



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Arbeiten ohne Schutz? – Rechtsfragen
ortsgebundener Plattformarbeit anhand der Beispiele
Uber, Foodora und Book a Tiger“

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Michael Gogola

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree
of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the
student record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student
record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak

Vorwort

Dienstleistungsplattformen wie Uber oder Foodora machen das Leben für KundInnen zweifellos bequemer. Um ein Taxi zu rufen oder Essen zu bestellen, genügen wenige Klicks auf dem Mobiltelefon. Doch wie geht es eigentlich denjenigen, die Arbeit für derartige Internetplattformen leisten? Sind sie PionierInnen der modernen Arbeitswelt oder von Ratings und Algorithmen abhängige und schlecht bezahlte TagelöhnerInnen? Können sie sich auf den Schutz durch das Arbeitsrecht verlassen? Die vorliegende Arbeit soll zur Erforschung des Themas der ortsgebundenen plattformbasierten Arbeit und zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten digitaler Dienstleistungsplattformen beitragen.

Großen Dank schulde ich meinem Betreuer *ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak*, der mich während des Verfassens dieser Arbeit auf großartige Weise unterstützte und für meine inhaltlichen Fragen und Anliegen stets ein offenes Ohr hatte. Darüber hinaus danke ich auch *ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz* sowie *ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Brodil* für die Übernahme der Begutachtung.

Die vorliegende Dissertation wurde von der Arbeiterkammer Oberösterreich mit einer Förderung unterstützt. Dafür danke ich insbesondere *Mag. Dr. Gerhard Bremm*.

Vor allem möchte ich mich aber bei meinen Eltern, meinem Freundeskreis und meiner Freundin *Marlen* bedanken. Sie alle gaben mir großen Rückhalt, wenn ich einmal nicht weiter wusste, brachten viel Geduld auf, sowie rechtliches und politisches Know-How ein und diskutierten unzählige Stunden mit mir über die Inhalte der vorliegenden Arbeit. Ich hätte mir keine besseren GesprächspartnerInnen wünschen können.

Wien, im Oktober 2018

Michael Gogola

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
I. Teil: Der Sachverhalt	1
1. Einleitung und Begriffsdefinition.....	1
1.1. Was ist eine Plattform?.....	1
1.2. Relevanz des Themas	3
1.3. Forschungsstand	6
1.4. „Sharing Economy“ als irreführender Begriff.....	8
1.5. Beispiele für plattformbasiertes Arbeiten in Österreich.....	9
1.5.1. Uber	10
1.5.2. Foodora	13
1.5.3. Book a Tiger	16
1.6. Forschungsfrage.....	18
1.7. Gang der Untersuchung.....	19
2. Plattformarbeit als Phänomen des Kapitalismus im 21. Jahrhundert.....	20
2.1. Die Entwicklung der Arbeit im 19. und 20. Jahrhundert.....	20
2.2. Arbeit heute	26
2.3. Plattform-ArbeiterInnen als moderne KleinbürgerInnen?.....	31
2.4. Herausforderungen für das Arbeitsrecht.....	37
II. Teil: Rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse	39
3. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Allgemeine Ausführungen	40
3.1. Der Arbeitsvertrag	40
3.1.1. Grundsätzliches.....	40
3.1.2. Tatbestandselemente	42
3.1.2.1. Dauerschuldverhältnis	42
3.1.2.2. Vertragliche Grundlage und Leistungspflicht.....	45
3.1.2.3. Persönliche Abhängigkeit.....	46

3.1.2.4.	Wirtschaftliche Abhängigkeit	60
3.1.3.	Bedeutung für die Plattformökonomie	61
3.2.	Freier Dienstvertrag	61
3.2.1.	Grundsätzliches	61
3.2.2.	Maß der organisatorischen Unterordnung	63
3.2.3.	Kontrolle und disziplinarische Verantwortlichkeit	64
3.2.4.	Gruppen von freien DienstnehmerInnen	65
3.3.	Werkvertrag	65
3.3.1.	Grundsätzliches	65
3.3.2.	Persönliche Abhängigkeit	67
3.3.3.	Kettenwerkverträge	67
3.4.	Arbeitnehmerähnliche Person	68
3.4.1.	Grundsätzliches	68
3.4.2.	Rechtsprechung	69
3.4.3.	Lehre	70
3.4.4.	Weitere Abgrenzungskriterien	71
3.4.5.	Rechtsfolgen	71
3.5.	Arbeitskräfteüberlassung	72
3.5.1.	Grundsätzliches	72
3.5.2.	Anwendungsbereich des AÜG	74
3.5.2.1.	Abweichendes, unterscheidbares Werk	74
3.5.2.2.	Einsatz von fremdem Material und Werkzeug	75
3.5.2.3.	Organisatorische Eingliederung in den Betrieb des/der WerkbestellerIn	75
3.5.2.4.	Haftung	76
3.5.2.5.	Ausdrückliche Vereinbarung	76
3.5.2.6.	Rechtsprechung	77
3.5.2.7.	Lehre	78
3.5.2.8.	Eigene Meinung	79
3.5.3.	Bedeutung für die Plattformökonomie	80
3.6.	Arbeitsvermittlung	80
3.6.1.	Grundsätzliches	80
3.6.2.	Voraussetzungen der Arbeitsvermittlung	81
3.6.3.	Tragung der Pflichten eines/einer ArbeitgeberIn	81
3.6.4.	Bedeutung für die Plattformökonomie	83

4. Das Vertragsverhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn –	
Fallbeispiele	84
4.1. Fallbeispiel 1: Uber	84
4.1.1. Grundsätzliches.....	84
4.1.2. „Solo-Selbstständige“ als MietwagenunternehmerInnen	84
4.1.3. Dauerschuldverhältnis	85
4.1.4. Persönliche Abhängigkeit.....	88
4.1.4.1. Persönliche Leistungserbringung	88
4.1.4.2. Eingliederung und Fremdbestimmtheit	89
4.1.4.3. Kontrolle und disziplinarische Verantwortlichkeit	91
4.1.4.4. Betriebsmittel	92
4.1.5. Zwischenergebnis.....	93
4.1.6. Dauer des Arbeitsverhältnisses.....	94
4.1.7. Fahrerbringung durch Mietwagenunternehmen: Arbeitskräfteüberlassung?.....	99
4.1.8. Ergebnis.....	101
4.2. Fallbeispiel 2: Foodora	101
4.2.1. Grundsätzliches.....	101
4.2.2. Dauerschuldverhältnis	102
4.2.3. Persönliche Leistungspflicht.....	103
4.2.3.1. Arbeit nach Konsensprinzip.....	105
4.2.4. Organisatorische Unterordnung und Kontrolle	108
4.2.5. Arbeitsort	111
4.2.6. Arbeitszeit	112
4.2.7. Betriebsmittel	113
4.2.8. Ergebnis.....	115
4.3. Fallbeispiel 3: Book a Tiger.....	115
4.3.1. Grundsätzliches.....	115
4.3.2. Dauerschuldverhältnis	116
4.3.3. (Persönliche) Leistungspflicht	119
4.3.4. Organisatorische Unterordnung und Kontrolle	120
4.3.5. Betriebsmittel	125
4.3.6. Zwischenergebnis.....	126
4.3.7. Alternativer Lösungsansatz	127
4.3.8. Ergebnis.....	131
4.3.9. Dauer des Arbeitsverhältnisses.....	132

4.3.10.	Arbeitskräfteüberlassung.....	133
5.	Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerInnen	136
5.1.	Grundsätzliches.....	136
5.2.	Tätigkeiten der Plattformen.....	136
5.3.	Offenlegung der Vertragsbeziehungen	138
5.4.	Umfang der angebotenen Dienstleistungen	139
5.5.	Fallbeispiel 1: Uber	140
5.6.	Fallbeispiel 2: Foodora	142
5.7.	Fallbeispiel 3: Book a Tiger.....	143
5.8.	Zusammenfassung	144
6.	Konsequenzen der rechtlichen Einordnung	145
6.1.	Kollektivvertragszugehörigkeit und kollektivvertraglicher Mindestlohn	145
6.1.1.	Kollektivvertragszugehörigkeit von Uber	146
6.1.1.1.	Abgrenzung des Mietwagen- und Taxigewerbes	147
6.1.1.2.	Uber als Mietwagenanbieter?.....	149
6.1.1.3.	Uber als Taxianbieter?	150
6.1.1.4.	Ergebnis der Gewerbezugehörigkeitsprüfung.....	152
6.1.1.5.	Anwendbarer Kollektivvertrag	152
6.1.1.6.	Ergebnis.....	154
6.1.2.	Kollektivvertragszugehörigkeit von Foodora	154
6.1.2.1.	Qualifikation der Tätigkeit von Foodora	155
6.1.2.2.	Anwendbarer Kollektivvertrag	156
6.1.2.3.	Ergebnis.....	157
6.1.3.	Kollektivvertragszugehörigkeit von Book a Tiger	158
6.1.3.1.	Qualifikation der Tätigkeit von Book a Tiger	158
6.1.3.2.	Anwendbarer Kollektivvertrag	159
6.1.3.3.	Anwendbare Mindestlohnvorschriften	160
6.1.3.4.	Weitere zur Anwendung kommende Vergütungen	161
6.1.3.5.	Alternativer Lösungsweg.....	161
6.1.3.6.	Ergebnis.....	162
6.1.4.	Zusammenfassung der Ergebnisse	162
6.2.	Arbeitszeit	163
6.2.1.	Grundsätzliches zur Arbeitszeit.....	163

6.2.1.1.	Anwendungsbereich des AZG	165
6.2.1.2.	Arbeitszeitbegriff	166
6.2.1.3.	Normalarbeitszeit	166
6.2.1.4.	Möglichkeiten der Normalarbeitszeitflexibilisierung	167
6.2.2.	Arbeitszeit in der Plattformökonomie	168
6.2.2.1.	Qualifikation von Zeiten	169
6.2.2.2.	Normalarbeitszeit	183
6.2.2.3.	Gesetzliche Arbeitszeit(höchst)grenzen.....	193
6.2.2.4.	Zusammenfassung der Ergebnisse	198
6.3.	Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankenstand	199
6.3.1.	Grundsätzliches zum Urlaub	199
6.3.1.1.	Rechtsgrundlage	200
6.3.1.2.	Entstehen des Urlaubsanspruches	200
6.3.1.3.	Gesetzliches Urlaubsausmaß	201
6.3.1.4.	Verjährung des Urlaubsanspruches	202
6.3.1.5.	Urlaub während Zeiten der Arbeitsverhinderung	202
6.3.1.6.	Entgeltanspruch	203
6.3.2.	Das Urlaubsrecht in der Plattformökonomie	203
6.3.2.1.	Vorliegen eines durchgängigen Arbeitsverhältnisses	204
6.3.2.2.	Vorliegen kurzer, auf einander folgender Arbeitsverträge	206
6.3.2.3.	Urlaubskasse für PlattformarbeiterInnen?	212
6.3.3.	Grundsätzliches zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	214
6.3.3.1.	Entgeltfortzahlung seit 01.07.2018	214
6.3.4.	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in der Plattformökonomie	215
6.3.4.1.	Zusammenrechnung von Arbeitsverhältnissen.....	215
6.3.4.2.	Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts	218
6.3.5.	Zusammenfassung der Ergebnisse	219
6.4.	Diskriminierungsschutz und Gleichbehandlungsrecht.....	220
6.4.1.	Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsrecht	220
6.4.1.1.	Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes.....	220
6.4.1.2.	Besonders geschützte Merkmale	221
6.4.2.	Gleichbehandlungsrecht in der Plattformökonomie	225
6.4.2.1.	Diskriminierung durch die Plattform.....	225
6.4.2.2.	Diskriminierung durch KundInnen	237
6.4.2.3.	Gleichbehandlungsrecht und alternativer Ansatz.....	241

6.4.2.4.	Gleichbehandlungsrecht in Fällen der Arbeitskräfteüberlassung	243
6.4.2.5.	Zusammenfassung der Ergebnisse	245
III.	Teil: Auswirkungen plattformbasierter Arbeit und Ausblick	247
7.	Sozialpolitische Auswirkungen plattformbasierter Arbeit	247
7.1.	Marktmacht und Monopolisierung	247
7.1.1.	Netzwerk-Effekte	248
7.1.2.	Die Verhinderung von Multihoming	249
7.1.3.	Plattformen im Wettbewerb.....	250
7.1.4.	Die „natürliche Tendenz“ zur Monopolisierung.....	251
7.2.	Lohn- und Sozialdumping.....	253
7.2.1.	Der Anwendungsbereich des LSD-BG	254
7.2.2.	Ansprüche nach dem LSD-BG.....	255
7.3.	Plattformbasiertes Arbeiten als „Zuverdienstmöglichkeit“	256
7.3.1.	Probleme der Plattformarbeit als Nebenbeschäftigung	257
7.3.2.	Reproduktion gesellschaftlicher Ungleichheiten	259
7.4.	Moderne „Schattenwirtschaft“ oder progressives Potential?	260
7.4.1.	Fortschrittliche Aspekte des Plattform-Modells	261
7.4.2.	Staatliche Nutzung von Plattformen?	263
7.4.3.	Interessenausgleich in der Plattformökonomie	264
8.	Ausblick	265
9.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	269
9.1.	Einleitung und Begriffsdefinition	269
9.2.	Plattformarbeit als Phänomen des Kapitalismus im 21. Jahrhundert.....	270
9.3.	Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Allgemeine Ausführungen	271
9.4.	Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Fallbeispiele	273
9.5.	Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerInnen	276
9.6.	Konsequenzen der rechtlichen Einordnung.....	277
9.7.	Sozialpolitische Auswirkungen plattformbasierter Arbeit	286
9.8.	Ausblick	287

Quellenverzeichnis	289
Literatur	289
Kommentare	296
Gesetze, nationale Verordnungen und Rechtsquellen der EU.....	297
Gesetzesmaterialien	298
Judikatur des OGH	299
Rechtssätze RIS-Justiz	305
Judikatur des VwGH.....	306
Judikatur des EuGH.....	306
Weitere Judikate	307
Internetquellen	308
 Anhang.....	 312
Abstract (Deutsch)	312
Abstract (Englisch)	314

I. Teil: Der Sachverhalt

„In the past, one could sit on a sofa and flip through TV channels using a remote control device. Today, the phone works as a remote control for the real world, and one can request a taxi, get a home cleaned, or order a bite to eat at the click of a button.”¹

1. Einleitung und Begriffsdefinition

1.1. Was ist eine Plattform?

Mit dem Versprechen, das tägliche Leben für KonsumentInnen erheblich zu vereinfachen, werden während der letzten Jahre auch im urbanen Raum Österreichs verstärkt Dienstleistungen wie die im einleitenden Zitat beschriebenen angeboten. Eine zentrale Rolle spielen dabei **Internetplattformen**, über die NutzerInnen Leistungen in Anspruch nehmen können. Drei in Österreich besonders bekannte Plattformen sind bzw waren **Uber**, **Foodora** und **Book a Tiger**, deren Geschäftsmodelle im Rahmen dieser Einleitung auch näher dargestellt werden. Über sie werden bzw wurden **Beförderungsdienstleistungen**, **Essenzustellung** oder **Reinigungsservices** angeboten und in Anspruch genommen.

Zwar können die über Internetplattformen angebotenen Leistungen grundsätzlich unterschiedlichen Charakters sein und ihre Einteilung kann somit auch auf unterschiedliche Weise erfolgen.² So können sie **entgeltlich oder unentgeltlich** sein, sind jedenfalls aber gerichtet auf den Austausch physischer oder virtueller Güter oder Dienstleistungen über das Internet.³ Bei einigen Plattform-Modellen steht die Verdienstmöglichkeit für Unternehmen also durchaus nicht im Vordergrund.

¹ Choudary, Platform Scale – How a new breed of startups is building large empires (2016) 203.

² Siehe dazu etwa Heiling/Kuba, Die Ökonomie der Plattform, in Lutz/Risak (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 28 (30f). Hier werden von den AutorInnen unterschiedliche Möglichkeiten der Einteilung vorgestellt und schließlich eine Einteilung danach getroffen, ob monetärer Gegenfluss erfolgt und welcher Art das über die Plattform vertriebene Produkt ist.

³ Choudary, Platform Scale 49.

In der vorliegenden Arbeit soll jedoch angesichts seines massiven Einflusses auf das Arbeiten und Wirtschaften in der Gegenwart ausschließlich das stetig wachsende Segment der **entgeltlichen Plattformen**, in deren Auftrag **physische Dienstleistungen in der realen Welt** (und nicht im digitalen Raum) erbracht werden, behandelt werden. Plattformen dieser Art bilden nach einer Einteilung von *Risak* ein Ende des Spektrums innerhalb der als „**Crowdwork**“ bezeichneten neuen Form des Arbeitens, während das andere Ende die Erbringung digitaler Arbeit in der virtuellen Welt bildet.⁴ Jene hier behandelte Form von plattformbasierter Arbeit, die sich durch die Erbringung physischer Dienstleistungen auszeichnet, wird als **lokale oder „ortsgebundene“ („location based“) Plattformarbeit** bezeichnet.⁵ Da es sich bei den im Auftrag der Plattformen tätigen DienstleistungserbringerInnen im Prinzip um beliebige Personen handeln kann, die nicht in das plattformbetreibende Unternehmen integriert sind, kann in diesem Zusammenhang auch von „**externem Crowdsourcing**“⁶ gesprochen und die DienstleistungserbringerInnen können daher grundsätzlich auch als „**CrowdworkerInnen**“⁷ bezeichnet werden.

Auf der Seite der AnbieterInnen stehen bei kommerziellen Dienstleistungsplattformen somit oft **international tätige Unternehmen**, die im Betreiben von entgeltlichen Plattformen disruptive Geschäftsmodelle erblicken und damit traditionelle Formen des Wirtschaftens herausfordern.⁸ Seitens der BetreiberInnen wird dabei als wirtschaftlich vorteilhaft erlebt, die eindimensionale Struktur der Wertschöpfung, die bildlich einem „Rohr“ entspricht, mittels welchem Dienstleistungen den KundInnen zugänglich gemacht werden, durch eine **multidimensionale Beziehung** zwischen Unternehmen und KundInnen ersetzen zu können und durch die Nutzung eines dieserart erschaffenen „Ökosystems“ **neue Verdienstmöglichkeiten**, etwa durch ein häufigeres Zurückkehren von KundInnen zur Plattform, zu erschließen.⁹

⁴ *Risak*, What's law got to do with it? (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2016/2, 32; hinsichtlich digitaler Arbeit in der virtuellen Welt und ihrer rechtlichen Einordnung siehe *Warter*, Crowdwork 2016; siehe auch *Benner* (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015).

⁵ *Risak*, Fair Working Conditions for Platform Workers – Possible Regulatory Approaches at the EU Level (2018) 5.

⁶ *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013) 20.

⁷ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 32; siehe auch *Benner* (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015).

⁸ *Goudin*, The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy, Studie des European Parliament Research Service (2016) 1.

⁹ *Choudary*, Platform Scale 23f, 51f.

Ein weiterer entscheidender Vorteil des Plattform-Modells liegt in der Möglichkeit, Arbeit und Ressourcen aller Art nicht mehr physisch im Unternehmen konzentrieren zu müssen, sondern über die Plattform jederzeit auf **externe Ressourcen** zugreifen zu können.¹⁰ In Form kommerzieller Internetplattformen tätige Unternehmen verfolgten dafür nach *Srnicek* die Idee einer „**Hyper-Auslagerung**“ („hyper-outsourcing“): Arbeitskräfte, Festkapital, Erhaltungskosten und Schulungskosten würden ausgelagert, übrig bliebe einzig die Kontrolle über die Plattform.¹¹ Durch die Plattform gelinge es, die Kosten für unproduktive Zeiten weitest möglich zu reduzieren bzw auf die die Dienstleistung erbringenden Personen zu **überwälzen**. Gleichzeitig behielten die Unternehmen durch Formen des digitalen Ratings, mit denen KundInnen der Plattform die „Leistung“ der DienstleistungserbringerInnen bewerten können, die **volle Kontrolle über die Dienstleistungserbringung**.¹² Gewinne erwirtschafteten die Plattformen daher vor allem durch die größtmögliche **Reduktion von Kosten**.¹³ Schließlich biete der unternehmerische Fokus auf internetbasierte Dienste und die Geschwindigkeit digitaler Kommunikation die Möglichkeit, eine weitaus **größere Anzahl an potenziellen KundInnen** zu erreichen als das mithilfe von traditionellen Geschäftsmodellen möglich wäre.¹⁴

1.2. Relevanz des Themas

Einer im Auftrag der University of Hertfordshire, dem Marktforschungsinstitut Ipsos MORI, der Foundation for European Progressive Studies, der Dienstleistungsgewerkschaft UNI-Europa und der Arbeiterkammer Wien durchgeführten und im Jahr 2016 veröffentlichten Umfrage unter 2.003 österreichischen Erwachsenen zufolge, gaben 20% der Befragten an, über Online-Plattformen nach offline zu verrichtender Arbeit, etwa als Reinigungskraft, und weitere 16% nach Arbeit als FahrerIn zu suchen¹⁵. Einer weiteren, 2017 durchgeführten und 2018 publizierten Erhebung¹⁶ zufolge, gaben **im Schnitt 11,9% der aktiven InternetnutzerInnen aus 14 EU-Staaten** an, schon einmal (ortsgebundene oder digitale) Plattformarbeit geleistet zu haben. Dennoch erscheint insbesondere die

¹⁰ Choudary, Platform Scale 29.

¹¹ *Srnicek*, Platform Capitalism (2017) 76.

¹² *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 33.

¹³ *Srnicek*, Platform Capitalism 49f.

¹⁴ *Heiling/Kuba* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig Economy 30.

¹⁵ *Huws/Joyce*, Österreichs Crowdsworkszene, Studie im Auftrag der University of Hertfordshire, Ipsos MORI, der Foundation for European Progressive Studies, UNI-Europa und der Arbeiterkammer Wien (2016) 4.

¹⁶ *Persole/Urzi Brancati/Fernández-Macías/Biagi/González Vázquez*, Platform Workers in Europe, JRC Science for Policy Report (2018) 15.

rechtliche Position der im Auftrag von Plattformen tätigen Personen bisher weitgehend **ungeklärt**. Während die Plattform-BetreiberInnen vielfach behaupten, ihre Tätigkeit sei lediglich eine vermittelnde und die dienstleistungserbringenden Personen seien als selbstständige UnternehmerInnen bzw. „**unabhängige VertragspartnerInnen**“ anzusehen¹⁷, liegt es doch vielfach nahe, von einer deutlich engeren Beziehung zwischen PlattformbetreiberInnen und DienstleistungserbringerInnen auszugehen und diese daher einer genaueren arbeitsrechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Nicht zuletzt würde eine kritiklose Übernahme der Behauptung, sämtliche DienstleistungserbringerInnen seien selbstständige UnternehmerInnen, zu einer **Situation großer Schutzlosigkeit** und großer Ausgeliefertheit für die betreffenden Personen gegenüber den oft transnational agierenden und mitunter außerordentlich finanzstarken plattformbetreibenden Unternehmen und ihren wirtschaftlichen Interessen führen.

Im Zusammenhang mit plattformbasierten Unternehmen stellt sich somit eine **Reihe (arbeits)rechtlich und sozialpolitisch relevanter Fragestellungen**. Bildet das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn einen Werkvertrag, macht es den oder die DienstleistungserbringerIn zur arbeitnehmerähnlichen Person oder gar zum oder zur ArbeitnehmerIn? Wie passt der traditionelle **ArbeitnehmerInnenbegriff** auf die neuen ortsgebunden-plattformbasiert arbeitenden DienstleisterInnen? In welchem Verhältnis stehen die LeistungsempfängerInnen als „Dritte“ zu DienstleistungserbringerIn bzw. Plattform?

Im Anschluss wird zu fragen sein, zu welchen **rechtlichen Konsequenzen** die Einordnung der DienstleistungserbringerInnen in die eine oder andere (arbeits)rechtliche Kategorie führt. Für den Fall, dass es sich um ArbeitnehmerInnen handelt – welchem **Kollektivvertrag** gehören sie an? In welchem Verhältnis stehen sie zum **Arbeitszeitrecht**? Unterliegen sie einem **Diskriminierungsschutz** und dem Gleichbehandlungsrecht? Wie ist mit **Urlaub und Fehlzeiten** umzugehen?

¹⁷ Siehe etwa das Vorbringen der beklagten Partei in United Kingdom Employment Tribunals 2202551/2015. *Aslam, Farrar et al / Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*; weiters *Arribas/Steible/De Bondt, Cost of Non-Europe in the sharing economy: legal aspects*, Bericht des European Institute of Public Administration (2016) 12; *Srnicek, Platform Capitalism* 76.

Begründet die Vereinbarung zwischen Plattform und DienstleistungserbringerInnen zumindest in manchen Fällen ein Arbeitsverhältnis, so wird zu klären sein, ob es sich bei diesem Vertragsverhältnis um ein **dauerhaftes oder bloß punktuelles** (das erst entsteht, wenn etwa von einem Dienstleistungsempfänger ein Taxi über die Handyanwendung von Uber angefordert wird und ein Lenker den Auftrag annimmt) handelt und welche rechtlichen Konsequenzen die Beantwortung dieser Frage mit sich bringt.

Insbesondere weil sich die Popularität von Internetplattformen der „Sharing Economy“ aus **makroökonomischen Faktoren** wie dem **Sinken der Kaufkraft** und dem **Ansteigen der Arbeitslosigkeit** während der vergangenen Jahre der wirtschaftlichen Krise und der damit verbundenen Suche vieler Menschen nach Wegen, Geld zu verdienen oder zu sparen speist¹⁸, erscheint eine nähere Betrachtung des Phänomens des plattformbasierten Arbeitens **dringend geboten**.

Das Wachstum von plattformbasierten Diensten in den Kontext der wirtschaftlichen Krisensituation der letzten Jahre zu setzen, eröffnet weitere **relevante Fragestellungen**. Es ist in dieser Hinsicht anzunehmen, dass ortsgebundenes plattformbasiertes Arbeiten wohl gerade für jene Menschen besonders in Frage kommt, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt **nicht reüssieren** können. Sie erscheinen den Plattform-BetreiberInnen und deren Vorstellungen von Arbeitserbringung gegenüber in besonderer Weise schutzlos.

Ein spezielles Problem in diesem Zusammenhang bildet die Frage der ortsgebundenen plattformbasierten Arbeit als „**Zuverdienstmöglichkeit**“. Dem plattformbasierten Transportunternehmen Uber zufolge sei es LenkerInnen etwa durchaus erlaubt, neben ihrer Tätigkeit für Uber auch anderen Beschäftigungen nachzugehen. Die LenkerInnen könnten selbst entscheiden, wann und wie oft sie die Handy-Anwendung starten und für Uber tätig sein wollen.¹⁹ Dementsprechend liegt es für manche ArbeitnehmerInnen zunächst wohl nahe, **zusätzlich zu ihrer regulären Beschäftigung** einer Nebenbeschäftigung in Form der Leistungserbringung für einen plattformbasierten Dienst nachzugehen, die „**Unverbindlichkeit**“ und „Ungeregeltheit“ plattformbasierter Arbeit aus ihrer subjektiven Sicht sogar als **positiv** wahrzunehmen und bewusst auf die

¹⁸ Goudin, The Cost of Non-Europe 7.

¹⁹ Arribas/Steible/De Bondt, The Cost of Non-Europe: legal aspects 12.

„Enge“ **arbeitsrechtlicher Regelungen** verzichten zu wollen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass ein solches Denken letztlich zur **Schwächung der Rechtstellung von ArbeitnehmerInnen** auch in anderen Bereichen der Wirtschaft und zur **Delegitimierung sozialpolitischer Errungenschaften** führen muss.

Nicht zuletzt ist das ortsgebundene plattformbasierte Arbeiten auch in theoretischer Hinsicht interessant. Im **ökonomischen Modell des Kapitalismus** etwa nimmt nach *Marx* insbesondere der „**freie Arbeiter**“ (von der Arbeiterin sprach *Marx* noch nicht) eine zentrale Stellung ein. Der Arbeiter nach *Marx* ist jedoch „frei in dem Doppelsinn“, dass er einerseits frei über den Verkauf seiner Arbeitskraft gegen Lohn verfügen kann, andererseits aber auch „frei ist von allen zur Verwirklichung seiner Arbeitskraft nötigen Sachen“²⁰ – also von Produktions- oder Arbeitsmitteln. Der Kapitalismus hat bei seiner Entstehung die vormaligen HandwerkerInnen gleichsam von ihren Werkzeugen als Arbeitsmittel „befreit“ und sie **auf ihre Arbeitskraft reduziert**.²¹ Wie gestaltet sich nun aber Arbeit, wenn die „Plattform-ArbeiterInnen“ ihr Eigentum (beispielsweise ihr Auto oder ihr Fahrrad) als Arbeitsmittel verwenden, um als DienstleisterInnen tätig zu sein?

1.3. Forschungsstand

Wenngleich bereits einiges an Literatur mit wirtschaftswissenschaftlichem Hintergrund zum Thema „Internetplattformen“ veröffentlicht wurde – darunter befinden sich zum Teil regelrechte „**Handlungsanleitungen**“ **zum Aufbau von plattformbasierten Unternehmen**²² – scheinen juristische Beiträge zum Thema, und insbesondere im Hinblick auf ortsgebundenes plattformbasiertes Arbeiten, insgesamt noch eher spärlich gesät zu sein und nur wenige ausgewählte Rechtsgebiete zu behandeln. Der Großteil der juristischen Artikel befasst sich bisher mit **gewerberechtlichen Problemstellungen**, die durch Internetplattformen entstehen²³, nicht jedoch mit den arbeitsrechtlichen Aspekten. Den Gegensatz dazu bildet neuerdings ein von *Lutz* und *Risak* herausgegebenes, in erster Linie

²⁰ *Marx*, Das Kapital² (1932/2009) 170.

²¹ *Rifkin*, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft – Das Internet der Dinge, kollaboratives Gemeingut und der Rückzug des Kapitalismus (2014) 94.

²² In letztere Kategorie fallen etwa *Choudary*, Platform Scale; *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies – What it takes to dominate the 21st-century economy (2016).

²³ Siehe etwa *Brauneis*, Fahrdienstvermittler von Mietwagen – noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016, 750; *Mahr/Dechant*, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016, 398.

rechtswissenschaftliches, Buch mit dem Titel „**Arbeit in der Gig-Economy**“.²⁴ Grundsätzlich scheint im Moment jedoch die Aufmerksamkeit für die Situation von für plattformbasierte Unternehmen tätige DienstleistungserbringerInnen zu steigen. So sind während der letzten Monate mehrere Zeitungsartikel und Blogeinträge erschienen, die auf die **prekären Umstände von „Plattform-ArbeiterInnen“** aufmerksam machen wollen.²⁵ Im Dezember 2016 beschäftigte sich auch ein internationaler Zusammenschluss von Gewerkschaften und ArbeitnehmerInnenorganisationen, darunter etwa die deutsche IG Metall und der ÖGB, mit den Auswirkungen des plattformbasierten Wirtschaftens auf die Arbeitswelt, was in der „**Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit**“ mündete.²⁶

Zur Frage nach bestehender arbeitsrechtlicher Judikatur zum Thema lässt sich feststellen, dass eine solche im Hinblick auf die österreichische Rechtslage bisher noch nicht existiert, in den Vereinigten Staaten²⁷ und dem Vereinigten Königreich²⁸, zuletzt auch in Brasilien²⁹ jedoch bereits **gerichtliche Urteile hinsichtlich des Transportunternehmens Uber** ergangen sind. Bemerkenswerterweise wurde in diesen Fällen (natürlich auf der Grundlage eines in weiten Teilen anders strukturierten Arbeitsrechts) die ArbeitnehmerInneneigenschaft oder zumindest der Status als „worker“ der jeweils klagenden DienstleisterInnen bejaht. Weiters geht aus einer das Unternehmen Uber betreffenden **Entscheidung des EuGH**³⁰ im Dezember 2017 hervor, dass die Tätigkeit von Uber nach Ansicht des Gerichtshofes weit über das bloße Anbieten einer digitalen Dienstleistung hinausgeht.

²⁴ Lutz/Risak (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017).

²⁵ Siehe Laufer, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30); Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

²⁶ IG Metall et al, Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit – Vorschläge für Plattformbetreiber, Kunden, politische Entscheidungsträger, Beschäftigte und Arbeitnehmerorganisationen (2016).

²⁷ Superior Court of California – County of San Francisco CGC-15-546378. Berwick / Uber Technologies Inc.

²⁸ United Kingdom Employment Tribunals 2202551/2015. Aslam, Farrar & Others / Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd; United Kingdom Employment Appeal Tribunal UKEAT/0056/17/DA, Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd / Aslam, Farrar & Others.

²⁹ Woody, A judge in South America's biggest city says Uber drivers are employees, http://www.businessinsider.com/r-sao-paulo-judge-rules-uber-drivers-are-employees-deserve-benefits-2017-4?utm_source=feedburner&utm_medium=referral&IR=T (28.4.2017, 15:22)

³⁰ EuGH 20.12.2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

1.4. „Sharing Economy“ als irreführender Begriff

Die ortsgebunden-plattformbasiert arbeitenden Unternehmen und ihre Geschäftsmodelle werden in der Literatur mitunter oder sogar hauptsächlich unter die Begriffe der „**Sharing Economy**“ oder der „**Collaborative Economy**“ subsumiert.³¹ Der Begriff „Sharing Economy“ hat einen positiven Klang und bezeichnet grundsätzlich die gemeinsame Nutzung von Ressourcen, die Kosten senken und die Umwelt schonen soll.³² Dahinter steht der Gedanke, dass viele Güter durch bloß einen/eine EigentümerIn **nicht effizient ausgelastet** seien.³³ Zugleich verbirgt sich dahinter auch eine Art **modernes Lebensgefühl**, das Nutzung stärker betonen soll als Eigentum.³⁴ In eine ähnliche Kerbe schlägt auch *Rifkin*, der ausführlich davon spricht, dass das kapitalistische System, das sich bisher durch das Privateigentum definiert habe, derzeit den „**Umstieg von Eigentum auf Zugang**“³⁵ erlebe.

Einer Studie von *Bartik, Lutter und Antalovsky* zufolge könnten Nachbarschaftsgärten, Food-Sharing oder privates Car-Sharing durchaus als altruistischer und mitunter auch **kapitalismuskritischer Teil der „Sharing Economy“** aufgefasst werden, neben dem sich im Laufe der vergangenen Jahre ein kommerzieller Teil gebildet habe, der den Slogan „teilen statt besitzen“ zum Geschäftsmodell erhoben und eine Form der **On-Demand-Ökonomie** erschaffen habe.³⁶ Im Zusammenhang mit dem kommerziellen Teil der „Sharing Economy“, der von profitorientiert arbeitenden Unternehmen gebildet wird, liegt nahe zu erkennen, dass auf den in diesem Segment betriebenen Internetplattformen **nichts „geteilt“** wird und die NutzerInnen auch **nicht „zusammenarbeiten“** (was den Begriff der „Collaborative Economy“ rechtfertigen könnte), sondern die in dieser Arbeit behandelten kommerziellen Plattformen dienen der **Vermarktung von Produkten oder Dienstleistungen**.³⁷

³¹ *Goudin*, The Cost of Non-Europe; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zum Thema „Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft“, COM 356/2016.

³² *Himpele*, Von der Share zur fair Economy, Kurswechsel 2016/2, 23.

³³ *Strube*, „Unused value is wasted value“ – Von der Sharing Economy zur Gig Economy, in *Stary* (Hg), Digitalisierung der Arbeit – Arbeit 4.0, Sharing Economy und Plattform-Kooperativismus (2016) 52.

³⁴ *Himpele*, Kurswechsel 2016/2, 23.

³⁵ *Rifkin*, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft 239ff.

³⁶ *Bartik/Lutter/Antalovski*, The Big Transformers: Sharing- und On-Demand-Economy auf dem Vormarsch, Studie im Auftrag der Stadt Wien (2015) 4.

³⁷ Siehe dazu auch *Heiling/Kuba*, Kurswechsel 2016/2, 13.

Die Verwendung der Begriffe „Sharing Economy“ und „Collaborative Economy“ führt im Zusammenhang mit einer Beschreibung von kommerziellen Internetplattformen meines Erachtens daher gerade aufgrund des entgeltlichen Charakters der angebotenen Dienstleistungen und der dahinterstehenden profitorientiert arbeitenden Unternehmen in die Irre und wird durch die **missbräuchliche Verwendung des Wortes „teilen“** dem Charakter der modernen Form der Arbeit, die für eine Plattform tätige DienstleistungserbringerInnen verrichten, nicht gerecht.

Nicht zu Unrecht betont *Goudin* daher in seiner für das European Parliamentary Research Service durchgeführten Studie die **wirtschaftlich vorteilhaften Aspekte** plattformbasierter Geschäftsmodelle und definiert den Begriff der „Sharing Economy“ als *„The use of digital platforms or portals to reduce the scale for viable hiring transactions or viable participation in consumer hiring markets (i.e. ‚sharing‘ in the sense of hiring an asset) and thereby reduce the extent to which assets are under-utilised.“*³⁸

Strube meint im Hinblick auf den Faktor Arbeit in der „Sharing Economy“ äußerst zutreffend, die „Sharing Economy“ sei **„zur Gig Economy degradiert“**, in der Arbeit in kleine Aufträge („gigs“), die rasch nach einander erfüllt werden müssten, zerbröselt werde. Nicht mehr das Teilen unter Gleichen stehe im Mittelpunkt der „Sharing Economy“, sondern der **informelle Charakter von Arbeit**. In diesem Sinne lösten sich nicht die Besitzverhältnisse auf, sondern vielmehr rechtliche und regulatorische Strukturen.³⁹

1.5. Beispiele für plattformbasiertes Arbeiten in Österreich

Im folgenden Abschnitt sollen die Geschäftsmodelle dreier bedeutsamer und durch offensive Werbemaßnahmen zum Teil auch stark im öffentlichen Bewusstsein verankerter plattformbasiert arbeitender Unternehmen skizziert werden. Dabei liegt das Augenmerk auf den **Gemeinsamkeiten und Unterschieden** zwischen den Plattformen und ihren Tätigkeitsfeldern.

³⁸ *Goudin*, The Cost of Non-Europe 5.

³⁹ *Strube* in *Stary*, Digitalisierung der Arbeit 53.

1.5.1. Uber

Das mit einem geschätzten Wert von 40⁴⁰ bzw nach einer anderen Quelle sogar 51 Milliarden US-Dollar⁴¹ höchst erfolgreiche international agierende Unternehmen Uber gilt als **Inbegriff der „Sharing Economy“**, was viele andere Unternehmen mit plattformorientierten Geschäftsmodellen sogar dazu bewegt, sich selbst als „Uber for X“ zu bezeichnen, womit jedoch lediglich der On-Demand-Charakter der jeweils angebotenen Dienstleistung beschrieben werden soll.⁴²

In Österreich beschränkt sich die Geschäftstätigkeit von Uber derzeit nach wie vor⁴³ auf den Großraum Wien, angeboten werden aus dem Segment des Personentransports die Dienstleistungen UberX, UberBlack und UberVan⁴⁴, die nach Registrierung und Angabe einer Telefonnummer sowie Kreditkarteninformationen⁴⁵ über eine herunterladbare Handy-Anwendung („App“) in Anspruch genommen werden können. Dabei werden sämtliche der angebotenen Dienstleistungen **von Mietwagenunternehmen abgewickelt**, die mit Uber zusammenarbeiten⁴⁶, wobei das Produkt UberX einen im Vergleich günstigen Fahrtendienst mit professionellen FahrerInnen und Mittelklasse-Wagen darstellt, UberBlack einen Limousinenservice bietet und mit UberVan der Transport mehrerer Personen in einem größeren Wagen abgewickelt werden kann.⁴⁷ Seit Dezember 2016 bietet Uber in Wien mit **UberEats** auch Essenszustellung an, die über eine separate App bestellt werden kann.⁴⁸ Auf die nähere Darstellung von UberEats wird im Rahmen dieser Erörterung des Geschäftsmodells von Uber verzichtet.

Die Abwicklung der angebotenen Personentransportdienstleistung beginnt aus Sicht der KundInnen mit der **Angabe des Abholortes** und dem **Anfordern einer Fahrt** über die App. Durch diese wird vorab der Fahrpreis angezeigt und nach aktiven LenkerInnen in der Nähe gesucht. Diese sind, so sie sich gerade grundsätzlich für die Annahme von Fahrten

⁴⁰ Bartik/Lutter/Antalovski, The Big Transformers 48.

⁴¹ OECD, New forms of work in the digital economy (2016) 7.

⁴² Moazed/Johnson, Modern Monopolies 32.

⁴³ August 2018.

⁴⁴ <https://www.uber.com/de-AT/cities/vienna> (10.3.2017, 12:32).

⁴⁵ <https://get.uber.com> (10.3.2017, 12:35)

⁴⁶ Balla, Transportdienstleistungen: UBER in Lutz/Risak (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 106 (108).

⁴⁷ Bartik/Lutter/Antalovski, The Big Transformers 48; <https://www.uber.com/de-AT/cities/vienna> (10.3.2017, 12:32)

⁴⁸ <https://newsroom.uber.com/austria/ubereats/> (10.3.2017, 13:02).

bereit halten wollen („online gehen“), ebenfalls über eine Handy-Anwendung („Fahrer-App“) mit der Plattform verbunden und können per Tippen **Fahrtenaufträge annehmen**. Geschieht das, wird den KundInnen ein Foto des/der FahrerIn, sein/ihr Vorname, einige Details zum Auto (Marke, behördliches Kennzeichen) sowie die voraussichtliche Ankunftszeit des bestellten Wagens am Abholort angezeigt. Die FahrerInnen werden zeitgleich vom Navigationssystem ihrer App **zum Abholungsort gelotst**, wo der/die KundIn zusteigt und zum zuvor angegebenen Zielort chauffiert wird. Nach Ende der Fahrt wird über die Kreditkarte der KundInnen der Fahrpreis abgebucht und FahrerIn und KundIn **bewerten sich mit maximal fünf Sternen gegenseitig**.⁴⁹

Im Hinblick auf den Fahrpreis richtet sich Uber nicht nur nach der Länge der Fahrtstrecke, sondern hat auch ein als „**surge pricing**“ bekanntes System der **via Algorithmus automatisierten Preisdynamik** entwickelt, mittels dessen der Preis steigt, sofern eine Fahrt in einem **Gebiet mit erhöhter Nachfrage** angefordert wird. Angaben auf der Website von Uber zufolge soll dieses Modell einerseits die Wartezeiten für PassagierInnen so kurz wie möglich halten, andererseits den FahrerInnen zusätzliche Einnahmen bescheren. Die Preisdynamik stellt sich dabei als **Multiplikator** dar – die KundInnen müssen also bei Abholung in einem Gebiet mit hoher Nachfrage beispielsweise den 1,5fachen Fahrtpreis bezahlen.⁵⁰ In Extremfällen kann der durch die Fahrpreisdynamik erhöhte Fahrtpreis auch **sehr deutlich über dem „Normalpreis“** bei durchschnittlicher Nachfrage liegen. So fielen etwa zum Jahreswechsel 2016/2017 für eine am Stadtrand von Wien zurückgelegte Strecke von 5,47 Kilometern durch einen Multiplikator von 3,3 anstelle des Normalpreises von EUR 7,21 nach der von Uber vorgenommenen Abrundung EUR 23,00 an.⁵¹

Am Fahrpreis ist Uber üblicherweise mit einem Anteil zwischen 20 und 30% beteiligt, wobei die genaue Höhe nicht unabänderlich ist. So scheint der **Prozentsatz, den die FahrerInnen an Uber abgeben müssen**, mit der steigenden Anzahl der erledigten Fahrten zu **sinken**, um die LenkerInnen anzuhalten, möglichst aktiv zu sein und für Uber zu fahren. Zudem ist es Uber möglich, die Fahrpreise **gezielt abzusenken**, um besser in einem

⁴⁹ <https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (10.3.2017, 17:39); <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (10.3.2017, 17:42); Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 108f; eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

⁵⁰ <https://help.uber.com/h/e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec> (14.3.2017, 07:56).

