



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

## Beschäftigungsverhältnisse mit besonderer Zweckbestimmung

Die arbeits-, sozial- und unionsrechtliche Stellung von Dienstleistenden  
am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt

Verfasser

Mag. iur. Thomas Kreiter, BA

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn



*In Dankbarkeit meinen Eltern gewidmet.*



## VORWORT

Die Frage nach der rechtlichen Behandlung von Beschäftigungsverhältnissen im geschützten Sektor ist Gegenstand intensiver Diskussionen. Dabei geht es um nichts Geringeres als um die Rechtsstellung von Personen, die aus persönlichen Gründen, zB wegen Krankheit, Behinderung oder Sucht, nicht am regulären Erwerbsleben teilnehmen können. Sie bedürfen besonderer Unterstützung, wie sie etwa in geschützten Werkstätten geleistet wird. Kurzum, es geht um die rechtliche Stellung der Schwächsten in der Arbeitswelt. Hierbei handelt es sich um ein juristisches Problem, das wie kaum ein anderes sozialpolitisch dimensioniert ist. Es im Rahmen einer Dissertation kritisch zu beleuchten, ist mir ein persönliches Anliegen.

Zuvor möchte ich die Gelegenheit wahrnehmen, um jenen zu danken, die zur Erstellung dieser Arbeit beigetragen haben. Meinem Betreuer, *Herrn Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn* bin ich zu besonderem Dank verpflichtet. Mit seinen wertvollen Ratschlägen und seiner Diskussionsbereitschaft war er mir während des gesamten Doktoratsstudiums eine Stütze. Danken möchte ich ferner *Herrn RAA Mag. Stefan Schön*. Er hat diese Arbeit aus der Sicht eines Praktikers betrachtet und mit seinen Anregungen zur besseren Strukturierung und sprachlichen Schärfung beigetragen.

Für die Beurteilung meiner wissenschaftlichen Arbeit habe ich den Begutachtern, *Frau ao. Univ. Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz* und *Herrn Prof. Dr. Christoph Kietaibl*, herzlich zu danken. Dank gebührt außerdem meinem Freund und Studienkollegen, *Herrn Univ. Ass. Mag. Philipp Fidler*. Er hat mich vom ersten Semester an begleitet. Die gemeinsame Planung unseres akademischen und beruflichen Fortschritts hat mein Studium ebenso bereichert, wie die unzähligen fachlichen Diskussionen.

*Thomas Kreiter*  
im Februar 2013

# INHALTSVERZEICHNIS

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN..... | vii |
|----------------------------------|-----|

|                              |   |
|------------------------------|---|
| EINFÜHRUNG IN DAS THEMA..... | 1 |
|------------------------------|---|

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Einleitung .....                                                                                        | 1  |
| 2. Forschungsstand .....                                                                                   | 7  |
| 3. Erkenntnisinteresse und Forschungsfrage .....                                                           | 10 |
| 4. Mögliche Einwände gegen die Urteilsauslegung .....                                                      | 11 |
| 4.1. 9 ObA 105/09w als Billigkeitsentscheidung? .....                                                      | 12 |
| 4.2. Zum Unterbleiben eines Verstärkungsbeschlusses .....                                                  | 15 |
| 4.3. Berücksichtigung des Vertragszwecks nur in speziellen Einrichtungen? .....                            | 17 |
| 4.4. Auch keine untergeordnete Bedeutung des Vertragszwecks? .....                                         | 18 |
| 5. EXKURS: Das austauschfremde Beschäftigungsverhältnis als öffentlich-<br>rechtliche Sonderbeziehung..... | 19 |

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| DAS WESEN DES WIRTSCHAFTLICHEN AUSTAUSCHES ..... | 22 |
|--------------------------------------------------|----|

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| 6. Einleitendes .....                                              | 22 |
| 7. Beurteilungshorizont .....                                      | 22 |
| 7.1. Die Rolle der Beschäftigteninteressen .....                   | 22 |
| 7.2. Die Rolle der Beschäftigterinteressen .....                   | 24 |
| 7.3. Gewichtung der Interessenslagen.....                          | 25 |
| 7.4. Die Beschäftigteninteressen im Ausgangsfall.....              | 25 |
| 8. Prüfungsmaßstab .....                                           | 26 |
| 9. Interessenslage und wirtschaftlicher Austausch.....             | 28 |
| 9.1. Die Interessen des Beschäftigten .....                        | 29 |
| 9.2. Die Interessen des Beschäftigten.....                         | 31 |
| 10. EXKURS: Kein Arbeitsrecht bei unentgeltlichen Verträgen? ..... | 32 |

## SOZIALE UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN

|                |    |
|----------------|----|
| DER THESE..... | 33 |
|----------------|----|

|                        |    |
|------------------------|----|
| 11. Einleitendes ..... | 33 |
|------------------------|----|

|                                                                                              |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 12. Soziale Folgen .....                                                                     | 33     |
| 12.1. Der betroffene Personenkreis .....                                                     | 33     |
| 12.2. Entzug privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten? .....                                 | 34     |
| 12.3. Zusammenfassung .....                                                                  | 35     |
| 13. Auswirkungen auf das Sozialversicherungsrecht .....                                      | 35     |
| 13.1. Das Verhältnis von § 1151 ABGB und § 4 ASVG .....                                      | 36     |
| 13.2. Schutzzweck und Beschäftigungsbegriff .....                                            | 37     |
| 13.2.1. Widerspruch zum Schutzgedanken .....                                                 | 38     |
| 13.2.2. Der Begriff der Beschäftigung .....                                                  | 39     |
| 13.3. Zur notwendigen Entgeltlichkeit der Leistung .....                                     | 40     |
| 13.4. Zusammenfassung .....                                                                  | 42     |
| 14. Die Engerziehung der Arbeitnehmerdefinition als Chance? .....                            | 42     |
| 14.1. Abbau von Gestaltungsschranken in Entgeltfragen .....                                  | 42     |
| 14.2. Entlastung der Betriebe .....                                                          | 46     |
| <br>DIE THESE AUF DEM PRÜFSTAND .....                                                        | <br>47 |
| 15. Einleitendes .....                                                                       | 47     |
| 16. Der Zweckbegriff im Vertragsrecht des ABGB .....                                         | 47     |
| 17. Regelungen über austauschfremde Tätigkeiten .....                                        | 50     |
| 17.1. Besonderer Zweck und betriebsverfassungsrechtlicher<br>Arbeitnehmerbegriff .....       | <br>51 |
| 17.1.1. Regelungsgehalt und Struktur des § 36 ArbVG .....                                    | 51     |
| 17.1.2. Relevanz des § 36 ArbVG für das Arbeitsvertragsrecht .....                           | 52     |
| 17.1.3. Die Ausnahmebestimmungen der Ziffern 4 und 6 .....                                   | 54     |
| 17.1.3.1. Erfasste Personen .....                                                            | 54     |
| 17.1.3.2. Taxative oder deklarative Aufzählung der wirtschaftsfernen<br>Zwecke/Motive? ..... | <br>56 |
| 17.1.3.3. Zum Grad des Überwiegens .....                                                     | 58     |
| 17.1.3.4. Bedeutung der Motive des Beschäftigers im Rahmen der Z 6 .....                     | 60     |
| 17.1.4. Kritik am Regelungskonzept .....                                                     | 61     |
| 17.1.5. § 36 ArbVG auf rehabilitative Tätigkeiten unanwendbar? .....                         | 62     |
| 17.1.6. Der OGH und Rebhahn im Widerspruch zu § 36 ArbVG? .....                              | 63     |

|                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------|----|
| 17.1.7. § 36 ArbVG als Stütze der These? .....                          | 64 |
| 17.2. Die Beschäftigung in Integrativen Betrieben .....                 | 65 |
| 17.2.1. Kollektivvertragliche Entlohnung .....                          | 66 |
| 17.2.2. Sozialversicherungspflicht .....                                | 67 |
| 17.2.3. Zur wirtschaftlich verwertbaren Mindestleistungsfähigkeit ..... | 68 |
| 17.2.3.1. Grad der Leistungsfähigkeit.....                              | 69 |
| 17.2.3.2. Das Mindestleistungserfordernis als Systemwidrigkeit? .....   | 70 |
| 17.2.3.3. Mindestleistungsfähigkeit und Arbeitnehmerbegriff.....        | 70 |
| 17.3. Kombilohn und Wiedereingliederung .....                           | 72 |
| 17.4. Berufliche Rehabilitation und Arbeitswilligkeit .....             | 73 |
| 17.4.1. Transitarbeit als zumutbare Beschäftigung .....                 | 73 |
| 17.4.2. Die Wiedereingliederungsmaßnahmen nach § 9 Abs 1 AIVG .....     | 75 |
| 17.5. Zusammenfassung .....                                             | 75 |
| 18. Die „Dienstleistung für einen anderen“ .....                        | 76 |
| 18.1. Fremdbezogenheit der Tätigkeit.....                               | 76 |
| 18.2. Fremdnützlichkei als Tatbestandsmerkmal? .....                    | 77 |
| 18.2.1. Unklarer Gesetzeswortlaut .....                                 | 77 |
| 18.2.2. Die Gesetzesmaterialien .....                                   | 78 |
| 18.2.3. Der Arbeitsvertrag als Austauschvertrag .....                   | 80 |
| 19. Der Regelungszweck des Arbeitsrechts .....                          | 80 |
| 19.1. Arbeitnehmerschutzfunktion und Erwerbszweck .....                 | 81 |
| 19.2. Ordnungsfunktion und Erwerbszweck .....                           | 83 |
| 19.3. Zusammenfassung .....                                             | 84 |
| <br>GESCHÜTZTE BESCHÄFTIGUNG UND EUROPÄISCHES ARBEITSRECHT ....         | 85 |
| 20. Einleitendes .....                                                  | 85 |
| 21. Austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis und Arbeitnehmer- .....   | 86 |
| freizügigkeit.....                                                      | 86 |
| 21.1. Die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs.....                        | 87 |
| 21.1.1. Überblick.....                                                  | 87 |
| 21.1.2. Unterordnungsverhältnis .....                                   | 88 |
| 21.1.3. Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung.....                        | 90 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 21.1.4. Die wirtschaftliche Dimension des Arbeitnehmerbegriffs .....           | 94  |
| 21.1.5. Wirtschaftliche Unselbständigkeit .....                                | 97  |
| 21.1.6. Tätigkeitsinhalt und Arbeitsbedingungen .....                          | 98  |
| 21.1.7. Produktivität des Dienstleistenden .....                               | 99  |
| 21.1.8. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt .....                         | 100 |
| 21.1.9. Bedeutung des „Tätigkeitszwecks“ .....                                 | 103 |
| 21.1.10. Arbeitspflicht .....                                                  | 104 |
| 21.2. Wirtschaftsferne Tätigkeiten in der Judikatur des EuGH .....             | 106 |
| 21.2.1. EuGH – C-196/87 (Steymann) .....                                       | 106 |
| 21.2.2. EuGH – C-344/87 (Bettray) .....                                        | 108 |
| 21.2.3. EuGH – C-1/97 (Birden) .....                                           | 110 |
| 21.2.4. EuGH – C-456/02 (Trojani) .....                                        | 113 |
| 21.2.5. Aussagekraft der Urteile .....                                         | 115 |
| 21.3. Zusammenfassung .....                                                    | 116 |
| 21.4. Einfluss des unionsrechtlichen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff .. | 116 |
| 22. Sekundäres Unionsrecht und Arbeitnehmerbegriff – Die Sache Danosa .....    | 118 |
| 22.1. Allgemeines .....                                                        | 118 |
| 22.2. Sachverhalt und Entscheidung .....                                       | 119 |
| 22.3. Gibt es nur unionsautonome Arbeitnehmerbegriffe? .....                   | 120 |
| 22.4. Die Folgen des Danosa-Urteils .....                                      | 122 |
| 22.4.1. Das AG-Vorstandsmitglied als Arbeitnehmer .....                        | 123 |
| 22.4.2. Kein Arbeitsrecht bei kurzfristiger und unentgeltlicher Arbeit .....   | 125 |
| 22.4.3. Zwang zur Implementierung systemfremder Vorschriften .....             | 125 |
| 22.5. Gefährdung der Kohärenz des Arbeitsrechtssystems .....                   | 126 |
| 22.6. Zusammenfassung .....                                                    | 127 |

## ARBEITSRECHTLICHE BEHANDLUNG VON AUSTAUSCHFREMDEM

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| VERTRÄGEN .....                                                                 | 128 |
| 23. Einleitendes .....                                                          | 128 |
| 24. Ist das Arbeitsrecht doch in vollem Umfang anwendbar? .....                 | 128 |
| 25. Teleologische Reduktion von Arbeitsrecht .....                              | 130 |
| 26. Arbeitnehmerähnlichkeit und austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis ..... | 131 |

|                                                                      |          |
|----------------------------------------------------------------------|----------|
| 26.1. Prüfung der Arbeitnehmerähnlichkeit .....                      | 132      |
| 26.2. Arbeitnehmerähnliche Person und persönliche Abhängigkeit ..... | 133      |
| 26.3. Wirtschaftliche Schwäche und Nutzenverteilung .....            | 134      |
| 26.4. Arbeitnehmerähnlichkeit: Ein adäquater Schutzstandard?.....    | 135      |
| 27. Erstreckung von Arbeitsrecht .....                               | 136      |
| 27.1. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke .....          | 136      |
| 27.2. Die analogiefähigen Bestimmungen .....                         | 139      |
| 27.2.1. Arbeitsrechtliche Spezialgesetze.....                        | 139      |
| 27.2.2. Nichtschutznormen.....                                       | 141      |
| 27.2.3. Schutznormen.....                                            | 141      |
| 27.2.4. Austauschbezogene Normen.....                                | 143      |
| 27.3. Die Bestimmungen des 26. Hauptstücks .....                     | 144      |
| 28. Zusammenfassung .....                                            | 150      |
| <br>ERGEBNISSE .....                                                 | <br>151  |
| <br>VERZEICHNIS DER LITERATUR.....                                   | <br>xi   |
| <br>VERZEICHNIS DER RECHTSPRECHUNG .....                             | <br>xix  |
| <br>ABSTRACT .....                                                   | <br>xxvi |
| <br>LEBENS LAUF DES VERFASSERS .....                                 | <br>xxix |

## VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

|          |                                                                                                                                                                               |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AA       | anderer Ansicht                                                                                                                                                               |
| ABGB     | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch                                                                                                                                           |
| ABl      | Amtsblatt der Europäischen Union                                                                                                                                              |
| Abs      | Absatz                                                                                                                                                                        |
| aE       | am Ende                                                                                                                                                                       |
| AEUV     | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union                                                                                                                          |
| AG       | Aktiengesellschaft                                                                                                                                                            |
| Alt      | Alternative                                                                                                                                                                   |
| AlVG     | Arbeitslosenversicherungsgesetz                                                                                                                                               |
| AMS      | Arbeitsmarktservice                                                                                                                                                           |
| AMSG     | Arbeitsmarktservicegesetz                                                                                                                                                     |
| AngG     | Angestelltengesetz                                                                                                                                                            |
| Anm      | Anmerkung(en)                                                                                                                                                                 |
| ARB      | Beschluss des Assoziationsrates EWG-Türkei                                                                                                                                    |
| ArbVerfR | Arbeitsverfassungsrecht                                                                                                                                                       |
| ArbVG    | Arbeitsverfassungsgesetz                                                                                                                                                      |
| ARD      | Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis                                                                                                                                          |
| arg      | argumentum                                                                                                                                                                    |
| Art      | Artikel                                                                                                                                                                       |
| ASGG     | Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz                                                                                                                                             |
| ASRÄG    | Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz                                                                                                                                     |
| ASVG     | Allgemeines Sozialversicherungsgesetz                                                                                                                                         |
| AZG      | Arbeitszeitgesetz                                                                                                                                                             |
|          |                                                                                                                                                                               |
| BAG      | deutsches Bundesarbeitsgericht                                                                                                                                                |
| BAGS     | Berufsvereinigung von Arbeitgebern für Gesundheits- und Sozialberufe, nunmehr „Sozialwirtschaft Österreich – Verband der österreichischen Sozial- und Gesundheitsunternehmen“ |
|          |                                                                                                                                                                               |
| BehG     | oberösterreichisches Behindertengesetz                                                                                                                                        |
| BEinstG  | Behinderteneinstellungsgesetz                                                                                                                                                 |
| BGB      | deutsches Bürgerliches Gesetzbuch                                                                                                                                             |
| BGBI     | Bundesgesetzblatt                                                                                                                                                             |
| Blg      | Beilagen                                                                                                                                                                      |
| BMASK    | Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz                                                                                                                  |
| BMSG     | Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz                                                                                                  |
|          |                                                                                                                                                                               |
| BPG      | Betriebspensionsgesetz                                                                                                                                                        |
| BSHG     | deutsches Bundessozialhilfegesetz (2004 außer Kraft getreten)                                                                                                                 |
| bspw     | beispielsweise                                                                                                                                                                |

|       |                                                                   |
|-------|-------------------------------------------------------------------|
| bzw   | beziehungsweise                                                   |
| C     | cour (Europäischer Gerichtshof)                                   |
| ca    | circa                                                             |
| ChG   | oberösterreichisches Chancengleichheitsgesetz                     |
| d     | des                                                               |
| dh    | das heißt                                                         |
| DNHG  | Dienstnehmerhaftpflichtgesetz                                     |
| DRdA  | Das Recht der Arbeit                                              |
| E     | Entscheidung                                                      |
| EG    | Europäische Gemeinschaft                                          |
| EL    | Ergänzungslieferung                                               |
| Erl   | Erläuterung/en                                                    |
| EU    | Europäische Union                                                 |
| EuGH  | Europäischer Gerichtshof                                          |
| EUV   | Vertrag über die Europäische Union                                |
| EuZA  | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht                          |
| EWG   | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft                               |
| EWiR  | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht                               |
| f     | folgende                                                          |
| ff    | und die folgenden                                                 |
| FN    | Fußnote                                                           |
| GA    | Generalanwalt am Europäischen Gerichtshof                         |
| GBP   | Gemeinnütziges Beschäftigungsprojekt                              |
| gem   | gemäß                                                             |
| GIBG  | Gleichbehandlungsgesetz                                           |
| GmbH  | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                             |
| GmbHR | GmbH-Rundschau                                                    |
| GP    | Gesetzgebungsperiode                                              |
| GSVG  | Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz                            |
| GZ    | Geschäftszahl                                                     |
| HH    | Herrenhaus                                                        |
| HHB   | Bericht der Justizkommission des Herrenhauses (Herrenhausbericht) |
| hM    | herrschende Meinung                                               |
| IB    | Integrativer Betrieb                                              |
| idR   | in der Regel                                                      |

|          |                                            |
|----------|--------------------------------------------|
| insb     | insbesondere                               |
| iSd      | im Sinne des/der                           |
| iSe      | im Sinne eines/einer                       |
| iSv      | im Sinne von                               |
| iVm      | in Verbindung mit                          |
| JB       | Juristische Blätter                        |
| KautSchG | Kautionsschutzgesetz                       |
| KollV    | Kollektivvertrag                           |
| krit     | kritisch                                   |
| leg cit  | legis citatae (der zitierten Vorschrift)   |
| Lfg      | Lieferung                                  |
| LG       | Landesgericht                              |
| LGBL     | Landesgesetzblatt                          |
| lit      | litera                                     |
| mAn      | meiner Ansicht nach                        |
| mE       | meines Erachtens                           |
| mN       | mit Nachweisen                             |
| mwN      | mit weiteren Nachweisen                    |
| NR       | Nationalrat                                |
| Nr       | Nummer                                     |
| NZS      | Neue Zeitschrift für Sozialrecht           |
| OGH      | Oberster Gerichtshof                       |
| OGHG     | Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof |
| OLG      | Oberlandesgericht                          |
| ÖAKR     | Österreichisches Archiv für Kirchenrecht   |
| ÖJZ      | Österreichische Juristen-Zeitung           |
| Pkt      | Punkt                                      |
| RdA      | Recht der Arbeit                           |
| RdW      | Österreichisches Recht der Wirtschaft      |
| RL       | Richtlinie der Europäischen Union          |
| Rn       | Randnummer                                 |
| Rs       | Rechtssache                                |
| Rspr     | Rechtsprechung                             |
| RV       | Regierungsvorlage                          |

|           |                                                                |
|-----------|----------------------------------------------------------------|
| Rz        | Randzahl                                                       |
| Sess      | Session                                                        |
| SGB       | deutsches Sozialgesetzbuch                                     |
| sic!      | Hinweis auf Fehler in zitierten Texten                         |
| Slg       | Sammlung                                                       |
| sog       | sogenannte/r/s                                                 |
| SÖB       | Sozialökonomischer Betrieb                                     |
| stRspr    | ständige Rechtsprechung                                        |
| SV        | Sozialversicherung                                             |
| taxlex    | Zeitschrift für Steuer-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht |
| ua        | unter anderem; und andere                                      |
| UrlG      | Urlaubsgesetz                                                  |
| usw       | und so weiter                                                  |
| uU        | unter Umständen                                                |
| WuG       | Wirtschaft und Gesellschaft                                    |
| VersRdsch | Versicherungsrundschau                                         |
| vgl       | vergleiche                                                     |
| VO        | Verordnung der Europäischen Union                              |
| Vor       | Vorbemerkungen                                                 |
| Z         | Ziffer                                                         |
| ZAS       | Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht                       |
| zB        | zum Beispiel                                                   |
| zit       | zitierte/r/s                                                   |

# EINFÜHRUNG IN DAS THEMA

## 1. Einleitung

<sup>1</sup>Die Entscheidung des OGH in der Rechtssache 9 ObA 105/09w zu den kollektivvertraglichen Entgeltansprüchen einer Näherin hat die Frage nach der Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf Verträge über im „geschützten Bereich“ erbrachte Arbeitsleistungen aufgeworfen.<sup>2</sup> Geschützte Arbeitsplätze werden zur Förderung von Personen eingerichtet, die aufgrund physischer oder psychischer Beeinträchtigung, wegen ihres Suchtverhaltens oder wegen langer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt nicht imstande sind, ihren Lebensunterhalt durch reguläre Arbeit zu bestreiten. Durch die Beschäftigung in einem vom allgemeinen Arbeitsmarkt verschiedenen Umfeld soll ihnen die Chance eröffnet werden, in der Gesellschaft wieder Fuß zu fassen. Im geschützten Sektor sind einerseits Personen beschäftigt, die den Leistungsanforderungen des Arbeitsmarktes noch nicht gerecht werden können. Sie bedürfen der Vorbereitung auf das „echte“ Erwerbsleben. Andererseits stehen Personen ohne jede Wiedereingliederungsperspektive im Fokus. Sie können auf keinen Arbeitsplatz mehr vermittelt werden. Die Beschäftigung dient in diesem Fall (nur) der Verbesserung ihrer gesundheitlichen, wirtschaftlichen und sozialen Situation. Geht es um die Arbeit von Personen, die vorübergehend nicht auf einen regulären Arbeitsplatz vermittelt werden können (positive Wiedereingliederungsprognose), ist vom *Zweiten Arbeitsmarkt* die Rede. Dient die Beschäftigung der Förderung von dauerhaft unvermittelbaren Personen (negative Wiedereingliederungsprognose) ist vom *Dritten Arbeitsmarkt* zu sprechen.<sup>3</sup>

Als geschützte Arbeit sollen Tätigkeiten bezeichnet werden, für die die Gesetzmäßigkeiten des „echten“ Erwerbslebens nicht oder nur abgeschwächt gelten. Wer

---

<sup>1</sup> Zuvorderst ist darauf hinzuweisen, dass geschlechterbezogene Begriffe – sofern nicht anders gekennzeichnet – Frauen und Männer in gleicher Weise umfassen. Dass hier stets die männliche Form verwendet wird, dient der besseren Lesbarkeit der Arbeit.

<sup>2</sup> Siehe auch die Vorentscheidungen des LG Ried im Innkreis, 14 Cga 123/07p und des OLG Linz, 12 Ra 5/09f; Ein vergleichbarer Sachverhalt lag der Rechtssache 8 ObA 48/09f zugrunde. Unter Hinweis darauf, dass er alle Rechtsfragen schon in 9 ObA 105/09w erschöpfend behandelt hat, wies der OGH die Revision als unzulässig zurück.

<sup>3</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 526.

unter geschützten Bedingungen tätig ist, ist keinem oder bloß geringem Produktivitätsdruck ausgesetzt – die Leistungsanforderungen sind seinem individuellen Leistungsvermögen angepasst. Psychologische, medizinische und/oder soziale Betreuung dienen als Sonderleistungen seiner allgemeinen Förderung. Die hergestellten Erzeugnisse haben auf dem Markt vielfach keine oder nur geringe Bedeutung.<sup>4</sup> Staatliche Subventionen und private Spenden machen die Beschäftigung unter diesen Umständen erst möglich.<sup>5</sup> Schon die Aufnahme einer geschützten Tätigkeit steht lediglich bestimmten Personen offen. Nur wer im Sinne der Förderleitlinien des Betriebes zur Zielgruppe gehört, wird beschäftigt. Auf die fachliche Qualifikation des Stellenwerbers kommt es idR kaum an. Nicht derjenige wird aufgenommen, der für den Job am besten geeignet ist. Vielmehr wird jener Beschäftigungswerber ausgewählt, für den der Job am besten geeignet ist. Ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Beschäftigten besteht nicht.

Der geschützte Sektor stellt sonach Arbeitsplätze unter Bedingungen bereit, wie sie auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht zu finden sind. Damit ist ein Ersatzarbeitsmarkt<sup>6</sup> geschaffen, der Beschäftigungsverhältnisse umfasst, die einer anderen Logik folgen als das typische, wirtschaftliche Arbeitsverhältnis. Dieses ist von der Erwerbsabsicht des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers und damit von einem Austausch von wirtschaftlich verwertbarer Arbeit gegen ein entsprechendes Entgelt bestimmt. Die fraglichen Beschäftigungsverhältnisse hingegen sind nicht auf ein beiderseitiges Erwerbsziel ausgerichtet, sondern dienen vorwiegend der Förderung des Tätigen. Der Nutzen der Beschäftigung liegt überwiegend oder zur Gänze auf dessen Seite. Es dominiert ein anderer als ein wirtschaftlicher Zweck. Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass unter geschützter Arbeit Tätigkeiten zu verstehen sind, die

---

<sup>4</sup> Firlinger, Begriffe, 39.

<sup>5</sup> Vgl. Rebhahn/Reiner in Schwarze ua, EU-Kommentar<sup>3</sup> Art 153 AEUV Rz 15; Die Subventionierung der Tätigkeit durch öffentliche Mittel (und durch private Spenden) ist ein charakteristisches, aber kein notwendiges Merkmal geschützter Arbeit. Zum Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt gehören auch Tätigkeiten, die sich nicht auf Fördergelder stützen. Entscheidend ist nur, dass auf den Dienstleistenden nicht jene Kräfte einwirken, denen unselbständig Beschäftigte typischerweise ausgesetzt sind.

<sup>6</sup> Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 2.

in einem vom regulären Erwerbsleben abgekoppelten Umfeld verrichtet werden, sich an einem spezifischen Förderungszweck orientieren und deren Aufnahme nur Personen offensteht, die aufgrund persönlicher Leistungsdefizite nicht unter gewöhnlichen Bedingungen beschäftigt werden können.

Nicht selten wird im geschützten Bereich die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit übernommen. Diese ist idR schwächer ausgeprägt als bei Personen, die unter gewöhnlichen Bedingungen beschäftigt sind. Das zeigt der Ausgangsfall. In diesem war die persönliche Abhängigkeit der Klägerin strittig, aber eher zu bejahen. Nach bisheriger Auffassung lag die Klägerin damit voll im Anwendungsbereich des Arbeitsrechts. Alleine das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit entscheidet über die Arbeitnehmereigenschaft. Maßgebend ist nur, wie Arbeit verrichtet wird. Zu welchem Zweck Leistungen erbracht bzw in Anspruch genommen werden, spielt keine Rolle.<sup>7</sup> Jedoch gibt es Fälle, in denen die Anwendung von Arbeitsrecht gerade wegen des Zwecks, den die Parteien mit dem Vertrag verfolgen, unpassend erscheint. Bei Tätigkeiten im geschützten Sektor ist das offensichtlich. Zu prüfen ist daher, ob es in Hinblick auf die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht einen Unterschied macht, von welcher Art der dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegende Zweck ist.

Dazu hat der OGH in der Rechtssache 9 ObA 105/09w Stellung genommen. Dort war ein mildtätiger Verein zur Förderung von psychosozial beeinträchtigten Personen beklagte Partei. Als Träger einer geschützten Werkstätte bot er speziell Frauen therapeutisch begleitete Arbeit an. Den rechtlichen Rahmen hierfür bildete das oberösterreichische BehG.<sup>8</sup> Ziel war die Verbesserung der gesellschaftlichen Stellung der Frauen, sowie eine Verbesserung ihrer Versorgung in medizinischer, psychologischer, sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht. Wie es einer geschützten Werkstätte entspricht, wurden für die Frauen besondere Beschäftigungsbedingungen geschaffen: Der Arbeitsprozess wurde an deren niedrige Leistungsfähigkeit angepasst; Bei mangelhafter Leistung waren keine Konsequenzen zu befürchten; Die Beschäftigten durften frei entscheiden, welche Arbeiten sie verrichten wollten; Die Nichteinhaltung von

---

<sup>7</sup> Pfeil in Schwimann, ABGB V<sup>3</sup> § 1151 Rz 11; Rebhahn in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 56.

<sup>8</sup> LGBI Nr 113/1991 bzw LGBI Nr 63/1997, nunmehr oö ChG, LGBI 41/2008.

(großzügigen) Zeitvorgaben für die Absolvierung einzelner Arbeitsschritte blieb sanktionslos. Parallel zur Arbeit wurde psychosoziale Betreuung angeboten. Dazu stand eine Sozialarbeiterin bis zu 15 Stunden an zwei Wochentagen zur Verfügung.

Die Klägerin war von November 2006 bis Mai 2007 im Betrieb des Beklagten tätig. Ihr schlechter Gesundheitszustand hat eine Vermittlung auf einen regulären Arbeitsplatz nicht erlaubt. Sie sollte dauerhaft in der geschützten Werkstätte arbeiten (Dritter Arbeitsmarkt). Als Näherin war es die Aufgabe der Klägerin, Berufskleidung für Krankenhäuser, Altersheime und Wirtschaftsbetriebe anzufertigen. Für ein monatliches Bruttoentgelt von ca 400€ war sie im Ausmaß von 38 Wochenstunden tätig. Die Klägerin machte geltend, dass das vom Beklagten ausbezahlte Entgelt unangemessen niedrig sei und den guten Sitten widerstreite. Da die Grundlage ihrer Tätigkeit ein Arbeitsvertrag sei, stehe ihr überhaupt die Entlohnung nach den Bestimmungen des BAGS-KollV 2006 zu. Zwar sind jene Beschäftigten gem § 2 lit c von dessen Geltungsbereich ausgenommen, die „in Maßnahmen nach sozialhilfe- bzw behindertenrechtlichen Bestimmungen der Länder beschäftigt [...] [sind]“ oder deren Beschäftigungsverhältnisse „mit der Zielsetzung der (Re)-Integration [...] in den Arbeitsmarkt begründet werden“, doch sei diese Regelung gesetzwidrig. Sie verstoße gegen die diskriminierungsrechtlichen Vorschriften der §§ 7a ff BEinstG und sei folglich unanwendbar. Zudem würden Kollegen in ähnlicher Verwendung sehr wohl nach dem BAGS-KollV entlohnt. Dies stelle eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Der Beklagte sei daher verpflichtet, auch die Klägerin nach Maßgabe der Entgeltvorschriften des BAGS-KollV 2006 zu entlohnen.

Dagegen wandte der Beklagte ein, dass er keinen Wirtschaftsbetrieb führe. Vielmehr handle es sich um ein Arbeitsprojekt, in dessen Zentrum die Beschäftigten als Personen und nicht das Erreichen ökonomischer Ziele stehe. Einen wirtschaftlichen Erfolg strebe er nicht an, die Beschäftigung beruhe auf sozialen Motiven. Die Teilnahme am Projekt sei nur möglich, wenn die oberösterreichische Landesregierung dies befürworte und das Land Oberösterreich die Kosten der Beschäftigung trage – nur etwa 25 bis 40% der für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlichen Mittel könnten durch den Verkauf der erzeugten Waren erwirtschaftet werden. Wird die Kostenübernahme durch das Land eingestellt, ende das Beschäftigungsverhältnis automatisch. Auch die Aufnahme in den Betrieb erfolge nicht nach betriebswirtschaftli-

chen Kriterien. Sie hänge von einer positiven Prüfung der Förderungswürdigkeit ab, in deren Rahmen ua Gutachten über den Gesundheitszustand und über die Unvermittelbarkeit der Person eingeholt werden. Grundlage des Abschlusses des Beschäftigungsvertrages zwischen dem Betriebsinhaber und dem Tätigen sei die bescheidmäßige Zuweisung der Stellenwerber auf einen konkreten Arbeitsplatz durch die oberösterreichische Landesregierung. Angesichts dessen brachte der Beklagte vor, dass der Zweck des Beschäftigungsverhältnisses die therapeutische Behandlung der Beschäftigten sei. Die Teilnahme am Projekt liege überwiegend in deren Interesse. Von einer Dienstleistung für einen anderen iSd § 1151 ABGB könne deshalb keine Rede sein. Es liege weder ein Arbeitsvertrag vor noch bestehe eine Lohnzahlungsverpflichtung auf kollektivvertraglichem Niveau.

Der OGH hat sich der Ansicht des Beklagten angeschlossen. Ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Beschäftigers an der Arbeitsleistung hätte nicht bestanden, weshalb das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu verneinen war. Der Gerichtshof hat sich in seiner Begründung auf *Rebhahn* berufen, der einen vorwiegend zu wirtschaftsfernen Zwecken abgeschlossenen Vertrag über Arbeitsleistungen sowohl den Grundwertungen des Arbeitsrechts, wie auch § 1151 ABGB widersprechend ansieht. *Rebhahn* geht davon aus, dass Arbeit nicht auf Basis eines Arbeitsvertrages erbracht werden kann, wenn das Interesse des Beschäftigers an der Arbeitsleistung hinter das Interesse am Wohlergehen des Arbeitenden zurücktritt. Das Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches sei ein konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages.<sup>9</sup> Damit hat der Gerichtshof seine bisherige Judikaturlinie zum Arbeitnehmerbegriff, in deren Mittelpunkt die persönliche Abhängigkeit stand, verlassen. Die Qualifikation eines Beschäftigten als Arbeitnehmer soll trotz Vorliegens eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses und trotz Übernahme einer persönlichen Leistungsverpflichtung zu verneinen sein, wenn die Arbeitsleistung außerhalb des wirtschaftlichen Lebens verortet ist.

---

<sup>9</sup> *Rebhahn* in ZellKomm § 1151 ABGB Rz 78; *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 78-79a; Die Auffassung *Rebhahns* ist für die vorliegende Arbeit zentral. Immer wenn auf „die These“ verwiesen wird, ist seine Rechtsmeinung zur Bedeutung des Vertragszwecks im Arbeitsrecht gemeint. Die Kenntnis seiner Position, wie sie aus den zit Quellen hervorgeht, wird vorausgesetzt.

Liegt der OGH richtig, wären die Folgen beträchtlich: Aus der bisherigen Arbeitnehmerdefinition wären alle Tätigen auszuscheiden, deren Beschäftigungsverhältnisse auf andere als vorwiegend ökonomische Ziele ausgerichtet sind. Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen wären grundsätzlich nicht anwendbar. Die aus dem Arbeitnehmerbegriff herausfallenden Tätigen wären vor übermäßiger zeitlicher Inanspruchnahme nicht geschützt. Ein Urlaubsanspruch nach Maßgabe der Bestimmungen des UrlG bestünde ebenso wenig wie eine Absicherung gegen krankheitsbedingte Entgeltausfälle. Die Regelungen in Kollektivverträgen würden nicht gelten.

Analog zum Arbeitsrecht könnte eine Verengung des Dienstnehmerbegriffs auch für das Sozialversicherungsrecht behauptet werden – wenngleich sich das aus der These *Rebhahns* nicht zwingend ergibt. Das Vorliegen eines besonderen Vertragszwecks könnte der Einbeziehung in den Kreis der vollversicherten Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG entgegenstehen. Ein umfassender Pflichtversicherungsschutz in Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung bestünde dann nicht.

Die Feststellung, dass der OGH „austauschfremde“<sup>10</sup> Arbeitsverträge nicht anerkennen will, leitet zur Frage über, von welcher rechtlichen Qualität die in Rede stehenden Beschäftigungsverhältnisse sind. Liegt persönliche Abhängigkeit vor und scheitert die Arbeitnehmereigenschaft nur an der wirtschaftsfernen Zweckausrichtung, handelt es sich um Verträge, die keinem klassischen Vertragstyp zugeordnet werden können. Sie sind *atypische Verträge*.

Die fragliche Rechtsansicht würde – ist sie richtig – zu keiner völligen Erosion des Arbeitnehmerbegriffs führen. Die meisten Arbeitnehmer wären weiterhin als solche anzusehen. In wenigen Fällen werden sowohl das Erwerbsinteresse des Beschäftigten, wie auch das des Beschäftigers gegenüber anderen Motiven in den Hintergrund treten. Betroffen wäre ein überschaubarer (aber sozial schützenswerter!) Personenkreis. Wie aber ist mit diesen Personen umzugehen? Wie sind austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse rechtlich zu behandeln? Die Qualifikation als arbeitnehmerähnliche Personen liegt nahe, wird von manchen jedoch bestritten. Eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Regelungen kommt grundsätzlich in Betracht, doch ist dies für Schutznormen ebenso fraglich, wie für arbeitsrechtliche *leges speciales*.

---

<sup>10</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 79.

Denkbar ist es, austauschfremde Verträge als Arbeitsverträge anzuerkennen, jene Bestimmungen aber teleologisch zu reduzieren und nicht anzuwenden, die den Austausch von Arbeit gegen Entgelt regeln.

In der vorliegenden Dissertation ist (vorrangig) zu klären, ob das geltende Arbeitsrecht Verträge erfasst, die zu anderen als wirtschaftlichen Zwecken geschlossen werden. Setzt es voraus, dass mit dem Vertrag ein (gemeinsames) wirtschaftliches Ziel in Aussicht genommen wird oder regelt es auch Beschäftigungsverhältnisse außerhalb des Wirtschaftslebens?

## 2. Forschungsstand

Die Lehre hat dem hier zu diskutierenden Problemkreis lange Zeit keine Beachtung geschenkt. Lediglich *Rebhahn* hat die Bedeutung des Vertragszwecks für die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht zeitlich vor dem OGH thematisiert. In zwei Kommentarbeiträgen hat er ua die Möglichkeiten der rechtlichen Behandlung derartiger Beschäftigungsverhältnisse skizziert.<sup>11</sup> Mit seinen Überlegungen zum sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriff hat *Schrammel* dazu einiges aufbereitet.<sup>12</sup> Die Beiträge von *Resch*, *Gerhartl* und *Kietaibl/Reiner* – als Reaktion auf 9 ObA 105/09w verfasst – haben das Problem erst später aufgegriffen. *Schrank* und *Adamovic* haben knappe Anmerkungen zum Urteil gemacht.

Nach *Schrammel*<sup>13</sup> unterliegen Dienstleistungen nur dem 26. Hauptstück des ABGB wenn diese „fremdwirtschaftlich zweckbestimmt“ sind. Die Dienstleistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit reiche für die Qualifikation einer Vereinbarung als Arbeitsvertrag nicht aus. Sie müsse zusätzlich im Interesse des Empfängers liegen. Wer an der Verbesserung seiner Ausbildung arbeitet oder in einer geschützten Werkstätte beschäftigt ist, benütze „eine fremde Organisation nur [...], um eigene Ziele zu verfolgen“. Er sei nicht Arbeitnehmer. Damit liegt *Schrammel* ganz auf der Linie *Rebhahns* und des OGH.

---

<sup>11</sup> *Rebhahn* in ZellKomm § 1151 ABGB Rz 78; *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 78-79a.

<sup>12</sup> Insb *Schrammel*, ÖAKR 1982, 95-99.

<sup>13</sup> *Schrammel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 8, 10.

Schrank<sup>14</sup> spricht in Bezug auf 9 ObA 105/09w von einer „überzeugende[n] Entscheidung“, die „soziale Betriebe von den finanziellen Nöten, welche die zwingende Anwendung des Arbeitsrechts zur Folge hätte[] [entlastet].“ Das Urteil ermögliche „angepasste Vertragsgestaltungen, die sich nicht am zwingenden Arbeitsrecht und damit auch nicht am Kollektivvertrag messen lassen müssen“. Schrank will dem Nicht-Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches wohl konstitutive Bedeutung zuerkennen und das Urteil auch in diesem Sinne verstanden wissen.

Adamovic<sup>15</sup> weist darauf hin, dass Tätigkeiten, die aus religiösen, karitativen oder sozialen Motiven erbracht werden, vom Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts ausgenommen sind (§ 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG). § 36 sei auch bei der Beurteilung der arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft zu berücksichtigen. Religiöse, karitative oder soziale Tätigkeiten seien folglich keine Arbeiten iSd § 1151 ABGB. Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen seien auf solche Beschäftigungsverhältnisse nicht anwendbar. Adamovic scheint der Auffassung des OGH zu folgen.

Resch<sup>16</sup> lehnt das wirtschaftliche Eigeninteresse des Beschäftigten an der Arbeitsleistung als konstitutives Kriterium neben der persönlichen Abhängigkeit ab. Es könne aber als Indiz gegen die Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen des beweglichen Systems – und damit bei der Prüfung der persönlichen Abhängigkeit selbst – berücksichtigt werden. In wessen Interesse die Arbeitsleistung des Tätigen vorwiegend gelegen ist, soll jedoch ausschließlich in Grenzfällen ausschlaggebend sein. Die wirtschaftliche Interessenslage sei „nur [ein] kleiner und nur in Zweifelsfällen greifender [...] Mosaikstein“. Sie habe keine größere Bedeutung als etwa die Bezeichnung des Vertrages. In diesem Sinne müsse die Entscheidung des OGH in der Rechtssache 9 ObA 105/09w verstanden werden. Der Gerichtshof habe keine neue Judikaturlinie zum Arbeitnehmerbegriff eingeschlagen, sondern zu einem „untergeordneten Element“ Stellung genommen. Er habe es lediglich verabsäumt, die Nutzenverteilung in die allgemeine Formel des Arbeitnehmerbegriffs zu integrieren.

---

<sup>14</sup> Schrank in LE-AS 1.1.1. Nr 19, 14.

<sup>15</sup> Adamovic, ARD 6039/4/2010.

<sup>16</sup> Resch, ZAS 2011, 22, 24.

Ähnlich argumentiert *Gerhartl*<sup>17</sup>. Auch er lehnt das wirtschaftliche Eigeninteresse des Beschäftigten an der Arbeitsleistung als konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages ab. Das mangelnde Interesse des Beschäftigten sei nur relevant, wenn es sich in der Gestaltung des Vertragsverhältnisses derart niederschlägt, dass schon die „herkömmlichen“ Arbeitnehmerkriterien nicht erfüllt sind. Unklar bleibt, ob *Gerhartl* die wirtschaftliche Interessenslage auf Beschäftigterseite als eigenes, untergeordnetes Arbeitnehmermerkmal anerkennen will.

*Kietaibl/Reiner*<sup>18</sup> sehen keinen Platz, um die wirtschaftliche Interessenslage bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft zu berücksichtigen. Gegen die Nutzenverteilung als untergeordnetes Merkmal wenden sie ein, dass diese nichts über die Art und Weise des Arbeitsvollzuges aussage. Nur auf diese aber beziehe sich die persönliche Abhängigkeit. Das Nicht-Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches wirke auch nicht konstitutiv. Zwar mag der Wortlaut des § 1151 ABGB die in Frage stehende Rechtsansicht durchaus tragen, doch spreche schon die historische Entwicklung des Arbeitsrechts gegen das Vorliegenmüssen eines wirtschaftlichen Leistungsaustausches. So sei das Arbeitsrecht in einem wirtschaftlichen Umfeld, nicht aber für ein wirtschaftliches Umfeld geschaffen worden. Auch aus der Systematik des Arbeitsrechts könnten keine Argumente gewonnen werden, die die Auffassung *Rebhahns* und des OGH stützen. § 36 ArbVG, dessen Abs 2 Z 4 und Z 6 Beschäftigungsverhältnisse mit besonderer Zweckbestimmung aus dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts ausnimmt, sei nicht einschlägig. Im Übrigen zeige das BEinstG, dass eine behinderungsbedingte Minderleistung nichts an der Arbeitnehmereigenschaft ändere. Somit könne dem Arbeitsrecht keine Wirtschaftsnähe in dem Sinne unterstellt werden, dass es einen wirtschaftlichen Leistungsaustausch verlangt, um anwendbar zu sein.

Die Debatte über die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf Verträge mit besonderer Zweckbestimmung ist relativ neu. Nicht neu ist hingegen die Frage, ob Sozialversicherungspflicht besteht, wenn der Beschäftigte kein fremdes Leistungsinteresse befriedigt. Damit hat sich *Schrammel*<sup>19</sup> auseinandergesetzt. Nach ihm sollen nur Tätig-

---

<sup>17</sup> *Gerhartl*, RdW 2011, 294; *Gerhartl*, taxlex 2010, 290.

<sup>18</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 528-535.

<sup>19</sup> *Schrammel*, ÖAKR 1982, 95-99.

keiten unter den Beschäftigungsbegriff des § 4 Abs 2 ASVG fallen, die wirtschaftlich werthaltig sind. Aus dem Entgeltlichkeitserfordernis ergebe sich, dass von einer Beschäftigung nicht gesprochen werden kann, wenn sie für den Beschäftiger keinen Wert aufweist. Wer ausschließlich im eigenen Interesse arbeitet, sei nicht Dienstnehmer iSd Sozialversicherungsrechts.

### 3. Erkenntnisinteresse und Forschungsfrage

Im Ausgangsfall setzt der OGH den besonderen Vertragszweck nicht mit den klassischen Arbeitnehmermerkmalen wie der Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort oder der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit in Verbindung. Der Gerichtshof übernimmt wortident die Ausführungen des Berufungsgerichts. Dieses hat ausgesprochen, dass *„[d]as Arbeitsverhältnis [...] die Leistung abhängiger, fremdbestimmter Arbeit zum Inhalt [hat], deren entscheidendes Merkmal ist, dass sie in persönlicher Abhängigkeit geleistet wird“*. *„[D]ass Gegenstand des Arbeitsvertrages nur Tätigkeiten sein können, an deren Durchführung der Vertragspartner ein eigenes Interesse hat, das über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen hinausreicht“* kommt *„[a]ls weiteres Merkmal [...] hinzu“*<sup>20</sup>. Folglich muss davon ausgegangen werden, dass der OGH im wirtschaftlichen Austausch mehr sieht als ein einfaches Arbeitnehmermerkmal, das mit vielen anderen im beweglichen System abzuwägen ist. Der wirtschaftliche Austausch ist vom OGH – ganz im Sinne *Rebhahns* – als ein eigenständiges, von der persönlichen Abhängigkeit verschiedenes Kriterium anerkannt worden. Sein Nicht-Vorliegen hat konstitutive Wirkung.

Diese Entscheidung ist von grundlegender Bedeutung für das Arbeitsrecht. Die Auffassung nämlich, wonach zur persönlichen Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit noch das Erwerbsinteresse der Vertragsparteien hinzutreten muss, um einen Arbeitsvertrag zu schließen, stellt eine *wesentliche Abweichung* von der bisherigen Interpretation des § 1151 ABGB dar. Hinzu kommt, dass die Frage nach der Rolle des Vertragszwecks keine Eigenheit der Beschäftigung in speziellen Einrichtungen wie geschützten Werkstätten ist. Sie stellt sich für den gesamten geschützten Sektor. Selbst bei Ausbildungsverhältnissen – sie zählen zum regulären Arbeits-

---

<sup>20</sup> 12 Ra 5/09f.

markt – kann die These Bedeutung erlangen. Freilich liegt bei letzteren in aller Regel ein wirtschaftlicher Austausch vor. Wer jemanden „on the job“ ausbildet, wird ihn im Betrieb einsetzen wollen. Dass auch in diesem Fall das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint werden muss, ist dennoch denkbar. Die Frage nach der Bedeutung des Vertragszwecks für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft ist somit von *allgemeiner Relevanz*. Viel entscheidender noch ist, dass der These zufolge Dienstleistende aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts (und des Sozialversicherungsrechts) ausgenommen werden, die in sozialer Hinsicht schutzbedürftig sind. Die gegenständliche Problematik hat sohin eine prägende *soziale Komponente*. Darüber hinaus stellt sich auch im Europäischen Arbeitsrecht die Frage, wer Arbeitnehmer ist. Personen in austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen könnten von der Arbeitnehmerfreizügigkeit und vom Geltungsbereich der (übrigen) arbeitsrechtlichen Richtlinien ausgenommen sein. Außerdem könnten sich Wechselwirkungen zwischen den unionsrechtlichen und den einzelstaatlichen Arbeitnehmerbegriffen ergeben. Das Thema, das in dieser Arbeit aufgegriffen wird, weist somit *internationale Bezüge* auf.

Die Tragweite der OGH-Entscheidung und der These *Rebhahns* rechtfertigen es, sich im Rahmen einer Dissertation mit ihnen zu befassen. Der Fokus wird dabei auf Beschäftigungsverhältnisse gelegt, die dem Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt zuzuordnen sind. In diesen Fällen fehlt es idR an einem beiderseitigen Erwerbsinteresse. Die Forschungsfrage lautet daher wie folgt:

**Wie sind Beschäftigungsverhältnisse in arbeits-, sozial- und unionsrechtlicher Hinsicht zu beurteilen, die von einem überwiegend wirtschaftsfernen Zweck bestimmt sind?**

**4. Mögliche Einwände gegen die Urteilsauslegung**

Der OGH setzt das Vorliegen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses für die Geltung von Arbeitsrecht voraus. Ein Beschäftigungsverhältnis, das nicht dem Wirtschaftsleben zuzuordnen ist, soll nicht dem Arbeitsrecht unterliegen. Diese Interpretation der Entscheidung 9 ObA 105/09w ist allerdings nicht zwingend. Es gibt Einwände, die gegen diese Urteilsauslegung erhoben werden können.

Auf Kritik kann schon die Tatsache stoßen, dass die Entscheidung den zentralen Ausgangspunkt für die Problembesprechung bildet. Untersuchungen, die auf ein einziges Urteil aufbauen, sind vielfach dem Vorwurf ausgesetzt, eine Judikaturwende herbeireden zu wollen. Nicht in jeder Andeutung des OGH, so kann argumentiert werden, ist gleich der Beginn einer neuen Rechtsprechungslinie zu vermuten. Das steht außer Streit. Es wäre fahrlässig, an den Lippen der Höchstrichter zu hängen und in jeder von der bisherigen Rspr abweichenden Aussage eine solche mit rechtsfortbildender Wirkung zu sehen. Die auf dem Prüfstand stehende These alleine deshalb abzulehnen, weil die Entscheidung des Gerichts „nicht überbewertet werden soll“, überzeugt als Argument aber nicht. Das wäre, als wolle man dem OGH mangelnde Sorgfalt bei der Beurteilung einer heiklen Rechtsfrage vorwerfen, die bislang nicht höchstrichterlich gewürdigt wurde. Es ist gerade die außergewöhnliche Abweichung von der hM die eine wissenschaftliche Reflexion der Entscheidung erfordert.

#### **4.1. 9 ObA 105/09w als Billigkeitsentscheidung?**

Vertreten werden kann, dass der OGH den fehlenden wirtschaftlichen Austausch nur wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls ins Kalkül gezogen hat. Eine über den konkreten Fall hinausgehende Wirkung hätte der Gerichtshof nicht erzielen wollen. Dem Vertragszweck habe er lediglich in der Absicht Beachtung geschenkt, ein billiges Verfahrensergebnis herbeizuführen. Das wäre ein nicht ganz substanzloses Vorbringen. Im Ausgangsfall war nämlich ein Sachverhalt zu bewerten, der sich vom herkömmlichen Arbeitsverhältnis merklich unterschied. So waren insb die stark herabgesetzten Leistungsanforderungen an die Tätigen ein wesentliches Charakteristikum der Beschäftigung im Betrieb. Deren Arbeitskraft war im Vergleich zu der eines voll leistungsfähigen Arbeitnehmers erheblich eingeschränkt. Während der Beklagte die Arbeiten der Klägerin kaum verwerten konnte, begehrte diese Entlohnung nach Maßgabe des BAGS-KollV. Das aber wäre aus der Perspektive des Beklagten in hohem Maße unbefriedigend gewesen. Sohin war der OGH damit konfrontiert, über die Entgeltansprüche einer Beschäftigten entscheiden zu müssen, deren Arbeitsleistung eine Entlohnung auf dem Niveau anderer Näherinnen der Branche wirtschaftlich nicht gerechtfertigt hätte. Nun kann argumentiert werden, dass der OGH die Arbeit-

nehmereigenschaft der Klägerin verneint hat, um den Beklagten davor zu bewahren, ein der Arbeitsleistung nicht entsprechendes Entgelt zahlen zu müssen.

Dass Billigkeitserwägungen in die Urteilsfindung mit eingeflossen sind, mag stimmen. Dieser Einwand könnte dennoch nicht überzeugen. Die Klägerin war auf der Grundlage des oberösterreichischen BhG tätig. Daher wäre sie auch als Arbeitnehmerin vom Geltungsbereich des Kollektivvertrages ausgenommen gewesen (§ 2 lit c BAGS-KollV 2006). Eine Lohnzahlungsverpflichtung nach kollektivvertraglichen Maßstäben – unmittelbar aufgrund des BAGS-KollV – hätte in keinem Fall bestanden (vorausgesetzt § 2 lit c BAGS-KollV 2006 stand in Einklang mit den Diskriminierungsverboten des BEinstG).<sup>21</sup>

Die Klägerin wäre, hätte man ihre Arbeitnehmereigenschaft festgestellt, auch auf dem Umweg des Diskriminierungsrechts nicht auf kollektivvertraglichem Niveau zu entlohnen gewesen. Es wäre nicht erforderlich – und nicht erfolgreich – gewesen, die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen, um diskriminierungsrechtliche Vorschriften nicht anwenden zu müssen. Dass die Näherin deutlich schlechter entlohnt wurde als Kolleginnen in gleicher Verwendung hätte keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsrecht dargestellt. Das hat der OGH zutreffend ausgesprochen. Die besser bezahlten Beschäftigten waren schon zu einem Zeitpunkt für den Beklagten tätig, als der Betrieb noch andere Ziele verfolgte und anders finanziert wurde. Im Zuge der Änderung der wirtschaftlichen Basis des Betriebes (Finanzierung durch das Land Oberösterreich statt durch das Bundessozialamt) und seiner Zielsetzung (Dauerarbeitsplätze statt „Transitarbeit“) wurde den neu begründeten Beschäftigungsverhältnissen ein anderes Entlohnungsschema zugrunde gelegt. Die unterschiedliche Behandlung von vor und nach dem 31.12.2005 aufgenommenen Beschäftigten war zulässig. Ein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wäre ebenso wenig vorgelegen wie eine Verletzung des § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG (Verbot der Entgeltdiskriminierung).

Das „Billigkeitsargument“ greift selbst dann nicht, wenn man die Ausnahmebestimmung des § 2 lit c BAGS-KollV 2006 als insb § 7b Abs 1 Z 2 BEinstG widersprechend ansieht. Das ist grundsätzlich möglich. Die Regelungsbefugnis der Kollektiv-

---

<sup>21</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 535.

tivvertragsparteien reicht nicht soweit, um sich über zwingendes Gesetzesrecht hinwegzusetzen. Hat § 2 lit c BAGS-KollV 2006 tatsächlich gegen das Diskriminierungsrecht verstoßen, so war er nichtig. Der Kollektivvertrag wäre in vollem Umfang anwendbar gewesen.<sup>22</sup> Dennoch hätte der OGH das Eingreifen der kollektivvertraglichen Entgeltbestimmungen anders „verhindern“ können als den wirtschaftlichen Austausch zum konstitutiven Kriterium des Arbeitsvertrages zu erheben (dazu sogleich).

Viel spricht für die Gesetzwidrigkeit des § 2 lit c BAGS-KollV 2006 und des § 2 lit c BAGS-KollV 2012, zweier nahezu identer Regelungen. Eine unterschiedliche Behandlung von Beschäftigten des geschützten Sektors und Beschäftigten des regulären Arbeitsmarkts ist nicht per se diskriminierend. Dort, wo ein vom regulären Arbeitsmarkt verschiedenes Arbeitsumfeld geschaffen ist, ist eine ungleiche Behandlung von Behinderten und Nicht-Behinderten zulässig. Die Reduzierung des Wettbewerbs- und Leistungsdrucks auf ein Mindestmaß ist, ebenso wie die gänzliche Ausschaltung derselben, ein sachliches Differenzierungskriterium. Nichtsdestotrotz sind die Ausnahmebestimmungen der §§ 2 lit c BAGS-KollV 2006 und BAGS-KollV 2012 vor dem Hintergrund der Diskriminierungstatbestände des BEinstG höchst problematisch. So ist vom Geltungsbereich des Kollektivvertrages ausgenommen, wer „*in Maßnahmen nach sozialhilfe- bzw behindertenrechtlichen Bestimmungen der Länder beschäftigt [wird]*“. Der Kollektivvertrag ist ferner auf Beschäftigungsverhältnisse nicht anzuwenden, die „*mit der Zielsetzung der (Re)-Integration [...] in den Arbeitsmarkt begründet werden, soweit diese Maßnahmen von Dritten beauftragt und/oder gefördert werden*“. Nun werden Personen, die nach landesrechtlichen Behindertengesetzen oder zum Zweck der Rehabilitation beschäftigt werden, regelmäßig keinem Wettbewerbs- und Leistungsdruck ausgesetzt sein, wie er am allgemeinen Arbeitsmarkt vorherrscht. Das muss aber nicht immer so sein. Nicht jeder, der entsprechend den Vorgaben von Behindertengesetzen der Länder tätig ist, ist unter Bedingungen beschäftigt, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Bezüglich dieser Beschäftigungsverhältnisse liegen die §§ 2 lit c BAGS-KollV 2006 und BAGS-KollV 2012 voll im Anwendungsbereich der §§ 7a ff BEinstG. Sie sind (waren) zu weit gefasst und damit gesetzwidrig.

---

<sup>22</sup> Runggaldier in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 2 Rz 37 f.

Trotz Nichtigkeit des § 2 lit c BAGS-KollV 2006 hätte der OGH den prägenden, wirtschaftlichen Austausch nicht zum konstitutiven Merkmal des Arbeitsvertrages erklären müssen, um die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin zu verneinen. Der Ausgangsfall hat genügend Raum dafür gelassen, die persönliche Abhängigkeit der Beschäftigten in Frage zu stellen. Zu denken ist etwa an die lockere Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten. Die Tätigen durften ihren Arbeitsplatz zum Zwecke der Inanspruchnahme von begleitenden Betreuungsmaßnahmen verlassen; Die Beendigung der Arbeit vor dem offiziellen Dienstschluss wurde geduldet; Sanktionen blieben aus, wenn Zeitvorgaben nicht eingehalten wurden oder die Arbeitsergebnisse mangelhaft waren; Die Beschäftigten durften sich aussuchen, welche Arbeiten sie verrichten wollten. Zusätzlich hätte der OGH das Fehlen eines wirtschaftlichen Austausches, verstanden als einfaches Arbeitnehmermerkmal, den anderen Kriterien im beweglichen System gegenüberstellen können. Das alles aber hat er nicht getan. Vielmehr hat er in 9 ObA 105/09w den ökonomischen Vertragszweck in das Zentrum seiner Entscheidungsbegründung gestellt und den Streitfall bewusst einer Lösung außerhalb des beweglichen Systems zugeführt. Dass der OGH das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vertragszwecks als konstitutives Merkmal des Arbeitsverhältnisses in Stellung bringen wollte, kann durch das „Billigkeitsargument“ nicht entkräftet werden.

