilnehmen müssen. Und da die irgendetwas europäisches koordinieren soll, ergibt es sich auch, dass die auch hier und da einmal nach Brüssel fahren muss und dort an irgendwelchen Besprechungen, Tagungen, Konferenzen – was auch immer – teilnehmen muss. Das sind die aus der Natur des Auftrages vorgegebenen. Aber alles, was nicht aus der Natur des Auftrages kommt ist frei und was interessant ist: Sie können auch geeignete Vertreter dorthin

schicken. Und das ist so einer der Knackpunkte daran. Typischerweise nimmt man eine Person, weil sie etwas kann, auch im freien Dienstvertrag. Und jetzt ist halt die Frage, ob ich meine Schwester dorthin schicken kann. Und sagen kann: Das ist jetzt gerade keine interessante Besprechung, da muss man eh nur zuhören, da soll die sich da reinsetzen. Oder ich frage eine Kollegin oder was auch immer. Und da sieht man dann, ob es so gelebt werden soll. Das ist nämlich der wesentliche Punkt. Wenn das eine Person ist, wo man sagt: „Der Herr Risak soll aber um acht Uhr mit allen anderen anfangen, weil das ist mir wichtig und der soll den ganzen Tag da sein und außerdem: Der hat mir schon zu oft Vertreter oder Vertreterinnen geschickt, ich hätte jetzt gerne, dass er wieder selber kommt.“ Und da merkt man dann, wie ernst gemeint es ist.

Hier steht ja: „die Natur des Auftrags, wenn es dadurch vorgegeben ist, dass die Person anwesend ist“ - dann muss sie eben anwesend sein, aber diese Natur des Auftrages, wie weit lässt sich die ausdehnen?

Risak: Das ist eines der schwierigen Probleme. Diese „Natur des Auftrages“ kommt aus einem freien Dienstvertrag, der war am Anfang kein Standardverhältnis. Und man hat das erst ziemlich spät so verdichtet, dass es ein Phänomen war, das sich über die ganze Arbeitswelt gezogen hat. So wie Flexibilisierung, das war am Anfang kein Thema. Am Anfang wollte man keine flexiblen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen haben, da wollten Sie die Leute in der Fabrik haben. Jetzt gibt es eine andere Gesellschaft, die macht andere Sachen, gerade die Wissensarbeiter und -arbeiterinnen, die qualifiziertere Dienstleistungen machen, die nicht ortsgebunden sind, bei denen ist es halt schwieriger. Denen kann man mehr Freiheit einräumen und da hat es jetzt begonnen, dass man sich überlegt hat: Wieviel Freiheit kann es sein, wieviel ist noch im Arbeitsverhältnis drinnen?

Was war denn ursprünglich die Idee beim freien Dienstvertrag?

Risak: Man hat ein Vertragsverhältnis, das dem freien Dienstnehmer größere Freiheit bietet. Der hat freie Zeiteinteilung im Wesentlichen, freie Ablaufplanung, der ist halt nicht so eingegliedert in eine betriebliche Organisation und das wird erst dann interessant, wo jemand Dienstleistungen massenhaft anbietet, die das zulassen. Und das ist gerade eben nicht der Verkauf zum Beispiel, der ist Ort- und Zeitgebunden, sondern es sind im Wesentlichen Wissensdienstleistungen, qualifizierte Dienstleistungen in weiten Bereichen. Die sind halt ein prägendes Phänomen erst im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts geworden. Da haben wir auch diese Forderung nach erhöhter Flexibilität natürlich. Wenn die EU zum Beispiel derzeit von flexiblen Arbeitsverhältnissen redet, dann denkt sie natürlich nicht an die Fabriken, wo die ArbeiterInnen kommen und gehen können wann sie

wollen. Sondern die denkt natürlich daran, dass das Arbeitsverhältnis leicht beendbar ist. Dass der Arbeitgeber einen hohen Durchgriff hat über die Zeiteinteilung und dass die nicht fix vorgegeben ist. Da sehen Sie: Das ist alles im Interesse des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin und diese Durchgriffe, die führen dazu, dass es halt wieder das echte Arbeitsverhältnis ist. Und es gibt viele Tätigkeiten, für die brauchen Sie den Durchgriff. Sie können keinen Parteienverkehr in einer Behörde organisieren, wo die Personen kommen und gehen wann sie wollen, sondern das muss vorhersehbar sein, das muss kontrollierbar sein, weil es gibt Weisungsdurchgriffe nicht nur inhaltlich sondern auch wie es gemacht wird. Und das ist nicht auslagerbar, es gibt halt Tätigkeiten, die funktionieren halt so nicht.