⁵¹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App am 1.1.2017.

Markt Fuß fassen zu können. Bei Maßnahmen dieser Art werden natürlich auch die Verdienstmöglichkeiten der LenkerInnen entscheidend geschmälert.⁵² Darüber hinaus werden LenkerInnen, die sich ausloggen wollen oder sich überhaupt offline befinden, von der Uber-App dazu gedrängt weiterzufahren oder bekommen Mitteilungen mit der Aufforderung, zu bestimmten Zeiten für Uber zu fahren.⁵³

Nach Ende einer Fahrt und Belastung der Kreditkarte des/der PassagierIn wird ein **Beleg per Email** versandt. Darin finden sich Dokumentationen zur Fahrtstrecke, Fahrtdauer und den zurückgelegten Kilometern, sowie eine nähere Aufstellung der Fahrpreisberechnung. Ebenfalls befindet sich in der Email ein Weblink, über den eine **Rechnung für die erbrachte Dienstleistung** heruntergeladen werden kann.⁵⁴

Besagte Rechnung trägt immer den Hinweis, sie sei von Uber „**stellvertretend ausgestellt für**“ das jeweilige Mietwagenunternehmen, mit dem Uber zur Abwicklung der Fahrt kooperiert.⁵⁵ Tatsächlich legt Uber in seinen online abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Österreich ausdrücklich Wert darauf, **selbst keine Logistik- oder Beförderungsdienstleistung anzubieten oder zu erbringen** und führt weiters aus, dass sämtliche Dienstleistungen von „unabhängigen Drittauftragnehmern“ (den Mietwagenunternehmen) erbracht würden, die **nicht bei Uber oder einer mit Uber verbundenen Gesellschaft beschäftigt** seien. Bemerkenswerterweise ist die gesamte entsprechende Passage der Geschäftsbedingungen in Blockbuchstaben gesetzt.⁵⁶

Trotz der Existenz eines solchen Disclaimers in den AGB von Uber sollte man sich nicht dazu verleiten lassen, eine arbeitsrechtliche Prüfung frühzeitig abubrechen oder sogar ganz zu unterlassen, denn, wie auch *Balla* zutreffend bemerkt⁵⁷, wird den KundInnen einerseits **erst im Anschluss an die bereits erfolgte Transportdienstleistung** erstmals über den Umstand Auskunft gegeben, dass die Dienstleistung auf Namen und Rechnung einer dritten Partei durchgeführt worden sei. Andererseits scheinen auch die Vertragsverhältnisse

⁵² *Strube in Stary*, Digitalisierung der Arbeit 57.

⁵³ *Rosenblat*, The truth about how Uber's app manages drivers, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2016/04/the-truth-about-how-ubers-app-manages-drivers> (4.5.2017, 16:23).

⁵⁴ <https://help.uber.com/h/199b3e00-e5f0-45af-b87f-5342bb5dd0eb> (14.3.2017, 08:16); eigene Erfahrungen mit Uber; siehe auch *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig Economy 109.

⁵⁵ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018, sämtliche mir in diesem Zeitraum ausgestellten Rechnungen.

⁵⁶ <https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> (10.3.2017, 14:17).

⁵⁷ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig Economy 114.

zwischen Uber und den mit der Durchführung der Personentransporte betrauten Mietwagenunternehmen **hinterfragenswert**, sofern es sich bei diesen um Kleinst- oder Ein-Personen-Unternehmen handeln sollte.⁵⁸ Dass dies zumindest teilweise der Fall ist, kann nicht ausgeschlossen werden und scheint angesichts der auf den übermittelten Rechnungen⁵⁹ angeführten Firmen nahe zu liegen. Die in weiteren Kapiteln folgende (arbeits)rechtliche Analyse basiert daher auf dieser **Hypothese**, wie weiters die mutmaßliche **Verhandlungsübermacht des milliardenschweren Uber-Konzerns** gegenüber den Mietwagenunternehmen zu berücksichtigen sein wird.

1.5.2. Foodora

Die 2014 in München gegründete⁶⁰ und in Österreich von der zum börsennotierten Unternehmen Rocket Internet⁶¹ gehörenden **Volo DS XXXVI 9 GmbH**⁶² betriebene Internetplattform Foodora hat sich wirtschaftlich auf den Bereich der **Essenszustellung durch FahrradkurierInnen** spezialisiert. Die Zustellungen können derzeit ausschließlich in Wien innerhalb des Gürtels, in der Leopoldstadt, in Währing und in Döbling erfolgen.⁶³ Dabei liegt der Fokus auf angesagten und qualitativ höherwertigen Restaurants⁶⁴, die in aller Regel **selbst keine Zustellung** anbieten. Für die Restaurants hat die Kooperation mit Foodora den Vorteil, keine eigene Zustell-Infrastruktur aufbauen zu müssen, zudem bringt die Verfügbarkeit auf der Plattform auch einen Werbeeffect mit sich. Dafür müssen die Restaurants zwischen 30 und 35% der über Foodora erwirtschafteten Umsätze als **Kommission** zahlen.⁶⁵

⁵⁸ Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 118.

⁵⁹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018, sämtliche mir in diesem Zeitraum ausgestellten Rechnungen.

⁶⁰ <https://www.foodora.at/contents/contact.htm> (17.3.2017, 14:02).

⁶¹ Laufer, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30); <https://www.foodora.at/ride4us> (17.3.2017, 11:24).

⁶² <https://www.foodora.at/contents/imprint.htm> (16.3.2017, 17:23).

⁶³ Kanya, Markt für Essenszusteller im Umbruch, ORF.at, <http://wien.orf.at/news/stories/2818219/> (17.3.2017, 11:36).

⁶⁴ <https://www.foodora.at/contents/contact.htm> (17.3.2017, 14:02).

⁶⁵ <https://www.foodora.at/contents/drivers-and-restaurants.htm> (17.3.2017, 12:13); Dullinger, Essenszustellung: Foodora in Lutz/Risak (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 186 (187f); Laufer, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30).

Die FahrradkurierInnen, die bestellte Speisen in den Restaurants abholen und an KundInnen liefern, sind einheitlich mit **pinken Jacken** bekleidet und dadurch nicht nur optisch im Straßenverkehr der Innenstadtbezirke sehr auffällig, sondern seit einiger Zeit auch zahlenmäßig außerordentlich präsent. Dem Bericht einer Tageszeitung zufolge konnte für Anfang 2017 von etwa 400 KurierInnen in Wien ausgegangen werden.⁶⁶

Menschen, die an einer Tätigkeit als KurierIn bei Foodora interessiert sind, müssen zunächst einen kurzen Fragebogen auf der Foodora-Website ausfüllen und sich auf diese Art **registrieren**. Potentielle KurierInnen müssen ein eigenes Rad und ein internetfähiges Smartphone besitzen und sollten mindestens zehn Stunden pro Woche für Foodora zur Verfügung stehen. Das private Fahrrad und das private Smartphone stellen gemeinsam gleichzeitig die **wichtigsten Arbeitsgeräte** dar. Versprochen werden dafür flexible Arbeitszeiten, die Möglichkeit, das gesamte von KundInnen ausgehändigte Trinkgeld zu behalten und ein Stundenlohn von „bis zu“ EUR 10,00.⁶⁷ Im Anschluss an das Abschicken des Fragebogens folgt ein kurzes Vorstellungsgespräch mit dem Namen „Onboarding“ und eine Probefahrt.⁶⁸

Neue KurierInnen erhalten zunächst einen freien Dienstvertrag und werden dementsprechend **nicht mit Zuschlägen für Wochenend- oder Nachtdienste**, die bei Lieferdiensten naturgemäß einen großen Teil der Gesamtarbeitszeit ausmachen, bedacht. Eine Teil- oder Vollzeitanstellung können die KurierInnen erst nach einiger Zeit der Tätigkeit für Foodora erlangen. Zudem existieren noch ältere Verträge mit Selbstständigen, die über einen entsprechenden Gewerbeschein verfügen und für Foodora fahren. Nach Angaben von Foodora gegenüber der Tageszeitung Der Standard wolle man sich jedoch in der Zukunft von freien Dienstverträgen verabschieden und die entsprechenden Verträge

⁶⁶ *Lauffer, Nora*. Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30).

⁶⁷ <https://www.foodora.at/ride4us> (17.3.2017, 11:24).

⁶⁸ *Wohlfahrter*, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

sukzessive umstellen.⁶⁹ Auf der Website von Foodora ist von einer möglichen generellen Anstellung der KurierInnen jedoch nichts zu lesen.⁷⁰

Hinsichtlich der konkreten zeitlichen Lage der Dienste der KurierInnen müssen diese sich online in **Schichtpläne** eintragen und eine Bestätigung des geplanten Arbeitseinsatzes durch Foodora abwarten. Erst dann gilt der Arbeitseinsatz als vereinbart, sodass die KurierInnen nicht selbst und alleine festlegen können, wann sie für Foodora tätig sein wollen.⁷¹

Aus Sicht der KundInnen steht zu Beginn ebenfalls die **Registrierung auf der Plattform**. Das kann entweder durch das Anlegen eines eigenen KundInnenprofils unter Angabe von persönlichen Daten sowie Festlegung von Emailadresse und Passwort oder durch eine Verknüpfung von Foodora mit einem bereits bestehenden Facebook-Account geschehen.⁷² Anschließend kann nach Eingabe einer Lieferadresse ein Restaurant aus einer Liste von nahegelegenen Lokalen ausgewählt werden. Der Mindestbestellwert kann je nach Restaurant variieren, beträgt in der Regel jedoch EUR 15,00. Der Preis der bestellten Speisen erhöht sich zusätzlich um eine Liefergebühr in der Höhe von EUR 3,50. Die Bezahlung erfolgt ebenfalls online, etwa unter **Angabe einer Kreditkartennummer**.⁷³

Im Anschluss werden die bestellten Speisen von den KurierInnen vom Restaurant abgeholt und **innerhalb eines 30-Minuten-Fensters**⁷⁴ zugestellt, wobei sich Foodora in seinen online abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine Lieferdauer von bis zu zwei Stunden vorbehält.⁷⁵ Dabei werden die KurierInnen mittels der **GPS-Funktion** einer Handy-App, über die ihr aktueller Standort sowohl für Foodora als auch für die zu

⁶⁹ Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreuen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34); Laufer, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30); Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 189.

⁷⁰ <https://www.foodora.at> sowie sämtliche Unterseiten (16.3.2017, 16:54).

⁷¹ Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 189.

⁷² <https://www.foodora.at> - rechts oben muss auf die Schaltfläche „Anmelden“ und in weiterer Folge auf „Registrieren“ geklickt werden (16.3.2017, 16:54).

⁷³ Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 187; <https://www.foodora.at> - die Liefergebühr wird während des Bestellvorganges angezeigt (16.3.2017, 16:54).

⁷⁴ <https://www.foodora.at/contents/contact.htm> (17.3.2017, 14:02).

⁷⁵ <https://www.foodora.at/contents/terms-and-conditions.htm> (17.3.2017, 15:24); siehe auch Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 187.

beliefernden KundInnen jederzeit ersichtlich ist, entlang einer vorgegebenen Route durch die Stadt gelotst.⁷⁶

1.5.3. Book a Tiger

Über die Online-Plattform Book a Tiger, hinter der ein Unternehmen mit dem Namen Book a Tiger Austria GmbH stand⁷⁷, war es möglich, **Reinigungskräfte für Wohnungen und Büros** zu buchen. Während des Verfassens der vorliegenden Dissertation stellte Book a Tiger mit dem Jahreswechsel 2017/2018 in Österreich seinen Betrieb ein und es **werden keine Anfragen mehr entgegen genommen**.⁷⁸ Anhand des raschen Auftauchens und Verschwindens von Internetplattformen zeigt sich die große Dynamik, die in der Plattformökonomie herrscht, in deutlicher Weise. Angesichts **besonderer rechtlicher Fragestellungen**, die sich auch im Hinblick auf andere Dienstleistungsplattformen im Reinigungssektor ergeben, wird die Plattform Book a Tiger trotz ihrer Betriebseinstellung im Rahmen dieser Dissertation **als Fallbeispiel untersucht**.

Die Buchung von Reinigungsdienstleistungen konnte entweder direkt über die Website www.bookatiger.com geschehen oder über eine herunterladbare Handy-Anwendung („App“). Verfügbar waren die angebotenen Dienstleistungen innerhalb Österreichs nur im Großraum Wien, außerhalb Österreichs auch in einigen größeren Städten in Deutschland, der Schweiz und den Niederlanden. Geworben wurde auf der Website mit „**zuverlässigen Putzkräften**“, die nach ihrer Registrierung auf der Plattform ein mehrstufiges Auswahlverfahren, inklusive Bewerbungsgespräch und Vorlage eines Strafregistrauszuges, durchlaufen hätten, einfach umbuch- oder stornierbaren Terminen sowie bargeldloser Bezahlbarkeit der Dienstleistung.⁷⁹

⁷⁶ *Wohlfahrter*, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34); *Laufer*, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30).

⁷⁷ <https://www.bookatiger.com/at-de/impressum> (15.3.2017, 08:52).

⁷⁸ *Kellhofer*, Book a Tiger: Putzdienst zieht sich zu Jahresende komplett aus Österreich zurück, <https://www.trendingtopics.at/book-a-tiger-putzdienst-zieht-sich-zu-jahresende-komplett-aus-oesterreich-zurueck/> (28.02.2018, 13:05).

⁷⁹ <https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.3.2017, 08:56); <https://www.bookatiger.com/ch-de/> (15.3.2017, 11:32); <https://www.bookatiger.com/de-de/> (15.3.2017, 11:32); <https://www.bookatiger.com/nl-nl/> (15.3.2017, 11:33).

Hinsichtlich der Rechtstellung der buchbaren Reinigungskräfte machte die BOOK A TIGER Austria GmbH deutlich, dass es sich aus ihrer Sicht dabei um **Selbstständige** handelte und die Plattform sich auf eine **reine Vermittlungstätigkeit** beschränkte. Diese Angaben waren im Vorfeld der Buchung bzw während des Buchungsvorgangs über die Website für unbedarfte KundInnen jedoch nur schwer ersichtlich⁸⁰, lediglich in den online abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen war deutlich formuliert: „*BAT [= die BOOK A TIGER Austria GmbH] bietet selbst keine Reinigungstätigkeiten an und tritt ausschließlich als Vermittler auf. BAT vermittelt keine eigenen Mitarbeiter. [...] Vermittelt werden ausschließlich selbstständige Dienstleister. Der Dienstleister weist gegenüber BAT seinen Gewerbeschein nach und ist selbst für die Erfüllung seiner steuerlichen und sonstigen Pflichten verantwortlich. Der Dienstleister ist selbst versicherungspflichtig.*“⁸¹

In diesem Zusammenhang wurde von Book a Tiger betont, dass durch die ausschließliche **Vermittlung von Reinigungskräften mit Gewerbeschein** die Schwarzarbeit reduziert würde⁸², was auf den Umstand Bezug nimmt, dass haushaltsnahe Dienstleistungen wie Reinigungstätigkeiten in großem Umfang bloß über Empfehlungen vermittelt und auch informell erbracht werden.⁸³

Aus Sicht der DienstleistungsempfängerInnen gestaltete sich der Ablauf der Dienstleistung wiederum folgendermaßen: Ohne dass eine Registrierung auf der Plattform notwendig wäre, musste der Ort der gewünschten Reinigung und ein Zeitpunkt sowie eine Zahlungsart angegeben werden. Dabei mussten **mindestens 2,5 Stunden** gebucht werden, die KundInnen erhielten anschließend eine **Buchungsbestätigung per Email**. Kurze Zeit später wurde eine weitere Email versandt, aus der der Name der konkreten Reinigungskraft hervorging, weiters waren darin nochmals Details zur Buchung angeführt. Dass ein Vertrag mit der Reinigungskraft und nicht mit der BOOK A TIGER Austria GmbH geschlossen wurde, **ging aus der Email nicht hervor**, im Gegenteil lautete der erste Satz direkt unter

⁸⁰ Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/app/subscription/> - nach Eingabe der Adresse muss im zweiten Schritt auf die sehr kleine Schaltfläche „Erfahren Sie mehr“ geklickt werden (15.3.2017, 14:37); siehe auch Warter, *Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger*, in Lutz/Risak (Hg), *Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud* (2017) 150 (161f).

⁸¹ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

⁸² <https://www.bookatiger.com/at-de/ueber-uns> (15.3.2017, 14:54); siehe auch Heiling/Kuba, *Kurswechsel* 2016/2, 15.

⁸³ Rom, Klick und Putz: Die Putzfrau aus dem Internet, *Der Standard Online*, <http://derstandard.at/2000007222926/Klick-und-Putz-Die-Putzfrau-aus-dem-Internet> (16.3.2017, 10:14).

dem Book a Tiger-Logo: „Wir freuen uns über Ihre Buchung!“⁸⁴ Somit schien die Kommunikationspolitik von Book a Tiger hinsichtlich der Stellung der Reinigungskräfte und deren Verhältnis zum Unternehmen in der Gesamtschau der Praxis von Uber, **erst nachträglich** (auf der Rechnung) auf die bereits erfolgte Leistungserbringung durch einen/eine DrittanbieterIn hinzuweisen, zu ähneln.

Nach einer Einweisung durch den/die KundIn wurde die Reinigungsdienstleistung vor Ort von der gebuchten Reinigungskraft erbracht, wobei die **Reinigungsmittel von den KundInnen zur Verfügung gestellt** werden mussten und der Preis anschließend über die im Zuge des Buchungsvorganges angegebene Kreditkarte abgebucht oder direkt an die Reinigungskraft in bar ausbezahlt wurde.⁸⁵

Der Preis für die Inanspruchnahme einer Reinigungsdienstleistung über Book a Tiger in Wien betrug EUR 15,90 pro Stunde⁸⁶, wovon Book a Tiger 20% als Provision einbehält.⁸⁷ Vom verbleibenden Entgelt waren angesichts der behaupteten Selbstständigkeit der Reinigungskräfte noch **Steuern und Sozialversicherungsbeiträge** zu zahlen.⁸⁸

1.6. Forschungsfrage

Aus den unter 1.2. angestellten Überlegungen lässt sich nachstehende Forschungsfrage ableiten:

In welchem rechtlichen Verhältnis stehen PlattformbetreiberInnen und DienstleistungserbringerInnen zueinander und welche (arbeits-)rechtlichen und sozialpolitischen Konsequenzen ergeben sich aus der jeweiligen Einordnung, insbesondere hinsichtlich kollektivvertraglichem Mindestlohn, Arbeitszeit, Diskriminierungsschutz sowie Urlaub und Fehlzeiten?

⁸⁴ <https://www.bookatiger.com/at-de/app/subscription/> (15.3.2017, 14:37); Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 15; Warter in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig Economy 162f; eigene Erfahrung durch Buchung einer Reinigungskraft am 16.3.2017.

⁸⁵ Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 15; <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁸⁶ Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/app/subscription/> - nach Eingabe der Adresse wird im zweiten Schritt der Preis angezeigt (15.3.2017, 14:37).

⁸⁷ Rom, Klick und Putz: Die Putzfrau aus dem Internet, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000007222926/Klick-und-Putz-Die-Putzfrau-aus-dem-Internet> (16.3.2017, 10:14).

⁸⁸ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

1.7. Gang der Untersuchung

Im Rahmen der Einleitung erfolgte anhand der bestehenden Literatur aus dem wirtschaftswissenschaftlichen und juristischen Bereich bereits der **Versuch einer Begriffsdefinition** für die „Sharing Economy“ und die Plattform als solche sowie die **Darstellung gängiger Geschäftsmodelle**. Im Anschluss soll nun gezeigt werden, wieso sich plattformbasiertes Arbeiten grundsätzlich (nicht?) von bisherigen Formen des Arbeitens unterscheidet und in welcher Weise die „Plattform-Arbeit“ als **besonderes Phänomen der kapitalistischen Ökonomie im 21. Jahrhundert** zu bewerten ist.

Im weiteren Verlauf der Arbeit muss mangels des Vorliegens von Internetplattformen betreffender österreichischer Judikatur aus dem Bereich des Arbeitsrechts **mit Hilfe der herkömmlichen Grundsätze des Arbeitsrechts** das **Verhältnis zwischen PlattformbetreiberInnen, DienstleistungserbringerInnen und DienstleistungsempfängerInnen** beleuchtet werden. Dabei wird es im zentralen Teil der Dissertation entscheidend sein, herauszuarbeiten, welchem gesetzlichen Rechtsinstitut (WerkunternehmerIn, arbeitnehmerähnliche Person, ArbeitnehmerIn) der oder die Plattform-ArbeiterIn zu unterstellen ist und umfassend zu untersuchen, welche für die DienstleistungserbringerInnen **wesentlichen rechtlichen Konsequenzen** hinsichtlich Mindestlohn, Arbeitszeit, Diskriminierungsschutz sowie Urlaub und Fehlzeiten sich daraus ergeben. In diesem Zusammenhang sollen, wenngleich natürlich nur eingeschränkt in Einklang mit der österreichischen Rechtslage zu bringen, auch die bereits ergangenen Urteile zu plattformbasierten Diensten aus dem angloamerikanischen Raum und der Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden.

Danach sollen **weitere wesentliche rechtliche und sozialpolitische Schwierigkeiten** dargestellt und erörtert werden, die sich im Zusammenhang mit plattformbasierter Arbeit ergeben. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Beantwortung der Frage gelegt, wie sich das Arbeiten für kommerzielle Plattformen auf den traditionellen Arbeitsmarkt auswirkt und welche **Perspektiven** sich im Umgang mit Internetplattformen rechtlich und sozialpolitisch eröffnen.

Angesichts des Vordringens von ortsgebunden-plattformbasierten Geschäftsmodellen in eine immer größere Anzahl von Lebensbereichen soll die vorliegende

Arbeit einen Beitrag zur **Erforschung des Themas** und damit zu einer besseren arbeitsrechtlichen Einordnung sowie insbesondere zu faireren Arbeitsbedingungen für die „Plattform-ArbeiterInnen“ leisten.

2. Plattformarbeit als Phänomen des Kapitalismus im 21. Jahrhundert

2.1. Die Entwicklung der Arbeit im 19. und 20. Jahrhundert

Als ab dem Beginn des 19. Jahrhunderts mit dem **Einsetzen der Industriellen Revolution** die **kapitalistische Wirtschaftsordnung** von England ausgehend die bis dahin herrschenden feudalen Strukturen in Europa abzulösen begann, änderten sich auch die grundlegenden sozialen Umstände. So verlor (zunächst in England) die Bauernschaft durch die Umwandlung von bis dahin im Feudalismus gemeinschaftlich bewirtschafteten Landes in **privates Eigentum**, das auf den neu entstandenen Märkten gehandelt werden konnte, und der damit einhergehenden **Vertreibung der BäuerInnen**, ihre Lebensgrundlage.⁸⁹

Hinsichtlich dessen, was bis dahin als Handwerk verstanden wurde, veränderte sich weniger der Inhalt der Arbeit als vielmehr ihre **Organisation**. Die Handwerksarbeit, bei der ein Produkt nach dem anderen vollständig hergestellt worden war, wurde **in ihre einzelnen Arbeitsschritte zerlegt** und die so vereinzelter Arbeitsschritte von separaten ArbeiterInnen erledigt. Die voranschreitende **Mechanisierung** verschärfte diese Entwicklung dahingehend, als die Arbeitskraft des/der einzelnen HandwerkerIn zusehends durch Maschinen ersetzt wurde.⁹⁰

Die bisher in der feudalen Landwirtschaft bzw im Handwerk tätigen Menschen wurden mangels ihnen selbst verbliebener Produktionsmittel und damit Subsistenzmöglichkeit gewissermaßen auf das Einzige reduziert, was ihnen geblieben war: ihre Arbeitskraft. Diese wurde nunmehr ebenso als „Ware“ auf Märkten gehandelt und **musste verkauft werden, um ein Überleben sicherzustellen**. Der Zuzug in die zunehmend

⁸⁹ Rifkin, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft 51f.

⁹⁰ Braverman, Labour and Monopoly Capital² (1998) 117.

industrialisierten Städte und der damit steigende Nahrungsmittelbedarf übte zusätzlichen Druck auf die verbliebene Landbevölkerung aus.⁹¹ Der Übergang vom Feudalismus zur (kapitalistischen) Marktwirtschaft markiert in meinen Augen auch den **Entstehungszeitpunkt des Begriffs von (Lohn-)Arbeit** nach einem modernen Verständnis.

Es ist daher davon auszugehen, dass vor diesem Zeitpunkt auch der Begriff der „Arbeitslosigkeit“ unbekannt war. Zur Zeit des Feudalismus musste sich ein großer Teil der Bevölkerung dem göttlich vorherbestimmten Schicksal fügen und die Menschen den ihnen zugedachten Platz in der Gesellschaft akzeptieren. **Armut und prekäre Lebensumstände** bildeten dabei **keine Ausnahme**, sondern die Regel, da Arbeit als Norm nicht existierte.⁹²

Das Phänomen der **Arbeitskraft als „Ware“** wird auch von *Marx* in seinem Hauptwerk „**Das Kapital**“ behandelt, in dem eine umfassende Darstellung der Wirkweisen der kapitalistischen Ökonomie erfolgt. Wie bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit in aller Kürze wiedergegeben, bildet nach *Marx* die Existenz des „**freien Arbeiters**“ ein zentrales Element der kapitalistischen Ökonomie, das von den Geldbesitzern „als eine besondere Abteilung des Warenmarkts“ vorgefunden werden müsse. Der „freie Arbeiter“ sei **als Person frei**, nach dem Übergang zum Kapitalismus also nicht mehr der Feudalherrschaft unterworfen und **frei darin, seine Arbeitskraft zu verkaufen** an wen auch immer er wünscht, andererseits jedoch auch „**frei**“ von jeglichen anderen Dingen, die er verkaufen könnte und „**frei**“ von Produktionsmitteln. Bei *Marx* hat die durch das Ende der Feudalherrschaft gewonnene persönliche Freiheit also einen **Doppelcharakter**.⁹³ Hinsichtlich dessen, was genau es ist, das die ArbeiterInnen verkaufen und die KapitalistInnen kaufen, so, das führt *Braverman* wohl sehr zutreffend aus, handelt es sich dabei nicht um eine bestimmte Menge an Arbeitskraft – denn diese kann vom Menschen, der sie besitzt, naturgemäß nicht getrennt werden – sondern um die **Möglichkeit der Machtausübung über eine bestimmte Menge Arbeitskraft** für einen vereinbarten Zeitraum.⁹⁴

⁹¹ *Rifkin*, Null-Grenzkosten-Gesellschaft 52f.

⁹² *Beck*, Schöne neue Arbeitswelt² 39f.

⁹³ *Marx*, Das Kapital² 170.

⁹⁴ *Braverman*, Labour and Monopoly Capital² 37.

Des Weiteren betont *Marx* die Kette an historischen Entwicklungen, die zum Ende des Feudalismus und zur Arbeitskraft als Ware führten: „*Die Natur produziert nicht auf der einen Seite Geld- oder Warenbesitzer und auf der anderen bloße Besitzer der eignen Arbeitskräfte. Dies Verhältnis ist kein naturgeschichtliches und ebensowenig ein gesellschaftliches, das allen Geschichtsperioden gemein wäre. Es ist offenbar selbst das Resultat einer vorhergegangenen historischen Entwicklung, das Produkt vieler ökonomischer Umwälzungen, des Untergangs einer ganzen Reihe älterer Formationen der gesellschaftlichen Produktion.*“⁹⁵ Vor diesem Hintergrund ist auch die Fortentwicklung des Kapitalismus seit seiner Entstehung zu betrachten und seine Phänomene zu bewerten.

Mit der Entstehung des industriellen Kapitalismus und in dessen Frühphase konnten UnternehmerInnen nun Arbeitskraft in der gleichen Art einkaufen wie Rohstoffe, nämlich, so *Braverman*, als **klar definierte und abgrenzbare zeitliche Menge von Arbeit**, die schließlich im fertigen Produkt enthalten ist. Das habe einerseits zu einer Vielzahl von Arten der **Subvertragsgestaltung** geführt, bei dem die ArbeiterInnen in den Produktionsstätten als Selbstständige entweder direkt mit dem/der FabriksbesitzerIn kontrahierten, oder das Verhältnis zu den BesitzerInnen über SubunternehmerInnen und VorarbeiterInnen vermittelt wurde. Dabei seien die ArbeiterInnen teilweise **selbst für den Betrieb von Maschinen verantwortlich** gewesen und hätten auch selbst Hilfskräfte, die sie üblicherweise in den Kindern ihrer eigenen Familien oder ihrem Bekanntenkreis fanden, engagieren müssen. Andererseits sei in vielen Bereichen auf **Heimarbeit** zurückgegriffen worden. In beiden Ausprägungen, der Fabriksarbeit ebenso wie der Heimarbeit, sei stets nach der **Stückzahl der produzierten Güter** bezahlt worden.⁹⁶

Tatsächlich stellte sich die **soziale Lage** in der Zeit nach der Etablierung des Industriekapitalismus zunächst dramatisch dar. Die ArbeiterInnen lebten in den Städten auf engstem Raum in Elendsvierteln und mussten lange Arbeitstage in Kauf nehmen, während die gezahlten Löhne trotz raschen Wirtschaftswachstums zumindest während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf einem niedrigen Niveau **stagnierten** und zum Teil unter denen der vorangegangenen Jahrhunderte lagen. Gleichzeitig **wuchs die gesellschaftliche Ungleichheit**, gemessen am Anteil des Kapitals am Nationaleinkommen Großbritanniens

⁹⁵ *Marx*, Das Kapital² 170.

⁹⁶ *Braverman*, Labour and Monopoly Capital² 42f.

und Frankreichs, enorm an und blieb in der Folge bis zum Ersten Weltkrieg im Wesentlichen unverändert.⁹⁷ Eindringlich geschildert werden die Lebensumstände der ArbeiterInnen Mitte des 19. Jahrhunderts von *Engels* in seinem Werk „Die Lage der arbeitenden Klasse in England“⁹⁸, in dem von **unmenschlichen Bedingungen in den ArbeiterInnenvierteln englischer Städte** berichtet wird. So sei der Hungertod von ArbeiterInnen keine Seltenheit und akzeptable Wohn- und Arbeitsbedingungen seien kaum anzutreffen gewesen.⁹⁹

Die sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts entwickelnde **systematische Organisation von Massenproduktion** mit vorangehender Analyse der zu erbringenden Arbeiten und **exakter Planung von Arbeitsabläufen**, bei der die Vereinigten Staaten eine Vorreiterrolle einnahmen und die im Hinblick auf *Frederick Taylor*, der eine Form des „**wissenschaftlichen Managements**“ („**scientific management**“) von Arbeit entwickelte, bei der die Dauer jeder einzelnen Bewegung der ArbeiterInnen gemessen und so maximale Kontrolle über die Arbeit ausgeübt wurde¹⁰⁰ und als „**Taylorismus**“ bezeichnet wird, mündete zu Beginn des 20. Jahrhunderts in die **systematische Einführung der Fließbandarbeit** in den Automobilproduktionsstätten von *Henry Ford*. So wurden unter hierarchischer Steuerung alle Arbeitsprozesse in ihre einzelnen Arbeitsschritte zerlegt und arbeitsteilig standardisiert, was *Ford* zum Namensgeber der von ihm eingesetzten Produktionsweise („**Fordismus**“) machte. Dem Entstehen der Massenproduktion von Gütern lag die Erkenntnis zu Grunde, dass die massenhaft arbeitende Bevölkerung mit ihrem steigenden Einkommen einen **großen potentiellen Absatzmarkt** bildete. Zur Zeit des Frühkapitalismus mit seinen sehr niedrigen Löhnen bestand kaum Anreiz zur maschinellen Produktion von Waren für die Bedürfnisse der ArbeiterInnenschaft.¹⁰¹ Gleichzeitig führten die stark routinierte Produktion und der gleichförmige Arbeitsalltag an den Fließbändern in den Fabriken des Fordismus dazu, dass die ArbeiterInnen bloß **rudimentäre Tätigkeiten**, die wenig Geist erforderten, verrichten mussten. Das kam, verglichen mit der weitgehend selbstständigen Produktionsweise vor der Zeit des Fordismus, einem **Autonomieverlust** gleich.¹⁰²

⁹⁷ *Piketty*, Das Kapital im 21. Jahrhundert² (2014) 21f.

⁹⁸ Siehe *Engels*, Die Lage der arbeitenden Klasse in England² (1892/2016).

⁹⁹ *Engels*, Die Lage der arbeitenden Klasse in England² 38ff.

¹⁰⁰ *Sennet*, Der flexible Mensch⁵ (2000) 50.

¹⁰¹ *Hobsbawm*, Industrie und Empire 2 – Britische Wirtschaftsgeschichte seit 1750³ (1972) 11f; *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft – Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne⁶ (2017) 21.

¹⁰² *Sennet*, Der flexible Mensch⁵ 49f.

Nach dem Zweiten Weltkrieg setzte sich mit der nun vollständigen **Entfaltung des Fordismus** in Europa eine Form der **streng normierten und standardisierten Produktionsweise** durch, die eher an langfristiger Zukunftsplanung auf Basis von in der Vergangenheit festgelegten Investitionsentscheidungen und Programmen orientiert war und weniger an Anforderungen des Marktes. Das bedeutete jedoch auch, dass kurzfristige Anpassungen der Produktion kaum möglich waren und höchstens als **Reaktion auf Marktveränderungen** erfolgten. Seitens der Unternehmen wurde im Vertrauen auf die „**Zähmbarkeit**“ des **Kapitalismus** die Unberechenbarkeit der Märkte weitgehend ausgeblendet, gleichzeitig führten der **Aufbau des Sozialstaates** und gewerkschaftliche Stärke zu steigenden Löhnen, gesicherten sozialen Verhältnissen und der Herausbildung des „**Normalarbeitsverhältnisses**“ für den überwiegenden Teil der Beschäftigten. Die Interessenkonflikte zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen wurden durch die **Vermittlung von Verbänden** gewissermaßen **in geordnete Bahnen gelenkt**.¹⁰³

Nach Auffassung von *Nachbagauer* stellte sich das Normalarbeitsverhältnis als Antwort auf eine besondere historische Problemlage nach dem Zweiten Weltkrieg und erklärtes **Ziel des Wohlfahrtsstaates** dar¹⁰⁴, wobei die wesentlichen Charakteristika des Normalarbeitsverhältnisses eine gewisse **Dauerhaftigkeit**, etwa in Form einer unbefristeten Beschäftigung, ein **festes Arbeitszeitmuster**, normierter und **existenzsichernder Lohn**, **Sozialversicherungspflicht** und **persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit gegenüber dem/der ArbeitgeberIn** gewesen seien. Darüber hinaus sei das Normalarbeitsverhältnis in besonderem Maße bei der **männlichen Bevölkerung** anzutreffen gewesen.¹⁰⁵ Frauen arbeiteten in der Regel, so sie keine Hausfrauen waren, verstärkt in weniger geschützten Berufen und insofern **außerhalb des Normalarbeitsverhältnisses**. Dieses konnte sich als Norm zudem vor allem angesichts der im Nachkriegseuropa hohen Nachfrage nach Arbeitskräften und der daraus resultierenden sehr niedrigen Arbeitslosigkeit etablieren.¹⁰⁶

¹⁰³ *Holst*, Die Konjunktur der Flexibilität – Zu den Temporalstrukturen im Gegenwartskapitalismus, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012) 222 (227f); *Nachtwey*, Die Abstiegs-gesellschaft⁶ (2017) 21f.

¹⁰⁴ *Nachbagauer*, Jenseits der Normalarbeit, in *Pacic* (Hg), Atypische Beschäftigung (2016) 1 (2).

¹⁰⁵ *Nachbagauer* in *Pacic*, Atypische Beschäftigung 4.

¹⁰⁶ *Nachtwey*, Die Abstiegs-gesellschaft⁶ 22f; siehe auch *Nachbagauer*, in *Pacic*, Atypische Beschäftigung 11.

Nachbagauer betont darüber hinaus die **Friedensfunktion** des Normalarbeitsverhältnisses: Die ArbeitnehmerInnen hätten auf die Forderung, die Arbeitsprozesse nach ihren Vorstellungen umzugestalten, verzichtet und das Eigentum der UnternehmerInnen an den Produktionsmitteln nicht mehr in Frage gestellt, die ArbeitgeberInnen hätten dafür die kollektive Vertretung der ArbeitnehmerInnen akzeptiert und diesen eine Reihe sozialer Rechte zugestanden. Der ursprüngliche Tausch von Arbeit gegen Lohn sei somit um einen **Sicherheitsaspekt** angereichert worden.¹⁰⁷ Nach Ansicht von *Nachtwey* sei das Normalarbeitsverhältnis gesellschaftlich ein bedeutender Schritt für die Selbstbestimmtheit der ArbeiterInnen und ihrer Lebensgestaltungen¹⁰⁸ gewesen, sogar ein „**Element der Normalisierung des Kapitalismus**“.¹⁰⁹

Castel beschreibt diese Zeit als eine Phase, in der moderne Lohnarbeit auf einem **dialektischen Zusammenhang zweier Dimensionen** beruht habe. Arbeit sei nach wie vor ein Faktor von Entfremdung, Unterordnung, Fremdbestimmtheit und Ausbeutung gewesen und habe die ArbeiterInnen insofern beherrscht, gleichzeitig sei es jedoch auch die Arbeit gewesen, die den ArbeiterInnen Anerkennung verschafft habe.¹¹⁰

Ab den 1970er Jahren setzte sich im Denken der UnternehmerInnen angesichts wirtschaftlicher Turbulenzen und den damit einhergehenden Nachfrageeinbrüchen, zusehends die Auffassung durch, dass mit dem Ergreifen bloß reaktiver Maßnahmen, wie sie bisher seit Ende des Zweiten Weltkriegs üblich gewesen waren, nicht mehr das Auslangen gefunden werden könne und man eine **flexiblere Personalpolitik**, die mögliche künftige Marktschwankungen einkalkuliert, betreiben müsse.¹¹¹ Mit diesem Zeitpunkt begann sich die Ordnung, die der Fordismus ins Arbeitsleben und damit in die Gesellschaft gebracht hatte, **aufzulösen**.

Die **postfordistische Produktionsweise** ist schließlich gekennzeichnet von einer **flexiblen Spezialisierung**, die die Produktion am Fließband durch die Produktion auf flexiblen Produktionsinseln, deren konkrete Produktionsaufgaben je nach Markterfordernis

¹⁰⁷ *Nachbagauer* in *Pacic*, Atypische Beschäftigung 11f.

¹⁰⁸ *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft⁶ 83.

¹⁰⁹ *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft⁶ 40.

¹¹⁰ *Castel*, Die Krise der Arbeit (2011) 68.

¹¹¹ *Holst* in *Dörre/Sauer/Wittke*, Kapitalismustheorie und Arbeit 229.

rasch verändert werden können, ersetzt.¹¹² Dies dient *Dyer-Witheford* zufolge auch der Möglichkeit, Arbeitskräfte reduzieren, ihre Rolle im Produktionsprozess verändern, Lagerbestände klein halten und die Produktion an den effektiven Verkauf knüpfen zu können.¹¹³ *Beck* spricht im Zusammenhang mit dem Ende des Fordismus vom **Übergang zur „Zweiten Moderne“**¹¹⁴ und zum **„Risikoregime“**. An die Stelle des national begrenzten fordistischen Rahmens trete im „Risikoregime“ zudem der Zwang, sich auf dem Weltmarkt und in der Weltgesellschaft zu behaupten.¹¹⁵

2.2. Arbeit heute

Seit den 1970er Jahren ist also zunehmend ein heute nach wie vor anhaltender **Wandel des gesellschaftlichen Verständnisses von Arbeit** zu beobachten, der aus dem Wunsch der Unternehmen, künftigen Marktveränderungen dadurch entgegenzutreten, dass die Ware Arbeitskraft nur noch dann dauerhaft eingekauft werden soll, wenn man sich davon auch das Generieren langfristiger Renditen verspricht, resultiert. Der beschriebene gesellschaftliche Wandel bringt einerseits eine **verstärkte Flexibilisierung von Arbeitszeit** und eine **geänderte Auffassung von Leistung** mit sich, andererseits auch eine Verschiebung hinsichtlich der Bedeutung des Normal- und anderer Arbeitsverhältnisse.¹¹⁶

So stieg der Anteil der **atypischen**, also nicht in einem traditionellen Normalarbeitsverhältnis befindlichen, **Beschäftigten** seit den 1970er Jahren kontinuierlich an¹¹⁷ und machte im Jahr 2015 in Österreich **mehr als ein Drittel aller unselbstständig Beschäftigten** aus. Werden nur die Frauen, die einer unselbstständigen Beschäftigung nachgehen, betrachtet, macht der Anteil der atypischen Beschäftigungsverhältnisse sogar **über 50%** aus. In die Kategorie der atypischen Beschäftigungsverhältnisse gezählt werden dabei die Arbeitsrealitäten von Personen, die **in Teilzeit oder geringfügig, befristet, in Leiharbeit** oder mit einem **freien Dienstvertrag** beschäftigt sind. Im Hinblick auf Frauen betrug der Teilzeit-Anteil im Jahr 2015 bemerkenswerte 47,8%, damit waren fast genauso

¹¹² *Sennet*, Der flexible Mensch⁵ 64f.

¹¹³ *Dyer-Witheford*, Cyber-Proletariat – Global labour in the digital vortex (2015) 49f.

¹¹⁴ *Beck*, Schöne neue Arbeitswelt² 89.

¹¹⁵ *Beck*, Schöne neue Arbeitswelt² 102f.

¹¹⁶ *Holst* in *Dörre/Sauer/Wittke*, Kapitalismustheorie und Arbeit 230f.

¹¹⁷ *Nachbagauer* in *Pacic*, Atypische Beschäftigung 8.

viele Frauen in Teilzeit beschäftigt wie in Vollzeit. Die in einem Normalarbeitsverhältnis beschäftigten Personen sind also vorwiegend Männer.¹¹⁸

Wenngleich das Normalarbeitsverhältnis wie oben erwähnt auch in der fordistischen Vergangenheit, wohl bedingt durch die gesellschaftliche **Reduktion der Frau auf ihre Rolle als Hausfrau und Mutter**, eine vorwiegend männliche Angelegenheit war und das nach wie vor ist, lässt sich feststellen, dass auch **für immer mehr Männer atypische Beschäftigungsverhältnisse Realität** werden. So entwickelte sich der Anteil des Normalarbeitsverhältnisses unter unselbstständig beschäftigten Männern zwischen 2008 (87,5%) und 2015 (84%) rückläufig.¹¹⁹

Zudem stieg während der vergangenen Jahre die Anzahl der Ein-Personen-Unternehmen, auch „**Solo-Selbstständige**“ genannt, rasant an. Anfang 2016 machten diese bereits **58,9% der Mitgliedsunternehmen der Wirtschaftskammer Österreich (WKO)** aus, in absoluten Zahlen existierten im Jahr 2015 nahezu 50.000 Ein-Personen-Unternehmen mehr als im Jahr 2011 (nämlich, nach Zählung der WKO, 290.061 im Jahr 2015 gegenüber 240.164 im Jahr 2011).¹²⁰ Ein nach wie vor andauernder **massiver Strukturwandel in der Arbeitswelt** ist also kaum von der Hand zu weisen.