#### **4.2. Zum Unterbleiben eines Verstärkungsbeschlusses**

*Resch* meint, dass ein verstärkter Senat zusammentreten hätte müssen, wenn der OGH von seiner bisherigen Rspr hätte abweichen wollen. Dass eine Verstärkung nach Maßgabe der §§ 8 OGHG und 11 ASGG unterblieben ist, wertet er als gegen die These sprechend.<sup>23</sup> Dem ist nicht zu folgen. Für die Interpretation des Urteils ergibt sich daraus nichts. Will man sich auf das Unterbleiben der Verstärkung berufen, muss zuallererst geklärt werden, ob sich der OGH überhaupt hätte verstärken müssen. Gemessen an den Kriterien *Faschings*, ist die Rechtsfrage nach dem Vorliegenmüssen eines wirtschaftlichen Vertragszwecks zwar eine solche von *grundsätzlicher Bedeutung*: Ein maßgebender Einfluss auf die Arbeitsrechtsentwicklung ist offensichtlich; Der Gesetzgeber könnte sich zur Klarstellung der rechtlichen Situation von Beschäf-

---

<sup>23</sup> *Resch*, ZAS 2011, 24.

tigten am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt veranlasst sehen; Die Lösung des fraglichen Problems ist für einen größeren Personenkreis in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht von unmittelbarer Bedeutung.<sup>24</sup> Hingegen bestehen Zweifel an der Identität der Rechtsfrage mit jenen in der Vorjudikatur. Nur dort, wo es bereits Rspr gibt, kann der OGH Abweichendes judizieren (§ 8 Abs 1 Z 1 Alt 1 und 2 OGHG) oder Klarheit schaffen (Z 2 leg cit).<sup>25</sup> Gegen die *Identität der Rechtsfragen* sprechen die Besonderheiten im Sachverhalt des Ausgangsfalles. Dort ging es nicht um die „routinemäßige“ Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft einer Person, die in einem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb zum Zweck des Einkommenserwerbs tätig war. Gegenstand der Entscheidung war die rechtliche Qualifikation eines Vertrages über Arbeitsleistungen in einer geschützten Werkstätte – einem vom regulären Arbeitsleben völlig verschiedenen Arbeitsplatz. Eine höchstrichterliche Stellungnahme dazu hat bis zum 29.10.2009 gefehlt. Wegen dieser „*Unterschiede im Tatsächlichen*“<sup>26</sup> wäre ein Verstärkungsbeschluss nicht zu fassen gewesen. Die Frage nach dem Vorliegen eines Verstärkungsgrundes brauchte gar nicht erst gestellt zu werden. Das Tätigwerden eines einfachen Senates war rechtskonform.

Überhaupt zeigt die Praxis, dass Senatsverstärkungen – selbst wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen – selten vorgenommen werden. Das hat aber nicht etwa zu einer Lähmung der Rechtsprechungsentwicklung in Bezug auf uneinheitlich beantwortete Rechtsfragen oder zu einer „Einzementierung“ ständiger Judikatur geführt. Vielmehr wurden die verstärkten Senate durch einfache Fachsenate „ersetzt“. Selbst wenn sich der OGH im vorliegenden Fall zu verstärken gehabt hätte, wäre ein einfach besetzter Senat an der Fortentwicklung des Arbeitnehmerbegriffs wohl nicht zu hindern gewesen.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Fasching, Lehrbuch<sup>2</sup>, Rz 1951.

<sup>25</sup> Feldner, Verstärkte Senate, 51.

<sup>26</sup> Feldner, Verstärkte Senate, 68.

<sup>27</sup> Zechner in Fasching/Konecny IV/2<sup>2</sup> Vor §§ 502 ff Rz 110 f.

#### 4.3. Berücksichtigung des Vertragszwecks nur in speziellen Einrichtungen?

Der OGH will das Prüfkriterium des prägenden, wirtschaftlichen Austausches nur bei der Beschäftigung in geschützten Werkstätten – und wohl auch in vergleichbaren Einrichtungen – angewendet wissen. Für gewöhnliche Wirtschaftsbetriebe sollen die in 9 ObA 105/09w herangezogenen Maßstäbe nicht gelten. Er macht deutlich, dass seine Aussagen „[a]uf einen nach üblichen Kriterien organisierten und wirtschaftenden Betrieb [...] nicht zu[treffen]“. An anderer Stelle des Urteils heißt es, dass die Dominanz eines austauschfremden Zwecks zu bejahen ist, wenn „die Dienste leistende Person unter der Verantwortung einer Einrichtung steh[t]“. Darin liegt eine Differenzierung in der Anwendung der Prüfkriterien nach dem Betriebstyp. Das bietet Platz für den Einwand, dass der OGH eine Neuformulierung des arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs nicht beabsichtigt habe. Die im Fokus stehende These, so könnte gesagt werden, wäre nur insoweit bestätigt worden, als sie sich auf Beschäftigungsverhältnisse in speziellen Einrichtungen bezieht. Dass die Rechtsqualität eines jeden Vertragsverhältnisses nun stets im Lichte der wirtschaftlichen Nutzenverteilung zu beurteilen sei, gehe zu weit.

Diesem Einwand wäre nicht zuzustimmen. Grundlage der rechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses ist immer das einzelne Vertragsverhältnis. Maßgeblich sind ausschließlich die vertraglich vereinbarten Rahmenbedingungen, unter denen der Beschäftigte tätig ist, um dessen Arbeitnehmereigenschaft es geht. Der gesamtbetrieblichen Struktur ist nur Rechnung zu tragen, sofern sie das einzelne Beschäftigungsverhältnis prägt. Außerdem geht das österreichische Arbeitsrecht bei der Prüfung der arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft von einer einheitlichen Anwendung der Prüfkriterien aus. Grundlage für die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht ist, unabhängig davon, in welchem Betriebstyp eine Person beschäftigt ist, immer § 1151 ABGB. Dessen Tatbestandsmerkmale sind stets dieselben. An ihnen allen ist die Rechtsqualität eines Vertrages über Arbeitsleistungen zu messen.

Dass von einer betriebstypenbezogenen Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft Abstand zu nehmen ist, zeigt folgendes Beispiel: Gesetzt ist der Fall, dass zwei Personen unter gleichen Bedingungen gleiche Arbeit verrichten. Ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit liegt beiderseits vor; An einem prägenden, wirtschaftlichen Austausch fehlt es. Einer der Beschäftigten ist in einem gewöhnlichen Wirtschaftsbe-

trieb tätig. Nur sein Arbeitsplatz ist nicht der „klassischen Erwerbsarbeit“ gewidmet. „Unter der Verantwortung einer Einrichtung“ steht er nicht. Demgegenüber ist der andere Tätige in einen Betrieb eingegliedert, der ausschließlich die Förderung von benachteiligten Menschen zum Ziel hat. Das Fehlen eines wirtschaftlichen Austausches könnte nur im zweiten Fall konstitutiv wirken. In einem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb wäre dieser Umstand nur als einfaches Arbeitnehmermerkmal im beweglichen System abzuwägen.<sup>28</sup> Diese Differenzierung ist offenkundig nicht sachgerecht.

Dass der OGH den wirtschaftlichen Vertragszweck nur bei Tätigkeiten in speziellen Einrichtungen berücksichtigen will, widerspricht zudem seiner Rspr zur rechtlichen Qualität von Ausbildungsverhältnissen. Die Praktikumsjudikatur zeigt, dass er auch bei Beschäftigungsverhältnissen, die in gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieben abgewickelt und zum Ersten Arbeitsmarkt gezählt werden, auf den Zweck abgestellt hat. So bestimmt sich das Vorliegen eines Arbeitsvertrages bei Praktikanten danach, *„ob die konkrete Beschäftigung nach der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung auch objektiv in erster Linie [...] im Interesse des Auszubildenden, sich entsprechend seinen Ausbildungsvorschriften praktische Kenntnisse und Fähigkeiten anzueignen [...] oder im Interesse des Betriebsinhabers an Arbeitsleistungen für seinen Betrieb“* gelegen ist.<sup>29</sup> Nach der Auffassung des OGH kommt es somit (auch) darauf an, ob das Beschäftigungsverhältnis vordergründig vom *„Ausbildungszweck bestimmt und geprägt“* oder *„hauptsächlich an betrieblichen Zwecken und Erfordernissen orientiert ist“*.<sup>30</sup>

#### **4.4. Auch keine untergeordnete Bedeutung des Vertragszwecks?**

Nach *Kietaibl/Reiner* ist der prägende, wirtschaftliche Austausch weder ein bestimmendes, noch ein untergeordnetes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft. Er sage nichts über den Arbeitsvollzug aus und könne folglich in keinem Zusammenhang mit der persönlichen Abhängigkeit stehen.<sup>31</sup> Daran ist richtig, dass der Begriff der

---

<sup>28</sup> Siehe Kapitel 4.4.

<sup>29</sup> 9 ObA 176/95; wortident 9 ObA 288/01w.

<sup>30</sup> 9 ObA 176/95; wortident 9 ObA 288/01w.

<sup>31</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 528.

persönlichen Abhängigkeit im Kern die Organisation von Arbeit meint. Dass im Rahmen des beweglichen Systems auch Merkmale abzuwägen sind, die hinsichtlich des Arbeitsablaufes wenig bis keine Aussagekraft haben, hat sich in Lehre und Rspr aber verfestigt. Bei der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft ist zu berücksichtigen, wer von den Vertragsteilen das unternehmerische Risiko trägt;<sup>32</sup> Der sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Behandlung des Vertragsverhältnisses ist Indizcharakter beizumessen;<sup>33</sup> Selbst die Höhe des Entgelts,<sup>34</sup> sowie die Bezeichnung des Vertrages<sup>35</sup> werden von der Rspr als Abgrenzungsmerkmale herangezogen. Darin ist die Tendenz zu erkennen, allen tatsächlichen und rechtlichen Umständen der Beschäftigung, die im weitesten Sinne für oder wider die Fremdbestimmtheit sprechen, bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft Rechnung zu tragen. In diesem Sinne ist auch das (Nicht-)Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches ein Abgrenzungsmerkmal, das – anders als *Resch* es vorschlägt – nicht nur in Grenzfällen heranzuziehen ist.<sup>36</sup>

## **5. EXKURS: Das austauschfremde Beschäftigungsverhältnis als öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung**

Austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse beruhen auf der Übereinkunft zweier Personen. Sie sind nach privatrechtlichen Grundsätzen zu behandeln. Anders hingegen ist die Rechtslage beim wohl prominentesten und umstrittensten Instrument der deutschen Arbeitsförderungs politik – dem *Ein-Euro-Job*. Dieser ist im deutschen Sozialgesetzbuch geregelt und begründet eine öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen dem Dienstleistenden (Leistungsberechtigten) und dem Beschäftiger (Maßnahmeträger).<sup>37</sup> Dahingehend besteht ein signifikanter Unterschied zum österreichischen Recht. Zwar kennt auch dieses die Einbindung öffentlicher Stellen (insb bei der Zuweisung auf geschützte Arbeitsplätze), doch sind die „Wiedereingliederungsverhält-

---

<sup>32</sup> *Reiner*, ZAS 2008, 203-213 mN.

<sup>33</sup> 14 Ob 79/86; 8 ObS 2/07p.

<sup>34</sup> 8 ObA 42/98d.

<sup>35</sup> 4 Ob 116/52.

<sup>36</sup> *Resch*, ZAS 2011, 24.

<sup>37</sup> 5 AZB 43/06.

nisse“ nach österreichischem Recht stets privatrechtlicher Natur. Hier interessiert der Ein-Euro-Job als „Kontrastkonzept“ zu rehabilitativen Beschäftigungsverhältnissen nach österreichischem Privatrecht.

Unter dem Schlagwort „Ein-Euro-Job“ wird ein Beschäftigungsmodell verstanden, dessen Ziel die Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit sog erwerbsfähiger Leistungsberechtigter ist. Dazu sieht das SGB II den Ersatz jener Mehraufwendungen vor, die jemandem durch die Beschäftigung entstehen. Sie treten neben die Grundsicherungsleistungen (§ 16d SGB II, *Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung* oder Aufwandsentschädigungsarbeit). Obwohl das SGB für den Aufwandsersatz keine festen Höchstgrenzen normiert, übersteigt dieser den Betrag von einem bis zu zwei Euro je Stunde in aller Regel nicht.<sup>38</sup> Gem § 16d Abs 1 SGB II setzt die Zuweisung in eine Arbeitsgelegenheit voraus, dass die verrichteten Arbeiten zusätzlich sind, im öffentlichen Interesse liegen und wettbewerbsneutral sind. Damit soll „eine wettbewerbswidrige Störung des allgemeinen Arbeitsmarktes durch subventionierte Niedrigentgelte“<sup>39</sup> hintangehalten werden. Zusätzlich sind Arbeiten, wenn sie ohne die Förderung nicht, nicht in diesem Umfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt würden (Abs 2 leg cit). Ein öffentliches Interesse wird befriedigt, wenn das Arbeitsergebnis der Allgemeinheit nützt. Arbeiten, deren Ergebnis überwiegend erwerbswirtschaftlichen Interessen oder den Interessen eines begrenzten Personenkreises dient, schließen die Vermittlung und Förderung aus (Abs 3 leg cit). Wettbewerbsneutralität ist gegeben, wenn durch die Arbeiten eine Beeinträchtigung der Wirtschaft infolge der Förderung nicht zu befürchten ist und Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt weder verdrängt noch in ihrer Entstehung verhindert wird (Abs 4 leg cit). Die Vermittlung von Aufwandsentschädigungsarbeit gilt als sog Eingliederungsleistung. Das verpflichtet zur Einhaltung der Leistungsgrundsätze des § 3 SGB II. Danach hat die Zuweisung des Leistungsberechtigten entsprechend dessen fachlicher Eignung und persönlicher Lebenssituation zu erfolgen. Sie muss ferner zumutbar sein. Überlange Fahrzeiten und die Unvereinbarkeit der Beschäftigung mit familiären Verpflichtungen schließen die Zuweisung aus.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Koppenfels-Spies, NZS 2010, 4 f.

<sup>39</sup> Kohte in Gagel, SGB II/SGB III, 36. EL, § 16d SGB II Rz 16.

<sup>40</sup> Kohte in Gagel, SGB II/SGB III, 36. EL, § 16d SGB II Rz 24, 27.

Heftig umstritten ist die Rechtsnatur der Beziehung zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Maßnahmeträger, der dritten Rechtsbeziehung im sozialrechtlichen Leistungsdreieck.<sup>41</sup> Klar ist nur, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. Das ordnet das Gesetz ausdrücklich an, obwohl der Leistungsberechtigte in persönlicher Abhängigkeit tätig ist (§ 16d Abs 7 SGB II).<sup>42</sup> Wie das Beschäftigungsverhältnis sonst zu qualifizieren ist, sagt das SGB aber nicht. Die hM geht von einem *öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis* aus.<sup>43</sup> Das hat das BAG wie folgt begründet: Der Leistungsberechtigte werde durch den Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung zur Aufwandsentschädigungsarbeit herangezogen. Diese werde zwischen ihm und dem Grundsicherungsträger geschlossen und hat insb festzulegen, welche Leistungen der Berechtigte erhält. Als Leistung in diesem Sinne gelte auch die Zuweisung einer Arbeitsgelegenheit. Dass die Beziehung zwischen Maßnahmeträger und Leistungsberechtigtem öffentlichen-rechtlichen Charakter hat, ergebe sich aus der Tatsache, dass der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung durch Verwaltungsakt ersetzt werden kann (§ 15 SGB II). Beim Ein-Euro-Job bestehe die Eingliederungshilfe somit in der öffentlich-rechtlichen Bereitstellung einer Arbeitsangelegenheit, nicht in der Vermittlung eines „echten“ Arbeitsverhältnisses. Die Hinzuziehung eines Dritten, des Maßnahmeträgers, habe nicht zur Folge, dass zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten ein privatrechtlicher Vertrag zustande kommt. Der Maßnahmeträger sei hinsichtlich seiner Funktion als „Beschäftiger“ Teil der öffentlichen Verwaltung.<sup>44</sup> Für eine eigenständige Vereinbarung zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Maßnahmeträger bleibt kein Platz. Arbeitsrecht ist nur insoweit anzuwenden als der Gesetzgeber dies anordnet. Wegen der Nähe des Ein-Euro-Jobs zum Arbeitsverhältnis hat er das auch punktuell getan.<sup>45</sup> So unterliegt der „Ein-Euro-Jobber“ den Arbeitsschutzvorschriften und dem Bundesurlaubsgesetz, ebenso wie speziellen Haftungsvorschriften (§ 16d Abs 7 SGB II).

---

<sup>41</sup> Kohte in Gagel, SGB II/SGB III, 36. EL, § 16d SGB II Rz 36-48.

<sup>42</sup> Bieback, NZS 2005, 341.

<sup>43</sup> 5 AZR 857/06; Preis in ErfK<sup>13</sup> § 611 BGB Rz 32; Vogelsang in Schaub ua, Handbuch<sup>14</sup>, § 8 Rz 15; Eicher in Eicher/Spellbrink, SGB II<sup>2</sup> § 16 Rz 236c.

<sup>44</sup> 5 AZB 43/06.

<sup>45</sup> Bieback, NZS 2005, 341.

# **DAS WESEN DES WIRTSCHAFTLICHEN AUSTAUSCHES**

## **6. Einleitendes**

Bisher wurde in undifferenzierter Weise vom nicht-wirtschaftlichen Zweck, von atypischer Nutzenverteilung oder von austauschfremder Beschäftigung gesprochen und damit alle Tätigkeiten zusammengefasst, die wegen ihrer überwiegend wirtschaftsfernen Prägung vom klassischen Arbeitsverhältnis verschieden sind. Mit diesen Begriffen sollte eine Trennlinie zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Beschäftigungsverhältnissen und, nach dem Konzept der hier zu besprechenden These, auch eine Trennlinie zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragstypen gezogen sein. In diesem Kapitel ist zu erörtern, was unter dem Begriff des Vertragszwecks bzw dem des wirtschaftlichen Austauschverhältnisses zu verstehen ist. Was macht den prägenden, wirtschaftlichen Austausch aus? Welche sind seine bestimmenden Elemente? Zuallererst aber bedarf es der Klärung zweier grundlegender Fragen. Erstens ist zu untersuchen, aus welcher Perspektive der Vertragszweck zu bestimmen ist. Wessen Vorstellungen von der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses sind maßgeblich? Zweitens gilt es den Beurteilungsmaßstab für die Prüfung des Vertragszwecks festzulegen. Ist der Zweck anhand der subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien zu bestimmen oder erfolgt die Beurteilung aus einem objektiven Blickwinkel?

## **7. Beurteilungshorizont**

### **7.1. Die Rolle der Beschäftigteninteressen**

Der OGH hat im Ausgangsfall das fehlende wirtschaftliche Eigeninteresse des Beschäftigten an der Arbeitsleistung zum Kern seiner Begründung gemacht. Er legt damit den Schluss nahe, dass der Vertragszweck ausschließlich anhand der wirtschaftlichen Vorstellungen des Beschäftigten zu beurteilen ist. An eine Prüfung des Zwecks (auch) aus dem Blickwinkel des Tätigen scheint er nicht zu denken. Dessen Interessen sind im Urteil nicht sichtbar berücksichtigt.<sup>46</sup> Im Lichte des § 1151 Abs 1 ABGB („Dienstleistung für einen anderen“) mag das Abstellen allein auf die Beschäftigterinteressen konsequent erscheinen. Das jedoch täuscht. Ziel und Zweck des

---

<sup>46</sup> Siehe Kapitel 7.4.

Arbeitsrechts sprechen dagegen. Dieses will unselbständig Beschäftigte vor dem faktischen Übergewicht des Beschäftigers schützen. Es ist eine Hauptfunktion des Arbeitsrechts, dort zugunsten von Dienstleistenden regulierend einzugreifen, wo diese wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit eine schlechtere Verhandlungsposition haben. Prüft man ausschließlich aus dem Blickwinkel des Beschäftigers, macht man die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht von diesem abhängig. Dem Beschäftiger wäre es durch geschickte Gestaltung des Vertragsverhältnisses möglich, über die Arbeitnehmereigenschaft des Tätigen zu disponieren – jedenfalls wenn man den wirtschaftlichen Zweck als konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages anerkennt. Selbst wenn man dem Vertragszweck nur untergeordnete Bedeutung beimisst, käme dem Beschäftiger eine gewisse Gestaltungsmacht zu. Das ist paradox. Das Abstellen nur auf die Absichten des Beschäftigers ist mit dem Anspruch des Arbeitsrechts, das Schutzrecht der unselbständig Beschäftigten zu sein, unvereinbar.

Auch wenn man die Ausrichtung des Arbeitsrechts auf den Arbeitnehmerschutz hin nicht betont, mutet das alleinige In-Rechnung-Stellen der Beschäftigerinteressen seltsam an. Die Vorstellungen desjenigen nämlich, ohne dessen Arbeitsleistung ein Arbeitsverhältnis gar nicht erst zustande kommt, würden vollkommen ausgeblendet. Die Arbeitspflicht ist *das* Wesenselement des Arbeitsvertrages. Sie kann nicht wegedacht werden, ohne dass ein Arbeitsverhältnis zu verneinen wäre. Die Interessen desjenigen, der den, das Arbeitsverhältnis begründenden Beitrag leistet, müssen bei der Bestimmung des Vertragszwecks eine Rolle spielen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitsvertrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag ist. In dessen Rahmen sind sowohl der Arbeitgeber, wie auch der Arbeitnehmer zur Leistung verpflichtet. Diesen typischen Fall hat das Arbeitsrecht vor Augen. Es ist somit ein wesentliches Charakteristikum der vom Arbeitsrecht geregelten Beschäftigungsverhältnisse, dass beide Parteien zur Abwicklung des Schuldverhältnisses beitragen. Angesichts dessen würde es zu einem unausgewogenen Ergebnis führen, wenn bei der Prüfung des Zwecks das Schwergewicht auf die Interessen des Beschäftigers gelegt wird. Das ist vor allem in jenen Fällen untragbar, in denen der Beschäftiger vereinbarungsgemäß kein Entgelt entrichtet.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein einseitiges Abstellen auf die Beschäftigerinteressen ausscheiden muss. Das hat unabhängig davon zu gelten, ob dem

Vertragszweck für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages untergeordnete oder konstitutive Bedeutung zuzuschreiben ist. Anders ist *Rebhahn* nicht zu verstehen. Nach ihm liegt kein Arbeitsvertrag vor, „wenn ein anderer Zweck als der des Erwerbs (insb des Tätigen) [...] die Vertragsbeziehung prägt“<sup>47</sup>. Die Einbeziehung der Interessen des Dienstleistenden ist mit einem wirtschaftlichen Verständnis vom Beschäftigungsverhältnis jedenfalls vereinbar. Im Unionsrecht etwa liegt der Schwerpunkt der Wanderarbeitnehmerprüfung weit eher auf der Beschäftigtenseite.<sup>48</sup> Für das österreichische Arbeitsrecht gilt jedoch, dass die Wirtschaftlichkeit nicht primär anhand der (subjektiven) Vorstellungen des Arbeitnehmers zu beurteilen ist. Dieser wird nur in wenigen Fällen davon überzeugt sein, dass seiner Arbeitsleistung keine ökonomische Bedeutung zukommt. Selbst wenn man aber die wirtschaftliche Dimension des Arbeitsrechts hervorkehrt, kann man dennoch niemals zum Ergebnis gelangen, dass die Interessen des Beschäftigers über jene des Dienstleistenden zu stellen sind.

## **7.2. Die Rolle der Beschäftigerinteressen**

Unzulässig ist es, nur auf die Absichten des Tätigen abzustellen. Das ergibt sich insb aus dem Charakter des Arbeitsvertrages als zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft. So wie der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht erfüllt, trägt der Arbeitgeber durch Zahlung des Entgelts zur Abwicklung des Schuldverhältnisses bei. Auch bei vereinbarter Unentgeltlichkeit sind die Beschäftigerinteressen zu prüfen. Ein unentgeltliches Arbeitsverhältnis kann abstrakten Austauschcharakter haben.<sup>49</sup> Auch Ziel und Zweck des Arbeitsrechts führen zur Erkenntnis, dass die Beschäftigerinteressen bei der Beurteilung des Vertragszwecks relevant sind. Es ist nicht die Absicht des Arbeitsrechts, dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber eine bessere Position zu verschaffen. Es will die schlechtere Verhandlungsposition des Arbeitenden ausgleichen. Im Ergebnis soll ein gleichberechtigtes Gegenüberstehen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gewährleistet sein.

---

<sup>47</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 79.

<sup>48</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht I<sup>2</sup>, Rz 1456.

<sup>49</sup> Siehe Kapitel 9.1.

### **7.3. Gewichtung der Interessenslagen**

Zu fragen ist, wie die Absichten des Beschäftigten und des Beschäftigers zu gewichten sind. Erfordert das Abstellen auf den Vertragszweck bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft die gleichberechtigte Berücksichtigung der Interessen von Beschäftigtem und Beschäftiger oder muss der Schwerpunkt der Prüfung auf eine der beiden Seiten gelegt werden? Das Arbeitsrecht bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Interessen einer Vertragspartei gegenüber jenen der anderen stärker in Prüfung zu ziehen sind. Würde man den Vorstellungen des Beschäftigers bei der Beurteilung des Vertragszwecks den Vorzug geben, würde man mit dem grundlegenden Ziel des Arbeitsrechts, den schwächeren Vertragspartner zu schützen, in Konflikt geraten. Umgekehrt würde eine stärkere Berücksichtigung der Beschäftigteninteressen dem Tätigen eine gegenüber dem Beschäftiger stärkere Position verschaffen – was nicht der Intention des Arbeitsrechts entspricht. Es gilt daher der Grundsatz, dass die Interessen beider Vertragsparteien *in gleicher Weise* Berücksichtigung finden müssen. Nichtsdestotrotz ist es für das Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches bloß erforderlich, dass die ökonomischen Interessen der Vertragsparteien die nicht-ökonomischen *insgesamt* überwiegen. Arbeitsrecht kann nur dann nicht anwendbar sein, wenn das fragliche Beschäftigungsverhältnis seinem Gesamtcharakter nach als nicht-wirtschaftlich zu bewerten ist. Das geforderte Überwiegen ist sichergestellt, wenn die wirtschaftlichen Interessen der einen Vertragspartei weniger stark, die des anderen Teils hingegen überaus stark ausgeprägt sind. Hingegen kann ein wirtschaftlicher Austausch nicht vorliegen, wenn eine Partei überhaupt kein ökonomisches Ziel mit der Beschäftigung verfolgt.

### **7.4. Die Beschäftigteninteressen im Ausgangsfall**

Hier wird vertreten, dass die Interessen beider Parteien bei der Prüfung des Vertragszwecks ins Kalkül zu ziehen sind. Das steht in keinem Konflikt zu den Erwägungen des OGH im Ausgangsfall. Richtig ist, dass der Gerichtshof das fehlende wirtschaftliche Eigeninteresse des Beschäftigers an der Arbeitsleistung als das, die Arbeitnehmereigenschaft ausschließende Merkmal herausgestellt hat. *Kietaihl/Reiner* leiten daraus ab, dass der OGH nur die Motivationslage aufseiten des Beschäftigers

für entscheidend hält.<sup>50</sup> Dass der Gerichtshof die Interessen des Dienstleistenden nicht explizit berücksichtigt hat, bedeutet aber nicht, dass er ihnen keine Beachtung schenken wollte. Schließlich beruft sich der OGH zur Begründung seines Urteils auf *Rebhahn*. Dieser verlangt, wie gezeigt, dass bei der Bestimmung des Vertragszwecks die Interessen beider Vertragsteile beachtet werden. Außerdem hat der OGH der Interessenslage auf Beschäftigtenseite wohl stillschweigend Rechnung getragen. In der klagsweise erhobenen Forderung nach einer kollektivvertraglichen Entlohnung kommt klar die Erwerbsabsicht der Tätigen zum Ausdruck. Auch an deren (überwiegendem?) Interesse an einer erfolgreichen, sozialen und gesundheitlichen Rehabilitation war nicht zu zweifeln. Nur die Absichten des Beschäftigers waren noch zu klären. Dabei ging der Gerichtshof offenbar davon aus, dass dem Beschäftiger jegliches wirtschaftliche Interesse an der Arbeitsleistung fehlte. Zwar kann die Beschäftigung von wettbewerbsschwachen Personen Bestandteil eines wirtschaftlichen Konzepts sein – die öffentliche Hand unterstützt diese Betriebe oft großzügig<sup>51</sup> – doch trifft gerade das auf den Ausgangsfall nicht zu. Dem Träger des Betriebes, ein ideeller Verein, fehlte jede Erwerbsabsicht. Ziel der Inanspruchnahme öffentlicher Unterstützung war die Aufrechterhaltung der Werkstätte.

## **8. Prüfungsmaßstab**

Bei der Prüfung des Vertragszwecks können zwei unterschiedliche Zugänge gewählt werden. Der Zweck kann subjektiv oder objektiv ermittelt werden. Bei einer objektiven Beurteilung ist auf die Gestalt des Beschäftigungsverhältnisses zu achten. Aus den Umständen der Beschäftigung sind – aus einer Außenperspektive – die dahinterstehenden Zweckvorstellungen der Vertragsparteien zu erschließen. In Prüfung gezogen werden können nur solche Interessen, die in der Struktur des Vertragsverhältnisses Ausdruck finden. Davon zu unterscheiden ist die Beurteilung des Vertragszwecks anhand der subjektiven Absichten der Parteien. In diesem Fall ist der Zweck aus der Sicht der Parteien festzustellen. Dass er sich in Aufbau und Struktur des Be-

---

<sup>50</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 531.

<sup>51</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 79a.

schäftungsverhältnisses niederschlagen muss, ist nicht zu fordern. Wohl aber ist die Erkennbarkeit der Interessen zu verlangen.

Der OGH wählt in 9 ObA 105/09w eine objektive Betrachtungsweise. Er tut dies ohne auf die alternative Möglichkeit einzugehen, den Vertragszweck subjektiv zu ermitteln. Dass letzteres ebenso denkbar ist, belegt § 36 Abs 2 ArbVG.<sup>52</sup> In dessen Z 4 ist davon die Rede, dass Personen, die vorwiegend zu „Zwecken“ ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung beschäftigt werden, nicht zu den Arbeitnehmern iSd § 36 ArbVG zählen. Die Z 6 leg cit schließt Dienstleistende von der Belegschaftszugehörigkeit aus, die vorwiegend aus religiösen, karitativen oder sozialen „Motiven“ Arbeit verrichten. *Tomandl* leitet daraus ab, dass in den Fällen der Z 4 der dort angesprochene, besondere Zweck in objektiver Weise ermittelt werden müsse. Eine andere Herangehensweise sei bei Tätigkeiten iSd Z 6 geboten. Dort komme es auf die subjektiven, aber erkennbaren Vorstellungen des Arbeitenden, eben die Motive an.<sup>53 54</sup>

Das ist die Rechtslage im Betriebsverfassungsrecht. In dessen Anwendungsbereich mag es zweckmäßig sein, auf die subjektiven Absichten des Tätigen abzustellen (Z 6). Der Beschäftigte kann nicht Teil der Belegschaft sein, wenn er deren Schutzinteressen nicht teilt. Dass die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft im Arbeitsvertragsrecht von religiös, karitativ oder sozial motivierten Tätigen nach denselben Maßstäben vorzunehmen ist, folgt daraus aber nicht. Dort kann nicht bloß aus der Perspektive des Beschäftigten geprüft werden. Generell ist ein rein subjektiver Prüfungsmaßstab zur Bestimmung der (arbeitsvertragsrechtlichen) Arbeitnehmereigenschaft nicht geeignet. *„Schon die prinzipielle Selbstbeschränkung des Rechts auf die Regelung von äußerem Verhalten macht es unwahrscheinlich, daß es [...] nur auf völlig subjektive Kriterien ankommen sollte.“*<sup>55</sup> Sachgerecht ist es daher, objektiv vorzugehen. Entscheidend ist, dass eine Gesamtbetrachtung der Umstände zu dem Ergebnis führt, dass kein wirtschaftlicher Austausch vorliegt. Das ist kein Widerspruch

---

<sup>52</sup> Zur Bedeutung dieser Bestimmung im Arbeitsvertragsrecht siehe Kapitel 17.1.2.; Hier genügt vorerst der Hinweis, dass § 36 ArbVG in diesem Zusammenhang aussagekräftig ist.

<sup>53</sup> *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

<sup>54</sup> Krit Anm dazu in Kapitel 17.1.4.

<sup>55</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 22.

zu § 36 Abs 2 Z 6 ArbVG. Bei Tätigkeiten iS dieser Bestimmung kann die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft durchaus subjektiv und nur auf die Beschäftigteninteressen bezogen, geprüft werden (sofern die Motive des Dienstleistenden erkennbar sind). Im Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts ist dennoch objektiv vorzugehen.

Die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft im Arbeitsvertrags- und im Betriebsverfassungsrecht nach jeweils verschiedenen Prüfungsmaßstäben kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Das aber ist ein seltener Fall. Nicht oft wird der Beschäftigte subjektiv anderes vor haben als es objektiv den Anschein hat. Liegt objektiv ein ökonomischer Austausch vor, greift § 36 Abs 2 Z 6 ArbVG idR nicht ein (kommt ein Arbeitsvertrag zustande, ist der Beschäftigte ohnedies Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne; siehe dazu die Gegenausnahmeregelung in Z 6 aE). Ist kein Austausch gegeben, ist die Belegschaftszugehörigkeit des Beschäftigten in aller Regel zu verneinen.

## **9. Interessenslage und wirtschaftlicher Austausch**

*Rebhahn* fordert das Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages. Welcher Grundgedanke hinter seiner These steht ist klar: Ein nicht im Wirtschaftsleben verortetes Beschäftigungsverhältnis soll nicht dem Regelungsregime des Arbeitsrechts unterstellt sein. Wann aber ist ein Beschäftigungsverhältnis (nicht) dem Wirtschaftsleben zuzurechnen? Dazu wurde eingangs gesagt, dass Arbeitsrecht nicht für Verträge gelten soll, die eine vom typischen Arbeitsvertrag stark abweichende Prägung haben. Folgt das Beschäftigungsverhältnis keiner wirtschaftlichen Logik, erscheint die Anwendung von Arbeitsrecht fremd. Wann jedoch ein das Beschäftigungsverhältnis prägender, wirtschaftlicher Austausch (nicht) vorliegt, muss klar bestimmbar sein. Abstrakte Begriffe, wie „wirtschaftliche Prägung“ oder „wirtschaftliche Logik“ helfen nur wenig. Sie eignen sich lediglich dazu, die Trennlinie zwischen Beschäftigungsverhältnissen mit wirtschaftlichem Austauschcharakter und solchen, die auf einen besonderen Zweck hin ausgerichtet sind, grob vorzuzeichnen. Um zu bestimmen, wo die wirtschaftliche Lebenssphäre betreten wird und wo sie endet, ist es erforderlich, jene Interessen zu benen-

nen, die den wirtschaftlichen Austausch ausmachen. Die bloße Betonung der Andersartigkeit der Leistungsbeziehung reicht nicht aus.

Dazu seien einige Vorbemerkungen gemacht. Ein ökonomisches Austauschverhältnis ist gegeben, wenn der Vertrag den Vorstellungen der Parteien gemäß – so wie diese in der äußeren Beschaffenheit Ausdruck finden – objektiv als wirtschaftliches Geschäft anzusehen ist. Die äußere Gestalt des Vertragsverhältnisses muss Grund zur Annahme geben, dass beide Vertragspartner das Geschäft als ein wirtschaftliches begreifen. Das ist der Fall, wenn dieses der Befriedigung wirtschaftlicher Leistungsinteressen dient. Anderer Ansicht ist *Mayer-Maly*, der für eine rein objektivierte Prüfung des Erwerbs eintritt. Die Motive der Parteien will er nicht berücksichtigen. Der Erwerb müsse kein Beweggrund für die fragliche Tätigkeit sein – weder für den Beschäftigten noch für den Beschäftiger. Maßgeblich sei alleine, ob die Beschäftigung dem Erwerb diene.<sup>56</sup> Er schreibt: „*Bewirkt eine Beschäftigung einen Erwerb des Beschäftigten, so dient sie dem Erwerb, wenn das Verhalten auf den Erwerbserfolg zielte.*“<sup>57</sup> Somit soll das Bestehen eines objektiven Funktionszusammenhangs zwischen Tätigkeit und Erwerb über die Arbeitnehmereigenschaft entscheiden.<sup>58</sup> Auf das österreichische Arbeitsvertragsrecht kann *Mayer-Malys* Konzept von der Erwerbsdienlichkeit nicht übertragen werden. Dieses wurde zum Arbeitnehmerbegriff des deutschen Betriebsverfassungsrechts entwickelt. § 36 ArbVG, die korrespondierende Bestimmung im österreichischen Recht, lässt eine von den Parteiabsichten völlig losgelöste Prüfung nicht zu (siehe vor allem Abs 2 Z 6 *leg cit*, wo vom „Motiv“ die Rede ist). Hinzu kommt, dass es im österreichischen Recht nicht drauf ankommen kann, ob die Tätigkeit tatsächlich „einen Erwerb bewirkt“ (dazu sogleich).

### **9.1. Die Interessen des Beschäftigten**

Das Interesse des Arbeitenden liegt typischerweise in der Abgeltung der Dienste. Die Entlohnung des Beschäftigten zu fordern, liegt daher nahe. Tut man das, gäbe es einen prägenden, wirtschaftlichen Austausch aber nur im entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis. Auf unentgeltliche Vertragsverhältnisse wäre das Arbeitsrecht nicht

---

<sup>56</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 22.

<sup>57</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 22.

<sup>58</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 22.

anzuwenden. Das wäre ein offenkundig unrichtiges Ergebnis. Die Entlohnung des Beschäftigten ist kein notwendiger Bestandteil des Arbeitsvertrages (§ 1152 ABGB). An das geforderte Leistungsinteresse sind daher keine hohen Anforderungen zu stellen. Wie aber muss es beschaffen sein? Auf das Interesse an monetären Leistungen außerhalb des Synallagmas kann es nicht ankommen. Dann wäre die These in sich widersprüchlich. Sie verlangt ja gerade ein echtes, wirtschaftliches Austauschgeschäft und bezieht sich solcherart auf die Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag. Dass der Tätige wegen der Beschäftigung sozialversichert ist und Abfertigungsansprüche erwirbt, kann nicht entscheidend sein.

Richtig ist es, einen *abstrakten Leistungsaustausch* für maßgeblich zu halten. Auf die tatsächliche Ausbezahlung eines Lohnes bzw auf das Entstehen eines Entgeltzahlungsanspruches ist nicht abzustellen. Dass der Beschäftigte ökonomische Ziele verfolgt, ist schon anzunehmen, wenn er Arbeiten verrichtet, die zum Erwerb geeignet sind und es ihm nicht am Interesse mangelt, Teil des Wirtschaftslebens zu sein. Dessen Vorliegen ist – nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen – negativ zu bestimmen. Es zählt die Abweichung vom modellhaften Arbeitsverhältnis (wodurch eigentlich das Nicht-Vorliegen wirtschaftlicher Interessen geprüft wird). Einen positiven Austausch in dem Sinne, dass für Arbeit Geld gegeben wird, braucht es nicht.

Folgt man dem, ist ein (abstraktes) Erwerbsinteresse gegeben, wenn der Beschäftigte in einen wirtschaftlichen Arbeitsprozess eingebunden ist, seine Arbeitskraft wie ein entgeltlich Tätiger einsetzt und der Beschäftiger für Arbeiten dieser Art, würde sie jemand anderer verrichten, volle Vergütung leisten müsste. Wer einen „echten“ Job annimmt, aber keine Bezahlung verlangt, will im Wirtschaftsleben auftreten. Daher sind Ordensleute, die in Krankenhäusern oder Pflegeeinrichtungen unentgeltlich arbeiten, in einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis tätig. Sie können Arbeitnehmer sein, wenn eine vertragliche Bindung zur jeweiligen Einrichtung besteht und persönliche Abhängigkeit vorliegt. Gleiches gilt für freiwillige Helfer des Roten Kreuzes, die, ungeachtet ihrer Vereinsmitgliedschaft, in einer vertraglichen geregelten Beziehung zur Organisation stehen. Kein wirtschaftliches Interesse an der Tätigkeit hat hingegen idR, wer in einem Umfeld beschäftigt ist, das keinen Bezug zum regulären Arbeitsleben aufweist. Das ist insb der Fall, wenn der Einsatz von Arbeitskraft von

untergeordneter Bedeutung ist und der Arbeitsplatz speziell zur Förderung des Beschäftigten eingerichtet wurde.

## **9.2. Die Interessen des Beschäftigten**

Wer Arbeit leistet und diese seinem Beschäftigten zuwendet, befriedigt nicht automatisch ein wirtschaftliches Leistungsinteresse. Die Arbeit muss einen wirtschaftlichen Wert aufweisen. Sie muss, gemessen an den Zielen des Beschäftigten, verwertbar sein. Nun ist jede in Hinblick auf die Ziele des Beschäftigten erbrachte Leistung ein Beitrag zur Erreichung eben dieser Ziele – mag sie auch noch so gering sein. Es liegt aber auf der Hand, dass nicht jede Arbeitsleistung als verwertbar anzusehen ist, die einen Beitrag in diesem Sinne darstellt. Analog zur Beschäftigtenseite sind auch an das Erwerbsinteresse (Verwertungsinteresse) des Beschäftigten keine hohen Anforderungen zu stellen – schließlich kommt es auf das Vorliegen eines abstrakten Leistungsaustausches an. Einem wirtschaftlichen Leistungsinteresse des Beschäftigten ist daher Genüge getan, wenn er Leistungen entgegennimmt, die zur Verwertung geeignet sind. Umgekehrt gilt ein wirtschaftliches Leistungsinteresse als nicht befriedigt, wenn der Beschäftigte offensichtlich unverwertbare Arbeiten nachfragt.

In 9 ObA 105/09w hat der OGH die durch die Beschäftigung entstehenden Kosten dem aus der Beschäftigung gewonnenen Ertrag gegenübergestellt, um festzustellen, ob ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Beschäftigten vorliegt. Der Kostenaufwand, den der Beschäftigte zu tragen hat, kann durchaus in die Beurteilung mit einbezogen werden. Jedoch kann das Argument, dass die dem Beschäftigten erwachsenden Kosten außer Verhältnis zum Wert der Arbeitsleistung stehen nicht schwer wiegen. Ein hoher Kostenaufwand kann allenfalls ein Indiz dafür sein, dass die Arbeitsleistung nicht verwertbar ist. Gleich verhält es sich mit öffentlichen Subventionen und privaten Spenden. Fraglich ist aber, in welchem Ausmaß Zuwendungen gewährt werden müssen, sodass die Unverwertbarkeit der Arbeitsleistung indiziert ist. Soll jede arbeitsplatzbezogene Zuwendung, mag sie auch nicht ins Gewicht fallen, gegen das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages sprechen? Ist es umgekehrt erforderlich, dass der in Frage stehende Job ohne Förderung gar nicht weiterbestehen kann? Oder liegt die Lösung dazwischen, sodass sich die Tätigkeit des Beschäftigten zu einem maßgeblichen Teil auf Zuwendungen stützen muss? Sinnvoll ist es mE, von der Un-

verwertbarkeit erst dann auszugehen, wenn der Beschäftigte ohne Zuwendungen von einer Weiterbeschäftigung der Tätigen absehen oder den Betrieb ganz einstellen würde.

## **10. EXKURS: Kein Arbeitsrecht bei unentgeltlichen Verträgen?**

Hält man das Vorliegen eines wirtschaftlichen Leistungsaustausches für ein unverzichtbares Merkmal des Arbeitsverhältnisses, stellt sich die Frage, ob es einen unentgeltlichen Arbeitsvertrag weiterhin geben soll. Zwar ist § 1152 ABGB als Ausnahmebestimmung konzipiert, doch erscheint er in diesem Fall noch systemfremder als er es gegenwärtig ist. Die Nicht-Anwendung von Arbeitsrecht auf unentgeltliche Verträge wird schon seit langem diskutiert. *Tomandl* vertritt die Ansicht, dass der unentgeltliche Arbeitsvertrag nicht mit dem Arbeitnehmerschutzgedanken harmonisiert: *„Das Schutzprinzip, das hinter den zwingenden Normen des Arbeitsrechtes steht, findet seine Motivierung in dem ökonomischen oder sozialen Zwang, ein Arbeitsverhältnis zur Sicherung der Existenz eingehen bzw. einen Beruf auf einem Arbeitsvertrag aufbauen zu müssen.“*<sup>59</sup> Wer unentgeltlich zur Arbeitsleistung bereit ist, sei nicht schutzwürdig und könne aus dem Arbeitsrecht ausgeschlossen werden.<sup>60</sup>

Diese Überlegung trifft auf die meisten unentgeltlichen Beschäftigungsverhältnisse zu. Vereinzelt aber macht es Sinn, § 1152 ABGB als Ausnahmebestimmung beizubehalten. Man denke etwa an Personen, die wegen der Aussicht auf einen bezahlten Job zunächst ihrer unentgeltlichen Erprobung zustimmen. Ein unmittelbares Erwerbsinteresse ist bei ihnen nicht vorhanden. Jedoch wahren die Beschäftigten ihre Chance auf einen „echten“ Job nur durch die Einwilligung in einen unentgeltlichen Vertrag. Würde § 1152 ABGB im Sinne *Tomandls* reformiert, hätten sie für die Zeit ihrer unbezahlten Verwendung bspw. keinen gesetzlichen Anspruch auf Urlaub. Auch der Arbeitszeit wären durch das AZG keine Grenzen gesetzt. Das wäre vor allem in jenen Fällen untragbar, in denen der unentgeltlichen Erprobung keine Beschäftigung in einem „vollwertigen“ Arbeitsverhältnis folgt. § 1152 ABGB sollte daher in vollem Umfang beibehalten werden.

---

<sup>59</sup> *Tomandl*, Wesensmerkmale, 177.

<sup>60</sup> *Tomandl*, Wesensmerkmale, 177.

## **SOZIALE UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN DER THESE**

### **11. Einleitendes**

Erörtert wurde, wie der Begriff des wirtschaftlichen Vertragszwecks bzw der des prägenden, wirtschaftlichen Austausches zu verstehen ist. Nun gilt es sich der Frage zu widmen, welche Konsequenzen die Rechtsansicht *Rebhahns* hat. Deren Folgen für das Arbeitsrecht wurden schon in der Einleitung dargestellt. Hier interessieren die Auswirkungen in sozialer und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. So zielt die These auf Personen ab, deren Ausschluss aus dem Arbeitsrecht kein sozial ausgewogenes Ergebnis wäre. Daneben steht das Herausfallen jener aus dem Schutzbereich des ASVG im Raum, die zu anderen als zu Erwerbszwecken tätig sind.

### **12. Soziale Folgen**

#### **12.1. Der betroffene Personenkreis**

Nach der These sind alle aus dem Arbeitsrecht auszuschließen, die nicht unter vorwiegend ökonomischen Bedingungen arbeiten. Dabei handelt es sich um keine homogene Personengruppe. Zwei Kategorien von Dienstleistenden sind zu unterscheiden: Erstens gehören dem betroffenen Personenkreis Beschäftigte an, die die Tätigkeit in einem austauschfremden Leistungsverhältnis anstreben, obwohl ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung im Wirtschaftsleben offen steht (zB Ordensleute). Es sind Personen, die sich auch für eine andere als eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit entscheiden können, in einem wirtschaftlichen Kontext aber nicht arbeiten wollen. Die Unanwendbarkeit von Arbeitsrecht nehmen sie in Kauf. Sie haben gar kein Interesse daran, Schutzsubjekt des Arbeitsrechts zu sein. Zweitens sind von der Engerziehung der Arbeitnehmerdefinition Personen betroffen, die über eine derartige Wahlmöglichkeit nicht verfügen. In einigen Fällen nämlich ist das Beschäftigungsverhältnis wegen des geringen Produktivitätsgrades des Tätigen derart auf dessen Bedürfnisse zuzuschneiden, sodass es am geforderten Wirtschaftlichkeitselement notwendigerweise mangelt.

Hier ist vor allem die zweite Gruppe von Interesse. Sie umfasst Beschäftigte, deren Verhandlungsposition gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber nicht schlechter

sein könnte. Offensichtlich ist, dass derjenige, dessen Arbeitskraft nicht voll ausgeprägt ist, zu Verhandlungen mit dem Beschäftiger auf Augenhöhe nicht fähig ist. Seine Arbeitskraft wird am Arbeitsmarkt ja nicht (voll) nachgefragt. Er muss froh sein, überhaupt Beschäftigung zu finden. Eben dieser Umstand erlaubt es ihm lediglich, eine wirtschaftsferne Beschäftigung anzunehmen. Die Engerziehung des Arbeitnehmerbegriffs betrifft somit auch Personen, von denen man eigentlich vermuten würde, dass sie schutzbedürftig iSd Arbeitsrechts sind.

## **12.2. Entzug privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten?**

Gezeigt wurde, dass es Beschäftigte gibt, die wegen ihrer persönlichen Eigenschaften in kein wirtschaftliches Austauschverhältnis eingebunden werden können. Sie befinden sich in einer Drucksituation. Ihr Wille richtet sich zwangsläufig auf das Eingehen eines wirtschaftsfernen Beschäftigungsverhältnisses. Das Interesse an einem echten Arbeitsverhältnis tritt hinter andere Ziele, wie jene der gesundheitlichen und beruflichen Rehabilitation, zurück. Die Einigung auf ein wirtschaftsfernes Beschäftigungsverhältnis ist bloß der kleinste gemeinsame Nenner zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger, dh eine Kompromisslösung. Was aber bedeutet das vor dem Hintergrund der These? Steht es den fraglichen Personen nicht frei, die Rechtsform des Arbeitsvertrages zu wählen?

Dass die in Rede stehenden Beschäftigten sich nicht für einen Arbeitsvertrag entscheiden können, trifft in dieser Absolutheit nicht zu. Auch leistungseingeschränkte Personen können in einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis zu ihrem Beschäftiger stehen. Schließlich ist es Sache der Vertragsparteien, das Vertragsverhältnis durch entsprechende Gestaltung der Beschäftigungsbedingungen zu definieren. Dass eine Leistungseinschränkung so schwer wiegt, dass sie dem Beschäftigungsverhältnis die wirtschaftliche Prägung nimmt, kann nur das Ergebnis einer Einzelfallprüfung sein. Insb kann keine generelle Aussage dahingehend getroffen werden, wann die Tätigkeit für den Beschäftiger (nicht) von Nutzen ist. Freilich gibt es einen physischen oder psychischen Zustand, der die Gestaltung des Beschäftigungsverhältnisses nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten absolut unmöglich macht – einen Punkt, an dem von einer wirtschaftlichen Leistung objektiv nicht mehr gesprochen werden kann. Es betrifft dies die Fälle der Beschäftigungstherapie, auf die Arbeitsrecht ohnehin nicht

anwendbar ist. Selbst wenn die Parteien kein wirtschaftliches Austauschverhältnis begründen, kann ein Arbeitsvertrag vorliegen. Aus § 36 ArbVG geht hervor, dass ein Arbeitsvertrag jedenfalls zustande kommt, wenn die Parteien ohne Zweifel einen solchen abschließen wollen. Dass dem Vertrag der vorwiegend wirtschaftliche Charakter fehlt, ist in diesem Fall unerheblich.<sup>61</sup>

Nur wenn der wirtschaftliche Zweck aus den Beschäftigungsbedingungen nicht eindeutig hervorleuchtet oder nicht hinreichend klar ist, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages intendiert ist, kann von eingeschränkter Gestaltungsfreiheit die Rede sein. „Nur“ in Zweifelsfällen gehen die betroffenen Personen ihrer Dispositionsmöglichkeiten hinsichtlich des rechtlichen Rahmens ihrer Beschäftigung verlustig. Für diese aber sind die Konsequenzen hart.

### **12.3. Zusammenfassung**

Die These vermindert die Chance auf eine Beschäftigung in einem echten Arbeitsverhältnis sofern es Personen mit niedrigem Leistungspotenzial betrifft. Die Aussichten auf eine wirtschaftliche Beschäftigung verringern sich umso mehr, je weniger der Tätige aufgrund persönlicher Eigenschaften zu leisten vermag und je stärker er auf begleitende Betreuung angewiesen ist. Soll die Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit für die Erlangung des Arbeitnehmerstatus nicht ausreichen, werden entsprechend weniger Arbeitsverträge abgeschlossen. Im Zweifelsfall bleibt jenen der Schutz durch das Arbeitsrecht versagt, die zu den Schwächsten im Arbeitsleben zählen. Darin liegt die soziale Problematik der These.

### **13. Auswirkungen auf das Sozialversicherungsrecht**

Nimmt man für das Arbeitsverhältnis an, dass es einen dominierenden, wirtschaftlichen Austausch voraussetzt, ist es naheliegend, für das sozialversicherungsrechtliche Dienstverhältnis gleiches zu fordern.<sup>62</sup> *Schrammel* meint, dass nur solche Tätigkeiten sozialversicherungspflichtig sind, die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen. Ihm zufolge ist nicht Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG, wer ausschließlich zu Er-

---

<sup>61</sup> Siehe Kapitel 17.1.6.

<sup>62</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 78.

ziehungs- oder Heilungszwecken tätig wird.<sup>63</sup> Folgt man dem, kann ein austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis keinen Pflichtversicherungsschutz vermitteln. Das ist nicht unbestreitbar. Die zu § 1151 Abs 1 ABGB angestellten Überlegungen sind auf den sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriff nicht ohne Weiteres übertragbar. Das zeigt schon § 11 Abs 4 lit a BEinstG, der sonst hinsichtlich des Pflichtversicherungserfordernisses sinnlos wäre.

### **13.1. Das Verhältnis von § 1151 ABGB und § 4 ASVG**

Die Arbeitnehmer-bzw Dienstnehmerbegriffe des Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts laufen weitgehend parallel. Sie sind in wesentlichen Teilen deckungsgleich. Persönliche Abhängigkeit meint da wie dort dasselbe.<sup>64</sup> Daraus könnte abgeleitet werden, dass die im Kontext arbeitsrechtlicher Problemstellungen entwickelte These auch im Sozialversicherungsrecht gilt. In der Tat ist die Nähe des Sozialversicherungsrechts zum Arbeitsleben und zum Arbeitsrecht offensichtlich. So setzt das Entstehen eines Versicherungsverhältnisses grundsätzlich den Einsatz von Arbeitskraft voraus. Jeder, der seinen Lebensunterhalt durch Arbeit bestreitet, weist jenes Schutzbedürfnis auf, an das das Sozialversicherungsrecht anknüpft.<sup>65</sup> Das gilt nicht nur für das Pflichtversicherungsverhältnis. Auch bei den verschiedenen Formen der freiwilligen Versicherung besteht zumeist ein Zusammenhang zwischen dem Versicherungsverhältnis und dem Einsatz von Arbeitskraft. Gleich ist die Sachlage beim Formalversicherungsverhältnis. Die unrichtige Anmeldung zur Sozialversicherung sowie die irrtümliche Abfuhr von Beiträgen werden idR auf die Leistung von Arbeit zurückzuführen sein. Dennoch muss aus der Verengung des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs die Engerziehung des sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriffs nicht notwendig folgen. Trotz des inhaltlichen Gleichlaufs dieser Begriffe liegen zwei rechtlich voneinander unabhängige Tatbestände vor. Weder § 1151 Abs 1 ABGB noch § 4 Abs 2 ASVG enthalten Verweise auf die jeweils andere Bestimmung. Ferner sind die Arbeitnehmer- bzw Dienstnehmerbegriffe nicht vollkommen ident. Eine Übereinstimmung in allen Punkten besteht nicht. Die Gemeinsamkeiten

---

<sup>63</sup> Schrammel, ÖAKR 1982, 96.

<sup>64</sup> Krejci/Marhold/Karl in Tomandl, SV-System, 24. EL, 46 f.

<sup>65</sup> Krejci, VersRdsch 1976, 314 FN 37.

können nicht darüber hinwegtäuschen, dass in Bezug auf die Entgeltlichkeit und die rechtliche Bewertung faktischer Dienstleistungen Unterschiede bestehen.

Die Parallelität der Arbeitnehmer- bzw Dienstnehmerbegriffe ist nur eine beschränkte. Sie besteht hinsichtlich jener Merkmale, die das persönliche Abhängigkeitsverhältnis ausmachen. Nur diese Elemente fallen in die gemeinsame Schnittmenge. Nun aber ist der prägende, wirtschaftliche Austausch – anerkennt man ihn als konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages – von der persönlichen Abhängigkeit getrennt zu sehen. Daraus folgt, dass keine Wechselwirkung zwischen § 1151 Abs 1 ABGB und § 4 Abs 2 ASVG besteht, soweit Merkmale des Arbeitsvertrages in Frage stehen, die nicht das persönliche Abhängigkeitsverhältnis betreffen. Aus der bloßen Gegenüberstellung von arbeitsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff und sozialversicherungsrechtlichem Dienstnehmerbegriff ist nichts zu gewinnen – weder Argumente für noch gegen die Gültigkeit der These im Sozialversicherungsrecht.

### **13.2. Schutzzweck und Beschäftigungsbegriff**

*Rebhahn* und, ihm folgend, der OGH stützen ihre Ansichten zum arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auf zwei Argumente. Erstens entspreche es der Zielsetzung des Arbeitsrechts, dessen Vorschriften auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse nicht anzuwenden. Zweitens ergebe sich das Vorliegenmüssen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches aus dem Wortlaut der Arbeitnehmerdefinition. Das erste Argument nimmt auf die Funktionen des Arbeitsrechts Bezug.<sup>66</sup> Dessen Aufgabe bestehe ua darin, Wirtschaftsbeziehungen zu regeln. Das Arbeitsrecht sei ein Teilgebiet des Wirtschaftsrechts, dem nur wirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse unterliegen. Das zweite Argument knüpft an den Arbeitsbegriff des Arbeitsrechts an. Bestritten wird, dass von einer Dienstleistung für einen anderen auszugehen ist, wenn diese nur von geringem wirtschaftlichen Nutzen für den Beschäftiger und/oder den Beschäftigten ist oder eines solchen Nutzens überhaupt entbehrt. Zu untersuchen ist nun, ob diese Erwägungen auch auf das Sozialversicherungsrecht zutreffen.

---

<sup>66</sup> Siehe Kapitel 19.