Wir haben ja auch einige Einzelfallbeschreibungen von Leuten, die sich bei uns rückgemeldet haben. Hier haben wir zwei freie Dienstnehmer, der eine in der Bürgerservicestelle, die andere hat es nicht genau definiert, aber auf jeden Fall wird da schon angegeben, dass es feste Dienstpläne gibt, einen fixen Arbeitsplatz mit Festnetztelefon. Was würden Sie dazu sagen?

Risak: Das schaut schon ein bisschen stark so aus, als ob es ein echtes Arbeitsverhältnis wäre. Da haben Sie hinsichtlich des Arbeitsortes keine Wahl, Sie haben hinsichtlich der Arbeitszeiteinteilung keine Wahl und das einzige, was Sie jetzt sagen könnten, ist: „Aber das ist alles durch die Natur der Sache vorgegeben.“ Weil wenn ich natürlich telefonische Auskünfte machen muss auf einer Hotline, bedingt das die Natur der Sache, dass ich an dieser Hotline wo sitzen muss. Dann würde man aber sagen: Die Natur der Sache ist nicht das Ass, das alles sticht.

Da ist ja jetzt zum Beispiel die Stelle, die ich markiert habe: fixe Dienstpläne, Anweisungen der BKA-Abteilung, fixe Büroräume und das Thema Vertretung.

Risak: Genau, aber da wird gesagt, dass nicht einmal intern die Leute hin und hergeschoben werden konnten, weil sie so spezialisiert eingeschult waren, dass sie halt diesen Telefonservice für die BürgerInnen da machen.

Grundsätzlich sind die Argumente also nicht so stark?

Risak: Also auf den ersten Blick wirkt es nicht unbedingt wie der typische freie Dienstvertrag, wenn man es so vorsichtig formuliert.

Hier ist noch ein Fall eines freien Dienstnehmers, der uns auch einen Bericht zugesandt hat.

Risak: Das ist recht schön. Das wäre: täglich im Büro erscheinen, Kernarbeitszeiten beachten, Diensttelefon, Handy, Büro mit Türschild, Emailadresse, im Organigramm geführt. Das wirkt zumindest auf den ersten Blick für mich so, als ob das eine Person ist, die im Rahmen dieser Organisation mit wenig Freiräumen das Ganze macht. Und dann wirkt sie so wie ein echter Dienstnehmer oder eine echte Vertragsbedienstete.

Dann sind es diese beiden, die jetzt Verwaltungspraktikanten sind. Da gibt es jetzt mehrere Probleme. Vielleicht können Sie das einfach einmal sagen, was da für Sie die Problempunkte sind.

Risak: Also für mich der Kernproblempunkt an dem Ganzen ist die 50-prozentige Bezahlung. Das sind Personen, die höchstwahrscheinlich genau dieselbe Tätigkeit verrichten wie jemand, der nach dem Studium dort zu arbeiten anfängt. Die sollen ja auch praktische eingesetzt werden und deren Interesse ist ja auch, die richtige Tätigkeit zu machen und nicht nur daneben zu sitzen und ein Jahr lang zuzuschauen, also zwölf Monate. Das ist nicht wenig und ich habe gehört, es gibt Ministerien, die stellen nur für zwölf Monate ein. Sie bekommen kein kürzeres Verwaltungspraktikum. Das ist ja auch schon gewisses Indiz dafür, dass das halt eine günstigere Arbeitskraft ist. Und das ist halt die Problematik dabei: Das geringe Entgelt ist aus meiner Sicht nach das problematischste daran. 50 Prozent – woanders würden Sie sagen: „Das ist klassisches Lohndumping.“

Wenn man jetzt von diesem ersten Punkt weitergeht: Das ist eine Praktikantin, die sagt, es geht da von Küche putzen über Privatkram erledigen lassen bis hin zu Dokumente schreiben lassen. Das fällt dann wieder in den Dienstbereich. Aber Küche putzen lassen und Privatkram erledigen lassen kann man nicht wirklich als Verwaltungspraktikum sehen.