Angetrieben wird die voranschreitende Flexibilisierung in der Arbeitswelt von unterschiedlichen Faktoren. So spielt neben einer **gesellschaftlichen Individualisierung** mit Werten wie Freiheit, Selbstorganisation und der Tendenz zur Ökonomisierung des eigenen Lebens die **rasante technologische Entwicklung** der letzten Jahrzehnte eine bedeutsame Rolle, da es dank ihr einerseits möglich ist, rascher auf Anforderungen auf den Märkten zu reagieren und oft ohne große Produktionsstätten auszukommen oder gleich Dienstleistungen und virtuelle Produkte anzubieten, andererseits lässt es das **Vordringen von Technologie in schon lange bestehende Dienstleistungssparten** zu, die Anzahl der dort beschäftigten Personen zu reduzieren.¹²¹

¹¹⁸ Knittler, Atypische Beschäftigung im Jahr 2015 und im Verlauf der Wirtschaftskrise, Statistische Nachrichten 2016, 416 (418).

¹¹⁹ Knittler, Atypische Beschäftigung 421.

¹²⁰ Wirtschaftskammer Österreich. Fact-Sheet EPU (2016) 2f.

¹²¹ Nachbagauer in Pacic, Atypische Beschäftigung 19ff.

Besonders hervorzuheben ist die Bedeutung der **Entwicklung des Internets**, mit dessen Hilfe Kommunikations- und Informationsverarbeitungsprozesse selbst über große Distanzen nun in Echtzeit durchgeführt werden können. Zudem ist das Internet nicht nur innerhalb enger Grenzen nutzbar, sondern von den NutzerInnen in einer dialogischen Art und Weise **selbstständig gestaltbar**.¹²² Das Internet wird aus Sicht der Wirtschaft jedoch auch zum zentralen Element von globalisiert ablaufenden, über die gesamte Welt verteilten Produktions- und Wertschöpfungsprozessen, genauso wie von Steuerung und Kontrolle.¹²³

Obwohl nun zwar so viele Menschen wie noch niemals zuvor außerhalb ihres Heimatlandes Arbeit suchen und auch finden¹²⁴, bleibt, *Beck* zufolge, trotz sich immer stärker globalisierender Wirtschaftsprozesse Arbeit im Wesentlichen ein **lokales Phänomen**.¹²⁵ Mithilfe des Internets lässt sich dieser Widerspruch laut *Standing* insofern aufheben, als Unternehmen Arbeit auslagern könnten, ohne dass sich Arbeitskräfte physisch bewegen müssten.¹²⁶

Sennet wendet sich gegen die landläufige Auffassung, Flexibilisierung sei mit der Bereitschaft zur Veränderung gleichzusetzen, vielmehr erblickt er in der Flexibilisierung **die Veränderung selbst**.¹²⁷ Hinter dem Wort Flexibilisierung verberge sich in Wahrheit ein **System der Machtausübung**¹²⁸, das auf den **radikalen Umbau gewachsener Institutionen** und die Eliminierung redundanter oder nicht profitträchtiger Unternehmensteile zielt.¹²⁹

Gleichzeitig wird in der modernen Arbeitswelt zunehmend versucht, **das Marktrisiko von den Unternehmen auf die Arbeitskräfte zu verlagern**, was in die üblich gewordene Auslagerung von Arbeit an die wachsende Gruppe von Solo-Selbstständigen mündet. Damit einhergehend wird die Selbstständigkeit von der Wirtschaft gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit als Alternative zur Normalarbeit propagiert, wobei sich diese neue

¹²² *Boes/Kämpf*, Informatisierung als Produktivkraft – Der informatisierte Produktionsmodus als Basis einer neuen Phase des Kapitalismus, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012) 316 (324f).

¹²³ *Boes/Kämpf* in *Dörre/Sauer/Wittke* Kapitalismustheorie und Arbeit 326f.

¹²⁴ *Standing*, The Corruption of Capitalism – Why rentiers thrive and work does not pay (2016) 209.

¹²⁵ *Beck*, Arbeitswelt 56.

¹²⁶ *Standing*, The Corruption of Capitalism 209.

¹²⁷ *Sennet*, Schöne neue Arbeitswelt² 59.

¹²⁸ *Sennet*, Schöne neue Arbeitswelt² 58f.

¹²⁹ *Sennet*, Schöne neue Arbeitswelt² 59f.

Form der Selbstständigkeit deutlich vom klassischen Unternehmertum unterscheidet. So arbeiten die neuen Selbstständigen oftmals als **prekäre UnternehmerInnen** und vielfach vorwiegend in **starker wirtschaftlicher Abhängigkeit** von einem/einer einzigen VertragspartnerIn. *Nachbagauer* sieht daher im prekären Unternehmertum der neuen Selbstständigen gar eine „**moderne Variante des Tagelöhnertums**“.¹³⁰

Die Kombination aus **effektiver Kontrolle des Arbeitsprozesses** und gleichzeitiger **Abgabe von Verantwortung** seitens der Unternehmen bzw. Überwälzung des Marktrisikos an die Beschäftigten manifestiert sich meines Erachtens in den Plattform-ArbeiterInnen in besonderer Art und Weise. Wie in der Darstellung der Geschäftsmodelle der Dienste Uber, Foodora und Book a Tiger gezeigt, liegt eine wesentliche Gemeinsamkeit der genannten Plattformen darin begründet, dass die DienstleistungserbringerInnen, ob AutolenkerIn oder ZustellerIn, über eine Smartphone-App gewissermaßen „**ferngesteuert**“ werden. Über die App werden einzelne Arbeitsaufträge entgegen genommen, gleichzeitig können die BetreiberInnen der Online-Plattformen via Internet jederzeit auf den Standort der DienstleistungserbringerInnen zugreifen und so die korrekte Abwicklung der Leistung überwachen.

Bauman überträgt den von *Bentham* bzw. *Foucault* geprägten Begriff vom **Panoptikum** in solcher Art auf das Smartphone, als mittels diesem die Beschäftigten ihr jeweils persönliches Panoptikum ständig selbst hervorbrächten und immer bei sich tragen würden. Da die Beschäftigten im gegenwärtigen Kapitalismus zu „**totalen MitarbeiterInnen**“ würden, die auch selbst verantwortlich für das Ergebnis ihrer Arbeit und dafür, sich selbst stets arbeitsfähig zu halten, seien und sich so selbst disziplinierten und überwachten, seien in der modernen Arbeitswelt „die Wachtürme des alten Panoptikums [...] überflüssig.“¹³¹ Die Manager könnten neuerdings, so *Bauman*, die ihnen ohnehin lästigen Kontrollaufgaben **auf die Gemanagten überwälzen** und diesen dabei gleichzeitig das Gefühl von gestiegener Autonomie vermitteln, was von *Bauman* als „zweite Revolution der Manager“ bezeichnet wird.¹³² Zudem fungiere die moderne Arbeitswelt als Teil einer **Erlebnisökonomie**, in der stets nur der jeweils aktuelle Erfolg zähle und alle früheren ohne

¹³⁰ *Nachbagauer* in *Pacic*, Atypische Beschäftigung 28f.

¹³¹ *Bauman/Lyon*, Daten, Drohnen, Disziplin – ein Gespräch über flüchtige Überwachung³ (2014) 78f.

¹³² *Bauman/Lyon*, Daten, Drohnen, Disziplin³ 91.

Bedeutung seien, die Beschäftigten somit ständig in Bewegung bleiben müssten, um mit den an sie gestellten Anforderungen Schritt zu halten.¹³³

Simanowski bezeichnet die Notwendigkeit, tägliche Herausforderungen zu meistern als „**Gamification**“ der Gesellschaft, spieltypische Aspekte würden ins restliche Leben übertragen, was sich in einer **Kultur der Rankings** und eines kindlichen „Besser-als / schlechter-als“-Weltbildes niederschläge.¹³⁴ Algorithmen, derer sich auch die Softwares der Plattformen bedienen, könnten lediglich einer „**Wenn-Dann**“-Logik folgen und würden so Vernunft auf formale Logik reduzieren.¹³⁵ *Cherry*¹³⁶ bezeichnet das Übertragen von spieltypischen Elementen in die Arbeitswelt als „**the gamification of work**“ und erblickt Gefahren insbesondere darin, dass gearbeitet werden könnte, ohne dass die Arbeitenden überhaupt wissen, dass sie gerade arbeiten, weil sie den Eindruck gewinnen, zu spielen. Auf diese Weise verschwimme die Grenze zwischen Arbeit und Freizeit immer mehr.

Auch *Scherrer* meint wohl zutreffend, dass in der modernen Arbeitswelt (zumindest der westlichen Welt) **kaum noch direkter Zwang** von Personen, etwa von AufseherInnen, gegenüber anderen Personen ausgeübt werde, sondern sich Zwang bereits aus der strukturellen Alternativlosigkeit der Lohnarbeit ergebe und durch die tägliche Arbeitsroutine verfestigt werde. Der direkte Zwang sei durch den **Rhythmus des Fließbandes** bzw neuerdings durch die **computerunterstützte Messung der Arbeitsleistung** ersetzt worden.¹³⁷

Dazu kommt die in der modernen Arbeitswelt allgegenwärtige Angst vieler Beschäftigter, der eigene Job könnte **in andere Länder ausgelagert** und so im Inland vernichtet werden. Dabei sei nach Ansicht von *Huws* jedoch weniger die tatsächliche räumliche Verlagerung das Ziel, als vielmehr die in Niedriglohnländern wartende „**Reservearmee**“ von **Arbeitskräften** als eine **Methode zur Disziplinierung der Beschäftigten im Inland** fungiere. Eine totale Auslagerung sei zudem nicht durchführbar, da ansonsten den Unternehmen ihre Absatzmärkte „daheim“ abhanden kommen würden.¹³⁸

¹³³ *Bauman/Lyon*, Daten, Drohnen, Disziplin³ 93f.

¹³⁴ *Simanowski*, Data Love (2014) 103.

¹³⁵ *Simanowski*, Data Love 84.

¹³⁶ *Cherry*, The Gamification of Work, Hofstra Law Review 2012, 851 (852).

¹³⁷ *Scherrer*, Hegemonie: empirisch fassbar? in *Merkens/Rego Diaz*, Mit Gramsci arbeiten – Texte zur politisch-praktischen Aneignung Antonio Gramscis (2007) 71 (78).

¹³⁸ *Huws*, Labor in the Global Digital Economy (2014) 44.

Nicht zu Unrecht kommt auch *Dyer-Witheford* zu dem Schluss, der moderne Kapitalismus, symbolisiert durch das Smartphone, schaffe keineswegs das Proletariat ab, sondern **führe im Gegenteil die Proletarisierung fort**, da immer mehr Menschen unter prekären Bedingungen leben und arbeiten müssten und das Smartphone mittlerweile ein **notwendiges Hilfsmittel bei der Erlangung von Arbeit** sei.¹³⁹

In diesem Sinne halte ich es für nicht zu weit hergeholt, die atypisch Beschäftigten und Solo-Selbstständigen des modernen Kapitalismus **hinsichtlich bestimmter Merkmale** mit den Arbeitskräften in der Frühphase des Kapitalismus zu vergleichen. So erinnert das Verhältnis zwischen den modernen Internetplattform-BetreiberInnen und den DienstleistungserbringerInnen durch die Einstufung der Plattform-ArbeiterInnen als Selbstständige vielfach durchaus an das **System des Zukaufens von Arbeitskraft** und der Subverträge im Frühkapitalismus. Gleichzeitig besteht eine **dichte und wirkungsvolle Kontrolle der Arbeitstätigkeit** in Echtzeit via Handy-App samt GPS-Ortung und Bewertung („Rating“) durch die KundInnen der Plattform. Auch *Standing* sieht in den Ratings **keinen bloßen Feedback-Mechanismus**, sondern ein **Instrument zur Überwachung und Disziplinierung der DienstleistungserbringerInnen**, die jedoch ohne AufseherInnen auskommt.¹⁴⁰ Die beschriebene intensive Kontrolle, die wohl dem Wunsch nach lückenloser Überwachung der DienstleistungserbringerInnen entspringt, knüpft in meinen Augen an die Gedanken des strikten Überwachungs-Managements des Taylorismus an. In den Plattform-ArbeiterInnen vereinigen sich also gewissermaßen die Freiheit (im Sinne von Informalität) selbstständiger Arbeit und lückenloser Überwachung durch die AuftraggeberInnen.

2.3. Plattform-ArbeiterInnen als moderne KleinbürgerInnen?

Auf einer theoretischen Ebene stellt sich somit die Frage, wie die Plattform-ArbeiterInnen und die neuen Solo-Selbstständigen hinsichtlich ihrer gesellschaftlichen Stellung einzuordnen sind. In der Frühphase des Kapitalismus versuchten *Marx* und *Engels* das Phänomen der kleinen Selbstständigen, das sich nur schwer in ein **traditionelles Klassenkonzept** fügen lässt, zu fassen.

¹³⁹ *Dyer-Witheford*, Cyber-Proletariat 121.

¹⁴⁰ *Standing*, The Corruption of Capitalism 222.

Bereits im Manifest der Kommunistischen Partei wird erklärt, es habe sich eine „**Kleinbürgerschaft**“ gebildet, die zwischen Proletariat und Bourgeoisie schwebe und sich stets von Neuem bilde. Die KleinbürgerInnen würden jedoch durch die Konkurrenz ständig „ins Proletariat hinabgeschleudert“. *Marx* und *Engels* sehen in den KleinbürgerInnen zunächst ein **Phänomen des Überganges zur kapitalistischen Produktionsweise**, mit deren voller Entfaltung die KleinbürgerInnen verschwinden und durch IndustriearbeiterInnen ersetzt werden würden.¹⁴¹

Marx bezeichnet Selbständige, die sich selbst in der Produktion betätigen, an anderer Stelle als ein „**Mittelding zwischen Kapitalist und Arbeiter**“, da man nur dann von den Selbstständigen als KapitalistInnen sprechen könne, wenn diese auch ihre gesamte Zeit zur Kontrolle fremder Arbeit und zum Verkauf der hergestellten Waren verwenden könnten¹⁴² und *Engels* präzisiert, der kleine Handwerker sei (ebenso wie der Kleinbauer) „*ein Arbeiter, der sich vom modernen Proletarier dadurch unterscheidet, daß er noch im Besitz seiner Arbeitsmittel ist.*“¹⁴³

Die Ursache für die stets wiederkehrende Herausbildung des Kleinbürgertums sieht *Marx* in der **technologischen Entwicklung**. Diese treibe die Reproduktion (im Sinne einer Wiederauferstehung) des Handwerksbetriebes immer dann und so lange an, bis die neuen Maschinen oder Technologien, die selbst die Grundlage des Handwerksbetriebes bilden, **in automatisierter Form im Fabriksbetrieb** eingesetzt werden.¹⁴⁴ Auf diese Art entsteht das Kleinbürgertum im Zuge und auf Basis der technologischen Vorwärtsentwicklung immer wieder neu und wird kurz darauf wieder vernichtet.

Eine Spielart dieses Wiederkehrens der Handwerksbetriebe erblickt *Marx* im **Aufkommen der Heimarbeit** (bei *Marx*: „Hausarbeit“), welche er als „auswärtige Abteilung der Fabrik“ bezeichnet.¹⁴⁵ Tatsächlich spielte die Heimarbeit um 1900 auch in Österreich eine bedeutende wirtschaftliche Rolle, insbesondere als

¹⁴¹ *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, in Verlag Progress (Hg), Marx und Engels – ausgewählte Werke (1976) 29 (54f).

¹⁴² *Marx*, Das Kapital² 297f.

¹⁴³ *Engels*, Die Bauernfrage in Frankreich und Deutschland, in Verlag Progress (Hg), Marx und Engels – ausgewählte Werke (1976) 650 (652).

¹⁴⁴ *Marx*, Das Kapital² 436.

¹⁴⁵ *Marx*, Das Kapital² 437.

Nebenerwerbsmöglichkeit für vielfach ungelernte Frauen, die dementsprechend niedrig entlohnt wurden.¹⁴⁶ Wenngleich nach Entstehen des Fabriksystems bloß eine eher geringe Anzahl von Männern in Heimarbeit tätig waren, stand hinter der Beibehaltung dieser in vielen Fällen der in einer Fabrik kaum durchzusetzende Wunsch nach freier Zeiteinteilung und die individualistisch geprägte Hoffnung auf eine spätere erfolgreiche Selbstständigkeit. Dem gegenüber standen lange Heimarbeitstage und im Vergleich zur Fabrik niedrigere Löhne.¹⁴⁷

Tatsächlich sei Heimarbeit nach *Marx* aus Sicht der ProduzentInnen allein bloß deshalb günstig und im Hinblick auf die zentralisierte Produktionsweise in der Fabrik konkurrenzfähig, weil sie die **schrakenlose Ausbeutung von Arbeitskräften** ermögliche.¹⁴⁸ Zudem sei die Widerstandsfähigkeit der ArbeiterInnen gegenüber schlechten Arbeitsbedingungen aufgrund ihrer räumlichen Zersplitterung, anders als in der Fabrik, gehemmt.¹⁴⁹

Allen Arbeitenden gemein ist nach Ansicht von *Marx* zudem, dass sie essen, wohnen, heizen, sich kleiden, usw. müssen, um sich zu erholen und somit ihre Arbeitskraft zu erhalten, ihre Arbeitsleistung also jeden Tag aufs Neue erbringen (und verkaufen) zu können. Diesen Aspekt der Erhaltungs-Arbeit an der eigenen Arbeitskraft bezeichnet *Marx* (im Gegensatz zur Wert erschaffenden Arbeit für jemand anderen, der Produktion) als **Reproduktion**.¹⁵⁰ Im traditionellen bürgerlichen Familienmodell bedeutete die Arbeitsteilung zwischen Produktion und Reproduktion stets auch eine **Aufgabenteilung zwischen den Geschlechtern**.¹⁵¹

Aus den Überlegungen, die *Marx* und *Engels* hinsichtlich der als „KleinbürgerInnen“ kategorisierten Selbstständigen und der Arbeit in der Frühphase des Kapitalismus an sich anstellten, lässt sich in meinen Augen einiges zur Beschreibung der gesellschaftlichen Stellung der „neuen Selbstständigen“ zu Beginn des 21. Jahrhunderts gewinnen, weshalb ihr Wert, trotz ihres Alters, nicht geringzuschätzen ist.

¹⁴⁶ *Warter*, *Crowdwork* 206f.

¹⁴⁷ *Gaebel*, *Die Heimarbeit – das jüngste Problem des Arbeiterschutzes* (1913) 19f.

¹⁴⁸ *Marx*, *Das Kapital*² 450.

¹⁴⁹ *Marx*, *Das Kapital*² 438.

¹⁵⁰ *Marx*, *Das Kapital*² 172.

¹⁵¹ Siehe dazu auch *Jürgens*, *Arbeit und Reproduktion*, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg.), *Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik* (2012) 273 (275f).

Zweifellos haben alle für Plattformen tätigen Personen gemeinsam, dass sie selbst es sind, die die nötigen **Arbeitsmittel bereitstellen** oder erhalten diese jedenfalls nicht von den Plattform-BetreiberInnen. So müssen, wie im ersten Kapitel dargestellt, die LieferantInnen von Foodora ihr eigenes Fahrrad als Arbeitsgerät verwenden, Uber stellt den in seinem Auftrag tätigen LenkerInnen ebensowenig Autos zur Verfügung wie Book a Tiger seine Reinigungskräfte mit Putzutensilien ausstattet. Als gewinnbringende Geschäftsmodelle und auch als Einkunftsquellen für die DienstleistungserbringerInnen erscheinen mir die in dieser Arbeit behandelten Plattformen ausschließlich aufgrund ihres **technologischen Aspekts**, der zu einer engen Vernetzung von Plattform, DienstleistungserbringerIn und KundIn über das Internet führt. Als *Marx* darlegte, dass die technologische Entwicklung zur Grundlage eines neuen Handwerksbetriebes und damit der Selbstständigkeit werden könne, mag er vielleicht an einen Webstuhl oder ähnliche Maschinen gedacht haben. In meinen Augen erfüllt das Internet mit seinen Plattformen im Moment jedoch **eine ähnliche Funktion**. Das internetfähige Smartphone erscheint in diesem Zusammenhang als wichtigstes Arbeitsgerät und als Voraussetzung zur Erbringung der Arbeitsleistung durch moderne Plattform-ArbeiterInnen.

Hinsichtlich dessen, inwiefern moderne Plattform-Arbeit mit traditioneller Heimarbeit vergleichbar ist, ist in meinen Augen zu differenzieren. Wie *Warter* gezeigt hat¹⁵², ist jener Teil von Crowdwork, der sich mit der Vermittlung von digital zu erbringender Arbeit in Form von „Tasks“ beschäftigt (und nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist) der traditionellen Heimarbeit **in organisatorischer Hinsicht nicht unähnlich**. Die Arbeitserbringung im Auftrag kommerzieller Internetplattformen wie Uber, Foodora und Book a Tiger zeichnet sich zwar ebenfalls, wie die traditionelle Form der Heimarbeit, durch eine große Dezentralisierung aus, die geschuldete Dienstleistung wird aber explizit **nicht zu Hause** und (zumindest nach außen hin) oftmals von Selbstständigen erbracht und unterscheidet sich insofern auch deutlich von der Arbeit „digitaler“ CrowdworkerInnen. Rechtliche Überlegungen zur Anwendbarkeit des Heimarbeitsgesetzes für diese Plattform-ArbeiterInnen gehen somit ins Leere. Denn es gilt nach § 2 Heimarbeitsgesetz als HeimarbeiterIn, wer *„ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung zu sein, in eigener Wohnung oder selbstgewählter*

¹⁵² Siehe *Warter*, Crowdwork 203-238.

*Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist.*¹⁵³

Dennoch ähneln sich meines Erachtens die Problemlagen von HeimarbeiterInnen und Plattform-ArbeiterInnen **in mehrfacher Hinsicht**. Während in der traditionellen Heimarbeit, wie erwähnt, die Bezahlung nach Stücklohn üblich war, müssen moderne Plattform-ArbeiterInnen von Auftrag zu Auftrag denken und hoffen, genügend Verdienstmöglichkeiten zu finden. Bei Plattform-ArbeiterInnen und HeimarbeiterInnen gleichermaßen ist von **relativ niedrigen Löhnen** und als Resultat bzw zur Kompensation dessen von einer **Abwesenheit konkreter und regelmäßiger Arbeitszeiten** auszugehen. Ähnlich wirkt auch die Tendenz zur **Vereinzelung der arbeitenden Personen** und das damit einhergehende **Fehlen des Schutzes vor Ausbeutung** oder der Möglichkeit zur Organisation in Gewerkschaften und dergleichen. Wohl nicht zu Unrecht bemüht *Candeias* den gramscianischen Begriff der „gestreuten Fabrik“, um damit den Charakter moderner Arbeit in ihrer Fragmentiertheit zu beschreiben und beklagt die **Verschiebung der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse** zu Ungunsten der Beschäftigten.¹⁵⁴

In den letzten Jahren und besonders im Hinblick auf plattformbasierte Arbeit lässt sich eine gesellschaftliche Verschiebung **auch hinsichtlich der Reproduktionsarbeit** beobachten. Im entwickelten Fordismus der Nachkriegszeit setzten die Herausbildung von Sozial- und Wohlfahrtsstaat, der Acht-Stunden-Tag und weitere Errungenschaften der Möglichkeit des Zugriffs auf Arbeitskraft Grenzen. Diese wirkten sich nicht nur auf die Frage der Produktion, sondern auch der Reproduktion aus, indem das bürgerliche Familienideal für eine **Hierarchisierung innerhalb der Geschlechter- und Beziehungsverhältnisse** sorgte. *Jürgens* sieht das bisherige Modell der Reproduktion nun im Wandel, da im Bereich der Erwerbsarbeit die Reallöhne zurückgehen und die nötigen Aufwendungen für individuelle Vorsorge steigen würden. Gemeinsam mit einer anhaltenden Krise am Arbeitsmarkt, verstärkten Leistungs-, Konkurrenz- und Marktdruck, der an die Beschäftigten weitergegeben würde und der Tendenz zur Individualisierung seien diese Faktoren entscheidend für Verlagerungen bei der Reproduktionsarbeit.¹⁵⁵

¹⁵³ Heimarbeitsgesetz BGBl I 2017/40.

¹⁵⁴ *Candeias*, Gramscianische Konstellationen, in *Merkens/Rego Diaz*, Mit Gramsci arbeiten – Texte zur politisch-praktischen Aneignung Antonio Gramscis (2007) 15 (27).

¹⁵⁵ *Jürgens* in *Dörre/Sauer/Wittke*, Kapitalismustheorie und Arbeit 275f.

Die angesprochene Tendenz zur Individualisierung und allgemeinen Mobilität der Gesellschaft sei, nach Auffassung von *Castel*, als Folge des **Endes des Industriekapitalismus** anzusehen und führe in der Konsequenz zur **Zerstörung der organisatorischen Strukturen des Sozialstaats**, die sich durch Systeme von Kollektivregulationen wie dem Arbeitsrecht, dem gesetzlichen Versicherungsschutz und sozialer Rechte, entwickelt hatten.¹⁵⁶

Weitere Impulse zur Veränderung ergeben sich *Jürgens* zufolge auch aufgrund des schrittweisen Rückbaus des Sozialstaates, der Zukunftsängste lange aus dem kollektiven Bewusstsein verdrängen konnte, sowie im Bereich von Partnerschaft und Familie aufgrund einer **Pluralisierung der Lebensformen** und der **verstärkten Integration von Frauen in den Arbeitsmarkt**, wobei es gleichzeitig nach wie vor Frauen seien, die den Großteil reproduktiver Tätigkeiten übernehmen müssten, ohne dass eine Vereinbarkeit von Beruf und Familie gegeben sei, was zu einer zusätzlich **verschärften Situation für Frauen** führe. Somit entwickle sich Reproduktionsarbeit von einer kollektiven zusehends zu einer individuellen Aufgabe. Daraus resultiere jedoch eine **psychische und physische Destabilisierung der Person** sowie eine stärkere **Vermarktlichung der Arbeitskraft**. Somit sei eine **neue und zugleich alte**, an die ursprünglich nicht durch sozialstaatliche oder gesetzgeberische Maßnahmen eingeschränkte Frühphase erinnernde, **Stufe des Kapitalismus** erreicht.¹⁵⁷ *Castel* bezeichnet diese Entwicklung in zutreffender Weise als „**Rekommodifizierung**“ der Arbeit.¹⁵⁸

Auffällig erscheint mir zudem, dass viele der gerade von modernen Plattform-ArbeiterInnen erbrachten Dienstleistungen **aus dem Bereich der Reproduktion** stammen, so etwa die Reinigungsdienstleistungen von Book a Tiger. Während die flexibler werdende Arbeitswelt die Beschäftigten also zunehmend unter Druck setzt, reagieren diese scheinbar mit einer Auslagerung von ansonsten selbst durchzuführender Reproduktionsarbeit. Tätigkeiten, die im Rahmen der abgesicherten Nachkriegs-Arbeitswelt mit ihrer geschlechtlichen Rollenteilung **klassische Aufgabe der Frau** waren, werden nun **ökonomisiert und als Dienstleistungen** gehandelt.

¹⁵⁶ *Castel*, Die Krise der Arbeit 194.

¹⁵⁷ *Jürgens* in *Dörre/Sauer/Wittke*, Kapitalismustheorie und Arbeit 277f.

¹⁵⁸ *Castel*, Die Krise der Arbeit 168.

Braverman kritisiert in diesem Zusammenhang, dass die Ökonomisierung gerade klassischer Reproduktionsarbeit, die durch die Auslagerung von Tätigkeiten an den Markt zur Vereinfachung und **Entlastung des Familienlebens und der Haushaltsführung** beitrage, jedoch auch eine **Entsolidarisierung und Vermarktlichung persönlicher Beziehungen** bedeute.¹⁵⁹ Was also noch vor kurzem die auch sozial bedeutsame Reproduktionsarbeit der Einen war, wandle sich nun, so *Standing*, zur Lohnarbeit von Anderen. Die On-Demand-Wirtschaft bediene sich zur Erfüllung von Aufgaben, die vorher privat (oder gar nicht) erledigt wurden, nun TagelöhnerInnen.¹⁶⁰

2.4. Herausforderungen für das Arbeitsrecht

Im Hinblick auf die eben geschilderten Veränderungen in der Arbeitswelt ist daher festzuhalten, dass sich diese insbesondere auf die Art der Leistungserbringung, also auf das Wann, Wo und Wie der Arbeitsleistung, beziehen.¹⁶¹ *Risak* stellt fest, dass nun nicht nur jenseits einer festgelegten Arbeitszeit und eines festgelegten Arbeitsortes gearbeitet und somit die im traditionellen arbeitsrechtlichen Verständnis herrschende Bipolarität zwischen fremdbestimmter Arbeits- und selbstbestimmter Freizeit ebenso erodiere wie die klare Trennung der physischen Räume, in denen Arbeit er- bzw die Freizeit verbracht wird. Es finde überdies eine **Verlagerung der Arbeitskontrolle**, weg von Inputkontrolle anhand von Weisungen, hin zu einer **Outputkontrolle**, also einer **Kontrolle hinsichtlich des Arbeitsergebnisses**, und **Arbeitserbringung jenseits traditioneller zweipersonaler Rechtsverhältnisse** statt.¹⁶²

Insofern ist zusammenfassend zu sagen, dass die Entwicklungen der modernen Arbeitswelt insbesondere von einer **Risikoverschiebung von den UnternehmerInnen zu den Arbeitenden** geprägt ist, wodurch sich eine Reihe von **Schutzlücken** auftut. Die Zunahme mehrpersonaler Rechtsverhältnisse wie der Arbeitskräfteüberlassung, dem digitalen Crowdwork oder der in dieser Dissertation behandelten ortsgebundenen plattformbasierten Arbeit, sowie atypischer Arbeitsverhältnisse in ihrer Gesamtheit, stellt

¹⁵⁹ *Braverman*, *Labour and Monopoly Capital*² 195.

¹⁶⁰ *Standing*, *The Corruption of Capitalism* 233.

¹⁶¹ *Risak*, *Arbeitsrecht* 4.0, JAS 2017/1, 12 (17).

¹⁶² *Risak*, JAS 2017/1, 17.

eine Herausforderung für das Arbeitsrecht dar, das sich mit seinen Regelungen am traditionellen Normalarbeitsverhältnis orientiert.¹⁶³ Die Tendenz zu atypischen Beschäftigungsverhältnissen und Solo-Selbstständigkeit wirft damit auch das **Problem des Entstehens einer Zwischenkategorie von schutzbedürftigen Selbstständigen** auf, die vom Arbeitsrecht bisher nicht berücksichtigt werden.

Im weiteren Verlauf dieser Dissertation wird also dargestellt werden, ob und in welcher Weise sich das plattformbasierte Arbeiten als Phänomen der Atypisierung der Arbeit in das traditionelle System des Arbeitsrechts mit seinen Kategorien fügen lässt und wie zentrale Problemstellungen, etwa aus dem Bereich des Arbeitszeit-, des Urlaubs- und des Gleichbehandlungsrechts gelöst werden können.

¹⁶³ *Risak*, JAS 2017/1, 17.

II. Teil: Rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse

„Das algorithmische Fließband verhilft Taylors Methode zu einem späten Sieg. Die Digitalisierung ermöglicht so ganz neue Formen der Arbeitsteilung, die beispielsweise stumpfe körperliche Verrichtungen mit automatischer Datenanalyse verbinden – und das ist wohl der wesentliche Unterschied, den das Digitale im digitalen Kapitalismus ausmacht. Möglicherweise verstehen die betroffenen Arbeiterinnen noch die Vorgaben und Entscheidungen der Software – aber vielleicht auch nicht.“¹⁶⁴

Im dritten Kapitel der vorliegenden Arbeit wird im Hinblick auf die in den vorangegangenen Kapiteln umrissene Problemstellung der **Versuch einer rechtlichen Einordnung** des Phänomens der plattformbasierten Arbeit unternommen werden. Dabei wird vordergründig das Verhältnis zwischen der Plattform und dem/der DienstleistungserbringerIn beleuchtet und analysiert, indem zunächst die herkömmlichen Grundsätze und **in Frage kommenden Kategorien des Arbeitsrechts** dargestellt und zur Anwendung gebracht werden. Zudem werden die rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitsvermittlung und der Arbeitskräfteüberlassung erläutert. Der Blick liegt dabei auf der Frage, ob und in welcher Weise sich das moderne Phänomen der plattformbasierten Arbeit in das klassische System des österreichischen (Arbeits-)Rechts fügt und soll so zunächst eine allgemeine Beurteilung ermöglichen.

Da aufgrund der sehr unterschiedlichen Geschäftsmodelle und der breiten Palette an Tätigkeitsbereichen der Plattformen, das Treffen für sämtliche Plattformen gültiger Aussagen deutlich erschwert ist, folgen anschließend im vierten Kapitel **drei Fallbeispiele**, im Zuge derer die (arbeits-)rechtliche Einordnung des Verhältnisses zwischen Plattform und DienstleistungserbringerInnen anhand konkreter Plattformen ausführlich geprüft wird. Im Zuge dessen wird es auch nötig sein, sich jeweils mit der Frage der Dauer des Vertragsverhältnisses auseinanderzusetzen.

Abschließend soll sodann in einem weiteren Kapitel das **Rechtsverhältnis zwischen Plattform und KundIn** im Dreiecksverhältnis Plattform – DienstleistungserbringerIn –

¹⁶⁴ Becker, Automatisierung und Ausbeutung – Was wird aus der Arbeit im digitalen Kapitalismus? (2017) 60.

DienstleistungsempfängerIn wiederum anhand der bekannten Fallbeispiele beleuchtet werden.

Wenngleich das Phänomen des plattformbasierten Arbeitens ein internationales ist und die plattformbetreibenden Unternehmen großteils auch grenzüberschreitend agieren, werden die in der vorliegenden Arbeit angesprochenen (arbeits-)rechtlichen Fragen ausschließlich vor dem Hintergrund des österreichischen innerstaatlichen Rechts behandelt.

3. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Allgemeine Ausführungen

3.1. Der Arbeitsvertrag

3.1.1. Grundsätzliches

Weil das Arbeitsrecht grundsätzlich nur für ArbeitnehmerInnen, jedoch nicht für Personen, die auf andere Weise Arbeit für andere Personen verrichten, gilt, spielt die ArbeitnehmerInneneigenschaft eine **zentrale Rolle** im Arbeitsrecht. Somit gilt für freie DienstnehmerInnen genauso wie für WerkunternehmerInnen sowohl das individuelle als auch das kollektive Arbeitsrecht grundsätzlich nicht, sondern höchstens einzelne arbeitsrechtliche Bestimmungen. Das österreichische Arbeitsrecht ist insofern von einem „**Alles-oder-nichts“-Prinzip** geprägt.¹⁶⁵ Daraus ergibt sich die außerordentliche Bedeutsamkeit der Frage, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag, der im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) als „Dienstvertrag“ bezeichnet wird, was jedoch nicht mehr der heute üblichen Terminologie entspricht¹⁶⁶, zu qualifizieren ist.

Auch im Arbeitsrecht bildet eine **schuldrechtliche Vereinbarung** zwischen zwei Parteien, im Konkreten zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn, den Ausgangspunkt

¹⁶⁵ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I – Gestalter und Gestaltungsmittel¹⁰ (2017) 16f; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 37.

¹⁶⁶ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 8.

der Leistungserbringung.¹⁶⁷ Die arbeitsrechtlichen Normen schränken die in der liberal geprägten österreichischen Rechtsordnung geltende Privatautonomie, also die Möglichkeit, die eigenen rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach dem eigenen Willen frei zu gestalten¹⁶⁸, jedoch insofern ein, als ihnen eine **Schutzfunktion** zukommt, die mit dem typischerweise herrschenden Verhandlungsungleichgewicht (das meist wohl auch ein wirtschaftliches Ungleichgewicht sein wird) zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen zu begründen ist.¹⁶⁹ Auch nach Auffassung des OGH sei es typischerweise der Fall, dass den ArbeitnehmerInnen bei der Vertragsgestaltung wenige Einflussmöglichkeiten zukommen und das Arbeitsrecht aus diesem Grund regelmäßig zwingende oder einseitig zwingende Regelungen an das tatsächliche Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses unabhängig von dessen Bezeichnung anknüpft.¹⁷⁰

*Risak*¹⁷¹ verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass ArbeitnehmerInnen besonders in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ohne Schutzmechanismen keine Alternative dazu hätten, einen Arbeitsvertrag zu den wesentlich von ArbeitgeberInnenseite vorgegebenen Bedingungen abzuschließen, weshalb es des Arbeitsrechts als eigener Disziplin bedürfe. Selbstständigen komme der Schutz des Arbeitsrechts nicht zu, da diese ihre Interessen ausreichend selbst wahren und durchsetzen könnten. Mit der Grenzziehung zwischen **fremdbestimmten ArbeitnehmerInnen** und **selbstständigen LeistungserbringerInnen** sollen die wahrlich schutzbedürftigen Personen von jenen abgegrenzt werden, die dieses Schutzes nicht bedürfen.

Wie im vorigen Kapitel gezeigt, stellt sich die wachsende Zahl moderner Plattform-ArbeiterInnen (auch) gewissermaßen als **Krisenphänomen** dar und plattformbasiertes Arbeiten ist vielfach für Menschen interessant, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt nicht oder nur schwer reüssieren können. Dass insofern Schutzbedürftigkeit vorliegt, ist daher in meinen Augen evident.

¹⁶⁷ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016) Rz 38.

¹⁶⁸ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) 105.

¹⁶⁹ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 39.

¹⁷⁰ OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505; OGH 09.11.2000, 8 ObS 204/00h, ZAS 2013, 159 (*Tomandl*).

¹⁷¹ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 34f.

Die konkrete Abgrenzung des Arbeitsvertrags gegenüber anderen Vertragstypen gestaltet sich mitunter zwar schwierig, insbesondere in den Randbereichen, dennoch gibt es eine Art **Begriffskern**, dessen Inhalt klar erscheint.¹⁷²

3.1.2. Tatbestandselemente

Gemäß § 1151 ABGB entsteht ein Dienst- bzw Arbeitsvertrag „wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“.¹⁷³ Aus dieser Formulierung geht bereits in einem grundlegenden Sinne die Unterscheidung zwischen ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen hinsichtlich ihrer Rolle in der Wirtschaft hervor, wobei die ArbeitnehmerInnen als diejenigen Personen verstanden werden, die sich **in die fremde Organisation der ArbeitgeberInnen einfügen** und Arbeit für diese verrichten.¹⁷⁴ Nach einer Aufschlüsselung von *Rebhahn* sind die wesentlichen Merkmale des Arbeitsvertrags dementsprechend: „1) das Leisten von Diensten auf eine gewisse Zeit, 2) auf vertraglicher Grundlage (arg „sich verpflichtet“), 3) für einen anderen.“¹⁷⁵ Alle drei Tatbestandsmerkmale müssen grundsätzlich kumulativ vorliegen, um von einem Arbeitsvertrag sprechen zu können.¹⁷⁶

3.1.2.1. Dauerschuldverhältnis

Hinsichtlich des ersten Tatbestandsmerkmals des § 1151 ABGB, dem „Leisten von Diensten auf eine gewisse Zeit“, ist festzuhalten, dass damit das Arbeitsverhältnis als **Dauerschuldverhältnis** charakterisiert wird, wobei es jedoch nicht auf die zeitliche Dauer des Verhältnisses an sich ankommt, sondern bloß auf die Tatsache, dass **nicht eine einzelne Erfüllungshandlung** das Rechtsverhältnis zu beenden vermag, sondern erst eine besondere Endigungshandlung. Daher widerspricht auch eine sehr kurze Vertragsdauer nicht schon an sich einer Qualifikation als Arbeitsvertrag. Ein solcher kann, wenn das der Zweck des Vertrages mit sich bringt, auch nur für einen Tag oder für Stunden geschlossen werden. Die konkrete zeitliche Dauer der geschuldeten Arbeitsleistung kann somit als unerheblich

¹⁷² *Kietaihl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 17.

¹⁷³ § 1151 ABGB BGBl I 2017/59.

¹⁷⁴ Siehe dazu auch *Kietaihl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 18.

¹⁷⁵ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 55.

¹⁷⁶ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 55.

angesehen werden, entscheidend ist bloß, dass nicht nur die Erbringung einer einzelnen Leistung geschuldet ist.¹⁷⁷

3.1.2.1.1. Mindestdauer des Arbeitsvertrages

Risak hat die Frage nach der Minimaldauer eines Arbeitsvertrages, also ob auch sehr kurzfristige Leistungserbringungen Arbeitsverträge darstellen können, im Hinblick auf digitale CrowdworkerInnen und deren oft nur wenige Minuten dauernde Microtasks behandelt und vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass auch bei sehr kurzer Dauer ein Arbeitsvertrag vorliegen könne, wenn die Art der Leistungserbringung **stark determiniert** ist, den Arbeitenden wenige Freiräume lässt und überdies die **Kontrolldichte** sehr hoch ist. Mithilfe von Bewertungen auf der Plattform, die Einfluss auf die Möglichkeiten, künftige Aufträge zu erbringen, ausüben, könnten CrowdworkerInnen **diszipliniert** werden. Somit könne eine untypisch kurze Dauer der Leistungserbringung durch ein hohes Maß an Fremdbestimmtheit ausgeglichen werden.¹⁷⁸

Anderer Ansicht ist *Karl*¹⁷⁹, die in der Disziplinierung der CrowdworkerInnen durch die Bewertungen auf den Plattformen **kein Indiz** für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sieht. Dass negative Bewertungen durch AuftraggeberInnen dazu führen können, dass der/die betroffene AuftragnehmerIn künftig keine Aufträge mehr bekommt, unterscheide sich nicht von den Vorgängen in der analogen Welt, die Bewertungen auf den Plattformen genössen lediglich eine höhere Publizität.

Meines Erachtens harmoniert die Meinung von *Risak* gut mit dem Verständnis des Arbeitsrechts als bewegliches System und ist wohl nicht nur für digitale CrowdworkerInnen, sondern auch im Hinblick auf plattformbasiertes Arbeiten anwendbar. Dass *Karl* die umfassenden digitalen Bewertungsmechanismen, denen CrowdworkerInnen ausgesetzt sind, mit „analogen“ Äußerungen von KundInnen über deren Zufriedenheit oder Unzufriedenheit gleichsetzt, führt wohl zu einer Ausblendung des besonderen

¹⁷⁷ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 4/001f; OGH 18.11.1975, 4 Ob 69/75, EvBl 1976/179, 354 = Arb 9422; OGH 26.06.1997, 8 ObA 2158/96b; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 77a; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 34.

¹⁷⁸ *Risak*, Crowdwork – Erste rechtliche Annäherungen an eine „neue“ Arbeitsform, ZAS 2015, 11 (16f).

¹⁷⁹ *Karl*, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in *Tomandl/Risak* (Hg), Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit? (2016) 85 (93).

Abhängigkeitsverhältnisses, in dem CrowdworkerInnen zu ihren AuftraggeberInnen stehen. Eine solche Position erscheint mir daher **nicht sachgerecht**.

Blickt man über die Abwicklung einzelner oft sehr kurzer Arbeitsaufträge hinaus, wird die ansonsten zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn typischerweise vorhandene längerfristige Beziehung durch eine **andauernde Beziehung** zwischen Plattform und dem/der ErbringerIn der Dienstleistung ersetzt.¹⁸⁰ Inwieweit es sich dabei um Arbeitsverträge handelt, wird weiter unten anhand von Fallbeispielen zu prüfen sein.