### 13.2.1. Widerspruch zum Schutzgedanken

Brodil/Windisch-Graetz umreißen die Zielsetzung des Sozial(versicherungs)rechts wenn sie schreiben, dass es „eine der wesentlichsten Aufgaben einer Gesellschaft [ist], für bestimmte Risikofälle, die die Existenz des Einzelnen massiv bedrohen können [...] Vorsorge zu treffen“<sup>67</sup>. Durch das Sozialversicherungsrecht soll nach Krejci geschützt sein, wem das alleinverantwortliche Tragen der mit dem Leben verbundenen Risiken nicht auferlegt werden kann: „Der Sozialversicherungsschutz dient allen, [...] bei [...] [denen] typischerweise angenommen wird, daß sie nicht in der Lage sind bzw. [es] ihnen unzumutbar ist, die vom System der sozialen Sicherheit übernommenen Lebensrisiken aus eigenen Mitteln zu tragen.“<sup>68</sup> Tatsächlich ergänzen sich die Tatbestände in den Sozialversicherungsgesetzen. Dementsprechend groß ist der Versichertenkreis. Als Beispiele sind anzuführen: Die umfassende Anspruchsberechtigung naher Angehöriger dem Krankenversicherungsträger gegenüber (§ 123 ASVG); die Generalklausel des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG, die alle selbständig, nicht nach anderen Tatbeständen Versicherten erfasst;<sup>69</sup> die Anordnung des § 176 Abs 1 Z 2 ASVG, wonach Unfälle, die sich bei der (versuchten) Rettung eines Menschen ereignen, Arbeitsunfällen gleichgestellt sind („beitragsloser Versicherungsschutz“).<sup>70</sup> Auch die Bestimmungen über die Weiter- und Selbstversicherung sind zu nennen. Die als Auffangtatbestände konzipierten §§ 16 ff ASVG sollen Tätige erfassen, die nicht pflichtversichert sind. Sie haben Lückenschließungsfunktion.<sup>71</sup> Selbst die irrtümliche Leistung von Beiträgen an die Sozialversicherung lässt ein Versicherungsverhältnis entstehen (§§ 21 f ASVG). Überdies stellt das Fehlen eines rechtswirksamen Dienstvertrages kein Hindernis für die Erlangung der sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmereigenschaft dar. Faktische Beschäftigungsverhältnisse fallen unter den Tatbestand des § 4 Abs 2 ASVG, wenn der Abschluss eines Arbeitsvertrages aus rechtlichen Gründen nicht erreicht, ein Leistungsverhältnis aber dennoch in

---

<sup>67</sup> Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht<sup>6</sup>, 17.

<sup>68</sup> Krejci, VersRdsch 1976, 314.

<sup>69</sup> Krejci/Marhold/Karl/Risak in Tomandl, SV-System, 24. EL, 60 f.

<sup>70</sup> Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht<sup>6</sup>, 89.

<sup>71</sup> Krejci/Marhold/Karl in Tomandl, SV-System, 23. EL, 110/11 f.

Vollzug gesetzt wurde.<sup>72</sup> Damit setzt § 4 Abs 2 ASVG das Vorliegen eines gültigen Dienstvertrages nicht voraus. Um dem Kreis der Vollversicherten anzugehören, braucht es keine vertraglich vereinbarte, persönliche Leistungsverpflichtung. Die tatsächliche aber persönlich und wirtschaftlich abhängige Arbeitsleistung reicht aus.

Das zeigt, dass es in der Absicht des Gesetzgebers lag, den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungsgesetze weit zu fassen und möglichst vielen Menschen sozialen Schutz zu bieten. *Krejci* zufolge reagiert das Sozialversicherungsrecht „aus Gründen eines möglichst umfassenden Schutzes [...] ohne nähere Differenzierung nach der gesamten Lebenssituation des einzelnen, konkreten Beschäftigten auf jede, auch auf bloß vorübergehende und nur kurze Beschäftigungen[] schutzgewährend“<sup>73</sup>. Jede Art entgeltlicher Tätigkeit soll versichert sein.<sup>74</sup> Daraus folgt, dass nicht nur jene Arbeiten versicherungspflichtig oder freiwillig versicherbar sind, die dem Wirtschaftsleben zuzurechnen sind. Vielmehr ist die soziale Absicherung auch solcher Personen, deren Beschäftigungsverhältnis nicht von einem ökonomischen Austausch bestimmt ist, vom Schutzzweck des Sozialversicherungsrechts erfasst. Das an der Stoßrichtung des Arbeitsrechts ansetzende Argument, das für die Engerziehung des Arbeitnehmerbegriffs ins Treffen geführt wird, vermag im Bereich des Sozialversicherungsrechts nicht zu überzeugen.

### 13.2.2. Der Begriff der Beschäftigung

Zu prüfen ist, ob § 4 Abs 2 ASVG ein wirtschaftsbezogener Beschäftigungsbegriff zugrunde liegt. Genügt es im Sozialversicherungsrecht nicht, dass die Leistung einem anderen zugewendet wird? Ist nur von „Beschäftigung“ zu sprechen, wenn die Arbeiten der Befriedigung sowohl eines ökonomischen Leistungsinteresses des Beschäftigers, wie auch eines wirtschaftlichen Interesses des Beschäftigten dienen? Unter Beschäftigung mag man eben das verstehen können. Der Wortlaut des § 4 Abs 2 ASVG trägt durchaus eine solche Auffassung. Eindeutig ist er aber nicht, weshalb

---

<sup>72</sup> *Krejci/Marhold/Karl/Risak* in Tomandl, SV-System, 24. EL, 54.

<sup>73</sup> *Krejci*, VersRdsch 1976, 314.

<sup>74</sup> Das war nicht immer so. Erst mit dem ASRÄG 1997 – im Zuge dessen ua die Gruppe der Neuen Selbständigen geschaffen wurde – hat der Gesetzgeber die Einbeziehung fast aller Einkommen in die Sozialversicherung gewährleistet: BGBl I 1997/139.

fraglich ist, ob die Bestimmung überhaupt so gelesen werden kann. Das muss verneint werden. Wiederum sprechen die Grundwertungen des Sozialversicherungsrechts dagegen. Es ist gerade die behauptete wirtschaftliche Ausrichtung des Arbeitsrechts, die es möglich macht, den Wortlaut des § 1151 Abs 1 ABGB iSd These zu verstehen. Erst sie unterlegt der Formulierung „Dienstleitung für einen anderen“ jenen Sinn. Gleich verhält es sich im Sozialversicherungsrecht. Aus dem Wortlaut des § 4 Abs 2 ASVG ist nicht zweifelsfrei abzuleiten, dass Dienstnehmer nur sein kann, wer in einem vorwiegend wirtschaftlich geprägten Beschäftigungsverhältnis tätig ist. Die Bestimmung muss im Lichte der Grundwertungen des Sozialversicherungsrechts ausgelegt werden. Der Beschäftigungsbegriff ist somit kein tauglicher Begründungsansatz für die These. Für diese spricht eher, dass die Sozialversicherungspflicht an das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses anknüpft. Das ist nicht selbstverständlich. Die Verknüpfung von Arbeit und sozialem Schutz ist nicht das einzige denkbare Ordnungsmodell für ein System sozialer Sicherheit. So hätte der Gesetzgeber zB alle im Inland Ansässigen in den Kreis der Sozialversicherten mit einbeziehen und die Finanzierung durch allgemeine Steuermittel sicherstellen können.<sup>75</sup> Das hat er nicht getan. Man mag argumentieren können, dass dieser Umstand Ausdruck einer wirtschaftlichen Prägung des Sozialversicherungsrechts ist. Eher aber liegen der Anknüpfung an ein Beschäftigungsverhältnis praktische Überlegungen zugrunde.

### 13.3. Zur notwendigen Entgeltlichkeit der Leistung

§ 4 Abs 2 ASVG verlangt die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung. *Schrammel* will daraus ableiten, dass Tätigkeiten, die für den Beschäftiger keinen in Geld messbaren Wert haben, nicht als Beschäftigung anzusehen sind.<sup>76</sup> Er schreibt: „*Dem menschlichen Verhalten muß insofern ein abstrakter wirtschaftlicher Wert zukommen, als es am Arbeitsmarkt nachgefragt wird. Nur dann liegt eine für die Entgeltlichkeit der Beschäftigung wesensnotwendige ‚Leistung‘ [...] vor.*“<sup>77</sup> Entscheidend sei, dass das in Frage stehende Verhalten geeignet ist, ein wirtschaftliches Leistungsinteresse des

---

<sup>75</sup> Vgl *Schrammel*, ÖAKR 1982, 92 f.

<sup>76</sup> *Schrammel*, ÖAKR 1982, 96.

<sup>77</sup> *Schrammel*, ÖAKR 1982, 96.

Nachfragenden zu befriedigen. Nur solche Tätigkeiten seien der Entgeltlichkeit fähig.<sup>78</sup>

Dass die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft die Befriedigung eines wirtschaftlichen Leistungsinteresses *des Beschäftigten* voraussetzt, lässt sich aus dem Entgeltlichkeitserfordernis nicht gewinnen: Entgelt ist, was für das Zurverfügungstellen von Arbeitskraft gegeben wird (vgl. § 49 ASVG). Nun wird der Beschäftigte für ihn unbrauchbare Dienste nicht abgelten. Er wird sie erst gar nicht nachfragen. Dennoch gibt es vereinzelt Fälle, in denen Arbeitskraft nachgefragt und vergütet wird, obwohl der Beschäftigte kein wirtschaftliches Interesse an ihr hat. Dann liegt zwar ein Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt vor, doch ist der Zweck dieses Austausches ein atypischer, eben ein wirtschaftsferner. Entgeltlichkeit bedeutet nämlich, dass der Beschäftigte für sein sorgfältiges Bemühen bezahlt wird – und nur für dieses. Dass das Bemühen einen wirtschaftlichen Mehrwert auf Beschäftigterseite schafft, ist nicht notwendig. Auch unverwertbare Leistungen können entgeltlich sein, wenn sie den Beschäftigten – aus welchen Gründen auch immer – dazu veranlassen, dafür zu bezahlen. Stets aber muss der Tätige zum sorgfältigen Bemühen verpflichtet sein. Trifft den Beschäftigten keine Arbeitspflicht, liegt Entgeltlichkeit nicht vor. Er ist nicht Dienstnehmer.<sup>79</sup>

Dass nur entgeltliche Tätigkeiten versichert sind, spricht eher für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Leistungsinteresses *beim Arbeitenden*. Vertreter der These verlangen einen prägenden, wirtschaftlichen Austausch und damit das Vorliegen wirtschaftlicher Interessen aufseiten beider Vertragsparteien. Gezeigt wurde, dass an dieses Erfordernis keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Ein abstraktes Austauschverhältnis soll ausreichen. Wird der Beschäftigte tatsächlich bezahlt, ist sein Erwerbsinteresse jedenfalls zu bejahen.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Schrammel, ÖAKR 1982, 97.

<sup>79</sup> Vgl. Schrammel, ÖAKR 1982, 97.

<sup>80</sup> Siehe Kapitel 9.1.

### **13.4. Zusammenfassung**

Während es insb unter Berufung auf die Funktionen des Arbeitsrechts plausibel erscheint, nur jene dem Kreis der Arbeitnehmer zuzuzählen, die unter ökonomischen Bedingungen arbeiten, gilt für das Sozialversicherungsrecht anderes. Dort hat die These keine Bedeutung. Gegen sie spricht die Absicht des Gesetzgebers, den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungsgesetze weit zu fassen. Vollen Versicherungsschutz genießt daher auch, wer zwar gegen Entgelt beschäftigt, jedoch in kein wirtschaftliches Austauschverhältnis eingebunden ist. Dahingehend besteht – sieht man die These als für das Arbeitsrecht gültig an – ein signifikanter Unterschied zwischen dem Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts und dem Dienstnehmerbegriff des Sozialversicherungsrechts. Sodann ist ein Dienstleistender im Einzelfall nicht Arbeitnehmer, während voller Pflichtversicherungsschutz besteht (vorausgesetzt, die Arbeit wird entgolten). Dass § 1151 ABGB und § 4 Abs 2 ASVG in diesem Punkt auseinanderfallen, bereitet keine Probleme. Auch abseits des Kriteriums des prägenden, wirtschaftlichen Austausches muss ein und derselbe Erwerbstätige nicht notwendigerweise von beiden Tatbeständen erfasst sein.

## **14. Die Engerziehung der Arbeitnehmerdefinition als Chance?**

### **14.1. Abbau von Gestaltungsschranken in Entgeltfragen**

Es ist Sache der Vertragsparteien für die Leistung des Tätigen das Entgelt festzulegen. Es entspricht einer ökonomischen Logik, dass sowohl der Beschäftigte wie auch der Beschäftiger danach trachten, ein vorteilhaftes Ergebnis auszuverhandeln. Dem Wunsch des Tätigen nach einer großzügigen Entlohnung steht die Absicht des Beschäftigers gegenüber, die Kosten für die Inanspruchnahme von Arbeitskraft gering zu halten. Die Vertragsverhandlungen führen idealtypischerweise zu einem wirtschaftlich ausgewogenen Verhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und dem Lohn. Die Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien stößt allerdings dort an ihre Grenzen wo Kollektivverträge Mindestlöhne vorsehen. Diese lassen eine Anpassung des Lohnes an die Leistungsfähigkeit des Beschäftigten nicht in allen Fällen zu. Ist das Leistungspotential des Tätigen derart gering, dass eine Entlohnung auf unterkollektivvertraglichem Niveau angezeigt wäre, ist dennoch das volle Mindestentgelt zu bezahlen. Das hat zur Konsequenz, dass Personen mit verminderter Leistungsfä-

higkeit ein zu hohes Entgelt beziehen. Die kollektivvertraglichen Mindestlöhne verlieren damit ihre *wirtschaftliche Rechtfertigung*.

Dass eine der Leistungsfähigkeit des Tätigen entsprechende Herabsetzung des Entgelts nur bis zum kollektivvertraglichen Mindestlohn zulässig ist, engt die Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien in Entgeltfragen ein. Falsch wäre es aber, die Festlegung von Mindestlöhnen nur durch die ökonomische Brille zu betrachten. Sie ist kein korrekturbedürftiger Irrtum des Gesetzgebers oder der Kollektivvertragsparteien. Die Beschränkung privatautonomer Gestaltungsmacht in Entgeltangelegenheiten macht Sinn! Sie sichert den Beschäftigten das Auskommen, wie der Kollektivvertrag für das Arbeitsleben auch sonst wichtige Funktionen erfüllt.<sup>81</sup> Zu befürchten ist aber, dass die kollektivvertraglichen Mindestlohnbestimmungen bei Beschäftigungsverhältnissen mit wirtschaftsfernem Zweck ihre Wirkung verfehlen. Zwar wird auch in diesen Fällen das Auskommen des Arbeitenden gewährleistet, doch wird das Problem der eingeschränkten Dispositionsbefugnisse in Entgeltfragen schon – und gerade – im Anbahnungsstadium virulent. In nicht wenigen Fällen nämlich wird dieser Umstand potentielle Arbeitgeber dazu veranlassen, von einer Beschäftigung wenig leistungsfähiger Personen Abstand zu nehmen. Die Anwendbarkeit kollektivvertraglicher Entgeltbestimmungen kann sohin ein Hemmnis für die Beschäftigung von leistungsschwachen Menschen sein. Das gilt zwar nicht für Betriebe, die eigens zur Förderung von leistungseingeschränkten Personen eingerichtet sind, wohl aber für Unternehmen, die die Erreichung solcher Ziele nicht primär im Auge haben. Dort wird die Bereitschaft, schwachen Arbeitskräften den kollektivvertraglichen Lohn auszubezahlen, nicht vorhanden sein.

Dass ein allzu hohes Schutzniveau – mag es auch auf unterstützenswerte soziale Erwägungen zurückgehen – dem arbeitsmarktpolitischen Ziel einer hohen Beschäftigungsquote von Randgruppen entgegensteht, ist seit je eher ein Problem. Dieses ist aus den Bereichen der Praktika und der Behindertenbeschäftigung bekannt. Der Abbau überhöhter Schutzstandards kann daher in Einzelfällen sinnvoll sein. Das aber nur, wenn jene, die davon betroffen sind, anderweitig profitieren. So wurde der Kündigungsschutz für behinderte Arbeitnehmer mit der Begründung gelockert, dass „In-

---

<sup>81</sup> Runggaldier in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, Vor § 1 Rz 25-34.

*teressenvertretungen von Menschen mit Behinderung [...] im erhöhten Kündigungsschutz [...] ein Einstellhemmnis bei der Erlangung eines Arbeitsplatzes [sehen].*<sup>82</sup>

Begünstige Behinderte, die nach dem 1.1.2011 eine Tätigkeit auf Basis eines Arbeitsvertrages aufnehmen, genießen bis zum Ablauf von vier Jahren grundsätzlich keinen besonderen Kündigungsschutz mehr. Dieser soll nur mehr in wenigen Ausnahmefällen zum Tragen kommen.<sup>83</sup> Besonders augenfällig wird das Problem eines zu hohen Schutzniveaus bei Ausbildungsverhältnissen. So hat die Rspr, wohl um die Beschäftigung von Praktikanten sicherzustellen, die Entlohnung unter dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt zugelassen.<sup>84</sup>

Vorstellbar ist es, dass durch die Schaffung der Möglichkeit, den Lohn unter die kollektivvertraglichen Mindestgrenzen herabzusetzen, die Bereitschaft zur Beschäftigung von leistungseingeschränkten Personen steigt. Eine solche Wirkung könnte die These haben. Nach dieser ist Arbeitsrecht auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse nicht direkt anzuwenden. Für das Eingreifen kollektivvertraglicher Mindestlohnbestimmungen ist kein Platz. Ein Rückgriff auf sondergesetzliche Bestimmungen, wie etwa auf § 6 Abs 1 AngG, scheidet aus. § 1152 ABGB kann nur Anwendung finden, wenn die Leistung des Tätigen auf einem Werkvertrag beruht, im Vertrag kein Entgelt bestimmt und Unentgeltlichkeit nicht vereinbart ist. Auf der Grundlage einer analogen Anwendung des § 1152 ABGB kann ein angemessenes Entgelt geschuldet sein, wenn ein freies Dienstverhältnis vorliegt.<sup>85</sup> Die Anwendung des § 1152 ABGB per analogiam auf atypische Verträge, die nur wegen ihrer besonderen, vorwiegend wirtschaftsfernen Prägung keine Arbeitsverträge sind, steht ebenfalls im Raum. Offen ist allerdings, ob der Abschluss eines Vertrages über Arbeitsleistungen zu Zwecken der Wiedereingliederung oder Behandlung nicht Unentgeltlichkeit beinhaltet, wie *Rebhahn* dies bei Ausbildungsverträgen für möglich hält.<sup>86</sup> Diesfalls muss eine Analogie ausscheiden. Überhaupt ist zweifelhaft, ob austauschbezogene Vorschriften, wie § 1152 ABGB eine ist, der Analogie zugänglich sind – an einem wirtschaftlichen

---

<sup>82</sup> Erl zur RV, 981 BlgNR XXIV. GP, 179.

<sup>83</sup> *Widy/Ernst*, BEinstG<sup>7</sup> § 8 Erl 7.

<sup>84</sup> *Radner*, DRdA 2001, 13 f mN.

<sup>85</sup> 9 ObA 95/01f.

<sup>86</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1152 ABGB Rz 5; AA *Radner*, DRdA 2001, 133.

Austausch fehlt es ja gerade. Für den Fall, dass eine analoge Anwendung des § 1152 ABGB nicht in Betracht kommt, ist eine Anpassung der Entgelthöhe an das verminderte Leistungsniveau des Tätigen bis zur Sittenwidrigkeitsgrenze des § 879 Abs 1 ABGB möglich. Laufend betont der OGH, dass *„‘Schuld- und Hungerlöhne‘, deren Höhe in auffallendem Missverhältnis zum Wert der Leistung des Dienstnehmers steht, als ‚Lohnwucher‘ gegen dir [sic!] guten Sitten verstoßen [können], wenn ihre Vereinbarung durch Ausbeutung des Leichtsinns, einer Zwangslage, der Unerfahrenheit oder der Verstandsschwäche des Dienstnehmers zustande[]gekommen ist.“*<sup>87</sup> Die stRspr zum Lohnwucher ist auf das atypische, austauschfremde Beschäftigungsverhältnis umzulegen. Der gerade noch nicht sittenwidrige Lohn bildet jedenfalls die absolute Untergrenze.

Lässt man die Bezahlung des Tätigen auf unter-kollektivvertraglichem Niveau zu, muss das nicht zwangsläufig mit Einkommenseinbußen verbunden sein. Überlegenswert ist es, die Tätigkeit des Beschäftigten von staatlicher Seite bis zur Angemessenheitsgrenze – oder darüber hinaus – zu bezuschussen. Das Entgelt des Arbeitenden wäre dann ein aus Entgelt und staatlicher Transferleistung zusammengesetztes (vgl § 34a AMSG, der dies für arbeitslose Personen möglich macht).

Die Nicht-Bindung an kollektivvertragliche Mindestentgelte würde zu einer erhöhten Flexibilität bei der Entgeltgestaltung führen. Das könnte sich belebend auf die Beschäftigungssituation von leistungsschwachen Personen auswirken. Ein potentiell-les Einstellungshemmnis wäre beseitigt, ein Anreiz für die Schaffung neuer Arbeitsplätze, vor allem in gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieben, geschaffen. Menschen mit Leistungsdefiziten, die bislang froh sein mussten, überhaupt beschäftigt zu werden, wären neue Perspektiven eröffnet.

Diese Ausführungen sind nicht so auszulegen, dass ein Abbau jeglicher Rechte erstrebenswert ist. Die positiven Auswirkungen des Herausfallens leistungsschwacher Personen aus dem arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff beziehen sich ausschließlich auf den Abbau entgeltbezogener Gestaltungsschranken. Sie sind außerdem nur im Zusammenhang mit austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen zu sehen und nur in Zweifelsfällen relevant (§ 36 ArbVG). Ein Plädoyer für eine möglichst

---

<sup>87</sup> 4 Ob 139/77; zuletzt 9 ObA 37/10x.

restriktive Arbeitnehmerdefinition oder gar für ein minimales arbeitsrechtliches Schutzniveau wollen die vorstehenden Ausführungen nicht sein!

#### **14.2. Entlastung der Betriebe**

*Schrank* betont die entlastende Wirkung der Entscheidung 9 ObA 105/09w für geschützte Werkstätten. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Nutzenverteilung bei der Vertragstypenzuordnung trägt seiner Ansicht nach dazu bei, die angespannte finanzielle Lage dieser Einrichtungen zu mildern.<sup>88</sup> Das Urteil ermögliche „*angepasste Vertragsgestaltungen, die sich nicht am zwingenden Arbeitsrecht und damit auch nicht am Kollektivvertrag messen lassen müssen*“.<sup>89</sup> Dieser Befund ist richtig, wenngleich die Entscheidung des OGH nicht deshalb überzeugt, weil sie eine für soziale Einrichtungen entlastende Wirkung hat. Zutreffend kann zwar festgestellt werden, dass die Unanwendbarkeit zwingender Entgeltbestimmungen die oftmals finanziell stark belasteten Beschäftigten wirtschaftlich freispielt. Das ist aber nicht mehr als ein positiver Nebeneffekt.

---

<sup>88</sup> *Schrank* in LE-AS 1.1.1. Nr 19, 14.

<sup>89</sup> *Schrank* in LE-AS 1.1.1. Nr 19, 14.

## **DIE THESE AUF DEM PRÜFSTAND**

### **15. Einleitendes**

In den vorigen beiden Abschnitten wurde gezeigt, wie der Begriff des prägenden, wirtschaftlichen Austausches zu fassen ist und welche Konsequenzen die These hat. Will man der fraglichen Rechtsansicht folgen, ist Arbeitsrecht nur anzuwenden, wenn im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses wirtschaftliche Leistungsinteressen des Beschäftigers und des Beschäftigten befriedigt werden. Das ist objektiv zu prüfen. Die Konsequenzen sind klar: Während die These im Sozialversicherungsrecht keine Bedeutung hat, besteht bei wirtschaftsfernen Tätigkeiten grundsätzlich kein arbeitsrechtlicher Schutz. Das ist in sozialer Hinsicht problematisch, da mitunter die Schwächsten im Arbeitsleben davon betroffen sind. Dieser Abschnitt widmet sich nun der Frage, ob diese Rechtsansicht zutreffend ist. Gegenstand der Untersuchung ist das österreichische Recht. Erst im Folgeabschnitt ist das Unionsrecht einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

### **16. Der Zweckbegriff im Vertragsrecht des ABGB**

Widmet man sich dem Vertragszweck und seiner Bedeutung für die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft, ist der Blick zuallererst auf das Vertragsrecht des ABGB zu richten. Zu erörtern ist, ob das behauptete Vorliegenmüssen eines ökonomischen Vertragszwecks anhand der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen erklärbar ist.

Die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr ist kein Selbstzweck. Vielmehr haben die Parteien einen bestimmten Erfolg vor Augen, den sie zu erreichen anstreben. Privatautonomes Handeln – jedenfalls sofern es den Abschluss von Verträgen betrifft – geschieht stets in der Absicht, eine Änderung der bestehenden Sach- und/oder Rechtslage herbeizuführen.<sup>90</sup> So wie durch den Vertrag eine neue Situation geschaffen werden soll, so liegen schon dem Abschluss des Vertrages bestimmte Absichten zugrunde. Welche Bedeutung misst das allgemeine Vertragsrecht diesen Absichten aber bei?

*Gschnitzer* führt unter Berufung auf §§ 572 und 901 aus, dass das ABGB zwischen Beweggrund (Motiv) und Endzweck (meist nur: Zweck) unterscheidet. Er defi-

---

<sup>90</sup> *Gschnitzer* in Klang IV/1, 325.

niert den Beweggrund als „*die Vorstellung, die [...] für die Entstehung des rechtsgeschäftlichen Willens und für seine Erklärung ursächlich war.*“<sup>91</sup> Auch die tatsächlichen Umstände, auf die sich die Vorstellungen der Partei beziehen, werden als Beweggrund bezeichnet.<sup>92</sup> Davon zu unterscheiden ist das (gemeinsame) Ziel, das die Partei(en) mit dem Abschluss des Vertrages verfolgt (verfolgen). Es sind dies die Interessen, zu deren Befriedigung die Vertragsbeziehung eingegangen wird. Schuldrechtliche Verträge sind sonach daraufhin ausgerichtet, eine von der Partei (den Parteien) in Aussicht genommene Wirkung zu entfalten, dh einen tatsächlichen Erfolg herbei zu führen.<sup>93</sup> Eine saubere Trennung von Beweggrund und Endzweck ist *Gschnitzer* zufolge nicht möglich. Wer einen bestimmten Erfolg ins Auge fasst und deshalb einen Vertrag schließt, wird von einem sicheren, zumindest aber wahrscheinlichen Eintritt des Erfolges ausgehen. Die Vorstellung vom Erfolgseintritt ist für die Abgabe der das Geschäft begründenden Willenserklärungen ursächlich. Der Endzweck ist auch der (ein) Beweggrund des Geschäfts.<sup>94</sup>

Grundsätzlich gilt, dass die Beweggründe bei der Entstehung von Rechtsgeschäften unbeachtlich sind.<sup>95</sup> „*Der nicht in die Erklärung einbezogene Beweggrund ist unerkennbar und unüberprüfbar; der Vertrauensgrundsatz fordert daher, daß sich niemand auf derartige Motive berufen darf.*“<sup>96</sup> Nur ausnahmsweise sind Motiv und Zweck im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Verträgen von Bedeutung. Ein unzutreffender Beweggrund oder ein verfehelter Zweck können das Entstehen oder Fortbestehen einer vertraglichen Beziehung in Frage stellen oder zur Anpassung des Vertrages führen: Das ABGB erlaubt es, den Beweggrund und den Endzweck zur Bedingung zu machen. Tritt das in Aussicht genommene Ereignis (nicht) ein, fällt der Vertrag weg oder erlangt erst gar keine Wirksamkeit;<sup>97</sup> Ein Vertrag ist bei Vorliegen eines wesentlichen Irrtums unter den Voraussetzungen des § 871 Abs 1 ABGB an-

---

<sup>91</sup> *Gschnitzer* in Klang IV/1, 325.

<sup>92</sup> *Gschnitzer* in Klang IV/1, 325.

<sup>93</sup> *Gschnitzer* in Klang IV/1, 325.

<sup>94</sup> *Gschnitzer* in Klang IV/1, 325 f.

<sup>95</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 43 f.

<sup>96</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 44.

<sup>97</sup> *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 901 Rz 1.

fechtbar, wenn der Beweggrund oder der Endzweck zum Vertragsinhalt gemacht wurden;<sup>98</sup> Bei einem unwesentlichen Irrtum über das zum Vertragsinhalt gemachte Motiv oder den zum Vertragsinhalt gemachten Zweck kann vom Irrtenden die Korrektur des Vertrages gefordert werden (§§ 872 iVm 871 Abs 1 ABGB);<sup>99</sup> Mit dem Abschluss eines Vertrages kann ein (gemeinsames) Ziel in Aussicht genommen werden, dem ein gesetzliches Verbot entgegensteht oder das den guten Sitten widerstreitet (§ 879 Abs 1 ABGB). Der Vertrag ist dann zur Gänze oder in Teilen nichtig. Schließlich kann auch der zur Bedingung gemachte Beweggrund (Endzweck) ob seines unerlaubten oder sittenwidrigen Inhalts zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen.<sup>100</sup>

Das alles gilt auch für Arbeitsverträge (§ 861 ABGB). Damit ist aber für das zu besprechende Problem nichts gesagt. Um die Frage nach dem Einfluss eines unzutreffenden Beweggrundes (nicht erreichten Endzwecks) auf die Gültigkeit eines Vertrages geht es hier nicht. Von Interesse ist die Frage nach der Anwendbarkeit eines bestimmten Normenkomplexes auf Vereinbarungen, die Besonderes bezwecken. Im ersten Fall sind es die subjektiven Erwartungen der Parteien, die nicht erfüllt werden, sodass gefragt werden muss, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag anfechtbar, hinfällig oder überhaupt niemals wirksam geworden ist. Demgegenüber betrifft die zweite Fallgruppe Vereinbarungen, die aufgrund ihrer Zweckbestimmung rechtlich besonders zu bewerten sind. In diesen Fällen ändert das Vorliegen eines bestimmten Zwecks zwar nichts an der Gültigkeit des Vertrages, doch sind diesfalls Normen anzuwenden, die sonst nicht anzuwenden wären. Bei der Vertragstypenzuordnung kann den Motiven und Zwecken jedenfalls Rechnung getragen werden. Mit *Mayer-Maly* ist die Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes hier geringer als bei der Lehre von der Entstehung der Rechtsgeschäfte.<sup>101</sup> „Wenn es bloß darum geht, sachgerechte Regeln für ein Rechtsverhältnis aufzufinden, spricht vieles dafür, dieses Rechtsverhältnis in allen seinen Dimensionen zu analysieren.“<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 901 Rz 3 f.

<sup>99</sup> Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 871 Rz 58 f.

<sup>100</sup> Kietzbl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 898 Rz 1, 3, 6.

<sup>101</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 44.

<sup>102</sup> *Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit, 44

Zwischenergebnis: Welche Eigenschaften ein Vertrag aufweisen muss, um einem bestimmten Regelungskomplex zu unterliegen, ergibt sich aus den Bestimmungen, deren Anwendung fraglich ist. Im prägenden, wirtschaftlichen Austausch ist eine Voraussetzung für die Anwendung von Arbeitsrecht zu sehen, die ihren Ursprung im Arbeitsrecht selbst hat. Es handelt sich um eine *originär arbeitsrechtliche Anwendungsvoraussetzung*. Unter Rückgriff auf das 17. Hauptstück des ABGB kann sie nicht erklärt werden. Die Grundlage für die These, wonach der Abschluss eines Arbeitsvertrages zu anderen als zu wirtschaftlichen Zwecken nicht möglich sein soll, ist direkt im Arbeitsrecht zu suchen.

### **17. Regelungen über austauschfremde Tätigkeiten**

Die Arbeitsrechtsordnung trägt dem Umstand, dass Arbeit nicht stets zu ökonomischen Zwecken geleistet/ in Anspruch genommen wird, an unterschiedlichen Stellen Rechnung. In Folge dessen sind jene Bestimmungen näher zu beleuchten, die Arbeitsleistungen zu wirtschaftsfernen Zwecken regeln. Untersucht werden soll, ob und inwieweit die These vor dem Hintergrund dieser Vorschriften bestehen kann.

§ 36 Abs 2 ArbVG normiert Ausnahmen vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Die Vorschriften des II. Teils des ArbVG sind nicht auf Personen anwendbar, die vorwiegend zu ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung beschäftigt sind oder vorrangig aus religiösen, karitativen oder sozialen Motiven tätig werden, sofern sie *keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen* haben. § 11 Abs 4 lit a BEinstG ordnet an, dass eine Förderung Integrativer Betriebe nur unter der Voraussetzung erfolgen kann, dass die Tätigen *nach kollektivvertraglichen Vorschriften entlohnt* werden und nach dem ASVG *als Vollversicherte pflichtversichert* sind. Außerdem wirft die Definition des Integrativen Betriebes Fragen auf (§ 11 Abs 1 BEinstG). Sie nennt das Vorliegen einer wirtschaftlich verwertbaren *Mindestleistungsfähigkeit* als Kriterium für die Einstellung eines begünstigten Behinderten. § 34a AMSG sieht die Gewährung von Beihilfen und Zuschüssen zur Förderung der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt vor („Kombilohn“). Es handelt sich um Maßnahmen, die die Rückkehr von Personen, die aufgrund von Arbeitslosigkeit nur geringe Chancen auf einen Job haben, auf den freien Arbeitsmarkt sicherstellen wollen. § 34a AMSG spricht vom *Arbeitnehmer* und vom *Arbeitgeber* und geht

offenbar von einer Einbeziehung der Tätigen in die Sozialversicherung aus. § 9 Abs 7 AlVG bestimmt, dass ein der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt dienendes *Arbeitsverhältnis* im Rahmen eines Sozialökonomischen Betriebes oder eines Gemeinnützigen Beschäftigungsprojektes als Beschäftigung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinn zu behandeln ist. Das soll unter der Voraussetzung gelten, dass das Arbeitsverhältnis *ua den arbeitsrechtlichen Vorschriften entspricht*.

### **17.1. Besonderer Zweck und betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff**

Im Zentrum dieses Kapitels steht die Frage, ob aus den Anordnungen in § 36 Abs 2 Z 4 und 6 ArbVG Erkenntnisse für das vorliegende Problem gewonnen werden können. Sie nehmen auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse – deutlicher als andere Bestimmungen – Bezug. Zuallererst ist jedoch zu klären, was die betriebsverfassungsrechtliche Vorschrift des § 36 ArbVG, insb die einschlägigen Ausnahmebestimmungen, aussagen.

#### **17.1.1. Regelungsgehalt und Struktur des § 36 ArbVG**

Die Generalklausel des § 36 Abs 1 ArbVG bestimmt, dass alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer anzusehen sind. Davon bestehen Ausnahmen. Eine betrifft Beschäftigte, die vorwiegend zum Zwecke ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung tätig sind (Abs 2 Z 4). Eine weitere jene, die aus überwiegend religiösen, karitativen oder sozialen Motiven arbeiten (Abs 2 Z 6). Diese Ausnahmen greifen nicht, wenn die Dienstleistung auf einem Arbeitsvertrag beruht (arg „sofern sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind“; Gegenausnahme). Hinter den Z 4 und 6 steht der Gedanke, dass bestimmte Tätigkeiten *„nicht unter den Schutzbereich des ArbVG fallen sollen [...], bei denen der wirtschaftliche Zweck der Beschäftigung nicht im Vordergrund steht“*<sup>103</sup>. Dem Kreis der Arbeitnehmer sollen jene nicht angehören, die *„auf Grund der für ihre Beschäftigung vorwiegend oder ausschließlich maßgebenden Motive mit den übrigen Beschäftigten des Betriebes keine [...] oder doch nur eine sehr*

---

<sup>103</sup> Gahleitner in Cerny ua, ArbVerfR II<sup>4</sup> § 36 Erl 4.

*geringe [...] Interessengemeinschaft verbindet*<sup>104</sup>. Das ist der Fall, wenn „die Arbeit nicht dem Broterwerb, sondern anderen, etwa gesundheitlichen oder sozialen Zielen dient“<sup>105</sup>.

Übt der Beschäftigte eine Tätigkeit iSd Z 4 oder der Z 6 aus, gilt er im Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer. Er ist nur Teil der Belegschaft, wenn er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat.<sup>106</sup> Arbeit auf Basis eines anderen Vertrages oder faktische Arbeit, jeweils zu wirtschaftsfernen Zwecken, steht der Belegschaftszugehörigkeit entgegen. § 36 ArbVG erlaubt jedoch Beschäftigungsverhältnisse mit gemischter Zweckbestimmung. Arbeitsleistungen, die neben wirtschaftlichen auch nicht-wirtschaftlichen Zwecken dienen, können sowohl auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages, wie auch faktisch erbracht werden. Die Tätigkeit auf Basis eines anderen Vertrages ist ebenso möglich. Für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft ist es somit entscheidend, dass mit der Tätigkeit überwiegend wirtschaftliche Ziele angestrebt werden oder ein Arbeitsvertrag vorliegt.<sup>107</sup>

#### **17.1.2. Relevanz des § 36 ArbVG für das Arbeitsvertragsrecht**

Die Formulierung „sofern sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind“ (§ 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 aE ArbVG) ist ein Verweis auf das Arbeitsvertragsrecht. Die Antwort auf die Frage nach dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages bei austauschfremden Tätigkeiten ist (primär) dort zu suchen.<sup>108</sup> Dass sich die Beurteilung der Rechtsqualität einer Vereinbarung nach vertragsrechtlichen Maßstäben bestimmt, ist selbstverständlich. Zu klären ist aber, ob hierzu an Bestimmungen aus anderen Regelungsbereichen Anleihe genommen werden kann. Insb ist zu erörtern, ob § 36 ArbVG – der das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages mit besonderer Zweckbestimmung für möglich hält – bei der Vertragstypenzuordnung zu berücksichtigen ist.

---

<sup>104</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Kommentar, 3. Lfg, § 36 Rz 2.

<sup>105</sup> Tomandl in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 1.

<sup>106</sup> Siehe Kapitel 17.1.6.

<sup>107</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Kommentar, 3. Lfg, § 36 Rz 20.

<sup>108</sup> Resch, ZAS 2011, 20.

Ein Rückgriff auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff könnte unter Hinweis auf dessen sachlichen Geltungsbereich verneint werden. § 36 ArbVG hat die Regelung anderer als einzelvertraglicher Rechtsverhältnisse im Auge. Folglich, so könnte argumentiert werden, sei es unzulässig, einzelne Bestimmungen aus ihrem eigentlichen Anwendungsbereich herauszulösen und anderswo zur Anwendung zu bringen. Diese Sichtweise wäre aber zu eng. Im Verweis auf das Arbeitsvertragsrecht liegt mehr als nur ein Hinweis auf Selbstverständliches. Das ergibt sich aus seinem Zusammenhang. Überhaupt gilt, dass es „*höchst unwahrscheinlich*“ ist, dass der Gesetzgeber „*unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen*“<sup>109</sup> in Geltung setzt. § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG sind daher Regelungen normativen Charakters, die über ihren Kernanwendungsbereich hinaus Wirkung entfalten.

Für die Erlangung der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft gelten im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen, wie sie im Arbeitsvertragsrecht zu erfüllen sind. Die persönliche Abhängigkeit ist auch im Betriebsverfassungsrecht das zentrale Merkmal des Arbeitnehmers.<sup>110</sup> Den Abschluss eines Arbeitsvertrages braucht es nicht; Die faktische Leistungserbringung genügt, sofern ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis besteht.<sup>111</sup> Das beweist, dass das Betriebsverfassungs- und das Arbeitsvertragsrecht nicht getrennt voneinander zu sehen sind.

Gegen eine starre Abgrenzung des Arbeitsvertrags- vom Betriebsverfassungsrecht spricht, dass aus allen Arbeitnehmertatbeständen, ungeachtet dessen, welchem Teilbereich des Arbeitsrechts diese formal angehören, ein gemeinsamer Kern herausgeschält werden kann.<sup>112</sup> Das „Grundgerüst“ des (arbeitsvertragsrechtlichen) Arbeitnehmerbegriffs ergibt sich aus einer Mehrheit gesetzlicher Vorschriften, die festlegen, wer für den jeweils in Frage stehenden Regelungsbereich als Arbeitnehmer gilt. Die Arbeitnehmertatbestände stehen nicht beziehungslos nebeneinander, mögen sie auch

---

<sup>109</sup> F. Bydlinski, Methodenlehre<sup>2</sup>, 444.

<sup>110</sup> Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht<sup>2</sup>, 530 f mwN.

<sup>111</sup> Gahleitner in Cerny ua, ArbVerfR II<sup>4</sup> § 36 Erl 1; Siehe aber Tomandl in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 11, der fordert, dass die Tätigkeit auf eine „*rechtliche Basis*“ gestellt ist.

<sup>112</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I<sup>7</sup>, 42.

in einigen Punkten voneinander abweichen. Von einem „*Schubladendenken*“- hier *Arbeitsvertragsrecht, dort Arbeitsverfassungsrecht*“<sup>113</sup> ist Abstand zu nehmen.

Gesetzesbestimmungen sind vor dem Hintergrund anderer Vorschriften zu lesen, die im fraglichen Zusammenhang über die Bedeutung der auszulegenden Norm Aufschluss geben können. Wenngleich wegen der unterschiedlichen Verortung der Arbeitnehmerbegriffe des § 1151 ABGB und des § 36 ArbVG kein äußerlicher Zusammenhang gegeben ist, besteht dennoch ein inhaltlicher Zusammenhang. Nichts spricht dagegen, § 36 ArbVG, insb dessen Abs 2 Z 4 und Z 6, im Wege einer systematisch-logischen Auslegung zur näheren Bestimmung des arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs heranzuziehen.<sup>114</sup> Ferner muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, alle Lebensbereiche in zweckmäßiger Art und Weise zu regeln. Es ist zu vermuten, dass er eine in sich geschlossene Rechtsordnung konstruiert hat. Geht man von einer völligen Beziehungslosigkeit der Bestimmungen des § 36 ArbVG und des § 1151 ABGB aus, riskiert man Wertungswidersprüche, die es bei der Normauslegung ja zu vermeiden gilt.<sup>115</sup>

Als Zwischenergebnis ist das Folgende festzuhalten: § 36 ArbVG ist bei der vertragsrechtlichen Frage nach dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu berücksichtigen. Gleiches gilt für § 11 BEinstG, § 34a AMStG und § 9 ALVG. Für sie sind die obigen Ausführungen sinngemäß gültig. Ihre Bedeutung für das gegenständliche Problem ist an anderer Stelle zu besprechen.<sup>116</sup>

### **17.1.3. Die Ausnahmebestimmungen der Ziffern 4 und 6**

#### **17.1.3.1. Erfasste Personen**

In den Materialien wird knapp ausgeführt, dass die (heutige) Z 4 „*vor allem Kranke, Geisteskranke, Alkoholiker oder Suchtgiftkranke, die aus therapeutischen Gründen, Fürsorgezöglinge und Zöglinge in Erziehungsheimen, die aus erzieherischen Gründen beschäftigt sowie Personen, die im Rahmen der Rehabilitation umge-*

---

<sup>113</sup> Adamovic, ARD 6039/4/2010.

<sup>114</sup> F. Bydlinski, Methodenlehre<sup>2</sup>, 442-444.

<sup>115</sup> F. Bydlinski, Methodenlehre<sup>2</sup>, 454 f.

<sup>116</sup> Siehe die Kapitel 17.2. bis 17.4.

schult werden“<sup>117</sup> im Blick hat. Die (nunmehrige) Z 6 will „*jenen Kreis von Beschäftigten erfassen, der sich in der Motivation der Beschäftigung interessensmäßig von der übrigen Belegschaft erheblich unterscheidet, wie z. B. Ordenspersonen*“<sup>118</sup>. Auch Sozial- und Entwicklungshelfer,<sup>119</sup> Personen im Seelsorge-, Pflege- und Armendienst, sowie Mitarbeiter bei einer Hilfsorganisation wie dem Roten Kreuz<sup>120</sup> können von der Z 6 erfasst sein. Nicht zutreffend ist, dass „*die Dienstleistenden iSd § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG idR nur ehrenamtlich und ohne Leistungspflicht neben ihrem Hauptberuf arbeiten*“<sup>121</sup>. Ehrenamtliches Engagement ohne Leistungspflicht als Neben- oder Freizeittätigkeit stellt sicherlich einen Anwendungsfall der Z 6 – nicht aber der Z 4 – dar. Der Regelfall ist es aber wohl nicht.

Sowohl die Z 4 wie auch die Z 6 benennen Tätigkeiten, die sich vom typischen, wirtschaftlichen Beschäftigungsverhältnis abheben. Eben das spricht gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften des II. Teils des ArbVG. Der exakte Grund für die Ausnahme bestimmter Gruppen von Beschäftigten aus dem Kreis der Arbeitnehmer ist in Z 4 und Z 6 aber jeweils ein anderer. Die Z 4 erfasst keine Arbeitenden, deren Tätigkeit auf einen wirtschaftsfernen „Zweck“ hin ausgerichtet ist. Demgegenüber zielt die Z 6 auf Beschäftigte ab, die aufgrund besonderer „Motive“ arbeiten. Nach der richtigen Ansicht *Tomandls* entscheidet bei Beschäftigungsverhältnissen iSd Z 6 ausschließlich die subjektive Einstellung des Tätigen über die Belegschaftszugehörigkeit. Auf die Absichten des Beschäftigers kommt es nicht an. Maßgebend ist, dass der Beschäftigte erkennbar ein religiöses, karitatives oder soziales Ziel vor Augen hat.<sup>122</sup> Hingegen ist es bei Vertragsverhältnissen iSd Z 4 nicht entscheidend, „*welche konkrete Absicht der Beschäftigte mit seiner Arbeit verfolgt, sondern ob diese Beschäftigung objektiv auf eines dieser Ziele [gemeint sind die Ziele der Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung, Anm d Verfassers] ausgerichtet ist.*“<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> Erl zur RV, 840 BlgNR XIII. GP, 70.

<sup>118</sup> Erl zur RV, 840 BlgNR XIII. GP, 70.

<sup>119</sup> *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG-Kommentar, 3. Lfg, § 36 Rz 22.

<sup>120</sup> *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

<sup>121</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 532.

<sup>122</sup> *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

<sup>123</sup> *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

In den Fällen der Z 4 kommt es demnach auf das von den Vertragsparteien gemeinsam in Aussicht genommene, vorwiegend nicht-wirtschaftliche Ziel an.

Anderer Ansicht sind *Kietaibl/Reiner*, die bei § 36 Abs 2 Z 4 ArbVG alleine die Absichten des Beschäftigten für maßgeblich halten. Gestützt auf § 34 Abs 1 leg cit (Feststellung der Betriebseigenschaft ohne Rücksicht auf die Erwerbsabsicht des Betriebsinhabers) gehen sie von einer Grundregel aus, wonach die Motive des Beschäftigten im Betriebsverfassungsrecht unbeachtlich sind. Einzig die Bestimmungen über den Tendenzschutz (§ 132 ArbVG) würden von dieser Regel abweichen. Zudem normiere § 36 den Arbeitnehmerbegriff. Schon deshalb sei das Vorliegen erzieherischer oder rehabilitativer Tätigkeiten vom subjektiven Standpunkt des Beschäftigten her zu bestimmen.<sup>124</sup> Schließlich argumentieren sie, dass die Absichten des Beschäftigten nichts über die Schutzwürdigkeit des Beschäftigten aussagen.<sup>125</sup>

Dass der Gesetzgeber durch den Gebrauch unterschiedlicher Wörter in Z 4 (Zweck) und Z 6 (Motiv) Verschiedenes regeln wollte, liegt jedoch auf der Hand. Andernfalls hätte er die wirtschaftsfernen Beschäftigungsverhältnisse in einer einzigen Ziffer zusammengefasst. Im Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts sind somit zwei „Typen“ von austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen zu unterscheiden. Es gibt solche, die auf die Erreichung eines besonderen, gemeinsamen Ziels hin ausgerichtet sind. Daneben bestehen Beschäftigungsverhältnisse, bei denen alleine der Tätige Besonderes im Sinn hat.

#### **17.1.3.2. Taxative oder deklarative Aufzählung der wirtschaftsfernen Zwecke/Motive?**

Zu erörtern ist, ob neben den in § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG genannten Zwecken/Motiven noch andere existieren, die ihrer Art nach nicht-wirtschaftlich sind, bei deren Vorliegen die Ausnahmebestimmungen aber *nicht* eingreifen. Zielen die Z 4 und die Z 6 auf wirtschaftsferne Ziele schlechthin ab? Oder beziehen sie sich *ausschließlich* auf Beschäftigungsverhältnisse, die der Erziehung, Behandlung, Heilung

---

<sup>124</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 531.

<sup>125</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 532.

oder Wiedereingliederung dienen bzw auf religiösen, karitativen oder sozialen Motiven beruhen?

Wenn die Z 4 und 6 nur einen Teil der austauschfremden Tätigkeiten erfassen, gibt es Beschäftigungsverhältnisse mit besonderem Zweck, die schon aufgrund von § 36 Abs 1 dem Betriebsverfassungsrecht unterliegen. Ihre Einbeziehung in den II. Teil des ArbVG beruht nicht erst auf der Gegenausnahme in den Z 4 und 6 aE. Sodann gibt es austauschfremde Beschäftigungsverhältnissen, die jedenfalls die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft vermitteln – unabhängig davon, welcher Rechtstitel ihnen zugrunde liegt. Selbst die faktische Arbeit zu anderen als wirtschaftlichen Zwecken/Motiven kann den Arbeitnehmerstatus (§ 36) diesfalls nicht ausschließen. Für das Arbeitsvertragsrecht ist dann zu folgern, dass bei austauschfremden Tätigkeiten dieser Art ein echter Arbeitsvertrag vorliegt. Die Gegenausnahmeregelungen in den Z 4 und 6 aE beziehen sich ja nur auf jene Fälle, in denen die Arbeit der Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung dient bzw aus einer religiösen, karitativen oder sozialen Motivation heraus geleistet wird.

Diese Ansicht entspricht der Meinung, dass die Ausnahmen in § 36 Abs 2 ArbVG einschränkend zu interpretieren sind, während bei der Auslegung des Abs 1 keine Zurückhaltung zu üben ist.<sup>126</sup> Ein „Splitting“ der nicht-ökonomischen Zwecke/Motive steht jedoch im Widerspruch zu den Absichten des Gesetzgebers. Dieser will alle aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausnehmen, deren Tätigkeit sich von jener des typischen Arbeitnehmers im Betrieb unterscheidet. Das Herausfallen aus der Arbeitnehmerdefinition des Abs 1 ist nicht an das Vorliegen bestimmter nicht-wirtschaftlicher Zwecke geknüpft (arg „*vor allem Kranke, Geisteskranke*“; „*wie z. B. Ordenspersonen*“<sup>127</sup>). Überhaupt ist fraglich, ob es außerhalb der sprachlich weit gefassten Z 4 und 6 noch austauschfremde Tätigkeiten geben kann. Decken die beiden Ziffern nicht ohnehin alle denkbaren wirtschaftsfernen Zwecke/Motive ab? Tatsächlich verwendet das Gesetz Begriffe, die sehr weit verstanden werden können. Viele Tätigkeiten sind denkbar, die als vorwiegend sozial oder karitativ motiviert angesehen werden können. Auch die Grenzen dessen, was als Beschäftigung zu Zwe-

---

<sup>126</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Kommentar, 3. Lfg, § 36 Rz 5, 14.

<sup>127</sup> Erl zur RV, 840 BlgNR XIII. GP, 70.

cken der Behandlung oder Heilung verstanden werden muss, sind nicht eng bestimmt. Richtig ist, dass eine extensive Auslegung der Ausnahmebestimmungen in Abs 2 nicht vorgenommen werden darf. Dem steht es aber nicht entgegen, im Rahmen der Wortinterpretation die möglichen Sprachbedeutungen der Begriffe auszuschöpfen.

§ 36 Abs 2 Z 4 ArbVG erfasst alle Beschäftigungsverhältnisse, die auf die Erreichung eines vorwiegend nicht-wirtschaftlichen Ziels hin ausgerichtet sind. Die Z 6 leg cit nimmt alle Beschäftigte aus dem Kreis der Arbeitnehmer aus, die aus überwiegend nicht-wirtschaftlichen Motiven arbeiten und deshalb die Interessen der übrigen Belegschaftsmitglieder nicht teilen.

### 17.1.3.3. Zum Grad des Überwiegens

Dem Betriebsverfassungsrecht unterliegen keine Beschäftigungsverhältnisse, die *vorwiegend* zu anderen als wirtschaftlichen Zwecken oder *vorwiegend* aus anderen als wirtschaftlichen Motiven eingegangen werden – Beschäftigungsverhältnisse also, bei denen die ökonomischen Zwecke/Motive hinter den nicht-wirtschaftlichen zurückbleiben. Wie stark das Überwiegen der wirtschaftsfernen Zwecke/Motive sein muss, sodass die Einbeziehung in das Betriebsverfassungsrecht zu verneinen ist, sagt § 36 ArbVG aber nicht. Unklar ist daher, ob ein leichtes Übergewicht ausreicht oder ob ein solches Überwiegen verlangt wird, dass die Tätigkeit mit einem typischen Arbeitsverhältnis kaum etwas gemeinsam hat. Auch ein Grad zwischen diesen Polen ist denkbar. Im Ausgangsfall spricht der OGH – ohne § 36 ArbVG explizit zu erwähnen – nur von „*religiösen, karitativen und sozialen Motiven*“ und von „*Personen, die vorwiegend zur Erziehung oder Behandlung beschäftigt werden*“<sup>128</sup>. Was es (für das Betriebsverfassungsrecht) bedeutet, *vorwiegend* zu besonderen Zwecken/aus besonderen Motiven zu arbeiten, thematisiert er nicht. Klar ist nur, dass ein zahlenmäßiges Überwiegen der nicht-ökonomischen Elemente des Beschäftigungsverhältnisses nicht zu fordern ist (sofern sich diese überhaupt zählen lassen). Angezeigt ist eine qualitative Beurteilung.

Naheliegender ist es, das Wort „vorwiegend“ in einfachen Überwiegen zu begreifen. Erforderlich ist sodann, dass den nicht-ökonomischen Zwecken/Motiven der Be-

---

<sup>128</sup> 9 ObA 105/09w.

schäftigung bloß mehr Gewicht zukommt als den wirtschaftlichen. Umgekehrt ist es vertretbar, ein so deutliches Überwiegen zu verlangen, dass zwischen dem fraglichen Beschäftigungsverhältnis und einem typischen Arbeitsverhältnis nur mehr wenige Parallelen bestehen. Gemeint ist damit, dass die nicht-wirtschaftlichen Zwecke/Motive in einer solchen Intensität auftreten müssen, dass die Tätigkeit kaum mehr an ein herkömmliches Arbeitsverhältnis erinnert (qualifiziertes Überwiegen). Die zweite Deutungsalternative ist am ehesten zutreffend. Aus dem Gebot, die Ausnahmebestimmungen des § 36 Abs 2 ArbVG restriktiv auszulegen, ergibt sich, dass die Zahl derer, die aus Abs 1 leg cit auszunehmen sind, klein zu halten ist. Diese Auslegungsprämisse würde missachtet, wenn man auf ein bloßes Überwiegen der nicht-wirtschaftlichen Zwecke/Motive abstellt. Es wäre im Lichte des Arbeitnehmerschutzes kein gelungenes Auslegungsergebnis, die Ausnahmetatbestände der Z 4 und 6 großzügig anzuwenden und damit eine größere Gruppe von Beschäftigten nicht unter den Schutz des II. Teils des ArbVG zu stellen. Auch wenn die Normen des Betriebsverfassungsrechts an die Belegschaft anknüpfen, schützen sie den Einzelnen mittelbar. Sie stellen wesentliche Garantien dar, deren Verlust im Zweifel nicht anzunehmen ist. Hinzu kommt, dass eine gesetzliche Regelung danach streben muss, einen Zustand der Rechtssicherheit herzustellen. Diesem Ziel kommt man am nächsten, wenn man ein qualifiziertes Überwiegen für maßgeblich hält. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der geforderte Grad in keinem Fall exakt bestimmbar ist. Das gilt für das einfache und für das qualifizierte Überwiegen, sowie für jeden Grad der dazwischen liegt. Stellt man jedoch auf ein qualifiziertes Überwiegen ab, wird dem Rechtsanwender die Handhabung der Ausnahmebestimmungen des § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG erleichtert.

Zwischenergebnis: Nur solche Beschäftigungsverhältnisse sind von den Ausnahmetatbeständen des § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG erfasst, die sich sehr deutlich vom typischen Arbeitsverhältnis abheben (arg „*von der übrigen Belegschaft erheblich unterscheidet*“<sup>129</sup>; qualifiziertes Überwiegen). Der Rechtsanwender hat sich die Frage zu stellen, ob ein *vollkommen untypisches* Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Ein geringes, aber auch ein stärkeres Abweichen von der „Norm“ reichen hingegen nicht

---

<sup>129</sup> Erl zur RV, 840 BlgNR XIII. GP, 70.

aus, um dem Tätigen die Einstufung als Arbeitnehmer zu versagen. Nichts anderes hat zu gelten, wenn man den Zweck in Hinblick auf die arbeitsvertragsrechtliche Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses bestimmt. Auch dort muss der Zweck der Tätigkeit diese sehr klar vom herkömmlichen Arbeitsverhältnis wegführen.

#### **17.1.3.4. Bedeutung der Motive des Beschäftigers im Rahmen der Z 6**

§ 36 Abs 2 Z 6 ArbVG stellt ausschließlich auf die Beweggründe des Tätigen ab. Beschäftigungsverhältnisse, die von nicht-wirtschaftlichen Absichten des *Beschäftigers* bestimmt sind, erfasst die Z 6 nicht. Deren Wortlaut würde das aber zulassen. Geklärt werden muss daher, ob eine atypische Motivationslage alleine aufseiten des Beschäftigers nicht doch zum Herausfallen des Tätigen aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff führen kann.

Die Ausnahmebestimmungen der Z 6 wollen Beschäftigte erfassen, die sich von den anderen im Betrieb tätigen Personen wegen ihrer besonderen Absichten unterscheiden.<sup>130</sup> Es sollen jene zusammengefasst werden, die die kollektiven Interessen der Belegschaft, die zu schützen die Aufgabe des Betriebsverfassungsrechts ist, nicht teilen. Ein von den übrigen Mitgliedern der Belegschaft verschiedenes Interesse besteht nicht, wenn der Beschäftigte das Beschäftigungsverhältnis nur aus religiösen, karitativen oder sozialen Erwägungen begründet. Die Absichten des Beschäftigten haben keinen Einfluss auf das Interesse des Tätigen an der Vertretung durch den Betriebsrat, an der Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen und den Bestimmungen des ArbVG über den Kündigungsschutz.<sup>131</sup> Vorstellbar ist es aber, dass die Absichten des Beschäftigten die Motivationslage des Tätigen derart beeinflussen, dass dieser nicht mehr unter den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fällt. Ist vom Beschäftigten die Einstellung aus sozialen oder ähnlichen Gründen intendiert, ist denkbar, dass auch der Tätige nicht aus wirtschaftlichen Motiven handelt. Die Beweggründe des Beschäftigten können auf den Beschäftigten „durchschlagen“. Bei der Prüfung der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft kommt den Interessen des Beschäftigten sonach (nur) eine mittelbare Bedeutung zu. Dessen Vor-

---

<sup>130</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Kommentar, 3. Lfg, § 36 Rz 2.

<sup>131</sup> Kietzbl/Reiner, DRdA 2011, 532.

stellungen sind insoweit relevant, als sie die Motivationslage aufseiten des Tätigen beeinflussen. Welche Umstände den Beschäftigten dazu veranlassen, eine religiös, karitativ oder sozial motivierte Tätigkeit aufzunehmen, ist schlussendlich aber irrelevant. § 36 Abs 2 Z 6 ArbVG räumt den Motiven des Beschäftigten gegenüber anderen auf den Tätigen einwirkenden Einflüssen keine Sonderstellung ein.