Risak: Also persönlich würde ich sagen, das ist keine zweckentsprechende Verwendung. Im Gesetz steht: Entsprechende praktische Tätigkeit. Ich sehe nicht, dass eine Küche putzen eine praktische Tätigkeit ist. Punkt. Und „Privatkram erledigen“ ist höchstwahrscheinlich irgendetwas, das am Amtsmissbrauch schon dahinschrammt. Dass sie öffentliche Bedienstete, die vom Staat, in Wirklichkeit von den Bürgern bezahlt werden, dazu verwenden, ihre privaten Dinge zu erledigen. Da ist es egal, ob es eine Verwaltungspraktikantin ist oder eine regulär beschäftigte Vertragsbedienstete. Das geht gar nicht. Dafür bezahlt der Staat MitarbeiterInnen nicht, dass sie für Ihre Dienstvorgesehenen Privatkram erledigen.

Wenn wir jetzt wieder ein bisschen zurück gehen: Wenn sich diese freien Dienstnehmer ungerecht

behandelt fühlen und etwas daran ändern wollen, wo müssen die denn hingehen, wer ist denn für die zuständig?

Risak: Am allerbesten ist natürlich die Gewerkschaft. Ihre Anlaufstelle ist einerseits die Interessensvertretung, andererseits gibt es dort Personalvertretungen. Da ist immer die Frage, wie die politische Dynamik dort wirkt, ob die sich nicht als VertreterInnen des Stammpersonals sehen. Das ist problematisch. Aber diese Problematik ist eben so eine Insider/Outsider Geschichte: Als Vertreter von wem sieht sich die Gewerkschaft? Das wäre wirklich interessant, wie die Gewerkschaft das einsetzt. Weil die ist verhältnismäßig still dazu, das muss man nämlich schon sagen. Und rechtlich ist es natürlich das Gericht.

Haben Sie auch den Eindruck – das ist nämlich bei uns während der Recherche entgegengekommen ist – dass manche dieser Personen nicht wirklich ein Interesse haben, diese Arbeitsumstände zu bekritteln, weil sie selbst vielleicht schon ein bisschen Angst haben?

Risak: Das ist ein grundsätzliches Problem der Rechtsdurchsetzung. Das Problem ist natürlich immer: Wenn Sie Probleme machen und den geordneten Lauf der Dinge stören – Es gibt keine Verpflichtung, Sie zu übernehmen, Sie sind ohnehin schon prekär und irgendwie schon ein Outsider letztendlich und wie kommen Sie wieder hinein?

Sie können sich also schon vorstellen, dass die Leute den Gang zum Arbeitsgericht scheuen...

Risak: Weil sie hoffen, dass sie in ein paar Jahren eine ordentliche Anstellung bekommen zum Beispiel. Das, was im Verwaltungspraktikum passiert, ist im Gesetz so niedergeschrieben, das ist eine Ausnahmerebestimmung, da gibt es nur 50 Prozent Entgelt dafür und so ist es. Das ist eine politische Entscheidung. Die kann man nur politisch ändern, die kann man diskutieren. Dann kann man die Beamtenministerin unter Druck setzen und sagen: „Übrigens, wie passt das zusammen mit sozialdemokratischen Überlegungen, dass man jemand für die Hälfte des Geldes arbeiten lässt ein Jahr lang.“ Und das informell – ich weiß es nicht, aber wenn dem so wäre – eine Voraussetzung ist, damit man in die ordentliche Beschäftigung kommt. Dass man sich quasi einkaufen muss durch ein Jahr lang halben Lohnverzicht. Würde nicht zusammen passen aus meiner Sicht. Vielleicht sagt sie dann: „Das war ja schon der erste Schritt zu einer Verbesserung, zuerst hat man gar nichts dafür bekommen. Und jetzt haben wir den ersten Schritt und wir haben so einen schwierigen Partner und das haben wir dem schon abringen müssen. Und der nächste Schritt – Sie werden verstehen - ist nicht auf unserer Prioritätenliste, jetzt müssen wir erst einmal die Jugendarbeitslosigkeit

bekämpfen. Und 50 Prozent sind besser als gar nichts.“ Ist ein pragmatisches Argument.