3.1.2.1.2. Gattungshandlungsschuld

Da beim Arbeitsvertrag nicht nur eine einzelne Leistung geschuldet ist, ist die Schuld lediglich gattungsmäßig umschrieben, weshalb man von **Gattungshandlungsschuld** auf Seiten der ArbeitnehmerInnen sprechen kann. Im Arbeitsverhältnis wird somit – anders als beim Werkvertrag, siehe dazu weiter unten – nur ein **sorgfältiges Bemühen** und das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft, jedoch kein Erfolg, geschuldet. Die bloße Sorgfaltsverbindlichkeit beim Arbeitsvertrag bildet daher auch ein wichtiges Abgrenzungskriterium gegenüber dem Werkvertrag.¹⁸¹ Der OGH formuliert dazu: „Während für den Arbeitsvertrag die Verfügung des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers innerhalb eines bestimmten Zeitraumes ohne daß die Tätigkeit des Arbeitnehmers durch einen bestimmten Arbeitserfolg charakterisiert wäre, wesentlich ist, kommt es bei dem davon zu unterscheidenden Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung als eine in sich geschlossene Einheit an.“¹⁸²

Macht der Vertrag das gesamte oder das wesentliche Entgelt von einem Erfolg abhängig, bilde dies, *Rebhahn* zufolge, ein Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Jedoch könne bei Überwiegen jener Elemente, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen – dazu sogleich ausführlicher – ein Arbeitsvertrag auch nicht ausgeschlossen werden. Diesfalls sei die vereinbarte Erfolgsabhängigkeit des Entgelts nichtig.¹⁸³ Zulässig ist es jedoch, **zusätzlich zum Zeitlohn**¹⁸⁴ ein **Leistungsentgelt** als Entlohnungsmodell zu

¹⁸⁰ Siehe auch *Warter*, Crowdwork 161.

¹⁸¹ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 74f, 224; siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 43.

¹⁸² OGH 10.01.1984, 4 Ob 164/83.

¹⁸³ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 76.

¹⁸⁴ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1152 ABGB Rz 34.

vereinbaren, um so die ArbeitnehmerInnen zur „Übererfüllung“ des Vertrages und zu effizientem Arbeiten anzuhalten.¹⁸⁵

3.1.2.2. Vertragliche Grundlage und Leistungspflicht

Das zweite Tatbestandsmerkmal fordert das Vorliegen einer vertraglichen Grundlage. Das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses bedingt also das Vorliegen eines **Arbeitsvertrages**. Der Vertragsschluss muss zumindest schlüssig erfolgt sein, darunter ist also der Wille des Einen, sich zu Leistungen rechtlich zu verpflichten und der Wille des Anderen, diese Verpflichtung anzunehmen und sich unter Umständen zu einer Gegenleistung zu verpflichten, zu verstehen. Bei der Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag muss die Bewertung grundsätzlich für den gesamten Vertrag **einheitlich** erfolgen und darf nicht in einen abhängigen und einen unabhängigen Teil aufgespalten werden.¹⁸⁶

Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages kommt der Bezeichnung als solcher keine oder allenfalls subsidiäre Bedeutung zu, entscheidend ist bloß **das wirklich Gewollte**, eine Fehlbezeichnung des Vertrages schadet nicht. Für die rechtliche Qualifikation des sich bereits in Vollzug befindlichen Vertragsverhältnisses ist bei Abweichen vom Vertragstext ausschließlich die **Arbeitsrealität** maßgeblich.¹⁸⁷ Da sich durch die Abweichung der **wahre Parteiwille** offenbare, habe der nicht der Arbeitsrealität entsprechende Vertragstext nach Auffassung von *Kietai-bl* entweder schon von Anfang an nicht dem wahren Parteiwillen entsprochen und sei dementsprechend als Scheingeschäft nach § 916 ABGB zu qualifizieren oder der Vertragsinhalt sei gem § 863 ABGB konkludent geändert worden. Selbst der ausdrückliche Wunsch der Parteien, keinen Arbeitsvertrag schließen zu wollen, ändere nichts am Vorliegen eines Arbeitsvertrages, sofern dies rechtlich aus dem Vertragsinhalt abzuleiten sei.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Risak*, Innovative Entlohnungsmodelle – Systematisierung und betriebliche Mitbestimmung, ZAS 2009, 140 (141).

¹⁸⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 69, 71.

¹⁸⁷ *Kietai-bl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 21; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 65; siehe auch OGH 13.04.1988, 9 ObA 52/88; 8 ObA 2158/96b; OGH 13.03.1997, 8 ObA 2359/96m.

¹⁸⁸ *Kietai-bl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 21, dazu auch OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80.

Darüber hinaus ist es den Parteien auch möglich, die Anwendung des (Vertrags-) Arbeitsrechts auf einen Vertrag, der eindeutig kein Arbeitsvertrag ist, durch Willensübereinkunft zu vereinbaren, jedoch folgt die Anwendung des Arbeitsrechts nicht schon aus der bloßen Bezeichnung des Vertrags als Arbeitsvertrag, sondern muss die Anwendung des Arbeitsrechts dem wahren Parteiwillen entsprechen. Die Beschäftigten werden so zu „**ArbeitnehmerInnen ex contractu**“, wiewohl die vereinbarte Anwendung des Arbeitsrechts einen Vertrag, der objektiv keinen Arbeitsvertrag darstellt, nicht zu einem solchen macht.¹⁸⁹

Jedoch kann der klare Parteiwille, einen Arbeitsvertrag schließen zu wollen, in Fällen, in denen trotz des Vorhandenseins von Tatbestandselementen des Arbeitsvertrags zweifelhaft ist, ob diese auch in ausreichendem Maße vorhanden sind, den Ausschlag für die Annahme des Vorliegens eines Arbeitsvertrages geben.¹⁹⁰

3.1.2.3. Persönliche Abhängigkeit

Als drittes Tatbestandsmerkmal fordert der § 1151 ABGB für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags die Arbeitserbringung „für einen anderen“, worunter die hM die Dienstleistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit, somit die **organisatorische Unter- und Einordnung** der persönlichen Arbeitskraft des/der ArbeitnehmerIn in die Betriebsorganisation des/der ArbeitgeberIn, also die fehlende Selbstbestimmung der ArbeitnehmerInnen bei der Arbeitserbringung versteht. Die organisatorische Gebundenheit an den/die ArbeitgeberIn drückt sich insbesondere in **fehlender Selbstbestimmung** über Arbeitszeit, Arbeitsort, arbeitsbezogenes Verhalten und im **Weisungsrecht** des/der ArbeitgeberIn aus. Die persönliche Abhängigkeit kann gewissermaßen als das wichtigste und entscheidende Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Vertragstypen angesehen werden.¹⁹¹

Trotz ihrer besonderen Wichtigkeit bei der Beurteilung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, können die einzelnen Elemente, anhand derer die Frage von Selbst- oder

¹⁸⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 65, 219.

¹⁹⁰ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 219, *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 68.

¹⁹¹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 18; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 56, 80ff; OGH 9 ObA 52/88; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 43ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/004ff; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 36ff.

Fremdbestimmung zu untersuchen ist, in unterschiedlichem Ausmaß ausgeprägt sein. Die persönliche Abhängigkeit bildet somit ein **kombinatorisches Tatbestandselement**, dessen einzelne Bestimmungselemente nach Zahl und Intensität gewichtet werden. Fehlen bestimmte Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, können sie durch das Vorliegen anderer aufgewogen werden. Bei der Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag ist somit insbesondere in Bezug auf die persönliche Abhängigkeit von einem **beweglichen System** auszugehen, in dem das Überwiegen eines Merkmals das Fehlen anderer Merkmale auszugleichen vermag. Diese Unbestimmtheit des Begriffs der persönlichen Abhängigkeit macht daher auch den Arbeitsvertrag und den daraus resultierenden ArbeitnehmerInnenbegriff zu **Typusbegriffen**, die sehr unterschiedliche Vertragsgestaltungsmöglichkeiten erfassen. Für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zu einem Vertragstyp ist somit eine **Gesamtbetrachtung aller Elemente** anzustellen, für einen Arbeitsvertrag müssen die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nach Ausprägung und Bedeutung überwiegen.¹⁹²

Die nach Auffassung des OGH wichtigsten Merkmale der persönlichen Abhängigkeit „*sind vor allem Weisungsgebundenheit, die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge und die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Dienstgeber*“.¹⁹³ Daraus leitet *Rebhahn* folgende **Hauptelemente** ab: Das Bestehen einer Pflicht zur persönlichen Dienstleistung, die fehlende Selbstbestimmung in Bezug auf den Ort der Leistung, die fehlende Selbstbestimmung in Bezug auf die Zeit der Leistung, die fehlende Selbstbestimmung in Bezug auf das persönliche Verhalten des/der Arbeitenden bei der Leistung sowie die Einordnung in die Arbeitsorganisation des/der VertragspartnerIn. Andere Elemente wie das Arbeiten mit den Betriebsmitteln des/der ArbeitgeberIn seien von geringerer Bedeutung.¹⁹⁴

¹⁹² *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 46; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 26; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 81, 83; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 61; OGH 13.01.1988, 14 ObA 46/87; OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBI 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*).

¹⁹³ OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f.

¹⁹⁴ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 82.

3.1.2.3.1. (Persönliche) Leistungspflicht

Zunächst ist der/die ArbeitnehmerIn zur **Leistung an sich** und insbesondere zur **persönlichen** Leistung der versprochenen Arbeit verpflichtet. Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung wird sogar als grundsätzlich notwendiger Bestandteil des Arbeitsvertrages angesehen, ohne die kein Arbeitsvertrag vorliegt.¹⁹⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie mit Abreden darüber, dass sich der/die ArbeitnehmerIn **generell vertreten lassen** („Vertretungsklausel“), einzelne Arbeitseinsätze **frei ablehnen** („Ablehnungsklausel“) kann bzw die Parteien in einer Rahmenabrede übereinkommen, dass nur solche Arbeitseinsätze geschuldet sind, über die im Einzelfall von den Vertragsparteien **Konsens** erzielt wird („Arbeit nach Konsensprinzip“), umzugehen ist.¹⁹⁶

3.1.2.3.1.1. Vertretungs- und Ablehnungsrechte

Ganz allgemein lässt die Rechtsprechung beim Element der persönlichen Leistungspflicht einen gewissen Spielraum zu. So erachtet der OGH die vertragliche Einräumung von Vertretungs- und Ablehnungsrechten für die Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag für nachrangig und stellt stattdessen auf die **tatsächlichen Verhältnisse** ab: *„Ablehnungs- und Vertretungsrechte werden vielmehr im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände in den meisten Fällen nicht primär ausschlaggebend sein [...]. Weit größerer Bedeutung wird im Allgemeinen der Frage zukommen, wie sehr der Dienstnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und wie weit für ihn die Möglichkeit besteht, den Ablauf der Arbeit selbständig zu regeln und jederzeit zu ändern.“*¹⁹⁷ Die Vereinbarung einer generellen Vertretungsbefugnis schließe nach Auffassung des OGH überdies die persönliche Abhängigkeit und Dienstnehmereigenschaft nur dann aus, wenn das Vertretungsrecht **tatsächlich genutzt** werde oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten sei, dass eine solche Nutzung erfolge.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 85; so auch OGH 13.04.1988, 9 ObA 160/87.

¹⁹⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 86.

¹⁹⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 87; OGH 18.10.2006, 9 ObA 96/06t.

¹⁹⁸ OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k, ARD 5479/9/04 = ecolex 2004, 201 = infas 2004, 58/A24 = RdW 2004, 426 (*Naderhirn*) = wbl 2004, 386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145.; OGH 30.06.2005, 8 ObA 35/05p, ecolex 2005, 786 = infas 2005, 166/A71 = DRdA 2005, 547 = ARD 5649/7/06.

Anders als das Vertretungsrecht betrifft das Recht zur Ablehnung einzelner Arbeitseinsätze nicht bloß die Frage der persönlichen Leistungspflicht, sondern der Leistungspflicht an sich. Dennoch kann unter bestimmten Umständen ein **durchgehender Arbeitsvertrag** vorliegen, wenn die einzelnen tatsächlich durchgeführten Arbeitseinsätze von einer für den Arbeitsvertrag typischen Unterordnung geprägt sind und darüber hinaus der/die VertragspartnerIn des/der Arbeitenden so agieren kann, **als bestünde eine Pflicht zur Arbeitserbringung**. Kann das Ablehnungsrecht wiederholt in Anspruch genommen werden, ohne dass das negativen Einfluss auf die Beziehung zwischen den Vertragsparteien hat, ist das Vorliegen eines durchgehenden Arbeitsverhältnisses zu verneinen.¹⁹⁹

Von der Rechtsprechung²⁰⁰ wird ein vereinbartes Ablehnungsrecht im Hinblick auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages **ähnlich behandelt wie ein Vertretungsrecht**, wobei die tatsächliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses schwerer wiege als die vertragliche Vereinbarung.²⁰¹ Beachtlich sei eine entsprechende Klausel im Vertrag bloß dann, wenn das Ablehnungsrecht entweder tatsächlich genutzt wird oder zumindest objektiv davon ausgegangen werden kann, dass eine Nutzung des Ablehnungsrechts erfolgt.²⁰²

Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist daher daran zu messen, wie frei der/die ArbeitnehmerIn bei der Möglichkeit, sich vertreten zu lassen oder einzelne Arbeitseinsätze abzulehnen, **tatsächlich** ist und ob eine generelle Vertretung auch im Hinblick auf das zukünftige Verhältnis zum/zur ArbeitgeberIn möglich ist. Kann der/die ArbeitnehmerIn vom Vertretungs- bzw Ablehnungsrecht nach Belieben Gebrauch machen, ist das Vorliegen eines Arbeitsvertrages wohl zu verneinen.²⁰³

Hinsichtlich des plattformbasierten Arbeitens ist wohl grundsätzlich vom Bestehen einer persönlichen Leistungspflicht auszugehen. Gemeinsam ist sämtlichen Plattformen ein System von **Ratings** – siehe dazu weiter unten zur Frage der Kontrolle – mithilfe derer KundInnen die Qualität der erbrachten Dienstleistung bewerten und somit der Plattform einen Mechanismus zur Beurteilung der für sie Arbeitenden schaffen. Ohne

¹⁹⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 93; *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht (2016) 37f.

²⁰⁰ OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k, ARD 5479/9/04 = ecolex 2004, 201 = infas 2004, 58/A24 = RdW 2004, 426 (*Naderhirn*) = wbl 2004, 386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145.

²⁰¹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 93.

²⁰² *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 93; OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d.

²⁰³ So auch *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 92.

Individualisierung, wenn etwa mehrere LeistungserbringerInnen den selben Account benutzen oder sich beliebig vertreten lassen könnten, wären die beschriebenen Ratings sinnlos.²⁰⁴

3.1.2.3.1.2. Arbeit auf Abruf

Mitunter wird von den Vertragsparteien auch ein Rahmenvertrag vereinbart, in dem die Bedingungen künftiger Arbeitsleistungen verabredet werden.²⁰⁵ Enthält die Abrede die Pflicht zur Arbeit, spricht das stark für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, insbesondere, wenn die vereinbarten Bedingungen der einzelnen Arbeitseinsätze ausreichend durch Fremdbestimmtheit gekennzeichnet sind. In diesen Fällen ist in der Regel von **Arbeit auf Abruf** auszugehen.²⁰⁶

Darunter wird eine Art der Vertragsgestaltung verstanden, im Zuge derer sich jemand verpflichtet, innerhalb bestimmter Rahmenzeiten auf Abruf eines Anderen Arbeit zu leisten, wobei **nur die tatsächlich geleistete Arbeit bezahlt** werden soll. Dabei kann entweder eine Mindestarbeitszeit vereinbart sein, oder auch nicht, wobei für den OGH bei Fehlen von Mindestarbeitszeit wie auch Nicht-Bezahlens der Bereitschaftszeit **Sittenwidrigkeit** des Vertrages vorliegt, insbesondere aufgrund der massiven **Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos** auf den/die ArbeitnehmerIn.²⁰⁷

3.1.2.3.1.3. Arbeit nach Konsensprinzip und fallweise Beschäftigung

Soll der/die Arbeitende in der Entscheidung, zu einem bestimmten Arbeitseinsatz bereit zu sein, völlig frei sein, somit Arbeitserbringung nach dem Konsensprinzip vereinbart ist, so besteht eine Arbeitspflicht erst mit **Zustimmung im Einzelfall**. Dennoch ist fraglich, ob die Vereinbarung von Arbeit nach dem Konsensprinzip das Bestehen eines Arbeitsvertrags ausschließen muss. Nach Auffassung von *Rebhahn* sei im Falle des Überwiegens von Elementen der Fremdbestimmung während der einzelnen Arbeitseinsätze (als notwendige Grundvoraussetzung der Anwendbarkeit des Arbeitsrechts) zu fragen, ob möglicherweise deshalb ein Arbeitsvertrag vorliege, weil etwa der Ausschluss der

²⁰⁴ Siehe auch *Warter*, Crowdwork 164.

²⁰⁵ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 94.

²⁰⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 85/1.

²⁰⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 192f; OGH 12.02.1992, 9 ObA 247/91.

Arbeitspflicht **nicht ausreichend ernst gemeint** sei oder das **Verbot von Kettenarbeitsverträgen** zum Tragen komme.²⁰⁸ Vom OGH wurden Rahmenvereinbarungen mit Konsenserfordernis wiederholt als durchgehende Arbeitsverhältnisse qualifiziert.²⁰⁹

Eine andere Linie verfolgte der OGH bei Fragen der sog „**fallweisen Beschäftigung**“, insbesondere in den „Steirische Diskothek“-Entscheidungen. In insgesamt sieben Fällen²¹⁰ hatte der OGH unter anderem darüber zu entscheiden, ob es sich hinsichtlich der von den betreffenden Personen ausgeübten Beschäftigungen als Kellner bzw „Fasser“ (wohl eine Art Barkeeper mit der Aufgabe, Getränke für die KellnerInnen zu zapfen) um durchgehende Arbeitsverhältnisse handelte.²¹¹ Bei der fallweisen Beschäftigung handelt es sich um einen **sozialversicherungsrechtlichen Begriff**, der in § 471b Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) definiert ist: „*Unter fallweise beschäftigten Personen sind Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist.*“²¹² Somit kann es bei arbeitsrechtlicher Zulässigkeit zu einer Aneinanderreihung befristeter Verhältnisse bei dem/der selben ArbeitgeberIn kommen, was eine sozialversicherungsrechtliche Vereinfachung (im Sinne einer Zusammenlegung) arbeitsrechtlich getrennt zu beurteilender Verhältnisse zum Ziel hat.²¹³ Mit dem Meldepflicht-Änderungsgesetz²¹⁴ wird § 471b ASVG jedoch mit 31.12.2018 aufgehoben.

²⁰⁸ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 96f.

²⁰⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 95; 9 ObA 247/91; OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecolex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecolex 2005, 193 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (*Schwarz*) = RdW 2005, 759 (*Gerhartl*) = ZAS 2006, 78 (*Schrank*) = SZ 2004/189 = Arb 12.500; siehe jedoch auch OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBl 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*), in dieser Entscheidung verneinte der OGH das Vorliegen einer Arbeitspflicht und lehnte einen Arbeitsvertrag somit ab.

²¹⁰ Siehe OGH 27.06.2013, 8 ObA 32/13h, ARD 6346/5/2013 = RdW 2013, 511 (Info aktuell) = 2013, 902 = wbl 2013, 651/236 = RdW 2013, 614 = EvBl 2013, 1076 = DRdA 2014, 66 = infas 2014, 19/A7 = DRdA 2014, 221/16 (*Burger*) = Arb 13.109; OGH 28.10.2013, 8 ObA 50/13f, ARD 6382/9/2014 = wbl 2014, 157/51 = RdW 2014, 146 = infas 2014, 93/A31 = DRdA 2014, 256 = DRdA 2014, 346/34 (*Risak*) = ZAS 2014, 316 (*Ogriseg*); OGH 19.12.2013, 9 ObA 153/13k, ecolex 2014, 455 = ZAS 2015, 244 (*Tomandl*); OGH 26.02.2014, 9 ObA 154/13g; OGH 27.02.2014, 8 ObA 8/14f; OGH 24.03.2014, 8 ObA 82/13m, ecolex 2014, 631; OGH 28.04.2014, 8 ObA 13/14s, ARD 6407/6/2014 = wbl 2014, 523/177 = DRdA 2014, 595 = infas 2014, 222/A79.

²¹¹ *Schiechtl*, Arbeitsrechtliche Probleme der Gelegenheitsarbeit, in JAS 2017, 109 (111).

²¹² § 471b ASVG BGBl I 2017/131.

²¹³ *Risak*, Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung, DRdA 2014, 346 (349).

²¹⁴ Meldepflicht-Änderungsgesetz BGBl I 2015/79.

Im Zusammenhang mit Rahmenvereinbarungen ist insbesondere der zweite „Diskothek“-Fall²¹⁵ interessant. Der OGH stellte fest, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien weder eine **Arbeitspflicht** vorsah, noch einen Anspruch des Arbeitenden auf Beschäftigung zu bestimmten Zeiten oder in einem bestimmten **Mindestausmaß**. Der Inhalt der Rahmenvereinbarung habe sich lediglich auf die Art und Höhe der Entlohnung von nebenberuflichen Tätigkeiten als Aushilfskraft beschränkt. Zu einem Arbeitsverhältnis sei es immer erst dann gekommen, wenn sich die Aushilfskraft für bestimmte und frei gewählte Tage zu einem Arbeitseinsatz bereit erklärte und die so angebotene Arbeitskraft tatsächlich in Anspruch genommen wurde. Lediglich **fallweise** sei der betreffende Arbeitnehmer gebeten worden, für ausgefallene MitarbeiterInnen einzuspringen. Das sei nach Ansicht des OGH für eine Aushilfstätigkeit geradezu charakteristisch, jedoch hätte sich keine Verpflichtung zum Arbeitsantritt ergeben, bei einer Weigerung seien auch keine Konsequenzen zu erwarten gewesen. Aus diesem Grund hätten die Parteien eine **Kette von befristeten Arbeitsverträgen** anstelle eines einzigen durchgängigen Arbeitsvertrags geschlossen. Der Abschluss kurzer, aufeinander folgender Arbeitsverträge sei zwar nur dann rechtmäßig, wenn sie im Einzelfall durch **besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe**, die in der Person des/der ArbeitnehmerIn liegen müssen, gerechtfertigt werden können, die Vertragskette im „Diskothek“-Fall sei jedoch nicht als sittenwidrig zu beurteilen, da die Dauer der Zeiten der Unterbrechung erheblich die Dauer der Beschäftigung übersteige.²¹⁶

Im Rahmen des beweglichen Systems bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Vertragskette scheint das wesentliche Indiz also das **Verhältnis** zwischen der Gesamtdauer der Arbeitsverhältnisse einerseits und der Gesamtdauer der Unterbrechungen andererseits zu sein: Je größer die Abstände zwischen den einzelnen Arbeitsverhältnissen sind, desto eher handelt es sich tatsächlich um einzelne Arbeitsverhältnisse und nicht um eine Umgehung.²¹⁷ Überdies sei wohl relevant, ob der **Wille der Vertragsparteien** auf das Zustandekommen einer durchgängigen Beschäftigung mit vom/von der Arbeitenden zu bestimmendem variablem Zeitausmaß gerichtet ist, oder auf das Zustandekommen von tatsächlich bloß fallweiser Beschäftigung.²¹⁸

²¹⁵ Siehe OGH 28.10.2013, 8 ObA 50/13f, ARD 6382/9/2014 = wbl 2014, 157/51 = RdW 2014, 146 = infas 2014, 93/A31 = DRdA 2014, 256 = DRdA 2014, 346/34 (*Risak*) = ZAS-Judikatur 2014/21 = ZAS 2014, 316 (*Ogriseg*).

²¹⁶ OGH 28.10.2013, 8 ObA 50/13f; siehe auch *Schiechtl*, JAS 2017, 112f.

²¹⁷ *Risak*, DRdA 2014, 351.

²¹⁸ *Risak*, DRdA 2014, 350.

Im Endeffekt wird es somit wohl, ähnlich wie bei der Beurteilung von Vertretungs- bzw. Ablehnungsrecht, auf die **tatsächliche Dispositionsfreiheit** des/der Arbeitenden ankommen. Kann ein konkreter Arbeitseinsatz wiederholt abgelehnt werden, ohne dass das Konsequenzen für das Verhältnis mit dem/der VertragspartnerIn mit sich bringt, und dem/der Arbeitenden weitere Arbeitseinsätze angeboten werden, so liegt wohl kein durchgehendes Arbeitsverhältnis vor. Muss der/die Arbeitende jedoch damit rechnen, nach der Ablehnung von Arbeitseinsätzen nicht mehr kontaktiert zu werden, ist vom Vorliegen eines durchgängigen Arbeitsverhältnisses auszugehen. Relevant in der Beurteilung eines Rahmenvertrages ist zu einem gewissen Maße zudem die **Dichte der Arbeitseinsätze**.²¹⁹ So entschied der OGH im Fall einer „Pool-Arbeitskraft“, die in einer Druckerei Werbematerial in Zeitungen einlegte und nie einen Arbeitseinsatz ablehnte, dass aufgrund der Dichte der Arbeitseinsätze davon auszugehen war, dass es den Parteien nicht bloß um gelegentliche Arbeitseinsätze gegangen sei, weshalb von einem durchgehenden Arbeitsverhältnis auszugehen war.²²⁰ Nach *Löschnigg* sei bei der Beurteilung insofern zu fragen, ob die einzelnen Dienstleistungen rechtlich für sich allein bestehen können, oder ob es zu einer Verdichtung aufgrund von Regelmäßigkeit, Häufigkeit, Integration in den Betrieb, Verpflichtungsgrad oder inneren Zusammenhangs der Dienstleistungen komme.²²¹

Im Hinblick auf für Dienstleistungsplattformen erbrachte Arbeit wird daher im Zuge der Fallbeispiele zu untersuchen sein, ob, sollte das Vorliegen von Arbeit nach Konsensprinzip im Raum stehen, eine Leistungspflicht bereits hinsichtlich des Rahmenvertrages besteht und von einer ausreichenden Dichte der zu erbringenden Arbeit auszugehen ist, oder Leistungspflicht bloß hinsichtlich der einzelnen Arbeitseinsätze der Plattform-ArbeiterInnen vorliegt.

3.1.2.3.2. Organisatorische Unterordnung

Über die Frage der Fremdbestimmung bei der Verfügung über die Arbeitskraft, also der Leistungspflicht hinaus, wirkt sich das Tatbestandsmerkmal der persönlichen

²¹⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 96/1.

²²⁰ OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d; ähnlich gelagert wiederkehrende Detektiveinsätze siehe OGH 28.8.1997, 8 ObA 2347/96x.

²²¹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/023.

Abhängigkeit auch auf die Frage der organisatorischen Unterordnung aus.²²² Die persönliche Abhängigkeit im Arbeitsverhältnis ist zunächst gekennzeichnet von einer **Integration des/der Arbeitenden in den Betrieb** des/der VertragspartnerIn, somit von einer Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Die Eingliederung kommt insbesondere in der Unterordnung des/der ArbeitnehmerIn unter betriebliche Hierarchien und daher auch in der Pflicht, sich von dem/der ArbeitgeberIn darauf **kontrollieren** zu lassen, ob die aus Vertrag oder Weisung folgenden Bindungen auch eingehalten werden, zum Ausdruck. Die moderne Technik hat die Möglichkeiten zur Fremdbestimmung der Arbeitenden stark erweitert, denkt man an Internet, Telefonie oder gar GPS. Insofern müssen Arbeitende räumlich nicht mehr so stark in die Organisation des/der VertragspartnerIn eingegliedert sein.²²³ Nach Ansicht des OGH müsse die Kontrollunterworfenheit beim Arbeitsvertrag deutlich intensiver ausfallen als bei anderen Vertragstypen²²⁴, gefordert wird zudem eine „**laufende Kontrolle**“ der Arbeitstätigkeit, um einen Arbeitsvertrag zu begründen.²²⁵

Gerade die angesprochenen **modernen Technologien** bilden das Herzstück der Plattformökonomie. Ohne die flächendeckende, mobile und ständige Verfügbarkeit des Internets mit hoher Übertragungsgeschwindigkeit sowie dem selbstverständlichen Besitz und Gebrauch von Smartphones durch weite Teile der Bevölkerung wären die Geschäftsmodelle der Dienstleistungsplattformen undenkbar. So erhalten die Plattform-ArbeiterInnen ihre Aufträge über Handy-Apps und interagieren mit der Plattform grundsätzlich auf digitalem Weg. Der Internet-Aspekt der Plattform-Apps wird vielfach durch GPS ergänzt, was insbesondere die Integration von Navigationssystemen in die Apps und somit eine **genaue Steuerung des Arbeitsprozesses** ermöglicht. Gleichzeitig wird die Technologie jedoch auch zur Kontrolle der Arbeitenden bei der Dienstleistungserbringung eingesetzt.

3.1.2.3.2.1. Persönliches und sachliches Weisungsrecht

Die Fremdbestimmtheit des/der ArbeitnehmerIn drückt sich insbesondere im (persönlichen und sachlichen) Weisungsrecht des/der ArbeitgeberIn, somit in der

²²² *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 56.

²²³ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 107f.

²²⁴ OGH 13.01.1988, 14 ObA 46/87.

²²⁵ OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g.

Möglichkeit, Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsmittel des/der ArbeitnehmerIn zu bestimmen und den/die ArbeitnehmerIn der Kontrolle durch den/die ArbeitgeberIn zu unterwerfen, aus. Das persönliche Weisungsrecht wird oftmals als **wichtigster Bestandteil des Arbeitsverhältnisses** angesehen.²²⁶

Als Abgrenzungskriterium zu anderen Vertragstypen genügt grundsätzlich die bloße **Befugnis** zur Erteilung von Weisungen und ist nicht so sehr auf das tatsächliche Ausüben des Weisungsrechts abzustellen. Nach Ansicht von *Rebhahn* werde die Bedeutung der sachlichen Weisungsbefugnis (entgegen der persönlichen) vielfach unterschätzt. ArbeitgeberInnen würden Arbeitsverträge häufig gerade aufgrund des ihnen somit zur Verfügung stehenden Weisungsrechts schließen. Dabei sei die sachliche Weisungsbefugnis ebenso wichtig wie die persönliche.²²⁷ In der umfassenden Befugnis zur Erteilung sachlicher Weisungen sei ein unter Umständen sogar entscheidendes Indiz für den Arbeitsvertrag zu sehen, da durch sachliche Weisungen die im Arbeitsvertrag in der Regel nur sehr **allgemein formulierte Leistungspflicht konkretisiert** werde. Daher sei das Recht zu sachlichen Weisungen beim Arbeitsvertrag weitaus stärker ausgeprägt als bei anderen Vertragsverhältnissen.²²⁸

Anderer Ansicht sind etwa *Kietzbl*, der im sachlichen Weisungsrecht des/der ArbeitgeberIn kein Indiz für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit erblickt²²⁹, und *Krejci*, der sachliche Weisungen ebenfalls als nicht typisch für den Arbeitsvertrag ansieht²³⁰, wenngleich auch er Weisungen als Konkretisierungen des Arbeitsvertrages einordnet²³¹. Auch der OGH differenziert zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen, wobei er der Tatsache, dass sachliche Weisungen erteilt werden, **keine Aussagekraft** hinsichtlich der Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag zuspricht: „Bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit als entscheidendes Kriterium der Fremdbestimmung ist jedoch der Unterschied zwischen persönlichen und sachlichen Weisungen zu berücksichtigen. Sachliche Weisungen kommen auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne

²²⁶ *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 24f; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 99.

²²⁷ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 99.

²²⁸ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 110f.

²²⁹ *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 25.

²³⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 47.

²³¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 43.

*echten Arbeitsvertragscharakter vor, wobei in vielen Fällen derartige Verträge ohne Weisungen nicht vorstellbar sind [...].*²³²

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass es im Hinblick auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages auf die **Kombination von sachlicher und persönlicher Weisungsbefugnis** ankommt. Während sachliche Weisungen grundsätzlich auch bei Werk- und freien Dienstverträgen vorkommen, wenngleich bei diesen Vertragstypen selten offengelassen wird, welche spezifische Leistung geschuldet ist, kommt sachlichen Weisungen beim Arbeitsvertrag aufgrund der Möglichkeit, immer wieder neue Arbeiten zuzuweisen, eine **besondere Qualität** zu.²³³ Charakteristisch für das arbeitsvertragliche Element der persönlichen Abhängigkeit ist jedoch insbesondere das Recht des/der ArbeitgeberIn auf die Erteilung persönlicher Weisungen.²³⁴

Warter verweist mit Blick auf digitale CrowdworkerInnen darauf, dass Eingriffe in deren Arbeitsablauf **nicht vorgesehen** seien, da sie ihre Arbeiten ohnedies auf der Plattform ausführen müssten und gezwungen seien, die von der Plattform vorgegebene Software zu verwenden. Durch die starke Determiniertheit des Arbeitsinhalts schon im Vorfeld seien sachliche Weisungen überflüssig und fänden auch nicht statt. Vielmehr sei der Arbeitsablauf **vorprogrammiert** und den CrowdworkerInnen blieben keine Möglichkeiten zur Abweichung.²³⁵

Meines Erachtens wird diese Sichtweise vielfach auch auf die in dieser Arbeit behandelten Dienstleistungsplattformen zutreffen, die ebenfalls den Prozess der Leistungserbringung stark kontrollieren und den Arbeitenden kaum Möglichkeiten zur Abweichung oder zum eigenverantwortlichen Arbeiten lassen, sodass sachliche Weisungen während des Arbeitsprozesses, im Sinne von **Interventionen während der Arbeitserbringung**, nicht oft stattfinden. In gewisser Weise ähnelt die völlige Marginalisierung der Eigenverantwortung im Bereich der plattformbasierten Arbeit dabei

²³² OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBl 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*); siehe auch 14 ObA 46/87; sowie OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s; OGH 10.07.2008, 8 ObA 55/07g, *Peschek/Unterrieder*, ecolex 2008, 988 = ecolex 2008, 1043 = ARD 5919/3/2008 = ZAS-Judikatur 2008/175 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = RdW 2009, 40 = Arb 12.759; und OGH 27.09.1989, 9 ObA 219/89.

²³³ *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 83.

²³⁴ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 43ff; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 99.

²³⁵ *Warter*, Crowdwork 176f.

der im vorherigen Kapitel beschriebenen fordistischen Produktionsweise am Fließband, bei der die Machtausübung über die Arbeitskräfte ebenfalls durch eine starke Eingliederung in den Produktionsprozess erfolgte.

3.1.2.3.2.2. Arbeitsort

Als Teil des persönlichen Weisungsrechts oder bereits als Konsequenz aus dem Arbeitsvertrag kann die Fremdbestimmung des Arbeitsorts durch den/die ArbeitgeberIn aufgefasst werden. Zwar kann sich ein bestimmter Arbeitsort und die dortige Anwesenheitspflicht durchaus aus sachlichen Gründen ergeben und daher auch bei anderen Vertragstypen als dem Arbeitsvertrag gegeben sein, Elemente wie eine **Anwesenheitspflicht** zu bestimmten Zeiten und die Notwendigkeit einer **Erlaubnis** oder zumindest **Rechtfertigungspflicht für Abwesenheit** sprechen jedoch grundsätzlich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.²³⁶

Dass der/die Arbeitende nicht über einen **physischen Arbeitsplatz**, etwa in einem zum Unternehmen des/der VertragspartnerIn gehörenden Gebäude verfügt, spricht nicht schon an sich gegen das Bestehen eines Arbeitsvertrages. Gerade in Zeiten von Computern und umfassenden Möglichkeiten der Echtzeit-Kommunikation **verliert der Arbeitsplatz an Relevanz**.²³⁷ Nach Meinung des OGH kommt es bei der Frage nach dem Arbeitsort und dessen Bedeutung für das Bestehen eines Arbeitsvertrages vor allem auf die *„Einordnung in den Organismus des Unternehmens und die dienstliche Bindung und Unterordnung unter den Willen des Unternehmers an; dabei ist aber die räumliche Bindung an die Betriebsstätte nicht von ausschlaggebender Bedeutung“*.²³⁸

Wird von zu Hause oder einem anderen Ort aus gearbeitet, kommt der **Kontrollmöglichkeit**, die heute via Internet und durch moderne Technik möglich ist, große Bedeutung zu. Die Möglichkeit zur Bindung und Kontrolle aus der Ferne tritt insofern an die Stelle genauer Überwachung der Arbeitszeit und kann daher **wesentliches Kriterium** für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sein.²³⁹ *Risak* zufolge könne aufgrund des

²³⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 103; siehe auch 9 ObA 219/89.

²³⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 103.

²³⁸ OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z.

²³⁹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 105f.

Arbeitsvertrages als Typusbegriff und des damit einhergehenden beweglichen Systems bei der rechtlichen Einordnung eines Vertrages die Lockerung der Fremdbestimmung hinsichtlich des Arbeitsortes durch andere Elemente ausgeglichen werden und so trotz nicht eindeutig feststellbarem Arbeitsort ein Arbeitsvertrag vorliegen.²⁴⁰

In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist auch die Abgrenzung zwischen abseits eines festen Arbeitsortes oder zu Hause erbrachter Arbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, etwa durch Telearbeit, und der Heimarbeit nach dem Heimarbeitsgesetz. Auch hierbei spielt die **Bindung** des/der Arbeitenden eine entscheidende Rolle. So kann das Bestehen eines ausgelagerten Arbeitsplatzes bzw ein Arbeitsverhältnis angenommen werden, wenn der/die persönlich Arbeitende an bestimmte Arbeitszeiten gebunden ist, persönliche Weisungen befolgen und sich, etwa durch Erreichbarkeit, kontrollieren lassen muss. Ist dies nicht der Fall, liegt selbstständige Heimarbeit vor.²⁴¹

Gerade im Hinblick auf die bei plattformbasierter Arbeit vielfach eingesetzten Apps, mithilfe derer eine umfangreiche Überwachung und Steuerung des Arbeitsprozesses möglich ist, lässt sich fragen, ob das eindimensionale Konzept des physischen Arbeitsplatzes nicht überholt erscheint. Mit Blick auf digitales Crowdwork spricht *Warter* davon, dass gerade bei Microtasking-Plattformen stets auf der Schnittstelle der Plattform gearbeitet werden muss und keine eigenen oder andere Computerprogramme zur Leistungserbringung verwendet werden können.²⁴² Ähnlich könnte meines Erachtens auch bei Dienstleistungsplattformen wie Uber und Foodora argumentiert werden, da die Arbeitenden stets in die App **eingeloggt** sein müssen und über sie auch Aufträge zugewiesen bekommen. Ist die App ausgeschaltet, ist eine Leistungserbringung undenkbar. Neben den physischen Ort der Leistungserbringung würde bei solcher Betrachtung somit ein **zweiter Arbeitsort in der digitalen Sphäre** treten, an dem die Plattform-ArbeiterInnen in gleicher Weise „anwesend“ sein müssen wie an einem traditionellen Arbeitsort.

²⁴⁰ *Risak*, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017/1, 12 (24).

²⁴¹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 27.

²⁴² *Warter*, Crowdwork 174.

3.1.2.3.2.3. Arbeitszeit

Aus dem Blickwinkel der Selbst- oder Fremdbestimmung nicht minder relevant und eng mit den zum Arbeitsort angestellten Überlegungen verbunden ist überdies das Kriterium der Arbeitszeit. Hat der/die Arbeitende die **Möglichkeit der freien Zeiteinteilung** zur Erbringung der Arbeitsleistung, spricht dieser Umstand stark gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Wenngleich die Weisungsmöglichkeit zur Arbeitszeit durch das Arbeitszeitgesetz eingeschränkt ist, besteht für ArbeitgeberInnen jedenfalls das **Recht bzw die Pflicht zur Kontrolle der Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeit**, und zwar auch dann, wenn sich der/die ArbeitnehmerIn die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen kann. Besteht eine solche Kontrollmöglichkeit, bildet das ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.²⁴³

3.1.2.3.2.4. Kontrolle

Gerade der Aspekt der Kontrolle findet in der Plattformökonomie eine **neue Qualität**. Durch den Einsatz digitaler Technologie lassen sich die Arbeitenden bei der Dienstleistungserbringung in ausgeprägter Weise kontrollieren. So lässt sich per GPS der jeweilige Standort der Arbeitenden in Echtzeit von den Plattform-BetreiberInnen nachvollziehen, das Internet ermöglicht rasche Kommunikation zwischen den ErbringerInnen der angebotenen Dienstleistung und den EmpfängerInnen. Ebenso leicht nachvollziehbar ist, wann Arbeitende in die Apps eingeloggt und somit arbeitsbereit sind. Durch die Apps kann zudem der **Arbeitsablauf**, also die einzelnen „Arbeitsschritte“, in zeitlicher und örtlicher Hinsicht vorgegeben werden, was den Plattform-ArbeiterInnen oft nur sehr **wenig Spielraum** bei der Arbeitserbringung lässt.

Eine weitere Möglichkeit zur Leistungskontrolle bilden die in der Plattformökonomie üblichen Ratings, also **Bewertungssysteme**, mit denen die EmpfängerInnen der angebotenen Dienstleistung die Qualität der Leistungserbringung durch den/die LeistungserbringerIn mit der Vergabe von Punkten, Sternen oder ähnlichem beurteilen.²⁴⁴ Ganz im Sinne der bereits im vorigen Kapitel geschilderten umfassenden

²⁴³ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 105f.

²⁴⁴ Zu Ratings und Systemen von „digitaler Reputation“ siehe ausführlich *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013).

Auslagerungsbestrebungen plattformbetreibender Unternehmen wird mit den Ratings sogar die Kontrolle der Arbeitskräfte ausgelagert. Fallen die Ratings eines/einer Arbeitenden unter ein bestimmtes Niveau, kann die Plattform darauf reagieren und **Sanktionen** setzen, etwa die DienstleistungserbringerInnen von der Plattform ausschließen.

3.1.2.3.2.5. Betriebsmittel

Ein weiteres Kriterium bei der Beurteilung der Fremdbestimmtheit bildet die Frage, von wem die Betriebsmittel bereitgestellt werden müssen. Wenngleich den Betriebsmitteln für die juristische Einordnung eines Vertrages vergleichsweise **geringe Bedeutung** zukommt und dieses Kriterium andere bereits dargestellte Kriterien nicht aufzuwiegen vermag, ist festzuhalten, dass die Betriebsmittel beim Arbeitsvertrag **typischerweise vom/von der ArbeitgeberIn** (und umgekehrt bei freiem Dienstvertrag oder Werkvertrag vom/von der Arbeitenden) bereitgestellt werden. Fehlt in einem Arbeitsvertrag eine Abrede darüber, wer die Betriebsmittel bereitzustellen hat, trifft diese Pflicht den/die ArbeitgeberIn. Werden die Betriebsmittel also vom/von der VertragspartnerIn des/der Arbeitenden zur Verfügung gestellt, spricht dies grundsätzlich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages.²⁴⁵

Ein gewisses Indiz bildet jedoch auch der **wirtschaftliche Wert** der bereitgestellten Sache. Ist dieser sehr hoch und wird die Sache vom/von der Arbeitenden gestellt, kann das gegen einen Arbeitsvertrag sprechen. Wird jedoch bloß das eigene Telefon oder der eigene Laptop zur Verfügung gestellt, besteht darin heutzutage keinerlei Indizwirkung mehr. Die Pflicht des/der ArbeitnehmerIn zur Bereitstellung relativ teurer Betriebsmittel kann sogar **unzulässig** sein, dies dann, wenn das Betriebsmittel extra und nach Vorgaben des/der ArbeitgeberIn angeschafft werden muss und so das wirtschaftliche Risiko auf den/die ArbeitnehmerIn überwälzt werden soll.²⁴⁶

3.1.2.4. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Wenngleich viele arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf dem Gedanken beruhen, dass sich die Arbeitenden gegenüber ihrem/ihrer Vertragspartnerin in der **wirtschaftlich schwächeren Position** befinden, ist im Gegensatz zur persönlichen Abhängigkeit des/der

²⁴⁵ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 57.

²⁴⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

ArbeitnehmerIn die wirtschaftliche Abhängigkeit für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag **nicht bedeutsam**. Unter der wirtschaftlichen Abhängigkeit wird die Abhängigkeit des/der Arbeitenden vom Erwerbseinkommen für die Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts verstanden. Die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts wird nicht durch bloße wirtschaftliche Abhängigkeit ausgelöst. Umgekehrt ist wirtschaftliche Abhängigkeit auch nicht erforderlich. Jedoch kann die wirtschaftliche Abhängigkeit bei der Beurteilung insbesondere der Arbeitnehmerähnlichkeit eine gewichtige Rolle spielen. So wird die Anwendbarkeit einiger arbeitsrechtlicher Normen auf bloß wirtschaftlich, nicht aber persönlich abhängige **arbeitnehmerähnliche Personen** ausgedehnt²⁴⁷ – siehe dazu weiter unten unter Punkt 3.4.