#### **17.1.4. Kritik am Regelungskonzept**

In § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG kommt der Gedanke einer Trennung zwischen wirtschaftlich und nicht-wirtschaftlich geprägten Beschäftigungsverhältnissen zum Ausdruck.<sup>132</sup> Innerhalb der Gruppe der austauschfremden Tätigkeiten wird näher differenziert. Der Gesetzgeber normiert zwei Kategorien von Beschäftigungsverhältnissen, die sich vom modellhaften Arbeitsverhältnis jeweils aus anderen Gründen abheben. Das ist nicht unproblematisch. Eine treffsichere Subsumtion unter die Z 4 und 6 ist nicht gewährleistet. Bei Tätigkeiten der Z 6 sind alleine die subjektiven Absichten des Beschäftigten ausschlaggebend. In den Fällen der Z 4 sind die Zweckvorstellungen beider Vertragsparteien in eine objektive Gesamtbetrachtung einzustellen. Bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft (§ 36 ArbVG) sind somit unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Zunächst muss gefragt werden, ob es sich bei der Tätigkeit eher um eine solche der Z 4 oder der Z 6 handelt. Schon diese Unterscheidung ist nicht leicht zu treffen. Daran muss sich sodann, je nachdem ob die Beschäftigung der Z 4 oder der Z 6 näher steht, eine objektive oder subjektive Beurteilung anschließen. Im Ergebnis werden wirtschaftsferne Tätigkeiten, in Abhängigkeit von der Ziffer, unter die sie fallen, unterschiedlich bewertet.

Das Abstellen auf die subjektiven Absichten des Beschäftigten (Z 6) führt dazu, dass der Tätige frei über seine Belegschaftszugehörigkeit entscheiden kann (das natürlich nicht ohne jede Einschränkung, da nur solche Tätigkeiten von § 36 Abs 2 Z 6 ArbVG erfasst sind, die *„üblicherweise von religiösen, karitativen oder sozialen Einrichtungen erbracht werden“*<sup>133</sup>). Dabei ist zu bedenken, dass die im II. Teil des ArbVG normierten Schutzmechanismen zwar dem einzelnen Arbeitnehmer zugute

---

<sup>132</sup> Siehe Kapitel 17.1.7.

<sup>133</sup> Tomandl in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

zukommen, dogmatisch jedoch Rechte der Belegschaft sind. Auch in den Fällen der Z 6 ist daher eine Objektivierung angezeigt. Dass sich die subjektiven Interessen des Beschäftigten „in einer bestimmten Weise nach außen dokumentieren“<sup>134</sup> müssen, reicht nicht. Es sollte objektiv und unter Berücksichtigung der Absichten beider Vertragsparteien geprüft werden, ob mit der Tätigkeit religiöse, karitative oder soziale Ziele verfolgt werden. Dafür aber besteht nach der derzeitigen Rechtslage kein Platz.

#### **17.1.5. § 36 ArbVG auf rehabilitative Tätigkeiten unanwendbar?**

Auf den Ausgangsfall beziehend meinen *Kietaibl/Reiner*, dass bei Beschäftigungsverhältnissen rehabilitativer Art § 36 ArbVG gar nicht einschlägig ist. Aus diesem sei kein Erkenntnisgewinn zu erwarten. Der OGH halte bei der Prüfung des Vertragszwecks die Absichten des Beschäftigers für entscheidend. § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG hingegen würden auf die Motive des Tätigen abstellen. Eine besondere Motivationslage auf Beschäftigtenseite sei in 9 ObA 105/09w aber nicht auszuma-  
chen gewesen. Die Tätige hätte (auch) die Abgeltung ihrer Dienste im Sinne gehabt.<sup>135</sup> Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Beschäftigungsverhältnisse, die zur Behandlung und Heilung eingegangen werden, unterfallen potenziell § 36 Abs 2 Z 4 ArbVG. Das Eingreifen dieser Bestimmung wird, anders als es die Z 6 vorsieht, von den Zweckvorstellungen beider Vertragspartner abhängig gemacht. Bestritten werden kann außerdem, dass sich der OGH in 9 ObA 105/09w nur auf die Beschäftigerinteressen stützt.<sup>136</sup> Hinzu kommt, dass es § 36 Abs 2 Z 4 ArbVG – egal wie man ihn nun versteht – nicht unanwendbar macht, wenn der Tätige auch ein wirtschaftliches Interesse an der Beschäftigung hat. Er fordert nur, dass die Beschäftigung *vorwiegend* dem Zweck der Erziehung, Behandlung usw dient. Dass die Beschäftigte im Ausgangsfall gegen die Entgelthöhe protestiert und klagsweise einen höheren Lohn einfordert, spricht nicht per se gegen das Vorliegen überwiegend nicht-wirtschaftlicher Interessen.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Tomandl in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 22.

<sup>135</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 531, 533.

<sup>136</sup> Siehe Kapitel 7.4.

<sup>137</sup> Vgl *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 531.

#### 17.1.6. Der OGH und *Rebhahn* im Widerspruch zu § 36 ArbVG?

Die Dominanz eines wirtschaftsfernen Zwecks steht der (betriebsverfassungsrechtlichen) Arbeitnehmereigenschaft nicht (immer) entgegen. Die Gegenausnahmeregelungen in § 36 Abs 2 Z 4 und 6 ArbVG lassen es zu, dass Arbeitsleistungen im austauschfremden Beschäftigungsverhältnis auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Damit scheint § 36 in einem Widerspruch zur These zu stehen.

§ 36 ArbVG legt es nahe, den Abschluss eines Arbeitsvertrages uneingeschränkt zuzulassen, wenn dem Beschäftigungsverhältnis der wirtschaftliche Charakter fehlt. Er ist jedoch nur auf den ersten Blick eindeutig. Bei näherer Hinsicht zeigt sich, dass er mehrere Interpretationsalternativen eröffnet. Aus ihm geht nicht hervor, dass alle Verträge über austauschfremde, persönlich abhängige Arbeitsleistungen, Arbeitsverträge sind. Im Wort „sofern“ (jeweils aE der Ziffern 4 und 6) liegt mehr als eine Abgrenzung zwischen faktischer Dienstleistungserbringung und Arbeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages. § 36 ArbVG sagt nur, dass das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages mit überwiegend wirtschaftsferner Zweckbestimmung *möglich* ist. Er ist dahingehend auszulegen, dass ein Arbeitsvertrag jedenfalls zustande kommt, wenn die Vertragsparteien unzweifelhaft einen solchen abschließen wollen. Auf die dahinter stehenden Zweckvorstellungen kommt es in diesem Fall nicht an. Der Tätige ist sodann Arbeitnehmer iSd § 1151 Abs 1 ABGB und, aufgrund der Anordnung in § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG aE, Arbeitnehmer iSd II. Teils des ArbVG.<sup>138</sup>

Damit ist die Frage nach dem Vorliegenmüssen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches für jene Fälle geklärt, in denen sich der Beschäftigte und der Beschäftiger über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses einig sind. Liegt es im Interesse der Vertragsparteien, das Vertragsverhältnis dem Arbeitsrecht zu unterstellen und dem Tätigen arbeitsrechtlichen Schutz zu gewähren, spricht nichts dagegen, Arbeitsrecht anzuwenden. Warum soll einem Beschäftigten der Arbeitnehmerstatus vorenthalten werden, wo doch das Arbeitsrecht den Schutz von persönlich abhängig Beschäftigten gewährleistet und beide Vertragspartner eben diesen Schutz erkennbar wollen? Falsch ist es daher zu vertreten, dass es einen Arbeitsvertrag mit besonderer Zweckbestimmung *unter keinen Umständen* geben kann.

---

<sup>138</sup> Diese Auslegungsalternative halten auch *Kietaihl/Reiner*, DRdA 2011, 532 für möglich.

Überall dort, wo der Tätige und der Beschäftigte zwar vertraglich miteinander verbunden sind, jedoch unklar ist, ob die getroffene Vereinbarung ein Arbeitsvertrag sein soll, ist die Frage nach den Auswirkungen des § 36 ArbVG auf das Arbeitsvertragsrecht weiterhin unbeantwortet. Das Problem beurteilen zu müssen, ob austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse nun Arbeitsverhältnisse sind, stellt sich nur in *Zweifelsfällen*. Was aber ist in diesen Fällen rechtens? Das Zustandekommen von Arbeitsverträgen ist auch hier argumentierbar. Aus den Gegenaußnahmeregelungen in § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG geht schließlich hervor, dass das Arbeitsrecht einen nicht-wirtschaftlich geprägten Arbeitsvertrag *prinzipiell kennt*. Aus § 36 kann sich aber auch das Gegenteil ergeben. Ebenso gut könnte gesagt werden, dass der Gesetzgeber den Abschluss austauschfremder Arbeitsverträge nur jenen Fällen vorbehalten hat, in denen Klarheit über die Absichten der Parteien herrscht. Alleine aus der Tatsache, dass § 36 Arbeitsverträge mit besonderer Zweckbestimmung kennt, kann nicht mit Sicherheit gefolgert werden, dass auch sonst Arbeitsverträge zustande kommen.

#### **17.1.7. § 36 ArbVG als Stütze der These?**

Interpretiert man § 36 ArbVG wie hier, steht er der fraglichen Rechtsansicht nicht entgegen – im Gegenteil. Es kann argumentiert werden, dass § 36 die These sogar stützt. So nimmt Abs 2 aus der Arbeitnehmerdefinition des Abs 1 keine homogene Gruppe von Beschäftigten aus, die allesamt gleiche Interessen verfolgen und pauschal zusammengefasst werden können. Die Interessenslagen der in Abs 2 genannten Personengruppen sind, so nimmt es das Gesetz an, verschieden. Dementsprechend will der Gesetzgeber mit den Ausnahmebestimmungen des § 36 Abs 2 ArbVG eine Abgrenzung in zweierlei Hinsicht erreichen: Erstens geht es darum, eine Unterscheidung zwischen der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite vorzunehmen. Die Beschäftigten sollen nach ihrer Stellung und ihren Befugnissen im Betrieb aufgegliedert werden. Auf der einen Seite sollen jene stehen, die keine unternehmerischen Gestaltungsbefugnisse haben. Sie sind in einem Verhältnis „echter“ Unselbständigkeit tätig. Ihnen sollen, neben dem Unternehmer, jene Beschäftigten als Widerpart gegenüberstehen, die aufgrund ihres Berufsprofils eher auf Arbeitgeber- als auf Arbeitnehmerseite ste-

hen (vgl § 36 Abs 2 Z 1 und Z 2 ArbVG).<sup>139</sup> Zweitens steht hinter den Ausnahmebestimmungen der Gedanke, jene Tätigen nicht der Belegschaft zuzuzählen, deren Interessen gegenüber den anderen Beschäftigten besonders gelagert sind. Es geht, wie *Tomandl* sagt, um Beschäftigte, „*bei denen die Arbeit nicht dem Broterwerb, sondern anderen, etwa gesundheitlichen oder sozialen Zielen dient*“<sup>140</sup>. Aus § 36 ArbVG geht nun hervor, dass der Zweck der Tätigkeit bei der Arbeitnehmerprüfung ein entscheidender Aspekt ist. Die Herausnahme nicht-wirtschaftlich tätiger Personen aus dem Arbeitnehmerbegriff des § 36 Abs 1 ArbVG zeigt, dass zu den Arbeitnehmern in erster Linie zählt, wer im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses tätig ist, das wirtschaftlichen Charakter hat. Der Gedanke einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von wirtschaftlichen und wirtschaftsfernen Tätigkeiten ist somit schon § 36 ArbVG inhärent. Mit der Gestaltung des § 36 hat der Gesetzgeber die unterschiedliche rechtliche Bewertung von wirtschaftlich und nicht-wirtschaftlich ausgerichteten Beschäftigungsverhältnissen – über den eigentlichen Regelungsbereich des § 36 ArbVG hinaus – vorzeichnet.

## **17.2. Die Beschäftigung in Integrativen Betrieben**

Einrichtungen, die in Gestalt eines Integrativen Betriebes iSd § 11 BEinstG organisiert sind, können Unterstützung durch Fördermittel aus dem Ausgleichstaxfonds beantragen (Abs 3 und 4 leg cit). Diese dienen dem Ausgleich jener Mehrkosten, die sich durch die Führung eines solchen Betriebes ergeben.<sup>141</sup> Die Geldmittel werden gem § 10a Abs 1 lit c BEinstG in Form von Zuschüssen und Darlehen zur Errichtung, zum Ausbau, zur Ausstattung und zum laufenden Betrieb sowie zur Sicherung der Arbeitsplätze gewährt. Ihre Auszahlung ist an die Erfüllung von Voraussetzungen gebunden. Eine Förderung kommt nur in Betracht, wenn die Beschäftigten ua auf kollektivvertraglicher Basis entlohnt werden (§ 11 Abs 4 lit a erster Halbsatz BEinstG) und nach den Bestimmungen des ASVG dem Kreis der Pflichtversicherten angehören (zweiter Halbsatz).

---

<sup>139</sup> *Gahleitner* in Cerny ua, ArbVerfR II<sup>4</sup> § 36 Erl 4.

<sup>140</sup> *Tomandl* in Tomandl, ArbVG-Kommentar, 1. Lfg, § 36 Rz 1.

<sup>141</sup> *Widy/Ernst*, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 8.

### 17.2.1. Kollektivvertragliche Entlohnung

Nach einigen Autoren knüpft § 11 Abs 4 lit a BEinstG die Gewährung von Fördermitteln an den Abschluss eines Arbeitsvertrages. Dieser Ansicht liegt die Annahme zugrunde, dass das Gesetz die Einhaltung der arbeitsvertragsrechtlichen Vorschriften und somit auch die Anwendbarkeit des Kollektivvertrages sicherstellen möchte.<sup>142</sup> Diesen Schluss zu ziehen liegt nahe: Die lit a verlangt, dass die begünstigten Behinderten nach dem Kollektivvertrag der jeweiligen Sparte, in der sie beschäftigt sind, entlohnt werden und Vollversicherungspflicht besteht. Nun ist zwar die Erbringung von Arbeitsleistungen auf Basis eines Dienstvertrages keine notwendige Voraussetzung für die Pflichtversicherteneigenschaft, doch kann ein Kollektivvertrag nur auf ein Arbeitsverhältnis anwendbar sein. Versteht man § 11 Abs 4 lit a BEinstG in dieser Weise, ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages unabhängig davon möglich, ob der dahinter stehende Zweck ein wirtschaftlicher ist oder nicht. Zwar sind in Integrativen Betrieben nicht nur begünstigte Behinderte beschäftigt.<sup>143</sup> Auch ein prägender, wirtschaftlicher Austausch muss bei einem Vertrag mit einem begünstigten Behinderten nicht notwendigerweise fehlen. Dennoch wird es an einem echten, wirtschaftlichen Austausch im Integrativen Betrieb zumeist mangeln. Sonst bräuchte es diese Einrichtung nicht. Daher stellt sich – wie schon bei § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG – die Frage nach der Vereinbarkeit der These mit § 11 Abs 4 lit a BEinstG.

Es entspricht sicherlich dem Geist des BEinstG, § 11 leg cit dahingehend zu interpretieren, dass er einen hohen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz der Beschäftigten anstrebt. Die Ansicht, dass das Gesetz die volle und direkte Geltung des einschlägigen Kollektivvertrages und, als deren Grundlage, den Abschluss eines Arbeitsvertrages verlangt, ist dennoch unzutreffend. Richtigerweise bezweckt § 11 Abs 4 lit a BEinstG nur die Sicherstellung eines gewissen Mindestlohnlevels. Der Beschäftigte soll verpflichtet sein, dem begünstigten Behinderten jenen Lohn zu bezahlen, den der Kollektivvertrag für Arbeitnehmer in derselben Berufssparte vorsieht. Ein Arbeitsvertrag, der die direkte Anwendung des gesamten Kollektivvertrages

---

<sup>142</sup> Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 16; K. Mayr in ZellKomm<sup>2</sup> § 11 BEinstG Rz 2.

<sup>143</sup> Richtlinien (IB), Pkt 4 (2).

zur Folge hat, muss nicht abgeschlossen werden. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er es ausdrücklich verlangt oder die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht vorgesehen. § 11 Abs 4 lit a erster Halbsatz BEinstG ist nichts anderes als ein *gesetzliches Lohnzahlungsgebot*.

### **17.2.2. Sozialversicherungspflicht**

§ 11 Abs 4 lit a BEinstG verlangt, dass die Beschäftigten in allen Zweigen des ASVG pflichtversichert sein müssen. Nur dann ist ein Integrativer Betrieb förderungswürdig. Dabei scheint der Gesetzgeber davon ausgegangen zu sein, dass begünstigte Behinderte in Integrativen Betrieben auf Basis eines Arbeitsvertrages beschäftigt werden – obwohl ein wirtschaftsferner Zweck die Vertragsbeziehung prägt.

Nun stimmt es, dass lit a nicht explizit sagt, auf welche Rechtsgrundlage sich die das Versicherungsverhältnis begründende Tätigkeit stützen muss. Er umschreibt bloß eine bestimmte Rechtsfolge. Ferner ist richtig, dass nicht nur Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG als Vollversicherte pflichtversichert sein können. Bei der Tätigkeit in einem Integrativen Betrieb kommt aber nichts anderes in Frage als die Arbeit auf Basis eines Dienstvertrages. Wer in einem Integrativen Betrieb beschäftigt ist, ist in aller Regel in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt tätig. Nur so kann das Ziel der Beschäftigung, den Tätigen durch die Integration in einen betrieblichen Arbeitsprozess an den regulären Arbeitsmarkt heranzuführen, erreicht werden. Wer von zu Hause aus arbeitet, wird das Ziel der beruflichen Rehabilitation nicht erreichen (Heimarbeit, § 4 Abs 1 Z 7 ASVG). Ähnlich unsicher ist auch der Wiedereingliederungserfolg beim dienstnehmerähnlichen, freien Dienstnehmer (§ 4 Abs 4 ASVG).

Der von § 11 Abs 4 lit a BEinstG geforderte Versicherungsschutz kann auch durch Parteienabsprache nicht hergestellt werden. Die Vereinbarung der Anwendbarkeit von Pflichtversicherungstatbeständen kommt nicht in Betracht. Beginn und Ende der Pflichtversicherteneigenschaft sind jeglicher privatautonomen Gestaltung entzogen (Grundsatz des Ausschlusses der Privatautonomie).<sup>144</sup> Sohin ist es unmöglich, ein von § 4 ASVG nicht erfasstes Beschäftigungsverhältnis sozialversicherungsrechtlich

---

<sup>144</sup> Krejci/Marhold/Karl/Risak in Tomandl, SV-System, 24. EL, 41 f.

als Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG zu behandeln. Auch die auf Vertrag beruhende Anwendung anderer Pflichtversicherungstatbestände kommt nicht in Frage.

Dem Versicherungserfordernis kann durch die Begründung eines freiwilligen Versicherungsverhältnisses nicht entsprochen werden. Zwar könnte durch die Selbstversicherung in Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gem §§ 16, 16a und 19 ASVG ein umfassender Schutz erreicht werden, doch fordert § 11 Abs 4 lit a BEinstG die Einbeziehung in die Sozialversicherung als Pflichtversicherter. Daraus folgt, dass insb ein freiwilliges Versicherungsverhältnis den Voraussetzungen der zitierten Bestimmung nicht gerecht wird.

Dass die Pflichtversicherteneigenschaft nicht durch Vertrag begründet werden kann und auch ein freiwilliges Versicherungsverhältnis nicht ausreicht, spricht für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages im Integrativen Betrieb: Der Gesetzgeber verlangt die Einbeziehung in alle Versicherungszweige des ASVG. Für den Fall, dass die Tatbestände des § 4 ASVG nicht erfüllt sind, schafft er aber keine Möglichkeit um ein entsprechendes Versicherungsverhältnis anderweitig zu begründen. Aus dem Pflichtversicherungserfordernis in § 11 Abs 4 lit a BEinstG folgt nach diesen Ausführungen, dass sich die Beschäftigung auf Basis eines Arbeitsvertrages und die Tätigkeit in einem Integrativen Betrieb *nicht ausschließen*. Arbeit, der kein wirtschaftliches Konzept zugrunde liegt, kann im Rahmen eines echten Arbeitsverhältnisses erbracht werden. Dass dies stets der Fall ist, ist damit nicht gesagt.

§ 11 Abs 4 lit a BEinstG soll nicht den Umstand verdecken, dass die Tätigkeit in einem Integrativen Betrieb den Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht voraussetzt. Derartige Beschäftigungsverhältnisse können auf unterschiedlichen Vertragstypen beruhen. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist lediglich Voraussetzung für die Förderung aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds.

### **17.2.3. Zur wirtschaftlich verwertbaren Mindestleistungsfähigkeit**

Zugang zur Beschäftigung in einem Integrativen Betrieb hat, wer wegen Art und Schwere der Behinderung noch nicht oder nicht wieder auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig sein kann, aber eine wirtschaftlich verwertbare Mindestleistungsfähigkeit aufweist (§ 11 Abs 1 BEinstG). Damit soll das Auftreten des Betriebes im

Wirtschaftsleben sichergestellt werden.<sup>145</sup> Bei Integrativen Betrieben handelt es sich nämlich um keine Einrichtungen, die sich vom Markt abschotten. Sie „stellen Produkte her oder übernehmen Dienstleistungen zu den gleichen Bedingungen wie andere Unternehmen“<sup>146</sup>. Als Marktteilnehmer sind auch sie den Kräften des freien Marktes ausgesetzt, was eine unternehmerische Planung und den effizienten Einsatz von Ressourcen erfordert (vgl § 11 Abs 4 lit b und g BEinstG). Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, von den Beschäftigten ein solches Maß an Leistung zu verlangen, dass eine unternehmerische Tätigkeit möglich ist. Was aber bedeutet es für das Arbeitsvertragsrecht, dass die in Integrativen Betrieben beschäftigten Personen einen „wirtschaftlich verwertbare[n] Leistungsrest“<sup>147</sup> aufweisen müssen?

#### 17.2.3.1. Grad der Leistungsfähigkeit

Über den exakten Grad der geforderten Leistungsfähigkeit sagt das Gesetz nichts. Näheres bestimmen die Richtlinien des BMSG.<sup>148</sup> Diese ordnen an, dass *[i]n einem Integrativen Betrieb [...] nur Menschen mit Behinderung Aufnahme finden [können], [...] deren wirtschaftlich verwertbarer Leistungsrest [...] voraussichtlich die Hälfte der Produktivität einer Normalarbeitskraft in gleicher Beschäftigung ausmacht*<sup>149</sup>. Diese Regelung stellt eine Harmonisierung des BEinstG mit dem ASVG dar. Durch sie soll gewährleistet sein, dass der Tätige zumindest jene Arbeiten verrichtet, die einen Versicherten noch nicht berufsunfähig oder invalid machen.<sup>150</sup> Ob der begünstigte Behinderte die Hälfte der Produktivität einer Normalarbeitskraft aufweist, ist mit Blick auf die konkret auszuübende Tätigkeit zu bestimmen.<sup>151</sup>

---

<sup>145</sup> Vgl Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 3.

<sup>146</sup> Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 3.

<sup>147</sup> Richtlinien (IB), Pkt 3 (1).

<sup>148</sup> Seit BGBl I Nr 3/2009: BMASK.

<sup>149</sup> Richtlinien (IB), Pkt 3 (1).

<sup>150</sup> Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 14.

<sup>151</sup> Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> § 11 Erl 13.

### **17.2.3.2. Das Mindestleistungserfordernis als Systemwidrigkeit?**

Es ist ein Merkmal der Behindertenbeschäftigung, dass der Tätige oft nicht das Maß an Arbeitsleistung erbringt wie ein nicht beeinträchtigter Arbeitender.<sup>152</sup> Der Beschäftiger nimmt die verminderte Produktivität des Beschäftigten in Kauf, gleicht diese aber – im Rahmen des diskriminierungsrechtlich Zulässigen – durch ein niedrigeres Entgelt aus. Im Lichte dessen mag es irritieren, dass das BEinstG von einem Behinderten ein gewisses Maß an Leistungsfähigkeit einfordert. Es kommt häufig vor, dass begünstigte Behinderte bei der Wahrnehmung der ihnen überantworteten Aufgaben hinter dem typischen Arbeitnehmer leistungsmäßig zurückbleiben. Dass ein Behinderter stets mangelhafte Ergebnisse liefert, kann aber nicht gesagt werden. Wichtig ist zu betonen, dass es nicht die Intention des BEinstG ist, förderungswürdige Personen auf Arbeitsplätze zu drängen, deren Anforderungen sie wegen ihrer Behinderung nicht gerecht werden können. Das BEinstG will die Beschäftigung in einem Job sicherstellen, den der begünstigte Behinderte trotz seiner Einschränkungen ausfüllen kann. Das zeigt sich daran, dass dem Einstellungsgebot des BEinstG Genüge getan ist, wenn eine behinderte Person zu Arbeitsleistungen herangezogen wird, auf die sich die Behinderung gar nicht auswirkt.

### **17.2.3.3. Mindestleistungsfähigkeit und Arbeitnehmerbegriff**

Sind nun aus dem Kriterium der wirtschaftlich verwertbaren Mindestleistungsfähigkeit Aussagen zu Arbeitsvertrag und Arbeitnehmereigenschaft abzuleiten? Das könnte mit dem Argument verneint werden, § 11 Abs 1 BEinstG regle nur die Voraussetzungen für die Aufnahme in den Integrativen Betrieb. Das Vorliegenmüssen einer wirtschaftlich verwertbaren Mindestleistungsfähigkeit sei eine behindertenspezifische Anforderung. Der Schluss, Tätige mit zu geringer Produktivität können nicht Arbeitnehmer iSd § 1151 ABGB sein, sei nicht zulässig.

Es ist der unmittelbare Zweck des § 11 Abs 1 BEinstG, von vielen potentiellen Beschäftigten jene auszuwählen, die einen Beitrag zur Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes zu leisten imstande sind. § 11 geht es aber nicht ausschließlich darum. Er enthält mehr als nur die Anordnung, wer in einem Integrativen Betrieb beschäftigt wer-

---

<sup>152</sup> Resch, ZAS 2011, 22.

den darf. Das BEinstG geht offenbar davon aus, dass eine vom Arbeitsrecht erfasste Tätigkeit nicht sinnvoll möglich ist, wenn der Arbeitende gewisse Mindestanforderungen nicht erfüllt. Fehlt ein verwertbarer Leistungsrest, ist das Vorliegen von Arbeit zu hinterfragen.

Liegen die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vor, kann auch der Leistungsschwache Arbeitnehmer sein. Das ist unbestritten. Dennoch könnte die in § 11 Abs 1 BEinstG geforderte wirtschaftlich verwertbare Mindestleistungsfähigkeit eine (objektive) Grenze dessen markieren, was noch als Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinne angesehen werden kann. Wie viel hat der Beschäftigte zu leisten? Nach § 11 Abs 1 BEinstG ist die Arbeitsleistung des Behinderten wirtschaftlich verwertbar, wenn er mindestens halb so leistungstark ist wie eine Normalarbeitskraft in gleicher Beschäftigung. Das kann nicht verallgemeinert werden. Freilich kann ein gewöhnlicher Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb – ein solcher will der Integrative Betrieb sein – nicht bestehen, wenn die Beschäftigten nur über die Arbeitskraft von Invaliden und Berufsunfähigen verfügen. Nicht jeder Betrieb aber tritt am Güter- oder Dienstleistungsmarkt auf. Auch der Vergleich mit einer Normalarbeitskraft in gleicher Verwendung ist nicht immer möglich. Gerade bei austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen zur Wiedereingliederung kann es an einem gleichen bzw ähnlichen Job und damit an einem Vergleichsmaßstab fehlen.

Eine objektive Mindestleistungs-Schwelle, die der Beschäftigte zu überschreiten hat, kennt das Arbeitsvertragsrecht nicht. Dieses überlässt es den Vertragsparteien festzulegen, was geleistet werden soll und in welchem Umfang Dienste zu erbringen sind. Vor allem liegt es am Beschäftigten, im Rahmen der Vertragsverhandlungen darzutun, wie viel Leistung er verlangt. Welches Produktivitätsniveau nötig ist, um eine bestimmte Aufgabe sinnvoll ausfüllen zu können, ist je nach Lage des Falles verschieden. Wird die vereinbarte Leistung vom Tätigen nicht erbracht, schließt das die Arbeitnehmereigenschaft nicht aus. Der Beschäftigte hat aber die Möglichkeit, auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinzuwirken. Zudem kann ein Abfall des Produktivitätsniveaus einen Leistungsanfall nach den Sozialversicherungsgesetzen auslösen.

### 17.3. Kombilohn und Wiedereingliederung

§ 34a AMSG will die Beschäftigungsaufnahme von arbeitslosen Personen mit verminderten Eingliederungschancen fördern. Zu diesem Zweck schafft er finanzielle Anreize in Form von Lohnkostenzuschüssen und Lohnergänzungszahlungen (Kombilohnmodell).<sup>153</sup> Einerseits soll der Beschäftiger dazu angehalten werden, wettbewerbschwache Personen einzustellen. Andererseits soll die Aussicht auf eine Beihilfe den Arbeitslosen anregen, sich um Beschäftigung zu bemühen (Abs 2 leg cit). Im letzten Fall ist das Entgelt, das der Arbeitende bezieht, teils Erwerbseinkommen, teils Transferzahlung.<sup>154</sup> Im Fokus des § 34a AMSG stehen Ältere, Behinderte und Wiedereinsteiger.<sup>155</sup> Ziel der Vorschrift ist die Förderung wettbewerbschwacher Personen. Das aber ist nicht deren einziger Zweck. § 34a will helfen, Stellen im Niedriglohnsegment zu besetzen.<sup>156</sup> Er soll bei Beschäftigungsverhältnissen eingreifen, die ein existenzsicherndes Einkommen nicht gewährleisten. Hierbei handelt es sich um Vertragsverhältnisse, die auf ein wirtschaftliches Ziel hin ausgerichtet sind: Der Beschäftigte will durch die Arbeit ein adäquates Einkommen erwirtschaften. Auf der anderen Seite steht der Beschäftiger, der Arbeitskraft benötigt, sie aber wegen der zu geringen Verdienstchancen, nicht findet.

§ 34a AMSG unterstützt die Aufnahme echter Erwerbstätigkeit. Beschäftigungsverhältnisse, die nach dieser Bestimmung gefördert werden, sind nicht austauschfremd. Daran ändert auch die Subventionierung nichts. Zuschüsse und Beihilfen könnten das Vorliegen eines austauschfremden Beschäftigungsverhältnisses nur unter besonderen Voraussetzungen anzeigen. Dazu ist zu fordern, dass sie ein soziales oder karitatives Ziel verfolgen – nicht also Wirtschaftsförderung sind – und in entsprechender Höhe gewährt werden.<sup>157</sup> Eine soziale Zielsetzung mag man § 34a AMSG noch (irgendwie) unterstellen können. Ob die Beihilfe/ der Zuschuss aber eine solche Höhe erreichen kann, dass sie gegen das Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches zu werten ist, ist mehr als fraglich.

---

<sup>153</sup> Zu diesen Begriffen siehe *Rukwid*, WuG 2007, 412.

<sup>154</sup> *Rukwid*, WuG 2007, 412.

<sup>155</sup> *Aubauer/Neumann*, taxlex 2009, 409.

<sup>156</sup> *Hofbauer*, DRdA 2006, 64; *Rukwid*, WuG 2007, 412.

<sup>157</sup> Siehe Kapitel 9.2.

#### **17.4. Berufliche Rehabilitation und Arbeitswilligkeit**

Arbeitslosengeld erhält nur, wer der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht. Diese Anspruchsvoraussetzung ist erfüllt, wenn sich der Arbeitslose ua arbeitswillig zeigt (§ 7 AIVG). § 9 Abs 1 AIVG nennt Tätigkeiten, zu deren Aufnahme der Arbeitslose bereit zu sein hat, um als arbeitswillig zu gelten. Zwar ist es das vorrangige Ziel dieser Bestimmung, dem Arbeitslosen eine Beschäftigung in einem echten Arbeitsverhältnis zuzuweisen,<sup>158</sup> doch kommen auch andere Tätigkeiten in Betracht. Das Gesetz nennt, neben Maßnahmen der Nach- oder Umschulung, die Beschäftigung im Rahmen einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Auch die Tätigkeit in Sozialökonomischen Betrieben (SÖB) und Gemeinnützigen Beschäftigungsprojekten (GBP) gilt als echte Beschäftigung. Sie dient der beruflichen Rehabilitation.

##### **17.4.1. Transitarbeit als zumutbare Beschäftigung**

§ 9 Abs 1 AIVG sieht vor, dass ua derjenige als arbeitswillig anzusehen ist, der bereit ist, eine zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Welche Tätigkeiten zumutbar sind, regelt das Gesetz in den Folgeabsätzen näher. Insb gehört die Transitarbeit in einem SÖB und im Rahmen eines GBP dazu (§ 9 Abs 7 AIVG). Diese Anordnung ist deshalb von Interesse, weil als Beschäftigung iSd § 9 Abs 1 Alt 1 AIVG nur echte Arbeitsverhältnisse gelten (arg „in einem Arbeitsverhältnis als Dienstnehmer“). Daraus folgt, dass die im Rahmen eines SÖB/GBP erbrachten Leistungen eine arbeitsvertragliche Grundlage haben müssen. Das geht auch aus § 9 Abs 7 unmittelbar hervor. Er spricht ausdrücklich vom Arbeitsverhältnis und von der Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften. Das mag auf den ersten Blick im Widerspruch zur These stehen. Schließlich streben SÖB und GBP die Wiedereingliederung des Beschäftigten in den allgemeinen Arbeitsmarkt an. Dass zu diesem Zweck austauschfremde Verträge geschlossen werden, liegt nahe. Das wird in einigen Fällen tatsächlich so sein. § 9 AIVG spricht jedoch nicht gegen die These.

Abs 7 leg cit legt fest, dass die Tätigkeit in einem SÖB/GBP den Qualitätsstandards zu entsprechen hat, die der Verwaltungsrat des AMS in Richtlinien festlegt.

---

<sup>158</sup> Dirschmied/Pfeil, AIVG-Kommentar, 10. EL, §§ 9-11 Erl 2.2.

Diese enthalten Regelungen betreffend die rechtliche Stellung der Beschäftigten. Zur Interpretation insb des § 9 Abs 7 AIVG sind sie heranzuziehen.<sup>159</sup> Die Richtlinien ordnen an, dass die Arbeitsleistung für den Dienstgeber im Vordergrund stehen muss. Die Teilnahme an Qualifizierungs- und Betreuungsmaßnahmen darf nicht überwiegen.<sup>160</sup> Nur dann liegt eine zumutbare Beschäftigung vor. Darin ist eine Abgrenzung zum austauschfremden Beschäftigungsverhältnis zu sehen. Die Tätigkeit in einem SÖB/GBP ist nur als zumutbare Beschäftigung zu werten, wenn die wirtschaftlichen Interessen der Parteien die Vertragsbeziehung prägen. Dominiert hingegen der Wiedereingliederungszweck, greift § 9 Abs 7 AIVG nicht. Die Beschäftigung in einem SÖB/GBP dient also *auch* der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. In erster Linie aber soll sie echte Erwerbstätigkeit sein.

Im SÖB/GBP entspricht der Zweck der Beschäftigung nicht dem eines prototypischen Arbeitsverhältnisses. Das hindert das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages nicht. Auch Verträge mit gemischter Zweckbestimmung können dem Arbeitsrecht unterliegen. Tätigkeiten in SÖB/GBP mussten dennoch zur zumutbaren Beschäftigung erklärt werden. Auf dem Arbeitsmarkt nämlich werden Stellen dieser Art üblicherweise nicht angeboten (§ 7 Abs 3 Z 1 AIVG). Vom arbeitslosenversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriff waren und sind sie daher nicht erfasst.<sup>161</sup>

Eine zumutbare Beschäftigung übt aus, wer Arbeitnehmer ist (§ 9 Abs 1 und 7 AIVG). Kollektivvertragliche Bestimmungen müssen anwendbar,<sup>162</sup> die Einbeziehung in die Sozialversicherung als Vollversicherungspflichtiger sichergestellt sein.<sup>163</sup> Das ändert nichts an der prinzipiellen Möglichkeit, Tätige in einem SÖB/GBP auch auf Basis eines anderen Vertrages als eines Arbeitsvertrages zur Leistung zu verpflichten. Arbeitswillig ist der Beschäftigte diesfalls nicht. Auch der zwischen dem AMS und dem Beschäftigungsträger abgeschlossenen Fördervereinbarung wird der Abschluss von anderen Verträgen als Arbeitsverträgen widersprechen. Diese enthält

---

<sup>159</sup> Krapf/Keul, AIVG-Praxiskommentar I, 8. Lfg, § 9 Rz 211.

<sup>160</sup> Bundesrichtlinie (SÖB), Pkt 6.2.1., 13.3.; Bundesrichtlinie (GBP), Pkt 6.3.1., 13.3.

<sup>161</sup> Krapf/Keul, AIVG-Praxiskommentar I, 8. Lfg, § 9 Rz 211.

<sup>162</sup> Bundesrichtlinie (GBP), Pkt 6.9.1.1.

<sup>163</sup> Bundesrichtlinie (GBP), Pkt 6.3.1.

die „*Verpflichtung zur Einhaltung aller sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen*“<sup>164</sup>. Das aber sind nur arbeitslosenversicherungsrechtliche Konsequenzen.

#### **17.4.2. Die Wiedereingliederungsmaßnahmen nach § 9 Abs 1 AIVG**

Arbeitswillig ist auch, wer zur Teilnahme an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt bereit ist (§ 9 Abs 1 Alt 3 AIVG). Das Gesetz nennt die Maßnahme neben der zumutbaren Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis. Das wirft die Frage auf, ob es davon ausgeht, dass Maßnahmen zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt – außerhalb eines SÖB/GBP – keine echte Beschäftigung darstellen und daher nicht auf einem Arbeitsvertrag beruhen.

Weshalb das Gesetz die Wiedereingliederungsmaßnahme neben die zumutbare Beschäftigung gestellt hat, ist nicht klar. Möglich ist tatsächlich, dass es die Maßnahmen von Beschäftigungsverhältnissen mit arbeitsvertraglicher Grundlage abgrenzen will. Genauso gut aber könnte die Trennung zwischen zumutbarer Beschäftigung und Wiedereingliederungsmaßnahme rein arbeitslosenversicherungsrechtliche Gründe haben. Unter dem Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs 3 Z 1 AIVG kann letztere nicht subsumiert werden. Auf dem Arbeitsmarkt wird sie üblicherweise nicht angeboten. Das muss nicht bedeuten, dass ihr kein Arbeitsvertrag zugrunde liegen kann.

#### **17.5. Zusammenfassung**

§ 36 ArbVG spricht für die in Rede stehende Meinung, § 9 AIVG ebenso. § 11 BEinstG zeigt in die Gegenrichtung, wenngleich die These mit ihm nicht generell unvereinbar ist. § 34a AMSG zielt nur scheinbar auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse ab. Die Ansicht vom prägenden, wirtschaftlichen Austausch als konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages ist mit diesen Vorschriften kompatibel.

Dass die These einer punktuellen, an einzelnen Vorschriften ausgerichteten Überprüfung stand hält, bedeutet jedoch nicht, dass sie sich harmonisch in das Arbeitsrecht einfügt. Zu untersuchen bleibt, ob das Erfordernis eines prägenden, ökonomischen Austausches einen wertungsmäßigen Bruch innerhalb der Arbeitsrechtsordnung darstellt. Darüber erlauben die bisherigen Untersuchungen kein abschließendes Urteil.

---

<sup>164</sup> Bundesrichtlinie (SÖB), Pkt 7.2.2.; Bundesrichtlinie (GBP), Pkt 7.1.4.

## **18. Die „Dienstleistung für einen anderen“**

Argumentiert wird, dass die Relevanz des Vertragszwecks für die Vertragstypenzuordnung aus § 1151 Abs 1 Satz 1 ABGB hervor geht. Diesem zufolge kommt ein Arbeitsvertrag zustande, wenn jemand sich zur „Dienstleistung für einen anderen“ verpflichtet. Damit enthält § 1151 ABGB zwei wichtige Anordnungen für den Arbeitnehmerbegriff: Erstens bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass Arbeitnehmer nur sein kann, wer in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit zum Beschäftiger steht. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur vor, wenn die Tätigkeit im Betrieb des Beschäftigers unter dessen Anleitung und Aufsicht erbracht wird.<sup>165</sup> Das folgt aus der Systematik der Regelung. Diese grenzt den persönlich unabhängigen Werkunternehmer vom persönlich abhängigen Arbeitnehmer ab.<sup>166</sup> Zweitens umschreibt § 1151 Abs 1 ABGB den Arbeits- bzw Dienstleistungsbegriff und damit die fundamentalste Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht. Er gibt Aufschluss darüber, was Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinne ist. Klar ist, dass nicht jedes Verhalten, das mit einer gewissen geistigen und/oder körperlichen Anstrengung verbunden ist, dem Regime des Arbeitsrechts unterliegt. Wer ausschließlich für sich selbst tätig ist, leistet keine Arbeit.<sup>167</sup> Die persönliche Abhängigkeit als Hauptmerkmal des Arbeitnehmers ist nicht weiter zu vertiefen. An ihrem Vorliegenmüssen besteht kein Zweifel. Nur der Arbeitsbegriff wirft Fragen auf. Er soll im Folgenden in den Mittelpunkt gestellt werden.

### **18.1. Fremdbezogenheit der Tätigkeit**

Das Vorliegen von Arbeit ist mit Blick auf die vertragliche Beziehung zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger zu bestimmen. Der Tätige muss ein Verhalten setzen, das im Verhältnis zum Vertragspartner als Arbeit zu qualifizieren ist. Oben wurde betont, dass kein Arbeitnehmer sein kann, wer nur für sich selbst tätig wird. Wer im eigenen Haushalt aufräumt und putzt leistet unzweifelhaft etwas. Auf einen anderen bezogen sind diese Tätigkeiten aber nicht. Es handelt sich nicht um Arbeit im arbeits-

---

<sup>165</sup> Statt aller *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 55 f.

<sup>166</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 206-211.

<sup>167</sup> *Schrammel* in *Runggaldier/Schinkele*, Arbeitsrecht und Kirche, 84 f.

rechtlichen Sinne.<sup>168</sup> Von selbst versteht sich, dass von Arbeit nicht gesprochen werden kann, wenn eine vom Tätigen verschiedene, zweite Person nicht auftritt. Das in Frage stehende Verhalten muss einen anderen berühren. Wann das der Fall ist, will exakt bestimmt sein. Nicht immer nämlich liegen die Dinge derart klar wie im eben referierten Beispiel.

Zunächst soll eine abstrakte Denkfigur weiterhelfen. Dazu ist die Vertragsbeziehung gedanklich in eine Sphäre des Arbeitenden und in eine Sphäre des Beschäftigers aufzuteilen. Arbeit liegt vor, wenn das vom Tätigen gesetzte Verhalten über seine eigene Sphäre hinaus Wirkungen entfaltet. Wirkt die Tätigkeit nur für den Tätigen selbst, kann von Arbeit nicht die Rede sein. Entscheidend ist, dass der Beschäftigte sein Verhalten auf einen anderen hin ausrichtet. Das tut er nach Maßgabe des Arbeitsvertrages. Aus diesem erwächst dem Beschäftigten ein schuldrechtlicher Anspruch auf ein bestimmtes Handeln des Tätigen. Er ist berechtigt, dieses im Rahmen des vertraglich Vereinbarten durch Weisungen näher vorherzubestimmen. Die Grundzüge des arbeitsrechtlichen Dienstleistungsbegriffs seien daher wie folgt umschrieben: Unter Arbeit ist das in einem privatrechtlichen Vertrag umschriebene, auf die Person des Vertragspartners bezogene Verhalten zu verstehen, das einzufordern und inhaltlich zu determinieren dieser berechtigt ist.

## **18.2. Fremdnützlichkei als Tatbestandsmerkmal?**

### **18.2.1. Unklarer Gesetzeswortlaut**

Arbeit iSd § 1151 Abs 1 ABGB meint, wie eben dargestellt, zuallererst *fremdbezogenes* und *fremdbestimmtes* Handeln. Dass der Beschäftigte ein wirtschaftliches Interesse an ihr haben muss, ist damit noch nicht festgestellt. Freilich liegt der Vertrag gewordenen Entscheidung des Beschäftigten, ein bestimmtes Handeln von einem anderen einzufordern, zumeist ein spezifisches Eigeninteresse an der Tätigkeit zugrunde. Kaum jemand wird die Dienste eines anderen nachfragen ohne von ihnen profitieren zu wollen. Das gilt sowohl für das entgeltliche wie auch für das unentgeltliche Beschäftigungsverhältnis. Zu behaupten, dass die Inanspruchnahme von Diensten stets und notwendig auf einem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Beschäftigten

---

<sup>168</sup> Vgl Schrammel in Runggaldier/Schinkele, Arbeitsrecht und Kirche, 84.

beruht, wäre jedoch unzutreffend. Freilich kann der Abschluss eines Vertrages auch auf soziale oder karitative Überlegungen zurückzuführen sein. Aus der Tatsache, dass Arbeitskraft idR nicht aus Freigiebigkeit nachgefragt wird, ergibt sich noch nicht, dass das Vorliegen von wirtschaftlichen Interessen auf Beschäftigerseite Tatbestandsmerkmal des § 1151 Abs 1 ABGB ist. Auf den ersten Blick ist nicht erkennbar, ob § 1151 ein Verhalten nur als Arbeit anerkennen will, wenn es auf den Beschäftiger bezogen *und* an dessen wirtschaftlichen Interessen ausgerichtet ist. Mit anderen Worten: Ob die zitierte Bestimmung neben der Fremdbezogenheit der Tätigkeit auch ein wirtschaftliches Fremdinteresse fordert, ist offen. Der Wortlaut würde sowohl die These wie auch die Gegenansicht tragen.

### 18.2.2. Die Gesetzesmaterialien

Eine Analyse der Materialien soll weiterhelfen. § 1151 ABGB wurde 1916 per kaiserlicher Notverordnung erlassen. Die Vorarbeiten dafür hat die Kommission für Justizgegenstände des Herrenhauses geleistet. In deren Bericht wird zwar nicht explizit zur Rolle des Vertragszwecks für die Anwendung von Arbeitsrecht Stellung genommen, doch sind ihm einige Hinweise zu entnehmen.

Die Kommission ging davon aus, dass der Arbeitgeber unternehmerische Ziele verfolgt. Im HHB ist davon die Rede, dass „*der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dem Unternehmen des Arbeitgebers zur Verfügung stellt*“<sup>169</sup> und „*in den Organismus des Unternehmens*“<sup>170</sup> eingegliedert ist. An anderer Stelle deutet der historische Gesetzgeber an, dass menschliche Arbeitskraft generell im Wirtschaftsleben eingesetzt wird: „*[D]as Wirtschaftsleben zeigt auch Kombinationen von einzelnen Merkmalen der einen und der anderen Seite [gemeint sind einerseits der Arbeits- und andererseits der Werkvertrag, Anm d Verfassers]*“<sup>171</sup>. Als Beispiel wird der Heimarbeiter als der „*einem bestimmten Unternehmer zur Arbeit Verpflichtete*“<sup>172</sup> genannt. Das alles spricht für die These. Gegen sie ist einzuwenden, dass sich der HHB hauptsächlich mit der Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Werkvertrag befasst. Zu diesem

---

<sup>169</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 207.

<sup>170</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 207.

<sup>171</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 207.

<sup>172</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 207.

Zweck werden akribisch jene Merkmale aufgelistet, die die persönliche Abhängigkeit des Arbeitenden ausmachen. Daraus könnte man schließen, dass das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages ausreicht.

Was es bedeutet, dass das ABGB „auch auf Personen Bedacht zu nehmen hat, die zu anderen als ‚Geschäfts‘-Zwecken [...] aufgenommen werden“<sup>173</sup> bleibt unklar. Einerseits könnte dies bedeuten, dass das Vorliegen wirtschaftlicher Interessen (auf Beschäftigterseite) nicht tatbestandsrelevant ist. Andererseits könnte damit angeordnet sein, dass der rechtswirksame Abschluss eines Arbeitsvertrages das Vorliegen eines wirtschaftlichen Leistungsinteresses (aufseiten des Arbeitgebers) grundsätzlich voraussetzt, es aber Ausnahmen gibt. Gleich verhält es sich mit dem Hinweis, dass sich die Wesen des Arbeitsvertrages und des Werkvertrages aus einer Gegenüberstellung dieser Vertragstypen ergeben: „Charakteristisch für die beiden ist der Gegensatz der wirtschaftlichen Bedingungen und Zwecke“<sup>174</sup>. Es macht den Werkunternehmer aus, dass er seine Arbeit selbst organisiert, mit eigenen Mitteln und gegebenenfalls unter Heranziehung von Gehilfen tätig wird.<sup>175</sup> Der von ihm geschuldete Erfolg muss das Ergebnis eigenverantwortlicher Arbeit sein.<sup>176</sup> Wenn § 1151 ABGB den Werkvertrag als den Vertrag des selbständigen Unternehmers konzipiert und ein wirtschaftliches Tätigwerden verlangt, ist fraglich, welche Schlüsse daraus für den Arbeitsvertrag zu ziehen sind. Wie oben ist denkbar, dass ökonomische Interessen (des Beschäftigten) für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages irrelevant sind. Genauso gut aber könnte die zit Formulierung dahingehend zu verstehen sein, dass das Vorliegen wirtschaftlicher Interessen (des Arbeitgebers) grundsätzlich Voraussetzung für den Abschluss des Arbeitsvertrages ist.

Aus dem HHB ergibt sich das Folgende: Das Vorliegen überwiegend wirtschaftlicher Interessen ist ein *typisches* Merkmal des Arbeitsvertrages. Das ist aus dem Bericht klar herauszulesen und gilt jedenfalls für die Arbeitgeberseite. Sicher ist auch, dass der historische Gesetzgeber das Vorliegen wirtschaftlicher Interessen nicht als einfaches Arbeitnehmermerkmal anerkennen will. Andernfalls hätte er es bei seiner

---

<sup>173</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 209.

<sup>174</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 206.

<sup>175</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 207.

<sup>176</sup> Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup>, Rz 4/016.

Aufzählung der Arbeitnehmerkriterien berücksichtigt. Ob es ein *konstitutives* Kriterium des Arbeitsverhältnisses ist, geht aus dem Bericht nicht eindeutig hervor. Eine besondere Interessenslage könnte mit dem Arbeitsvertrag ebenso gut vereinbar wie unvereinbar sein. Der Rückgriff auf den HHB hilft im gegebenen Kontext daher nicht weiter. Dazu sei ergänzend angemerkt, dass die Rolle des modernen Arbeitsrechts das zentrale Argument für die fragliche These ist. Der HHB aber wurde 1912 verfasst. Die Stellung des modernen Arbeitsrechts in der Wirtschafts- und Rechtsordnung spiegelt er nicht in sich wider.

### **18.2.3. Der Arbeitsvertrag als Austauschvertrag**

Eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung des Vertragszwecks ist nicht nur im Gesetzeswortlaut und in den Materialien zu suchen. § 1151 Abs 1 ABGB ist in seinem systematischen Zusammenhang zu sehen. Der Gesetzgeber konzipiert den Arbeitsvertrag als einen zweiseitig verbindlichen Vertrag. Der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers steht die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber. Das erhellt § 1152 ABGB, der die Möglichkeit der Vereinbarung von Unentgeltlichkeit als Ausnahmefall versteht. Das ist im gegebenen Zusammenhang wenig aussagekräftig. Der Austausch von Arbeit gegen Entgelt ist nicht immer ein wirtschaftlicher Austausch. Wer Arbeit leistet hat nicht stets ökonomische Motive, auch wenn er für seine Dienste entlohnt wird. Umgekehrt kann die Nachfrage von Arbeit wirtschaftsfremde Gründe haben. Dass das System des 26. Hauptstücks die These stützt, dem widerspricht schon § 1152 ABGB selbst. Dieser lässt die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit beim Arbeitsvertrag zu. Gerade bei der unentgeltlichen Arbeitserbringung fehlt es oft – längst aber nicht immer – am Erwerbsinteresse (des Beschäftigten).

### **19. Der Regelungszweck des Arbeitsrechts**

Die Funktionen des Arbeitsrechts sind vielfältig. Arbeitszeitbeschränkungen, Ruhe- und Urlaubsvorschriften beeinflussen die Beschäftigungssituation und schützen den Arbeitnehmer vor körperlicher Überlastung. Arbeitsrecht ist insofern ein arbeitsmarktpolitisches und gesundheitspolitisches Instrument. Mit den Regelungen zu Mutterschutz und Väterkarenz werden familienpolitische Zwecke verfolgt, mit den Vorschriften über die Bildungskarenz bildungspolitische. Die Bestimmungen des

Betriebspensions- und Abfertigungsrechts, sie haben Versorgungscharakter, zeigen die sozialpolitische Dimension des Arbeitsrechts auf. Allen voran aber stehen zwei Funktionen – die *Regelung der Dienstleistungserbringung* und der *Arbeitnehmerschutz*. Die Verrichtung von Arbeit in wirtschaftlicher Unselbständigkeit rechtlich zu erfassen, ist notwendig. Auch dieser Bereich des gesellschaftlichen Lebens bedarf eines rechtlichen Rahmens (Ordnungsfunktion des Arbeitsrechts). Nicht minder notwendig ist es, den persönlich und wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmer vor dem Verhandlungsübergewicht des Arbeitgebers zu schützen. Es sind diese beiden Hauptfunktionen, die das Arbeitsrecht prägen.<sup>177</sup> Auf sie ist bei der Auslegung des § 1151 ABGB Bedacht zu nehmen. Zu welchen Ergebnissen aber führt das?

### **19.1. Arbeitnehmerschutzfunktion und Erwerbszweck**

Der Arbeitsrechtsgesetzgeber geht von der Prämisse aus, dass die Dienstleistenden auf die Einkünfte aus ihren Tätigkeiten angewiesen sind. Deshalb gibt er ihnen Instrumente in die Hand, die es ihnen erlauben, sich gegenüber dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber zu behaupten. Arbeitnehmerschutz meint also den Schutz derer, die sich in den Dienst eines anderen stellen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten: „*Das Schutzprinzip, das hinter den zwingenden Normen des Arbeitsrechtes steht, findet seine Motivierung in dem ökonomischen oder sozialen Zwang, ein Arbeitsverhältnis zur Sicherung der Existenz eingehen bzw. einen Beruf auf einem Arbeitsvertrag aufbauen zu müssen.*“<sup>178</sup> Unter Arbeitnehmerschutz ist daher vorrangig der Schutz des *Erwerbsinteresses des Beschäftigten* zu verstehen.

Bei der Vertragstypenzuordnung wird das Vorliegen eines konkreten Erwerbsinteresses nicht geprüft. Weil der Arbeitnehmer in persönlicher Abhängigkeit tätig ist, werden dessen wirtschaftliche Abhängigkeit und dessen Erwerbsinteresse vermutet. Diese Vorgehensweise ist aus zwei Gründen geboten: Erstens kommt eine Prüfung der privaten Verhältnisse des Beschäftigten nicht in Frage. Dessen Vermögenssituation steht weder in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsleben, noch ist sie verlässlich überprüfbar.<sup>179</sup> Zweitens ist die Vermutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit in

---

<sup>177</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 38 f.

<sup>178</sup> *Tomandl*, Wesensmerkmale, 177.

<sup>179</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>7</sup>, 43.

den meisten Fällen zutreffend. Persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gehen in aller Regel Hand in Hand.<sup>180</sup> Damit liegen Personen in austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen – sie sind in persönlicher Abhängigkeit tätig – prima facie voll im Anwendungsbereich des Arbeitsrechts.

Ein Blick auf die dogmatischen Grundlagen des Arbeitnehmerbegriffs führt jedoch zu einem anderen Ergebnis. Der Grund für die Anwendung von Arbeitsrecht auf bestimmte Dienstleistende liegt in deren *wirtschaftlichen Unselbständigkeit*. Das hat Wachter überzeugend nachgewiesen. Diese hat zwei Seiten – eine organisatorische und eine finanzielle.<sup>181</sup> Die organisatorische Unselbständigkeit meint die Beschränkung der Verfügbarkeit über die eigene Arbeitskraft. Sie ist Resultat der Eingliederung in den Betrieb des Beschäftigers. Damit ist die persönliche Abhängigkeit angesprochen.<sup>182</sup> Finanzielle Unselbständigkeit liegt vor, wenn die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses den Verlust einer wesentlichen Erwerbsquelle darstellt. Sie reflektiert vor allem auf die Abhängigkeit vom Arbeitsentgelt.<sup>183</sup> Nur wer in organisatorischer *und* in finanzieller Unselbständigkeit arbeitet, kann Arbeitnehmer sein.

Dass das Erwerbsinteresse des Beschäftigten nicht subjektiv-konkret zu prüfen ist, bedeutet nicht, dass ihm bei der Vertragstypenzuordnung überhaupt keine Beachtung zu schenken ist. Es müssen eben beide Seiten der wirtschaftlichen Unselbständigkeit gegeben sein. Daher kann nicht darüber hinweg gesehen werden, wenn das Fehlen des Erwerbsinteresses aus der äußeren Beschaffenheit des Beschäftigungsverhältnisses ablesbar ist. Dann scheidet jedenfalls die Anwendung jener arbeitsrechtlichen Vorschriften aus, die genau das voraussetzen. Der Beschäftigte hat in diesem Fall andere Interessen als jene, die das Arbeitsrecht schützt.

Zu bedenken ist, dass die finanzielle Unselbständigkeit nicht mit der Abhängigkeit vom Arbeitseinkommen gleichzusetzen ist. Sie spricht die Gefahr an, eine wesentliche wirtschaftliche Verschlechterung zu erleiden. Auch der Verlust von anderen materiellen Vorteilen als dem Einkommen kann zu einer solchen Verschlechterung führen. Der Beschäftigte kann von sämtlichen aus dem Beschäftigungsverhältnis ge-

---

<sup>180</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 83.

<sup>181</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 76; 9 ObA 52/88.

<sup>182</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 76.

<sup>183</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 77.

zogenen materiellen Vorteilen abhängig sein kann. Sie alle dienen in einem weiteren Sinne der Sicherung des Lebensunterhalts. Der Begriff der finanziellen Unselbständigkeit ist daher weit zu verstehen. Sie umfasst alles, was der Sicherung der materiellen Lebensgrundlage dient. An das Erwerbsinteresse sind folglich keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Vorliegen eines *abstrakten Erwerbsinteresses* genügt. Wirtschaftlich unselbständig ist daher auch, wer nur ein geringes oder gar kein Einkommen (§ 1152 ABGB) bezieht, aber Arbeiten verrichtet, die an sich zum Erwerb geeignet sind.