3.1.3. Bedeutung für die Plattformökonomie

Im Hinblick auf DienstleistungserbringerInnen, deren Leistung über Internetplattformen in Anspruch genommen werden können, ist also zu fragen, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen und der Plattform oder ihnen und den KundInnen bzw EmpfängerInnen der Dienstleistung zustande kommt. Für die DienstleistungserbringerInnen wäre das vorteilhaft, da ihnen so der umfassende Schutz des Arbeitsrechts zukommen würde. Gerade die in der Plattformökonomie übliche, starke organisatorische Eingliederung und Kontrolle der Arbeitenden legt das Zustandekommen von Arbeitsverträgen oft nahe, wie im 4. Kapitel anhand von Fallbeispielen gezeigt wird.

3.2. Freier Dienstvertrag

3.2.1. Grundsätzliches

Wie auch beim Arbeitsvertrag handelt es sich beim Begriff des freien Dienstvertrages um einen **Typusbegriff**. Es kommt also darauf an, dass die typischen Merkmale so ausgeprägt vorhanden sind, dass sie die untypischen überwiegen und der Sachverhalt im Ganzen dem Typus entspricht.²⁴⁸

²⁴⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 57; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 33; zu den Kriterien anhand derer das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu beurteilen ist, siehe etwa OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g.

²⁴⁸ *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht (2016) 4f.

Der freie Dienstvertrag ist – im Gegensatz zu Arbeits- und Werkvertrag – im ABGB nicht geregelt, ähnelt jedoch in wesentlichen Punkten dem Arbeitsvertrag. So handelt es sich beim freien Dienstvertrag um einen **Mischvertrag**, dem sowohl Elemente des Dienstvertrags als auch des Werkvertrags innewohnen.²⁴⁹ Geprägt ist der freie Dienstvertrag also einerseits durch ein **Dauerschuldverhältnis**, das von den Parteien vereinbarte zu erbringende Arbeitsleistungen zum Inhalt hat, sowie andererseits von gleichzeitiger **persönlicher Unabhängigkeit** und einem Auftreten des/der freien DienstnehmerIn als UnternehmerIn.²⁵⁰ Ebenfalls besteht eine Pflicht zur Dienstleistungserbringung, wobei die geschuldeten Dienstleistungen wie im Arbeitsvertrag nur gattungsmäßig umschrieben sind. Somit schuldet der/die Arbeitende auch beim freien Dienstvertrag bloß sorgfältiges Bemühen und keinen Erfolg. Dass die Parteien eine regelmäßige oder dauernde Dienstleistungserbringung vereinbaren, ist möglich und macht den freien Dienstvertrag noch nicht zum Arbeitsvertrag. Der Unterschied zwischen freiem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag ergibt sich vor allem aus der beim freien Dienstvertrag schwach ausgeprägten oder völlig **fehlenden persönlichen Abhängigkeit** des/der Arbeitenden. Insofern ist der freie Dienstvertrag „frei“ von Fremdbestimmung in persönlicher Hinsicht. Die Dauer der Dienstleistungserbringung ist kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag, die beiden Vertragstypen unterscheiden sich von einander bloß im Ausmaß der Freiheit.²⁵¹

Ein freier Dienstvertrag liegt vor, wenn die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis möglichst frei und unabhängig gestalten wollen, wobei es darauf ankommt, dass jedenfalls nicht das hohe Maß an persönlicher Abhängigkeit vorliegt, das zur Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag führen würde, sondern ein geringeres. Dabei ist jedoch unerheblich, ob überhaupt keine persönliche Abhängigkeit gegeben ist, oder bloß das für die Qualifikation als Arbeitsvertrag nötige Maß an persönlicher Abhängigkeit nicht erreicht wird.²⁵²

²⁴⁹ Watzinger, Der freie Dienstvertrag 5.

²⁵⁰ Watzinger, Der freie Dienstvertrag 5; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 48.

²⁵¹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/021; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 48; Kietaibl, Arbeitsrecht I¹⁰ 37f; Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 127f; Krejci in Rummel, ABGB³ § 1151 Rz 83; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 97f; OGH 26.03.1997, 9 ObA 54/97z; OGH 28.08.1991, 9 ObA 99/91; OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80.

²⁵² Watzinger, Der freie Dienstvertrag 10f.

3.2.2. Maß der organisatorischen Unterordnung

Entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung des Freiheitsgrades bildet dabei das Ausmaß der **Eingliederung in die Betriebsorganisation**, somit die Möglichkeit des/der Arbeitenden, den Arbeitsablauf selbst zu gestalten. Das gilt insbesondere für die Bindung an Arbeitsort, Arbeitszeiten und die für den Arbeitsvertrag typischen persönlichen Weisungen, sowie die Möglichkeit, die selbst gewählte Gestaltung des Vertragsverhältnisses auch jederzeit wieder zu ändern.²⁵³

So entschied der OGH etwa im Fall eines Sprachlehrers, dieser sei als freier Dienstnehmer (und nicht als Arbeitnehmer) anzusehen, da, obwohl der Unterricht mit den Materialien und in den Räumlichkeiten der Sprachschule abgehalten wurde, **keine ständige Einsatzbereitschaft** des Sprachlehrers gefordert wurde, sich dieser die Zeit und den Umfang seiner Arbeitserbringung frei einteilen konnte und bloß zwei oder drei Mal pro Jahr, nicht jedoch laufend kontrolliert wurde.²⁵⁴ *Karl* kritisiert in diesem Zusammenhang, dass der OGH nicht die Möglichkeit eines Werkvertrags geprüft hat, da im Fall des Sprachlehrers keine ständige Arbeitsbereitschaft vereinbart worden sei, sondern die Arbeitseinsätze **einzelnen vereinbart** worden seien.²⁵⁵ Anderer Auffassung ist *Risak*, der andeutet, die Entscheidung des OGH im Fall des Sprachlehrers könnte verfehlt sein, da das Ablehnen von Arbeitsangeboten bzw das Nichterscheinen zu bereits vereinbarten Unterrichtsstunden **Konsequenzen** zur Folge gehabt habe. Anstatt von einem freien Dienstverhältnis, das keinen arbeitsrechtlichen Schutz bietet, hätte der OGH in Bezug auf den Sprachlehrer von fallweiser Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgehen müssen.²⁵⁶

Für freie DienstnehmerInnen ist es überdies typisch, dass sie sich durch für von ihnen selbst als geeignet befundene Personen in Bezug auf die geschuldeten Dienstleistungen **vertreten** lassen können, was die fehlende persönliche Abhängigkeit freier DienstnehmerInnen besonders gut zum Ausdruck bringt.²⁵⁷

²⁵³ *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 98; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 128; OGH 24.01.2001, 9 ObA 276/00d; OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80.

²⁵⁴ 9 ObA 10/99g.

²⁵⁵ *Karl*, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277.

²⁵⁶ *Risak*, DRdA 2014, 350.

²⁵⁷ *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag 34.

3.2.3. Kontrolle und disziplinaire Verantwortlichkeit

Hinsichtlich der angesprochenen Kontrollbefugnisse ist hervorzuheben, dass diese insofern auch beim freien Dienstvertrag vorhanden sind, als der/die VertragspartnerIn bei jedem Vertragstyp die Leistung des/der anderen VertragspartnerIn zu **kontrollieren** befugt ist. Beim Arbeitsvertrag ist die Möglichkeit zur Kontrolle jedoch wesentlich stärker ausgeprägt und es sich die Kontrollrechte des/der ArbeitgeberIn eben insbesondere auch auf die Kontrolle der persönlichen Leistungserbringung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort und auf fachliche Fragen während der Arbeitserbringung.²⁵⁸

ArbeitnehmerInnen kommt typischerweise auch eine umfangreiche **disziplinaire Verantwortlichkeit** ihren ArbeitgeberInnen gegenüber zu, weshalb disziplinaire Verantwortlichkeit als Charakteristikum des Arbeitsvertrages angesehen werden kann.²⁵⁹ Nach zutreffender Auffassung von *Watzinger* ist das Bestehen disziplinaerer Verantwortlichkeit mit der besonderen Unabhängigkeit des/der freien DienstnehmerIn **nicht vereinbar**. Zudem hätten freie DienstnehmerInnen aufgrund ihrer (persönlichen) Weisungsfreiheit kaum mit Disziplinarmaßnahmen zu rechnen. Lediglich vor dem Hintergrund sachlicher Weisungen und deren Nicht- oder Schlechterfüllung sei von „Sanktionen“ aus dem Bereich des Leistungsstörungsrechts auszugehen. Muss der/die Arbeitende mit echten Disziplinarmaßnahmen rechnen, die auf ein Fehlverhalten folgen, spricht dies für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und gegen das Vorliegen eines freien Dienstvertrages.²⁶⁰ Ohne die Existenz persönlicher Weisungen kann es also auch keine diesbezüglichen Sanktionen geben.

Angesichts der oben bereits dargestellten umfassenden Kontrollmöglichkeiten, die den BetreiberInnen von Online-Plattformen hinsichtlich der für sie tätigen Personen und der Durchführung der Dienstleistungserbringung zukommt, ist wohl davon auszugehen, dass das für den freien Dienstvertrag typische niedrige Maß an Kontrolle **in vielen Fällen übertroffen** wird und die Kontrolle zudem laufend erfolgt. In diesem Zusammenhang ist meines Erachtens darüber nachzudenken, ob das hohe Maß an Kontrolle nicht auch einen Hinweis darauf darstellt, dass von den Plattform-ArbeiterInnen ein bestimmtes **persönliches**

²⁵⁸ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 108.

²⁵⁹ *Brodil/Risak/Wolf*, *Arbeitsrecht*⁹ Rz 43; *Watzinger*, *Der freie Dienstvertrag* 25, aA *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 120.

²⁶⁰ *Watzinger*, *Der freie Dienstvertrag* 25.

Verhalten bei der Arbeitserbringung vorausgesetzt und erwartet wird. Dass die Erwartungshaltung der Plattform auch erfüllt wird, soll ein dichtes Kontrollnetz sicherstellen. So stellen sich die Möglichkeiten zur Disziplinierung der Arbeitenden, die die Plattformen ergreifen können, ebenfalls als sehr umfangreich dar. Aufgrund der durch die DienstleistungsempfängerInnen vorgenommenen Ratings gibt es ständig die Möglichkeit, die „Performance“ der Arbeitenden zu überprüfen und gegebenenfalls zu reagieren. Dabei werden teils strikte Regime implementiert – fällt ein/eine Plattform-ArbeiterIn unter ein bestimmtes Rating-Mindestniveau, können Abmahnungen oder gar eine „Verbannung“ von der Plattform folgen. Dieser Aspekt wird insbesondere im Zuge des Fallbeispiels Uber (unter Punkt 4.1) ausführlich behandelt.

3.2.4. Gruppen von freien DienstnehmerInnen

Nach einer von *Rebhahn* vorgenommenen Einteilung sind weiters mehrere Gruppen von freien DienstnehmerInnen zu unterscheiden: Einerseits handelt es sich bei freien DienstnehmerInnen um **traditionelle UnternehmerInnen**, die MitarbeiterInnen beschäftigen und ihre Produkte längerfristig am Markt laufend einer Mehrzahl potenzieller KundInnen anbieten. Andererseits kann es sich bei freien DienstnehmerInnen jedoch auch um **Solo-Selbstständige** handeln, die ohne eigene ArbeitnehmerInnen tätig sind. Innerhalb der Gruppe der Solo-Selbstständigen ist wiederum zu unterscheiden, ob sie 1) kontinuierlich für verschiedene AuftraggeberInnen tätig werden, 2) zwar kontinuierlich, aber nur für ein oder zwei AuftraggeberInnen tätig werden, bzw 3) nur gelegentlich tätig werden. Liegt ein freier Dienstvertrag vor, ist insbesondere hinsichtlich jener Solo-Selbstständigen, die bloß für ein oder zwei AuftraggeberInnen tätig werden, zu hinterfragen, ob Arbeitnehmerähnlichkeit – siehe dazu unten unter Punkt 3.4 – vorliegt.²⁶¹

3.3. Werkvertrag

3.3.1. Grundsätzliches

Nach dem Text des § 1151 ABGB bildet der Werkvertrag gewissermaßen das Gegenteil des Dienst- oder Arbeitsvertrages. So schließt einen Werkvertrag, wer „die

²⁶¹ *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 97; ähnlich *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 127.

Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt“.²⁶² Der Werkvertrag gilt vor ordnungsgemäßer Fertigstellung des Werkes als nicht erfüllt, es wird also ein **Zielschuldverhältnis** mit Erfolgsverbindlichkeit begründet. Somit wird das Ergebnis der Tätigkeit entlohnt und nicht ein bloßes Bemühen, das – siehe oben – beim Arbeitsvertrag zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung ausreicht. Daher trägt beim Werkvertrag der/die Arbeitende auch, anders als beim Dienstvertrag, das **wirtschaftliche Risiko**. Zudem bestimmt der/die WerkunternehmerIn die eigene Arbeitsorganisation selbst, weshalb insofern im Gegensatz zum/zur ArbeitnehmerIn mit seiner/ihrer persönlichen Abhängigkeit von Selbstständigkeit gesprochen werden kann.²⁶³

Dabei können gemäß § 1165 ABGB die WerkunternehmerInnen ihr Werk nicht nur persönlich ausführen, sondern die versprochene Leistung auch durch andere unter ihrer Führung erbringen lassen.²⁶⁴ Durch die Selbstständigkeit hat der Werkvertrag hinsichtlich der Freiheit der Arbeitenden durchaus Ähnlichkeit mit einem freien Dienstvertrag, jedoch ist beim Werkvertrag der Leistungsgegenstand in der Regel derart **genau vereinbart**, dass weitere Konkretisierungen durch Weisungen, wie beim Arbeits- und freien Dienstvertrag üblich, nicht nötig sind.²⁶⁵ So erachtet der OGH letztlich abgeschlossene Tätigkeiten, also **geschlossene Einheiten**, als für den Werkvertrag typisch.²⁶⁶ Ist der Leistungsgegenstand bloß gattungsmäßig umschrieben und nicht näher konkretisiert, so spricht das schon von vornherein gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.²⁶⁷ Relevant ist das auch für die Abgrenzung zum freien Dienstvertrag, denn nach *Mazal*²⁶⁸ überwiegen bei einem Werkvertrag die **Tätigkeitsmomente vor den Zeitmomenten**. Es komme darauf an, ob die Parteien eine bestimmte letztlich abgeschlossene Tätigkeit wollen – dann handle es sich um einen Werkvertrag – oder ob sie eine zeitlich begrenzte oder unbegrenzte Verpflichtung zum Tun begründen wollen – dann liege ein freier Dienstvertrag vor. Dem ist meiner Ansicht nach insofern zuzustimmen, als es sich beim Werkvertrag um ein Zielschuldverhältnis handelt, bei dem grundsätzlich erst das Ergebnis der Tätigkeit entlohnt wird, wohingegen

²⁶² § 1151 ABGB BGBl I 2017/59.

²⁶³ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/016ff; *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 37; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) 292; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 134; OGH 21.10.1987, 14 ObA 77/87.

²⁶⁴ § 1165 ABGB BGBl I 2017/59; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 134.

²⁶⁵ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 49; siehe dazu auch *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag? *ecolex* 1997, 277.

²⁶⁶ OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBl 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*).

²⁶⁷ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 136.

²⁶⁸ *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag, *ecolex* 1997, 277.

beim (freien) Dienstvertrag eine Entlohnung grundsätzlich schon für das Tun an sich gebührt.²⁶⁹

3.3.2. Persönliche Abhängigkeit

Eine **genaue Konkretisierung** der geschuldeten Leistung spricht also für das Vorliegen eines Werkvertrages, es sei denn, andere Merkmale legen einen Arbeitsvertrag nahe. In diesem Fall ist wiederum auf die Frage der persönlichen Abhängigkeit bei der Leistungserbringung abzustellen. Insofern bildet die persönliche Abhängigkeit das wichtigste Abgrenzungskriterium zwischen Arbeits- und Werkvertrag. Jedoch kann **bei kurzer Dauer** der Tätigkeit mitunter schwer feststellbar sein, ob die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit erfüllt sind.²⁷⁰ Aus einer Entscheidung des OGH²⁷¹ betreffend eine Sängerin, deren Entgelt von den Auftritten abhängig war, die nicht organisatorisch in die sie begleitende Kapelle eingegliedert war und die sich auch von einer anderen Sängerin vertreten lassen konnte, und deren Vertragsverhältnis daher als Werkvertrag qualifiziert wurde, leitet *Rebhahn* ab, dass es bei einer kurzen Dauer der jeweiligen Tätigkeit wohl stark darauf ankomme, **ob das Geschuldete auch als Werk verstanden werden könne**.²⁷² Überdies endet der Werkvertrag aufgrund seiner Eigenschaft als Zielschuldverhältnis mit der Erbringung der geschuldeten Leistung.²⁷³

3.3.3. Kettenwerkverträge

Werden zwischen denselben Parteien mehrere Werkverträge hintereinander, im Sinne von „Kettenwerkverträgen“, geschlossen, so kann dies nach Ansicht des VwGH dann zulässig sein, wenn es sich tatsächlich um **Werkverträge im Sinne abgeschlossener, zu bearbeitender Projekte** handelt. In einem solchen Fall kann aus der Verpflichtung zur ständig wiederkehrenden Herstellung von Werken noch nicht auf das Vorliegen eines (freien

²⁶⁹ So auch *Watzinger*, Der freie Dienstvertrag 61.

²⁷⁰ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 137; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 109; OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBl 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*).

²⁷¹ OGH 21.10.1987, 14 ObA 77/87.

²⁷² *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 138.

²⁷³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 93.

oder echten) Dienstvertrages geschlossen werden, wenngleich die Abgrenzung zwischen Werk und Dienstleistung mitunter schwierig sein kann.²⁷⁴

Anders liegen die Dinge, wenn der **Mangel an Selbstbestimmung** des/der WerkunternehmerIn bei der Erbringung der Arbeitsleistung in organisatorischer Hinsicht groß ist. Das kann für die nachträgliche Qualifikation der Werkverträge als Arbeitsverträge sprechen, bringt jedoch wiederum die Frage der **Zulässigkeit der wiederholten Befristung** mit sich. Die bloß wiederkehrende Leistungserbringung an sich bildet nach *Rebhahn* noch kein Argument für die Einordnung eines Verhältnisses als Arbeitsvertrag.²⁷⁵ Als Kontrollfrage, ob ein Arbeits- oder ein Werkvertrag vorliegt schlägt *Rebhahn* überdies vor zu prüfen, wie im Verhältnis zu KundInnen das Ausmaß der Fremd- oder Selbstbestimmung einzuschätzen wäre, würde ein kleineres Unternehmen dieselbe Leistung erbringen. Ein Arbeitsvertrag sei nur dann abzulehnen, wenn der/die Arbeitende ähnlich selbstbestimmt agieren könnte wie das Vergleichsunternehmen.²⁷⁶ Erbringt der/die WerkunternehmerIn seine Leistungen nur für bloß einen/eine BestellerIn und nicht in der Regel für mehrere, so liegt Arbeitnehmerähnlichkeit vor²⁷⁷ – dazu sogleich.

3.4. Arbeitnehmerähnliche Person

3.4.1. Grundsätzliches

Als weitere arbeitsrechtliche Kategorie neben den bereits beschriebenen Vertragstypen ist die Arbeitnehmerähnlichkeit anzuführen, die jedoch im österreichischen Recht **keinen eigenen Vertragstypus** bildet. Der Vertrag zwischen den Parteien ist nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen, oft liegt ein freier Dienstvertrag oder ein oder mehrere Werkverträge vor, auch andere Vertragstypen sind denkbar. Die Arbeitnehmerähnlichkeit ist somit als **Zusatzqualifikation des Vertrags** zu verstehen, die jedoch noch nichts über den vorliegenden Vertragstyp aussagt, sondern über den „Status“ der arbeitenden Person. Das wesentlichste Kriterium zur Charakterisierung der Arbeitnehmerähnlichkeit bildet die

²⁷⁴ VwGH 03.07.2002, 2000/08/0161; siehe auch *Müller*, Dienstvertrag oder Werkvertrag? – Überblick über die Rechtsprechung des VwGH zu § 4 ASVG, Das Recht der Arbeit 2010, 367 (375); *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 139.

²⁷⁵ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 139; siehe auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 93.

²⁷⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 138; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 109.

²⁷⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 93.

wirtschaftliche Unselbstständigkeit bzw wirtschaftliche Abhängigkeit des/der Arbeitenden.²⁷⁸ So sind nach § 51 Abs 3 Z 2 ASGG den ArbeitnehmerInnen jene Personen gleichzuhalten, „*die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind.*“²⁷⁹

Mangels persönlicher Abhängigkeit sind arbeitnehmerähnliche Personen **keine ArbeitnehmerInnen**.²⁸⁰ Bei arbeitnehmerähnlichen Personen handelt es sich somit um Dienstleistende, die vertragsrechtlich mangels Arbeitsvertrag als **Selbstständige** anzusehen sind, die jedoch vom/von der VertragspartnerIn in einem Ausmaß wirtschaftlich abhängig sind, dass sie sich in einer **ähnlichen wirtschaftlichen Situation** befinden wie ArbeitnehmerInnen.²⁸¹ Arbeitnehmerähnliche Personen nehmen daher hinsichtlich ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Merkmale eine Mittelstellung zwischen unselbstständigen ArbeitnehmerInnen und selbstständigen UnternehmerInnen ein, jedoch stehen arbeitnehmerähnliche Personen dem/der ArbeitnehmerIn näher als dem/der UnternehmerIn.²⁸²

3.4.2. Rechtsprechung

Die ältere Judikatur erblickte im Kriterium der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit vorrangig die wirtschaftliche Abhängigkeit des/der Arbeitenden von den Einnahmen aus einem oder einer **geringen Anzahl von Vertragsverhältnissen**, da so die eigene Arbeitskraft nicht für andere Erwerbsmöglichkeiten einsetzbar sei.²⁸³ Die neuere Judikatur legt den Fokus stärker auf eine **Gesamtbetrachtung** unterschiedlicher Faktoren. Zwar wird das Kriterium der Ausrichtung der Tätigkeit auf einen einzigen oder wenige VertragspartnerInnen, für die regelmäßige Leistungen erbracht werden, beibehalten, darüber hinaus bildet die Arbeitnehmerähnlichkeit jedoch einen Typusbegriff, der auch andere Kriterien umschließt, wobei es darum geht, dass vertragsrechtliche Selbstständige **am**

²⁷⁸ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125; *Neumayr* in ZellKomm³ § 51 ASGG Rz 13; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 90; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 138; siehe auch RIS-Justiz RS0050842.

²⁷⁹ § 51 Abs 3 ASGG BGBl I 2016/44.

²⁸⁰ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 39; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 123.

²⁸¹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 39.

²⁸² *Neumayr* in ZellKomm³ § 51 ASGG Rz 12; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/149.

²⁸³ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125; RIS-Justiz RS0050781.

Markt nicht auftreten wie typische UnternehmerInnen, sondern wie ArbeitnehmerInnen.²⁸⁴

Im Rahmen eines beweglichen Systems sind als weitere Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit, zusätzlich zur wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem oder wenigen mehreren Unternehmen, insbesondere anzuführen: die regelmäßige Erbringung der Arbeitsleistung in **wirtschaftlicher Unterordnung** unter die Zwecke eines Anderen, ob also das Arbeitsergebnis vom/von der VertragspartnerIn im Rahmen seines/ihres Unternehmens verwertet wird und der/die Arbeitende somit **kein unternehmerisches Risiko** trägt, die Bestreitung des Lebensunterhaltes zu einem nicht unerheblichen Teil aus den Einkünften der Tätigkeit, soziale **Schutzbedürftigkeit**, weiters auch die Fremdbestimmung der Arbeit, die Beschränkung des/der Arbeitenden in seiner Entschlussfähigkeit bezüglich der ausgeübten Tätigkeit auf ein Minimum und die Erbringung der Arbeitsleistung in organisatorischer Unterordnung, die sich aus dem **Fehlen einer eigenen unternehmerischen Organisation** ergibt.²⁸⁵

3.4.3. Lehre

Das zuletzt genannte Kriterium wird von *Rebhahn* kritisiert, da die Judikatur durch das Abstellen auf organisatorische Erfordernisse dazu neige, den Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit dem des/der ArbeitnehmerIn anzugleichen, was dem Gesetzeszweck wohl nicht gerecht werde, da der Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit **zu eng verstanden** würde.²⁸⁶ *Löschnigg* dagegen sieht insbesondere das Kriterium der Bestreitung des Lebensunterhalts aus dem Entgelt der geleisteten Arbeit in der Deutung als für die Abgrenzung der Arbeitnehmerähnlichkeit allein ausschlaggebend kritisch und lehnt dieses als **zu subjektiv** ab. Die Prüfung der entsprechenden Frage führe juristisch ebenso ins Uferlose wie die Frage der wirtschaftlichen Potenz, die zur Verneinung der Arbeitnehmerähnlichkeit führt²⁸⁷ - siehe dazu sogleich zur Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft. *Löschnigg*

²⁸⁴ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 40; OGH 08.02.1996, 8 ObS 1/96 (8 ObS 10/96).

²⁸⁵ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 40; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125; OGH 08.02.1996, 8 ObS 1/96 (8 ObS 10/96); OGH 08.02.1989, 9 ObA 43/89; RIS-Justiz RS0085534.

²⁸⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125.

²⁸⁷ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/150.

zufolge komme es bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit lediglich darauf an, dass sich die betreffende Person im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber in einer ähnlichen Situation befindet, wie dies bei ArbeitnehmerInnen typischerweise der Fall ist.²⁸⁸

3.4.4. Weitere Abgrenzungskriterien

Zur Abgrenzung des Begriffs der Arbeitnehmerähnlichkeit jedenfalls **nicht relevant** sind die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses²⁸⁹, der Besitz eines Gewerbescheins, die steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung sowie das Vereinbaren eines fixen Entgelts.²⁹⁰ Nach einer Entscheidung des OGH spielt auch der Umstand, dass der/die Arbeitende nicht vertraglich zur ausschließlichen Tätigkeit für einen/eine einzige AuftraggeberIn verpflichtet ist, keine Rolle bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit.²⁹¹ Hinsichtlich der Frage, ob die Höhe des vereinbarten Entgelts relevant sein kann, ist darauf zu verweisen, dass diese zwar grundsätzlich keine Rolle spielt²⁹², der OGH jedoch als Argument, warum Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft nicht als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen seien, die Höhe des Entgelts ins Spiel brachte. So sei aufgrund des hohen Einkommens davon auszugehen, dass sich ein Vorstandsmitglied in Vertragsverhandlungen **ausreichend selbst behaupten** könne und somit Schutzbedürftigkeit nicht gegeben sei.²⁹³

3.4.5. Rechtsfolgen

Die Qualifikation als arbeitnehmerähnliche Person bringt Rechtsfolgen mit sich, darunter aufgrund des § 51 Abs 3 ASGG insbesondere die **Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts**²⁹⁴, zudem die **Anwendbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Vorschriften** wie etwa dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz²⁹⁵, dem

²⁸⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/150.

²⁸⁹ Neumayr in ZellKomm³ § 51 ASGG Rz 14.

²⁹⁰ Kietzbl, Arbeitsrecht I¹⁰ 40; Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 125; OGH 14.02.1996, 9 ObA 9/96; OGH 23.10.1991, 9 ObA 200/91 (9 ObA 201/91); OGH 17.12.1997, 9 ObA 367/97d; OGH 13.02.1991, 9 ObA 12/91.

²⁹¹ OGH 13.02.1991, 9 ObA 12/91.

²⁹² Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 122; RIS-Justiz RS0050781.

²⁹³ OGH 24.04.1996, 9 ObA 2003/96s; zur grundsätzlich ablehnenden Haltung des OGH der Arbeitnehmerähnlichkeit von Vorstandsmitgliedern gegenüber siehe auch RIS-Justiz RS0101815.

²⁹⁴ Kietzbl, Arbeitsrecht I¹⁰ 40; Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 124; RIS-Justiz RS0085501.

²⁹⁵ § 3 Abs 4 AÜG BGBl I 2017/38.

Dienstnehmerhaftpflichtgesetz²⁹⁶, dem Gleichbehandlungsgesetz²⁹⁷ und dem Ausländerbeschäftigungsgesetz²⁹⁸, nach der Judikatur wird etwa auch das Kautionschutzgesetz analog angewandt²⁹⁹. Letztere (analoge) Anwendung gründet sich insbesondere auf die Sichtweise des OGH, dass auf arbeitnehmerähnliche Personen jene Vorschriften Anwendung finden sollten, die „die **wirtschaftliche Schwäche im Allgemeinen** berücksichtigen“.³⁰⁰ Da der OGH diese Ansicht jedoch in der Folge nicht wesentlich verfestigt hat, seien, so *Rebhahn*, andere arbeitsrechtliche Normen nicht schon allein aufgrund von Arbeitnehmerähnlichkeit analog anwendbar.³⁰¹

Mag sich der Schutzgrund vieler arbeitsrechtlicher Bestimmungen auch nicht aus der persönlichen, sondern der wirtschaftlichen Abhängigkeit der ArbeitnehmerInnen ergeben, bleiben für arbeitnehmerähnliche Personen dennoch viele zentrale Schutzvorschriften des Arbeitsrechts, wie etwa hinsichtlich Entgeltfortzahlung, Urlaub, Arbeitszeit, Mutterschutz oder Kündigungsschutz, somit **nicht anwendbar**.³⁰²

3.5. Arbeitskräfteüberlassung

3.5.1. Grundsätzliches

Die Arbeitskräfte- oder Arbeitnehmerüberlassung bzw das Leiharbeitsverhältnis stellt einen besonderen Fall des **mittelbaren Arbeitsverhältnisses** dar.³⁰³ Dabei geht es um die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Dabei werden als ÜberlasserInnen bezeichnet, wer Arbeitskräfte vertraglich zur **Arbeitserbringung für andere** vertraglich verpflichtet. Als BeschäftigerInnen werden diejenigen bezeichnet, die überlassene Arbeitskräfte zur Erbringung von Arbeitsleistungen im eigenen Betrieb einsetzen.³⁰⁴ Bei der Arbeitskräfteüberlassung findet somit in der Regel eine faktische Eingliederung der Arbeitskraft in den Betrieb des/der BeschäftigerIn statt. Die Arbeitskraft

²⁹⁶ § 1 Abs 1 DNHG BGBl I 1983/169.

²⁹⁷ § 1 Abs 3 Z 2 GlBG BGBl I 2017/40.

²⁹⁸ § 2 Abs 2 lit b AuslBG BGBl I 2017/66.

²⁹⁹ OGH 07.04.1987, 14 ObA 10/87.

³⁰⁰ 14 ObA 10/87; siehe auch *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 124.

³⁰¹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 124.

³⁰² *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 41.

³⁰³ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/178ff; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 43.

³⁰⁴ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/004; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 59; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 43.

erbringt ihre Arbeitsleistung somit in **Unterordnung unter die Weisungsbefugnis des/der BeschäftigterIn**.³⁰⁵

Bei der Arbeitskräfteüberlassung besteht also grundsätzlich eine unmittelbare Vertragsbeziehung nur zwischen ÜberlasserIn und Arbeitskraft, mangels Bestehen einer Vereinbarung jedoch im Allgemeinen nicht zwischen Arbeitskraft und BeschäftigterIn. Dieser oder diese steht bloß mit dem/der ÜberlasserIn in einem als **Dienstverschaffungsvertrag** bezeichneten Verhältnis.³⁰⁶ Das vertragliche Verhältnis zwischen ÜberlasserIn und Arbeitskraft kann ein Arbeitsvertrag sein, jedoch sind auch Werk- oder freier Dienstvertrag möglich³⁰⁷, da das AÜG **auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar** ist.³⁰⁸ Im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung **delegiert** der/die ÜberlasserIn bestimmte Rechte über die Arbeitskräfte – etwa Weisungs- oder Kündigungsrecht – an den/die BeschäftigterIn.³⁰⁹ Wenngleich das Fehlen einer Rechtsbeziehung zwischen BeschäftigterIn und Arbeitskraft für die Arbeitskräfteüberlassung charakteristisch ist, so ist eine Beziehung jedoch im Einzelfall auch nicht ausgeschlossen.³¹⁰

Um im dreipersonalen Verhältnis zwischen ÜberlasserIn, BeschäftigterIn und Arbeitskraft insbesondere letztere umfassend zu schützen und zur Verfolgung weiterer arbeitsmarktpolitischer Zielsetzungen, wie etwa der Vermeidung nachteiliger Entwicklungen im Arbeitnehmerschutz- und Sozialversicherungsrecht, wurde das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) geschaffen.³¹¹

³⁰⁵ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II – Sachprobleme¹⁰ (2017) 55; so auch OGH 19.12.2007, 9 ObA 125/07h, ÖGZ 2008, 58 = ZAS-Judikatur 2008/80 = ecolex 2008, 458 = infas 2008, 137/A59 = DRdA 2008, 441 = Arb 12.729 = SZ 2007/211; und OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90.

³⁰⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/004; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 59; Kietaibl, Arbeitsrecht I¹⁰ 43; siehe auch OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, wenngleich vom OGH in dieser Entscheidung zugestanden wird, dass das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitskraft und BeschäftigterIn im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist.

³⁰⁷ Schindler in ZellKomm³ § 3 AÜG Rz 2.

³⁰⁸ Siehe § 3 Abs 4 AÜG.

³⁰⁹ Kietaibl, Arbeitsrecht I¹⁰ 43; Schindler in ZellKomm³ § 3 AÜG Rz 12.

³¹⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 55; 9 ObA 125/07h, ÖGZ 2008, 58 = ZAS-Judikatur 2008/80 = ecolex 2008, 458 = infas 2008, 137/A59 = DRdA 2008, 441 = Arb 12.729 = SZ 2007/211; 9 ObA 2/08x; Schindler in ZellKomm³ § 3 AÜG Rz 2.

³¹¹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 60; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/002; Kietaibl, Arbeitsrecht I¹⁰ 43; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 54; Schindler in ZellKomm³ § 2 AÜG Rz 3f; siehe auch § 2 AÜG BGBl I 2017/38.

3.5.2. Anwendungsbereich des AÜG

Unter den Anwendungsbereich des AÜG fallen, so § 3 Abs 4 leg cit ausdrücklich³¹², ArbeitnehmerInnen und arbeitnehmerähnliche Personen. Nach dem Gesetzeswortlaut liegt nach § 4 Abs 2 AÜG Arbeitskräfteüberlassung insbesondere dann vor, *„wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber*

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

*4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.“*³¹³

3.5.2.1. Abweichendes, unterscheidbares Werk

Durch das erste Kriterium des § 4 Abs 2 AÜG, das ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem/der ÜberlasserIn zurechenbares Werk fordert, soll vor allem die **Zusammenarbeit zweier Unternehmen**, die in Form einer Subunternehmerschaft unterschiedliche, trennbare Bestandteile zu einem Gesamtwerk beisteuern, von der Arbeitskräfteüberlassung **abgegrenzt** werden. Gerade im Verhältnis zwischen General- und Subunternehmen, darf sich die Tätigkeit des letzteren nicht bloß auf die Überlassung von Arbeitskräften beschränken, sondern muss vielmehr **aufgrund eigener fachlicher oder gewerblicher Kompetenz** gehandelt werden.³¹⁴ Damit von einem unterscheidbaren Werk gesprochen werden kann, wird jedenfalls eine gewisse Unabhängigkeit des/der SubunternehmerIn in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht gefordert. Die Erbringung von einzelnen Arbeitsvorgängen im Rahmen eines gesamthaft organisierten Ablaufs oder

³¹² § 3 Abs 4 AÜG.

³¹³ § 4 Abs 2 AÜG.

³¹⁴ Schindler in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 7; OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b.

die Einbindung in einen engen zeitlichen Zusammenhang, wie etwa bei der Fließbandarbeit, genügen nicht und sprechen somit für eine Arbeitskräfteüberlassung.³¹⁵

3.5.2.2. Einsatz von fremdem Material und Werkzeug

Nach § 4 Abs 2 Z 2 AÜG kann auch dann Arbeitskräfteüberlassung vorliegen, wenn WerkunternehmerInnen ihre Arbeit durch Einsatz von fremdem Material und fremdem Werkzeug erbringen, da selbstständige UnternehmerInnen das typischerweise nicht zu tun pflegen und auf **eigenes Material und eigenes Werkzeug** zurückgreifen.³¹⁶ Nach einer Entscheidung des VwGH³¹⁷ kommt der Bereitstellung des Materials keine große Bedeutung zu, anders jedoch dem Werkzeug, dessen Beistellung als Abgrenzungskriterium zwischen „echtem“ Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung sehr wohl Aussagekraft besitzt.³¹⁸

3.5.2.3. Organisatorische Eingliederung in den Betrieb des/der WerkbestellerIn

Das dritte Kriterium der vorgenommenen Aufzählung behandelt die Frage der organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des/der WerkbestellerIn. Nach Auffassung von *Schindler* seien in diesem Punkt keine ähnlich hohen Maßstäbe anzulegen wie hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag, da bei der Arbeitskräfteüberlassung die Eingliederung oftmals nur über einen kurzen Zeitraum und mit niedrigerer Intensität erfolge. Es komme daher vielmehr darauf an, ob die Arbeitskraft ihre Tätigkeit **frei erbringen** kann oder **in den Arbeitsablauf des/der BeschäftigerIn eingegliedert** ist. Entscheidend dabei sei der **Vergleich der überlassenen Arbeitskräfte mit den Stamm-ArbeitnehmerInnen** des/der BeschäftigerIn. Nur wenn die überlassenen Arbeitskräfte wesentlich weniger stark eingegliedert sind, sei der Tatbestand der Z 3 nicht erfüllt.³¹⁹

Darüber hinaus ist es notwendig, dass die Arbeitskräfte zumindest eingeschränkt einer **Dienst- und Fachaufsicht** durch den/die BeschäftigerIn unterstehen. Eine solche wird begründet etwa durch die Kontrolle der Arbeitszeit und der Entgegennahme von Meldungen

³¹⁵ *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 8; siehe auch VwGH 17.11.2004, 2001/09/0236 hinsichtlich Etikettierarbeiten.

³¹⁶ *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 9.

³¹⁷ VwGH 23.05.2002, 2001/09/0073.

³¹⁸ Siehe auch *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 9

³¹⁹ *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 10.

zur Dienstverhinderung (Dienstaufsicht) bzw das Recht zur Erteilung von fachlichen Weisungen an die Arbeitskräfte (Fachaufsicht). Wiederum ist der **Vergleich mit den Stamm-ArbeitnehmerInnen** für die Beurteilung, ob von Dienst- und Fachaufsicht gesprochen werden kann, entscheidend.³²⁰ In einer Entscheidung³²¹ hielt der VwGH fest, dass die Kontrolle einer relativ einfachen Tätigkeit einmal pro Woche und die Erteilung von Anweisungen hinsichtlich der ordnungsgemäßen Ausführung laufender Arbeiten und dem Einhalten von Terminvorgaben bereits dem Kriterium der bestehenden Dienst- und Fachaufsicht genügten.

3.5.2.4. Haftung

§ 4 Abs 2 Z 4 AÜG wendet sich schließlich der Frage der Haftung zu. Ist dem/der EndkundIn die selbstständige Werkserbringung des/der SubunternehmerIn bekannt, und muss der/die SubunternehmerIn direkt **für Mängel eintreten**, so liegt die für einen Werkvertrag typische Konstellation vor und ist das Kriterium der Z 4 jedenfalls nicht erfüllt. Dem gegenüber steht hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Haftung die für Arbeitskräfteüberlassungen typische Haftung³²²: so hat der/die ÜberlasserIn nur für die **durchschnittliche berufliche oder fachliche Qualifikation** und die Arbeitsbereitschaft der überlassenen Arbeitskräfte einzustehen, nicht gehaftet wird jedoch für mangelnde Arbeitsqualität.³²³

3.5.2.5. Ausdrückliche Vereinbarung

Als zusätzliche Voraussetzung für das Zustandekommen einer Arbeitskräfteüberlassung schreibt § 11 AÜG den Abschluss einer **ausdrücklichen Vereinbarung** zwischen Arbeitskraft und ÜberlasserIn vor. Außerdem werden bestimmte vertragliche Vereinbarungen gleich von vornherein für unzulässig erklärt. Dabei wird insbesondere das Ziel verfolgt, die Arbeitskräfte vor der Überwälzung des Unternehmerrisikos durch den/die ÜberlasserIn auf sie zu verhindern.³²⁴ Ein ähnliches Problem besteht auch bei der Arbeitsvermittlung – siehe dazu sogleich unter Punkt 3.6.

³²⁰ Schindler in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 11.

³²¹ VwGH 04.09.2006, 2006/09/0030; siehe auch Schindler in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 11.

³²² Schindler in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 13.

³²³ RIS-Justiz RS0021287 und RS0021302; OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, ARD 5491/6/04 = ZAS-Judikatur 2004/104; siehe auch Schindler in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 13.

³²⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/008f.

3.5.2.6. Rechtsprechung

Hinsichtlich der Frage, ob schon das Vorliegen **eines einzigen Kriteriums** ausreicht, um eine Arbeitskräfteüberlassung zu begründen, stellt sich die Rechtsprechung des VwGH uneinheitlich dar.³²⁵ In einer älteren Entscheidung³²⁶ meinte der VwGH, für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung auf dem Wege der Arbeitskräfteüberlassung stattfindet, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, sei eine **Gesamtbetrachtung** der Unterscheidungsmerkmale anzustellen. In einer späteren Entscheidung³²⁷ erblickte der VwGH in der Verwendung des Wortes „oder“ in § 4 Abs 2 AÜG die Grundlage dafür, anzunehmen, schon das Vorliegen **eines einzigen** der genannten Kriterien sei ausreichend um eine Arbeitskräfteüberlassung zu begründen. Auch **bei Fehlen sämtlicher Kriterien** sei das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung nicht auszuschließen. Dann jedoch³²⁸ ging der VwGH von dieser Ansicht wieder ab und sprach erneut aus, dass grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung aller Unterscheidungsmerkmale nötig sei.

Der OGH kam somit in einer Entscheidung³²⁹ jedenfalls zu dem Ergebnis, dass die Erfüllung einer einzigen Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG ausreiche, um vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Der Gesetzgeber stelle mit der Verwendung des Wortes „oder“ klar, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt schon dann der einer Arbeitskräfteüberlassung ist, **wenn auch nur eines der demonstrativ aufgezählten Tatbestandselemente zutreffe**. Einer Gesamtbeurteilung im Sinne des § 4 Abs 1 AÜG bedürfe es nur dann, wenn nicht ohnehin bereits eine Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt sei, sondern nur einzelne Elemente oder andere Umstände auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung hindeuten.

³²⁵ Siehe auch *Brodil/Dullinger*, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017, 4 (7f).

³²⁶ VwGH 21.03.1995, 94/09/0097.

³²⁷ VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

³²⁸ VwGH 18.11.1998, 96/09/0281.

³²⁹ OGH 25.8.2014, 8 ObA 7/14h, ARD 6420/8/2014 = wbl 2014, 709 = RdW 2014, 725 = ZAS-Judikatur 2015/3 = ecolex 2015, 59 = DRdA-infas 2015, 14 = Arb 13.166 = ZAS 2015, 278 (*Sacherer*) = ZAS 2017, 127 (*Tinhofer*).

3.5.2.7. Lehre

Hinsichtlich der aufgezählten Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG vertreten *Windisch-Graetz* und *Schindler* die Auffassung, dass diese **nicht kumulativ** vorliegen müssen, sondern bereits das Vorliegen eines einzigen Kriteriums für die Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung ausreichend ist. Die Aufzählung des § 4 Abs 2 AÜG sei zudem nur beispielhaft. Grundsätzlich komme es auf eine Gesamtbetrachtung des Sachverhalts an. Entscheidend sei jedenfalls die Frage, wem ein **Weisungsrecht** über die eingesetzten Arbeitskräfte zukommt.³³⁰ Ganz allgemein komme es nicht so sehr auf das Erscheinungsbild eines Rechtsverhältnisses an, sondern darauf, ob nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.³³¹ *Schindler* schlägt daher zur Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung vom „echten“ Werkvertrag vor, zuerst zu fragen, ob eine der Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt ist. Bejahendenfalls liege jedenfalls Arbeitskräfteüberlassung vor, ist das Vorliegen sämtlicher Kriterien zu verneinen, sei im Zuge einer Gesamtbeurteilung zu prüfen, ob die Argumente für eine Arbeitskräfteüberlassung oder einen Werkvertrag überwiegen.³³²

Einer anderen Auffassung im Hinblick auf § 4 Abs 2 AÜG folgt *Mazal*³³³ und meint, es wäre falsch, in jeder Situation, in der auch nur ein Indiz für eines der Elemente vorliegt, die Vertragslage und den wahren wirtschaftlichen Gehalt eines Sachverhalts für irrelevant zu erklären. So gehe es letztlich nicht um eine formale Beurteilung auf Tatsachenebene, vielmehr sei als **Rechtsfrage** zu prüfen, ob beispielsweise das „Arbeiten mit fremdem Material oder Werkzeug“ den Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung bildet. So zeige sich, dass die einzelnen Tatbestandselemente des § 4 Abs 2 AÜG einer Wertung offenstünden und dass dabei ebenfalls eine **gesamtbildhafte Bewertung** anzustellen sei.

Ebenfalls anderer Ansicht sind *Rebhahn/Schörghofer*³³⁴, die sich inhaltlich auch gegen die Rechtsprechnung des OGH und teilweise des VwGH wenden und vertreten, dass der § 4 AÜG bloß der **Konkretisierung** des Grundtatbestandes des § 1 AÜG und der

³³⁰ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 56; *Schindler*, Umgehungsfallen und -verlockungen im AÜG, in *Brodil* (Hg), Diener fremder Herren (2016) 81 (82); *Schindler* in *ZellKomm*³ § 4 AÜG Rz 2, 5; RIS-Justiz RS0129695.

³³¹ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 56; *Schindler* in *ZellKomm*³ § 4 AÜG Rz 1.

³³² *Schindler* in *ZellKomm*³ § 4 AÜG Rz 6.

³³³ *Mazal*, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, in FS Krejci (2001) 1589 (1605f).

³³⁴ *Rebhahn/Schörghofer*, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372 (378).

Legaldefinition in § 3 AÜG diene. Bei der Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt oder nicht, sei darauf abzustellen, ob der/die WerkbestellerIn über die Arbeitskraft des/der WerkunternehmerIn **wie über eine eigene Arbeitskraft verfügen** könne, was § 4 Abs 2 Z 3 („organisatorische Eingliederung“) in den Vordergrund der Prüfung rücken lasse.

An anderer Stelle³³⁵ hält *Schörghofer* noch deutlicher fest, dass die isolierte Prüfung der einzelnen Ziffern und ihre daraus resultierende Gleichwertigkeit seiner Ansicht nach eine Ausdehnung des Begriffes der Arbeitskräfteüberlassung über das herkömmliche Begriffsverständnis hinaus zur Folge hätten. Zentral sei die in § 4 Abs 2 Z 3 AÜG beschriebene **Übertragung der Weisungsbefugnis**. Aus diesem Grund sei selbst bei Erfüllung einer der Kategorien des § 4 Abs 2 AÜG zusätzlich zu fragen, ob der Tatbestand des § 3 Abs 1 AÜG erfüllt sei, damit der/die vermeintliche ÜberlasserIn darlegen könnte, dass der/die vermeintliche BeschäftigterIn keine Weisungen an die Arbeitskräfte erteilt hat. Sei dies feststellbar, so könne **trotz der Erfüllung der Z 1, 2 und 4 keine Arbeitskräfteüberlassung** vorliegen.

3.5.2.8. Eigene Meinung

Bei der Diskussion um die Gleichwertigkeit oder Unterschiedlichkeit der einzelnen Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG sollte meines Erachtens nicht auf die realen Auswirkungen der jeweiligen Positionierung vergessen werden. So ist die Sichtweise von *Rebhahn* und *Schörghofer* wohl geeignet, den Anwendungsbereich des AÜG im Hinblick auf dreipersonale Vertragsverhältnisse entscheidend zu schmälern. Der Schutzgedanke, der dem AÜG seit seiner Schaffung zugrunde liegt, und der gerade darauf zielt, in undurchsichtigen Vertragsgeflechten den Arbeitskräften als schwächste Glieder in der dreipersonalen Arbeitsbeziehung das nötige Maß an rechtlicher Sicherheit zu bieten, könnte somit nicht mehr in vollem Umfang erfüllt werden. Vor diesem rechtspolitischen Hintergrund erscheint mir die Sichtweise von *Windisch-Graetz* und *Schindler*, die bloß das Vorliegen eines einzigen Kriteriums des § 4 Abs 2 AÜG zur Feststellung des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung als ausreichend erachten und bei Fehlen sämtlicher Kriterien auf eine Gesamtbeurteilung zurückgreifen wollen, am überzeugendsten.

³³⁵ *Schörghofer*, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung durch Gehilfen, *ecolex* 2015, 588 (589f); noch ausführlicher *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung (2015) 197ff.

3.5.3. Bedeutung für die Plattformökonomie

Im Rahmen der Plattformökonomie kann es insbesondere deshalb relevant sein, das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung zu prüfen, weil es sich bei der Beziehung zwischen Plattform, DienstleistungserbringerIn und KundIn ebenfalls um ein **dreipersonales Verhältnis** handelt und – wie noch zu zeigen sein wird – die typischen Aufgaben eines/einer ArbeitgeberIn mitunter zwischen der Plattform und den EmpfängerInnen der Dienstleistung aufgeteilt sein können. Dem entsprechend ist es daher vom Standpunkt der Plattform-ArbeiterInnen aus schwierig zu beurteilen, wem gegenüber rechtliche Verpflichtungen bestehen.

3.6. Arbeitsvermittlung

3.6.1. Grundsätzliches

Als Arbeitsvermittlung wird gem § 2 Abs 1 Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG)³³⁶ jede Tätigkeit bezeichnet, die auf das **Zusammenführen von Arbeitssuchenden mit ArbeitgeberInnen** zur Begründung von Arbeitsverhältnissen oder mit AuftraggeberInnen zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes, gerichtet ist, sofern diese Tätigkeit **nicht nur gelegentlich und unentgeltlich** oder auf Einzelfälle beschränkt erfolgt. Die Arbeitsvermittlung ersetzt also die Selbstsuche nach einer Arbeitsgelegenheit oder nach Arbeitskräften und hat den Zweck, zwei potentielle VertragspartnerInnen zusammenzuführen.³³⁷ Für das Zusammenführen ist es jedoch nicht ausschlaggebend, ob sich die Vertragsparteien vor der Vermittlung bereits kannten oder nicht.³³⁸ Dabei ist der Begriff der Arbeitsvermittlung grundsätzlich weit zu verstehen.³³⁹

Zwar gilt als Arbeitsvermittlung auch die Verbreitung und Veröffentlichung von Stellenangeboten und Stellengesuchen, jedoch unterliegt die Aufnahme solcher Angebote und

³³⁶ AMFG BGBl I 2013/71.

³³⁷ *Reisinger*, Der Begriff der Arbeitsvermittlung im AMFG, Das Recht der Arbeit 2013, 276 (276).

³³⁸ *Reisinger*, Der Begriff der Arbeitsvermittlung 278.

³³⁹ *Reisinger*, Der Begriff der Arbeitsvermittlung 276; zur Weite des Begriffs der Arbeitsvermittlung ausführlich *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit Teil I, ZAS 1992, 109.

Gesuche in Medien oder auf Internetseiten nicht den Bestimmungen des AMFG, solange das nicht der **Hauptzweck des Mediums** ist.³⁴⁰

3.6.2. Voraussetzungen der Arbeitsvermittlung

Nach dem Wortlaut des § 4 AMFG darf Arbeitsvermittlung **nur von bestimmten Einrichtungen und Personen** durchgeführt werden. Das sind insbesondere das Arbeitsmarktservice, unter bestimmten Voraussetzungen darüber hinaus auch gesetzliche Interessenvertretungen und kollektivvertragsfähige Berufsvereinigungen, sowie gemeinnützige Einrichtungen. Wollen Private Arbeitsvermittlung betreiben, ist dazu die Innehabung einer entsprechenden Gewerbeberechtigung vonnöten.³⁴¹ Die Arbeitsvermittlung muss überdies **freiwillig, unparteiisch** und im Allgemeinen auch für die Arbeitsuchenden **unentgeltlich** erfolgen³⁴², vom Gebot der Unentgeltlichkeit ausgenommen ist bloß die von InhaberInnen der entsprechenden Gewerbeberechtigung durchgeführte Vermittlung von SportlerInnen und KünstlerInnen, bei deren Vermittlung ein in angemessenem Verhältnis zum Vermittlungsaufwand stehendes Entgelt verlangt werden darf.³⁴³ Zudem ist die Vermittlung von ArbeitnehmerInnen in einen von Arbeitskämpfen betroffenen Betrieb unzulässig (§ 3 Z 10 AMFG).³⁴⁴ Jegliche Arbeitsvermittlungstätigkeit, die nicht den Bestimmungen des AMFG entspricht, ist **ausdrücklich untersagt**.³⁴⁵

3.6.3. Tragung der Pflichten eines/einer ArbeitgeberIn

Interessant ist insbesondere die Frage, in welchen Fällen Arbeitskräfteüberlassung als Arbeitsvermittlung, die dementsprechend in den Anwendungsbereich des AMFG fällt, angesehen werden kann. So gilt gem § 2 Abs 4 AMFG „auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die **Pflichten des Arbeitgebers** trägt“ als Arbeitsvermittlung. Mit den Schutzbestimmungen des § 11 Abs 2 AÜG wurde versucht, dem Überwälzen des Unternehmensrisikos auf die Arbeitskräfte

³⁴⁰ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 5/004; Reisinger, Der Begriff der Arbeitsvermittlung 277; siehe auch § 2 Abs 3 AMFG.

³⁴¹ § 4 AMFG; siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 5/008ff; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 22.

³⁴² Siehe § 3 Z 3 und 5 sowie § 5 Abs 2 AMFG; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 5/006ff.

³⁴³ § 5 Abs 3 AMFG; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 5/009.

³⁴⁴ Siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 5/007.

³⁴⁵ § 2 Abs 5 AMFG.

entgegen zu treten, indem bestimmte Vereinbarungen für unzulässig erklärt werden.³⁴⁶ Die ÜberlasserInnen als VertragspartnerInnen der Arbeitskräfte haben alle typischen Pflichten von ArbeitgeberInnen zu tragen.³⁴⁷

§ 2 Abs 4 AMFG dient damit vor allem der **Abgrenzung** der Arbeitskräfteüberlassung von der Arbeitsvermittlung. So hielt der OGH in diesem Zusammenhang fest: *„Als Arbeitsvermittlung gilt gemäß § 2 Abs 4 AMFG auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt. Mit dieser Bestimmung sollte im AMFG jedoch nur die Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung derart gezogen werden, dass ein Überlasser die arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten eines Arbeitgebers im Allgemeinen und die besonderen aufgrund des AÜG zu tragen hat [...]. Verletzt ein Überlasser diese Pflichten, erfolgt durch § 2 Abs 4 AMFG eine Gleichstellung der Überlassung mit der Arbeitsvermittlung [...].“*³⁴⁸

Das Unternehmerrisiko, das der/die ÜberlasserIn zu tragen hat, umfasst insbesondere auch das **Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit**.³⁴⁹ So sprach der OGH aus, dass Arbeitskräfteüberlassung nur vorliege, *„wenn der Überlasser das wirtschaftliche Wagnis eines Unternehmers trägt, also der Arbeitskraft gegenüber die vertraglichen Verpflichtungen eines Arbeitgebers tatsächlich und nicht nur scheinbar erfüllt und auch das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit mit Überlassungen auf sich nimmt.“*³⁵⁰ Die Vereinbarung, dass der Arbeitskraft kein Entgeltanspruch zustehe, wenn kein/keine UnternehmerIn gefunden werden kann, der/die die Arbeitskraft beschäftigt, fasste der OGH³⁵¹ als **grundsätzlich zulässige Abdingung des § 1155 ABGB**, wonach auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, dem/der DienstnehmerIn das Entgelt gebührt, wenn er/sie zur Leistung bereit war, jedoch durch Umstände auf Seiten des/der DienstgeberIn an der Erbringung gehindert war, auf. Weil eine solche Abrede im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung das Überwälzen des wirtschaftlichen

³⁴⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/008f

³⁴⁷ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/011.

³⁴⁸ OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a.

³⁴⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/008f.

³⁵⁰ OGH 07.10.1998, 9 ObA 233/98z; siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 9/008f.

³⁵¹ OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86.

Risikos auf die ArbeitnehmerInnen im Sinn hat, liegt eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vor, weshalb eine entsprechende Abrede gem § 879 ABGB **nichtig** ist.³⁵²

3.6.4. Bedeutung für die Plattformökonomie

Das Thema Arbeitsvermittlung kann hinsichtlich des plattformbasierten Arbeitens dann relevant sein, wenn im Einzelfall ein Vertrag nicht zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerIn, sondern zwischen dem/der ErbringerIn der Dienstleistung und deren EmpfängerIn zustande kommt. Da die Plattformen für das Zustandekommen des Vertrages eine **Provision** erhalten, könnte es sich um gewerbliche Arbeitsvermittlung handeln.

Nach Auffassung von *Risak*³⁵³, der sich dieser Frage im Hinblick auf digitale CrowdworkerInnen gewidmet hat, stellt die Veröffentlichung und Verbreitung von Arbeitsaufgaben den **Hauptzweck der Tätigkeit** digitaler Crowdfunding-Plattformen dar. Außerdem würden zusätzlich zur Veröffentlichung von Stellenanzeigen mittels Rating-Systemen Informationen über die CrowdworkerInnen angeboten und eine Vorauswahl getroffen. Der Zweck von Crowdfunding-Plattformen gehe sogar über die bloße Vermittlung hinaus, da eine Vorauswahl der Arbeitsmenge getroffen wird, die Aufgaben zerteilt werden, Zahlungen abgewickelt und eine Qualitätskontrolle eingerichtet werde. Werden Dienstverträge vermittelt, stelle die Tätigkeit der Crowdfunding-Plattformen wohl eine Arbeitsvermittlung dar, für die von den Arbeitskräften auch keine Vermittlungsgebühren eingehoben werden dürften.

³⁵² OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86.

³⁵³ *Risak*, (Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 44 (52f).

4. Das Vertragsverhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Fallbeispiele

Im folgenden Abschnitt der Arbeit soll anhand der bereits in der Einleitung vorgestellten Plattformen beispielhaft die rechtliche Stellung der DienstleistungserbringerInnen geprüft und eine Einordnung in die soeben aufgezeigten, traditionellen Kategorien des Arbeitsrechts vorgenommen werden. Die grundlegenden Funktionsweisen und Geschäftsmodellen von Uber, Foodora und Book a Tiger wurden daher im ersten Kapitel dargestellt.

4.1. Fallbeispiel 1: Uber

4.1.1. Grundsätzliches

Hinsichtlich der rechtlichen Prüfung von Uber ist zunächst nochmals darauf zu verweisen, dass Uber in Österreich mit **Mietwagenunternehmen** zusammenarbeitet, die die angebotenen Transportdienstleistungen abwickeln. Jedoch ist womöglich das Vorliegen von **Scheinselbstständigkeit** und in der Folge von Arbeitskräfteüberlassung zu erwägen. So liegt nahe, dass es sich bei den mit der Durchführung der Fahraufträge betrauten Mietwagenunternehmen vielfach um Ein-Personen-Unternehmen handelt, wofür die auf den von Uber für die Mietwagenunternehmen ausgestellten Rechnungen und die darauf angeführten Firmen in vielen Fällen Indizien liefern.³⁵⁴ Dann ist zu fragen, inwiefern sich Ein-Personen-Unternehmen von (in Österreich nicht vorhandenen) UberPOP-LenkerInnen, also von Privatpersonen, die mit ihren eigenen Autos Fahrten für Uber erbringen³⁵⁵, unterscheiden und ob die behauptete „Selbstständigkeit“ von Mietwagen-EinzelunternehmerInnen nicht eine bloße Scheinselbstständigkeit darstellt.

4.1.2. „Solo-Selbstständige“ als MietwagenunternehmerInnen

Im Hinblick auf Ein-Personen-Unternehmen oder Solo-Selbstständige, die als Mietwagenunternehmen tätig sind, kommt es in meinen Augen vor allem darauf an, wie

³⁵⁴ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018, sämtliche mir in diesem Zeitraum ausgestellten Rechnungen.

³⁵⁵ Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 107.

umfangreich sich die **unternehmerische Selbstständigkeit** jeweils darstellt und ist die Frage nach dem rechtlichen Status nur im Einzelfall durch die Gerichte zu beantworten. Werden Dienstleistungen für viele unterschiedliche AuftraggeberInnen erbracht, unterscheidet sich ein Ein-Personen-Unternehmen nicht von größeren Unternehmen. Vielfach wird jedoch eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** von wenigen AuftraggeberInnen bestehen, die den/die Solo-Selbstständige zur arbeitnehmerähnlichen Person machen kann. Nutzt der/die Solo-Selbstständige sein/ihr Unternehmen gar als bloßes Vehikel, um für die Dienstleistungserbringung für Uber in Österreich in Frage zu kommen, soll wohl bloß **das Bestehen eines Dienstvertrages verschleiert werden**. In der zuletzt angesprochenen Konstellation unterscheidet sich meines Erachtens der/die Solo-Selbstständige von den in anderen Staaten üblichen UberPOP-LenkerInnen bloß hinsichtlich der vorhandenen Gewerbeberechtigung.

Somit liegt es angesichts der im Raum stehenden Vermutung der Scheinselbstständigkeit nahe, als ersten Schritt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Mietwagen-EinzelunternehmerInnen und Uber zu prüfen. Dabei ist hervorzuheben, dass in der Uber-App nach Aussage von LenkerInnen³⁵⁶ nicht die Unternehmen registriert sind, sondern die **einzelnen FahrerInnen** mit ihrem Auto. Es ist das Charakteristikum des Arbeitsvertrages, dass jemand Dienstleistungen in Form eines Dauerschuldverhältnisses aufgrund von vertraglicher Verpflichtung für einen anderen erbringt.³⁵⁷

4.1.3. Dauerschuldverhältnis

Im Hinblick auf Uber ist als erstes die Frage zu stellen, ob in der Erbringung von Beförderungsdienstleistungen durch die FahrerInnen ein **Dauerschuldverhältnis** erblickt werden kann. Es kann argumentiert werden, die Personenbeförderung von einem Ort zu einem anderen bilde ein klassisches Zielschuldverhältnis, mit dessen Erfüllung der Vertrag ende. Aus den Umständen der Zusammenarbeit zwischen Uber und den FahrerInnen lässt sich jedoch schließen, dass es beiden Parteien auf eine **längerfristige Vertragsbeziehung** ankommt. Ausdruck dessen ist etwa das – auch weiter unten bei der Frage der persönlichen

³⁵⁶ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

³⁵⁷ *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 18; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 55.

Abhängigkeit und Disziplinierung wichtige – Bewertungssystem von Uber und die damit verbundene „Deaktivierungspolitik“.

Nach abgeschlossener Fahrt bewerten FahrerIn und KundIn einander gegenseitig mithilfe eines Ratings von bis zu fünf Sternen über die App.³⁵⁸ Darüber hinaus verfügt Uber über eine online hinsichtlich mehrerer Staaten abrufbare sog. „Driver Deactivation Policy“³⁵⁹ (ein explizit für Österreich geltendes Dokument, das Auskunft über die hierzulande praktizierte Deactivation Policy geben könnte, ist online nicht verfügbar), in der festgehalten ist, dass Uber eine **Durchschnittsbetrachtung** der letzten 500 Fahrten anstellt. Wurden insgesamt weniger als 500 Fahrten absolviert, gilt die absolute Anzahl an bisher durchgeführten Fahrten. Je nach Stadt, in der gefahren wird – hier wird von Uber auf kulturelle Unterschiede bei der Bewertung verwiesen –, wird eine bestimmte durchschnittliche Mindestbewertung vorausgesetzt. Ein dauerhaft zu niedriges Rating kann zum **Ausschluss** von der Benutzung der App führen. Selbiges gilt auch für das nachträgliche Stornieren bereits angenommener Fahrtaufträge. Wird eine bestimmte Quote an Stornierungen aus sämtlichen angenommenen Aufträgen erreicht, kann auch das zur Deaktivierung des Uber-Kontos führen.³⁶⁰ Offensichtlich werden Uber-LenkerInnen auch **zur Annahme von über die App angebotenen Aufträgen verpflichtet**, solange sie eingeloggt sind. Den Feststellungen eines englischen Arbeitsgerichts zufolge kann das dreimalig hintereinander erfolgte Ablehnen angebotener Aufträge zu Warnungen und schließlich einer Art „Straf-Logout“ mit einer Dauer von 10 Minuten führen. Ähnlich wird verfahren, wenn auf Auftragsangebote nicht schnell genug reagiert wird, sie also weder angenommen noch abgelehnt werden.³⁶¹ Angesichts eines in einem Zeitungsartikel abgebildeten Screenshot, auf dem der Sperrbildschirm der Fahrer-App während einer zeitweisen Sperre aufgrund einer zu hohen Stornierungsrate zu sehen ist³⁶², kann davon ausgegangen werden, dass Uber **auch in Österreich eine strenge Sanktionierungspolitik** den FahrerInnen gegenüber verfolgt.

³⁵⁸ <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (10.3.2017, 17:42); eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

³⁵⁹ Siehe exemplarisch die Driver Deactivation Policy für Irland <https://www.uber.com/legal/deactivation-policy/ir-en/> (7.8.2017, 10:04).

³⁶⁰ Siehe auch Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 111.

³⁶¹ Employment Tribunals 2202551/2015, 15.

³⁶² Bauer, Viel Motivation, wenig Lohn: Ein Wiener Uber-Fahrer packt aus, Kurier Online, <https://kurier.at/chronik/wien/viel-motivation-wenig-lohn-ein-wiener-uber-fahrer-packt-aus/240.320.903> (17.11.2017, 16:21).

Gleichzeitig drängt Uber jedoch auch LenkerInnen, die sich ausloggen wollen oder die App im Moment überhaupt nicht benutzen, weiterzufahren bzw sich einzuloggen und verweist dabei etwa auf gerade aktuelle Gebiete mit Preismultiplikator. Zusätzlich werden an die LenkerInnen wiederholt SMS und Emails verschickt, in denen die LenkerInnen **zum Arbeiten aufgefordert** werden und auf diese Art psychologisch Druck erzeugt wird oder es werden künftige Gebiete mit erhöhtem Fahrpreis „vorausgesagt“, um die LenkerInnen zum Einloggen und zur Arbeitserbringung zu motivieren. Vielfach stellen sich die Versprechen eines erhöhten Fahrpreises jedoch als nicht haltbar heraus oder haben sogar kontraproduktive Effekte, da den LenkerInnen auf ihrem Weg durch die Stadt immer wieder neue Aufträge zum Normalpreis angeboten werden. Wollen sich die LenkerInnen in ein Gebiet mit erhöhter Nachfrage (und erhöhtem Fahrpreis) bewegen, müssten die Aufträge auf dem Weg dorthin abgelehnt werden, was wiederum zu **negativen Bewertungen** und der drohenden Sanktionierung des/der LenkerIn führt.³⁶³ Fast täglich an registrierte LenkerInnen verschickte Aufforderungen, sich einzuloggen und die Vorhersage von angeblich erhöhten Fahrpreisen, um die LenkerInnen zur Arbeit anzuhalten, gehören auch in Wien zur **gängigen Praxis** von Uber.³⁶⁴

Allein schon, dass von Uber davon ausgegangen wird, dass pro FahrerIn mehr als 500 Fahrten unternommen werden, sodass sich die Bewertung der Ratings auf eine derart große Anzahl stützen kann, lässt darauf schließen, dass von **einem lange andauernden Verhältnis** zwischen Uber und den FahrerInnen ausgegangen wird und nicht bloß von der Erbringung einzelner Beförderungsdienstleistungen. Fraglich ist jedoch, ob schon die Registrierung als LenkerIn auf der Plattform eine **konkrete Schuld** begründet, also eine Leistungspflicht besteht. Das ist, trotz der vielen Aufforderungen an die LenkerInnen, sich in die App einzuloggen, meines Erachtens nicht der Fall. Mit der Registrierung wird nur die **grundsätzliche Voraussetzung** für das Erbringen von Fahrten für Uber geschaffen. Daher ist hier wohl, wie bei vielen Sachverhalten der „Gig Economy“, zwischen einer langfristigen, gewissermaßen im Hintergrund ablaufenden, Vertragsbeziehung zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn, die einen Rahmen für die Abwicklung einzelner Arbeitseinsätze festlegt, und den einzelnen Arbeitsphasen selbst, zu unterscheiden.

³⁶³ Rosenblat, The truth about how Uber's app manages drivers, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2016/04/the-truth-about-how-ubers-app-manages-drivers> (4.5.2017, 16:23).

³⁶⁴ N.N., Taxi-Konkurrent Uber: Am Rande des Gesetzes, trend Online, <https://www.trend.at/wirtschaft/taxi-konkurrent-uber-am-rande-gesetzes-5860551> (24.11.2017, 11:34)

Aus der Tatsache, dass während der Zeiten, in denen die LenkerInnen in die App eingeloggt sind, offensichtlich die Nicht-Aannahme eingehender Aufträge in höherer Zahl durch absinkende Ratings oder temporäre Sperren sanktioniert wird, lässt sich meines Erachtens ableiten, dass während dieser gesamten Zeiträume die **Pflicht zur Annahme eingehender Aufträge** besteht. Dass dies der Fall ist, wurde auch vom Employment Tribunal im Fall *Aslam, Farrar et al vs Uber*³⁶⁵ in Bezug auf die Region London festgestellt und kürzlich in der Rechtsmittelinstanz („Employment Appeal Tribunal“)³⁶⁶ bestätigt. Daher sehe ich das Kriterium des Dauerschuldverhältnisses **für den Zeitraum vom Einloggen in die App bis zum Ausloggen aus der App** als erfüllt an.

4.1.4. Persönliche Abhängigkeit

Da vom Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem/der LenkerIn und Uber jedenfalls auszugehen ist und dieses Tatbestandsmerkmal des Arbeitsvertrages somit keine Probleme aufwirft, ist sodann die **Frage der persönlichen Abhängigkeit** als drittes, für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages entscheidendes, Kriterium zu untersuchen. Dazu gehören im Detail insbesondere die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung, die fehlende Selbstbestimmung, die sich etwa in Weisungen zum Ort, zur Zeit und zu den persönlichen Umständen der Leistungserbringung ausdrückt sowie die Eingliederung des/der Arbeitenden in die Organisation des/der VertragspartnerIn, die sich in (fachlichen) Weisungen zeigt. Zusätzlich bestehen Elemente von geringerer Bedeutung, wie etwa die Frage, von wem die Betriebsmittel bereitgestellt werden.³⁶⁷

4.1.4.1. Persönliche Leistungserbringung

Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung könnte sich bereits aus den Voraussetzungen zur **Bewerbung** als LenkerIn ergeben. Dabei kann hinsichtlich der Beurteilung dieses Punktes auf die im Zuge einer Entscheidung zu Uber getroffenen Feststellungen eines britischen Arbeitsgerichts³⁶⁸ und online verfügbare Informationen

³⁶⁵ Employment Tribunals 2202551/2015, 32.

³⁶⁶ United Kingdom Employment Appeal Tribunal UKEAT/0056/17/DA, Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd / Aslam, Farrar & Others, 45ff.

³⁶⁷ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 82.

³⁶⁸ Employment Tribunals 2202551/2015.

zurückgegriffen werden. Demnach müssen sich potentielle LenkerInnen in Großbritannien online registrieren, anschließend an einem „Onboarding“ genannten Termin teilnehmen, bei dem auch ein Informationsvideo gezeigt wird, und eine Reihe von Dokumenten, darunter einen Führerschein und eine Versicherungspolizze, vorlegen. Zudem muss das Auto vom/von der LenkerIn bereitgestellt werden, wobei Uber eine Liste mit akzeptierten Automodellen führt, außerdem müssen die LenkerInnen über ein internetfähiges Smartphone verfügen. LenkerInnen, die kein Smartphone besitzen, können ein solches von Uber für eine monatliche Gebühr mieten.³⁶⁹ In den USA müssen ebenfalls der Besitz eines Führerscheins und eine abgeschlossene Versicherung nachgewiesen werden, zudem wird ein Jahr Fahrpraxis bzw drei Jahre Fahrpraxis bei einem Alter von unter 23 Jahren verlangt. Zusätzlich müssen sich potentielle LenkerInnen einem „driver screening“ unterziehen, bei dem es offensichtlich um die Durchsicht eventueller strafgerichtlicher Verurteilungen geht. Zudem muss das bereitgestellte Auto viertürig sein.³⁷⁰

Die starke **Individualisierung**, die sich entweder beim Lenken eines Autos zwangsläufig ergibt, wie die Notwendigkeit des Führerscheinbesitzes, oder durch den Prozess des „Onboarding“ hergestellt wird, wie das Anlegen eines personalisierten Accounts, das Vorlegen persönlicher Dokumente und die „Schulung“ mithilfe eines Videos, erschwert die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, erheblich und spricht in meinen Augen sehr deutlich für das Bestehen einer **persönlichen Leistungspflicht**.

4.1.4.2. Eingliederung und Fremdbestimmtheit

Generell ist festzustellen, dass die für Uber tätigen LenkerInnen einer intensiven **Fremdbestimmung** unterliegen. Die LenkerInnen müssen sich, wollen sie für Uber tätig sein, vollständig dem **vorgegebenen Regelwerk**, insbesondere der schon beschriebenen „Deactivation Policy“ und einem langen Katalog von online abrufbaren Richtlinien unterwerfen. Bei den online verfügbaren Richtlinien ist für mich nicht immer ganz

³⁶⁹ Employment Tribunals 2202551/2015, 12f.

³⁷⁰ <https://www.uber.com/drive/requirements/> - Voraussetzungen zur Zulassung in den USA. Zuerst muss am unteren Ende der Website die Sprache „Englisch“ und eine beliebige Stadt in den USA als „Standort“ ausgewählt werden (7.8.2017, 12:21).

nachvollziehbar, welche Richtlinien in welchem Land gelten. Zum Teil sind die Richtlinien auch nicht auf Deutsch verfügbar.³⁷¹

Die Eingliederung der LenkerInnen in eine fremde Arbeitsorganisation kann meines Erachtens in der durch die App gegebenen, **sehr engen Bindung** zwischen Uber und den LenkerInnen gesehen werden. Durch die Apps auf ihren eigenen Smartphones bzw durch die dahinterstehenden Algorithmen zur Zuteilung von Fahraufträgen werden die LenkerInnen wie von selbst durch eine Stadt „gesteuert“, **ohne dass es Hierarchien physischer Personen bedürfte**, an die sie sich zu halten hätten. Den LenkerInnen, wollen sie Geld verdienen, bleibt nicht viel anderes übrig, als das zu tun, was die App von ihnen verlangt.

Verbinden sich die LenkerInnen via App mit der Plattform, geben sie überdies bis zum Moment des Ausloggens jede **Dispositionsfreiheit** auf. Über die App werden eintreffende Aufträge angezeigt, die von den LenkerInnen angenommen werden können. Dabei sehen die LenkerInnen noch nicht, wohin die Fahrt gehen wird, sondern erfahren dies erst nach Annahme des Fahrauftrages, genauso wie den voraussichtlichen Preis (und damit ihren eigenen Verdienst) der Beförderungsdienstleistung.³⁷² Wird ein Auftrag angenommen, werden die FahrerInnen mithilfe der **GPS-Funktion** der App zum Abhol- und schließlich zum Zielort des/der PassagierIn gelotst, was von Uber so beschrieben wird: *„Mit der App findest du kinderleicht den richtigen Weg. Du bekommst genaue Anweisungen, wie du zum Abhol- und Zielort deines Fahrgasts gelangst und musst dich nur auf die Straße konzentrieren.“*³⁷³ Die Route bleibt auch während der Fahrt für den/die PassagierIn sichtbar, der/die auf dem Smartphone in Echtzeit das Einhalten der zuvor angegebenen Strecke **kontrollieren** kann. Ein Abweichen von der vorgegebenen Route ist offensichtlich nicht vorgesehen, von Uber zudem nicht erwünscht und muss im Falle einer möglichen Rückforderung des Fahrpreises durch KundInnen auch von den LenkerInnen gerechtfertigt werden³⁷⁴, weshalb manche Uber-LenkerInnen den spontanen Wunsch nach einem

³⁷¹ <https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> - von den AGB ausgehend kann rechts auf unterschiedliche Richtlinien geklickt werden. Mitunter führt aber selbst die österreichische Uber-Seite zu englischsprachigen Texten (10.3.2017, 14:17).

³⁷² Employment Tribunals 2202551/2015, 4; *Rosenblat*, The truth about how Uber's app manages drivers, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2016/04/the-truth-about-how-ubers-app-manages-drivers> (4.5.2017, 16:23).

³⁷³ <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (10.3.2017, 17:42).

³⁷⁴ Employment Tribunals 2202551/2015, 15.

Zwischenstopp oder einem „Abstecher“, wenn überhaupt, dann nur sehr widerwillig akzeptieren.³⁷⁵ Daher liegt meines Erachtens auch eine strikte **Determination des Ortes und des Ablaufs der Arbeitserbringung** vor.

Die zentrale Rolle, die die Uber-App in der Abwicklung der Leistungserbringung einnimmt und die Unmöglichkeit der Dienstleistungserbringung durch die FahrerInnen, wenn sie nicht eingeloggt sind, gibt meines Erachtens Anlass, über einen „**zweiten Arbeitsort**“, der zusätzlich zum Ort der Leistungserbringung auf der Straße besteht, nachzudenken. Ein solcher zweiter Arbeitsort könnte darin bestehen, dass die Zuweisung von Aufträgen und die Leistungserbringung selbst ausschließlich über die von Uber zur Verfügung gestellte App möglich ist – somit würde es sich um einen **digitalen Arbeitsort** handeln, an dem die LenkerInnen „anwesend“ sein müssen. Das spricht meines Erachtens zusätzlich für eine organisatorische Eingliederung in den Betrieb von Uber.

Uber beschränkt sich jedoch nicht darauf, die zu fahrende Route zu bestimmen bzw. vom Algorithmus der App berechnen zu lassen, sondern **setzt bereits im Vorfeld der Fahrt den Preis der Beförderungsdienstleistung fest**. In diesem Zusammenhang ist auch das von Uber eingesetzte und als „surge pricing“ bezeichnete flexible System der Preisgestaltung, bei dem ein Algorithmus anhand der (erhöhten) Nachfrage in einem bestimmten Gebiet über einen Multiplikator den Preis beeinflusst³⁷⁶, anzuführen. Da die KundInnen jedoch nicht den/die LenkerIn in bar bezahlen, sondern der Fahrpreis automatisch von der Kreditkarte des/der KundIn abgebucht wird³⁷⁷, kann von den LenkerInnen auch der Preis **faktisch nicht mehr verhandelt oder geändert werden**, weshalb auch die Annahme des Zustandekommens eines Beförderungsvertrages bloß zwischen FahrerIn und KundIn an diesem Punkt der rechtlichen Prüfung unrealistisch erscheint.

4.1.4.3. Kontrolle und disziplinarische Verantwortlichkeit

Dass die LenkerInnen einer massiven Kontrolle bei der Erledigung ihrer Arbeit unterliegen, lässt sich in meinen Augen kaum bestreiten. Zum Teil findet die Kontrolle durch

³⁷⁵ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

³⁷⁶ <https://help.uber.com/h/e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec> (14.3.2017, 07:56).

³⁷⁷ <https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (10.3.2017, 17:39).

Über selbst, teilweise mithilfe der App, statt – so dient die **GPS-Funktion** nicht nur der Navigation, sondern auch zur Kontrolle, wo sich der/die LenkerIn gerade befindet und ob die Fahrtstrecke eingehalten wird. Teilweise wird die Kontrolle jedoch auch durch die KundInnen durchgeführt, die nach Ende ihrer Fahrt eine Bewertung des/der LenkerIn von 0-5 Sternen vornehmen müssen. Dabei handelt es sich zweifellos um ein System der „**digitalen Reputation**“, das darauf abzielt, die ansonsten vom Unternehmen durchzuführenden Kontrollaufgaben an die KundInnen auszulagern.³⁷⁸ Die von den KundInnen erstellten Ratings benutzt Über wiederum dazu, die LenkerInnen dazu anzuhalten, die Beförderung gemäß den Vorgaben der Plattform durchzuführen. Dieser **Erwartungshaltung** wird mittels der Drohung, sie bei Nicht-Erreichen eines bestimmten Durchschnittsratings von der Nutzung der Uber-App auszuschließen, zu disziplinieren. Die ständige Gefahr, das hart erarbeitete gute Rating (und damit potentiell den Zugang zur Uber-App) zu verlieren, führt in der Realität meiner Erfahrung nach oft dazu, dass LenkerInnen nach Ende der Fahrt aktiv um die Abgabe einer hohen Bewertung durch den/die KundIn bitten oder schon während der Fahrt darum bemüht sind, keine „Fehler“ im zwischenmenschlichen Bereich zu begehen und die Fahrgäste selbst auf kurzen Strecken etwa nach dem gewünschten Radiosender fragen.³⁷⁹

4.1.4.4. Betriebsmittel

Schließlich ist die Frage zu betrachten, welche Partei im Vertragsverhältnis zwischen Über und dem/der LenkerIn die Betriebsmittel bereitstellt. Obwohl diese Frage nicht von großer Relevanz für die Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag ist³⁸⁰, kann sie dennoch einen gewissen **Anhaltspunkt** bieten. Da es bei einem Arbeitsvertrag in der Regel der/die ArbeitgeberIn ist, die die Arbeitsmittel bereitstellen muss³⁸¹, kann im umgekehrten Fall ein Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages erblickt werden. Bei Über werden (zumindest bei jenen MietwagenunternehmerInnen, die Solo-Selbstständige darstellen) das Auto sowie das Smartphone, zweifellos die vordergründig wichtigsten traditionellen Betriebsmittel **von den LenkerInnen bereitgestellt**. Während das Smartphone mittlerweile

³⁷⁸ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 33; zu digitalen Ratings ausführlich *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013).

³⁷⁹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Über und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

³⁸⁰ Siehe zur Bedeutung der Arbeitsmittel weiter oben bzw *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

³⁸¹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

sicher als oft relativ günstiger Alltagsgegenstand angesehen werden kann, lässt sich beim Auto in vielen Fällen ein hoher Wert nicht von der Hand weisen. Dennoch wurde das Auto wohl zumeist nicht speziell für die Dienstleistungserbringung für Uber angeschafft, sondern wird auch privat bzw zur Erbringung anderer Aufträge im Rahmen des Mietwagengewerbes genutzt.

Zudem, so meint *Balla*³⁸² meines Erachtens zutreffend, greife eine rein **sachenrechtliche Betrachtung** der Frage der Betriebsmittel – also bloß darauf abzustellen, wer Eigentum an einer Sache begründet hat – in Fällen wie dem von Uber nicht mehr, da dem/der LenkerIn zwar das Eigentum am Auto zukomme, aber keinerlei **Verfügungsgewalt** mehr darüber bestehe, da Uber sowohl die Auswahl der verwendeten Fahrzeuge kontrolliere, als auch ihren Einsatz in jedem maßgeblichen Aspekt der Vertragsabwicklung steuere. Somit liege in der faktischen Verfügungsmacht von Uber über die Autos der LenkerInnen vielmehr ein Indiz für das Vorliegen **persönlicher Abhängigkeit**.

Als untypisches, jedoch sehr wesentliches Betriebsmittel kann meines Erachtens außerdem die Uber-App und die damit in Zusammenhang stehende **technische Infrastruktur**, etwa die im Hintergrund arbeitenden Algorithmen, die für die Verteilung der einzelnen Fahraufträge an die LenkerInnen sorgen, aufgefasst werden. Diese **neuartige Kategorie von Betriebsmittel** wird jedoch ausschließlich von Uber zur Verfügung gestellt und kontrolliert, der gesamte Prozess der Leistungserbringung wird mithilfe der App abgewickelt. Angesichts der überragenden Bedeutung dieses **digitalen Betriebsmittels** im Arbeitsprozess der LenkerInnen ist das Argument, die Betriebsmittel würden hauptsächlich von den LenkerInnen zur Verfügung gestellt, als schwach anzusehen.

4.1.5. Zwischenergebnis

Insgesamt sprechen somit für den hier geprüften Fall der Durchführung von Fahraufträgen durch Mietwagen-EinzelunternehmerInnen viele Argumente für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Die ausschlaggebenden Punkte dafür sind meiner Ansicht nach die umfassende **Fremdbestimmtheit bei der Arbeitserbringung**, die enorm dichte, teilweise via App bzw durch das Rating-System vermittelter Mithilfe der

³⁸² *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 138.

KundInnen ausgeübte **Kontrolle der erbrachten Leistungen sowie des arbeitsbezogenen Verhaltens** während der Leistungserbringung und die daran anknüpfende äußerst scharfe **Disziplinarverantwortung**, der LenkerInnen bei Uber unterliegen.

4.1.6. Dauer des Arbeitsverhältnisses

Zu hinterfragen ist jedoch, für welchen **Zeitraum** diese Beurteilung als gültig anzusehen ist. Dauert das Arbeitsverhältnis bloß vom Einloggen in die App und der damit erkennbaren Bereitschaft der LenkerInnen, Fahraufträge entgegen zu nehmen oder dauert das Verhältnis zwischen Uber und den LenkerInnen darüber hinaus an?

Meiner Meinung nach ist das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zumindest für den Zeitraum, während dessen die LenkerInnen **über die App mit der Plattform verbunden** sind, jedenfalls zu bejahen, da während dieses Zeitraumes die beschriebenen **Mechanismen von Fremdbestimmung und Kontrolle** effektiv wirken. So ist etwa der aktuelle Standort des/der LenkerIn bzw seines Autos auch dann (etwa für potentielle Fahrgäste und wohl auch für Uber) einsehbar, wenn gerade gar keine Fahrdienstleistung erbracht wird.³⁸³ An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass es beim arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnis nicht auf die zeitliche Dauer der Dienstleistungserbringung ankommt, Arbeitsverträge also auch von sehr kurzer zeitlicher Dauer sein können.³⁸⁴

Relevant für das Bestehen eines Dauerschuldverhältnisses ist überdies bloß, dass **nicht schon von vornherein nur eine einzelne, konkrete Leistung geschuldet** ist.³⁸⁵ Wie bereits ausgeführt ist das Verhältnis zwischen Uber und den LenkerInnen als ein **längerfristiges** angelegt, rechnet Uber doch offensichtlich mit der Erbringung einer großen Zahl von Fahrten durch einen/eine LenkerIn und lässt es durch seine strikte Sanktionierungspolitik auch nicht zu, dass, während der/die LenkerIn eingeloggt ist, angebotene Fahraufträge nicht angenommen werden. Ist der/die LenkerIn eingeloggt, bleibt somit kaum anderes übrig, als Aufträge anzunehmen. Die Fokussierung auf bloß die einzelnen, abzuwickelnden Fahrten ist daher, wie schon bei der Frage des Vorliegens eines

³⁸³ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

³⁸⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/001; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 77/1.

³⁸⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 34.