## 19.2. Ordnungsfunktion und Erwerbszweck

Das Arbeitsrecht wurde geschaffen, um einen speziellen Fall des Leistungsaustausches zu regeln – die Dienstleistungserbringung in wirtschaftlicher Unselbständigkeit. Dabei geht es davon aus, dass sowohl der Arbeitnehmer, wie auch der Arbeitgeber primär wirtschaftliche Interessen mit dem Vertrag verbinden. Sowie der Arbeitnehmer durch die Tätigkeit seinen Lebensunterhalt verdient, so ist die Nachfrage von Arbeitskraft Bestandteil eines wirtschaftlichen Konzepts des Arbeitgebers. Das zeigen die Rechtsfolgen, die das Arbeitsrecht anordnet. Einige seien hier beispielgebend herausgegriffen: Sagt der Beschäftigte nicht zu, unentgeltlich zu arbeiten, soll er zumindest Anspruch auf eine Entlohnung in angemessener Höhe haben (§ 1152 ABGB). Erkrankt er oder werden seine Dienste nicht nachgefragt, entfällt sein Entgeltanspruch nicht. Ereignisse, auf die der Arbeitnehmer keinen oder nur geringen Einfluss nehmen kann, sollen sein Auskommen nicht gefährden (ua § 1154b, § 1155 ABGB). Zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit des Arbeitgebers ist der Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit über ihm bekannt gewordene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verpflichtet.<sup>184</sup> Nebenbeschäftigungen darf er nur eingeschränkt nachgehen, Schädigungen der Interessen des Arbeitgebers durch außerdienstliches Verhalten hat er tunlichst zu unterlassen.<sup>185</sup> Zudem hat er Überstunden bis zum Ausmaß von 60 Wochenstunden zu leisten, wenn dies zur Abwendung eines wirtschaftlichen Nachteils des Arbeitgebers dient (§ 7 Abs 4 AZG). Es zeigt sich somit, dass das Arbeits-

---

<sup>184</sup> Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup>, Rz 6/092-6/108.

<sup>185</sup> Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup>, Rz 6/109-6/111, 6/118-6/125.

recht zuallererst den Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers garantiert. Der Schutz anderer als ökonomischer Interessen ist nachrangig. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsfolgen ist der Arbeitnehmerbegriff abzu- stecken. Das Eingreifen von Arbeitsrecht muss folglich ausscheiden, wenn mit einem Vertrag überwiegend Interessen verfolgt werden, die das Arbeitsrecht nicht oder nur in geringem Ausmaß schützt.

### **19.3. Zusammenfassung**

Das Arbeitsrecht verlangt eine Differenzierung nach dem Zweck, den die Vertragsparteien verfolgen. Die unterschiedslose Einbeziehung aller persönlich abhängig Beschäftigten in das Arbeitsrecht widerspricht dessen Regelungsziel. Zu diesem Ergebnis führt eine Prüfung der Hauptfunktionen des Faches.

Schon aus der Arbeitnehmerschutzfunktion geht hervor, dass das Arbeitsrecht primär das Erwerbsinteresse des Arbeitnehmers schützt. Grundlage für die Arbeitnehmereigenschaft ist ua die Dienstleistungserbringung in wirtschaftlicher Abhängigkeit. Diese ist der wahre Grund für das Eingreifen von Arbeitsrecht. Die große Mehrheit der arbeitsrechtlichen Vorschriften baut nämlich auf der Annahme auf, dass der Beschäftigte mit dem Arbeitseinkommen seinen Lebensunterhalt bestreitet. Vor diesem Hintergrund ist der Arbeitnehmerbegriff zu definieren. Daher ist vom Arbeitsrecht nicht erfasst, wer zu anderen als zu Erwerbszwecken tätig ist.

Auch auf Beschäftigterseite ist das Vorliegen eines Erwerbsinteresses zu verlangen. Das ergibt sich aus der Ordnungsfunktion des Arbeitsrechts. Die Rechtsfolgen, die es anordnet, wenn ein Arbeitsverhältnis festgestellt ist, sind auf einen wirtschaftlichen Austausch zwischen den Vertragspartnern zugeschnitten. Es nimmt an, dass der Inanspruchnahme von Arbeitskraft vorwiegend wirtschaftliche, nicht aber soziale oder karitative Überlegungen zugrunde liegen. Somit schützt es die materiellen Interessen von Arbeitnehmer *und* Arbeitgeber.

# GESCHÜTZTE BESCHÄFTIGUNG UND EUROPÄISCHES ARBEITSRECHT

## 20. Einleitendes

Die Verflechtung der österreichischen Rechtsordnung mit dem Unionsrecht erfordert es, das gegenständliche Problem in dessen Lichte zu betrachten. Auch dort stellt sich die Frage, wer Arbeitnehmer ist. Will man das Europäische Arbeitsrecht in Augenschein nehmen, ist zuallererst an die primärrechtlichen Bestimmungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu denken. Diese sind sein Kern. Die Freizügigkeitsgarantien des Art 45 Abs 2 und 3 AEUV machen im Verein mit der VO (EU) Nr 492/2011 und der RL 2004/38/EG die grenzüberschreitende Mobilität der Arbeitnehmer erst möglich. Wenn in der Folge von „dem“ unionrechtlichen Arbeitnehmerbegriff die Rede ist, ist daher jener des Art 45 AEUV gemeint. Neben den primärrechtlichen Freizügigkeitsregeln besteht eine Vielzahl an Vorschriften sekundärrechtlichen Charakters. Hierzu gehören nicht nur die, die Art 45 AEUV näher ausgestalten. Gemeint sind Rechtsakte betreffend die soziale Sicherheit oder den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, deren vorrangiges Ziel nicht (immer) die Gewährleistung eines freien Austausches von Arbeitskräften ist.

Alle diese Bestimmungen knüpfen, unbeschadet ihrer primär- oder sekundärrechtlichen Natur, an den Begriff „Arbeitnehmer“ an. Dennoch existiert keine einheitliche, alle Bereiche des Unionsrechts umspannende Arbeitnehmerdefinition.<sup>186</sup> Das Unionsrecht kennt eine Mehrheit von Arbeitnehmerbegriffen, die jeweils verschiedene Merkmale aufweisen. Sie sind in zweierlei Hinsicht „autonom“: Einmal im Verhältnis zu den Arbeitnehmerdefinitionen der nationalen Arbeitsrechtsordnungen, einmal im Verhältnis zueinander.<sup>187</sup> Nichtsdestotrotz – das werden die folgenden Ausführungen zeigen – durchzieht die Vorstellung vom wirtschaftlich tätigen Arbeitnehmer das Europäische Arbeitsrecht.

In Ermangelung einer vertraglichen Definition von „Arbeitnehmer“, lag es am EuGH, dem Arbeitnehmerbegriff des Art 45 AEUV eine Gestalt zu geben. In zahlreichen Urteilen hat er dessen Merkmale herausgearbeitet; Vereinzelt hat er über wirt-

---

<sup>186</sup> EuGH – C-256/01, Rn 63 (Allonby).

<sup>187</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 4 f.

schaftsferne Tätigkeiten abgesprochen. Trotz der reichhaltigen Judikatur ist die Frage nach der Wanderarbeitnehmereigenschaft manchmal strittig. Insb im Umgang mit geschützten Tätigkeiten fehlt es an einer klaren Linie des Gerichtshofes. Zu untersuchen ist daher, ob Dienstleistende, die am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt tätig sind, Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen. Außerdem ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Erwägungen des EuGH zu austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen für das österreichische Arbeitsrecht fruchtbar gemacht werden können.

Der Unionsgesetzgeber setzt in diversen Richtlinien Mindeststandards für die Beschäftigung von Arbeitnehmern fest. Diese Garantien kann einfordern, wer Arbeitnehmer iSd jeweiligen Richtlinie ist. Das kann dazu führen, dass die Anwendung von nationalem, auf Unionsrecht zurückgehendem Arbeitsrecht von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht wird als die Anwendung jener Teilbereiche des Arbeitsrechts ohne unionsrechtlichen Ursprung. Das hat zur Folge, dass Bestimmungen in die einzelstaatlichen Rechtsordnungen integriert werden, die, weil sie dem wirtschaftlichen System des Unionsrechts entspringen, ökonomische Wertungen in das nationale Arbeitsrecht mit einfließen lassen (welche diesem möglicherweise fremd sind). Der Frage nach dem Einfluss von Richtlinien auf den nationalen, österreichischen Arbeitnehmerbegriff soll hier daher Aufmerksamkeit geschenkt werden.

## **21. Austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis und Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist ein integraler Bestandteil der europäischen Rechts- und Wirtschaftsordnung. Durch das Gebot der Gleichbehandlung von Unionsbürgern, gewährleistet sie die freie Wahl des Arbeitsplatzes innerhalb des Gemeinschaftsgebiets.<sup>188</sup> Die schafft solcherart einen „EU-Arbeitsmarkt“, der die einzelstaatlichen Arbeitsmärkte als Bezugsrahmen für die Arbeitssuche ablöst. In den Genuss von Freizügigkeit kommt, wer „Arbeitnehmer“ ist (Art 45 AEUV). Genaueres verrät der Vertrag nicht. Während unter „Arbeitnehmer“ gemeinhin jene verstanden werden, die ihren Lebensunterhalt durch unselbständige Arbeit bestreiten, ist die Rechtsstellung jener ungewiss, die andere als wirtschaftliche Ziele verfolgen.

---

<sup>188</sup> *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 45 AEUV Rz 1.

## 21.1. Die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs

### 21.1.1. Überblick

Der EuGH judiziert seit *Lawrie Blum* in stRspr, dass jeder, der „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“<sup>189</sup> Arbeitnehmer iSd Art 45 AEUV ist. Damit hat der Gerichtshof die Grundmerkmale des Arbeitnehmerbegriffs umschrieben: Das Erfordernis der Unterordnung des Beschäftigten, sowie die Vergütung der Dienste.<sup>190</sup> Hinzu kommt, dass Arbeitnehmer nur sein kann, wer einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Diese muss „einen Teil des Wirtschaftslebens [...] ausmachen“<sup>191</sup>. Diese Merkmale sind unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen, dh unionsautonom zu bestimmen. Die rechtliche Grundlage der Beschäftigung bleibt folglich außer Betracht. Es ist weder von Bedeutung ob der Dienstleistende nach Privatrecht oder öffentlichem Recht beschäftigt ist, noch ob er nach einzelstaatlichen Vorschriften als Arbeiter, Angestellter oder Beamter gilt.<sup>192</sup> Auch die Unwirksamkeit des Rechtsaktes, der dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegt, steht der Anwendung des Art 45 AEUV nicht entgegen. Liegen die unionsrechtlichen Voraussetzungen vor, ist es unerheblich, ob das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht kraft Gesetzes oder infolge Anfechtung nichtig ist. Somit berechtigt auch die faktische Beschäftigung zur Ausübung der Freizügigkeitsrechte, sofern die Tätigkeit ursprünglich auf eine rechtliche Grundlage (Vertrag, öffentlich-rechtlicher Akt) hätte gestellt werden sollen.<sup>193</sup> Da es sich beim Arbeitnehmer, wie auch bei der „Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis“ (Art 1 VO [EU] 492/2011) um Begriffe handelt, die den Anwendungsbereich einer Grundfreiheit festlegen, ist eine weite Auslegung geboten.<sup>194</sup> Vor dem Hintergrund der Frage, ob austauschfremde Beschäftigungsver-

---

<sup>189</sup> EuGH – C-66/85, Rn 17 (*Lawrie Blum*); wortident ua EuGH – C-138/02, Rn 26 (*Collins*).

<sup>190</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 12.

<sup>191</sup> EuGH – C-36/74, Rn 4/10 (*Walrave*).

<sup>192</sup> EuGH – C-152/73, Rn 5 (*Sotgiu*).

<sup>193</sup> *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 45 AEUV Rz 17.

<sup>194</sup> EuGH – C-66/85, Rn 16 (*Lawrie Blum*).

hältnisse unter Art 45 AEUV fallen, werden die einzelnen Arbeitnehmermerkmale im Folgenden in den Mittelpunkt gerückt.

### 21.1.2. Unterordnungsverhältnis

Zum Zweck der Abgrenzung von den selbständigen Tätigkeiten fordert der EuGH die Bindung des Dienstleistenden an die Weisungen seines Beschäftigers.<sup>195</sup> Dieser bestimmt über die Art und den Inhalt der zu leistenden Dienste, sowie über alle Modalitäten ihrer Verrichtung. Dazu gehören insb die Zeit und der Ort des Tätigwerdens. Eine „wertende Gesamtbetrachtung“ muss zum Ergebnis führen, dass dem Dienstleistenden die freie Disposition über die Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit im Wesentlichen nicht zusteht.<sup>196</sup> Art 45 AEUV setzt somit ein Verhältnis der Unterordnung, dh persönliche Abhängigkeit voraus.<sup>197</sup>

Nach manchen besteht Unklarheit über den geforderten Grad der Unterordnung. *Rebhahn* hält es für denkmöglich, dass sich der EuGH bei der Formulierung der Arbeitnehmerdefinition von den Eigenheiten des Falles *Lawrie Blums* hat leiten lassen, um die dort herausgearbeiteten Grundsätze später auf andersgelagerte Fälle zu übertragen. Er sagt, dass mit *Lawrie Blum* eine Person Modell für die Definition von „Arbeitnehmer“ gestanden ist, die als öffentlich Bedienstete stärker persönlich abhängig war als Dienstleistende in der „freien Wirtschaft“. *Blum* gehörte einem Berufsstand an, deren Mitglieder idR ohnedies Wanderarbeitnehmer sind (Art 45 Abs 4 AEUV). Gegenstand der Entscheidung war somit die Rechtsstellung von Beamten, also unselbständig Beschäftigten. Eine Abgrenzung zwischen Selbständigen und Unselbständigen war nicht zu treffen. Nichtsdestotrotz hat der Gerichtshof die *Lawrie-Blum*-Formel in der Folge in verschiedenen Kontexten zur Anwendung gebracht – auch dort, wo die unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft wirklich zweifelhaft war.<sup>198</sup> Was daraus für den Grad der Unterordnung folgen soll, ist nicht klar. Richtig ist, dass im öffentlichen Dienst zumeist ein stark ausgeprägtes Ober- und Unterordnungsverhältnis zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger besteht. Deshalb einen hohen Grad

---

<sup>195</sup> *Brechmann* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV<sup>4</sup> Art 45 AEUV Rz 14.

<sup>196</sup> *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 45 AEUV Rz 18.

<sup>197</sup> *Windisch-Graetz* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, 132. Lfg, Art 45 AEUV Rz 11.

<sup>198</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 10.

an persönlicher Bindung zu verlangen wäre mE aber unzutreffend. *Lawrie Blum* war Studienreferendarin im Vorbereitungsjahr und wohl nicht stärker an ihren Arbeitgeber gebunden als Beschäftigte in der „freien Wirtschaft“ in vergleichbarer Stellung an deren Arbeitgeber. Auch bei öffentlich Bediensteten, die weit oben in der Weiskette rangieren, greift die Vermutung einer besonders starken persönlichen Bindung nicht. Einem auf Zeit bestellten Bediensteten, der mit der Leitung einer großen Organisationseinheit betraut ist, wird man trotz Weisungsbindung nicht unterstellen können, strenger als privatrechtlich Beschäftigte eingegliedert zu sein. Hinzu kommt, dass eine streng hierarchische Ordnung, penibel vorgegebene Arbeitsprozesse und ein konsequenter Weisungszusammenhang wohl eher in jenen Bereichen bestehen, die gem Art 45 Abs 4 AEUV ohnedies nicht von der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst sind.

Aus der Ausweitung der Arbeitnehmerdefinition auf öffentlich Bedienstete ergibt sich, dass der Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen ist. Ein enges Verständnis seiner Komponenten wird dem nicht gerecht. Das muss insb für jene Merkmale gelten, die vom EuGH als grundlegende Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft herausgestellt werden – wie eben das Unterordnungsverhältnis. An die organisatorische Bindung des Beschäftigten sind also keine hohen Anforderungen zu stellen. Die jüngere Judikatur des Gerichtshofes stützt diese Auffassung. So haben die Mitglieder des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft den Status von Wanderarbeitnehmern, wenn sie in die Gesellschaft integriert sind, der Aufsicht eines anderen Organs unterliegen und das Gesellschaftsorgan, das ihre Abberufung verfügen kann, nicht kontrollieren.<sup>199</sup>

Das für die Wanderarbeitnehmereigenschaft erforderliche – geringe – Maß an Unterordnung wird bei Beschäftigungsverhältnissen, die dem Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt zuzuordnen sind, nahezu immer vorliegen. Insb die erfolgreiche Wiedereingliederung in das reguläre Erwerbsleben ist nicht anders zu erreichen, als durch die Einbindung in einen betrieblichen Arbeitsprozess.

---

<sup>199</sup> EuGH – C-232/09, Rn 48-50 (*Danosa*).

### 21.1.3. Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung

Die Bezahlung ist neben der persönlichen Unterordnung die zweite Grundvoraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft. Charakteristisch für austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse ist jedoch, dass sie zu einem nicht unerheblichen Teil von der öffentlichen Hand und/oder durch private Spenden finanziert werden. Überhaupt fällt die Entlohnung bei diesen Beschäftigungsverhältnissen regelmäßig (sehr) gering aus. Das aber macht Art 45 AEUV nicht unanwendbar. Der EuGH sagt nämlich, dass *„weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft [...] haben.“*<sup>200</sup> Daher sind Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, selbst wenn ihre Einkünfte weniger als das Existenzminimum ausmachen.<sup>201</sup> Auch wer zusätzlich zum Lohn staatliche Unterstützungsleistungen bezieht, um sein Auskommen zu sichern, unterfällt Art 45.<sup>202</sup> In Bezug auf Art 6 Abs 1 ARB 1/80 war der Gerichtshof hingegen weniger großzügig. Im Urteil *Günaydin* hat er gesagt, dass Arbeitnehmer ist, wer *„eine Vergütung in einer Höhe erhält, wie sie üblicherweise [...] an Personen, die gleiche oder gleichartige wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, gezahlt wird und die nicht im Rahmen eines Sonderprogramms für die Eingliederung [...] überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wird“*<sup>203</sup>. Damit hat der EuGH sowohl der Höhe des Entgelts wie auch der Herkunft der Mittel Bedeutung beigemessen. Diesen Ansatz hat er aber nicht weiterverfolgt. Eine „übliche Vergütung“ ist daher ebenso wenig Voraussetzung für die Wanderarbeitnehmereigenschaft, wie die Finanzierung alleine oder überwiegend durch Mittel des Arbeitgebers.

Nicht entscheidend ist, in welcher Form der Dienstleistende entlohnt wird. Geldlohn und Naturallohn sind als Vergütung anerkannt.<sup>204</sup> Stellt der Beschäftiger im Rahmen eines austauschfremden Beschäftigungsverhältnisses Unterkunft und Verpflegung zur Verfügung liegt – den Gegenleistungscharakter dieser Leistungen vorausgesetzt – Entgeltlichkeit vor. Auch soziale Begleitmaßnahmen wie medizinische

---

<sup>200</sup> EuGH – C-10/05, Rn 22 (Mattern und Cikotic).

<sup>201</sup> EuGH – C-317/93, Rn 19 (Nolte).

<sup>202</sup> EuGH – C-139/85, Rn 14 (Kempf).

<sup>203</sup> EuGH – C-36/96, Rn 34 (Günaydin).

<sup>204</sup> EuGH – C-196/87, Rn 11 f (Steymann).

oder psychotherapeutische Betreuung können als Vergütung zu werten sein. Darüber hinaus grenzt der EuGH die Entlohnung nicht auf den Zeitlohn ein. Im Urteil *Agregate* hat er die Wanderarbeitnehmereigenschaft spanischer Fischer bejaht, die am Erlös aus dem Verkauf ihrer Fänge beteiligt waren. Die „Entlohnung im Wege einer Ertragsbeteiligung“ steht der Ausübung der Freizügigkeitsrechte genauso wenig entgegen wie die Tatsache, dass die Vergütung „auf einer kollektiven Basis berechnet wird“<sup>205</sup>. Erfolgsgentgelte sind daher eine zulässige Vergütung. Gleiches muss für Löhne gelten, deren Höhe nach der individuellen Arbeitsleistung des Beschäftigten bestimmt wird. Es ist zu gestatten, dass die Höhe des Entgelts vom Erreichen einer vorgegebenen Stückzahl oder einer gewissen Qualität abhängig gemacht wird. Die Grenze für Erfolgs- und Leistungsentgelte soll jedoch dort gezogen sein, wo die „geschäftlichen Risiken des Unternehmens“<sup>206</sup> gerade noch nicht auf den Dienstleistenden überwältigt werden. Im selben Urteil lässt es der Gerichtshof allerdings zu, dass die spanischen Fischer das gesamte Verwertungsrisiko tragen. Einen festen, nach absolvierten Zeiteinheiten errechneten „Sockelbetrag“ erhielten diese nämlich nicht – ein augenfälliger Widerspruch. Für austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse ist die Zulässigkeit von Erfolgs- und Leistungsentgelten ohnedies wenig relevant. Auf einen gesamtbetrieblichen oder individuellen Leistungserfolg kommt es gerade nicht an. Dass die Beschäftigung von Behinderten, Kranken oder Süchtigen in Einzelfällen Bestandteil eines unternehmerischen Plans ist, ist aber nicht ausgeschlossen.

Die Modalitäten der Entgeltzahlung sollen bei der Abgrenzung zwischen unselbständiger und selbständiger Arbeit helfen. Zutreffend schließt *Ziegler* aus dem Urteil *Jany*, dass es für die Wanderarbeitnehmereigenschaft spricht, wenn Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vom Arbeitgeber vor Auszahlung des Entgelts an den Beschäftigten in Abzug gebracht werden.<sup>207</sup> In der Sache *Jany* hat der EuGH erkannt, dass „Fensterprostituierte“ als Selbständige arbeiten, sofern sie ua „gegen ein Entgelt, das [...] [ihnen] vollständig und unmittelbar gezahlt wird“<sup>208</sup> tätig sind. Bei Beschäftigungsverhältnissen des Zweiten und Dritten Arbeitsmarktes kommt dieses Unter-

---

<sup>205</sup> EuGH – C-3/87, Rn 36 (*Agregate*).

<sup>206</sup> EuGH – C-3/87, Rn 36 (*Agregate*).

<sup>207</sup> *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe, 137.

<sup>208</sup> EuGH – C-268/99, Rn 70 (*Jany*).

scheidungsmerkmal selten zum Tragen. Geringe Einkünfte, wie sie für austauschfremde Tätigkeiten typisch sind, sind vielerorts nicht einkommensteuerpflichtig. Schon relevanter sind die Modalitäten der Entgeltzahlung in Bezug auf Sozialversicherungsbeiträge, doch kann die fragliche Tätigkeit vom Schutzbereich der nationalen Sozialversicherungsgesetze ausgenommen sein.

Die Vergütung muss Gegenleistungscharakter haben. Sie muss eine „mittelbare Gegenleistung“<sup>209</sup> für die Arbeit des Dienstleistenden sein. Was darunter zu verstehen ist, bleibt jedoch im Dunkeln. Der EuGH stellt diesen Begriff in den Raum ohne ihn zu erläutern. Er ist wohl so auszulegen, dass alles Geld und alle geldwerten Vorteile, die der Beschäftigte anlässlich seiner Tätigkeit empfängt, vom Gegenleistungsbegriff erfasst sind. Wie der EuGH wollen Teile der Lehre die Grenzen des Entgelt- bzw Gegenleistungsbegriffs sehr weit ziehen. *Brechmann* etwa meint, dass „alle Arten von Leistungen [...], denen im weitesten Sinne der Charakter einer Gegenleistung zukommt“<sup>210</sup> als Entgelt anzuerkennen sind. Wenn *Forsthoff* jedoch die Ausbildung eines Praktikanten als Naturallohn wertet, geht das selbst über das hinaus, was der EuGH noch als Vergütung anerkennt.<sup>211</sup> Andernfalls hätte der Gerichtshof in seinen vielen Praktikantenfällen nicht so deutlich herausgestrichen, dass die Tätigkeit des Praktikanten „tatsächlich und echt“ sein muss.<sup>212</sup> Das wäre sie mit *Forsthoff* nämlich schon alleine wegen ihres Praktikumscharakters gewesen.<sup>213</sup> Zwar muss man die Grenzen dessen, was Gegenleistung ist, nicht eng bestimmen (vgl § 49 ASVG für das österreichische Recht). Wenn man jedoch wie der EuGH jede „mittelbar“ entgeltliche Arbeit als Teil des Wirtschaftslebens anerkennt, verliert die Voraussetzung der tatsächlichen und echten Tätigkeit an Schärfe. Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof auf die Mittelbarkeit der Gegenleistung seit *Steymann*, soweit zu sehen, nicht mehr abgestellt hat. Hingegen halten einzelne Generalanwälte einen bloß mittelbaren Konnex zwischen Arbeit und Vergütung nach wie vor für ausreichend.<sup>214</sup>

---

<sup>209</sup> EuGH – C-196/87, Rn 12 (*Steymann*).

<sup>210</sup> *Brechmann* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV<sup>4</sup> Art 45 AEUV Rz 16.

<sup>211</sup> *Forsthoff* in GHN, 42. EL, Art 45 AEUV Rz 77.

<sup>212</sup> Zu diesem Merkmal siehe sogleich Kapitel 21.1.4.

<sup>213</sup> Zur Praktikumsjudikatur siehe Kapitel 21.1.7.

<sup>214</sup> GA *Maduro* – C-281/06, Rn 9 (Jundt); GA *Geelhoed* – C-456/02, Rn 44 (Trojani).

Nach *Ziegler* ist die Entgeltlichkeit der Tätigkeit kein notwendiges Merkmal des Art 45 AEUV. Insb Praktikanten sollen sich auf die Freizügigkeitsgarantien des Vertrages berufen dürfen, wenn sie nicht entlohnt werden. Sie weist darauf hin, dass diese Personen oft ertragreiche Arbeit leisten, die außerhalb eines Ausbildungsverhältnisses zu vergüten wäre. Außerdem sei es mit Blick auf die Ziele der Verträge nicht richtig, jene von der Arbeitnehmerfreizügigkeit auszuschließen, die, um Erfahrung zu sammeln, zunächst unentgeltlich tätig sind, mittel- oder langfristig aber eine „echte“ Beschäftigung anstreben (vgl Art 165 Abs 2 AEUV, „Förderung der Mobilität von Lernenden“). Auch für diese Personen soll daher jede Diskriminierung in Bezug auf den Zugang zum Arbeitsmarkt und auf die Beschäftigungsbedingungen abgeschafft sein.<sup>215</sup> Auf Beschäftigungsverhältnisse des Zweiten und Dritten Arbeitsmarktes lassen sich die Überlegungen *Zieglers* nicht übertragen. „Lernende“ iSd Art 165 Abs 2 AEUV sind diese Personen nicht. Generell lässt die Judikatur des EuGH (noch) keinen Platz dafür, unentgeltliche Tätigkeiten unter Art 45 AEUV zu subsumieren. Bisweilen hat der Gerichtshof in seinen Urteilen stets die *Lawrie-Blum*-Formel wiedergegeben, wodurch er die Entgeltlichkeit als unverzichtbaren Bestandteil der Wanderarbeitnehmereigenschaft herausstreicht. Zuletzt hat er das im ersten Halbjahr 2012 getan.<sup>216</sup> Eine Abkehr von dieser Rechtsprechungslinie ist nicht zu erwarten.

Das Entgeltlichkeitserfordernis lässt keine zwingenden Rückschlüsse darauf zu, welche Dienstleistenden Art 45 AEUV erfasst. Der Vertrag geht freilich davon aus, dass mit der Erbringung und der Inanspruchnahme von Dienstleistungen idR wirtschaftliche Interessen verbunden sind. Wer Arbeit nachfragt und dafür bezahlt, tut dies zumeist aus wirtschaftlichen Motiven. Umgekehrt ist in aller Regel von ökonomischen Interessen geleitet, wer sich in den Dienst eines anderen stellt. Dass nur entgeltliche Tätigkeiten unter Art 45 AEUV fallen beweist, dass die Freizügigkeitsgarantien *jedenfalls* für Beschäftigte gelten, die (auch) zum Zweck des Erwerbs tätig sind.

---

<sup>215</sup> *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe, 137 f.

<sup>216</sup> EuGH – C-542/09, Rn 68 (Kommission vs Niederlande).

#### 21.1.4. Die wirtschaftliche Dimension des Arbeitnehmerbegriffs

Bestimmt man „Arbeitnehmer“ vor dem Hintergrund des Systems des Vertrages ist gewiss, dass es sich um einen wirtschaftlich dimensionierten Begriff handelt.<sup>217</sup> So bilden die Bestimmungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemeinsam mit den übrigen Freiheiten den Kern des Binnenmarktkonzepts.<sup>218</sup> Die Binnenmarktregeln sind ihrerseits Bestandteil einer Europäischen Union deren Ziele vorwiegend wirtschaftlicher Natur sind (vgl insb die Art 2 und 3 AEUV). Bei ihrer Interpretation ist die wirtschaftliche Ausrichtung des Unionsrechts zu berücksichtigen. Mehr noch: Bei der Auslegung von Unionsrecht ist *„die Zielorientierung der betreffenden Regelungen nicht nur zu beachten, sondern sie [ist] zum Leitstern der Interpretation zu machen“*<sup>219</sup>. In Bezug auf die Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer sagt der OGH daher folgerichtig, dass *„aus der Stellung der diesbezüglichen Bestimmungen innerhalb des Systems des Vertrages folgt [...], dass diese Bestimmungen nur die Freizügigkeit von Personen gewährleisten, die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen.“*<sup>220</sup>

Wie weit aber ist der Begriff des Wirtschaftslebens zu fassen? Es steht außer Streit, dass auch Tätigkeiten von den Freizügigkeitsregeln erfasst sind, die nicht im Rahmen der freien Marktwirtschaft erbracht werden. Die Bereichsausnahme in Art 45 Abs 4 AEUV erhellt, dass die Arbeit im öffentlichen Dienst ein Teil des Wirtschaftslebens ist. Sie wäre überflüssig, würden Abs 1 leg cit ausschließlich marktwirtschaftliche Tätigkeiten unterliegen.<sup>221</sup> Entscheidend ist, dass *„die Tätigkeit den Charakter einer entgeltlichen Arbeitsleistung hat, unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht wird“*<sup>222</sup>. Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit ist sonach kein strenger Maßstab anzusetzen.

Als Teil des Wirtschaftslebens gilt die *„Ausübung tatsächlicher und echter Tätigkeiten“*<sup>223</sup>. Davon ausgenommen sind jedoch jene, die *„einen so geringen Umfang*

---

<sup>217</sup> EuGH – C-53/81, Rn 9 (Levin).

<sup>218</sup> Franzen in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 45 AEUV Rz 1.

<sup>219</sup> Kirchner in Riesenhuber, Methodenlehre<sup>2</sup>, § 5 Rz 19.

<sup>220</sup> EuGH – C-53/81, Rn 17 (Levin).

<sup>221</sup> Forsthoff in GHN, 42. EL, Art 45 AEUV Rz 84.

<sup>222</sup> EuGH – C-66/85, Rn 20 (Lawrie Blum).

<sup>223</sup> EuGH – C-53/81, Rn 17 (Levin).

haben, daß sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen“<sup>224</sup>. Damit ist zuallererst die Dauer der Beschäftigung angesprochen. Der Gerichtshof hält fest, dass bei einer Arbeitsverpflichtung für nur wenige Stunden von einer untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeit auszugehen ist.<sup>225</sup> Die Dauer der Arbeitsleistung muss ein solches Ausmaß erreichen, dass der Tätige sich mit der Arbeit vertraut machen kann.<sup>226</sup> Das ist nach Ansicht des EuGH bei einer Betätigung im Umfang von 10 Wochenstunden gewährleistet.<sup>227</sup> Allzu hohe Anforderungen sind an die Tätigkeitsdauer folglich nicht zu stellen. Die Untergeordnetheit und Unwesentlichkeit ist nur in Extremfällen anzunehmen.<sup>228</sup> Eine Tätigkeit ist weiters untergeordnet und unwesentlich, wenn sie für den Beschäftiger kaum oder gar nicht von wirtschaftlichem Wert ist. Bringt sie dem Nachfragenden keinen wirtschaftlichen Nutzen, ist Art 45 AEUV nicht einschlägig.<sup>229</sup> Sieht man von den Fällen symbolischer Entlohnung ab, sind auch geringfügig entlohnte Tätigkeiten tatsächlich und echt.<sup>230</sup> Das ist in der Sache richtig, zumal eine schlechte Bezahlung nicht per se gegen die Wanderarbeitnehmereigenschaft spricht. Allerdings kann eine Entlohnung auf niedrigem Niveau entweder Ausdruck der wirtschaftlichen Geringschätzung der Arbeitsleistung oder die an das niedrige Stundenausmaß angepasste Vergütung sein. Sie kann daher das Nicht-Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft indizieren.

Ziegler sieht in der „Tätigkeit als Teil des Wirtschaftslebens“ und in der „tatsächlichen und echten Tätigkeit“ unterschiedliche Arbeitnehmermerkmale. Sie führt aus, dass Arbeiten „echt“ sind, wenn sie „ernsthaft“ und „rechtmäßig“ ausgeübt werden. Das Begriffsmerkmal „tatsächlich“ bestimmt sie über den Tätigkeitsumfang, dh über die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden. Sie sagt, dass es Dienstleistungen gibt, die zwar den Erfordernissen der Tatsächlichkeit und Echtheit gerecht werden, die aber wegen ihres besonderen Zwecks trotzdem keinen Teil des Wirtschaftslebens ausma-

---

<sup>224</sup> EuGH – C-53/81, Rn 17 (Levin).

<sup>225</sup> EuGH – C-357/89, Rn 14 (Raulin).

<sup>226</sup> EuGH – C-3/90, Rn 16 (Bernini).

<sup>227</sup> EuGH – C-171/88, Rn 16 (Rinner-Kühn).

<sup>228</sup> *Schneider/Wunderlich* in Schwarze ua, EU-Kommentar<sup>3</sup> Art 45 AEUV Rz 12.

<sup>229</sup> *GA Van Gerven* – C-357/ 89, Rn 10 (Raulin).

<sup>230</sup> *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> Art 45 AEUV Rz 25; *GA Van Gerven* – C-3/90, Rn 12 (Bernini).

chen.<sup>231</sup> Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Weder sind die Begriffe „tatsächlich“ und „echt“ derart eng zu definieren, noch sind sie zwei voneinander unabhängige Merkmale des Arbeitsverhältnisses. Eines besonderen Kriteriums, das neben dem der tatsächlichen und wirtschaftlichen Tätigkeit steht und alle „übrigen“ wirtschaftsfernen Tätigkeiten von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausschließt, bedarf es nicht. Der Bedeutungsgehalt, den *Ziegler* den Wörtern „tatsächlich“ und „echt“ beimisst, scheint willkürlich gewählt. Arbeiten von zu geringem Umfang könnten genauso gut als nicht „echt“ oder nicht „ernsthaft“ bezeichnet werden, ebenso wie man Arbeiten, die nicht mit der notwendigen Ernsthaftigkeit verrichtet werden, die „Tatsächlichkeit“ absprechen könnte. Aus der Judikatur des EuGH, auf die sich *Ziegler* beruft, geht jedenfalls nicht (zwingend) hervor, dass die Begriffe „tatsächlich“ und „echt“ solche von geringer Reichweite sind. Außerdem ist offensichtlich, dass die in Rede stehenden Begriffe ineinandergreifen (erst Recht, wenn man die Definitionen *Zieglers* aufgreift). Sie sind richtigerweise zu einem einzigen Arbeitnehmermerkmal zu verbinden. Dafür spricht insb, dass kein Platz für ein, von der Lehre herausgestelltes Merkmal besteht, das verbotene („unechte“) Tätigkeiten von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausschließt. Art 45 Abs 3 AEUV gewährt Freizügigkeit schließlich ohnedies nur vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen (auch wenn die Grenzen dessen, was öffentliche Ordnung usw ist, enger bestimmt sein mögen als die „unechte“ Tätigkeit nach *Ziegler*). Die hier vertretene Auffassung findet in der Judikatur des EuGH ihre Stütze. Soweit zu sehen, erörtert der Gerichtshof die Wörter „tatsächlich“ und „echt“ niemals getrennt voneinander. Zusammen dienen sie als Merkmal „tatsächliche und echte Tätigkeit“ der Abgrenzung zu *allen* Dienstleistungen, die nicht Teil des Wirtschaftslebens sind.

In fast allen Fällen in denen über Beschäftigungsverhältnisse zu entscheiden war, die eine von der typischen Erwerbsarbeit abweichende Prägung aufwiesen, stand das Merkmal der tatsächlichen und echten Tätigkeit im Mittelpunkt der Erwägungen des EuGH. Dabei hat der Gerichtshof nicht eng definiert, was als tatsächlich und echt gilt. Hinsichtlich der Tätigkeitsdauer und der Entgelthöhe liegt die Latte für die Dienst-

---

<sup>231</sup> *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe, 134, 136 mwN.

leistenden nicht hoch. Jedoch scheint in Bezug auf die Verwertbarkeit der Arbeitsleistungen ein strengerer Maßstab anzulegen zu sein. Wird Unverwertbares oder kaum Verwertbares geliefert, liegt keine tatsächliche und echte Tätigkeit vor. Die *Levin-Rspr* ist für Beschäftigungsverhältnisse des Zweiten und Dritten Arbeitsmarktes daher von großer Bedeutung.

#### **21.1.5. Wirtschaftliche Unselbständigkeit**

Ob eine Tätigkeit tatsächlich und echt ist, kann auch anders als über ihre Dauer und ihre wirtschaftliche Bedeutung für den Beschäftiger bestimmt werden. Nach manchen Stimmen in der Literatur ist es denkbar, dass es (auch) auf das Ausmaß ankommt, in dem die Einkünfte aus der Tätigkeit zur Existenzsicherung des Beschäftigten beitragen.<sup>232</sup> Eine „echte“ Entlohnung zu fordern ist jedoch problematisch. Allerdings ist es möglich, den Begriff der wirtschaftlichen Unselbständigkeit weiter, nämlich iSv beschränkter Verfügungsgewalt über die eigene Arbeitskraft, zu verstehen. In diesem Sinne ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit in zahlreichen mitgliedsstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen, wenn schon nicht entscheidend, dann zumindest Hilfskriterium bei der Vertragstypenzuordnung. Vielerorts ist relevant, wer die Betriebsmittel beistellt, auf wessen Rechnung und Risiko gearbeitet wird und wer die unternehmerischen Entscheidungen trifft.<sup>233</sup> Für ein solches Verständnis von „wirtschaftlicher Unselbständigkeit“ spricht das Urteil *Agegate*. In diesem hat der EuGH auf Merkmale, wie die fehlende Berechtigung zur Beiziehung von Gehilfen, die Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten und die Verteilung des unternehmerischen Risikos (zuletzt des Beschäftigers) abgestellt.<sup>234</sup> Gleichwohl hat der Gerichtshof diesen Merkmalen nur einen Satz gewidmet und sie in seinen Folgeurteilen, soweit ersichtlich, nicht wieder aufgegriffen. Mit *GA Bot* scheinen sie aber bis heute relevant zu sein. In dessen Schlussanträgen zur Rechtssache *Danosa* verweist er auf die entsprechende Rn des *Agegate*-Urteils.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe, 134.

<sup>233</sup> Rebhahn, RdA 2009, 168-170.

<sup>234</sup> EuGH – C-3/87, Rn 36 (*Agegate*).

<sup>235</sup> *GA Bot* – C-232/09, Rn 68 (*Danosa*).

*Rebhahn* hält es für denkbar, ein Arbeitnehmermerkmal „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ aus den Unterschieden in den Sprachfassungen des *Lawrie-Blum*-Urteils abzuleiten. Er weist darauf hin, dass die deutsche und die englische Fassung von der Leistungserbringung „für einen anderen“ sprechen, während etwa die französische Fassung von der Arbeit „zum Vorteil eines anderen“ sagt („*performs services for [...] another person*“, „*en faveur d'une autre*“).<sup>236</sup> Ohne Zweifel spricht es für ein Arbeitsverhältnis, wenn die „Erträge“ aus der Tätigkeit dem Vertragspartner zukommen, in dessen Dienst sich der Beschäftigte gestellt hat. Im gegebenen Zusammenhang ist die Argumentation mit den sprachlichen Nuancierungen zwischen den Sprachfassungen der Urteile jedoch nicht zwingend.

#### 21.1.6. Tätigkeitseinhalt und Arbeitsbedingungen

Aus der Tatsache, dass jemand gleiche Arbeiten verrichtet wie andere, die als Arbeitnehmer anerkannt sind, können keine Schlüsse auf die Wanderarbeitnehmereigenschaft gezogen werden.<sup>237</sup> Das hat der EuGH im Fall des Italieners *Andrea Raccanelli* entschieden. Dieser verfasste auf der Grundlage eines „Stipendienvertrages“ mit der Max-Planck-Gesellschaft in Deutschland eine Dissertation. *Raccanelli* machte geltend, dass sich seine Arbeit inhaltlich von der Forschungsarbeit jener nicht unterscheidet, die auf Basis eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind. Er sei daher Wanderarbeitnehmer. Dem ist der Gerichtshof – zu Recht – nicht gefolgt. Hingegen hat er im Zusammenhang mit assoziierten, türkischen Arbeitnehmern vergleichend gearbeitet und dabei auch den Tätigkeitseinhalt berücksichtigt. Er hat geprüft, ob sich die Situation von Dienstleistenden objektiv von der anderer unterscheidet, die Arbeitnehmer sind.<sup>238</sup> Zwar hat er vordergründig auf das Vorliegen „*gleiche[r] Arbeits- und Vergütungsbedingungen*“<sup>239</sup> abgestellt, doch hat er jene als Vergleichspersonen herangezogen, die „*in dem betreffenden Unternehmen gleiche oder gleichartige wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben*“<sup>240</sup>. Ein Vergleich mit der Tätigkeit anderer ist daher jedenfalls

---

<sup>236</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 10.

<sup>237</sup> EuGH – C-94/07, Rn 36 (*Raccanelli*).

<sup>238</sup> EuGH – C-36/96, Rn 33 (*Günaydin*).

<sup>239</sup> EuGH – C-36/96, Rn 33 (*Günaydin*).

<sup>240</sup> EuGH – C-36/96, Rn 33 (*Günaydin*).

zulässig, sofern er sich auf die Rahmenbedingungen der Beschäftigung bezieht. Aber auch die Relevanz des Tätigkeitsinhalts lässt sich aus *Günaydin* durchaus ableiten. Diesen Überlegungen will der EuGH seit *Raccanelli* offenbar keine Beachtung mehr schenken. In einer Hinsicht wird man die Art und den Inhalt der Tätigkeit, sowie die Arbeitsbedingungen wohl auch in Hinkunft berücksichtigen müssen. Wenn nämlich Tätigkeiten verrichtet werden, die üblicherweise nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden, kann die Wanderarbeitnehmereigenschaft zweifelhaft sein. Der Bezugsrahmen muss aber stets der EU-Arbeitsmarkt sein und nicht, wie in *Günaydin*, das Unternehmen, in dem die fragliche Dienstleistung erbracht wird.<sup>241</sup>

#### **21.1.7. Produktivität des Dienstleistenden**

Für die Wanderarbeitnehmereigenschaft ist es ohne Bedeutung, wie hoch die Produktivität des Beschäftigten ist. Nähere Ausführungen zu diesem (eigenständigen?) Kriterium sucht man in der Judikatur des EuGH von *Lawrie Blum* bis *Mattern* aber vergeblich. Kaum aufschlussreicher sind die Schlussanträge der Generalanwälte. Diese und der EuGH haben sich zur Produktivität des Dienstleistenden in zwei unterschiedlichen Zusammenhängen geäußert – bei Praktika und bei Tätigkeiten zur Wiedereingliederung. Die Rechtssachen, in denen die Wanderarbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden fraglich war, überwiegen zahlenmäßig. Wanderarbeitnehmer kann trotz geringer Produktivität insb sein: Ein Lehrling, der sich zum Gas- und Wasserinstallateur ausbilden lässt;<sup>242</sup> eine Schülerin, die im Zuge ihrer Ausbildung ein mehrwöchiges Praktikum absolviert;<sup>243</sup> eine Pflegehelferin, die ein Berufspraktikum ableistet;<sup>244</sup> eine Lehrerin im Rahmen des pädagogischen Vorbereitungsdienstes;<sup>245</sup> eine Rechtsanwaltsanwärterin;<sup>246</sup> ein Drogensüchtiger, der in einer staatlich geförderten Wiedereingliederungsmaßnahme tätig ist;<sup>247</sup> ein Arbeitsloser, der zum Zweck der

---

<sup>241</sup> Siehe Kapitel 21.1.8.

<sup>242</sup> EuGH – C-188/00, Rn 33 (Kurz).

<sup>243</sup> EuGH – C-3/90, Rn 16 (Bernini).

<sup>244</sup> GA Kokott – C-10/05, Rn 24 f (Mattern und Cikotic).

<sup>245</sup> EuGH – C-66/85, Rn 19 (Lawrie Blum).

<sup>246</sup> GA Stix-Hackl – C-313/01, Rn 75 (Morgenbesser).

<sup>247</sup> EuGH – C-344/87, Rn 15 (Bettray).

beruflichen Rehabilitation beschäftigt wird;<sup>248</sup> ein Obdachloser, der in einem Heim der Heilsarmee mit dem Ziel der Wiedereingliederung arbeitet.<sup>249</sup>

Ein scharfes Profil der „Unbeachtlichkeit des Produktivitätsgrades“ ergibt sich aus diesen Entscheidungen nicht. So fällt auf, dass der EuGH in den Fällen der Praktika den Produktivitätsgrad an einem (durchschnittlichen?) Beschäftigten in jenem Beruf misst, auf dessen Ergreifung das Praktikum vorbereiten soll. In den Fällen der Wiedereingliederung ist der Maßstab ein anderer. Hier dienen Arbeitskräfte als Vorbilder, die auf dem Arbeitsmarkt „voll einsetzbar“ sind. So ist der Lehrling im Vergleich zu seinem Lehrherrn, der Rechtsanwaltsanwärter im Vergleich zum Rechtsanwalt freilich weniger produktiv. Beide aber, der Lehrling und der Rechtsanwaltsanwärter, sind auf dem Arbeitsmarkt ohne Weiteres vermittelbar. Das sind Personen wie *Bettray*, *Birden* und *Trojani* nicht.

Die „Unbeachtlichkeit des Produktivitätsgrades“ ist als Konkretisierung des Merkmals der „tatsächlichen und echten Tätigkeit“ zu sehen. Das erhellt die Tatsache, dass der EuGH die Rolle der Produktivität niemals losgelöst von diesem Merkmal erörtert. Mit ihm ist nicht mehr gesagt, als dass keine hohen Anforderungen an die Tatsächlichkeit und Echtheit zu stellen sind.

#### **21.1.8. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt**

Art 6 Abs 1 ARB 1/80 sieht vor, dass die Arbeitserlaubnis türkischer Arbeitnehmer zu verlängern ist, wenn diese über einen bestimmten Zeitraum hinweg unter „regulären“ Bedingungen arbeiten. Dabei stellen sich zwei grundlegende Fragen. Die erste betrifft die Auslegung des Begriffs „regulärer Arbeitsmarkt“, die zweite das Verhältnis eben jenes Tatbestandsmerkmals zu „türkischer Arbeitnehmer“.

Der EuGH greift das naheliegendste Begriffsverständnis von „regulärer Arbeitsmarkt“ nicht auf. Er wendet sich gegen jene, die den fraglichen Begriff über eine Abgrenzung von Dienstleistungen definieren, die „*künstlich geschaffen[] und aus öffentlichen Mitteln finanziert[]*“<sup>250</sup> werden. Seiner Ansicht nach ist eine Tätigkeit „regulär“ wenn sie erstens „legal“, dh in Einklang mit den Rechts- und Verwaltungsvor-

---

<sup>248</sup> EuGH – C-1/97, Rn 28 (*Birden*).

<sup>249</sup> EuGH – C-456/02, Rn 16 (*Trojani*).

<sup>250</sup> EuGH – C-1/97, Rn 41 (*Birden*).

schriften des Aufnahmestaates ausgeübt wird<sup>251</sup> und zweitens „*im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats lokalisiert werden kann oder eine hinreichend enge Anknüpfung an dieses Gebiet aufweist*“.<sup>252</sup> Das Tatbestandsmerkmal „regulärer Arbeitsmarkt“ reflektiere sohin einerseits auf die Legalität, andererseits auf die örtliche Zuordnung der Tätigkeit zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates. Bezüglich letzterem ist dem Gerichtshof beizupflichten.<sup>253</sup> Hinsichtlich der Legalität leuchtet die Auffassung des Gerichtshofes aber schon deshalb nicht ein, weil dann die Voraussetzung ordnungsgemäßer Beschäftigung bedeutungslos wäre.<sup>254</sup> Außerdem entspricht die Interpretation des EuGH nicht dem Aufbau der Norm und – jedenfalls soweit es die deutsche Sprachfassung des Beschlusses betrifft – auch nicht deren Wortlaut. Die in Rede stehende Bestimmung ist so zu lesen, dass sie zwischen Tätigkeiten in einem regulären und Tätigkeiten in einem „irregulären“ Umfeld differenziert.

Die Auffassung des EuGH hat jedoch Zustimmung in der Lehre gefunden. Insb *Akyürek* hat sich ihr angeschlossen und weitere Argumente geliefert. Diese vermögen jedoch nicht restlos zu überzeugen. So spricht die Tatsache, dass das Merkmal „regulärer Arbeitsmarkt“ der Vorgängerregelung des ARB 1/80 unbekannt war, nicht für die Ansicht des Gerichtshofes – im Gegenteil. Der Assoziationsrat hätte wohl kein neues Tatbestandsmerkmal formuliert, wenn er diesem keine eigenständige, von der ordnungsgemäßen Beschäftigung unabhängige Bedeutung hätte zuerkennen wollen. Das ist trotz des mit der Neufassung des Beschlusses verfolgten Ziels, türkische Staatsangehörige in sozialer Hinsicht besser zu stellen, zu vermuten. Das Merkmal „regulärer Arbeitsmarkt“ ist folglich mehr als nur eine Konkretisierung der „ordnungsgemäßen Beschäftigung“. Zum einen nämlich lässt der Zweck der Neufassung des ARB weniger Schlüsse auf die *Reichweite* als auf die *Qualität* des Freizügigkeitsrechts zu; Zum anderen erschließt sich selbst nach aufmerksamer Lektüre der EuGH-Judikatur nicht, inwieweit die „ordnungsgemäße Beschäftigung“ durch das Merkmal „regulärer Arbeitsmarkt“ konkretisiert sein soll. Beide Tatbestandsmerkmale meinen

---

<sup>251</sup> EuGH – C-1/97, Rn 51 (Birden).

<sup>252</sup> EuGH – C-434/93, Rn 22 f (Bozkurt).

<sup>253</sup> *Akyürek*, Assoziation, 65-68.

<sup>254</sup> EuGH – C-1/97, Rn 41 (Birden).

im Wesentlichen dasselbe.<sup>255</sup> Die Ausübung der Rechte gem Art 6 Abs 1 ARB 1/80 setzt ein im Normtext nicht ausdrücklich genanntes Aufenthaltsrecht voraus. Grundlage dieses Aufenthaltsrechts ist – entgegen *Akyürek* – nicht das Merkmal „regulärer Arbeitsmarkt“.<sup>256</sup> Schon zu Art 2 Abs 1 lit b ARB 2/76, der nur von der „ordnungsgemäßen Beschäftigung“ sprach, hat der EuGH judiziert, dass die beschäftigungsrechtlichen Garantien türkischer Wanderarbeitnehmer zwangsläufig ein Aufenthaltsrecht implizieren.<sup>257</sup>

Art 6 Abs 1 ARB 1/80 erweckt den Eindruck, dass die Wanderarbeitnehmereigenschaft und die Tätigkeit am regulären Arbeitsmarkt zwei unterschiedliche Voraussetzungen für den Verbleib und die Arbeitserlaubnis im Aufnahmestaat sind. Das jedoch täuscht. Der Assoziierungsrat hat das Merkmal der Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt wohl nur in Art 6 Abs 1 aufgenommen, um zu betonen, dass nur die dauerhafte Ausübung „echter“ Erwerbstätigkeiten bestimmte Rechte vermittelt. Um Arbeiten vom Anwendungsbereich des Beschlusses auszunehmen hätte es dieses Hinweises gar nicht bedurft. Wer auf einem Ersatzarbeitsmarkt tätig ist, kann nicht Wanderarbeitnehmer sein – tatsächlich und echt ist seine Tätigkeit nämlich nicht. Das beweist das Urteil *Trojani*. Darin vertritt der EuGH die – richtige – Ansicht, dass unter Art 45 AEUV nur Arbeiten zu subsumieren sind, die „auf dem Beschäftigungsmarkt üblich sind“<sup>258</sup>. Ob das der Fall ist, ist insb der „Art der Leistungen und [...] [der] Modalitäten ihrer Erbringung“<sup>259</sup> zu prüfen. Damit ist festgestellt, dass Tätigkeiten, die in keinem Zusammenhang mit dem gewöhnlichen Erwerbsleben stehen, keine Wanderarbeitnehmereigenschaft vermitteln. Das Merkmal der regulären Arbeit, wie es Art 6 Abs 1 des Beschlusses nennt, geht also schon im Arbeitnehmerbegriff auf. Sieht man in „türkischer Arbeitnehmer“ und „regulärer Arbeitsmarkt“ hingegen zwei Tatbestandsvoraussetzungen, wäre das Arbeitnehmermerkmal der tatsächlichen und echten Tätigkeit nahezu jeder Bedeutung beraubt. Von welchen Arbeiten will es sonst abgrenzen, wenn nicht von jenen, die unter wirtschaftsfernen Bedingungen verrichtet

---

<sup>255</sup> *Akyürek*, Assoziation, 64.

<sup>256</sup> *Akyürek*, Assoziation, 65.

<sup>257</sup> EuGH – C-192/89, Rn 29 (Sevince).

<sup>258</sup> EuGH – C-456/02, Rn 24 (Trojani).

<sup>259</sup> EuGH – C-456/02, Rn 24 (Trojani).

werden? Soll es nur mehr eine Abgrenzung von ganz kurzfristigen Dienstleistungen sein?

#### **21.1.9. Bedeutung des „Tätigkeitszwecks“**

In der Rechtssache *Birden* hat der EuGH das Freizügigkeitsrecht des Klägers ua deshalb bejaht, weil „*der bestimmte Zweck, der mit der Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit verfolgt wird*“<sup>260</sup>, dem Dienstleistenden nicht die Rechte nimmt, die Art 6 ARB 1/80 gewährt. Das Urteil *Birden* ist in diesem Punkt jedoch missverständlich. Im Zentrum des Falles *Günaydin*, an den der EuGH anknüpft und auf den er verweist, stand nämlich nicht der Tätigkeitszweck sondern die Beschränkung der Freizügigkeitsrechte insb durch bedingte Aufenthaltsgenehmigungen. Der Fall stellte sich wie folgt dar: Der türkische Staatsangehörige *Günaydin* fand Beschäftigung bei der Siemens AG, die ihn in Deutschland auf eine spätere Tätigkeit als Leiter einer türkischen Tochtergesellschaft vorbereiten wollte. Die Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis wurde ihm nur zum Zweck der Vorbereitung auf seine künftige Verwendung in der Türkei gestattet. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Siemens sollte beides erlöschen. Nach mehr als dreijähriger Beschäftigung beantragte *Günaydin* eine Daueraufenthaltserlaubnis, die die deutschen Behörden jedoch ablehnten. Der Antragsteller könne sich nicht auf Art 6 Abs 1 ARB 1/80 stützen, da sein Aufenthalt ausschließlich zum Zweck der Teilnahme an einem Vorbereitungsprogramm bei einem bestimmten Unternehmen gestattet wurde und er dem regulären Arbeitsmarkt somit nicht zur Verfügung stand. Um die Frage, ob das Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches/Zwecks ein Merkmal des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist, ging es hier augenscheinlich nicht. *Günaydin* arbeitete wie jeder andere Arbeitnehmer; Die Wirtschaftlichkeit seiner Arbeit war nicht zweifelhaft. Seine Tätigkeit wurde nur von öffentlicher Seite her zeitlichen und sachlichen Beschränkungen unterworfen.

Im Urteil *Günaydin* stechen die Rn 31 bis 33 hervor. Anders als der Fall *Birden* vermuten lässt, ergibt sich aus *Günaydin*, dass Tätigkeiten, die auf einen besonderen Zweck ausgerichtet und entsprechend diesem Zweck gestaltet sind, keine Wanderar-

---

<sup>260</sup> EuGH – C-1/97, Rn 43 (*Birden*).

beitnehmereigenschaft vermitteln. So formuliert der EuGH in der Rn 31 allgemein die Voraussetzungen, die für die Arbeitnehmereigenschaft zu erfüllen sind, um in der nächstfolgenden Rn zu erwähnen, dass die Mitgliedsstaaten nicht daran gehindert sind, „*einem türkischen Arbeitnehmer die Einreise und den Aufenthalt nur zu dem Zweck zu erlauben, in seinem Hoheitsgebiet eine besondere Berufsausbildung, namentlich im Rahmen eines Ausbildungsvertrags, zu absolvieren*“<sup>261</sup>. In der Rn 33 stellt er die Ausbildungsverhältnisse sodann den „*normalen Arbeitsverhältnissen*“<sup>262</sup> gegenüber: Wanderarbeitnehmer soll nur sein, wer sich objektiv in einer Situation befindet, die sich von den übrigen Beschäftigten nicht unterscheidet.<sup>263</sup> Dieser Unterschied ist bei Beschäftigungsverhältnissen offensichtlich, die überwiegend sozialen, karitativen oder rehabilitativen Charakter haben.

#### 21.1.10. Arbeitspflicht

*Rebhahn* merkt an, dass der EuGH die Rechte und Pflichten der Parteien betont, wenn er vom Wanderarbeitnehmer spricht. Eine Besonderheit in dieser Hinsicht stelle das Urteil *Trojani* dar. Dort würde sich der Gerichtshof damit begnügen, dass der Beschäftigte in persönlicher Unterordnung und gegen Entgelt Leistungen erbringt. Die Verpflichtung zur Arbeit werde weder erwähnt noch gehe deren Vorliegenmüssen sonst aus den Ausführungen des Gerichtshofes hervor. Daraus könne man schließen, dass das Fehlen einer Verpflichtung zum Tätigwerden die Wanderarbeitnehmereigenschaft nicht ausschließt oder das Unionsrecht gar faktische Arbeitsverhältnisse kennt.<sup>264</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Zwar erwähnt der EuGH die Verpflichtung zur Arbeitsleistung in *Trojani* nicht – auch nicht in der authentischen französischen Sprachfassung. Jedoch verweist er sowohl in der französischen wie in der deutschen Ausfertigung auf das Urteil *Lawrie Blum*, ua auf dessen Rn 17. Diese beinhaltet exakt jene Formulierung, aus der sich die Arbeitspflicht als unverzichtbares Merkmal des Arbeitnehmerbegriffs ergibt (arg „*das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte*

---

<sup>261</sup> EuGH – C-36/96, Rn 31 f (Günaydin).

<sup>262</sup> EuGH – C-36/96, Rn 33 (Günaydin).

<sup>263</sup> EuGH – C-36/96, Rn 33 (Günaydin).

<sup>264</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 12.

und Pflichten der betroffenen Personen“<sup>265</sup>). Diese Vorgehensweise hat der EuGH vor allem in den letzten Jahren häufig gewählt. Unlängst in einem Aufsichtsverfahren gegen die Niederlande<sup>266</sup> und in *Neidel*<sup>267</sup>, zwei Entscheidungen aus 2012. Weitere, ältere Beispiele sind die Urteile *Collins*<sup>268</sup> und *Kranemann*<sup>269</sup>, jeweils unmittelbar vor bzw nach *Trojani* erlassen. Den Verweis auf *Lawrie Blum* und die Rn 17 hat er, soweit ersichtlich, kein einziges Mal unterlassen. Außerdem ist der EuGH seit *Trojani* immer wieder zur Praxis zurückgekehrt, die Rechte und Pflichten der Parteien ausdrücklich zu erwähnen. So geschehen in den Rechtssachen *Danosa*<sup>270</sup>, *Union syndicale Solidaires Isère*<sup>271</sup> und *Kiinski*<sup>272</sup>.