Dauerschuldverhältnisses angedeutet, meines Erachtens nicht angebracht. *Balla* zufolge komme der Konstruktion von Uber, die den Anschein vieler aufeinanderfolgender Zielschuldverhältnisse erweckt – indem jeder Fahrauftrag einzeln betrachtet wird – bloße **Verschleierungsfunktion** im Hinblick auf das tatsächlich vorliegende Dauerschuldverhältnis zu. Uber verzichte auf eine offenkundig als Dauerschuldverhältnis angelegte Vertragsbindung und setze stattdessen auf ein ausgeklügeltes System an außervertraglichen Abhängigkeitssystemen.³⁸⁶

Nach Ansicht des Employment Tribunal im Fall *Aslam, Farrar et al* vs Uber sei es essentiell für das Geschäftsmodell von Uber, auf einen Pool von LenkerInnen zurückgreifen zu können, die auf das Eintreffen neuer Aufträge warten, um die angefragten Beförderungen möglichst rasch erbringen zu können. Das **Warten auf Aufträge** stelle daher einen **wesentlichen Teil der Tätigkeit** dar.³⁸⁷ Auch aus diesem Grund erstreckt sich die zeitliche Dauer des Arbeitsvertrages meines Erachtens vom Einloggen in die App bis zum Ausloggen aus dieser und nicht bloß auf den Zeitraum der Abwicklung einer einzelnen Personenbeförderung.

An diese Feststellungen anschließend muss konsequenterweise gefragt werden, wie rechtlich mit eben jenen Zeiten umzugehen ist, in denen sich die LenkerInnen zwar zur Annahme von Aufträgen bereithalten und in der App eingeloggt sind, jedoch keine Aufträge eintreffen („**Stehzeiten**“). Diese besondere Problemstellung wird im nächsten Kapitel (im Abschnitt zum Arbeitszeitrecht) näher behandelt.

Zumindest theoretisch ist es – trotz des vorgelagerten „Bewerbungsprozesses“ samt Schulung und Einreichung von Dokumenten – auch denkbar, dass ein/eine LenkerIn bloß eine einzige Fahrt für Uber abwickelt, sich anschließend aus der App ausloggt, sich nie wieder einloggt und keine weiteren Aufträge mehr annimmt. Fraglich ist daher, ob auch diese bloß **einmalige, sehr kurze Arbeitserbringung** im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses stattfindet. Aufgrund der auch bei der einmaligen Benutzung der App und Durchführung einer Fahrt vorhandenen **engen Bindung**, der **Fremdbestimmtheit** bei der Arbeitserbringung und der GPS-basierten **Kontrolle** des Standortes sowie des

³⁸⁶ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 139.

³⁸⁷ Employment Tribunals 2202551/2015, 32.

Umstandes, dass das Konzept von Uber eigentlich auf eine **längerfristige Beziehung** zwischen den Vertragsparteien angelegt ist, sind wesentliche Merkmale des Arbeitsvertrages erfüllt und kann das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bereits bei einer so kurzen Dauer wohl mit einer gewissen Vorsicht bejaht werden. *Balla*³⁸⁸ vergleicht den Fall der lediglich singulären Leistungserbringung für Uber und den darauffolgenden Kontaktabbruch durch den/die LenkerIn mit der Auflösung eines klassischen Dienstverhältnisses während der Probezeit. Bei dieser könne aus der sehr kurzen Dauer des Vertragsverhältnisses auch nicht der Schluss gezogen werden, dass deshalb kein Arbeitsvertrag vorliege.

Risak vertritt im Hinblick auf die sog „Microtasks“ digitaler CrowdworkerInnen, deren „Arbeitseinsätze“ äußerst kurz sind und zum Teil nur wenige Minuten dauern, die Auffassung, dass bei einem hohen Maß an Determination bei der Art der Leistungserbringung, wenigen Freiräumen und hoher Kontrolldichte persönliche Abhängigkeit trotz sehr kurzer Dauer der Leistungserbringung vorliegen kann. Aufgrund der Arbeitnehmereigenschaft als Typusbegriff könne die untypisch kurze Dauer der Leistungserbringung durch das hohe Maß an Fremdbestimmtheit **ausgeglichen** werden.³⁸⁹ Meines Erachtens ist dieses Beispiel der digitalen CrowdworkerInnen **gut vergleichbar** mit der Situation der ortsgebunden agierenden LenkerInnen bei Uber. Die Umstände der Leistungserbringung sind den LenkerInnen streng vorgegeben, sie können kaum von diesen fremden Vorgaben abweichen, ohne eine disziplinierende Maßnahme oder gar die „Sperrung“ durch die Plattform zu riskieren und sie unterliegen einem dichten Kontrollnetz, durch welches die Einhaltung sämtlicher Vorgaben sichergestellt werden soll. Meines Erachtens stellt somit wohl schon die einmalige Leistungserbringung für Uber einen Arbeitsvertrag dar und es wird nicht unbedingt das wiederholte Einloggen und Fahren nötig sein.

Nach Auffassung von *Karl*³⁹⁰ hingegen, die diesbezüglich eine andere Ansicht vertritt, ist in der Disziplinierung durch Bewertungen auf den Plattformen **kein Indiz** für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu sehen. In der analogen Welt würde eine negative Bewertung durch den/die AuftraggeberIn ebenfalls dazu führen, dass an die betreffende

³⁸⁸ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 139.

³⁸⁹ *Risak*, ZAS 2015, 11 (17).

³⁹⁰ *Karl*, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in *Tomandl/Risak* (Hg), Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit? (2016) 85.

Person keine Aufträge mehr vergeben werden, eine Bewertung auf einer Online-Plattform
weise bloß höhere Publizität auf.

Wie bereits weiter oben dargelegt, halte ich diese Position von *Karl* insofern für unzutreffend, als sie das besondere Abhängigkeitsverhältnis, das zwischen den Plattform-ArbeiterInnen und den Unternehmen besteht, ausblendet. Zudem wird bei solcher Betrachtung das Vertragsgeflecht zwischen Plattform, KundIn und Arbeitskraft auf ein zweipersonales Verhältnis reduziert, was der Realität der Arbeitenden nicht gerecht wird.

Umgekehrt ist aber auch von Relevanz, ob es sich bei wiederholtem oder gar regelmäßigem Einloggen und Bereithalten für Fahraufträge um ein **durchgängiges Arbeitsverhältnis** handelt, oder ob die Zeit, die zwischen den Arbeitsperioden liegt, etwa weil sich der/die FahrerIn einige Tage lang nicht einloggt, als gewissermaßen „**vertragsfrei**“ angesehen werden kann, da die Nichtdurchführung der Dienstleistung den Vertrag beendet. Hier zeigt sich eine Parallele zur in dieser Arbeit bereits angeschnittenen sog „**Sprachlehrer-Entscheidung**“³⁹¹. In diesem Fall entschied der OGH, dass mangels der Notwendigkeit ständiger Arbeitsbereitschaft ein freier Dienstvertrag vorliege. Für *Risak* hingegen spricht vieles dafür, dass diese Entscheidung **verfehlt** sein könnte. Statt eines freien Dienstverhältnisses sei fallweise Beschäftigung als Arbeitnehmer anzunehmen.³⁹²

Geht man davon aus, dass der Arbeitsvertrag zwischen Uber und den LenkerInnen sich stets nur vom Ein- bis zum Ausloggen erstreckt, muss bei mehr- oder oftmaligem Einloggen das Vorliegen einer **wiederholten Beschäftigung** angenommen werden. Das könnte jedoch im Hinblick auf das europaweit geltende grundsätzliche **Verbot von Kettenarbeitsverträgen** bzw des Missbrauchs wiederholter befristeter Arbeitsverhältnisse problematisch sein. So erlaubt die EU-RL 1999/70/EG die Aneinanderreihung zeitlich befristeter Verträge **nur unter bestimmten Bedingungen**. Die Mitgliedstaaten haben die Zulässigkeit aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge entweder an sachliche Gründe für das Vorliegen mehrfacher Befristung zu knüpfen oder die insgesamt maximal zulässige

³⁹¹ OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g.

³⁹² *Risak*, Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung, DRdA 2014, 346 (350).

Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse oder die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verhältnisse zu beschränken.³⁹³

Eine **explizite gesetzliche Verankerung** des Verbots von Kettenarbeitsverträgen gibt es in Österreich bisher nicht, was nach Ansicht von *Jöst* und *Risak* der Umsetzungsverpflichtung der RL 1999/70/EG nicht gerecht wird. Die vom Gesetzgeber vertretene Ansicht, dass § 879 ABGB und die dazu bestehende ständige Rechtsprechung eine **gleichwertige gesetzliche Maßnahme** darstelle, sei insbesondere im Hinblick auf die strengen Anforderungen, die der EuGH an die Umsetzung einer RL stellt, **nicht ausreichend**.³⁹⁴

Nach der österreichischen Judikatur wird zwischen zulässigen und unzulässigen Kettenarbeitsverträgen unterschieden. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH sind Kettenarbeitsverträge nur dann wirksam, wenn die Aneinanderreihung einzelner, auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsverträge im Einzelfall **durch besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe gerechtfertigt** wird.³⁹⁵ Als unzulässig werden Kettenarbeitsverträge angesehen, deren Zweck im **Ausnutzen der wirtschaftlichen Unterlegenheit des/der ArbeitnehmerIn** und im Unterlaufen von Arbeitnehmerschutzbestimmungen besteht.³⁹⁶ Um den Kündigungsschutz zu wahren, werden bei unzulässigen Kettenverträgen die zweite und alle folgenden Befristungsvereinbarungen als (teil)nichtig erachtet, wobei die Nichtigkeit ausschließlich vom/von der ArbeitnehmerIn geltend gemacht werden kann.³⁹⁷

Ob im Fall der Über-LenkerInnen also bei wiederholtem Einloggen eine Vertragskette oder ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorliegt, ist anhand einer **Interessenabwägung** im Sinne des beweglichen Systems zwischen ArbeitnehmerIn und ArbeitgeberIn zu beurteilen.³⁹⁸ So bildet es geradezu ein Charakteristikum der

³⁹³ RL 1999/70/EG des Rates vom 28.7.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl L 1999/175; siehe auch *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 46f.

³⁹⁴ *Jöst/Risak*, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97; siehe auch *Risak*, DRdA 2014, 351.

³⁹⁵ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 47; RIS-Justiz RS0028327; OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88; OGH 19.12.2013, 9 ObA 153/13k, ecolex 2014, 455 = ZAS 2015, 244 (*Tomandl*).

³⁹⁶ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 47.

³⁹⁷ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 47; RIS-Justiz RS0021842; OGH 27.05.1986, 14 Ob 86/86.

³⁹⁸ So etwa OGH 28.10.2013, 8 ObA 50/13f, ARD 6382/9/2014 = wbl 2014, 157/51 = RdW 2014, 146 = infas 2014, 93/A31 = DRdA 2014, 256 = DRdA 2014, 346/34 (*Risak*) = ZAS-Judikatur 2014/21 = ZAS 2014, 316 (*Ogriseg*).

plattformbasierten Arbeit, dass diese **in flexibler Art und Weise** erbracht werden kann. DienstleistungserbringerInnen berufen sich im persönlichen Gespräch³⁹⁹ oftmals intensiv auf die aus ihrer Sicht gegebenen Vorteile freier Zeiteinteilung, weshalb meines Erachtens wiederholte Befristungen eher **im Interesse der ArbeitnehmerInnen** liegen, da ihnen so flexible Leistungserbringung ermöglicht wird, wenngleich gerade Über seine LenkerInnen via SMS und Email bei Inaktivität kontaktiert und zum Fahren und damit zur regelmäßigen Leistungserbringung auffordert. Da jedoch durch diese Aufforderungen, sich einzuloggen, keine konkrete Verpflichtung begründet bzw eingemahnt wird, sehe ich darin noch keinen Hinweis auf ein über den Zeitraum, währenddessen LenkerInnen eingeloggt sind, hinausgehendes Vertragsverhältnis.

In diesem Zusammenhang verweist *Balla*⁴⁰⁰ zurecht darauf, dass flexible Leistungserbringung nur dort im Interesse der ArbeitnehmerInnen liegt, wo das vorläufige Unterbleiben der Leistungserbringung auf der **selbstgewählten Lebensplanung** der ArbeitnehmerInnen beruht und nicht durch Krankheit, Unfall oder Urlaub begründet ist. In einem solchen Fall läuft die durch Kettenarbeitsverträge flexibilisierte Form der Beschäftigung den Interessen der ArbeitnehmerInnen klar zuwider. Insofern verlangt die vorliegende Fragestellung nach einer Beantwortung im Einzelfall. Im Hinblick auf die oft durch die ArbeitnehmerInnen gewünschte Flexibilität wird jedoch im Ergebnis grundsätzlich vom Vorliegen einer **zulässigen Arbeitsvertragskette**, bei der die Dauer der einzelnen Verträge mit der Zeitspanne vom Ein- bis zum Ausloggen festzumachen ist, und nicht von einem durchgängigen Arbeitsverhältnis auszugehen sein.⁴⁰¹

4.1.7. Fahrerbringung durch Mietwagenunternehmen: Arbeitskräfteüberlassung?

In Österreich erfolgt die Erbringung von Fahrdienstleistungen für Über wie erwähnt nicht durch Privatpersonen, sondern durch Mietwagenunternehmen. Nicht alle Mietwagenunternehmen sind jedoch als Solo-Selbstständige anzusehen, vielfach handelt es sich wohl um „echte“ Unternehmen mit **angestellten LenkerInnen**, was die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den LenkerInnen und Über zusätzlich erschwert.

³⁹⁹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Über und der Über-App zwischen November 2016 und August 2018.

⁴⁰⁰ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 140.

⁴⁰¹ Hinsichtlich digitalem Crowdwork ähnlich *Risak*, ZAS 2015, 17.

Nach Auskunft des zuständigen Fachgruppenleiters für das Beförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen bei der WKO⁴⁰² sei eine Subvergabe von Fahraufträgen durch Mietwagenunternehmen an andere Mietwagenunternehmen bzw Solo-Selbstständige gewerberechtlich nicht zulässig und finde den Informationen der WKO zufolge auch nicht statt. Jeder/jede Solo-Selbstständige müsse über eine eigene Gewerbeberechtigung verfügen. Beschäftigt ein Mietwagenunternehmen FahrerInnen, die schließlich Fahraufträge für Uber übernehmen, ist daher anzunehmen, dass ein Dienstverhältnis zwischen den FahrerInnen und dem Mietwagenunternehmen besteht, nicht jedoch zwischen den FahrerInnen und Uber. Dann ist angesichts der starken **Eingliederung** der LenkerInnen in die Struktur von Uber jedoch zu hinterfragen, ob es sich um eine **Arbeitskräfteüberlassung** hinsichtlich der in einem Dienstverhältnis zum Mietwagenunternehmen stehenden LenkerInnen handeln könnte.

Zur Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung sind insbesondere die oben im Rahmen der allgemeinen Ausführungen zur Arbeitskräfteüberlassung unter Punkt 3.5. näher dargestellten Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG heranzuziehen.

Hinsichtlich des ersten Kriteriums lässt sich fragen, welche Dienstleistung es ist, die Uber anbietet und die sich von den durch die Mietwagenunternehmen durchgeführten Fahrdienstleistungen abheben könnte. So betont Uber zwar in seinen AGB, lediglich eine **Technologie-Plattform** zu betreiben, von der die Leistungen „unabhängiger Drittanbieter“ vermittelt werden⁴⁰³, in der Realität treten die von Uber als „Drittanbieter“ bezeichneten Mietwagenunternehmen den KundInnen gegenüber jedoch in keiner Weise in Erscheinung, sondern **treten völlig hinter die Marke Uber zurück**. So werden die KundInnen vor und während der Abwicklung der Fahrdienstleistung in keiner Weise darauf hingewiesen, dass die Fahrt nicht von Uber selbst durchgeführt wird und die Firmen der die Beförderung ausführenden Mietwagenunternehmen sogar erst in der nachträglich herunterladbaren Rechnung angeführt.⁴⁰⁴ Auch auf den Kreditkartenabrechnungen werden die einzelnen Fahrten unter „Uber“ verbucht und es ist nicht nachvollziehbar, dass etwa innerhalb eines

⁴⁰² Telefonat mit dem Fachgruppengeschäftsführer für die Personentransportgewerbe der Wirtschaftskammer Wien am 21.11.2017.

⁴⁰³ <https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> (10.3.2017, 14:17).

⁴⁰⁴ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018, sämtliche mir in diesem Zeitraum ausgestellten Rechnungen.

Monats mehrere unterschiedliche Mietwagenunternehmen in Anspruch genommen wurden und kein einheitliches Transportunternehmen.⁴⁰⁵ Um herauszufinden, welches Mietwagenunternehmen für eine bestimmte Fahrt zuständig war, müssen die KundInnen also einen **unverhältnismäßig hohen Aufwand** treiben. Aus meiner Sicht sind Uber und die Mietwagenunternehmen daher für durchschnittliche KundInnen überhaupt **nicht zu unterscheiden**, weshalb **kein abweichendes Werk** seitens der Mietwagenunternehmen vorliegt und § 4 Abs 2 Z 1 AÜG als erfüllt angesehen werden kann.

Argumente für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung lassen sich meines Erachtens auch in § 4 Abs 2 Z 3 AÜG finden. Wie im Abschnitt zur rechtlichen Einordnung von Mietwagen-EinzelunternehmerInnen ausgeführt, unterliegen FahrerInnen bei Uber einer engen **Eingliederung** in vorgegebene betriebliche Abläufe, verbunden mit einem Mangel an Möglichkeiten für individuelles Handeln, sowie infolge des Ratingsystems einer strikten **disziplinären Verantwortlichkeit**. Somit sind auch die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 Z 3 AÜG erfüllt.

4.1.8. Ergebnis

Da mehrere Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt sind, ist meines Erachtens im Ergebnis davon auszugehen, dass hinsichtlich bei Mietwagenunternehmen beschäftigter LenkerInnen, auf die von Uber zur Erbringung von Fahrdienstleistungen zurückgegriffen wird, **Arbeitskräfteüberlassung vorliegt**.

4.2. Fallbeispiel 2: Foodora

4.2.1. Grundsätzliches

Hinsichtlich der rechtlichen Situation von für den Zustelldienst Foodora arbeitenden KurierInnen ist zunächst zwischen unterschiedlichen Vertragstypen zu differenzieren. Während wohl der Großteil der Beschäftigten von Foodora über „freie Dienstverträge“, die derzeit zunächst an alle neuen KurierInnen vergeben und gewissermaßen als

⁴⁰⁵ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

„Einstiegsvertrag“ gelten⁴⁰⁶, verfügen, dürften daneben auch noch „alte Selbstständige“ mit Gewerbeschein bestehen⁴⁰⁷. Langgediente „freie DienstnehmerInnen“ werden mitunter in ein Arbeitsverhältnis übernommen und so zu ArbeitnehmerInnen. Da letztere ohnedies den umfassenden Schutz des Arbeitsrechts genießen und vor kurzem sogar ein Betriebsrat gegründet werden konnte⁴⁰⁸, kann auf eine Prüfung ihrer rechtlichen Stellung an dieser Stelle verzichtet werden. Somit stellt sich insbesondere die Frage, wie mit der großen Zahl der von Foodora **als freie DienstnehmerInnen angesehenen Personen** umzugehen ist. Dass die VertragspartnerInnen den Vertrag nicht als Arbeitsvertrag bezeichneten oder der Parteiwille zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht auf einen Arbeitsvertrag gerichtet war, ist insofern irrelevant, als es, auch im Hinblick auf den zwingenden Charakter des Arbeitsrechts, auf die **tatsächliche Gestaltung** in Bezug auf die Arbeitserbringung ankommt.⁴⁰⁹

Wie oben erwähnt ist für die Qualifikation eines Vertrags als Arbeitsvertrag relevant, dass jemand Dienstleistungen in Form eines Dauerschuldverhältnisses aufgrund von vertraglicher Verpflichtung für einen anderen erbringt.⁴¹⁰

4.2.2. Dauerschuldverhältnis

Zweifellos liegt eine vertragliche Verpflichtung vor. Hinsichtlich des Vorliegens eines Dauerschuldverhältnisses ist zu fragen, ob die KurierInnen **ein dauerhaftes Tun oder ein Werk im Sinne einer geschlossenen Einheit**⁴¹¹ schulden, nach dessen Erbringung der Vertrag beendet ist. Zu überlegen ist daher, ob jede einzelne Zustellung **für sich genommen** von den KurierInnen geschuldet ist, also ein Vertrag stets bloß über die Erbringung dieser einzelnen Leistung geschlossen wird. Davon ist meines Erachtens deshalb nicht auszugehen, weil der Wille der Vertragsparteien offensichtlich auf eine **längerfristige Beziehung** gerichtet ist, da im zwischen Foodora und den „Ridern“ abgeschlossenen Vertrag eine

⁴⁰⁶ Siehe dazu den Bewerbungsbogen auf der Website <https://www.foodora.at/ride4us> (17.3.2017, 11:24); *Wohlfahrter*, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreuen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

⁴⁰⁷ *Lauffer*, Fahrradboten: Essenzustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenzustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30).

⁴⁰⁸ *Krammer*, Selbstverständlich ist gar nichts, ORF.at, <http://orf.at/stories/2386977/2386978/> (31.7.2017, 08:54).

⁴⁰⁹ *Kietaihl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 21; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 62, 64.

⁴¹⁰ *Kietaihl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 18f; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 55f.

⁴¹¹ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 136, 138/1.

Mindestanzahl an Arbeitsstunden pro Monat vorgegeben wird.⁴¹² Nicht durch die Erbringung einer einzelnen Zustellung erfüllen die KurierInnen daher ihre vertragliche Verpflichtung, sondern durch das Ableisten der vereinbarten (Mindest-)Arbeitsstunden. Als dritte Kategorie ist in der Folge die Erbringung der Arbeit für einen Anderen, also die Frage der persönlichen Abhängigkeit, zu prüfen. Liegt keine oder nur sehr schwach ausgeprägte persönliche Abhängigkeit vor, handelt es sich nicht um einen Arbeits-, sondern um einen freien Dienstvertrag.⁴¹³

4.2.3. Persönliche Leistungspflicht

Als Merkmal der persönlichen Abhängigkeit ist zunächst die persönliche Leistungspflicht zu betrachten. So dürfen sich KurierInnen bei Foodora laut einer Bestimmung im als „freier Dienstvertrag“ bezeichneten Vertrag „jederzeit durch qualifizierte dritte Personen vertreten lassen“⁴¹⁴, was grundsätzlich **gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags** spricht, da die Arbeitenden dann schließlich nicht mehr so stark in der Verfügung über die eigene Arbeitskraft beschränkt wären. Von der Judikatur wird jedoch das Kriterium der persönlichen Leistungspflicht nicht stets streng gesehen.⁴¹⁵ Da die Vereinbarung von Vertretungs- bzw Ablehnungsklauseln sowie die Vereinbarung von Arbeit nach dem Konsensprinzip oftmals die **Umgehung der Anwendbarkeit des Arbeitsrechts** im Sinn hat⁴¹⁶, ist nach der Rechtsprechung⁴¹⁷ nur dort das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zu verneinen, wo das Vertretungsrecht (bzw das Ablehnungsrecht oder die Vereinbarung von Arbeit nach Konsensprinzip) auch **tatsächlich genutzt** wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt. Zudem schließt das Vertretungsrecht die Fremdbestimmung und damit das Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus, wenn der/die Arbeitende die Möglichkeit hat, sich generell und frei vertreten zu lassen, was insbesondere auch bedeutet, dass eine Vertretung möglich ist, **ohne dass der/die VertragspartnerIn des/der Arbeitenden die konkrete Vertretungsperson genehmigen muss**.⁴¹⁸

⁴¹² So der vorliegende „Freie Dienstvertrag“ von Foodora.

⁴¹³ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 127f.

⁴¹⁴ So der vorliegende „Freie Dienstvertrag“ von Foodora.

⁴¹⁵ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 85, 87; OGH 18.10.2006, 9 ObA 96/06t.

⁴¹⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 86.

⁴¹⁷ RIS-Justiz RS0118332.

⁴¹⁸ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 91.

Im Hinblick auf die Umstände bei Foodora ist sehr fraglich, ob dem im Vertrag festgelegten Vertretungsrecht in der Arbeitsrealität große Bedeutung zukommt. Die KurierInnen müssen sich je nach zeitlicher Verfügbarkeit online in Schichtpläne eintragen und eine **Bestätigung** der gewünschten Schicht durch Foodora abwarten, wobei nicht von vornherein klar ist, dass der/die KurierIn die gewünschte Schicht auch tatsächlich zugeteilt bekommt. Zudem können eingetragene Schichten „aus guten Gründen“ bis zu 48 Stunden vor Beginn abgesagt oder getauscht werden. Auch danach ist eine Absage offensichtlich noch möglich und muss dann direkt mit dem Foodora-Management **abgesprochen** werden.⁴¹⁹

Nach Aussage eines Foodora-Kuriers⁴²⁰ könnten „Rider“, die eine Schicht **kurzfristig nicht wahrnehmen können**, in einem Whatsapp-Gruppenchat, dessen Mitglieder sämtliche andere Foodora-KurierInnen sowie das Management von Foodora seien, nach Personen, die ihre Schicht übernehmen wollen, suchen oder sich direkt an das Foodora-Management wenden, das dann versuchen würde, einen/eine andere KurierIn einzuteilen. Ähnliches geht auch aus einer Studie, in der Whatsapp-Nachrichten, die die Koordination von Schichten zwischen den KurierInnen eines nicht namentlich genannten Fahrrad-Zustelldienstes betreffen, dokumentiert sind, hervor.⁴²¹ Diese Vorgehensweise steht im **Widerspruch zu einem generellen Vertretungsrecht**, bei dem der/die Arbeitende eine Vertretungsperson **ohne Rücksprache** mit dem/der VertragspartnerIn bestimmen kann.

Aufgrund der gegebenen Möglichkeit, relativ kurzfristig bereits vereinbarte Schichten doch nicht anzutreten, erscheint ein weit verbreiteter Gebrauch des vertraglich vereinbarten Vertretungsrechts somit wohl **eher unwahrscheinlich**. Zudem ist das Vertretungsrecht der Foodora-KurierInnen womöglich nicht als ein generelles anzusehen, da die Vertretung einerseits nur durch „qualifizierte“ Personen erfolgen darf – in der Praxis kommen damit wohl nur noch ebenfalls für Foodora tätige KollegInnen, die die Abläufe der Arbeitserbringung und die Aufgaben der KurierInnen kennen, in Betracht –, andererseits bedingt die zentrale Rolle, die die Foodora-App im Arbeitsablauf spielt, die Weitergabe des eigenen Smartphones oder zumindest des Zugangs zum eigenen Foodora-Account an

⁴¹⁹ Foodora, Riders Guide, digitale Broschüre 4 – diese Broschüre enthält Instruktionen für KurierInnen.

⁴²⁰ Persönliches Gespräch mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 27.03.2017.

⁴²¹ Herr, Riding in the Gig-Economy (2017) 19ff.

einen/eine VertreterIn. Auch deshalb erscheint das tatsächliche Bestehen eines Vertretungsrechts eher fragwürdig zu sein.⁴²²

4.2.3.1. Arbeit nach Konsensprinzip

In diesem Zusammenhang ist auch zu fragen, ob das Arbeiten in Schichten bei Foodora für das Vorliegen von Arbeit nach Konsensprinzip spricht. Diesfalls wäre der zwischen Foodora und dem/der KurierIn geschlossene Vertrag als **Rahmenvertrag** anzusehen, die Pflicht zur Durchführung der einzelnen Arbeitseinsätze entstünde jeweils erst durch Konsens im Einzelfall. Den VertragspartnerInnen stünde es also jeweils frei, einzelne Angebote für Arbeitseinsätze auch nicht anzunehmen.⁴²³ Konkret passiert bei Foodora die Einigung zwischen Unternehmen und KurierInnen durch **Eintragung in einen Schichtplan**, wobei Foodora die durchzuführenden Schichten bekanntgibt und die KurierInnen die von ihnen gewünschten Zeiträume eintragen. Die konkrete **Zuteilung der Schichten obliegt dem Unternehmen**.⁴²⁴ Angesichts der großen Zahl an KurierInnen scheint einer Studie, bei der vieles darauf hindeutet, dass es sich bei dem untersuchten Unternehmen um Foodora handelt, zufolge die Kapazität der erwähnten Whatsapp-Chats nicht mehr ausreichend zu sein, weshalb neuerdings die Kommunikation zum Schichtentausch auch über eine eigene App abgewickelt wird, wobei die Verwaltungspersonen von Foodora vom geplanten Schichtentausch informiert werden und diesen bestätigen müssen.⁴²⁵

Bei Foodora wird jedoch mit den KurierInnen grundsätzlich ein **Mindestausmaß an Arbeitsstunden** vereinbart. So muss bereits bei der Bewerbung angegeben werden, in welchem Maße (bis zu 12, 13 bis 20 und mehr als 20 Stunden pro Woche) potentielle KurierInnen zeitlich verfügbar sind⁴²⁶, auch im Vertrag muss eine durchschnittliche Anzahl von Arbeitsstunden pro Monat angegeben werden⁴²⁷. Zudem wird in der Info-Broschüre „Riders Guide“ die Absolvierung von mindestens 10 Stunden pro Woche sowie einem Abenddienst am Wochenende gefordert.⁴²⁸

⁴²² So auch *Dullinger* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 192.

⁴²³ Zu den Voraussetzungen der Arbeit auf Abruf siehe oben bzw. *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 192ff.

⁴²⁴ E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017.

⁴²⁵ *Herr*, Riding in the Gig-Economy (2017) 22.

⁴²⁶ <https://riding.foodora.at/apply?submission=252915016> (28.7.2017, 13:44).

⁴²⁷ So der vorliegende „Freie Dienstvertrag“ von Foodora.

⁴²⁸ *Foodora*, Riders Guide 5.

Da im Vertrag zwischen den KurierInnen und Foodora ein Mindestausmaß an Arbeitsstunden vereinbart wird, geht es beim „Konsens“ zwischen Foodora und den KurierInnen eher um die **konkrete Lage der Arbeitszeit** und nicht um die Frage, ob überhaupt Arbeit geleistet werden muss. Eine solche Abrede genügt nach der Judikatur jedoch nicht, um das Vorliegen eines Arbeitsvertrags auszuschließen. So äußerte der OGH zur Frage der Abgrenzung zwischen Arbeits- und freiem Dienstvertrag: *„Ein echter Arbeitnehmer [...], der seine Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit erbringt, hat zwar unter Umständen [...] auch die Möglichkeit der freien Arbeitszeiteinteilung; er kann sich aber nicht aussuchen, ob und in welchem Ausmaß er überhaupt [...] arbeiten möchte.“*⁴²⁹ Vielmehr kommt es bei der Arbeit nach Konsensprinzip darauf an, dass der/die Arbeitende **tatsächlich frei** und ohne Abstimmung mit dem/der VertragspartnerIn die Zustimmung zu einem Arbeitseinsatz **verweigern** kann.⁴³⁰ Angesichts des Vertragstextes und der Angaben im Zuge der Bewerbung bei Foodora ist davon auszugehen, dass das völlig freie Ablehnen von Einsätzen seitens der KurierInnen nicht erlaubt ist und sie damit gegen vertragliche Vereinbarungen verstoßen würden.

Nach Aussage von KurierInnen scheint ein Nichterfüllen der vereinbarten Mindestarbeitszeit durch die KurierInnen jedoch geduldet und zumindest **nicht unmittelbar aktiv sanktioniert** zu werden.⁴³¹ Bekommt umgekehrt ein/eine bestimmte KurierIn keine Schichten mehr zugewiesen, weil in einer Woche etwa bereits alle für den/die KurierIn passenden Schichten bereits vergeben sind und unterschreitet er oder sie aus diesem Grund die vereinbarte Mindestarbeitszeit, so liegt die Konsequenz zunächst ausschließlich im fehlenden Verdienst des/der KurierIn.⁴³²

Angesichts dieses passiven Verhaltens vor dem Hintergrund des gelebten Rechtsverhältnisses lässt sich fragen, ob darin eine **konkludente nachträgliche Vertragsänderung** zu erblicken oder die Vereinbarung der wöchentlichen Mindestarbeitszeit gar als **Scheingeschäft** aufzufassen ist. Scheingeschäfte werden meist

⁴²⁹ OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x, ARD 6511/6/2016 = ZAS-Judikatur 2016/82 = DRdA-infas 2016, 262 = wbl 2016, 644 = ecolex 2016, 905 (*Windisch-Graetz*) = Arb 13.323 = DRdA 2017, 121 (*Reiner*) = ZAS 2017, 114 (*Schrank*, Rechtsprechungsübersicht).

⁴³⁰ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 96; OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

⁴³¹ E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017; siehe auch *Dullinger* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 193.

⁴³² E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017.

zur Täuschung Dritter oder der Behörden dadurch geschlossen, dass Willenserklärungen im Einverständnis mit dem/der ErklärungsempfängerIn bloß zum Schein abgegeben werden, in der Regel soll ein anderes, wirklich gewolltes Geschäft verschleiert werden.⁴³³ Foodora hätte jedoch keinerlei Grund, die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit bloß zum Schein anzustreben, da dies ein **Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages** darstellen und deshalb aus der Sicht von Foodora wohl negativ zu bewerten wäre. Daher ist wohl davon auszugehen, dass es sich bei der vertraglichen Vereinbarung der Mindestarbeitszeit nicht um ein Scheingeschäft handelt, sondern die entsprechende Bestimmung **ausreichend ernst gemeint** ist.⁴³⁴ Dass Foodora wohl auch grundsätzlich nicht bereit ist, auf die Mindestarbeitszeit zu verzichten und diese bei Bedarf auch durchsetzen will, zeigt ein an alle neu beginnenden KurierInnen verschicktes Dokument mit dem Titel „Hinweise zur Abrechnung“⁴³⁵, in dem die Rede davon ist, dass Foodora für KurierInnen, die keine einzige Stunde im Monat arbeiten würden, eine Strafzahlung (deren Hintergrund und Ausmaß nicht näher konkretisiert wird) zu entrichten hätte, weshalb die KurierInnen aufgefordert werden, zumindest eine Schicht pro Monat zu absolvieren. Nach Wahrnehmung eines Kuriers⁴³⁶ kann die dauerhafte und deutliche Unterschreitung der Mindestarbeitszeit zudem dazu führen, dass Foodora die Zusammenarbeit mit dem/der betreffenden KurierIn beendet. Daher ist wohl **auch nicht von einer konkludenten Vertragsänderung** im Sinne einer Reduktion des Vertrages um die Mindestarbeitsverpflichtung, **auszugehen**.⁴³⁷

Letztlich führt die Sanktionslosigkeit bei Unterschreitung der vereinbarten Mindestarbeitszeit gerade im Hinblick auf die Ausführungen zur finalen Schichtzuteilung durch Foodora und nicht durch die KurierInnen selbst, sowie auf die Erwartungshaltung, dass am Wochenende jedenfalls eine Abendschicht übernommen wird, somit jedenfalls **nicht zum Wegfall der Verpflichtung zur Mindestarbeitszeit**.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass Foodora mit Nachdruck auf dem tatsächlichen Absolvieren von vereinbarten (und nicht rechtzeitig abgesagten) Arbeitsschichten besteht. Das **Nichterscheinen** eines/einer KurierIn zu einer

⁴³³ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 162.

⁴³⁴ Ähnlich *Dullinger* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 194.

⁴³⁵ *Foodora*, Hinweise zur Abrechnung – ein Infoblatt für neue KurierInnen.

⁴³⁶ E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017.

⁴³⁷ Siehe *Dullinger* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 193f, der ausführlich Argumente abwägt, letztlich jedoch sowohl konkludente Vertragsänderung als auch Scheingeschäft ablehnt.

vereinbarten Schicht wird als „No Show“ bezeichnet und bei dreimaligem Vorkommen damit geahndet, dass Foodora die Zusammenarbeit mit der betreffenden Person beendet.⁴³⁸

Wenngleich bei Foodora also ein recht flexibles Modell der Arbeitszeiteinteilung vorliegt, kann aus den ausgeführten Gründen allerdings von einem bestehenden allgemeinen Vertretungsrecht sowie von Arbeit nach Konsensprinzip nicht gesprochen werden.

4.2.4. Organisatorische Unterordnung und Kontrolle

Neben der Pflicht zur persönlichen Arbeitserbringung findet die persönliche Abhängigkeit auch Ausdruck in der organisatorischen Unterordnung des/der ArbeitnehmerIn. Dazu gehören die Integration des/der Arbeitenden in die Arbeitsorganisation des/der VertragspartnerIn samt dazugehöriger Kontrolle, weiters das Weisungsrecht in persönlicher Hinsicht, somit die Möglichkeit, insbesondere Arbeitsablauf, Arbeitszeit und Arbeitsort zu bestimmen.⁴³⁹

Tatsächlich sind die KurierInnen bei Foodora in nicht unwesentlichem Maße **in die Arbeitsorganisation eingegliedert**. So sind die KurierInnen in Teams organisiert, an deren Spitze erfahrene KurierInnen (die sog „Rider Captains“) stehen. Diese sollen für Fragen zur Verfügung stehen und eine Art Verbindungsstelle zu der „Rider Manager“ genannten Büromannschaft darstellen. Von den Mitgliedern der einzelnen Teams ist zudem zu erwarten, dass sie Absprachen hinsichtlich Schichteinteilung oder Problemlösung treffen, was meines Wissens, der Aussage von KurierInnen⁴⁴⁰ und den Ergebnissen einer Studie⁴⁴¹, in der das untersuchte Unternehmen zwar nicht namentlich genannt wird, es sich jedoch mit einer hohen Wahrscheinlichkeit um Foodora handelt, zufolge nach vielfach in Whatsapp-Gruppenchats passiert. Die „Rider Manager“ koordinieren die einzelnen KurierInnen und deren Arbeitszeiten, sie organisieren außerdem die Vertragsabschlüsse und die Abrechnungen. Zudem gibt es „Dispatcher“, die Probleme bei der automatisierten Zuweisung von Aufträgen an KurierInnen beheben und als eine Art „Hotline“ bei akuten

⁴³⁸ Foodora, Riders Guide 5.

⁴³⁹ Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 99ff.

⁴⁴⁰ Persönliches Gespräch mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 27.03.2017.

⁴⁴¹ Herr, Riding in the Gig-Economy (2017) 19ff.

Problemen fungieren sollen. Zudem müssen die Dispatcher von den KurierInnen über sämtliche (außergewöhnliche) Vorkommnisse während einer Schicht informiert werden.⁴⁴²

Daneben gab es als Vorgesetzten außerdem einen „Garagenchef“, der über die Fahrrad-Garage wachte, von der aus zu Schichtbeginn die Ausrüstung im Foodora-Design abgeholt, in deren Umkreis gestartet und in die nach Schichtende zurückgekehrt wurde. Mittlerweile wurde die Garage im Zuge von Einsparungsmaßnahmen geschlossen.⁴⁴³ Im „Riders Guide“ stellte Foodora den KurierInnen gegenüber in sehr deutlichen Worten klar, dass den **Anweisungen** des Garagenchefs Folge zu leisten ist: *„Wenn der Garagenchef Dich bittet Deine Box auszuwaschen kommst du hoch ins Büro und wäschst deine Box aus. Wenn der Garagenchef verlangt dass Du draussen wartest weil es drinnen voll ist oder er Stress hat, wartest du draussen.“*⁴⁴⁴

Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation passiert jedoch nicht nur auf der Grundlage der eben dargestellten Hierarchien, sondern auch über die Foodora-App, die gewissermaßen das Herzstück des Unternehmenskonzeptes bildet. Zu Schichtbeginn müssen sich die KurierInnen in die App einloggen und sich **verbinden**, zu spätes Einloggen wird durch Abzug von der Arbeitszeit „bestraft“. Das Verbinden führt gegebenenfalls zur **Zuteilung eines Auftrages**. In der App erhalten die KurierInnen eingehende Bestellungen (angeführt werden sogar die bestellten Speisen samt Abhol- und Zustelladresse) sowie den Namen des/der BestellerIn angezeigt. Die erfolgte Abholung muss per Klick in der App ebenso bestätigt werden wie die Vollständigkeit und ordnungsgemäße Verpackung der bestellten Speisen.⁴⁴⁵ Anschließend werden die KurierInnen mit den Speisen im Gepäck per **GPS-Funktion** durch die Stadt bis an die Zustelladresse gelotst.⁴⁴⁶ Somit gibt Foodora via App in umfassender Weise den **Arbeitsablauf** vor, ohne dass die einzelnen KurierInnen von diesem Schema abweichen könnten.

⁴⁴² Foodora, Riders Guide 3.

⁴⁴³ Redl, Warum bekommt foodora jetzt einen Betriebsrat, Frau Siegl? Falter.at, https://www.falter.at/archiv/FALTER_2017041930FD6DCA17/warum-bekommt-foodora-jetzt-einen-betriebsrat-frau-siegl (4.12.2017, 11:35).

⁴⁴⁴ Foodora, Riders Guide 6.

⁴⁴⁵ Foodora, Riders Guide 7f.

⁴⁴⁶ Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

Über die Vorgaben via App hinaus werden den KurierInnen jedoch auch sonst umfangreiche Weisungen erteilt. So werden im „Riders Guide“ ausführliche **Verhaltensanordnungen** getroffen und etwa eine Helmpflicht⁴⁴⁷ vorgeschrieben und mit dem Hinweis, dass die KurierInnen das Unternehmen Foodora repräsentierten, ein entsprechend respektvoller und freundlicher Umgangston erwartet.⁴⁴⁸ Zusätzlich werden den KurierInnen auch noch anhand eines **detaillierten Gesprächsleitfadens** Vorgaben für den Moment der Übergabe der Bestellung an die KundInnen gemacht: Die KurierInnen sollen etwa bei der Übergabe lächeln, den KundInnen einen guten Appetit wünschen und sich bei StammkundInnen persönliche Details merken und diese in das Gespräch einfließen lassen – als Beispiel wird angeführt, der/die KurierIn solle sich erkundigen, wie es dem Hund des/der KundIn geht.⁴⁴⁹

Die bereits erwähnte Foodora-App dient jedoch nicht nur der Bestimmung des Arbeitsablaufs, sondern fungiert auch als **Kontrollinstrument**. Die GPS-Funktion der App weist nicht nur den Weg zum nächsten Abholpunkt oder Zustellort, sondern übermittelt auch in Echtzeit die jeweilige Position des/der KurierIn sowohl an Foodora, als auch an den/die KundIn. Somit ist zu jedem Zeitpunkt nachvollziehbar, wo genau sich eine Person während ihrer Schicht gerade befindet.⁴⁵⁰

Den KundInnen gegenüber wird eine Zustellung binnen 30 Minuten versprochen⁴⁵¹, weshalb die KurierInnen unter großem Zeitdruck stehen und auch die von der App vorgegebenen Routen einhalten müssen.⁴⁵² Überdies wird per App sogar die **Durchschnittsgeschwindigkeit**, mit der der/die KurierIn auf dem Rad unterwegs ist, gemessen und die KurierInnen dazu angehalten, sogar schneller zu fahren, als es nötig wäre.⁴⁵³ Dass die einzelnen „Arbeitsschritte“ wie die Abholung einer Bestellung beim Restaurant und die Kontrolle, ob ordnungsgemäß verpackt wurde, in der App **bestätigt werden müssen**, kann ebenfalls als Kontrollmöglichkeit während des laufenden Arbeitsprozesses gewertet werden.

⁴⁴⁷ Foodora, Riders Guide 6.

⁴⁴⁸ Foodora, Riders Guide 2.

⁴⁴⁹ Foodora, Riders Guide 9.

⁴⁵⁰ Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

⁴⁵¹ <https://www.foodora.at/contents/contact.htm> (17.3.2017, 14:02).

⁴⁵² Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadtstreunen.at/erfahrungen-als-fahrradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

⁴⁵³ Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 190.