Das Vorliegenmüssen von Arbeitspflicht ergibt sich weiters aus dem Erfordernis zwingender Entgeltlichkeit. Der EuGH legt den Entgeltbegriff zwar sehr weit aus, doch sind Zuwendungen des Arbeitgebers nicht als Vergütung zu werten, wenn sie nicht einmal mittelbaren Gegenleistungscharakter haben. Zuwendungen, die dem Beschäftigten unabhängig von seiner Arbeitsleistung, dh aus bloßer Freigiebigkeit gewährt werden, sind kein Entgelt iSd Art 45 AEUV.

Wie selbstverständlich der EuGH vom Vorliegenmüssen von Arbeitspflicht ausgeht, zeigt das Urteil im Fall *Raccanelli* (auch dort verweist der EuGH auf die Rn 17 der *Lawrie-Blum*-Entscheidung<sup>273</sup>). Dieses betrifft die Max-Planck-Gesellschaft, die junge Forscher entweder auf der Grundlage eines „Stipendienvertrages“ oder eines Arbeitsvertrages beschäftigt. Während der letztere zur Arbeitsleistung für das Institut verpflichtet und die Nutzung von Institutsressourcen für die Dissertation nur außerhalb der Arbeitszeit erlaubt, sind Stipendiaten von allen Arbeitsverpflichtungen dem Institut gegenüber befreit. Herr *Raccanelli* war Stipendiat beim Max-Planck-Institut. Er behauptete, von diesem nicht anders behandelt worden zu sein und inhaltlich keine

---

<sup>265</sup> EuGH – C-66/85, Rn 17 (*Lawrie Blum*).

<sup>266</sup> EuGH – C-542/09, Rn 68 (*Kommission vs Niederlande*).

<sup>267</sup> EuGH – C-337/10, Rn 23 (*Neidel*).

<sup>268</sup> EuGH – C-138/02, Rn 26 (*Collins*).

<sup>269</sup> EuGH – C-109/04, Rn 12 (*Kranemann*).

<sup>270</sup> EuGH – C-232/09, Rn 39 (*Danosa*).

<sup>271</sup> EuGH – C-428/09, Rn 28 (*Union syndicale Solidaires Isère*).

<sup>272</sup> EuGH – C-116/06, Rn 25 (*Kiinski*).

<sup>273</sup> EuGH – C-94/07, Rn 33 (*Raccanelli*).

anderen Arbeiten verrichtet zu haben als jene Forscher, die Arbeitnehmer waren. Er sei daher Wanderarbeitnehmer. Das hat der EuGH verneint, ohne sich auf die Tatsache zu berufen, dass *Raccanelli* zu keinem Zeitpunkt zur Arbeitsleistung für das Institut verpflichtet war und sich ausschließlich seiner eigenen Forschungsarbeit widmete. Das aber wäre, neben der fehlenden Entgeltlichkeit, die naheliegendste Begründung gewesen. Daran zeigt sich, dass sich die Verpflichtung zur Dienstleistung, ebenso wie die Entgeltlichkeit als Merkmale der Wanderarbeitnehmereigenschaft verfestigt haben. Der EuGH muss sie nicht mehr besonders hervorheben, sie sind gesicherte Rspr. Von dieser wird nicht dadurch abgewichen, dass der EuGH die *Lawrie-Blum*-Formel nur unvollständig wiedergibt, nur Verweise in seine Ausführungen aufnimmt oder die Arbeitspflicht in seiner Entscheidungsbegründung nicht betont. Kein Wanderarbeitnehmer ist daher, wer ohne Leistungspflicht tätig ist.

## **21.2. Wirtschaftsferne Tätigkeiten in der Judikatur des EuGH**

### **21.2.1. EuGH – C-196/87 (Steymann)**

Der erste Fall des EuGH betraf ein Vorabentscheidungsersuchen des niederländischen Staatsrates in einem Verfahren über das Aufenthaltsrecht des Deutschen *Udo Steymann* in den Niederlanden. *Steymann* war Mitglied der religiösen Bhagwan-Vereinigung, deren Teilnehmer in einer Kommune zusammenlebten. Diese stellte ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit durch die Einnahmen aus diversen gewerblichen Tätigkeiten sicher. Die Vereinigung veranlasste ihre Mitglieder zur Mitarbeit in ihren Betrieben, sowie zur Beteiligung an allgemeinen Arbeiten innerhalb der Kommune. *Steymann* verrichtete verschiedene Spengler- und Hausarbeiten und wirkte in den Unternehmungen mit. Da die Mitglieder nach den Regeln der Vereinigung lebten und in ihr gänzlich aufgingen, garantierte diese für den Lebensunterhalt, ua in Form eines Taschengeldes. Für den EuGH war fraglich, ob die Leistungen seitens der Vereinigung Gegenleistungscharakter haben und damit „Entgelt“ sind. Nur dann kann davon die Rede sein, dass die Arbeiten einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen.

Der EuGH hat entschieden, dass die Zuwendungen der Vereinigung eine mittelbare Gegenleistung darstellen, soweit die Arbeiten in den Gewerbebetrieben (und inner-

halb der Kommune) ein wesentliches Element der Mitgliedschaft sind.<sup>274</sup> Richtigerweise jedoch hätte der Gerichtshof das Vorliegen von Entgeltlichkeit verneinen müssen. Zur Arbeitsleistung war *Steymann* nämlich nicht verpflichtet. Zwar ist die Mitarbeit des Einzelnen in religiösen Kommunen wohl selbstverständlich. Mehr noch: Es ist anzunehmen, dass die Aufrechterhaltung der Kommune ohne die Mitarbeit ihrer Mitglieder nicht möglich ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass im Fall *Steymann* eine rechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden bestand. Dass sich die Mitglieder den Arbeiten „nur unter besonderen Umständen entziehen“<sup>275</sup> und dass die Vereinigung „[u]nabhängig von Art und Umfang“ der geleisteten Dienste „in jedem Fall“<sup>276</sup> für den Lebensunterhalt ihrer Mitglieder sorgte, spricht gegen das Vorliegen von Arbeitspflicht und Entgeltlichkeit. Die Arbeiten in den Gewerbebetrieben und innerhalb der Vereinigung mögen zwar ein „ein wesentliches Element der Teilnahme“<sup>277</sup> gewesen sein, Voraussetzung für die Aufnahme oder den Verbleib in der Vereinigung waren sie jedoch nicht. Hätte *Steymann* also weniger oder gar nichts geleistet, wäre er von der Kommune trotzdem versorgt worden. Die Leistungen der Kommune hatten Schenkungscharakter und sind daher nicht als Gegenleistung zu sehen.

Der Gerichtshof streicht hervor, dass Arbeiten, die im Rahmen einer Religionsgemeinschaft (Kommune) erbracht werden, nur Teil des Wirtschaftslebens sind, wenn sie „ein wesentliches Element der Teilnahme an dieser Vereinigung darstellen“<sup>278</sup> bzw. „einen ziemlich bedeutenden Platz im Leben der Bhagwan-Vereinigung einnehmen“<sup>279</sup>. Der EuGH fordert nicht, dass die Arbeiten die Beziehung zur Religionsgemeinschaft stärker prägen als die Ausübung des Glaubens und die Pflege religiöser Bräuche. Sie müssen nur ein gewichtiger Bestandteil sein. Erst in der Sache *Bettray* scheint der Gerichtshof die Dominanz wirtschaftlicher Faktoren bei der Beschäftigung zu verlangen. Insoweit ist das *Steymann*-Urteil heute überholt.

---

<sup>274</sup> EuGH – C-196/87, Rn 11 f (*Steymann*).

<sup>275</sup> EuGH – C-196/87, Rn 11 (*Steymann*).

<sup>276</sup> EuGH – C-196/87, Rn 4 (*Steymann*).

<sup>277</sup> EuGH – C-196/87, Rn 12 (*Steymann*).

<sup>278</sup> EuGH – C-196/87, Rn 12 (*Steymann*).

<sup>279</sup> EuGH – C-196/87, Rn 11 (*Steymann*).

Bemerkenswert ist, dass sich der EuGH zunächst auf sowohl auf die „Arbeiten, die in der Bhagwan-Vereinigung“ wie auch auf die Arbeiten, die „als Teil der gewerblichen Tätigkeit“<sup>280</sup> ausgeführt wurden, bezieht. In der nächstfolgenden Rn hingegen fordert er nur mehr, dass die „Arbeiten, mit denen der Bhagwan-Vereinigung die wirtschaftliche Unselbständigkeit gesichert werden soll“<sup>281</sup> – also jene in den Gewerbebetrieben – einen wesentlichen Teil des Kommunen-Lebens ausmachen müssen. Der Art nach sind Spenglerarbeiten jedenfalls dazu geeignet, „echte“ Arbeit zu sein. Gleiches gilt für Hausarbeiten wenn sie, wie die erste Vorlagefrage treffend zum Ausdruck bringt, anderen Vorteile verschaffen.<sup>282</sup> Nur auf die Mitarbeit in den Unternehmungen der Vereinigung abzustellen, greift daher zu kurz. Selbstverständlich kann Wanderarbeitnehmer sein, wer anderswo als in Gewerbebetrieben beschäftigt ist.

### 21.2.2. EuGH – C-344/87 (Bettray)

Im Fall des deutschen Staatsangehörigen *Ingo Bettray* hat der EuGH erstmals zu Beschäftigungsverhältnissen Stellung bezogen, die zum Zweck der Wiedereingliederung des Dienstleistenden eingegangen werden. Anders als *Steymann*, war *Bettray* auf dem regulären Arbeitsmarkt nicht vermittelbar. Seine Drogensucht erlaubte es ihm nicht, eine Tätigkeit unter gewöhnlichen Bedingungen anzunehmen. Auf der Grundlage des „Gesetzes über die soziale Arbeitsbeschaffung“ fand er in einem Therapiezentrum für Drogenabhängige dauerhaft und gegen Entgelt Beschäftigung. Über die Art und das Ausmaß der Tätigkeiten, die *Bettray* zu verrichten hatte, sagt das Urteil ebenso wenig aus, wie über den Stellenwert, den die therapeutischen Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis einnahmen. Dem vorlegenden Gericht war unklar, ob *Bettray* aus den Verträgen ein Aufenthaltsrecht in den Niederlanden ableiten kann.

Dazu hat der EuGH allgemein gesagt, dass sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur berufen kann, wer im Wirtschaftsleben auftritt. Eine tatsächliche und echte Tätigkeit liege aber nicht vor, wenn die „ausgeübten Tätigkeiten [...] nur ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung [...] darstellen“ und die Bedingungen,

---

<sup>280</sup> EuGH – C-196/87, Rn 11 (Steymann).

<sup>281</sup> EuGH – C-196/87, Rn 12 (Steymann).

<sup>282</sup> EuGH – C-196/87, Rn 6 (Steymann).

unter denen Arbeit verrichtet wird, „auf die körperlichen und geistigen Möglichkeiten des einzelnen zugeschnitten“<sup>283</sup> sind. Der Gerichtshof benennt drei Merkmale, bei deren Vorliegen von keiner tatsächlichen und echten Tätigkeit gesprochen werden kann. Er tut dies an unterschiedlichen Stellen des Urteils. Führt man die Feststellungen des EuGH logisch zusammen und liest sie gemeinsam mit den Ausführungen des GA, zeigt sich, woran die Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit zu messen ist: Erstens darf das Unternehmen, in dessen Rahmen die fragliche Tätigkeit verrichtet wird, nicht ausschließlich soziale Ziele verfolgen. Ist es nur zu dem Zweck gegründet worden, Personen mit Leistungsdefiziten die Wiedereingliederung in den regulären Arbeitsmarkt zu ermöglichen, liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit vor.<sup>284</sup> Das Unternehmen muss durch seine wirtschaftliche Zielsetzung definiert sein, mag diese auch nicht im Vordergrund stehen (arg „nur zum Wohl von Personen gegründet, die nicht unter normalen Bedingungen arbeiten können“<sup>285</sup>, „ausschließlich zu diesem Zweck gegründet“<sup>286</sup>). Zweitens ist ein Beschäftigungsverhältnis nicht-wirtschaftlich, wenn der Arbeitende nicht aufgrund seiner Fähigkeiten beschäftigt wird, sondern umgekehrt, die Tätigkeit auf den Beschäftigten zugeschnitten ist.<sup>287</sup> In diesen Fällen ist die Arbeit nicht ein Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Ziels, sondern die Beschäftigung des Tätigen selbst das Ziel. Anders als bei gewöhnlichen Beschäftigungsverhältnissen steht die Person des Arbeitenden und nicht dessen Befähigung im Mittelpunkt.<sup>288</sup> Drittens spricht es gegen eine tatsächliche und echte Tätigkeit, wenn in den Betrieb nur Personen aufgenommen werden, die wegen ihrer physischen oder psychischen Beeinträchtigung nicht in der Lage sind, unter normalen Bedingungen zu arbeiten. Ist die fehlende Chance auf einen Arbeitsplatz am regulären Arbeitsmarkt Voraussetzung für die Aufnahme in die Einrichtung, liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit vor.<sup>289</sup>

---

<sup>283</sup> EuGH – C-344/87, Rn 17 (Bettray).

<sup>284</sup> EuGH – C-344/87, Rn 5, 19 f (Bettray).

<sup>285</sup> GA Jacobs – C-344/87, Rn 12 (Bettray).

<sup>286</sup> EuGH – C-344/87, Rn 19 (Bettray).

<sup>287</sup> EuGH – C-344/87, Rn 19 (Bettray).

<sup>288</sup> GA Jacobs – C-344/87, Rn 34 (Bettray).

<sup>289</sup> EuGH – C-344/87, Rn 18 (Bettray); GA Jacobs – C-344/87, Rn 32 (Bettray).

In *Trojani* und *Birden* hat der EuGH an *Betray* angeknüpft. Er hat betont, dass bei der Anwendung der dort herausgearbeiteten Grundsätze auf ähnlich gelagerte Fälle Zurückhaltung geboten ist. Die *Betray*-Judikatur erkläre sich „*nur aus den Besonderheiten des konkreten Falles*“<sup>290</sup>. Sie liege „*nicht auf der Linie der Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffes Arbeitnehmer*“<sup>291</sup>. Wenn davon die Rede ist, dass „*Tätigkeiten, die nur ein Mittel [...] der Wiedereingliederung des Betroffenen in das Arbeitsleben darstellen, nicht als tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden können*“<sup>292</sup>, soll das nicht generell gelten. Die *Betray*-Rspr kann nicht gleich einer Schablone auf alle Fälle der gesellschaftlichen und beruflichen Rehabilitation übertragen werden. Sie ist nach der Absicht des Gerichtshofes offensichtlich nur für Extremfälle gedacht.

### 21.2.3. EuGH – C-1/97 (*Birden*)

Der Türke *Mehmet Birden* reiste im Jahr 1990 in Deutschland ein. Der Eheschließung mit einer deutschen Staatsbürgerin folgten die Genehmigung des Aufenthalts bis 1995 und die Arbeitserlaubnis. Beschäftigung fand *Birden* zunächst nicht, weshalb er Sozialhilfe in Anspruch nahm. Für den Zeitraum vom 1. Jänner 1994 bis zum 31. Dezember 1995 arbeitete er in einem sozialversicherungs- und einkommensteuerpflichtigen Arbeitsverhältnis als Haushandwerker für den Verein Kulturzentrum Lagerhaus Bremen – auf einem Arbeitsplatz, der eingerichtet wurde, um Sozialhilfempfeänger in Hinblick auf den (Wieder-)Einstieg in das reguläre Erwerbsleben zu qualifizieren. Das Beschäftigungsverhältnis *Birdens* wurde nach den Bestimmungen des deutschen Bundessozialhilfegesetzes ausgestaltet. Dieses sah die Schaffung von vorübergehenden Arbeitsgelegenheiten für „Hilfesuchende“ vor, die „keine Arbeit finden können“. Ihnen sollte die Wiedereingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt ermöglicht werden. Im Rahmen dieser Arbeitsgelegenheiten waren gemeinnützige und zusätzliche Arbeiten zu verrichten. Sie wurden von staatlicher Seite her in unterschiedlicher Höhe gefördert. So auch im Fall *Birden*. Die Kosten seiner Beschäftigung – sie umfassten den für Haushandwerker üblichen Lohn für eine wöchentliche

---

<sup>290</sup> EuGH – C-456/02, Rn 19 (*Trojani*).

<sup>291</sup> EuGH – C-1/97, Rn 31 (*Birden*).

<sup>292</sup> EuGH – C-456/02, Rn 18 (*Trojani*).

Arbeitszeit von 38,5 Stunden – wurden gar zur Gänze aus öffentlichen Mitteln bestritten. Im Jahr 1995 wurde *Birdens* Ehe geschieden. In der Folge lehnten die Behörden eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für Deutschland ab. Mit der Auflösung der Ehe sei eine wesentliche Voraussetzung dafür weggefallen. *Birden* wandte ein, dass ihm der Verbleib in Deutschland aufgrund von Art 6 Abs 1 1. Gedankenstrich ARB Nr 1/80 gestattet sei. Er brachte vor, dass er alle Voraussetzungen erfülle. Er gehe seit mehr als einem Jahr einer unselbständigen Erwerbstätigkeit beim gleichen Arbeitgeber nach. Ein mit diesem am 1. Jänner 1996 geschlossener, unbefristeter Vertrag wurde nur deshalb nicht in Vollzug gesetzt, weil die Vorlage einer gültigen Aufenthaltserlaubnis nicht möglich war. Das angerufene Verwaltungsgericht gab *Birden* insofern Recht, doch äußerte es Zweifel am Vorliegen einer Tätigkeit, die zum regulären Arbeitsmarkt gehört. Schließlich, so die deutschen Behörden, sei *Birden* nur zum Zweck der Wiedereingliederung in das echte Erwerbsleben beschäftigt. Er führe gemeinnützige Arbeiten für einen öffentlichen Arbeitgeber aus, der nicht mit anderen Unternehmen konkurriert. Entsprechend den Bestimmungen des Bundessozialhilfegesetzes stehe die Aufnahme einer solchen, geförderten Tätigkeit nur einem bestimmten Personenkreis offen. *Birdens* Tätigkeit könne daher nicht dem regulären Arbeitsmarkt zugeordnet werden.

Der EuGH hat zunächst die Arbeitnehmereigenschaft geprüft. Einleitend hat er allgemein gesagt, dass zur Beurteilung des Begriffs „türkischer Arbeitnehmer“ dieselben Kriterien heranzuziehen sind, wie bei der Auslegung des Art 45 AEUV.<sup>293</sup> Nach Ansicht des Gerichtshofes erfüllte *Birden* alle Voraussetzungen um Arbeitnehmer zu sein. Er war in persönlicher Unterordnung tätig, wurde bezahlt und führte nicht nur untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten aus.<sup>294</sup> Die in *Bettray* herausgearbeiteten Grundsätze könnten auf *Birden* nicht umgelegt werden – zu verschiedenen seien die Sachverhalte. Als wesentliche Unterschiede benennt der Gerichtshof: Die persönliche Verfassung *Bettrays*, die es diesem nicht gestattet hat, unter gewöhnlichen Bedingungen zu arbeiten; Der Umstand, dass *Bettray* in einer Einrichtung tätig war, die eigens zur Rehabilitation der Beschäftigten gegründet wurde; Die Tatsache,

---

<sup>293</sup> EuGH – C-1/97, Rn 23-25 (*Birden*).

<sup>294</sup> EuGH – C-1/97, Rn 26-28 (*Birden*).

dass nur bestimmten Personen Zugang zur Beschäftigung gewährt wurde; Die Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Fähigkeiten des Arbeitenden.<sup>295</sup>

Dieses Ergebnis ist, ebenso wie seine Begründung, zweifelhaft. Dass der EuGH so selbstverständlich davon ausgeht, dass *Birden* in der Lage war, einer Beschäftigung unter gewöhnlichen Bedingungen nachzugehen, ist nicht nachvollziehbar. *Birden* war nach den Sonderbestimmungen für „Hilfesuchende“ beschäftigt und während seines Aufenthalts in Deutschland (und auch davor?) größtenteils arbeitslos. Dass *Birden* von „echter“ Erwerbsarbeit entwöhnt war, hätte der EuGH zumindest für denkmöglich halten und nachprüfen müssen. Die Unvermittelbarkeit des Beschäftigten für ein Unterscheidungsmerkmal zwischen „echter“ Arbeit und Arbeit auf einem Ersatzarbeitsmarkt zu halten ist aber grundsätzlich ein richtiger Ansatz.

Der Umstand, dass der Betrieb in der Absicht gegründet wurde, die darin Beschäftigten zu fördern, wertet der EuGH gegen die Tatsächlichkeit und Echtheit der Tätigkeit (richtig wäre es mE auf den einzelnen Arbeitsplatz abzustellen). Ob das der Fall ist, erläutert der EuGH nicht. Mit der Bezeichnung „Kulturzentrum“ ist wohl keine geschützte Werkstatt gemeint (dass es sich *heute* um keine spezielle Förderereinrichtung handelt, zeigt der aktuelle Webauftritt). Auch mit dem Job des Hauswandwerkers verbindet man gemeinhin keine soziale Maßnahme. Dass aber nur solche Tätigkeiten nach dem Bundessozialhilfegesetz gefördert wurden, die zusätzlich sind und im Rahmen noch zu schaffender Arbeitsgelegenheiten erbracht werden, hat der EuGH bei seiner Beurteilung unberücksichtigt gelassen.

Nicht gewürdigt hat der EuGH, dass die einschlägigen Bestimmungen für „Hilfesuchende“, darunter solche, die „keine Arbeit finden“, galten und das BSHG auf die „besonderen Verhältnisse des Leistungsberechtigten“ Bezug nahm. Zwar wird man nicht zum Wanderarbeitnehmer, wenn man bestimmten, nationalen Vorschriften unterliegt, die für Arbeitnehmer gelten; Ebenso wenig, wie die Wanderarbeitnehmereigenschaft auszuschließen ist, weil Regelungen anwendbar sind, die für Nicht-Arbeitnehmer gelten.<sup>296</sup> Dennoch wird man dem rechtlichen Rahmen der Beschäftigung *Birdens* Aufmerksamkeit schenken müssen, zumal die Tatbestandsmerkmale

---

<sup>295</sup> EuGH – C-1/97, Rn 29 f (*Birden*).

<sup>296</sup> EuGH – C-1/97, Rn 31 (*Birden*).

des § 19 BSHG zugleich Merkmale des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs sind und die deutschen Behörden die zitierte Vorschrift wohl korrekt angewendet haben. In *Birden* will der EuGH davon nichts wissen – im Gegensatz zu seinem Urteil in *Günaydin*, etwas mehr als ein Jahr vor *Birden* erlassen. Dort hat er die Beschäftigung „aufgrund einer nationalen Sonderregelung [...], die eigens auf seine Eingliederung in das Berufsleben abzielt“<sup>297</sup> in seine Beurteilung eingestellt.

#### 21.2.4. EuGH – C-456/02 (Trojani)

Der Franzose *Michel Trojani* wurde 2002 übergangsweise in ein Brüsseler Obdachlosenheim der Heilsarmee aufgenommen. Gegen Unterkunft, Verpflegung und ein geringes Taschengeld von 25€ pro Woche verrichtete er im Umfang von 30 Stunden verschiedene Arbeiten zugunsten des Wohnheimes. Diese waren Bestandteil eines individuellen Projekts zur beruflichen und gesellschaftlichen Wiedereingliederung. Da die vom Wohnheim geleistete Vergütung lediglich den Grundbedarf *Trojanis* abdeckte, beantragte dieser beim Centre d’aide sociale de Bruxelles die Gewährung des Minimex, einer Sozialhilfeleistung. Fraglich war nun seine Berechtigung zum Aufenthalt in Belgien. *Trojani* machte geltend, dass er Wanderarbeitnehmer sei und deshalb ein Aufenthaltsrecht habe.

Obwohl der Fall ähnlich gelagert war wie die Sache *Bettray*, hat der Gerichtshof die Arbeitnehmereigenschaft *Michel Trojanis* offen gelassen. Naheliegender wäre es jedoch gewesen, diese zu verneinen. Ein Vergleich der beiden Rechtssachen offenbart nämlich, dass ein auffallender Unterschied, der eine verschiedene Behandlung beider Fälle gerechtfertigt hätte, fehlt. Die in *Bettray* herausgestellten Ausschlusskriterien – ausschließlich soziale Zielsetzung des Betriebes, angepasste Beschäftigungsbedingungen und Unvermittelbarkeit des Dienstleistenden – lagen auch im Fall *Trojani* vor: Das Heim der Heilsarmee wurde eigens dafür eingerichtet, seinen Bewohnern durch die Heranziehung zur Arbeit und durch die Gewährung begleitender Betreuungsleistungen die Wiedereingliederung in die Gesellschaft und in den Beruf zu ermöglichen.<sup>298</sup> Die Zielsetzung, Menschen an das gesellschaftliche und berufliche Le-

---

<sup>297</sup> EuGH – C-36/96, Rn 34 (*Günaydin*).

<sup>298</sup> GA Geelhoed – C-456/02, Rn 51 f (*Trojani*).

ben heranzuführen, war nach der damaligen belgischen Gesetzeslage Voraussetzung für die Anerkennung und Subventionierung des Heimes. So hat der EuGH festgestellt, dass das Anbieten von psychosozialer Begleitung ebenso gesetzlich vorgeschrieben war, wie die Förderung des physischen Wohlbefindens der Bewohner.<sup>299</sup> Kein Zweifel besteht auch daran, dass nicht die Arbeitsleistung *Trojani* als vielmehr dessen Person im Mittelpunkt des Beschäftigungsverhältnisses stand. Es war Aufgabe des Wohnheimes, „mit jeder begünstigten Person ein auf sie zugeschnittenes Eingliederungsprojekt zu vereinbaren“<sup>300</sup>. Ferner konnte *Trojani* keiner Tätigkeit unter normalen Bedingungen nachgehen. Andernfalls hätte die Einbindung in ein Rehabilitationsprogramm keinen Sinn ergeben. Dazu sei ergänzend angemerkt, dass das Obdachlosenheim nur Personen aufgenommen hat, die außer Stande waren eigenständig zu leben.<sup>301</sup> Es zeigt sich, dass der Fall *Trojani* der Rechtssache *Bettray* in wesentlichen Teilen gleicht. Es drängt sich die Frage auf, wodurch sich *Trojani* von *Bettray* abgehoben hat, sodass seine Arbeitnehmereigenschaft nicht festgestellt oder verneint werden konnte. Angesetzt werden könnte nur an der Dauer der Beschäftigung im sozialen Betrieb. Ein anderes wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist nicht ersichtlich. *Bettray* war wegen seiner Drogenabhängigkeit auf unbestimmte Zeit, *Trojani* hingegen übergangsweise in einer sozialen Einrichtung beschäftigt. Für die Qualifikation als Wanderarbeitnehmer kann es aber nicht darauf ankommen, wie lange der Zustand der Unvermittelbarkeit besteht. Eine Differenzierung nach der Dauer des Förderbedarfs – und damit nach der Dauer der Tätigkeit – hat im Unionsrecht keinen Platz. Auch kurzfristige Tätigkeiten fallen unter die Freizügigkeitsbestimmungen, sofern eine gewisse Dauerhaftigkeit gegeben ist.<sup>302</sup> Richtig wäre es daher gewesen, die Arbeitnehmereigenschaft *Trojani* zu verneinen. Dies hätte auch der Auffassung des GA entsprochen. Dieser war der Meinung, dass „der wirtschaftliche Charakter der Tätigkeiten noch nebensächlicher ist als in der Sache *Bettray*“<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> EuGH – C-456/02, Rn 21 (*Trojani*).

<sup>300</sup> EuGH – C-456/02, Rn 21 (*Trojani*).

<sup>301</sup> GA *Geelhoed* – C-456/02, Rn 52 (*Trojani*).

<sup>302</sup> GA *Geelhoed* – C-456/02, Rn 31 (*Trojani*).

<sup>303</sup> GA *Geelhoed* – C-456/02, Rn 55 (*Trojani*).

Schließlich hat der EuGH betont, dass *Trojani* keine Arbeiten verrichtete, wie sie üblicherweise auf dem Arbeitsmarkt angeboten und nachgefragt werden. Das spreche gegen die Arbeitnehmereigenschaft. Was in diesem Sinne als üblich anzusehen ist, ergibt sich aus einer Gesamtschau aller Umstände der Beschäftigung.<sup>304</sup> Dieses Kriterium kann man mit jenen drei der Sache *Bettray* zu einem „Katalog der wichtigsten Ausschlusskriterien“ verbinden. Viel spricht für das Nicht-Vorliegen der Wanderarbeitnehmereigenschaft, wenn der Betrieb ausschließlich soziale Ziele verfolgt, die Arbeitsbedingungen auf die individuellen Fähigkeiten der Dienstleistenden zugeschnitten sind, die Beschäftigten als unvermittelbar gelten und Arbeiten verrichten, die auf dem Beschäftigungsmarkt üblicherweise nicht angeboten werden. Offen ist jedoch, ob schon das Vorliegen eines dieser Merkmale die Arbeitnehmereigenschaft ausschließt oder ob es das Zusammentreffen mehrerer braucht. Man ist der Gerichtshof so zu verstehen, dass das Überwiegen der sozialen über die wirtschaftlichen Elemente entscheidend ist. Maßgeblich ist, dass sich bei Prüfung aller die Vertragsbeziehung betreffender Faktoren ergibt, dass keine Beschäftigung unter gewöhnlichen Bedingungen vorliegt.

#### **21.2.5. Aussagekraft der Urteile**

Die Entscheidungen des EuGH zu (vermeintlich) wirtschaftsfernen Tätigkeiten ergingen zu nationalen Verfahren, in denen die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts im Gastgeberstaat fraglich war. Jedoch kann deshalb nicht eingewendet werden, dass sie im gegebenen Zusammenhang keine Aussagekraft haben. In allen vier Fällen nämlich wurde von den Tätigen vorgebracht, unselbständig erwerbstätig iSd Arbeitnehmerfreizügigkeit zu sein und, darauf aufbauend, ein im Europarecht verankertes Recht auf Aufenthalt zu haben. Es mag zwar richtig sein, dass es nicht die Intention der vorlegenden, mitgliedsstaatlichen Gerichte war, eine Besprechung von heiklen Grenzfällen der Arbeitnehmereigenschaft durch den EuGH zu veranlassen. Ihnen ging es nur um die Klärung der Frage des Aufenthaltsrechts. Dazu aber ist – die Reichweite des Art 45 AEUV (Art 6 ARB 1/80) bestimmt über das Aufenthaltsrecht – ein präzises Abstecken der Grenzen der Arbeitnehmereigenschaft unerlässlich. Wer meint, dass

---

<sup>304</sup> EuGH – C-456/02, Rn 24 (*Trojani*).

eine Erörterung der Bedeutung des Vertragszwecks besser hätte in einem Kontext (in welchem?) vorgenommen werden müssen, dem ist nicht zuzustimmen.

### **21.3. Zusammenfassung**

An die Wanderarbeitnehmereigenschaft werden keine hohen Anforderungen gestellt. Wer in den Betrieb „integriert“ ist und der Aufsicht durch den Beschäftiger unterliegt, gilt als persönlich abhängig. Das Vorliegen von Entgeltlichkeit ist zu bejahen, wenn der Dienstleistende Geld oder geldwerte Vorteile entgegennimmt, die im weitesten Sinne als Vergütung zu werten sind. Die Grundvoraussetzungen für die Wanderarbeitnehmereigenschaft können von Personen, die dem Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt zuzuordnen sind, mühelos erfüllt werden. Da der AEUV allerdings nur jenen Freizügigkeit garantiert, deren Arbeiten Teil des Wirtschaftslebens sind, bleiben alle von diesem Recht ausgeschlossen, die andere als wirtschaftliche Ziele verfolgen. Das ist insb bei Personen anzunehmen, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt unvermittelbar sind, in Betrieben mit ausschließlich sozialer Zielsetzung arbeiten, ein auf ihre individuelle Leistungsfähigkeit zugeschnittenes Beschäftigungsverhältnis vereinbaren und Tätigkeiten ausüben, wie sie auf dem ersten Arbeitsmarkt üblicherweise nicht verrichtet werden.

### **21.4. Einfluss des unionsrechtlichen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff**

Dem österreichischen Arbeitsrecht unterliegen keine Beschäftigungsverhältnisse, die zu anderen als überwiegend wirtschaftlichen Zwecken eingegangen werden. Das geht aus seinen wichtigsten Funktionen, der Ordnungs- und der Arbeitnehmerschutzfunktion, hervor. Aber auch Art 45 AEUV und die zu ihm ergangene Rspr des EuGH könnten helfen, die Konturen des arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs zu schärfen. § 1151 ABGB könnte im Lichte jener Wertungen auszulegen sein, die hinter dem Konzept des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs stehen.

Im Raum steht eine primärrechtskonforme Auslegung des § 1151 ABGB. Auf diesem Wege könnten einzelne Merkmale des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs bei der Abgrenzung und Bestimmung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs zu berücksichtigen sein. Der EuGH judiziert in stRspr, dass die nationalen Gerichte aufgrund des Unionsrechts dazu verpflichtet sind, „das innerstaatliche Gesetz unter vol-

ler Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“<sup>305</sup>. Damit postuliert er, gestützt auf das Loyalitätsgebot des Unionsvertrages, einen allgemeinen Grundsatz unionsrechtskonformer Interpretation.<sup>306</sup> Die primärrechtskonforme Interpretation ist somit kein „herkömmliches“ Auslegungsinstrument. Sie geht über die gewöhnliche Interpretation hinaus. Ihr Zweck erschöpft sich nicht in der Ermittlung des Norminhalts. Durch sie strebt der Rechtsanwender die Erhaltung einer Vorschrift an. Ein Konflikt zwischen Normen des primären Unionsrechts und des nationalen Rechts ist so aufzulösen, dass die dem Primärrecht widersprechende Vorschrift des mitgliedersstaatlichen Rechts anwendbar bleibt.<sup>307</sup>

Eine primärrechtskonforme Interpretation des nationalen Rechts kann nur dort stattfinden, wo dieses in den Anwendungsbereich des Primärrechts fällt. Es braucht immer einen grenzüberschreitenden Bezug.<sup>308</sup> Anders wäre ein Normenkonflikt zwischen einer „höherrangigen“ (präziser: einer im Kollisionsfall Vorrangwirkung genießenden) Norm des Unionsrechts und einer „rangniederen“ Norm des nationalen Rechts nicht vorstellbar. Dass die Regeln über die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts kollidieren, ist ohne Weiteres möglich. Art 45 AEUV will die volle Gleichstellung von EU-Ausländern im Gastgeberstaat sicherstellen. Daher sind all jene Vorschriften des Aufnahmestaates primärrechtskonform auszulegen oder überhaupt unangewendet zu lassen, die „die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können“<sup>309</sup>. Deutlicher noch bringt das der EuGH in der Rs *Dassonville* zum Ausdruck. Er spricht davon, dass die Mitgliedsstaaten jede Maßnahme zu unterlassen haben, welche die Ausübung der Grundfreiheiten „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell [...] behinder[t]“.<sup>310</sup> Das ist ein denkbar großer Kreis. Auch § 1151 kann in einzelnen Fällen – soweit er strengere Vorausset-

---

<sup>305</sup> EuGH – C-157/86, Rn 11 (Murphy); wortgleich EuGH – C-379/09, Rn 33 (Casteels).

<sup>306</sup> EuGH – C-115/08, Rn 138 (Oberösterreich vs ČEZ as).

<sup>307</sup> Leible/Domröse in Riesenhuber, Methodenlehre<sup>2</sup>, § 9 Rz 3.

<sup>308</sup> Leible/Domröse in Riesenhuber, Methodenlehre<sup>2</sup>, § 9 Rz 40.

<sup>309</sup> EuGH – C-55/94, Rn 37 (Gebhard).

<sup>310</sup> EuGH – C-8/74, Rn 5 (Dassonville).

zungen normiert als Art 45 AEUV – diskriminierende oder beschränkende Wirkung entfalten und grundfreiheitenkonform auszulegen sein. Für diese Arbeit ergeben sich daraus allerdings keine Erkenntnisse. Aus dem Unionsrecht könnte nämlich nur Verwertbares abgeleitet werden, wenn Art 45 AEUV niedrigere Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit stellen würde als § 1151 ABGB. Das aber scheint nicht der Fall zu sein. Der Grad nicht-wirtschaftlicher Prägung, dessen Erreichen zum Ausschluss von (Wander-)Arbeitnehmerrechten führt, ist im Unionsrecht und im österreichischen Arbeitsrecht wohl der gleiche.

## **22. Sekundäres Unionsrecht und Arbeitnehmerbegriff – Die Sache *Danosa***

### **22.1. Allgemeines**

Die Erlassung von Richtlinien dient der Angleichung der nationalen Arbeitsrechtsordnungen. Zur Bestimmung der Berechtigten wird auf die nationalen Arbeitnehmerbegriffe verwiesen<sup>311</sup> oder unionsautonom definiert, wer Arbeitnehmer ist.<sup>312</sup> In manchen Fällen geht der Unionsgesetzgeber einen Mittelweg. Er verleiht dem Begriff des Arbeitnehmers unionsrechtliche Bedeutung, verweist aber teilweise auf die mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen.<sup>313</sup> In einigen Fällen fehlt es gar an einer Definition.<sup>314</sup> Arbeitsrechtliche Vorschriften, die ihren Ursprung im Unionsrecht haben, knüpfen sohin an unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe an. Das mutet auf den ersten Blick seltsam an. In der Sache aber kann das sinnvoll ein. Nicht überall ist ein unionseinheitliches Verständnis von „Arbeitnehmer“ zweckmäßig und nicht immer ist den Besonderheiten der einzelstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen durch den Verweis auf deren Arbeitnehmerbegriff(e) Rechnung zu tragen. Jedoch wird dieses System vom EuGH in einer neueren Entscheidung in Frage gestellt.

---

<sup>311</sup> RL 2001/23/EG (Betriebsübergangsrichtlinie).

<sup>312</sup> RL 89/391/EWG (Arbeitsschutzrahmenrichtlinie).

<sup>313</sup> RL 92/85/EWG (Mutterschutzrichtlinie).

<sup>314</sup> RL 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie).

## 22.2. Sachverhalt und Entscheidung

Das Urteil in der Sache *Danosa* betreffend die Auslegung der RL 92/85/EWG hat die Verschränkungen zwischen dem unionsrechtlichen und den nationalen Arbeitnehmerbegriffen auf eine neue Entwicklungsstufe gehoben. Das Ausgangsverfahren betraf die Abberufung *Dita Danosas* als Alleingeschäftsführerin der LKB Līzings SIA, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese erfolgte auf der Grundlage des lettischen Handelsgesetzbuches, das die Abberufung von Mitgliedern des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft jederzeit und uneingeschränkt zulässt. Beschränkungen kennt das Gesetz auch im Falle einer Schwangerschaft nicht. Die Klägerin machte geltend, dass sie zum Zeitpunkt ihrer Abberufung in der elften Woche schwanger gewesen sei und der Schwangerschaft wegen ihrer Funktion enthoben wurde. Dies stelle einen Verstoß gegen Art 10 RL 92/85/EWG dar. Dieser verpflichte die Mitgliedsstaaten dazu, alles zu unternehmen, um schwangere Frauen zu schützen. Eine jederzeitige Abberufungsmöglichkeit von Geschäftsführern, wie sie das lettische Handelsgesetzbuch vorsieht, werde dem nicht gerecht. Als Arbeitnehmerin iSd der Richtlinie sei *Danosa* vor Kündigungen während der Schwangerschaft geschützt – ungeachtet der Qualifikation ihres Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht. Das lettische Gericht legte dem EuGH in Folge dessen zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor. Es wollte erstens wissen, ob die Mitglieder des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft vom Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie erfasst sind. Zweitens beehrte es Auskunft über die Vereinbarkeit von Art 10 RL 92/85/EWG mit Art 224 des lettischen Handelsgesetzbuches über die Abberufung von Geschäftsführern.

Zur ersten Vorlagefrage führte der EuGH aus, dass der Begriff „schwangere Arbeitnehmerin“ ein unionsrechtlicher ist (Art 2 lit a RL 92/85/EWG). Dieser ist Art 45 Abs 1 AEUV nachgebildet. Für die Anwendung der Richtlinie ist es daher nicht ausschlaggebend, wie die Rechtsbeziehung zwischen Frau *Danosa* und der LKB nach lettischem Recht beurteilt wird.<sup>315</sup> Erbringt die Klägerin entgeltliche Leistungen und ist sie dem Kläger untergeordnet, kann auch sie als Mitglied des Leitungsorgans einer

---

<sup>315</sup> EuGH – C-232/09, Rn 39 f, 53 (*Danosa*); EuGH – C-116/06, Rn 24-26 (*Kiinski*).

Kapitalgesellschaft Arbeitnehmerin sein.<sup>316</sup> In Bezug auf die zweite Frage strich der Gerichtshof hervor, dass es Ziel der Richtlinie ist, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz zu verbessern. Der Unionsrechtsgesetzgeber wollte mit Art 10 RL 92/85/EWG den Gefahren begegnen, die eine Kündigung in physischer oder psychischer Hinsicht zur Folge haben kann. Insb sollte schwangeren Arbeitnehmerinnen jede Veranlassung genommen werden, die Schwangerschaft wegen des drohenden Jobverlusts zu abbrechen. Für den Zeitraum zwischen dem Beginn der Schwangerschaft und dem Ende des Mutterschaftsurlaubes ist daher jede Kündigung untersagt.<sup>317</sup> Die nationalen Vorschriften zur Mitteilungspflicht schwangerer Beschäftigter, auf die Art 2 lit a RL 92/85/EWG verweist, dürfen diesem Zweck nicht zuwiderlaufen.<sup>318</sup> Die jederzeitige und unbeschränkte Abberufungsmöglichkeit von Mitgliedern des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft widerspricht daher Art 10 leg cit, sofern die Abberufung während der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin erfolgt.<sup>319</sup>

### 22.3. Gibt es nur unionsautonome Arbeitnehmerbegriffe?

Nach der Auffassung des EuGH soll trotz des (teilweisen) Verweises auf die mitgliedersstaatlichen Arbeitnehmerbegriffe ein unionsrechtliches Verständnis von „Arbeitnehmer“ maßgeblich sein, wenn die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs dem Schutzzweck der Richtlinie nicht gerecht wird. In Bezug auf die Mitteilungspflicht nach Art 2 lit a RL 92/85/EWG – sie richtet sich nach nationalen Vorschriften – hat der Gerichtshof das folgende gesagt: *„[D]ie Modalitäten, gemäß denen die Arbeitnehmerin ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft unterrichtet, [können] trotz des Verweises [...] auf die einzelstaatlichen Vorschriften [...], den besonderen Schutz der Frau nicht seiner Substanz entleeren“*.<sup>320</sup> Insoweit ist dem EuGH zuzustimmen. Zwar schafft jeder Verweis auf das einzelstaatliche Recht gewisse Gestaltungsspielräume, sodass die Mitgliedsstaaten manche Personen von der Anwen-

---

<sup>316</sup> EuGH – C-232/09, Rn 51, 56 (Danosa).

<sup>317</sup> EuGH – C-232/09, Rn 58, 60 (Danosa).

<sup>318</sup> EuGH – C-232/09, Rn 55 (Danosa).

<sup>319</sup> EuGH – C-232/09, Rn 74 (Danosa).

<sup>320</sup> EuGH – C-232/09, Rn 55 (Danosa).

dung der Richtlinie ausnehmen oder in deren Anwendungsbereich mit einbeziehen können. Will man das vermeiden, muss der Unionsgesetzgeber die Maßgeblichkeit eines unionsautonomen Arbeitnehmerbegriffs anordnen. Dennoch kann es den Mitgliedsstaaten nicht anheimgestellt sein, schlechthin über den Anwendungsbereich und die Regelungstiefe einer Richtlinie zu entscheiden. In dem von einer Richtlinie geregelten Bereich sind die nationalen Gesetzgeber nur insoweit zur Rechtsetzung befugt als diese nicht den Kern der Richtlinie berührt.

Im *Danosa*-Urteil liegt aber mehr als nur die Aussage, dass Ziel und Zweck einer Richtlinie durch nationale Regelungen nicht vereitelt werden dürfen. Der EuGH knüpft an seine Ausführungen in der Sache *Kiinski* an. Dort hat er – bezugnehmend auf das gesamte EU-Sekundärrecht – gesagt, dass der Begriff des Arbeitnehmers „*nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich ausgelegt werden kann, sondern eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung hat*“<sup>321</sup>. Die Kriterien für die Arbeitnehmereigenschaft im Sekundärrecht sollen dieselben sein wie bei Art 45 AEUV. Das belegt die Tatsache, dass der EuGH ausführlich aus seinem *Lawrie-Blum*-Urteil zitiert. Arbeitnehmer iS sekundärrechtlicher Vorschriften soll daher sein, wer sich dauerhaft in den Dienst eines anderen stellt, nach dessen Weisungen arbeitet und dafür eine Vergütung erhält.<sup>322</sup> Die Konsequenz einer solchen Sichtweise ist, dass jeglicher Verweis auf die nationalen Arbeitnehmerbegriffe unzulässig ist. Diese Ansicht hat in der Lehre, soweit ersichtlich, keine Zustimmung gefunden.<sup>323</sup> Selbst der EuGH ist in Folgeurteilen von ihr abgewichen. In *Albron Catering* zB hat er zur Betriebsübergangsrichtlinie ausgeführt, dass „*die Frage, ob ein Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis besteht, nach, [...] einzelstaatlichem Recht zu beurteilen ist*“.<sup>324</sup> Mit seiner Entscheidung in *Danosa* scheint er aber auf jenen Weg zurückgekehrt zu sein, den er mit *Kiinski* eingeschlagen hat: Wer Arbeitnehmer ist, soll stets nach unionsrechtlichen Maßstäben bestimmt werden – ungeachtet etwaiger Verweise auf die einzelstaatlichen Rechtsordnungen.

---

<sup>321</sup> EuGH – C-116/06, Rn 24 f (*Kiinski*); GA Bot – C-232/09, Rn 3, 53 (*Danosa*).

<sup>322</sup> EuGH – C-116/06, Rn 25 (*Kiinski*).

<sup>323</sup> *Rebhahn*, EuZA 2012, 24 f mN.

<sup>324</sup> EuGH – C-242/09, Rn 23 (*Albron Catering*).

Damit hat der Gerichtshof den unionsrechtlichen gegenüber den einzelstaatlichen Arbeitnehmerbegriffen gestärkt. Dem Ziel einer Angleichung der europäischen Arbeitsrechtsordnungen wird dadurch freilich am besten entsprochen. Eine dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses sucht man sowohl in *Kiinski* wie auch in *Danosa* jedoch vergeblich. Auch die Frage, warum der EuGH – ohne jede Differenzierung nach dem Regelungsbereich – die Kriterien des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs anwenden möchte, bleibt unbeantwortet. Dass der Unionsgesetzgeber keine Möglichkeit haben soll, einzelnen Termini ein vom Unionsrecht losgelöstes Begriffsverständnis zu unterlegen, ist mE nicht begründbar. Nichtsdestotrotz deutet vieles darauf hin, dass der EuGH die „Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs bei jeder Richtlinie [...], die [...] ein einheitliches europäisches Schutzniveau bezweckt“<sup>325</sup>, in Zukunft bejahen wird. Dann müssen sich die nationalen Parlamente immer, wenn der Unionsgesetzgeber Vorgaben für einheitliche arbeitsrechtliche Regelungen macht, am spezifisch unionsrechtlichen Verständnis von „Arbeitnehmer“ orientieren. Das selbst bei Richtlinien, die unzweifelhaft an die einzelstaatliche Arbeitnehmerbegriffe anknüpfen.<sup>326</sup>

#### **22.4. Die Folgen des *Danosa*-Urteils**

Die nationalen Arbeitnehmerdefinitionen unterscheiden sich mitunter erheblich vom unionsrechtlichen Verständnis von „Arbeitnehmer“. Auch § 1151 ABGB ist teils weiter, teils enger als der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Während das österreichische Arbeitsrecht einen unentgeltlichen Arbeitsvertrag kennt, ist ein solcher dem Unionsrecht fremd. Dieses fordert wiederum einen niedrigeren Grad der organisatorischen Bindung an den Beschäftigten als das österreichische Recht. Im Unionsrecht gilt ferner nur als Arbeitnehmer, wer wirtschaftlich werthafte Arbeit leistet und im Gegenzug eine Vergütung erhält. Es setzt einen echten, wirtschaftlichen Leistungsaustausch voraus. Für das österreichische Arbeitsrecht ist eben das fraglich, nach den Ausführungen in dieser Arbeit jedoch zu bejahen. Diese Unterschiede sind, im Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher EU-Richtlinien, durch *Danosa* aufgelöst

---

<sup>325</sup> Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 194.

<sup>326</sup> Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 194.

worden – ein Urteil, das die Gefahr einer sukzessiven Aushöhlung der nationalen Arbeitnehmerbegriffe in sich birgt: Ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff weiter als der einzelstaatliche, kommen Personen in den Genuss von Arbeitnehmerrechten, die ihnen nach dem „originär“ mitgliedsstaatlichen Recht nicht zustehen. Ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff enger als der einzelstaatliche, bleiben Personen vom Arbeitsrecht ausgeschlossen, die nach nationalem Recht Arbeitnehmer sind. Aber auch der Fall, dass sich die unionsrechtliche und die einzelstaatliche Arbeitnehmerdefinition decken, bereitet Schwierigkeiten. Das soll in den nachfolgenden Kapiteln aufgezeigt werden.

#### **22.4.1. Das AG-Vorstandsmitglied als Arbeitnehmer**

Im Fall *Danosa* hat sich der EuGH der Frage gewidmet, ob die Geschäftsführerin einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine „schwängere Arbeitnehmerin“ iSd Art 2 lit a RL 92/85/EWG sein kann – ein Begriff, der unionsautonom zu verstehen ist. Das hat der Gerichtshof bejaht. Mit *Wank* ist davon auszugehen, dass der EuGH die Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft bei allen europäischen Vorschriften in Zukunft bejahen wird. Das gilt insb für GmbH-Geschäftsführer.<sup>327</sup> Zwar schließen sich Arbeitsvertrag und Organwaltereigenschaft im österreichischen Arbeitsrecht nicht aus, doch muss die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt werden und nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften auch in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt werden dürfen. Der Vertrag eines GmbH-Geschäftsführers kann nach diesen Maßstäben gestaltet werden. Nicht aber der Vertrag eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft. Dieses ist bei seiner Arbeit an keine Weisungen gebunden und daher nicht persönlich abhängig.<sup>328</sup>

Das aber muss die unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft nicht ausschließen. Zwar fordert auch das Unionsrecht das Tätigwerden nach den Weisungen des Arbeitgebers, doch ist es diesbezüglich weniger streng als das österreichische Arbeitsrecht. Es soll genügen, dass die Mitglieder des Leitungsorgans in die Gesellschaft integriert sind, über ihre Geschäftsführungstätigkeit Rechenschaft abzulegen haben und auf das

---

<sup>327</sup> *Wank*, EWiR 2011, 28.

<sup>328</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 144.

Gesellschaftsorgan, das deren Abberufung beschließen kann, keinerlei Kontrolle ausüben.<sup>329</sup> Das ist bei österreichischen Aktiengesellschaften der Fall. Die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstandes unterliegt der Überwachung durch den Aufsichtsrat (§ 95 AktG). Dazu hat das AktG dem Aufsichtsrat diverse Instrumente in die Hand gegeben. Dieser nimmt in Bücher der Gesellschaft Einsicht, prüft Unterlagen und beanstandet Mängel in der Geschäftsführung.<sup>330</sup> Er beruft die Hauptversammlung ein und bindet bestimmte Kategorien von Geschäften an seine Genehmigung.<sup>331</sup> Grundlage für die Ausübung des Aufsichtsrechts sind umfassende Berichtspflichten des Vorstandes.<sup>332</sup> Daneben hat der Aufsichtsrat die Personalhoheit über den Vorstand. Dessen Bestellung und Abberufung fallen in seinen Zuständigkeitsbereich (§ 75 AktG). Die Vorstandsmitglieder sind für die Dauer von fünf Jahren einzusetzen. Vor Ablauf dieser Zeit können sie nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ihres Amtes enthoben werden. Zwar kann das Vorstandsmitglied den Widerruf infolge grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung in aller Regel kontrollieren, doch kann die Abberufung wegen Vertrauensentzugs durch die Hauptversammlung beschlossen werden. Genießt der Vorstand nicht länger das Vertrauen des Mehrheitseigentümers, ist seinem Handeln die Legitimationsgrundlage entzogen. Seine Bestellung kann vom Aufsichtsrat widerrufen werden. Einer Begründung oder eines vorwerfbaren Fehlverhaltens bedarf das Misstrauensvotum nicht. Gleichwohl darf es nicht willkürlich oder treuwidrig sein.<sup>333</sup>

Die *Danosa*-Judikatur zielt auf Fälle wie das österreichische Aktienrecht offenbar ab. Es verpflichtet den Vorstand zur Rechenschaft über seine Tätigkeit und zur Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat. Ferner gestattet es der Hauptversammlung, dem Vorstand jederzeit das Misstrauen auszusprechen, was idR zu dessen Abberufung durch den Aufsichtsrat führt. Das wird dem Erfordernis der jederzeitigen Abberufbarkeit wohl gerecht. Das Vorstandsmitglied einer österreichischen Aktiengesell-

---

<sup>329</sup> EuGH – C-232/09, Rn 48-50 (*Danosa*); GA Bot – C-232/09, Rn 101 (*Danosa*).

<sup>330</sup> Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> §§ 95 bis 97 Rz 12 f.

<sup>331</sup> Kalss in Nowotny/Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/519.

<sup>332</sup> Kalss in Nowotny/Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/517, 3/520.

<sup>333</sup> Kalss in Nowotny/Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/302 f, 3/305.

schaft untersteht daher insoweit dem Arbeitsrecht, als dessen Bestimmungen auf einen Unionsrechtsakt zurückzuführen sind.

#### **22.4.2. Kein Arbeitsrecht bei kurzfristiger und unentgeltlicher Arbeit**

Zieht der Unionsgesetzgeber den Arbeitnehmerbegriff einer Richtlinie enger als es im „originär“ nationalen Arbeitsrecht der Fall ist, werden Personen entgegen der Konzeption des nationalen Arbeitsrechts von dessen Geltung ausgenommen. So kann zB die Entgeltlichkeit der Leistungserbringung zur Voraussetzung für die Anwendung von österreichischem Arbeitsrecht werden. Gleich ist die Sachlage bei kurzfristiger Dienstleistungserbringung.<sup>334</sup> Wird eine bestimmte Dauer nicht erreicht, sollen auf EU-Recht zurückgehende Vorschriften des österreichischen Arbeitsrechts nicht anwendbar sein – obwohl dieses an die Tätigkeitsdauer geringere Anforderungen stellt.

#### **22.4.3. Zwang zur Implementierung systemfremder Vorschriften**

Der Fall, dass der nationale Arbeitnehmerbegriff und der unionsrechtliche deckungsgleich sind, ist ebenso problematisch. Ein Sekundärrechtsakt enthält Anordnungen, die für Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne gelten – sei es, weil er es ausdrücklich so bestimmt, sei es, weil sich die Maßgeblichkeit eines unionsautonomen Arbeitnehmerbegriffs aus Ziel und Zweck des Rechtsakts ergibt. Auf diesen – und nur auf diesen – Personenkreis sind die Regelungen zugeschnitten. Ein anderer Arbeitnehmerbegriff kann ihnen uU nicht zugrunde gelegt werden, ohne ihre Wirkung zu verfälschen. Vor allem durch präzise formulierten Richtlinien, die den einzelstaatlichen Gesetzgebern nur einen geringen – oder gar keinen – Umsetzungsspielraum belassen, kann das Unionsrecht zur Implementierung von Vorschriften in die nationalen Arbeitsrechtsordnungen zwingen, die für einen Teil der Arbeitnehmer iSd einzelstaatlichen Arbeitsrechts unpassend sind. Arbeitsrechtliche Bestimmungen wären auf Personen anwendbar, für die sie gar nicht gemacht sind. Zwar ist die Anwendung dieser, auf Unionsrecht zurückgehenden Vorschriften, von der nationalen Arbeitnehmerdefinition gedeckt. Das aber ändert nichts daran, dass die Bestimmungen,

---

<sup>334</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I<sup>7</sup>, 111.

deren Anwendung in Frage steht, für Arbeitnehmer iSd Unionsrechts geschaffen wurden. Sonach werden Regelungen in die österreichische Arbeitsrechtsordnung eingeführt, deren konzeptuelle Grundlage ein wirtschaftliches Austauschverhältnis zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger ist. Nicht immer fügen sie sich harmonisch in das System des einzelstaatlichen Arbeitsrechts ein.

## **22.5. Gefährdung der Kohärenz des Arbeitsrechtssystems**

Gezeigt wurde, dass eine Richtlinie geringere Voraussetzungen für die Erlangung der Arbeitnehmereigenschaft normieren kann als es im nationalen Arbeitsrecht vorgesehen ist oder höhere Anforderungen an den Tätigen stellt als es das einzelstaatliche Recht tut. Im ersten Fall gilt Arbeitsrecht für Sachverhalte, die der einzelstaatliche Gesetzgeber nicht mittels Arbeitsrechts regeln wollte. Im zweiten Fall sind Personen vom Arbeitsrecht ausgeschlossen, die nach nationalem Verständnis Arbeitnehmer sind. Nun sind die Bestimmungen in Richtlinien in nationales Recht zu transformieren. Sie sind Bestandteile der österreichischen Rechtsordnung. Die Anwendbarkeit von österreichischem Arbeitsrecht kann daher, je nach „Herkunft“ der Vorschrift, anhand verschiedener Arbeitnehmerbegriffe zu prüfen sein. Einmal ist der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich, ein anderes Mal der unionsrechtliche. Dieses Problem wird dadurch verstärkt, dass in EU-Richtlinien kein uniformer, unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff verwendet wird – auch wenn der EuGH in seinen letzten Urteilen Art 45 AEUV als *den* Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts herausstellt. Das bereitet kaum Schwierigkeiten, zumal die Zahl der Richtlinien und mit ihnen, die Zahl der unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffe, überschaubar sind. Schließlich kennt auch das österreichische Arbeitsrecht eine Mehrheit von Arbeitnehmerdefinitionen. Die Kohärenz des Arbeitsrechtssystems ist hingegen gefährdet, je stärker der Unionsgesetzgeber die nationalen Arbeitsrechtsordnungen angleicht und je häufiger er sich dabei unterschiedlichen, unionsautonom zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriffen bedient. Nimmt die Zahl systemfremder Vorschriften zu, droht die Aufweichung der dogmatischen Grundlagen des arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs. Nichts veranschaulicht das besser als das *Danosa*-Urteil. Nach diesem kann Arbeitnehmer sein, wer (nach österreichischem Verständnis) gar nicht persönlich abhängig ist – ein verqueres Ergebnis.

## **22.6. Zusammenfassung**

Der persönliche Geltungsbereich von arbeitsrechtlichen EU-Richtlinien wird durch den *unionsautonomen* Begriff „Arbeitnehmer“ abgesteckt (sei es, weil der Unionsgesetzgeber es ausdrücklich so vorsieht, sei es weil Ziel und Zweck der Richtlinie ein unionseinheitliches Verständnis gebieten). Dem freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art 45 AEUV idR nachgebildet, setzen die Arbeitnehmerdefinitionen in Richtlinien einen wirtschaftlichen Austausch zwischen Beschäftigtem und Beschäftigter voraus. Als transformationsbedürftiger Rechtsakte lassen die Richtlinien sohin Wertungen in die nationalen Rechtsordnungen mit einfließen, die exakt der hier in Rede stehenden These entsprechen. Die Anwendung von nationalem, auf EU-Sekundärrecht zurückgehendem Arbeitsrecht kann daher von einem wirtschaftlichen Leistungsaustausch abhängig gemacht werden.

## ARBEITSRECHTLICHE BEHANDLUNG VON AUSTAUSCH-FREMDEN VERTRÄGEN

### 23. Einleitendes

Beschäftigungsverhältnisse, die nach den besonderen Bedürfnissen des Arbeitenden gestaltet sind, begründen eine enge Vertrauensbeziehung zwischen den Vertragsparteien. Es ist sinnvoll, sie klaren Regeln zu unterwerfen. Umso mehr gilt das für Vertragsverhältnisse, die durch die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten gekennzeichnet sind. Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen über den Leistungsaustausch wird dem, wenn überhaupt, nur ungenügend gerecht. Das Eingreifen von Arbeitsrecht liegt daher nahe, wurde aber schon an anderer Stelle ausgeschlossen. In diesem Abschnitt ist zu untersuchen, ob Arbeitsrecht *zumindest teilweise* angewendet werden kann.

### 24. Ist das Arbeitsrecht doch in vollem Umfang anwendbar?

Die in Frage stehenden Personen sind persönlich abhängig. Sie erfüllen *die* Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft. Zu klären ist, ob sie nicht doch Arbeitnehmer sein können, auf die Arbeitsrecht voll anzuwenden ist. Zu diesem Ergebnis könnte gelangen, wer den Arbeitnehmerschutz als leitendes Prinzip des Arbeitsrechts anerkennt und ihm bei der Gesetzesinterpretation einen besonderen Stellenwert zugesteht.<sup>335</sup> Diese Vorgehensweise wird unter dem Schlagwort der *sozialen Rechtsanwendung* diskutiert. Sie ist eine spezifisch arbeitsrechtliche Auslegungsregel<sup>336</sup> unter der zweierlei verstanden wird. Einmal soll sie einen Ausgleich für jene schaffen, die benachteiligt sind. Ein anderes Mal begreift man sie als gesellschaftsbezogene, wertneutrale Interpretationsregel.<sup>337</sup>

Als ein Instrument zur Korrektur sozialer Ungleichgewichtslagen verlangt sie vom Auslegenden sich „*von dem Grundsatz leiten [...] [zu lassen], der zu interpretierenden Norm möglichst den Sinn zugrunde zu legen, daß mit Hilfe der Norm die Lage der auf welche Art immer unterprivilegierten Menschen gebessert und/oder begüns-*

---

<sup>335</sup> Binder, DRdA 1986, 4.

<sup>336</sup> F. Bydlinski, Methodenlehre<sup>2</sup>, 597.

<sup>337</sup> Strasser, DRdA 1979, 92 f.

tigt wird“.<sup>338</sup> Arbeitsrechtliche Normen sind so anzuwenden, dass „*sie in möglichst erfolgreicher Weise dem anerkannten Ausgleichs- oder Milderungszweck [...] dien[en]*“<sup>339</sup> Der Arbeitnehmerschutz als Leitgedanke des Arbeitsrechts ist nicht zu leugnen.<sup>340</sup> Die Lösungsfindung unter Rückgriff auf die soziale Rechtsanwendung kommt im gegebenen Zusammenhang dennoch nicht in Frage. Gerade aus der Arbeitnehmerschutzfunktion des Arbeitsrechts geht nämlich hervor, dass die soziale Dimension des Arbeitsrechts nur für jene zum Tragen kommen soll, die zum Zweck des Erwerbs beschäftigt sind. Regelungsgegenstand des Arbeitsrechts ist das im Wirtschaftsleben verortete Beschäftigungsverhältnis.

Treffender ist es, die soziale Rechtsanwendung als eine auf die Gesellschaft bezogene Interpretationsmethode zu sehen. Das Attribut „sozial“ ist wertneutral iSv gesellschaftlich zu begreifen. Strasser versteht darunter „*eine am sozialen Ordnungssinn des Rechtssatzes ausgerichtete Auslegung*“<sup>341</sup>. Gemeint ist eine auf die Herstellung eines gesellschaftlichen Ausgleichs zielende Interpretation. Sie soll soziale Konfliktfelder überbrücken. Dabei aber handelt es sich nicht um eine besondere, arbeitsrechtsspezifische Auslegungsregel. „*[E]ine so verstandene soziale Rechtsanwendung ist ohnehin ein zentrales Gebot der allgemeinen juristischen Methodologie [...], das uneingeschränkt für die gesamte Rechtsordnung gilt.*“<sup>342</sup> Dass das Recht generell und das Arbeitsrecht im Besonderen nach einem sozialen Ausgleich streben, ist evident. Tomandl/Schrammel betonen, dass „*das Arbeitsrecht das Entstehen von Auseinandersetzungen vermeiden [...] [und] bestehende Konflikte lösen [will]*“.<sup>343</sup> Im Zweifelsfall ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Regelungen schaffen wollte, die ein soziales Spannungsfeld bestehen lassen oder gar neu schaffen. Bei der Gesetzesinterpretation ist jene Auslegungsalternative zu wählen, die den herrschenden Vorstellungen von einer sozialen (besser: ausgewogenen) Rechtsetzung am besten entspricht.<sup>344</sup>

---

<sup>338</sup> Strasser, DRdA 1979, 93.

<sup>339</sup> Strasser, DRdA 1979, 93 f.

<sup>340</sup> Krit Pačić, ÖJZ 2010, 71.

<sup>341</sup> Strasser, DRdA 1979, 93.

<sup>342</sup> Strasser, DRdA 1979, 93.

<sup>343</sup> Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I<sup>7</sup>, 3.

<sup>344</sup> Vgl F. Bydlinski in Rummel I<sup>3</sup> § 6 ABGB Rz 22.

Nun ist offensichtlich, dass das Herausfallen der Schwächsten in der Arbeitswelt aus dem Arbeitnehmerbegriff sozialpolitisch nicht wünschenswert ist. Ob die Einbeziehung dieser Personen in das Arbeitsrecht ein sozial ausgewogenes Auslegungsergebnis darstellt, steht dennoch nicht mit Sicherheit fest. Entspricht es tatsächlich dem Postulat der Ausgewogenheit, austauschfremde Verträge allen (den meisten) Teilen des Arbeitsrechts zu unterstellen? Sind alle Formen der persönlich abhängigen Beschäftigung – ungeachtet der sonstigen prägenden Charakteristika des Beschäftigungsverhältnisses – wirklich gleich zu behandeln? Auch die soziale, wertneutrale Rechtsanwendung überzeugt hier nicht.

## **25. Teleologische Reduktion von Arbeitsrecht**

Werden vorwiegend wirtschaftsferne Ziele angestrebt, greift das Arbeitsrecht nicht ein – jedenfalls nicht das gesamte. Fraglich ist, ob es eine sachgerechte Lösung darstellt, den ganzen arbeitsrechtlichen Normenkörper nicht anzuwenden. Wäre es nicht besser, von einem Arbeitsvertrag auszugehen und nur einzelne Bestimmungen nicht gelten zu lassen? Dieses Ergebnis kann durch eine teleologische Reduktion eben dieser Vorschriften und des § 1151 ABGB erreicht werden. *Kietzbl/Reiner* halten dies, soweit es Entgeltvorschriften betrifft, für überzeugender als die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen.<sup>345</sup> Auf Personen, die zu anderen als zu wirtschaftlichen Zwecken tätig sind, wären jene Vorschriften nicht anzuwenden, die an den Erwerbszweck anknüpfen (das sind nicht nur Entgeltvorschriften). Damit könnte zumindest den nicht-wirtschaftlichen Schutzinteressen des Beschäftigten Rechnung getragen werden.

Auf den ersten Blick ist diese Lösung unterstützenswert. Dem Arbeitsrecht geht es nämlich nicht nur um den Schutz materieller Interessen. Es erfüllt verschiedene Funktionen. Die Arbeitnehmerschutzfunktion und die Ordnungsfunktion – aus ihnen ergibt sich das Vorliegenmüssen eines beiderseitigen Erwerbsinteresses – stehen nicht alleine. Außerdem umfasst der Arbeitnehmerschutz selbst mehrere Aspekte, wie zB den Schutz der Persönlichkeitsrechte und der Gesundheit des Arbeitnehmers. Dennoch muss das Vorliegen eines Arbeitsvertrages bei erwerbsfremden Tätigkeiten ver-

---

<sup>345</sup> *Kietzbl/Reiner*, DRdA 2011, 535.

neint werden. Zu einer teleologischen Reduktion kann es nicht kommen. Keine Funktion prägt das Arbeitsrecht nämlich so stark, wie die Arbeitnehmerschutz- und die Ordnungsfunktion. Auch bei der Arbeitnehmerschutzfunktion fallen andere Schutzaspekte gegenüber dem Schutz materieller Interessen kaum ins Gewicht. Hat man nun den Arbeitnehmerbegriff vor dem Hintergrund der Rechtsfolgen abzugrenzen, die das Arbeitsrecht anordnet, kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dass austauschfremde Tätigkeiten von § 1151 ABGB nicht erfasst sind.

Viel entscheidender ist noch, dass die Anwendung nur eines Kreises von Vorschriften nicht in Frage kommt. Man kann für unterschiedliche, gesetzlich abgegrenzte Teilbereiche des Arbeitsrechts Arbeitnehmer sein – Arbeitnehmer iSd Betriebsverfassungsrechts, des Arbeitszeitrechts oder des technischen Arbeitnehmerschutzrechts. Immer jedoch ist man entweder Arbeitnehmer oder man ist es nicht. Eine nach dem Schutzbedarf und dem Vertragszweck abgestufte Geltung arbeitsrechtlicher Vorschriften gibt es nicht.

## **26. Arbeitnehmerähnlichkeit und austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis**

Wer im Rahmen eines austauschfremden Beschäftigungsverhältnisses tätig ist, könnte arbeitnehmerähnlich sein. Arbeitsrecht wäre partiell anwendbar. § 51 Abs 3 Z 2 ASGG definiert die arbeitnehmerähnliche Person. Er tut dies für den Anwendungsbereich des ASGG. Die übrigen Gesetze, die von der arbeitnehmerähnlichen Person sprechen, enthalten eigene Legaldefinitionen: § 1 Abs 1 DNHG, § 1 Abs 3 Z 2 GIBG, § 7a Abs 2 Z 4 BEinstG, § 2 Abs 2 lit b AuslBG und § 3 Abs 4 AÜG. Sie erfassen alle, die im Auftrag und für Rechnung anderer in wirtschaftlicher Unselbständigkeit Arbeit leisten – unabhängig von der Art des Vertrages, der der Tätigkeit zugrunde liegt.<sup>346</sup>

Zentrales Merkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die *wirtschaftliche Unselbständigkeit* – ein Begriff, der weiter ist als jener der wirtschaftlichen Abhängigkeit (vgl § 4 Abs 2 ASVG). Es kommt nicht alleine darauf an, dass die Leistungen insb des Beschäftigers die materielle Lebensgrundlage des Beschäftigten bilden. Zusätz-

---

<sup>346</sup> 9 ObA 69/05w.

lich braucht es einen gewissen Grad an organisatorischer Bindung an den Betrieb des Auftraggebers.<sup>347</sup> Bei der Arbeitnehmerähnlichkeit handelt es sich sohin um eine Form von abgeschwächt fremdbestimmter Leistungserbringung in einem Zustand *wirtschaftlicher Schwäche*.<sup>348</sup> Damit stehen Arbeitnehmerähnliche zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer. Sie weisen die rechtliche Selbständigkeit des Unternehmers auf, während sie in wirtschaftlicher Hinsicht einem Arbeitnehmer gleichstehen. Wie dieser sind sie sozial schutzbedürftig. Wegen dieser Parallele ist Arbeitsrecht teilweise anzuwenden.<sup>349</sup>

### 26.1. Prüfung der Arbeitnehmerähnlichkeit

Sowohl die Rechtsfigur des Arbeitnehmers, wie die des Arbeitnehmerähnlichen beruhen auf derselben dogmatischen Grundlage – der wirtschaftlichen Unselbständigkeit.<sup>350</sup> Vom Arbeitsrecht ist erfasst, wer auf die Einkünfte (Vorteile) aus einer organisatorisch unselbständigen Arbeit angewiesen ist. Das gilt auch für die wenigen Bestimmungen, die auf die arbeitnehmerähnliche Person anwendbar sind. Sie schützen nichts anderes als das *Erwerbsinteresse* des rechtlich Selbständigen, der seinem Auftraggeber organisatorisch untergeordnet ist.<sup>351</sup> Trotzdem ist die Arbeitnehmerähnlichkeit anders zu prüfen als die Arbeitnehmereigenschaft. Die finanzielle Unselbständigkeit bzw das Vorliegen eines Erwerbsinteresses ist nur beim Arbeitnehmer zu vermuten. Bei der Prüfung der Arbeitnehmerähnlichkeit ist sie unabhängig von der organisatorischen Unselbständigkeit in Augenschein zu nehmen.<sup>352</sup> Das hat gute Gründe. Die Anwendung von Arbeitsrecht bringt eine Reihe von „Belastungen“ für den Arbeitgeber mit sich. Dieser wird zum Schutz des Arbeitnehmers in die Pflicht genommen. Alleine das Vorliegen finanzieller Unselbständigkeit rechtfertigt die weitgehenden Verpflichtungen des Beschäftigers jedoch nicht. Es gilt der Grundsatz, dass jeder seine Risiken selbst zu tragen hat. Von diesem Prinzip ist abzuweichen,

---

<sup>347</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 76 f.

<sup>348</sup> 14 ObA 10/87.

<sup>349</sup> Radner in Mazal/Risak, Arbeitsrecht, 19. Lfg, Rz 86.

<sup>350</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 75 f.

<sup>351</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 70-74.

<sup>352</sup> Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 88.

wenn die finanzielle Unselbständigkeit das Ergebnis der engen persönlichen Bindung an den Vertragspartner ist. Bestimmt der Arbeitgeber über den Einsatz der Arbeitskraft des Beschäftigten, kann diesem das Tragen aller in seiner Sphäre gelegenen Risiken nicht mehr auferlegt werden. Eben das ist beim Arbeitnehmerähnlichen nicht der Fall. Er ist organisatorisch nur schwach an seinen Auftraggeber gebunden. Überhaupt muss beim rechtlich Selbständigen angenommen werden, dass er sein wirtschaftliches Risiko streut und sich nicht von einem (oder einigen wenigen) Auftraggebern abhängig macht. Schon deshalb bleibt für eine Vermutung der finanziellen Unselbständigkeit kein Platz.

## **26.2. Arbeitnehmerähnliche Person und persönliche Abhängigkeit**

Die in Rede stehenden Beschäftigten sind in persönlicher Abhängigkeit tätig. Nach manchen schließt das die Arbeitnehmerähnlichkeit aus. Mit *Tomandl/Schrammel* gehören „zu den Arbeitnehmerähnlichen nur jene Personen, deren persönliche Gebundenheit nicht jenes Maß erreicht, bei dem bereits von persönlicher Abhängigkeit gesprochen werden kann“<sup>353</sup>. Diese Auffassung teilt auch *Wachter*. Dieser meint, dass „die persönliche Abhängigkeit nicht in so starkem Maße vorliegen darf, daß sie die Arbeitnehmereigenschaft der betreffenden Person zur Folge hat“.<sup>354</sup> Für die große Mehrheit der Beschäftigungsverhältnisse, die potentiell § 51 Abs 3 Z 2 ASGG unterfallen, ist das richtig. Es entspricht dem Modellfall, dass arbeitnehmerähnliche Personen zwar nicht in persönlicher, wohl aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig sind. Anerkennt man aber den prägenden, wirtschaftlichen Austausch als konstitutives Merkmal des Arbeitsvertrages, ist die Arbeitnehmerähnlichkeit des persönlich Abhängigen nicht mehr unmöglich. Es handelt sich um eine Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft, deren Vorliegen ebenso wenig weggedacht werden kann, wie die persönliche Abhängigkeit selbst. Der These zufolge wird man nicht schon zum Arbeitnehmer, wenn die Bindung an den Vertragspartner den Grad persönlicher Abhängigkeit erreicht. In den von ihr erfassten Fällen muss die Qualifikation als Arbeitnehmerähnlicher nicht notwendigerweise auf einen Mangel an persönlicher Abhän-

---

<sup>353</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>7</sup>, 111.

<sup>354</sup> *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person, 106.

gigkeit zurückzuführen sein. Beim austauschfremden Vertrag schließen persönliche Abhängigkeit und Arbeitnehmerähnlichkeit einander nicht aus.

Für die Arbeitnehmerähnlichkeit des persönlich Abhängigen spricht, dass die wirtschaftliche Unselbständigkeit Elemente persönlicher Abhängigkeit miteinschließt. Die Rspr betont die Einbindung in den Betrieb des Auftraggebers stärker als noch vor einigen Jahren.<sup>355</sup> Es wäre seltsam, ein gewisses – und im Vergleich zur früheren Judikatur höheres – Maß an persönlicher Bindung zu verlangen, gleichzeitig aber bei „echter“ persönlicher Abhängigkeit die Arbeitnehmerähnlichkeit zu verneinen. Auch das Vorgehen bei der Prüfung von Arbeitnehmereigenschaft und Arbeitnehmerähnlichkeit zeigt, dass der persönlich Abhängige arbeitnehmerähnlich sein kann. Beim Arbeitnehmer wird nur die persönliche Abhängigkeit geprüft. Liegt diese vor, sind alle arbeitsrechtlichen Vorschriften grundsätzlich anwendbar – unabhängig vom konkreten Schutzbedürfnis. Steht hingegen die Arbeitnehmerähnlichkeit in Frage, sollen diese Wertungen außer Kraft gesetzt sein. Persönliche Abhängigkeit soll gar nicht vorliegen dürfen. Sie soll selbst den bescheidenen arbeitsrechtlichen Schutz für arbeitnehmerähnliche ausschließen.

### 26.3. Wirtschaftliche Schwäche und Nutzenverteilung

Sofern es austauschfremde Verträge betrifft, schadet die persönliche Abhängigkeit der Qualifikation als arbeitnehmerähnliche Person nicht. Das Fehlen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches schließt jedoch die *wirtschaftliche Abhängigkeit* der Beschäftigten aus. Wer sich zwar in den Dienst eines anderen stellt, das jedoch zu vorwiegend erwerbsfremden Zwecken tut, hat nicht jene Interessen, die von § 51 Abs 3 Z 2 ASGG geschützt werden. Dieser setzt das Vorliegen eines starken Grades an wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit nichts anderes als das Vorliegen eines *Erwerbsinteresses* voraus.<sup>356</sup> Nur dieses wird von den Vorschriften über die Arbeitnehmerähnlichkeit geschützt. *Kietaibl/Reiner* argumentieren in diese Richtung. Sie führen ins Treffen, dass die Arbeitnehmerähnlichkeit „*noch mehr als der Arbeitsvertrag auf den wirtschaftlichen Charakter der Vertragsbeziehung reflektiert*“<sup>357</sup>.

<sup>355</sup> *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 125 mN.

<sup>356</sup> *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person, 88.

<sup>357</sup> *Kietaibl/Reiner*, DRdA 2011, 528.

Verneint man die Arbeitnehmereigenschaft des Tätigen, weil es an einem prägenden, wirtschaftlichen Austausch fehlt, müsse das für den Arbeitnehmerähnlichen umso mehr gelten.<sup>358</sup> Tatsächlich mutet es seltsam an, beim Arbeitnehmer einen echten Leistungsaustausch zu verlangen, beim rechtlich Selbständigen hingegen nicht. Soll die Leistung desjenigen, der dem Unternehmer näher steht als dem Arbeitnehmer, nicht Bestandteil eines ökonomischen Austausches sein müssen?

Nicht überzeugend ist hingegen der Einwand, dass derjenige nicht als wirtschaftlich schwach angesehen werden kann, dem die Vertragsbeziehung vorwiegend nützt.<sup>359</sup> Das Schutzbedürfnis, an das die Arbeitnehmerähnlichkeit anknüpft und die Nutzenverteilung zum überwiegenden Vorteil des Tätigen sind unterschiedliche Kategorien. Nur weil der Tätige vom Beschäftigungsverhältnis mehr profitiert als der Beschäftiger, müssen nicht jene Schutzinteressen entfallen, die die Grundlage für die Behandlung als arbeitnehmerähnliche Person bilden. Eine für den Beschäftigten vorteilhafte Vertragsgestaltung schließt dessen finanzielle Unselbständigkeit nicht aus.

#### **26.4. Arbeitnehmerähnlichkeit: Ein adäquater Schutzstandard?**

Wer in einem austauschfremden Beschäftigungsverhältnis tätig ist, hat als Arbeitnehmerähnlicher in einiger Hinsicht Vorteile. Diese sind sowohl prozessualer, wie auch materiell-rechtlicher Natur: Rechtsstreitigkeiten aus dem Beschäftigungsverhältnis sind Arbeitsrechtssachen. Sie unterliegen der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG). Die haftungsrechtlichen Vorschriften des DNHG (§ 1 Abs 1 aE DNHG) sind ebenso anzuwenden wie die Bestimmungen des I. und des II. Teils des GIBG (§§ 1 Abs 3 Z 2 und 16 Abs 3 Z 2 GIBG). Die §§ 7b bis 7q BEinstG über die Diskriminierung von Behinderten in der Arbeitswelt sind zu beachten, das KautSchG<sup>360</sup> analog anzuwenden. Damit ist der Arbeitnehmerähnliche dem Arbeitnehmer in einigen Punkten gleichgestellt. Das Konzept vom Schutz des Erwerbsinteresses desjenigen, der nur für einen oder einige wenige Vertragspartner tätig ist, ist jedoch nur unzureichend verwirklicht. Seine teilweise Einbeziehung in das Ar-

---

<sup>358</sup> Kietaihl/Reiner, DRdA 2011, 528.

<sup>359</sup> Kietaihl/Reiner, DRdA 2011, 528.

<sup>360</sup> 14 ObA 10/87.

beitsrecht betrifft eher Randfragen.<sup>361</sup> Wer als rechtlich Selbständiger seinem Auftraggeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, darf sich von der Rechtsordnung einen besseren Schutz seiner Interessen erwarten.

## **27. Erstreckung von Arbeitsrecht**

Die Rspr dehnt den Geltungsbereich arbeitsrechtlicher Gesetze durch Analogie über das echte Arbeitsverhältnis hinaus aus. So wird insb der freie Dienstnehmer punktuell in den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts miteinbezogen.<sup>362</sup> Der Grundsatz, dass das Arbeitsrecht nur für Arbeitnehmer gilt, wird damit durchbrochen. Eine Analogiebildung kommt aber nicht nur beim freien Dienstvertrag in Betracht. Auch bei anderen Verträgen über Arbeitsleistungen ist das denkbar. Insb könnte Arbeitsrecht auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse analog anzuwenden sein.

### **27.1. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke**

Jede Analogie setzt voraus, dass der Gesetzgeber einen regelungsbedürftigen Sachverhalt unbewusst und ungewollt nicht geregelt hat. Daher ist zuallererst zu klären, ob der Gesetzgeber auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse tatsächlich „vergessen“ oder den Zustand deren Ungeregeltheit billigend in Kauf genommen hat. Das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke kann auf zwei Arten begründet werden. Erstens könnte schon der historische Gesetzgeber eine Regelung austauschfremder Verträge nicht vorgenommen haben. Zweitens ist denkbar, dass § 1151 ABGB diese zwar ursprünglich erfasst hat, doch nachträglich eine Lücke entstanden ist.<sup>363</sup>

Zunächst zur Frage, ob eine ursprüngliche Regelungslücke vorliegt. Argumente dafür liefern die überzeugenden Arbeiten *Wachters* zum freien Dienstvertrag. Diesem zufolge hat der historische Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1151 ABGB angenommen, dass Arbeitsleistungen entweder auf Basis eines Arbeitsvertrages oder eines Werkvertrages erbracht werden. Nur diese beiden Vertragstypen sollten dem 26. Hauptstück des ABGB unterworfen sein. Dass weder der eine noch der andere

---

<sup>361</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 37.

<sup>362</sup> 9 ObA 133/08m.

<sup>363</sup> *F. Bydlinski* in Rummel I<sup>3</sup> § 7 ABGB Rz 2.

immer in reiner Form anzutreffen ist, habe der Gesetzgeber vorhergesehen. Selbst die Möglichkeit einer Zusammenführung von Merkmalen verschiedener Vertragstypen habe er bedacht. Dennoch sei er der Auffassung gewesen, dass letzten Endes doch stets eine Zuordnung entweder zum Arbeitsvertrag oder zum Werkvertrag vorgenommen werden kann. Dass sich zwischen diesen beiden Vertragstypen besondere Kategorien von Verträgen herausbilden, die weder Arbeitsvertrag noch Werkvertrag sind, habe er nicht berücksichtigt.<sup>364</sup> Hinsichtlich des austauschfremden Beschäftigungsverhältnisses könnte Gleiches vertreten werden. Auch hier wird ein Vertrag über Arbeitsleistungen geschlossen. Er ist dem Arbeitsvertrag insofern ähnlich, als der Beschäftigte in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit dauerhaft arbeitet. Mit dem Werkvertrag hat er gemein, dass der Tätige rechtlich selbständig ist. Dass die fraglichen Beschäftigungsverhältnisse nicht (primär) auf die Verwertung von Arbeitskraft abzielen, hebt sie von beiden, vom Arbeits- und vom Werkvertrag, ab.

Aus dem HHB geht nicht hervor, ob es austauschfremde Arbeitsverträge gibt.<sup>365</sup> Zwar ist es unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber § 1151 ABGB in dem Bewusstsein geschaffen hat, dass Beschäftigungsverhältnisse mit dem Ziel eingegangen werden, das Wohlergehen des Tätigen zu fördern. Vertragsverhältnisse der hier zu besprechenden Art sind ein eher neueres Phänomen. Hingegen nimmt der HHB auf Beschäftigungsverhältnisse, die zu anderen als zu „Geschäftszwecken“ eingegangen werden, explizit Bezug.<sup>366</sup> Sicher aber ist, dass der historische Gesetzgeber nur zwei Typen von Verträgen über Arbeitsleistungen anerkennen wollte: Den Arbeitsvertrag und den Werkvertrag. Sofern sie nicht ohnedies Arbeitsverträge sind, sollen austauschfremde Verträge nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers also dem Regime für Werkverträge unterliegen. Daraus folgt, dass schon ursprünglich nicht alle denkbaren Formen der Dienstleistung einer Regelung zugeführt worden sind, obwohl der Gesetzgeber genau das beabsichtigt hat.

Nun zur Frage nach dem Vorliegen einer nachträglichen Regelungslücke. Hat der historische Gesetzgeber austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse bewusst dem Arbeitsvertrag (oder dem Werkvertrag) zugeordnet, liegt keine ursprüngliche Unvoll-

---

<sup>364</sup> Wachter, DRdA 1984, 412; AA Tomandl, Wesensmerkmale, 118.

<sup>365</sup> Siehe Kapitel 18.2.2.

<sup>366</sup> 78 BlgHH, XXI. Sess, 209.

ständigkeit vor. Denkbar ist aber, dass sich grundlegende Wertungen in der Arbeitsrechtsordnung seither geändert haben. § 1151 ABGB könnte heute ein anderer Regelungszweck unterstellt werden als zum Zeitpunkt seiner Erlassung („Funktionswandel“).<sup>367</sup> Das setzt voraus, dass „*die bisher maßgebende Problemlösung im heutigen Rechtskontext auffallende Wertungswidersprüche begründet, den allgemeinen Erwartungen der Rechtsunterworfenen oder doch der beteiligten Verkehrskreise zuwiderläuft oder unter den heutigen tatsächlichen Verhältnissen im hohen Maße un Zweckmäßig oder funktionswidrig sein würde*“.<sup>368</sup> Folge des Funktionswandels könnte eine nachträgliche Regelungslücke sein, die zu schließen der Gesetzgeber noch nicht in Erwägung gezogen hat.<sup>369</sup>

Dass die Anwendung von Arbeitsrecht auf austauschfremde Verträge (gegenwärtig) einen auffallenden Wertungswiderspruch darstellt, ist Kern der These. Diese baut auf dem Gedanken eines Funktionswandels auf (sofern sie nicht ohnedies von ursprünglicher Unvollständigkeit ausgeht). Folgt man ihr, ist von einer nachträglichen, planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Vertreten werden kann nämlich, dass der historische Gesetzgeber Verträge mit und ohne wirtschaftliche Zweckbestimmung ursprünglich unterschiedslos unter dem Titel „Arbeitsvertrag“ zusammengefasst hat. Er habe alleine das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit vorausgesetzt. Erst spätere Gesetzgeber hätten die Arbeitsrechtsordnung verändert, sodass das Arbeitsrecht nur anwendbar ist, wenn ein echter, wirtschaftlicher Leistungsaustausch gegeben ist. § 36 ArbVG würde einer solchen Ansicht nicht entgegen stehen. Zwar schließt dessen Abs 2 in Z 4 und Z 6 den Arbeitsvertrag als Grundlage des austauschfremden Beschäftigungsverhältnisses nicht generell aus, doch ist in jenen Fällen, in denen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zweifelhaft ist, offen, welche Rechtsfolgen eintreten sollen.<sup>370</sup> Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke anzunehmen, könnte zumindest für Zweifelsfälle richtig sein.

---

<sup>367</sup> F. Bydlinski, JBl 1997, 621.

<sup>368</sup> F. Bydlinski, JBl 1997, 621.

<sup>369</sup> F. Bydlinski in Rummel I<sup>3</sup> § 7 ABGB Rz 2.

<sup>370</sup> Siehe Kapitel 17.1.6.

## 27.2. Die analogiefähigen Bestimmungen

§ 1151 ABGB erfasst austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse planwidrig nicht. Damit liegt die Grundvoraussetzung für die analoge Anwendung von Arbeitsrecht vor – jedenfalls soweit es die Bestimmungen des 26. Hauptstücks des ABGB betrifft. Das wirft die Frage auf, welche Vorschriften angewendet werden können. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Arbeitsrecht verschiedene „Typen“ von Normen kennt. Es umfasst Bestimmungen, die den Schutz des Arbeitnehmers sicherstellen, ebenso wie Vorschriften, die ganz allgemein den Einsatz von Arbeitskraft regeln. Eine weitere Grenze verläuft zwischen den Regelungen in arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen und den „allgemeinen“ arbeitsrechtlichen Vorschriften, wie sie im 26. Hauptstück des ABGB zu finden sind. Schließlich müssen für diese Arbeit jene Bestimmungen von den übrigen abgegrenzt werden, die den Austausch von Arbeit gegen Entgelt regeln (*austauschbezogene Normen*). Im Folgenden ist darzulegen, welche Typen von Vorschriften prinzipiell analogiefähig sind.

### 27.2.1. Arbeitsrechtliche Spezialgesetze

Das Arbeitsrecht kennt eine Vielzahl spezialgesetzlicher Vorschriften, die entweder für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern gelten oder einzelne Sachfragen einem speziellen Regime unterwerfen.<sup>371</sup> Sie machen die Mehrheit der arbeitsrechtlichen Regeln aus. Ihre Anwendung auf Nicht-Arbeitnehmer lehnt der OGH jedoch ab. Daraus schließt *Rebhahn*, dass die Voraussetzungen für eine Analogie arbeitsrechtlicher *leges speciales* nicht vorliegen.<sup>372</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Dass Spezialgesetze (und Vorschriften in Kollektivverträgen) nicht analogiefähig sind, kann so pauschal nicht gesagt werden. Mit der grundlegenden Voraussetzung ihrer analogen Geltung, dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, hat sich der OGH, soweit zu sehen, nämlich nicht beschäftigt. Ins Zentrum seiner Argumentation stellte er stets die allgemeine, im Zusammenhang mit dem freien Dienstvertrag entwickelte Formel, wonach arbeitsrechtliche Vorschriften nur erstreckbar sind, wenn sie weder an die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers anknüpfen, noch dessen Schutz zum

---

<sup>371</sup> Wachter, DRdA 1984, 415.

<sup>372</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1151 ABGB Rz 131.

Ziel haben.<sup>373</sup> So hat der Gerichtshof einen Anspruch auf Überstundenzuschlag verneint, weil dieser auf dem AZG, einem Arbeitnehmerschutzgesetz, fuße.<sup>374</sup> Das Verbot von Kettenarbeitsverträgen sei Ausfluss des Arbeitnehmerschutzprinzips und daher auf freie Dienstnehmer nicht übertragbar.<sup>375</sup> Gleiches gelte für die Kündigungs-  
termine und Kündigungsfristen des AngG,<sup>376</sup> für die Ansprüche auf Urlaub und Urlaubszuschuss, sowie auf Weihnachtsremuneration und Abfertigung.<sup>377</sup>

Diese Entscheidungen mögen im Ergebnis richtig sein. Ihre Begründung überzeugt aber nicht (schon weil längst nicht alle *leges speciales* an die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers anknüpfen oder dessen Schutz gewährleisten). Richtigerweise muss zuallererst geprüft werden, ob die Nicht-Anwendung von Spezialgesetzen auf Nicht-Arbeitnehmer der Intention des Gesetzgebers entspricht. Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber arbeitsrechtliche Spezialgesetze grundsätzlich für Arbeitnehmer geschaffen hat.<sup>378</sup> Bei Gesetzen, die für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern spezielle Anordnungen enthalten und bei Kollektivverträgen ist das offensichtlich. Anders ist die Lage aber, soweit eine Analogie von Spezialgesetzen in Frage steht, die einzelne Sachprobleme regeln. Ihre Erstreckung auf Nicht-Arbeitnehmer ist wohl (in größerem Umfang) zulässig. Ob arbeitsrechtliche *leges speciales* analogiefähig sind, muss aber für jede Norm gesondert geprüft werden.<sup>379</sup>

Für die hier vertretene Ansicht spricht, dass der OGH die Analogiebildung bei *leges speciales* nicht mehr konsequent ausschließt. So hat er die analoge Anwendung des § 27 AngG auf einen freien Dienstvertrag zugelassen. Er hat ausgesprochen, dass insb die Entlassungstatbestände § 1162 ABGB konkretisieren und „*kein vernünftiger Grund*“ ersichtlich ist, „*der eine analoge Anwendung auch dieser Sonderbestimmung*

---

<sup>373</sup> 9 ObA 133/08m.

<sup>374</sup> 9 ObA 54/97z.

<sup>375</sup> 9 ObA 127/03x.

<sup>376</sup> 9 ObA 99/91.

<sup>377</sup> 9 ObA 133/08m.

<sup>378</sup> Wachter, DRdA 1984, 415.

<sup>379</sup> Wachter, DRdA 1984, 415.

gen [...] hindern würde, soweit davon nicht nur ganz arbeitnehmerspezifische Umstände erfasst sind“<sup>380</sup>.

### 27.2.2. Nichtschutznormen

Arbeitsrechtliche Normen sind auf freie Dienstverhältnisse anwendbar, sofern sie weder von der persönlichen Abhängigkeit des Tätigen ausgehen, noch den Schutz des sozial Schwächeren bezwecken. Analogiefähig sind jene Bestimmungen (des 26. Hauptstücks),<sup>381</sup> die die technische Abwicklung des Vertragsverhältnisses regeln. Das sind solche, die „ganz allgemein an die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses“ anknüpfen.<sup>382</sup> Einen spezifischen Schutzzweck haben sie nicht („Nichtschutznormen“<sup>383</sup>). Das erlaubt ihre analoge Anwendung auch auf andere Verträge als freie Dienstverträge. Überall, wo auf Dauer Arbeit geleistet wird, kann das Eingreifen dieser Bestimmungen sinnvoll sein.

### 27.2.3. Schutznormen

Die Erstreckung von Arbeitsrecht ist nicht auf technische Normen beschränkt. Auch jene Vorschriften sind grundsätzlich analogiefähig, die dem Schutzinteresse des Arbeitnehmers Rechnung tragen. Ihre analoge Anwendung wird nur in engen Grenzen befürwortet. Nach *Grillberger* setzt sie voraus, dass der „Grundtatbestand des Arbeitsrechts“ verwirklicht ist. Das ist der Fall, wenn sich der Tätige zur Sicherung seiner materiellen Lebensgrundlage gegen Entgelt in den Dienst eines anderen stellt. Fällt die Arbeits- und Erwerbsmöglichkeit weg, ist seine Existenz gefährdet. Der Beschäftigte muss also schutzbedürftig wie ein Arbeitnehmer sein.<sup>384</sup> Damit ist nichts anderes gemeint als die wirtschaftliche Unselbständigkeit wie sie *Wachter* postuliert. Nur der organisatorisch und materiell abhängige Tätige kann das Bestehen eines Schutzbedürfnisses wie beim Arbeitnehmer behaupten.

---

<sup>380</sup> 9 ObA 15/03a.

<sup>381</sup> 8 ObA 240/95.

<sup>382</sup> *Wachter*, DRdA 1984, 413.

<sup>383</sup> 9 ObA 54/97z.

<sup>384</sup> *Grillberger*, DRdA 1984, 139.

Wer in wirtschaftlicher Unselbständigkeit arbeitet, aber rechtlich selbständig und daher nicht Arbeitnehmer ist, ist arbeitnehmerähnlich. Schutzbedürftig wie ein Arbeitnehmer ist er idR nicht. Er ist weniger eng an den Beschäftiger gebunden. Daher ist für die analoge Anwendung von Schutzbestimmungen eine besonders stark ausgeprägte Arbeitnehmerähnlichkeit zu fordern.<sup>385</sup> Sie setzt einen mittleren Grad an persönlicher und einen hohen Grad an wirtschaftlicher Abhängigkeit voraus und soll als *qualifizierte Arbeitnehmerähnlichkeit* bezeichnet werden (siehe dazu sogleich).<sup>386</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, bleibt die Anwendung von Schutzvorschriften nicht auf die §§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG, 1 Abs 1 DNHG, 7b bis 7q BEinstG usw begrenzt. Ein besonderes Maß an Arbeitnehmerähnlichkeit verlangt schließlich ein besonderes Maß an arbeitsrechtlichem Schutz. Dass der Gesetzgeber die Anwendung nur bestimmter Vorschriften auf Arbeitnehmerähnliche anordnet, schließt eine Erhöhung des Schutzniveaus nicht aus.<sup>387</sup>

Nun aber ist *nicht* arbeitnehmerähnlich, wer in einem austauschfremden Beschäftigungsverhältnis arbeitet. Können arbeitsrechtliche Schutzvorschriften dennoch erstreckt werden? Zwar ordnen die Vorschriften über die arbeitnehmerähnliche Person die direkte Geltung von Arbeitsrecht nur für bestimmte Personen an, woraus abgeleitet werden könnte, dass der Gesetzgeber arbeitsrechtliche Schutzstandards nur für die Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen gewähren wollte. Dieser Schluss ist naheliegend, zwingend aber ist er nicht. Ebenso könnte vertreten werden, dass der Gesetzgeber die Geltung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften grundsätzlich auch für Nicht-Arbeitsverhältnisse für möglich hält und die arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisse als deren Teilmenge jedenfalls im gesetzlich umschriebenen Umfang direkt dem Arbeitsrecht unterstellt sehen will. Dabei aber würde man den Grundtatbestand des Arbeitsrechts wieder aus den Augen verlieren. Dieser kann vom Nicht-Arbeitnehmerähnlichen unter keinen Umständen erfüllt werden. Ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit in einem Ausmaß gegeben, das den Beschäftigten schutzbedürftig wie einen Arbeitnehmer macht, muss entweder qualifizierte Arbeitnehmerähnlichkeit oder überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegen: Der persönlich Abhängige ist,

---

<sup>385</sup> Grillberger, DRdA 1984, 139; 8 ObA 240/95.

<sup>386</sup> Vgl Wachter, Arbeitnehmerähnliche Person, 87-89.

<sup>387</sup> Grillberger, DRdA 1984, 139.

so wird vermutet, auch wirtschaftlich abhängig und daher Arbeitnehmer. Scheitert die Arbeitnehmereigenschaft – und besteht ein mittleres Maß an Fremdbestimmtheit – ist von qualifizierter Arbeitnehmerähnlichkeit auszugehen, wenn ein konkretes materielles Schutzbedürfnis nachgewiesen werden kann. Eine dritte Kategorie von wirtschaftlich Unselbständigen existiert nicht. Das veranschaulicht *Wachter*, wenn er die Elemente der wirtschaftlichen Unselbständigkeit graduell abstuft. Er fordert für den Arbeitnehmerstatus „*ein starkes Maß an wirtschaftlicher Unselbständigkeit, welches aus dem Zusammentreffen eines starken Grades von persönlicher Abhängigkeit mit einem zumindest mittleren Grad von wirtschaftlicher Abhängigkeit resultiert*“.<sup>388</sup> Für die Eigenschaft einer arbeitnehmerähnlichen Person braucht es ein „*mittlere[s] Maß an wirtschaftlicher Unselbständigkeit*“<sup>389</sup>, für das neben einem „*schwächeren [...] Grad an persönlicher Abhängigkeit*“ ein „*stärkere[r] Grad[] von wirtschaftlicher Abhängigkeit*“<sup>390</sup> zu fordern ist. Daran anknüpfend, ist für die qualifizierte Arbeitnehmerähnlichkeit ein höheres Maß an wirtschaftlicher Unselbständigkeit, bestehend aus einem mittleren Grad an persönlicher und einem starken Grad an wirtschaftlicher Abhängigkeit, Voraussetzung. Wird diese Grenze nicht erreicht, bleibt für eine Analogie kein Raum.

#### 27.2.4. Austauschbezogene Normen

Vertritt man, dass das Arbeitsrecht Verträge ohne prägenden, wirtschaftlichen Austausch nicht erfasst, sind jene Vorschriften einer Analogie nicht fähig, die unmittelbar den Austausch von Arbeit gegen Entgelt betreffen. Sie schützen vorwiegend die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien. Sie nicht anzuwenden – weder direkt noch analog – ist die logische Konsequenz der These. Von einer planwidrigen Regelungslücke ist insoweit nicht auszugehen.

---

<sup>388</sup> *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person, 87 f.

<sup>389</sup> *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person, 89.

<sup>390</sup> *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Person, 88.

### 27.3. Die Bestimmungen des 26. Hauptstücks

§ 1151 Abs 2 ABGB. Er ordnet die Beachtlichkeit der Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag an, wenn mit der Arbeitsleistung eine Geschäftsbesorgung verbunden ist. Diese absolut zwingende Anordnung bezieht sich sowohl auf den Arbeits- wie auch auf den Werkvertrag. Es bereitet keine Probleme, sie auf das austauschfremde Beschäftigungsverhältnis anzuwenden.

§ 1152 ABGB. Haben die Parteien kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit abgesprochen, gilt eine angemessene Entlohnung als vereinbart. Insb bei freien Dienstverträgen wird die analoge Anwendung des § 1152 befürwortet.<sup>391</sup> Auf das austauschfremde Beschäftigungsverhältnis kann § 1152 – wie *alle* arbeitsrechtlichen Entgeltgestaltungsvorschriften – jedoch nicht erstreckt werden. Er regelt die Entgeltzahlungspflicht des Beschäftigers und gehört zu den austauschbezogenen Bestimmungen. Der OGH würde § 1152 ABGB wohl auch sonst nicht analog anwenden. Zum Ausbildungsvertrag einer Röntgenassistentin hat er ausgesprochen, dass während der Ausbildungszeit kein Entgeltanspruch besteht, soweit der Beschäftigte nicht Arbeitsleistungen erbringt, die über die Ausbildung hinausgehen.<sup>392</sup> Er scheint davon ausgegangen zu sein, dass diesen Vertragsverhältnissen aufgrund ihres Ausbildungscharakters – zumindest partiell – Unentgeltlichkeit innewohnt.<sup>393</sup> Diese Erwägungen könnten verallgemeinert werden, sodass bei allen Beschäftigungsverhältnissen, die von einem besonderen Vertragszweck bestimmt sind, Unentgeltlichkeit anzunehmen ist.

Vertragliche Lohnabreden können gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB wucherisch oder nach § 934 ABGB verkürzend sein. Für den Wucher gelten strengere Voraussetzungen. Das Bestehen eines auffallenden Missverhältnisses im Wert der wechselseitigen Leistungen reicht nicht aus. Zusätzlich muss der Bewucherte in seiner freien Willensbildung beeinträchtigt sein und der Vertragspartner sich eben diese Beeinträchtigung zu Nutze machen.<sup>394</sup> Liegt ein wucherischer Vertrag vor, ist er als ganzer nichtig. Nur

---

<sup>391</sup> 8 ObA 95/01f.

<sup>392</sup> 4 Ob 30/69.

<sup>393</sup> Krit *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup> § 1152 ABGB Rz 5.

<sup>394</sup> *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 257, 260-267, 271.

der Bewucherte kann ihn anfechten und sich von ihm lösen.<sup>395</sup> § 934 ABGB erlaubt es dem Verkürzten die Vertragsaufhebung zu fordern, wenn die Gegenleistung des Beschäftigten weniger als die Hälfte des Wertes der Arbeitsleistung ausmacht. Allenfalls bleibt der Vertrag bestehen, wenn der Beschäftigte seinen Beitrag erhöht, sodass zwischen den Leistungen volle Äquivalenz hergestellt ist. Die *laesio enormis* knüpft sohin an ein objektives Wertmissverhältnis an.<sup>396</sup> Sich auf Wucher oder *laesio enormis* zu berufen ist jedoch kein probates Mittel, um dem persönlich abhängigen Dienstleistenden ein adäquates Einkommen zu sichern. Die §§ 879 Abs 2 Z 4 und 934 ABGB bewirken die Vertragsauflösung. Mit dieser fällt jeder Lohnzahlungsanspruch weg. Nur selten wird der Beschäftigte aufzahlen (§ 934 ABGB). Insoweit das Beschäftigungsverhältnis unentgeltlich ist, ist die Berufung sowohl auf Wucher<sup>397</sup> wie auch auf Verkürzung über die Hälfte<sup>398</sup> überhaupt ausgeschlossen. Das ist der Fall, wenn man in der Vereinbarung eines besonderen Zwecks – im Anschluss an 4 Ob 30/69 – Unentgeltlichkeit sehen will.

§ 1153 ABGB. Der Arbeitnehmer ist zur persönlichen Leistungserbringung verbunden. Er ist in Abweichung von § 1313a ABGB weder dazu berechtigt noch verpflichtet, Gehilfen beizuziehen. Dem Arbeitgeber kommt es schließlich auf die Dienste dieses Arbeitnehmers an.<sup>399</sup> Umgekehrt soll es nicht möglich sein, dass der Arbeitnehmer – ohne dies zu wollen – an einen anderen leisten muss. Er genießt wegen seiner persönlichen Abhängigkeit besonderen Schutz. Nur logisch ist es daher, ihn davor zu schützen, dass der Arbeitgeber „*einem Dritten das Recht einräumt, über die Dienste u[nd] damit letztl[ich] über die Person des Dienstnehmers zu verfügen*“<sup>400</sup>. Die Zession des Arbeitsanspruches ist ebenso unwirksam wie die Anweisung an den Arbeitnehmer, einem anderen weisungsgebunden zu leisten.<sup>401</sup> Damit regelt § 1153 ABGB die Höchstpersönlichkeit (Unübertragbarkeit) von Arbeitspflicht und Arbeits-

---

<sup>395</sup> Krejci in Rummel I<sup>3</sup> § 879 ABGB Rz 252 f.

<sup>396</sup> Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 934 Rz 5, 8, 11.

<sup>397</sup> Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 258.

<sup>398</sup> Reischauer in Rummel I<sup>3</sup> § 934 ABGB Rz 1.

<sup>399</sup> Rebhahn/Kietaibl in ZellKomm<sup>2</sup> § 1153 ABGB Rz 2.

<sup>400</sup> Krejci in Rummel I<sup>3</sup> § 1153 ABGB Rz 6.

<sup>401</sup> Pfeil in Schwimann, ABGB V<sup>3</sup> § 1153 Rz 6.

anspruch. Diese Regelung betrifft – ebenso wie die Anordnungen zu Inhalt und Umfang der geschuldeten Arbeiten – den Leistungsaustausch. Sie ist nicht analog anzuwenden.

*§ 1154 und § 1154a ABGB.* Sie enthalten Regelungen zur Fälligkeit des Arbeitsentgelts. Als Nichtschutznormen ist ihre Analogiefähigkeit zu bejahen. Im austauschfremden Beschäftigungsverhältnis ist der Tätige daher grundsätzlich unmittelbar nach Leistung der Dienste zu entlohnen. Ist das Entgelt nach Monaten oder kürzeren Zeiträumen bemessen, ist es am Ende des Bemessungszeitraumes zu entrichten. Ist ein längerer als ein monatlicher Bemessungszeitraum vereinbart, ist das Entgelt am Schluss jedes Kalendermonats fällig.<sup>402</sup> Wird der Beschäftigte nach Stückzahl entlohnt, kann er gem § 1154a einen Vorschuss vor Fälligkeit des Entgelts verlangen. § 1154 Abs 1 und Abs 2 kann, so wie § 1154a, durch vertragliche Vereinbarung abbedungen werden. § 1154 Abs 3 ist relativ zwingend.<sup>403</sup>

*§ 1154b und § 1156 ABGB.* § 1154b regelt den Entgeltanspruch bei Unterbleiben der Arbeitsleistung durch Gründe, die aufseiten des Arbeitnehmers liegen. § 1156 schützt den Entgeltfortzahlungsanspruch.<sup>404</sup> Dieser bleibt über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus bestehen, wenn der Arbeitgeber während der Dienstverhinderung kündigt, wegen der Verhinderung entlässt, ungerechtfertigt entlässt oder den Austritt des Arbeitnehmers verschuldet.<sup>405</sup> Zweck des § 1154b ist der Schutz des wirtschaftlich unselbständigen Arbeitnehmers vor Entgelteinbußen. Er sorgt für die Fälle der Krankheit und des Unfalls sowie der sonstigen Dienstverhinderung vor und bezieht sich damit auf den Leistungsaustausch zwischen Beschäftigtem und Beschäftigter. Auf die fraglichen Vertragsverhältnisse ist er nicht zu erstrecken. § 1156 ist eine korrespondierende Regelung. Auch sie ist nicht anzuwenden.

*§ 1155 ABGB.* Als leistungsstörungsrechtliche Norm regelt er den Entgeltanspruch des leistungsbereiten Arbeitnehmers bei Unterbleiben der Arbeitsleistung durch Umstände aufseiten des Arbeitgebers. Er trifft ua Vorsorge für den Fall, dass

---

<sup>402</sup> Preiss in ZellKomm<sup>2</sup> § 1154 ABGB Rz 18-21.

<sup>403</sup> Preiss in ZellKomm<sup>2</sup> § 1154 ABGB Rz 1.

<sup>404</sup> Drs in ZellKomm<sup>2</sup> § 1156 ABGB Rz 3.

<sup>405</sup> Drs in ZellKomm<sup>2</sup> § 1156 ABGB Rz 6.

der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.<sup>406</sup> Ist dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wegen eines Zufalls unmöglich, hätte er nach allgemeinen Regeln keinen Anspruch auf das Entgelt. Alle wechselseitigen Verbindlichkeiten aus dem Vertrag wären aufgehoben (§ 1447).<sup>407</sup> Das soll vermieden werden. Im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitgeber das unternehmerische Risiko zu tragen. § 1155 ABGB modifiziert deshalb die Regeln zur zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit und zum Gläubigerverzug.<sup>408</sup> § 1155 ABGB dient nach richtiger Ansicht nicht dem Schutz des Arbeitnehmers. Das geht insb aus § 1168 Abs 1 ABGB, einer inhaltlich identen Regelung für das Werkvertragsrecht, hervor.<sup>409</sup> Auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse ist er dennoch nicht anwendbar. Die speziellen Anordnungen des § 1155 ABGB betreffen den Austausch von Arbeitsleistung und Entgelt, sodass ihre analoge Anwendung auf die hier interessierenden Vertragsverhältnisse ausscheiden muss. Daraus folgt, dass der Beschäftigte als Gläubiger nicht über das allgemeine Leistungsstörungenrecht hinaus für das Unterbleiben der Leistung einzustehen hat. Zufälle, deren Ursache in seiner Sphäre auftreten, hat er nicht zu vertreten.

§ 1157 ABGB. Diese relativ zwingende Bestimmung (§ 1164 ABGB) schreibt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fest. Sie ist Ausfluss spezifischer Schutzüberlegungen zugunsten des Arbeitnehmers. Dessen enge Bindung in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit verpflichtet den Arbeitgeber zur Wahrung von Arbeitnehmerinteressen.<sup>410</sup> Wenngleich § 1157 nur das Leben und die Gesundheit des Beschäftigten als Schutzgüter nennt, erstreckt sich die Fürsorgepflicht dennoch auf die gesamte Persönlichkeit des Arbeitnehmers.<sup>411</sup> Dazu gehören insb auch dessen vermögensrechtliche Interessen.<sup>412</sup> Die Fürsorgepflicht betrifft nicht den Leistungsaustausch zwischen Beschäftigtem und Beschäftigter. Sie ist auf das austauschfremde Beschäftigungsverhältnis analog anzuwenden.

---

<sup>406</sup> Krejci in Rummel I<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 1.

<sup>407</sup> Rebhahn in ZellKomm<sup>2</sup> § 1155 ABGB Rz 4.

<sup>408</sup> Rebhahn in ZellKomm<sup>2</sup> § 1155 ABGB Rz 1.

<sup>409</sup> Wachter, DRdA 1984, 413.

<sup>410</sup> Mosler in ZellKomm<sup>2</sup> § 18 AngG Rz 1.

<sup>411</sup> 4 Ob 140/07b.

<sup>412</sup> 9 ObA 90/07m.

*Treuepflicht.* Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist im Gesetz nicht ausdrücklich verankert. Sie verpflichtet den Beschäftigten zur Wahrung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den unternehmerischen Tätigkeitsbereich beeinträchtigen und die Interessen des Beschäftigten gefährden könnte.<sup>413</sup> Dazu gehören ua die Weitergabe von Betriebs- oder Geschäftsheimnissen und die Ausübung von Nebentätigkeiten.<sup>414</sup> Die Treuepflicht trifft auch denjenigen, der im austauschfremden Beschäftigungsverhältnis tätig ist.

*Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.* Zusammen mit dem GIBG und dem BEinstG ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ein wesentlicher Baustein des Antidiskriminierungsrechts.<sup>415</sup> Von der Rspr entwickelt und vom Gesetzgeber durch § 18 Abs 1 BPG bestätigt, enthält er ein umfassendes Diskriminierungsverbot im Arbeitsverhältnis.<sup>416</sup> Nur auf bestimmte Diskriminierungskriterien bezieht er sich nicht.<sup>417</sup> Vielmehr ist der Arbeitgeber generell dazu verpflichtet, einzelne Arbeitnehmer nicht willkürlich, dh ohne sachlichen Grund, schlechter zu behandeln als die übrigen.<sup>418</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz will den Arbeitnehmer schützen. Auf Verträge mit besonderer Zweckbestimmung ist er nicht anzuwenden.

§ 1158 ABGB. Er enthält einige Bestimmungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. So enden befristete Arbeitsverhältnisse mit Ablauf der Zeit für die sie eingegangen worden sind (Abs 1). Ein Arbeitsverhältnis auf Probe kann im ersten Monat von den Vertragspartnern ohne Grund jederzeit gelöst werden. Gleiches gilt für das Arbeitsverhältnis zur Probe (Abs 2). Abs 3 beschränkt die Bindungsdauer des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber, in dem er die Kündbarkeit von befristeten Arbeitsverhältnissen anordnet, die für länger als fünf Jahre abgeschlossen wurden. Abs 4 enthält den Hinweis, dass unbefristete Arbeitsverhältnisse kündbar sind. § 1158 ist relativ zwingend (§ 1164 Abs 1 ABGB). Als Nichtschutznorm ist er auf austauschfremde Vertragsverhältnisse analog anzuwenden.

---

<sup>413</sup> 9 ObA 11/11z.

<sup>414</sup> *Rebhahn/Ettmayer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1153 Rz 32.

<sup>415</sup> *Mosler* in ZellKomm<sup>2</sup> § 18 AngG Rz 89.

<sup>416</sup> *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup>, Rz 6/369.

<sup>417</sup> *Mosler* in ZellKomm<sup>2</sup> § 18 AngG Rz 90.

<sup>418</sup> 9 ObA 5/12v.

§§ 1159-1159c und 1160 ABGB. Die Bestimmungen über die Kündigung sind auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse analog anwendbar. Dass Dienste höherer Art geschuldet werden, ist bei rehabilitativen Tätigkeiten unwahrscheinlich. Gleiches gilt für die Entgeltbemessung nach Stunden, Tagen oder nach der Stückzahl. Der Beschäftigten kann daher grundsätzlich unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 14 Tagen gekündigt werden. Die §§ 1159 bis 1159b haben relativ zwingende Wirkung (§ 1164 ABGB). § 1159c wird zweiseitig zwingende Wirkung zuerkannt.<sup>419</sup> § 1160 erlaubt dem Arbeitnehmer die Inanspruchnahme sog Postensuchtage. Wird er gekündigt, soll er, unter Fortzahlung des Entgelts, Freizeit zur Suche einer neuen Stelle haben. Dieser Anspruch ist seiner Natur nach Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsanspruch.<sup>420</sup> Er ist wie der Anspruch gem § 1154b ABGB zu behandeln und auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse nicht anzuwenden.

§ 1162 ABGB. Bei Vorliegen eines wichtigen, schwerwiegenden Grundes haben die Vertragspartner die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden. Weder der Beschäftigte noch der Beschäftiger sollen an den Vertrag gebunden sein, wenn ihnen das objektiv nicht zumutbar ist.<sup>421</sup> Einen Katalog der wichtigen Gründe kennt das ABGB nicht. Die Generalklausel des § 1162 ist anhand sondergesetzlicher Entlassungs- und Austrittstatbestände zu konkretisieren.<sup>422</sup> § 1162 ABGB hat relativ zwingende Wirkung.<sup>423</sup> Er ist auf austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse zu erstrecken.

§ 1162a bis § 1162d ABGB. Die Ansprüche des Arbeitgebers bei unberechtigtem Austritt oder verschuldeter Entlassung ist Regelungsgegenstand des § 1162a. Spiegelbildlich dazu bestimmt § 1162b die Ansprüche des Arbeitnehmers bei verschuldetem Austritt oder ungerechtfertigter Entlassung. § 1162c regelt den Fall, dass beide Vertragsteile ein Verschulden an der vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses trifft. Sie alle sind relativ zwingend und der Analogie fähig.

---

<sup>419</sup> *Reissner* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1159c ABGB Rz 2.

<sup>420</sup> *Neumayr* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1160 Rz 1.

<sup>421</sup> *Neumayr* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1162 Rz 1.

<sup>422</sup> *Pfeil* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1162-1162d ABGB Rz 5.

<sup>423</sup> *Krejci* in *Rummel I*<sup>3</sup> § 1162 ABGB Rz 2.

## 28. Zusammenfassung

Auf Personen, die am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt tätig sind, ist Arbeitsrecht weder in vollem Umfang noch partiell anwendbar. Ein Rückgriff auf die besondere Auslegungsregel der *sozialen Rechtsanwendung* hilft im gegebenen Kontext nicht weiter. So muss insb die Interpretation des § 1151 ABGB im Lichte des Arbeitnehmerschutzprinzips zur Einsicht führen, dass Arbeitsrecht für austauschfremde Verträge nicht gilt. Nicht zu teilen ist auch der Vorschlag, die in Rede stehenden Personen als Arbeitnehmer anzuerkennen und nur austauschbezogene Vorschriften nicht anzuwenden. Eine *teleologische Reduktion* dieser Normen erlaubt das Arbeitsrecht nicht. Dessen Hauptfunktionen verlangen den gänzlichen Ausschluss aus dem Arbeitsrecht. Zudem lässt es das Arbeitsrecht nicht zu, dass innerhalb seiner Teilbereiche zwischen verschiedenen Arbeitnehmern differenziert wird, die jeweils in unterschiedlichem Umfang geschützt sind. Schließlich sind Personen am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt nicht arbeitnehmerähnlich. Zwar schadet ihre persönliche Abhängigkeit nicht, doch haben sie Interessen, die die Bestimmungen über die *Arbeitnehmerähnlichkeit* nicht schützen.

Zulässig – wenngleich nur sehr in geringem Umfang – ist eine *analoge Anwendung* arbeitsrechtlicher Bestimmungen. Eine solche ist bei Vorschriften zu bejahen, die die technische Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses im Allgemeinen regeln (Nichtschutznormen). Das trifft nicht nur auf die Bestimmungen des 26. Hauptstücks des ABGB zu. Auch spezialgesetzliche und kollektivvertragliche Vorschriften können analog anzuwenden sein – jedenfalls sofern sie Sachfragen einer speziellen Regelung unterwerfen und nicht für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern gelten. Generell nicht erstreckbar sind hingegen Schutzvorschriften, sowie austauschbezogene Normen. Qualifiziert arbeitnehmerähnlich sind Beschäftigte des Zweiten und Dritten Arbeitsmarktes nämlich nicht. Ebenso wenig treffen die Wertungen, die austauschbezogenen Bestimmungen zugrunde liegen, auf sie zu. Folgende Bestimmungen des 26. Hauptstücks sind austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse anzuwenden: § 1151 Abs 2, § 1154, § 1154a, § 1157, § 1158, §§ 1159-1159c, § 1162, §§ 1162a-1162d, sowie die Grundsätze über die Treuepflicht. Die meisten dieser Vorschriften sind abdingbar und/oder, wie § 1151 Abs 2 ABGB, im geschützten Sektor weitgehend bedeutungslos.

## ERGEBNISSE

Bevor in diesem Abschnitt eine abschließende Betrachtung vorgenommen wird, sei die Fragestellung der vorliegenden Arbeit in Erinnerung gerufen. Fraglich ist die arbeits-, sozial- und unionsrechtliche Stellung von Beschäftigungsverhältnissen, die von einem wirtschaftsfernen Zweck geprägt sind. Sie weisen kaum Parallelen zum „prototypischen“ Arbeitsverhältnis auf. Dieses ist durch den Austausch von wirtschaftlich verwertbarer Arbeit gegen Entgelt gekennzeichnet. Um Beschäftigungsverhältnisse mit gemischter Zweckbestimmung geht es hier nicht. Auf sie ist Arbeitsrecht in vollem Umfang anwendbar. Ein Arbeitsvertrag liegt nämlich unzweifelhaft vor, wenn die Vertragsbeziehung Merkmale beinhaltet, die für ein Arbeitsverhältnis untypisch sind und dieses vom Modellfall ein Stück weit wegführen.

Aus den Hauptfunktionen des Arbeitsrechts geht hervor, dass es auf Beschäftigungsverhältnisse zielt, die vorwiegend zu Erwerbszwecken eingegangen werden: Das Arbeitsrecht erfüllt die Aufgabe, einen speziellen Fall des Einsatzes von Arbeitskraft zu regeln – die Arbeit in wirtschaftlicher Unselbständigkeit (Ordnungsfunktion). Dabei geht es von der Prämisse aus, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber von wirtschaftlichen Interessen geleitet werden, wenn sie einen Arbeitsvertrag abschließen. Folgerichtig schützt es primär vermögensrechtliche und sonst wirtschaftliche Interessen der Vertragsparteien. Die Arbeitnehmerschutzfunktion zeigt das noch deutlicher. Dem Arbeitsrecht soll seiner theoretischen Konzeption entsprechend nur unterliegen, wer durch die Einkünfte aus einer persönlich abhängigen Arbeit seinen Lebensunterhalt bestreitet. Diese Überlegung bildet die Grundlage für die Mehrheit der arbeitsrechtlichen Vorschriften. Diese schützen vorrangig das Erwerbsinteresse des Arbeitenden.

Hinweise in diese Richtung sind auch in einzelnen Bestimmungen des Arbeitsrechts zu finden. § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG zieht eine Trennlinie zwischen Beschäftigungsverhältnissen mit und ohne vorwiegend wirtschaftlichen Charakter. Wer zu anderen als zu Erwerbszwecken tätig ist, teilt die Interessen der übrigen Beschäftigten nicht. Er soll nicht Teil der Belegschaft sein. Diese Überlegung ist über das Betriebsverfassungsrecht hinaus relevant. Nach § 1151 ABGB ist Arbeitnehmer, wer zur „Dienstleistung für einen anderen“ verpflichtet ist. Sein Wortlaut vermag die These zu tragen. Unklarer ist schon die Aussagekraft der Materialien. Im Bericht der Jus-

tizkommission des Herrenhauses ist an unterschiedlichen Stellen vom „Unternehmen“ bzw vom „Unternehmer“ die Rede, in dessen Diensten der Arbeitnehmer steht. Daraus könnte abgeleitet werden, dass die Anwendung von Arbeitsrecht das Tätigwerden in einem wirtschaftlichen Umfeld voraussetzt. Dieser Schluss ist aber nicht zwingend. Gem § 9 AlVG ist arbeitswillig, wer bereit ist, eine zumutbare Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis anzunehmen. Kraft ausdrücklicher Anordnung in Abs 7 leg cit, gilt die Tätigkeit in einem Sozialökonomischen Betrieb oder im Rahmen eines Gemeinnützigen Beschäftigungsprojekts als echte Beschäftigung. Das aber soll den Richtlinien des BMSG (jetzt: BMAK) zufolge nur gelten, wenn die Arbeit für den Beschäftiger im Vordergrund steht. § 11 BEinstG hingegen lässt an der Richtigkeit der fraglichen Rechtsansicht zweifeln. Nach dessen Abs 4 lit a sind Integrative Betriebe nur unter der Voraussetzung zu fördern, dass die begünstigten Behinderten auf kollektivvertraglichem Niveau entlohnt werden und in allen Zweigen der Sozialversicherung pflichtversichert sind. Die volle und direkte Anwendbarkeit des einschlägigen Kollektivvertrags und, als deren Grundlage, der Abschluss eines Arbeitsvertrages, wird nicht gefordert. Jedoch kann Vollversicherungspflicht nicht anders als durch ein Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG hergestellt werden, will man den Wiedereingliederungserfolg nicht vereiteln. Dass ein austauschfremdes Beschäftigungsverhältnis stets eine arbeitsvertragliche Grundlage hat, sagt § 11 BEinstG aber nicht.

**→ Die These vom prägenden, wirtschaftlichen Austausch als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht ist zutreffend. Dem Arbeitsrecht unterliegt, wer zur Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet und in eine wirtschaftliche Austauschbeziehung eingebunden ist.**

Das schließt nicht alle Personen aus dem Arbeitsrecht aus, die in austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen tätig sind. Das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages ist zuzulassen, wenn die Vertragsparteien unzweifelhaft erklären, ein Arbeitsverhältnis eingehen zu wollen. Auf Beschäftigungsverhältnisse, die der Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung dienen oder die auf ein religiöses, karitatives oder soziales Ziel hin ausgerichtet sind, kann Arbeitsrecht also anwendbar sein.

- ➔ **Die These ist nur in Zweifelsfällen gültig. Vereinbarungen, die nach der Absicht der Parteien erkennbar und ohne Zweifel Arbeitsverträge sein sollen, unterliegen dem Arbeitsrecht.**

Die Grenze zwischen wirtschaftlichem und wirtschaftsfernem Beschäftigungsverhältnis ist dort zu ziehen, wo eine objektive Gesamtbetrachtung der Tätigkeit, ihrer Rahmenbedingungen und ihres Ablaufes zum Ergebnis führt, dass kein Bezug zum normalen Arbeitsleben besteht. Ist die Vertragsbeziehung so ausgestaltet, dass sich das Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitsleben völlig entfremdet, liegt kein prägender, wirtschaftlicher Austausch vor. Das ist der Fall, wenn die Arbeitsleistung bloß einen unbedeutenden, marginalen Bestandteil des Beschäftigungsverhältnisses ausmacht, sie also im Verhältnis zu den begleitenden Betreuungsleistungen und den am besonderen Zweck ausgerichteten Leistungen nicht ins Gewicht fällt.

- ➔ **Nur in extremen Fällen der Wirtschaftsferne gilt Arbeitsrecht nicht. Das ist der Fall, wenn selbst ein abstrakter Zusammenhang zwischen dem Beschäftigungsverhältnis und dem echten Arbeitsleben nicht mehr besteht.**

Ob ein wirtschaftlicher Leistungsaustausch vorliegt ist negativ zu bestimmen. Nicht sein Vorliegen ist zu prüfen, sondern sein Nicht-Vorliegen. Dabei ist vom prototypischen Arbeitsverhältnis auszugehen. Der Rechtsanwender hat sich die Frage zu stellen, wie weit das fragliche Beschäftigungsverhältnis von diesem abweicht. Ist der Grad der Abweichung so stark, dass den Vertragsparteien selbst ein abstraktes, wirtschaftliches Leistungsinteresse nicht unterstellt werden kann, ist vom Nicht-Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches auszugehen.

- ➔ **Das Nicht-Vorliegen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses ist anhand des modellhaften Arbeitsverhältnisses zu beurteilen. Dabei ist objektiv aus der Perspektive beider Vertragsteile zu prüfen.**

Ob es an einem prägenden, wirtschaftlichen Austausch mangelt, ist anhand der nachfolgenden Merkmale zu beurteilen. Diese müssen nicht kumulativ auftreten. Entscheidend ist, dass das Vorliegen einiger von ihnen – bei entsprechender Intensität – zum Ergebnis führt, dass ein beiderseitiger Erwerbszweck nicht gegeben ist. Dabei wiegen nicht alle Merkmale gleich schwer. Im Folgenden wird eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenkriterien unternommen, sowie Beschäftigungsumstände benannt, die keinen Einfluss auf die Prüfung des Vertragszwecks haben. Die nachfolgende Aufzählung ist nicht abschließend. Auch andere als die untenstehenden Merkmale können das Fehlen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses anzeigen.

*Unentgeltlichkeit.* Es mag naheliegend sein, dem Beschäftigten das Erwerbsinteresse abzusprechen, wenn er für seine Dienste keine Vergütung erhält (ebenso mag man dem Beschäftiger unterstellen, dass die Arbeitsleistung für ihn keinen Wert hat, weil er andernfalls dafür bezahlen würde). Allerdings sind unentgeltliche Verträge über wirtschaftlich unselbständige Arbeitsleistungen Arbeitsverträge (§ 1152 ABGB). Die Tatsache der unentgeltlichen Leistungserbringung ist daher nicht gegen den prägenden, wirtschaftlichen Austausch zu werten. Was sonst aber macht das wirtschaftliche Leistungsinteresse des Dienstleistenden aus? Auf wirtschaftliche Vorteile aus dem Beschäftigungsverhältnis, die nicht unmittelbar den Austausch der Hauptleistungen betreffen, kommt es nicht an. Richtig ist es daher, auf einen abstrakten Leistungsaustausch abzustellen. Wer unentgeltlich arbeitet, hat kein positives Erwerbsinteresse. Er will nicht verdienen. Ihm muss es aber nicht am Willen fehlen im Wirtschaftsleben aufzutreten.

*Entgelthöhe.* Bei entgeltlichen Beschäftigungsverhältnissen sind die Erwerbsabsichten der Vertragsparteien nicht an der Entgelthöhe zu messen. Eine „echte Entlohnung“ zu fordern wäre unzutreffend. Andernfalls wäre bei einem Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und dem Lohn das Erwerbsinteresse entweder des Beschäftigten oder des Beschäftigers (oder gar das beider Parteien) zu verneinen. Die Berücksichtigung der Entgelthöhe bei der Arbeitnehmerprüfung wäre überhaupt nur im kollektivvertragsfreien Raum denkbar. Die Bezahlung nach kollektivvertraglichen Maßstäben könnte niemals zum Ergebnis führen, dass kein wirtschaftliches Leistungsinteresse der Vertragsparteien besteht. Außerhalb des Anwendungsbereichs eines Kollektivvertrages würde das Abstellen auf die Entgelthöhe erhebliche Probleme

me bereiten, zumal es keinen Betrag gibt, der das Nicht-Vorliegen von wirtschaftlichen Leistungsinteressen verlässlich anzeigt. Ferner wäre es reichlich paradox, das Erwerbsinteresse des Dienstleistenden zu verneinen, weil der Beschäftigte schlecht zahlt. Eine nachteilige Entgeltvereinbarung kann man dem Arbeitenden idR nicht vorwerfen. Selbst wenn er sich mit einer geringen Entlohnung zufrieden gibt, kann das verschiedene Gründe haben. Das muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass ihm jegliches Erwerbsinteresse fehlt.

**→ Bei der Prüfung des Vertragszwecks muss die Tatsache der unentgeltlichen Leistungserbringung ebenso außer Ansatz bleiben wie die geringe Höhe des Arbeitsentgelts.**

*Zugang zur Beschäftigung.* Üblicherweise wird beschäftigt, wer über Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt, die im Betrieb gebraucht werden. Wer den Anforderungen des Arbeitsplatzes nicht gerecht wird, findet keine Aufnahme. Bestimmt jedoch nicht die Eignung für eine Aufgabe über die Beschäftigung, sondern orientiert sich die Aufgabe an den persönlichen Eigenschaften des Tätigen, steht das Vorliegen einer wirtschaftlichen Austauschbeziehung in Frage. Mit einer Tätigkeit im Wirtschaftsleben ist es unvereinbar, dass ein Betrieb einen Kreis von Personen als förderungswürdige Zielgruppe definiert und die Beschäftigung eben diesen Personen vorbehält. Ein nicht-selektiver Zugang zum Arbeitsplatz ist ein Hauptmerkmal wirtschaftlicher Betätigung.

*Angepasste Beschäftigungsbedingungen.* Der wirtschaftliche Zweck ist zweifelhaft, wenn die Leistungsanforderungen, der Arbeitsablauf und die sonstigen Arbeitsbedingungen auf die Person des Beschäftigten zugeschnitten sind. Besondere Hilfsmittel zur Arbeitsverrichtung, die Unterstützung durch andere, großzügige Zeit- oder Stückvorgaben, häufige und lange Ruhepausen, sowie eine flexible Arbeitszeitregelung entsprechen nicht dem modellhaften Arbeitsverhältnis. Dass die Arbeitsumgebung den persönlichen Bedürfnissen des Beschäftigten entsprechend gestaltet wird, stellt eine krasse Abweichung vom Grundtypus des Arbeitsverhältnisses dar. Der Beschäftigte als Person darf nicht im Mittelpunkt stehen. Wettbewerbliche/wett-

bewerbsnahe Beschäftigungsbedingungen sind ein Hauptmerkmal echter Erwerbstätigkeit.

*Begleitende Maßnahmen.* Ärztliche und/oder therapeutische Betreuung als Bestandteile des Beschäftigungsverhältnisses sind gegen das Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches zu werten. Die begleitenden Maßnahmen müssen einen wesentlichen Teil der Tätigkeit ausmachen. Dazu sind eine hohe Betreuungsintensität und eine regelmäßige Inanspruchnahme zu fordern. Werden begleitende Maßnahmen in nicht nennenswertem Umfang erbracht und vom Beschäftigten nur sporadisch nachgefragt, schaden sie der Qualifikation als wirtschaftliches Beschäftigungsverhältnis nicht. Eine fehlende oder nur schwach ausgeprägte Betreuungskomponente ist ein weiteres Hauptmerkmal wirtschaftlicher Tätigkeit.

**→ Viel spricht gegen das Vorliegen eines Austauschverhältnisses, wenn ein selektiver Zugang zur Beschäftigung besteht, die Beschäftigungsbedingungen auf den Arbeitenden zugeschnitten sind und ärztliche und/oder therapeutische Betreuung einen wesentlichen Teil der Tätigkeit ausmacht.**

*Subventionierung.* Rehabilitative Tätigkeiten werden häufig von staatlicher Seite unterstützt oder von Privaten mitfinanziert. Für die Beschäftigung im geschützten Sektor ist das charakteristisch. Die Förderung durch die öffentliche Hand oder durch Private kann gegen die Verwertbarkeit der Arbeitsleistung für den Beschäftigten sprechen. Das aber setzt zweierlei voraus. Zum einen zeigt nicht jede beliebig hohe Zuwendung das Fehlen eines wirtschaftlichen Leistungsinteresses auf Beschäftigterseite an. An die Förderungsintensität sind hohe Anforderungen zu stellen. Öffentliche Subventionen und private Spenden sind nur in die Beurteilung mit einzubeziehen, wenn ihr Wegfall die Weiterbeschäftigung des Tätigen – oder gar die Weiterführung des Betriebes – unmöglich machen würde. Es ist zu fordern, dass die Zuwendungen die Beschäftigung des Dienstleistenden tragen. Zum anderen sind der Förderungszweck und, falls vorhanden, die rechtliche Grundlage der Zuwendung entscheidend. Nicht jede Art von Förderung/Spende nämlich zeigt die Unverwertbarkeit der Arbeit an. Längst nicht allen Zuwendungen liegt ein sozialer Gedanke zu Grunde. Förderun-

gen etwa, die zur wirtschaftlichen Entwicklung des Betriebes gegeben werden, lassen nicht auf die Unverwertbarkeit der Arbeitsleistung schließen – im Gegenteil. Zuwendungen hingegen, die zur Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen speziell am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt gewährt werden, können am Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches zweifeln lassen. Die Subventionierung der Tätigkeit kann selbst bei hoher Förderungsintensität und wirtschaftsfernem Förderungszweck das Nicht-Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches nur indizieren. Sie ist ein Nebenmerkmal.

*Marktauftreten und Absatz.* Ob der Betrieb im Wettbewerb mit anderen steht und sich auf dem Dienstleistungs- oder Gütermarkt zu bewähren hat, ist bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses in Rechnung zu stellen. Existiert für die hergestellten Produkte oder angebotenen Dienstleistungen kein Markt, kann die Verwertbarkeit der Arbeitsleistung zweifelhaft sein. Einem wirtschaftlichen Konzept des Beschäftigers entspricht es nicht, Waren kostenfrei oder für einen symbolischen Betrag abzugeben. Das wirtschaftliche Leistungsinteresse des Beschäftigers kann auch in Frage stehen, wenn zwar ein Markt für die hergestellten Erzeugnisse besteht, davon jedoch nur wenig abgesetzt wird. Ein Missverhältnis zwischen Absatzmenge und Produktionsmenge bzw Kapitaleinsatz kann in Richtung eines fehlenden Austauschverhältnisses deuten. Klar ist aber, dass das Nicht-Bestehen eines Marktes bzw die mangelnde Produktnachfrage nicht Ergebnis einer unternehmerischen Fehlkalkulation sein darf. Das Marktauftreten und der Absatz sind Indikatoren für die Beurteilung der Verwertbarkeit der Arbeitsleistung. Sie sind jedoch nur Nebenmerkmale.

*Kostenaufwand des Beschäftigers.* Dieser verfolgt wohl keine wirtschaftlichen Ziele, wenn die Kosten für die Beschäftigung des Dienstleistenden dessen Arbeitsergebnisse im Wert übersteigen. Bei der Gegenüberstellung von Kostenaufwand und Arbeitsergebnissen sind etwaige Subventionen herauszurechnen. Ist der Kostenaufwand, den der Beschäftiger ohne Subventionierung zu tragen hätte, unverhältnismäßig hoch, liegt das Nicht-Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches nahe (Indizwirkung). Eine Balance zwischen den, dem Beschäftiger erwachsenden Kosten und dem Wert der Arbeitsleistung, ist für eine wirtschaftliche Tätigkeit charakteristisch.

**→ Bilden öffentliche Förderungen oder private Spenden die Grundlage für die Beschäftigung ist das Nicht-Vorliegen eines wirtschaftlichen Austausches angezeigt. Auch die Teilnahme am Wettbewerb, das Fehlen eines Marktes und ein hoher Kostenaufwand für den Beschäftiger haben Indizwirkung.**

Ist das Nicht-Vorliegen eines prägenden, wirtschaftlichen Austausches festgestellt, greift das Arbeitsrecht nicht ein. Der zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger bestehende Vertrag ist atypischer Natur. Er vermittelt weder den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person, noch ist er eine taugliche Grundlage für die analoge Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen. Darüber hinaus müssen alle hauptleistungsbezogenen Vorschriften unangewendet bleiben. Es sind dies jene, die den Austausch von Arbeit gegen Entgelt unmittelbar regeln. Für austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse gelten daher nur jene Vorschriften per analogiam, die allgemein an den dauerhaften Einsatz von Arbeitskraft anknüpfen – unabhängig davon, ob sie im 26. Hauptstück des ABGB oder in Spezialgesetzen enthalten sind. Das sind nur sehr wenige, wie etwa die Regelungen über die Kündigungsfristen und Kündigungsstermine, sowie über die Austritts- und Entlassungsmodalitäten.

**→ Personen in austauschfremden Beschäftigungsverhältnissen sind weder arbeitnehmerähnlich, noch sind arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf sie analog anzuwenden. Lediglich Nichtschutznormen, auch solche in Spezialgesetzen, kommen für eine Analogie in Frage, sofern sie nicht den Austausch von Arbeit gegen Entgelt regeln.**

Personen, die am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt beschäftigt werden, sind nach der derzeitigen Gesetzeslage also keine Arbeitnehmer. Austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse und echte Erwerbsarbeit sind rechtlich nicht gleich zu behandeln. Das gilt zwar nicht absolut, zumal die hier vertretene Rechtsansicht „nur“ in Zweifelsfällen greift. Auch die Anforderungen, die an den prägenden, wirtschaftlichen Austausch gestellt werden, sind niedrig. Rein dogmatisch ist das sicher richtig.

Schutzbedürftig iSd Arbeitsrechts sind die in Rede stehenden Personen nicht. Dessen ungeachtet muss man ihnen ein *soziales Schutzbedürfnis* konzедieren. Es handelt sich um Menschen in misslicher Lage – um physisch oder psychisch Behinderte, Langzeitarbeitslose und Suchtkranke. Ihnen soll die Rechtsordnung eine verlässliche Stütze sein. Soweit sie ihre Arbeitskraft einsetzen – und sei es „nur“ am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt – muss das Arbeitsrecht diese soziale Schutzaufgabe wahrnehmen. Dass das Arbeitsrecht auch für Personen gelten soll, die austauschfremde Verträge geschlossen haben, ergibt sich aus allgemeinen sozialen Überlegungen. Aus einer ökonomischen Perspektive mag man die Gleichbehandlung von wirtschaftlichen und wirtschaftsfernen Beschäftigungsverhältnissen als ungerecht empfinden können. Diesem Vorwurf kann sich der Gesetzgeber jedoch guten Gewissens aussetzen. So hat er sozialen Erwägungen schon an unterschiedlichen Stellen der Rechtsordnung Raum gegeben. Mancherorts finden sich Vorschriften, die dem Schutz und der Förderung insb behinderter Menschen dienen. Es ist nur recht und billig, mit der Anwendung von Arbeitsrecht einen gewissen Ausgleich für jene Benachteiligungen zu schaffen, unter denen die im Blickpunkt stehenden Beschäftigten zu leiden haben. Zu bedenken ist außerdem, dass die Beschäftigung von Behinderten, Langzeitarbeitslosen oder Suchtkranken Bestandteil eines unternehmerischen Konzepts sein kann. Ein sozialer Betrieb, der von der öffentlichen Hand gefördert und/oder von Privaten unterstützt wird, lässt sich mit einigem Geschick durchaus profitabel führen. Das einzelne Beschäftigungsverhältnis mag zwar vorwiegend wirtschaftsfernen Charakter haben und daher kein Arbeitsverhältnis sein, doch kann der Beschäftigte insgesamt gewinnorientiert handeln. Das kann dazu führen, dass die Beschäftigten unter Druck geraten. Sie könnten über ihre Belastbarkeitsgrenzen hinaus beansprucht werden. Einen adäquaten Schutz haben sie nicht. Arbeitszeitgrenzen, Ruhe- und Urlaubsvorschriften sind ja nicht einzuhalten. Damit ist aufgezeigt, dass jeder, der in einen betrieblichen Arbeitsprozess eingebunden ist, zwangsläufig bestimmten Gefahren ausgesetzt ist. Dem ist mit der Anwendung von Arbeitsrecht zu begegnen.

**→ Wer zu anderen als zu Erwerbszwecken arbeitet, ist nach der derzeitigen Rechtslage nicht Arbeitnehmer. Dieser Zustand ist vor allem aus sozialen Gründen nicht zu rechtfertigen. Er bedarf einer Korrektur.**

Austauschfremde Verträge sollten durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung jedenfalls dem Arbeitsvertrags- und dem Arbeitszeitrecht unterstellt werden. Jedoch kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass einige Vorschriften für den Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt nicht passen. Sie sind zu modifizieren oder von der Anwendung auszunehmen. Das könnte etwa in Gestalt eines eigenen „Bundesgesetzes über die geschützte Arbeit“ geschehen. Unter den Vorschriften, deren Anwendung in der gegenwärtigen Form nicht sachgerecht wäre, stechen freilich die Entgeltbestimmungen in Kollektivverträgen hervor. Das hat der Ausgangsfall bewiesen. Die Kollektivvertragsparteien sollten daher Regelungen vereinbaren, die eine flexible und an die Erfordernisse des geschützten Sektors angepasste Entgeltfestsetzung ermöglichen. Für Personen, die erwerbsfremde Ziele anstreben, könnte ein niedrigerer Mindestlohn vorgesehen werden als für andere Beschäftigte. Alternativ dazu könnte die Anwendung kollektivvertraglicher Mindestentgeltbestimmungen ausgeschlossen werden. Dann hätte der Beschäftigte eine angemessene Vergütung zu leisten, bei deren Bemessung das niedrige Leistungsniveau und der besondere Zweck zu berücksichtigen wären (§ 1152 ABGB). Für den Fehlbetrag, der sich durch die gegenüber regulär Beschäftigten niedrigere Entlohnung ergibt, sollte von staatlicher Seite ein Ausgleich geschaffen werden. Das könnte in Gestalt eines Lohnzuschusses geschehen. Überhaupt ist zu überlegen, wie jene Arbeitgeber vom Bund finanziell entlastet werden können, die aus sozialen oder karitativen Motiven geschützte Arbeitsplätze schaffen. Zweifellos nämlich liegt die Beschäftigung von Personen mit gesundheitlichen oder sozialen Defiziten im Interesse der Allgemeinheit.

**→ Personen, die in einer austauschfremden Vertragsbeziehung stehen, sollten gesetzlich zu Arbeitnehmern erklärt werden. Vorschriften, deren Anwendung sich nicht eignen, sind an die Erfordernisse des Zweiten und Dritten Arbeitsmarktes anzupassen. Vereinzelt könnte die Geltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen ausgeschlossen werden.**

## VERZEICHNIS DER LITERATUR

### Kommentarliteratur

*Bieback/Knickrehm* (Hrsg), *Gagel-SGB II/SGB III. Grundsicherung und Arbeitsförderung*, Beck, München, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Gagel, SGB II/SGB III, [Lfg], [§ Rz].

*Callies/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*, 4. Auflage, Beck, München 2011.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Callies/Ruffert, EUV/AEUV<sup>4</sup> [Art] [Rz].

*Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, *Arbeitsverfassungsrecht*, 2. Band, Gesetze und Kommentare 156, 4. Auflage, ÖGB-Verlag, Wien 2010.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Cerny ua, ArbVerfR II<sup>4</sup> [§ Erl].

*Dirschmied/Pfeil*, *Arbeitslosenversicherungsrecht*, Manz, Wien, Loseblatt.

*Eicher/Spellbrink* (Hrsg), *SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende*, 2. Auflage, Beck, München 2008.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Eicher/Spellbrink, SGB II<sup>2</sup> [§ Rz].

*Fasching/Konecny* (Hrsg), *Zivilprozeßgesetze*, 2. Auflage, 4. Band, 2. Teilband, Manz, Wien 2007.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Fasching/Konecny IV/2<sup>2</sup> [§ Rz].

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang-Kommentar*, 3. Auflage, §§ 1151-1164a, Verlag Österreich, Wien 2012.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> [§ Rz].

*Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band 1 – Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage, Springer, Heidelberg/New York 2012.

Kurzzitat: *Frenz*, Handbuch Europarecht I<sup>2</sup>, [Rz].

*Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Beck, München, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in GHN, [Lfg], [Art Rz].

*Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Band, 5. Auflage, Manz, Wien 2011.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> [§ Rz].

*Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, 4. Band, 1. Halbband, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1968.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Klang IV/1, [Seite].

*Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Manz, Wien 2010.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Kletečka/Schauer, ABGB-ON [Version] [§ Rz].

*Krapf/Keul*, Arbeitslosenversicherungsgesetz, Praxiskommentar, 1. Band, Lexis-Nexis, Wien, Loseblatt.

*Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Manz, Wien, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Mayer, EUV/AEUV, [Lfg], [Art Rz].

*Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Lexis Nexis, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Mazal/Risak, Arbeitsrecht, [Lfg], [Rz].

*Müller-Glöße/Preis/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, Beck, München 2013.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in ErfK<sup>13</sup> [§ Rz].

*Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 1. Auflage, Manz, Wien 2006.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in ZellKomm [§ Rz].

*Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, Manz, Wien 2011.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in ZellKomm<sup>2</sup> [§ Rz].

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, 1. Band, Manz, Wien 2000.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Rummel I<sup>3</sup> [§ Rz].

*Schaub/Koch/Linck/Treber/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 14. Auflage, Beck, München 2011.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Schaub ua, Handbuch<sup>14</sup>, [§ Rz].

*Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2012.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Schwarze ua, EU-Kommentar<sup>3</sup> [Art Rz].

*Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar, Band 5, 3. Auflage, Lexis-Nexis, Wien 2006.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Schwimann, ABGB V<sup>3</sup> [§ Rz].

*Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Manz, Wien, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG-Kommentar, [Lfg], [§ Rz].

*Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV, 2. Auflage, Beck, München 2012.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Streinz, EUV/AEUV<sup>2</sup> [Art Rz].

Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz, Verlag Österreich, Wien, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Tomandl, ArbVG-Kommentar, [Lfg], [§ Rz].

Widy/Ernst, Behinderteneinstellungsgesetz, Gesetze und Kommentare 149, 7. Auflage, ÖGB-Verlag, Wien 2011.

Kurzzitat: Widy/Ernst, BEinstG<sup>7</sup> [§ Erl].

### **Monografien**

Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG-Türkei. Aufenthalt und Beschäftigung von türkischen Staatsangehörigen in Österreich, Springer, Wien/New York 2005.

Feldner, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof. Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit, Richtigkeit und Einheitlichkeit, Springer, Wien/New York 2001.

Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, Springer, Wien/New York 1971.

Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, Duncker & Humblot, Berlin 1980.

Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 1. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2011.

### **Lehr- und Handbücher**

Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen, 6. Auflage, WUV-Verlag, Wien 2009.

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Springer, Wien/New York 1991.

*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. Auflage, Manz, Wien 1990.

*Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht. Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen, 1. Auflage, Manz, Wien 2008.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, [Rz].

*Löschnigg*, Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare 129, 11. Auflage, ÖGB-Verlag, Wien 2011.

*Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Springer, Wien/New York 2012.

*Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin/New York 2010.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Riesenhuber, Methodenlehre<sup>2</sup>, [§ Rz].

*Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I. Gestalter und Gestaltungsmittel, 7. Auflage, Braumüller, Wien 2011.

*Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Manz, Wien, Loseblatt.

Kurzzitat: [*Bearbeiter*] in Tomandl, SV-System, [Lfg], [Seite].

### **Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen**

*Adamovic*, Beschäftigung in geschützter Werkstätte – kein Arbeitsrecht, ARD 6039/4/2010.

*Aubauer/Neumann*, Auftraggeberhaftung, Kurzarbeit und Kombilohn, taxlex 2009, 408-410.

*Bieback*, Probleme des SGB II – Rechtliche Probleme des Konflikts zwischen Existenzsicherung und Integration in den ersten Arbeitsmarkt, NZS 2005, 337-343.

*Binder*, Bedarf es für das Arbeitsrecht einer besonderen Interpretationsmethode?, DRdA 1968, 1-21.

*F. Bydlinski*, Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl 1997, 617-623.

*Gerhartl*, OGH: Neues zum Arbeitnehmerbegriff, RdW 2011, 293-295.

*Gerhartl*, Kein Arbeitsverhältnis bei Beschäftigung in geschützter Werkstätte, taxlex 2010, 289-291.

*Grillberger*, Begriff des freien Dienstvertrages, DRdA 1984, 134-139.

*Hofbauer*, Das Kombilohnmodell in der Arbeitsmarktförderung, DRdA 2006, 64-66.

*Kietaibl/Reiner*, Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff, DRdA 2011, 526-535.

*Koppenfels-Spies*, Ein-Euro-Jobs – Sinnvolle Eingliederungsmaßnahme oder billiges Allzweckmittel in der Arbeitsmarktpolitik, NZS 2010, 2-7.

*Krejci*, Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis. Zugleich eine Kritik der Faktizitätstheorie, 2. Fortsetzung, VersRdsch 1976, 306-321.

*Lunk/Rodenbusch*, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht. Eine Prognose am Beispiel des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2012, 188-195.

*Pačić*, Soziale Rechtsanwendung im Arbeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zur „Rangfrage“ in der Methodenlehre, ÖJZ 2011, 70-76.

*Radner*, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, 1. Teil, DRdA 2001, 3-16.

*Radner*, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, Schluss, DRdA 2001, 128-144.

*Rebhahn*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, 3-34.

*Reiner*, Der OGH, das Arbeitsrecht und das Unternehmerrisiko: Ein erster Befund, ZAS 2008, 203-213.

*Resch*, Wirtschaftliches Eigeninteresse und Arbeitnehmerbegriff. Modifiziert der OGH den Arbeitnehmerbegriff?, ZAS 2011, 19-24.

*Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154-175.

*Rukwid*, Arbeitslosigkeit und Lohnspreizung. Empirische Befunde zur Arbeitsmarktsituation gering Qualifizierter in Deutschland, WuG 2007, 391-420.

*Schrammel*, Sozialversicherung und Geistliches Amt, ÖAKR 1982, 81-106.

*Strasser*, Juristische Methodologie und soziale Rechtsanwendung im Arbeitsrecht, DRdA 1979, 85-99.

*Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405-419.

*Wank*, Anm zu EuGH – C-232/09 (Danosa), EWIR 2011, 27-28.

### **Sonstige Literatur**

*Firlinger*, Buch der Begriffe: Sprache, Behinderung, Integration, Bundessozialamt, Wien 2003.

*Mayer-Maly*, Erwerbsarbeit und Arbeitnehmerbegriff, de Gruyter, Berlin 1965.

*Runggaldier/Schinkele* (Hrsg), Arbeitsrecht und Kirche. Zur arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Stellung von Klerikern, Ordensangehörigen und kirchlichen Mitarbeitern in Österreich, Springer, Wien/New York 1996.

Kurzzitat: [Autor] in Runggaldier/Schinkele, Arbeitsrecht und Kirche, [Seite].

*Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht, Druck & Grafik, Graz, Loseblatt.

Kurzzitat: [Autor] in LE-AS [Nr, Nr der E, Seite].

### **Gesetzesmaterialien**

Erl zur RV, 981 BlgNR XXIV. GP.

Erl zur RV, 840 BlgNR XIII. GP.

78 BlgHH, XXI. Sess.

### **Weitere Quellen**

Bundesrichtlinie Gemeinnützige Beschäftigungsprojekte vom 01.07.2011, Arbeitsmarktservice Österreich, GZ BGS/AMF/0722/9965/2011.

Bundesrichtlinie für die Förderung Sozialökonomischer Betriebe vom 01.09.2011, Arbeitsmarktservice Österreich, GZ BGS/AMF/0722/9954/2011.

Richtlinien Integrative Betriebe vom 01.07.2004, Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, GZ 44.210/19-6/04.

## **VERZEICHNIS DER RECHTSPRECHUNG**

### **Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes**

OGH 26.11.2012, 9 ObA 5/12v (Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz).

OGH 30.03.2011, 9 ObA 11/11z (Umfang der Treuepflicht des Arbeitnehmers).

OGH 03.03.2011, 9 ObA 37/10x (Sittenwidrigkeit von „Schuld- und Hungerlöhnen“).

OGH 18.02.2010, 8 ObA 48/09f (Kein Arbeitsrecht bei Beschäftigung in geschützter Werkstätte).

OGH 29.10.2009, 9 ObA 105/09w (Kein Arbeitsrecht bei Beschäftigung in geschützter Werkstätte).

OGH 29.10.2008, 9 ObA 133/08m (Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen auf freie Dienstverträge).

OGH 02.10.2007, 4 Ob 140/07b (Die Fürsorgepflicht bezieht sich auf die gesamte Persönlichkeit des Arbeitnehmers).

OGH 08.08.2007, 9 ObA 90/07m (§ 1157 ABGB schützt auch vermögensrechtliche Interessen des Arbeitnehmers).

OGH 31.01.2007, 8 ObS 2/07p (Die Anmeldung zur Sozialversicherung ist ein Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft).

OGH 15.01.2006, 9 ObA 69/05w (Arbeitnehmerähnlichkeit und Rechtsnatur des Vertrages).

OGH 21.04.2004, 9 ObA 127/03x (Das Verbot von Kettenarbeitsverträgen ist auf den freien Dienstvertrag nicht analog anwendbar).

OGH 15.06.2003, 9 ObA 15/03a (Analoge Anwendung der Entlassungstatbestände des § 27 AngG auf freie Dienstverträge).

OGH 13.03.2002, 9 ObA 288/01w (Ausbildungszweck und Arbeitnehmereigenschaft).

OGH 15.11.2001, 9 ObA 95/01f (Analoge Anwendung des § 1152 ABGB auf den freien Dienstvertrag).

OGH 12.02.1998, 8 ObA 42/98d (Die Höhe des Entgelts ist bei der Arbeitnehmerprüfung zu berücksichtigen).

OGH 26.03.1997, 9 ObA 54/97z (Der Anspruch auf Überstundenzuschläge ist auf freie Dienstverträge nicht übertragbar; „Nichtschutznormen“ sind auf freie Dienstverträge erstreckbar).

OGH 11.10.1995, 9 ObA 176/95 (Ausbildungszweck und Arbeitnehmereigenschaft).

OGH 14.09.1995, 8 ObA 240/95 (Analogiebildung bei Bestimmungen des 26. Hauptstücks des ABGB).

OGH 28.08.1991, 9 ObA 99/91 (Die Regelungen über Kündigungstermine und Kündigungsfristen des AngG sind auf freie Dienstverträge nicht analog anzuwenden).

OGH 13.04.1988, 9 ObA 52/88 (Der tiefere Grund für die Gewährung arbeitsrechtlichen Schutzes liegt in der wirtschaftlichen Unselbständigkeit des Beschäftigten).

OGH 21.01.1987, 14 ObA 10/87 (Arbeitnehmerähnlichkeit und wirtschaftliche Schwäche; analoge Anwendung des KautSchG auf arbeitnehmerähnliche Personen).

OGH 03.06.1986, 14 Ob 79/86 (Die Anmeldung zur Sozialversicherung und der Lohnsteuerabzug sind Indizien für die Arbeitnehmereigenschaft).

OGH 07.02.1978, 4 Ob 139/77 (Sittenwidrigkeit von „Schuld- und Hungerlöhnen“).

OGH 20.05.1969, 4 Ob 30/69 (Ein Entgeltanspruch besteht im Ausbildungsverhältnis nur soweit Dienste geleistet werden, die über den Rahmen der Ausbildung hinaus gehen).

OGH 30.09.1952, 4 Ob 116/52 (Im Zweifelsfall entscheidet die Bezeichnung des Vertrages über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses).

### **Rechtsprechung unterinstanzlicher Gerichte**

OLG Linz 10.03.2009, 12 Ra 5/09f (Kein Arbeitsrecht bei Beschäftigung in geschützter Werkstatt).

LG Ried im Innkreis 27.06.2008, 14 Cga 123/07p (Dienstleistende in geschützten Werkstätten sind Arbeitnehmer wenn sie persönlich abhängig sind).

### **Rechtsprechung des deutschen Bundesarbeitsgerichts**

BAG 26.09.2007, 5 AZR 857/06 (Ein-Euro-Jobs begründen ein von Normen des öffentlichen Rechts geprägtes Beschäftigungsverhältnis).

BAG 17.01.2007, 5 AZB 43/06 (Die Rechtsbeziehung zwischen „Ein-Euro-Jobber“ und Maßnahmeträger ist öffentlich-rechtlicher Natur).

### **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes**

EuGH 14.06.2012, Rs C-542/09 (Kommission vs Niederlande), noch nicht in Slg (Aktualität der Lawrie-Blum-Judikatur).

EuGH 03.05.2012, Rs C-337/10 (Neidel), noch nicht in Slg (Arbeitspflicht).

EuGH 10.03.2011, Rs C-379/09 (Casteels), noch nicht in Slg (Primärrechtskonforme Interpretation).

EuGH 11.11.2010, Rs C-232/09 (Danosa), Slg 2010, I-11405 (Wanderarbeitnehmereigenschaft von Vorstandsmitgliedern einer Kapitalgesellschaft).

EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09 (Albron Catering), Slg 2010, I-10309 (Arbeitnehmerbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie).

EuGH 14.10.2010, Rs C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère) Slg 2010, I-09961 (Arbeitspflicht).

EuGH 27.10.2009, Rs C-115/08 (Oberösterreich vs ČEZ as), Slg 2009, I-10265 (Loyalitätsgebot und primärrechtskonforme Interpretation).

EuGH 17.07.2008, Rs C-94/07 (Raccanelli), Slg 2008, I-05939 (Ein Vergleich mit der Tätigkeit anderer gibt keinen Aufschluss über die Arbeitnehmereigenschaft; Arbeitspflicht).

EuGH 20.09.2007, Rs C-116/06 (Kiinski), Slg 2007, I-07643 (Arbeitspflicht; Begriff der schwangeren Arbeitnehmerin iSd RL 92/85/EWG).

EuGH 30.03.2006, Rs C-10/05 (Mattern und Cikotic), Slg 2006, I-03145 (Höhe und Herkunft der Vergütung sind für die Wanderarbeitnehmereigenschaft irrelevant; Berufspraktikum).

EuGH 17.03.2005, Rs C-109/04 (Kranemann), Slg 2005, I-02421 (Arbeitspflicht).

EuGH 07.09.2004, Rs C-456/02 (Trojani), Slg 2004, I-07573 (übliche Tätigkeiten; Produktivität des Dienstleistenden).

EuGH 23.03.2004, Rs C-138/02 (Collins), Slg 2004, I-02703 (Merkmale des Wanderarbeitnehmers; Arbeitspflicht).

EuGH 13.01.2004, Rs C-256/01 (Allonby), Slg 2004, I-00873 (Kein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht).

EuGH 19.11.2002, Rs C-188/00 (Kurz), Slg 2002, I-10691 (Wanderarbeitnehmereigenschaft und Lehrlingsausbildung).

EuGH 20.11.2001, Rs C-268/99 (Jany), Slg 2001, I-08615 (Abfuhr von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen als Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft).

EuGH 26.11.1998, Rs C-1/97 (Birden), Slg 1998, I-07747 (Geförderte Tätigkeit und regulärer Arbeitsmarkt; Produktivität des Dienstleistenden).

EuGH 30.09.1997, Rs C-36/96 (Günaydin), Slg 1997, I-05143 (Tätigkeitszweck und regulärer Arbeitsmarkt; Höhe und Herkunft der Vergütung).

EuGH 14.12.1995, Rs C-317/93 (Nolte), Slg 1995, I-04625 (Teilzeitbeschäftigung mit Einkünften unter dem Existenzminimum).

EuGH 30.11.1995, Rs C-55/94 (Gebhard), Slg 1995, I-04165 (Beschränkungen der Ausübung von Grundfreiheiten sind unzulässig).

EuGH 06.06.1995, Rs C-434/93 (Bozkurt), Slg 1995, I-01475 (“regulärer Arbeitsmarkt”).

EuGH 26.02.1992, Rs C-3/90 (Bernini), Slg 1992, I-01071 (Die Tätigkeitsdauer muss so bemessen sein, dass sich der Dienstleistende mit der Arbeit vertraut machen kann; Wanderarbeitnehmereigenschaft eines Praktikanten).

EuGH 26.02.1992, Rs C-357/89 (Raulin), Slg 1992, I-01027 (Untergeordnetheit und Unwesentlichkeit der Arbeit bei geringer Tätigkeitsdauer).

EuGH 20.09.1990, Rs C-192/89 (Sevince), Slg 1990, I-03461 (Die beschäftigungsrechtlichen Garantien türkischer Arbeitnehmer setzen zwangsläufig ein Aufenthaltsrecht des Dienstleistenden voraus).

EuGH 14.12.1989, Rs C-3/87 (Agregate), Slg 1989, 04459 (Ertragsbeteiligung und Entgeltlichkeit; Unternehmerrisiko).

EuGH 13.07.1989, Rs C-171/88 (Rinner-Kühn), Slg 1989, 02743 (Die Tätigkeit für eine Dauer von 10 Stunden kann tatsächlich und echt sein).

EuGH 31.05.1989, Rs C-344/87 (Bettray), Slg 1989, 01621 (Produktivität des Dienstleistenden).

EuGH 5.10.1988, Rs C-196/87 (Steymann), Slg 1988, 6159 (Betätigungen im Rahmen einer religiösen Vereinigung; Naturallohn als zulässige Vergütung; Gegenleistungscharakter der Vergütung).

EuGH 04.02.1988, Rs C-157/86 (Murphy), Slg 1988, 00673 (Primärrechtskonforme Interpretation).

EuGH 03.07.1986, Rs C-66/85 (Lawrie Blum), Slg 1986, 02121 (Grundvoraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft; Wanderarbeitnehmereigenschaft und öffentlicher Dienst; Arbeitspflicht; Produktivität des Dienstleistenden).

EuGH 03.06.1986, Rs C-139/85 (Kempf), Slg 1986, 01741 (Finanzielle Unterstützung durch öffentliche Mittel).

EuGH 23.03.1982, Rs C-53/81 (Levin), Slg 1982, 01035 (Auslegungstechnik für den Arbeitnehmerbegriff; Tätigkeit im Wirtschaftsleben; tatsächliche und echte Arbeit).

EuGH 12.12.1974, Rs C-36/74 (Walrave), Slg 1974, 01405 (Sportliche Betätigung; Tätigkeit als Teil des Wirtschaftslebens).

EuGH 11.07.1974, Rs C-8/74 (Dassonville), Slg 1974, 00837 (Beschränkungen der Ausübung von Grundfreiheiten sind unzulässig).

EuGH 12.02.1974, Rs C-152/73 (Sotgiu), Slg 1974, 00153 (Wanderarbeitnehmereigenschaft und öffentlicher Dienst).

### **Schlussanträge der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof**

GA *Bot* 02.09.2010, C-232/09 (Danosa), Slg 2010, I-11405 (wirtschaftliche Unselbständigkeit des Dienstleistenden).

GA *Maduro* 10.10.2007, C-281/06 (Jundt), Slg 2007, I-12231 (mittelbarer Zusammenhang zwischen Vergütung und Dienstleistung).

GA *Kokott* 15.12.2005, Rs C-10/05 (Mattern und Cikotic), Slg 2006, I-03145 (Wanderarbeitnehmereigenschaft und Berufspraktikum).

GA *Geelhoed* 19.02.2004, C-456/02 (Trojani), Slg 2004, I-07573 (Vergütung als „mittelbare“ Gegenleistung; Produktivität des Dienstleistenden).

GA *Stix-Hackl* 20.03.2003, Rs C-313/01 (Morgenbesser), Slg 2003, I-13467 (Produktivität des Dienstleistenden).

GA *Van Gerven* 11.07.1991, C-357/89 (Raulin), Slg 1992, I-01027 (Wirtschaftliche Werthaftigkeit der Tätigkeit).

GA *Van Gerven* 11.07.1991, Rs C-3/90 (Bernini), Slg 1992, I-01071 (Produktivität des Dienstleistenden).

GA *Jacobs* 08.03.1989, Rs C-344/87 (Bettray), Slg 1989, 1621 (Zielsetzung des Betriebes; Arbeit als Mittel der Rehabilitation).

## ABSTRACT

Eine jüngere Entscheidung des OGH hat die Frage nach der Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf Tätigkeiten aufgeworfen, die am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt ausgeübt werden. Dem Zweiten Arbeitsmarkt werden Beschäftigungsverhältnisse zugeordnet, die der Wiedereingliederung von Personen in das reguläre Erwerbsleben dienen. Zum Dritten Arbeitsmarkt gehören Tätigkeiten, die zur gesundheitlichen und sozialen Rehabilitation verrichtet werden. Da wie dort geht es um die Beschäftigung von Dienstleistenden, die aufgrund psychischer oder physischer Behinderung, wegen Krankheit, Drogensucht oder längerer Arbeitslosigkeit keiner Arbeit am allgemeinen Arbeitsmarkt nachgehen können. Für sie werden – dem Wiedereingliederungs- bzw. Rehabilitationszweck entsprechend – besondere Beschäftigungsbedingungen geschaffen. Den für das Arbeitsverhältnis typischen Wettbewerbs- und Leistungsdruck kennen sie nicht („geschützte Arbeit“). Dennoch sind sie idR in persönlicher Abhängigkeit tätig und, auf dem Boden der bisherigen Lehre und Rspr, daher Arbeitnehmer. Jüngst aber hat der OGH anderes ausgesprochen. Wird das Beschäftigungsverhältnis von einem anderen als einem wirtschaftlichen Zweck geprägt, ist es also „austauschfremd“, soll Arbeitsrecht keine Anwendung finden – ungeachtet des Vorliegens von persönlicher Abhängigkeit. Dabei hat er sich auf *Rebhahn* berufen, der einen „prägenden, wirtschaftlichen Austausch“ für den rechtswirksamen Abschluss eines Arbeitsvertrages fordert.

Diese Entscheidung, will man ihr diese Reichweite zuerkennen, ist von großer Bedeutung für das Arbeitsrecht. Sie unterlegt dem arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ein neues Verständnis. Ihre Konsequenzen sind weitreichend. Personen, die im geschützten Sektor arbeiten, sind keine Arbeitnehmer. Sie gehen, allen mit der Arbeitnehmereigenschaft verbundenen Rechten verlustig. Auch die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft und damit die Einbeziehung in die gesetzliche Sozialversicherung können fraglich sein. Daneben kann das Vorliegen wirtschaftsferner Zwecke der Wanderarbeitnehmereigenschaft nach Unionsrecht entgegenstehen. Folglich ist es Ziel der vorliegenden Arbeit, die Rolle des Vertragszwecks im Arbeits-, Sozial- und Unionsrecht zu erörtern. Dabei wird neben grundlegenden Fragen der Arbeitsrechtsdogmatik auch die brisante soziale Dimension des

OGH-Urteils ins Blickfeld gerückt. Nichts Geringeres nämlich steht im Raum, als ein Ausschluss jener aus dem Arbeitsrecht, die ohne Übertreibung als die Schwächsten in der Arbeitswelt zu bezeichnen sind.

Der Verfasser widmet sich der Frage, was unter dem konstitutiven Arbeitnehmermerkmal des „prägenden, wirtschaftlichen Austausches“ zu verstehen ist und anhand welcher Kriterien dessen Vorliegen geprüft werden kann. Er analysiert die Hauptfunktionen des Arbeits- und Sozialrechts und untersucht jene Bestimmungen, die dem besonderen Vertragszweck im Arbeitsrecht Rechnung tragen. In der Folge stehen die Möglichkeiten der arbeitsrechtlichen Behandlung austauschfremder Beschäftigungsverhältnisse im Fokus. Der Verfasser prüft die Arbeitnehmerähnlichkeit der in Rede stehenden Beschäftigten und bespricht die Voraussetzungen für eine Analogie arbeitsrechtlicher Gesetze. Er geht auf die Alternative ein, austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse grundsätzlich als Arbeitsverträge anzuerkennen, einzelne Bestimmungen aber im Wege einer teleologischen Reduktion nicht anzuwenden.

Eine Analyse der EuGH-Judikatur zum Wanderarbeitnehmerbegriff zeigt auf, welchen Stellenwert austauschfremde Beschäftigungsverhältnisse im Europäischen Arbeitsrecht haben. Dabei legt der Verfasser besonderes Augenmerk auf jene Entscheidungen, in denen sich der EuGH unmittelbar mit wirtschaftsfernen Dienstleistungen zu befassen gehabt hat. Auf etwaige Wechselwirkungen zwischen dem Wanderarbeitnehmerbegriff des AEUV und des arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des ABGB wird eingegangen; Die möglichen Auswirkungen arbeitsrechtlicher EU-Richtlinien auf die nationalen Arbeitnehmerbegriffe werden diskutiert.

Die Untersuchungen führen zum Ergebnis, dass Personen am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt weder im österreichischen Arbeitsrecht, noch im Unionsrecht Arbeitnehmerstellung haben. Auf die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft hat das Vorliegen eines wirtschaftsfernen Zwecks hingegen keine Auswirkungen. Ein Arbeitsvertrag soll ungeachtet des Vorliegens wirtschaftsferner Ziele dennoch zustande kommen, wenn die Vertragsparteien unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis begründen wollen. Den Beschäftigten am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt bleibt die Arbeitnehmereigenschaft somit nur verwehrt, wenn die Rechtsnatur des von ihnen geschlossenen Vertrages zweifelhaft ist.

Die in Rede stehenden Dienstleistenden genießen kaum arbeitsrechtlichen Schutz. Arbeitnehmerähnlich sind sie nicht; Analogien sind nur in sehr engen Grenzen zulässig. Auf diese Problematik weist der Verfasser mit Nachdruck hin. Zwar sind die fraglichen Personen nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsordnung nicht schutzbedürftig iSd Arbeitsrechts, doch ist das Bestehen eines sozialen Schutzbedürfnisses nicht zu leugnen. Nach Ansicht des Verfassers ist dieser soziale Missstand alsbald zu beseitigen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Dienstleistenden am Zweiten und Dritten Arbeitsmarkt dem Schutz des Arbeitsrechts zu unterstellen.

# LEBENS LAUF DES VERFASSERS

## PERSÖNLICHE DATEN

- geboren am 17. Mai 1989 (23 Jahre)
- [thomas-peter.kreiter@ainet.at](mailto:thomas-peter.kreiter@ainet.at)
- österreichischer Staatsbürger
- Präsenzdienst bei der Garde abgeleistet (Juli 2007 – Jänner 2008)

## BERUFSERFAHRUNG

### **Bundeskanzleramt • seit Juni 2009**

- Bundespressedienst, Abteilung VII/4 - Bürgerinnen- und Bürgerservice (Teilzeitbeschäftigung)
- Beantwortung von schriftlichen und mündlichen Anfragen an den Herrn Bundeskanzler und die Bundesregierung in deutscher und in englischer Sprache
- Recherchetätigkeiten ua für das Kabinett des Herrn Bundeskanzlers, Gestaltung von Werbeeinschaltungen, Erstellen von Fachdossiers, persönliche Betreuung von Besuchergruppen, Koordination mit anderen Bundesministerien und EU-Institutionen
- Schwerpunkt: Europapolitik

## SCHUL- UND BERUFSBILDUNG

### **Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften • seit März 2011**

- Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät
- Besuch vertiefender Lehrveranstaltungen aus Arbeitsrecht, Sozialrecht und Europarecht
- Absolvierung der für das Spezialisierungszertifikat aus Europarecht erforderlichen Wahlfächer

### **Masterstudium aus Politikwissenschaft • seit März 2011**

- Universität Wien, Fakultät für Sozialwissenschaften

- Erarbeitung einer Masterarbeit mit dem Titel „*Abschaffung des Bundesrates? Perspektiven einer Neuordnung der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung*“ bei Herrn o. Univ. Prof. Dr. Karl UCAKAR
- Schwerpunktsetzung in den Fachbereichen Europäische Politik und Europäisierung, sowie Österreichische Politik

#### **Diplomstudium der Rechtswissenschaften • Oktober 2007- März 2011**

- Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät
- Studienabschluss am 8. März 2011 mit dem akademischen Grad eines Magisters der Rechtswissenschaften (Mag. iur.)
- Bezug von Leistungsstipendien aus Stiftungen und Stipendienfonds der Universität Wien
- Wahlfachschwerpunkt Europarecht
- Diplomandenseminararbeit aus Verfassungsrecht mit dem Titel „*Das Problem der Feststellung der Minderheitenzugehörigkeit*“ bei ao. Univ. Prof. Dr. Dieter KOLONOVITS, MCJ im Rahmen des Seminars „Minderheiten- und Volksgruppenrecht“
- Diplomandenseminararbeit aus Strafprozessrecht mit dem Titel „*Der Grundsatz der Laienbeteiligung im österreichischen Strafprozessrecht. Seine Wurzeln und seine gegenwärtige Rolle.*“ ua bei o. Univ. Prof. Dr. Helmut FUCHS im Rahmen des Seminars „Alte Wurzeln, neue Triebe: Grundsätze des Strafrechts und des Strafprozessrechts von Ihrer Entstehung bis zur Gegenwart“

#### **Bachelorstudium aus Politikwissenschaft • Oktober 2007- Februar 2011**

- Universität Wien, Fakultät für Sozialwissenschaften
- Studienabschluss am 4. Februar 2011 mit dem akademischen Grad eines Bachelor of Arts (B.A.)
- Absolvierung vertiefender Ausbildungsmodule in den Fächern Europäische Politik und Europäisierung, Österreichische Politik, sowie Politische Theorie

- Erste Bachelorarbeit aus dem Kernfach Politische Theorie und Ideengeschichte mit dem Titel *„Gesellschaft ohne staatliche Gewalt? Von der Notwendigkeit staatlicher Ordnung.“* bei Univ. Doz. Dr. Hannes WIMMER
- Zweite Bachelorarbeit aus dem Fachbereich Österreichische Politik zum Thema *„Das Konzept der Eingetragenen Partnerschaft. Großer Wurf oder vergebene Chance?“* bei Dr. Liliana RADONIC

### **Verwaltungsakademie des Bundes**

- Absolvierung praxisorientierter Fortbildungslehrgänge insb zum Europarecht und zur Europapolitik
- Besuchte Veranstaltungen (Auszug): *Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, Europarecht und innerstaatliches Recht, Workshop Komitologie, Der Vertrag von Lissabon, Die Erweiterungsstrategie der Europäischen Union und Österreich und die EU in der Welthandelsorganisation.*
- Schulungen zur Recherche in den Rechtsdatenbanken der Europäischen Union und im Rechtsinformationssystem des Bundes, sowie Verhandlungstraining in englischer Sprache

### **Bundesgymnasium Judenburg • September 1999 - Juni 2007**

- Reifeprüfung im Haupttermin 2007 mit Gutem Erfolg bestanden
- sprachlicher Schwerpunkt mit Französisch, Latein und Englisch vertiefend
- Teilnahme an der Seminarreihe „Persönlichkeitsbildendes Präsentations- und Kommunikationstraining“ in der 11. und 12. Schulstufe