Die beschriebenen umfangreichen Anordnungen, die Foodora für seine „Rider“ trifft sorgen in Kombination mit einem dichten Kontrollnetz via App somit für eine **starke Determinierung des arbeitsbezogenen persönlichen Verhaltens** der KurierInnen.

4.2.5. Arbeitsort

Hinsichtlich des Arbeitsortes ist festzustellen, dass die KurierInnen natürlich nicht über einen physischen Arbeitsplatz verfügen und sich dieser variable Arbeitsort gerade bei einem Zustelldienst⁴⁵⁴ gewissermaßen aus der „**Natur der Sache**“⁴⁵⁵ ergibt, jedoch unterliegen die KurierInnen einem beträchtlichen Maß an **Fremdbestimmtheit**. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob Indizien der Fremdbestimmung bei der Arbeitserbringung, etwa hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit oder arbeitsbezogenem Verhalten, schwächer oder gar nicht zu berücksichtigen sind, weil sie notwendigerweise aus der Art der Tätigkeit zu folgen scheinen.⁴⁵⁶ *Rebhahn* kritisiert die Geringergewichtung der angesprochenen Sachverhaltselemente wohl zu Recht scharf, da ein solches Vorgehen geeignet sei, **den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts drastisch zu schmälern**. Die Natur der Tätigkeit könne daher, wenn überhaupt, nur sehr behutsam als Argument herangezogen werden. Überdies sei ohnehin nicht von einer gefestigten Judikatur des OGH zur Bedeutung der „Natur der Sache“ auszugehen.⁴⁵⁷ Aus diesem Grund besitzen die hier angestellten Überlegungen zum Arbeitsort der Foodora-KurierInnen auch **keine verminderte argumentative Kraft**.⁴⁵⁸ Die starke Fremdbestimmtheit hinsichtlich des Arbeitsortes ergibt sich meines Erachtens aus der GPS-Fähigkeit der App, mithilfe derer die KurierInnen durch Wien zu ihren Aufträgen gelotst werden. Da die App auch genaue Routen vorgibt und der jeweilige Standort des/der KurierIn an Foodora und den/die KundIn übermittelt wird, somit eine **äußerst dichte Form der Kontrolle** hinsichtlich des Arbeitsorts stattfindet, ist ein Abweichen „auf eigene Faust“ so gut wie unmöglich. Im Gegensatz zu „analog“ arbeitenden

⁴⁵⁴ Siehe auch VwGH 03.04.2001, 96/08/0023.

⁴⁵⁵ Zur Fremdbestimmtheit bei Fragestellungen, die sich bereits aus der Natur der Tätigkeit zu ergeben scheinen siehe *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 101f; OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g; OGH 10.07.2008, 8 ObA 55/07g, *Peschek/Unterrieder*, *ecolex* 2008, 988 = *ecolex* 2008, 1043 = ARD 5919/3/2008 = ZAS-Judikatur 2008/175 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = RdW 2009, 40 = Arb 12.759.

⁴⁵⁶ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 101f.

⁴⁵⁷ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 102.

⁴⁵⁸ Anderer Ansicht offenbar *Dullinger* in *Lutz/Risak*, *Arbeit in der Gig-Economy* 196.

Boten können die „Rider“ bei Foodora also nicht die für sie günstigste oder eine ihnen bekannte Route wählen, sondern müssen sich den „Anweisungen“ durch die App beugen.

Somit ist auch im Hinblick auf Foodora die Existenz eines **zweiten, digitalen Arbeitsortes** zu diskutieren. Die Leistungserbringung der „Rider“ ist in ähnlicher Weise durch die App vorgegeben, wie das bei den LenkerInnen von Uber der Fall ist. Sind die KurierInnen nicht in die App eingeloggt, können ihnen keine Aufträge zugewiesen werden und sie können keine Dienstleistungen erbringen. Im Gegenzug kann auch keine Kontrolle der Arbeitstätigkeit stattfinden. Insofern hat die Verpflichtung zum Eingelogg-Sein viel mit der Anwesenheitspflicht klassischer ArbeitnehmerInnen am physischen Arbeitsort gemeinsam und spricht daher für **eine starke organisatorische Eingliederung** in einen fremden Betrieb.

4.2.6. Arbeitszeit

Als ähnlich fremdbestimmt ist wohl auch die Arbeitszeit anzusehen. Einerseits sind die KurierInnen bei der Zuteilung der Schichten vollständig von ihrem Vertragspartner abhängig – die Eintragung für eine bestimmte Schicht im Schichtplan stellt gewissermaßen das **Bekunden eines Wunsches** dar, die konkrete Zuteilung erfolgt jedoch durch Foodora. Insofern wissen die KurierInnen zum Zeitpunkt der Eintragung nicht, ob sie eine gewünschte Schicht auch bekommen werden. Vielmehr ist es so, dass die Schichtzuteilung bloß einige Tage vor dem Schichtbeginn feststeht und die KurierInnen über die App abrufen können, ob sie innerhalb der nächsten Tage eingeteilt sind.⁴⁵⁹ Die Lage der Arbeitszeit hängt also maßgeblich davon ab, welcher/welche der sich anbietenden KurierIn von Foodora für eine bestimmte Schicht eingeteilt wird. Daher müssen die KurierInnen stets fürchten, die vereinbarte Mindestarbeitszeit nicht erfüllen zu können bzw mitunter einen sehr niedrigen Verdienst pro Woche in Kauf nehmen, sollten ihnen jeweils zu wenige Schichten zugeteilt werden. Zudem gibt es, wie schon angesprochen, eine **Mindestarbeitsverpflichtung** von zehn Wochenstunden sowie die Pflicht zur Erledigung einer Schicht abends am Wochenende.

⁴⁵⁹ Foodora, Riders Guide 5.

Ein solches System führt einerseits dazu, dass die KurierInnen über ihre Arbeitszeit **alles andere als frei verfügen können** und aufgrund der Unsicherheit, ob ihnen die gewünschte Schicht auch wirklich zugeteilt wird, zur Sicherheit wohl mehr Schichten eintragen werden, als sie eigentlich arbeiten wollen⁴⁶⁰ – und so also zusätzlich zur gewünschten Schicht etwa auch die „zweitbeste“ und die „drittbeste“ Zeit für die Absolvierung ihrer Schicht auswählen. Außerdem sind die KurierInnen **verpflichtet**, noch zu Ende ihrer Schicht eintreffende Aufträge anzunehmen, was dazu führt, dass oftmals erst deutlich nach Schichtende zum Sammelpunkt (bzw vor ihrer Schließung in die Foodora-Garage) zurückgekehrt werden kann.⁴⁶¹ Laut der Broschüre „Riders Guide“ muss die über die ursprünglich vereinbarte Schicht hinausgehende Zeit der letzten Auslieferung **nachträglich im Schichtplan vermerkt** werden.⁴⁶² Nach Aussage eines Kuriers werde die Entlohnung der anschließend für die Rückkehr zu Garage bzw Sammelpunkt benötigten Zeit jedoch anhand einer **fiktiven Route** berechnet, die nichts mit der tatsächlichen Entfernung zwischen dem letzten Auslieferungsort und dem Rückkehrpunkt zu tun habe. Zudem verlange Foodora aus diesem Grund, dass die „Rider“ sich eine halbe Stunde nach ihrem eigentlichen Schichtende freihalten, um knapp vor Ende der Schicht eintreffende Aufträge noch vollständig abzuarbeiten.⁴⁶³ Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass Foodora über seine KurierInnen in einer Art verfügen kann, die der Art, mit der ArbeitgeberInnen typischerweise über ihre ArbeitnehmerInnen verfügen, zumindest nahe kommt.

4.2.7. Betriebsmittel

Am Geschäftsmodell von Foodora ist bemerkenswert, dass von den KurierInnen erwartet wird, dass sie ihr **eigenes Fahrrad** und ihr **eigenes internetfähiges Smartphone**, auf dem dann die Foodora-App installiert werden kann, zum Dienst mitbringen.⁴⁶⁴ Schon bei der Bewerbung werden ein eigenes Fahrrad und Smartphone als Voraussetzungen angegeben und potentielle BewerberInnen müssen bestätigen, dass sie darüber verfügen.⁴⁶⁵ Von Foodora selbst zur Verfügung gestellt werden lediglich ein Fahrradhelm und eine Transportbox, darüber hinaus können sich die KurierInnen auch wetterfeste Kleidung sowie

⁴⁶⁰ So auch Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 194.

⁴⁶¹ Dullinger in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 190; E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017.

⁴⁶² Foodora, Riders Guide 11.

⁴⁶³ E-Mail-Wechsel mit einem ehemaligen Foodora-Kurier am 09.11.2017.

⁴⁶⁴ Foodora, Riders Guide 5f.

⁴⁶⁵ <https://www.foodora.at/ride4us> (17.3.2017, 11:24).

ein portables Ladegerät für ihr Handy („Powerbank“) bei Dienstbeginn ausborgen.⁴⁶⁶ Smartphone und Fahrrad stellen im Fall von Foodora jedoch die **wesentlichen Betriebsmittel im klassischen Sinn** dar.

Wenngleich der Frage, ob vom/von der Arbeitenden oder von deren VertragspartnerIn die Betriebsmittel bereitgestellt werden, nicht allzu viel Gewicht beizumessen ist⁴⁶⁷, kann darin unter Umständen dennoch ein **Argument gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages** liegen. Jedoch handelt es sich wohl weder bei einem Fahrrad (und sei es auch ein vergleichsweise teures) noch bei einem Smartphone, das mittlerweile einen für jedermann verfügbaren Alltagsgegenstand darstellt, um Güter von signifikantem wirtschaftlichem Wert, die auch in den wenigsten Fällen speziell für die Arbeitserbringung für Foodora angeschafft worden sein und auch im privaten Bereich verwendet werden. Zudem wird von Foodora für die Abnutzung der privat angeschafften und für die Arbeitserbringung verwendeten Fahrräder eine (mit einem pauschalen „Kilometergeld in Höhe von EUR 0,38 im Ausmaß von maximal zwei Kilometern pro Bestellung die eine Bewältigung einer Distanz von zumindest zwei Kilometern bedarf“⁴⁶⁸ zwar äußerst niedrig erscheinende, aber immerhin vorhandene) Aufwandsentschädigung gezahlt, weshalb **nicht schon grundsätzlich** von der Intention der Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf die KurierInnen ausgegangen werden kann.

Meiner Meinung nach bildet zudem die von Foodora geschaffene **digitale Infrastruktur** eine (wenngleich neuartige) Form des Betriebsmittels, das jedoch nicht von den KurierInnen, sondern von Foodora selbst bereitgestellt wird. Diese digitale Infrastruktur besteht aus der KurierInnen-App, mithilfe derer Aufträge an die KurierInnen verteilt und diesen Anweisungen erteilt werden, der Website bzw KundInnen-App, über die die Lieferung bestimmter Speisen bestellt werden kann, sowie der dahinter stehenden digitalen Plattform, die KundInnen, Restaurants und KurierInnen vernetzt. Dementsprechend ist das Argument gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, das in der Bereitstellung der Arbeitsmittel seitens der KurierInnen erblickt werden kann, meines Erachtens **als äußerst schwach anzusehen**.

⁴⁶⁶ Foodora, Riders Guide 5.

⁴⁶⁷ Siehe zur Bedeutung der Arbeitsmittel weiter oben bzw *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

⁴⁶⁸ So der vorliegende „Freie Dienstvertrag“ von Foodora.

4.2.8. Ergebnis

Es deuten also meines Erachtens einige wichtige Kriterien auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages hin und diese überwiegen wohl, ganz im Sinne des Arbeitnehmerbegriffs als Typusbegriff, die weniger starken Argumente gegen einen Arbeitsvertrag. So erachte ich insbesondere aufgrund der **starken Eingliederung** in die Unternehmensorganisation von Foodora, der **detaillierten Vorgaben**, die für den Ablauf der Arbeitserbringung gemacht werden und der vielfältigen und intensiven **Kontrollmöglichkeiten**, denen die KurierInnen mittels der App unterliegen, das Element der persönlichen Abhängigkeit als gegeben. Insgesamt ist daher im Hinblick auf die Foodora-KurierInnen vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages auszugehen.⁴⁶⁹

Dieser erstreckt sich wohl nicht bloß auf den Zeitraum der einzelnen Arbeitseinsätze, sondern reicht im Sinne einer Dauerhaftigkeit darüber hinaus, da sich das Verhältnis zwischen Foodora und seinen KurierInnen schon aufgrund der im Vertrag getroffenen Vereinbarungen als **längerfristig angelegtes Dauerschuldverhältnis** darstellt. So wird den KurierInnen eine monatliche Mindestarbeitszeit vorgeschrieben, deren Einhaltung grundsätzlich auch durchgesetzt werden könnte.

4.3. Fallbeispiel 3: Book a Tiger

4.3.1. Grundsätzliches

Im Hinblick auf die Reinigungskräfte, die über die Plattform Book a Tiger, die während des Verfassens der vorliegenden Dissertation mit dem Jahreswechsel 2017/2018 den Betrieb in Österreich einstellte⁴⁷⁰, gebucht werden konnten, ist zunächst, trotz der von in den AGB von Book a Tiger aufgestellten Behauptung⁴⁷¹, es würden selbst **keine Reinigungsleistungen angeboten**, sondern lediglich selbstständige DienstleisterInnen mit Gewerbeschein **vermittelt**, das mögliche Vorliegen von Arbeitsverträgen zu prüfen. Wie schon mehrfach erwähnt, sind für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages neben einer

⁴⁶⁹ So auch *Dullinger* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 198.

⁴⁷⁰ *Kellhofer*, Book a Tiger: Putzdienst zieht sich zu Jahresende komplett aus Österreich zurück, <https://www.trendingtopics.at/book-a-tiger-putzdienst-zieht-sich-zu-jahresende-komplett-aus-oesterreich-zurueck/> (28.02.2018, 13:05).

⁴⁷¹ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

vertraglichen Verpflichtung insbesondere die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung und die Arbeitserbringung in persönlicher Abhängigkeit in einem Dauerschuldverhältnis relevant.⁴⁷²

4.3.2. Dauerschuldverhältnis

Während das Bestehen einer vertraglichen Grundlage zwischen Plattform und Reinigungskraft wohl außer Streit steht, ist zur Frage des Dauerschuldverhältnisses festzuhalten, dass die einzelnen Arbeitseinsätze der „Tiger“ in der Regel recht kurz ausfielen. So betrug die Mindestdauer, für die eine Reinigungskraft gebucht werden konnte, **bloß zweieinhalb Stunden**.⁴⁷³ Nach Lehre⁴⁷⁴ und Rechtsprechung⁴⁷⁵ schließt jedoch auch eine sehr kurze Vertragsdauer nicht schon *per se* das Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus. Bei Vorliegen von starker organisatorischer Unterordnung kann somit grundsätzlich ein kurzes Arbeitsverhältnis für die Dauer eines einzigen Reinigungsauftrages begründet werden.⁴⁷⁶

Hinsichtlich der Reinigungskräfte von Book a Tiger ist zudem wohl davon auszugehen, dass **nicht bloß eine einzelne Leistung geschuldet** war, sondern das Verhältnis zwischen Reinigungskraft und Plattform auf eine länger andauernde Beziehung, also auf die Erledigung zumindest einiger Reinigungsaufgaben, angelegt war. Nach der Registrierung auf der Plattform mussten Reinigungskräfte, die für Book a Tiger tätig sein wollten, den Informationen auf der Website zufolge⁴⁷⁷ ein **Auswahlverfahren samt Bewerbungsgespräch** und „Probereinigung“ durchlaufen. Anschließend wurden den registrierten Reinigungskräften einzelne Angebote zugeschickt, was nach Aussage einer Book a Tiger-Reinigungskraft⁴⁷⁸ vorwiegend über SMS passierte. Angesichts des vergleichsweise hohen Aufwands, den die Registrierung mit sich bringt, ist eher nicht davon auszugehen, dass durch eine Reinigungskraft bloß ein einzelner Auftrag durchgeführt wurde.

⁴⁷² Kietzbl, Arbeitsrecht I¹⁰ 18f; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 55f.

⁴⁷³ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁴⁷⁴ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 4/001; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 77/1; vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 34.

⁴⁷⁵ OGH 18.11.1975, 4 Ob 69/75, EvBl 1976/179, 354 = Arb 9422; OGH 26.06.1997, 8 ObA 2158/96b.

⁴⁷⁶ *Risak*, ZAS 2015, 17.

⁴⁷⁷ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁴⁷⁸ Gespräch mit einer für Book a Tiger tätigen Reinigungskraft am 21.03.2017.

Zu hinterfragen ist dennoch, ob jede Reinigungsleistung für sich genommen einen Arbeitsvertrag bildete und im Hinblick auf die zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen liegenden Zeit somit von **wiederholter Beschäftigung** und dem Vorliegen von Kettenverträgen auszugehen ist, oder ob es sich bei der Beziehung zwischen Book a Tiger und der Reinigungskraft um ein **durchgängiges Vertragsverhältnis**, das die zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen liegenden „beschäftigungslosen Zeiten“ miteinschließt, handeln könnte.

Meines Erachtens spricht einiges **gegen** das Vorliegen eines durchgängigen Vertragsverhältnisses über die Erbringung von Reinigungsleistungen. So galt für die Reinigungskräfte nach meinem Wissensstand **keine Mindestarbeitsverpflichtung**, wie das bei anderen Plattformen der Fall ist⁴⁷⁹, es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Reinigungskräfte offensiv, etwa durch die Zusendung von Nachrichten, zum Arbeiten gedrängt wurden. Zudem begründete alleine die Registrierung auf der Plattform **zunächst noch keinerlei Verpflichtung** auf Seiten der Reinigungskräfte, diesen konnten ab der Registrierung bloß Angebote für Arbeitseinsätze zugesandt werden.⁴⁸⁰

Dennoch kann wie bei allen Sachverhalten aus dem Bereich der Gig Economy nicht außer Betracht gelassen werden, dass auch bei Book a Tiger die Frage der **Ratings** (siehe dazu näher unten) eine Rolle spielte. Durch von den KundInnen nach der erfolgten Reinigung abgegebene Ratings konnte die Plattform die Zufriedenheit mit der durch die Reinigungskräfte erbrachten Leistungen kontrollieren. Dabei ist nicht auszuschließen, dass die Qualität der Ratings **Einfluss auf die Zuteilung von künftigen Aufträgen** hatte, sodass ein niedriges Rating etwa dazu führen hätte können, dass weniger Arbeitsaufträge angeboten wurden. Die Ratings der einzelnen Reinigungskräfte dienten bei Book a Tiger jedoch offensichtlich einer internen Bewertung und waren von außen nicht einsehbar, insbesondere auch nicht von potenziellen KundInnen. Dennoch wurde durch die Ratings eine **Abhängigkeit** der Reinigungskräfte von der Plattform generiert.

Daher handelte es sich nach wohl zutreffender Auffassung von *Warter* beim Verhältnis zwischen Book a Tiger und den Reinigungskräften **nicht um einen**

⁴⁷⁹ Siehe dazu etwa das Fallbeispiel Foodora weiter oben.

⁴⁸⁰ So auch *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 165f.

durchgängigen Arbeitsvertrag, sondern um einen Rahmenvertrag, der grundsätzliche Bedingungen der Beziehung zwischen Plattform und Reinigungskraft regeln sollte.⁴⁸¹ Das Bestehen eines solchen Rahmenvertrages spricht aber bei Vorliegen der nötigen Kriterien nicht gegen das Vorliegen von einzelnen kurzen Arbeitsverträgen, die jeweils für die Dauer einer konkreten Reinigungsleistung zwischen Plattform und Reinigungskraft zustande kommen hätten können.

Konnte Book a Tiger zur Abdeckung des Bedarfs an Arbeitskräften auf einen bestimmten „**Pool**“ von MitarbeiterInnen zurückgreifen, und konnten die einzelnen Reinigungskräfte die angebotenen Arbeitseinsätze sanktionslos ablehnen, so handelte es sich wohl um Arbeit nach dem **Bedarfs-Konsensprinzip**⁴⁸², das oftmals im Rahmen von Poolsystemen stattfindet. Dabei werden die wesentlichen Bedingungen vorab in einem Rahmenvertrag festgelegt, hinsichtlich der einzelnen Arbeitseinsätze werden zumeist nur noch die Lage und Dauer des jeweiligen Arbeitseinsatzes vereinbart. Bei einem solchen Modell entledige sich nach Ansicht von *Schiechtl* der/die ArbeitgeberIn des Risikos, die Arbeitskraft bei schlechter Auftragslage nicht einsetzen zu können, gleichzeitig jedoch das Entgelt fortzahlen zu müssen. Daher finde eine **Überwälzung des Unternehmensrisikos auf die Arbeitenden** statt.⁴⁸³

Der OGH⁴⁸⁴ entschied jedoch im Fall eines als Pool-Arbeitskraft im Rahmen von Blutspendeaktionen eingesetzten Medizinstudenten, dass eine Beschäftigung nach einem derart flexiblen Modell **rechtlich zulässig** sei, da im Rahmen einer auf das bewegliche System des Arbeitsrechts bezugnehmenden **Interessenabwägung** die Möglichkeit der flexiblen Bedachtnahme auf Prüfungstermine und Praktika des Studenten als **hinreichende Rechtfertigung** anzusehen sei. Darüber hinaus sei die Rahmenvereinbarung inhaltlich zu unbestimmt gewesen, um einen über die einzelnen Arbeitseinsätze hinausgehenden Arbeitsvertrag zu begründen. In einem anderen Fall⁴⁸⁵ entschied der OGH, dass ein durchgehender Arbeitsvertrag vorliege, da aus dem gelebten Rechtsverhältnis hervorgehe, dass die Parteien ein durchgehendes Dauerschuldverhältnis angestrebt hätten.

⁴⁸¹ *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 166.

⁴⁸² *Schiechtl*, Arbeitsrechtliche Probleme der Gelegenheitsarbeit, JAS 2017, 109 (117); OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505.

⁴⁸³ *Schiechtl*, Arbeitsrechtliche Probleme der Gelegenheitsarbeit, JAS 2017, 117.

⁴⁸⁴ OGH 06.07.1998, 8 ObA 15/98h.

⁴⁸⁵ OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k, ARD 5479/9/04 = ecolex 2004, 201 = infas 2004, 58/A24 = RdW 2004, 426 (*Naderhirn*) = wbl 2004, 386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145.

4.3.3. (Persönliche) Leistungspflicht

Neben dem Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses notwendige Voraussetzung eines Arbeitsvertrages ist das Bestehen sowohl einer Pflicht zur **Leistung an sich** als auch einer **persönlichen** Leistungspflicht. Bei Book a Tiger konnten die registrierten Reinigungskräfte die ihnen angebotenen Aufträge grundsätzlich frei annehmen oder ablehnen, die Pflicht zur Leistungserbringung ergab sich nur im Einzelfall.⁴⁸⁶ Anhaltspunkte dafür, dass das Recht, angebotene Arbeitseinsätze abzulehnen, **nicht ausreichend ernst gemeint** gewesen sei oder die Ablehnung von Angeboten durch Reinigungskräfte in irgendeiner Weise, etwa durch das Nicht-Anbieten weiterer Aufträge, durch Book a Tiger sanktioniert wurde, sind mir nicht bekannt. Aus diesem Grund ist von **Arbeit nach dem Konsensprinzip** auszugehen.⁴⁸⁷ Die Vereinbarung von Arbeit nach dem Konsensprinzip steht dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses aber nicht zwingend entgegen.

Fraglich ist im Zusammenhang mit der Leistungspflicht darüber hinaus, ob die Reinigungskräfte ihre Leistung auch persönlich erbringen mussten. Dass sich InteressentInnen namentlich auf der Plattform registrieren, über einen Gewerbeschein verfügen und einen **Bewerbungsprozess** durchlaufen mussten, spricht in meinen Augen stark dafür, dass sie sich bei einzelnen Aufträgen **nicht vertreten lassen durften**, da der Bewerbungsprozess sich offenbar an eine konkrete Person richtete. *Warter*⁴⁸⁸ merkt im Hinblick auf diese Frage zudem an, dass die Ratingsysteme von Book a Tiger nicht funktionieren würden, wenn sich mehrere Personen unter dem gleichen Account abwechseln. Tatsächlich wäre bei fehlender Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung das im Anschluss an die erbrachte Reinigungsleistung abzugebende Rating sinnlos, weil die Ratings ein an die KundInnen ausgelagertes Kontrollinstrument über eine **bestimmte Person** darstellen, deren persönliche Leistung bei der Durchführung der Arbeitstätigkeit gemessen werden soll.

⁴⁸⁶ *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 169.

⁴⁸⁷ Zu den Voraussetzungen von Arbeit nach dem Konsensprinzip siehe oben bzw. *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 94ff.

⁴⁸⁸ *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 169.

Da die soeben ausgeführten Argumente für das Vorliegen persönlicher Leistungspflicht sprechen, kann bei Bestehen organisatorischer Eingliederung der Reinigungskräfte in die unternehmerische Struktur von Book a Tiger von kurzen, auf die Dauer der jeweiligen Reinigungsleistung befristeten, **Arbeitsverträgen** ausgegangen werden.

4.3.4. Organisatorische Unterordnung und Kontrolle

In der Folge ist daher die persönliche Abhängigkeit entlang der Frage, in welcher Weise die vereinbarte Arbeit geleistet werden muss – nämlich fremdbestimmt in organisatorischer Unterordnung oder ohne diese – zu prüfen.⁴⁸⁹ Dabei kommt es auf die **Integration des/der Arbeitenden in den Betrieb** des/der VertragspartnerIn, die insbesondere im Weisungs- und Kontrollrecht des/der ArbeitgeberIn zum Ausdruck kommt, an.⁴⁹⁰ Das **persönliche Weisungsrecht**, also das Recht, Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten des/der ArbeitnehmerIn zu bestimmen, wird vielfach als wesentlichstes Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen (arbeits-) rechtlichen Konstellationen verstanden.⁴⁹¹

In welcher Weise eine Eingliederung der Reinigungskräfte in die Betriebsorganisation von Book a Tiger stattfand, ist tatsächlich fraglich. Anders als bei den Plattformen Uber und Foodora diente die Book a Tiger-App nicht so sehr der „Fernsteuerung“ der Arbeitenden, wie sie vor allem ein **Kommunikationstool** darstellte. Die Reinigungskräfte wurden nicht von einem Ort zum anderen gelotst, sondern suchten – vorausgesetzt, ein zuvor angebotener Auftrag war angenommen worden – selbstständig den Ort der Dienstleistungserbringung auf. Anders als bei Uber oder Foodora war die Arbeitszeit auch **nicht unvorhersehbar**, weil mit unterschiedlich langen Fahrtrouten gerechnet werden musste, sondern die „Tiger“ waren für eine konkrete, im Vorhinein vereinbarte Stundenzahl gebucht. Der Arbeitsort, die Arbeitszeit und die Arbeitsdauer waren also bereits von vorn herein festgelegt und den Reinigungskräften seit dem Zugang des Arbeitsangebots bekannt. Weisungen konnten während der Erledigung eines Arbeitsauftrages durch die Plattform ebenfalls **nicht erteilt** werden, da sich die Reinigungskraft ja in der Wohnung oder den

⁴⁸⁹ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 85.

⁴⁹⁰ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 107f.

⁴⁹¹ *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 99.

Geschäftsräumlichkeiten des/der KundIn befand. Daher ist wohl nicht von einer organisatorischen Eingliederung der Reinigungskräfte **in den Betrieb der Plattform** auszugehen. Möglicherweise lag jedoch eine Eingliederung in den Betrieb – zum Betriebsbegriff siehe weiter unten – der DienstleistungsempfängerInnen vor.

So wurde die Funktion als WeisungsgeberIn zu einem großen Teil **von den KundInnen** übernommen. Zwar war in den AGB von Book a Tiger die Rede davon, dass die Reinigungskräfte „selbstständige DienstleisterInnen“ seien⁴⁹², in der Realität gingen der Reinigungstätigkeit jedoch nähere **Konkretisierungen** hinsichtlich der von dem/der KundIn gewünschten Art der Tätigkeit, etwa in Form von kurzen Einweisungen oder Gesprächen, voraus.⁴⁹³ Daher ist zu fragen, ob das Weisungsrecht zwar nicht durch die Plattform selbst ausgeübt, jedoch vielmehr **den KundInnen durch die Plattform eingeräumt** wurde.⁴⁹⁴ Für die weitere Betrachtung des arbeitsrechtlichen Status der Reinigungskräfte erscheint mir daher wesentlich zu klären, vom Vorliegen welcher Beziehung die KundInnen ausgingen und ob daher von der **stellvertretenden Ausübung des Weisungsrechts für die Plattform** gesprochen werden kann. Dazu ist insbesondere das Erklärungsverhalten von Book a Tiger zu untersuchen, da nach der **Vertrauenstheorie**, der das ABGB folgt⁴⁹⁵, eine Erklärung in dem Sinn wirksam wird, wie sie ein/eine redlicher/redliche, verständiger/verständige ErklärungsempfängerIn verstehen durfte.⁴⁹⁶ Dabei werden gem § 915 ABGB⁴⁹⁷ **undeutliche Äußerungen** demjenigen/derjenigen zum Nachteil angesehen, der/die sich ihrer bedient hat.

Auf der österreichischen (Haupt-)Website⁴⁹⁸ von Book a Tiger fand sich zunächst **kein Hinweis** darauf, dass es sich bei den Reinigungskräften um selbstständige UnternehmerInnen handeln würde, die bloß durch die Plattform vermittelt wurden. Auf sämtlichen Fotos, auf denen Reinigungskräfte abgebildet waren, trugen diese einheitliche schwarze T-Shirts mit einem großen Logo von Book a Tiger. In der Regel wurden die Reinigungskräfte als „Tiger“ bezeichnet und in den abrufbaren Werbetexten wurde im Zusammenhang mit den angepriesenen Leistungen vielfach die erste Person Plural

⁴⁹² <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

⁴⁹³ Eigene Erfahrung durch Buchung einer Reinigungskraft am 16.3.2017, ein Gespräch mit der Reinigungskraft erfolgte am 21.03.2017; siehe auch *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 170.

⁴⁹⁴ So auch *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 170f.

⁴⁹⁵ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 161.

⁴⁹⁶ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 116.

⁴⁹⁷ § 915 ABGB BGBl I 2017/59.

⁴⁹⁸ <https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.3.2017, 08:56).

verwendet („Wir bieten den Service für einen fairen Preis an.“; „Unser Job ist die Reinigung Ihres Haushaltes.“⁴⁹⁹), oder es wurden die Reinigungskräfte überhaupt **mit der Plattform gleichgesetzt** („Wo putzt BOOK A TIGER für Sie?“⁵⁰⁰). Außerdem sollten sich mit der Reinigungsleistung unzufriedene KundInnen an Book a Tiger (und nicht an die einzelne Reinigungskraft) wenden.⁵⁰¹ Anfang Dezember 2017, also kurz vor der Einstellung des Betriebes in Österreich, wurde offensichtlich auch die Website von Book a Tiger in einigen Bereichen neu gestaltet⁵⁰², insbesondere wurde nun auch auf der Startseite der österreichischen Version der Website ein auf Deutschland bzw die Schweiz ausgerichteter Werbetext angezeigt, in dem die Rede davon war, dass die Reinigungskräfte angestellt seien. Die österreichischen AGB wurden jedoch nicht verändert und sprachen weiterhin von den Reinigungskräften als Selbstständige, die bloß vermittelt würden.

Somit ist hinsichtlich der Kommunikationspolitik zwischen Plattform und KundIn festzuhalten, dass diese in ähnlicher Weise den Unterschied zwischen den arbeitenden Personen und der Plattform verschleierte, wie das etwa bei Uber der Fall ist. Für durchschnittliche KundInnen musste jedenfalls der Eindruck entstehen, **GehilfInnen der Plattform** gegenüberzustehen. Lediglich in der nachträglich zugesandten Rechnung wurde auf die erfolgte Leistungserbringung durch Dritte verwiesen⁵⁰³, außerdem war in den AGB von der Leistungserbringung durch selbstständige DienstleisterInnen die Rede. Diese **irreführende Kommunikation** sollte wohl dazu führen, dass zufriedene KundInnen die erbrachte Leistung nicht mit der Reinigungskraft, sondern mit der Marke Book a Tiger in Verbindung bringen und auch künftige Aufträge über die Plattform abwickeln würden.

Im Lichte dieser Ausführungen kann wohl davon ausgegangen werden, dass die EmpfängerInnen der angebotenen Reinigungsleistung damit rechneten, einen **Vertrag mit der Plattform Book a Tiger** geschlossen zu haben und nicht mit der einzelnen Reinigungskraft, weshalb Weisungen, die am Ort der Leistungserbringung bzw während der Abwicklung der Leistung durch die LeistungsempfängerInnen erteilt wurden, als **Konkretisierung der geschuldeten Leistung** aufzufassen sind und für die Plattform erteilt

⁴⁹⁹ <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02).

⁵⁰⁰ <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02).

⁵⁰¹ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁵⁰² Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/> (17.12.2017, 11:38) – einige Flächen und Subseiten wurden optisch verändert und zum Teil mit neuen Werbetexten befüllt.

⁵⁰³ Eigene Erfahrung durch Buchung einer Reinigungskraft am 16.03.2017.

wurden. Damit unterscheiden sich Weisungen, die von KundInnen von Book a Tiger an die Reinigungskräfte erteilt wurden, wohl nicht wesentlich von jenen Weisungen, die von Privaten an die MitarbeiterInnen eines beliebigen Handwerksunternehmens erteilt werden.

Dass Konkretisierungen der Tätigkeit der Reinigungskräfte überhaupt vonnöten waren, legt auch nahe, dass es sich bei den einzelnen Arbeitseinsätzen um **Dauer- und nicht um Zielschuldverhältnisse** handelte. Für den Werkvertrag als Zielschuldverhältnis typisch erachtet wird in Lehre⁵⁰⁴ und Rechtsprechung⁵⁰⁵ das Abstellen auf ein Werk im Sinne einer **geschlossenen Einheit**, das keine nähere Konkretisierung mehr erfordert, wohingegen es den Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis auszeichnet, dass die Schuld bloß **gattungsmäßig umschrieben**⁵⁰⁶ ist und durch sachliche Weisungen näher ausgestaltet werden muss.

Bei der Anweisung der Reinigungskräfte durch KundInnen sind jedoch zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- **Der/die DienstleistungsempfängerIn ist vor Ort anwesend:**

Befand sich der/die KundIn am Ort der Leistungserbringung, also in der zu reinigenden Wohnung oder den Geschäftsräumlichkeiten, konnte mit den Reinigungskräften vorab die gewünschte Leistung besprochen werden bzw den Reinigungskräften mitgeteilt werden, was zu putzen ist, **auf welche Weise** und mit welchem Reinigungsgerät. Die LeistungsempfängerInnen konnten unmittelbar in den Arbeitsprozess **eingreifen**. Bei diesen Gesprächen und Anweisungen handelte es sich meines Erachtens um Weisungen zur Konkretisierung der geschuldeten Leistung, da die Reinigungskräfte für eine bestimmte Zeit an einem bestimmten Ort gebucht wurden, die genauen Wünsche des/der KundIn zunächst jedoch unklar waren. Zudem konnte eine **laufende und unmittelbare Kontrolle** der Reinigungskräfte durch die LeistungsempfängerInnen erfolgen.

- **Der/die DienstleistungsempfängerIn ist abwesend:**

Der/die KundIn konnte während der Erbringung der Dienstleistung grundsätzlich auch abwesend sein und musste der Reinigungskraft dann bloß Zutritt zur Wohnung oder

⁵⁰⁴ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 49; Mazal, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag? ecolex 1997, 277;

⁵⁰⁵ Siehe etwa OGH 10.01.1984, 4 Ob 164/83.

⁵⁰⁶ Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 136.

zur Geschäftsräumlichkeit verschaffen.⁵⁰⁷ Offensichtlich wollte die Plattform jedoch die Kontrolle über den **Vorgang des Zutritt-Verschaffens** behalten. So war diesbezüglich auf der Website zu lesen: „Zu Ihrer Sicherheit machen Sie die Schlüsselübergabe mit Ihrer Reinigungskraft mit uns [aus] und hinterlegen die Info in Ihrem Kundenlogin.“⁵⁰⁸ Diesfalls ist jedenfalls fraglich, auf welche Weise eine Konkretisierung der Leistungspflicht passieren konnte. Meines Erachtens können Weisungen jedoch nicht nur direkt mündlich vor Ort, sondern auch **implizit** erteilt werden, etwa indem bestimmtes Reinigungsgerät von den KundInnen zur Verfügung gestellt wird. Der Reinigungskraft wird in solchen Fällen **nichts anderes übrig geblieben sein**, als jene Tätigkeiten durchzuführen, die sich mit dem bereitgestellten Material erfüllen ließen. Dennoch kam den Reinigungskräften in einem solchen Fall wohl eine zumindest geringfügig größere Freiheit bei der Arbeitserbringung zu, als das bei Anwesenheit des/der KundIn der Fall war.

Dass schon im Vorfeld konkreter Arbeitseinsätze, etwa im Zuge des Bewerbungsgespräches oder der „Probereinigung“ bei Book a Tiger auch durch die Plattform-BetreiberInnen **Anweisungen gegeben und allgemeine Vorgaben gemacht** wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, deren Einhaltung ließ sich in der Folge während der Leistungserbringung durch die Plattform selbst jedoch nur unzureichend kontrollieren, weshalb ohne einer Einräumung der nötigen Weisungs- und Kontrollrechte den LeistungsempfängerInnen gegenüber nicht das Auslangen gefunden werden konnte.

Anders als bei Uber-LenkerInnen und Foodora-KurierInnen konnten Book a Tiger-Reinigungskräfte von der Plattform nämlich nicht in Echtzeit während der Erbringung ihrer Arbeitsleistung mittels einer App und den dahinterstehenden Kontrollsystemen überwacht werden. Eine Kontrolle der Tätigkeit der Reinigungskräfte durch Book a Tiger fand einerseits über die Gewährung des Zugangs zur Plattform bereits **im Vorfeld** statt, andererseits wurde **das Arbeitsergebnis** durch das wiederum durch die DienstleistungsempfängerInnen im Anschluss an die Dienstleistungserbringung vorzunehmende Rating, bei dem maximal fünf Sterne vergeben werden konnten⁵⁰⁹, kontrolliert. Durch den Mangel an Möglichkeiten zur Kontrolle des Arbeitsablaufs selbst

⁵⁰⁷ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁵⁰⁸ <https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.3.2017, 08:56).

⁵⁰⁹ Eigene Erfahrung durch Buchung einer Reinigungskraft am 16.03.2017.

durch die Plattform gewann **das von der Plattform übertragene Weisungs- und Kontrollrecht** der LeistungsempfängerInnen zusätzlich an Bedeutung.

Zwar versicherte die Book a Tiger Austria GmbH in ihren AGB, sie werde „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Kapazität darauf hinwirken, dass die Reinigung ordnungsgemäß und branchenüblich erfüllt wird“, jedoch sei sie rechtlich nicht für die ordnungsgemäße Erbringung der Reinigungsleistung verantwortlich.⁵¹⁰ Auf welche Weise das versprochene „Hinwirken“ geschehen konnte, ist jedoch unklar. Sollte ein/eine KundIn unzufrieden mit der erbrachten Reinigungsdienstleistung sein, so forderte Book a Tiger dazu auf, dies binnen 48 Stunden per Online-Feedbackformular **an Book a Tiger** zu melden, dort werde man sich „um das Anliegen kümmern“.⁵¹¹ An anderer Stelle wurde, auf das Book a Tiger-Angebot in Wien bezogen, auf der Website angekündigt: „*Unser Job ist die Reinigung Ihres Haushaltes. Dabei ist es wichtig, dass wir Ihren Erwartungen gerecht werden. Falls dies einmal nicht der Fall ist, kommen wir wieder und zwar kostenfrei.*“⁵¹² Vorstellbar erscheint mir den Reinigungskräften selbst gegenüber angesichts deren behaupteter Selbstständigkeit lediglich eine Sanktionierung in Form des **Ausschlusses von der Plattform** aufgrund anhaltender Kundenunzufriedenheit oder dauerhaft niedriger Ratings einer Reinigungskraft.

4.3.5. Betriebsmittel

Wenngleich der Frage, welche der Vertragsparteien die Arbeitsmittel bereitstellt, nur untergeordnete Bedeutung zukommt⁵¹³, erscheint es mir wichtig zu betonen, dass das Reinigungsgerät im Fall von Book a Tiger **weder von der Plattform, noch von den Reinigungskräften selbst** zur Verfügung gestellt wurde. Das Bereithalten von Staubsauger, Putzlappen, etc wurde vielmehr **von den KundInnen** erwartet, die Reinigungskräfte erschienen zu den vereinbarten Terminen mit leeren Händen, worauf auch auf der Website von Book a Tiger hingewiesen wird.⁵¹⁴ Hinsichtlich der benötigten Putzutensilien fand sich auf der Website von Book a Tiger lediglich eine Liste mit Empfehlungen an die

⁵¹⁰ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

⁵¹¹ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁵¹² <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02).

⁵¹³ Siehe zur Bedeutung der Arbeitsmittel weiter oben bzw *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114.

⁵¹⁴ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

KundInnen.⁵¹⁵ Im Gegensatz zu anderen Plattformen spielte bei Book a Tiger die App keine wesentliche Rolle im Arbeitsprozess.

4.3.6. Zwischenergebnis

Betrachtet man das Verhältnis zwischen Reinigungskräften und Plattform, so erscheinen insbesondere die Fragen der betrieblichen Eingliederung und der vorhandenen Kontrollmechanismen bei isolierter Betrachtung der einzelnen Arbeitseinsätze insofern **untypisch**, als die PlattformbetreiberInnen selbst den Arbeitsablauf nicht unmittelbar kontrollieren konnten.

Vielmehr scheinen zunächst auch einige Argumente dafür vorzuliegen, dass während der einzelnen Arbeitseinsätze jeweils ein **Arbeitsvertrag zwischen Reinigungskraft und KundIn** der Plattform zustande gekommen sein könnte. So waren es, angesichts der Einräumung von Weisungs- und Kontrollrechten durch die Plattform, die KundInnen bzw die EmpfängerInnen der Dienstleistung, die Weisungen erteilten, die „Tiger“ während der einzelnen Arbeitseinsätze bei der Arbeit anleiteten, ihnen Putzutensilien zur Verfügung stellten und auch vor Ort Kontrollfunktionen übernahmen.

Gleichzeitig war es jedoch die Plattform, zu der, betrachtet man nicht isoliert die einzelnen Arbeitseinsätze, sondern blickt man zeitlich darüber hinaus, ebenfalls **Abhängigkeiten** bestanden. Die einzelnen Arbeitsgelegenheiten wurden den Reinigungskräften von der Plattform nach dortiger Registrierung samt Bewerbungsgespräch und „Probereinigung“ angeboten und die Plattform übte über die Ratings auch **Kontrolle** darüber aus, dass die Arbeitsleistung in gleichbleibender Qualität erbracht wurde. Die von den KundInnen durchzuführenden Ratings stellten meines Erachtens⁵¹⁶ außerdem ein geeignetes Mittel, eine Variante der Kontrollbefugnis, die Berichtspflicht⁵¹⁷, zu ersetzen, dar. Durch die Ratings konnte die Plattform nämlich in sehr spezifischer Weise die Zufriedenheit eines/einer KundIn mit der Leistungserbringung einer bestimmten Reinigungskraft hinsichtlich eines bestimmten Arbeitseinsatzes messen. Nach Ansicht von

⁵¹⁵ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁵¹⁶ Ähnlich *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 170.

⁵¹⁷ OGH 20.09.1983, 4 Ob 102/83, ZAS 1985, 18 (*Eypeltauer*).

*Rebhahn*⁵¹⁸ können ausreichend intensive Kontrollbefugnisse, falls das Weisungsrecht verdünnt ist, die Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag **auch alleine tragen**. Bei zu niedrigen Ratings hatte Book a Tiger außerdem die Möglichkeit, eine Reinigungskraft von der Plattform zu „verbannen“ und ihr keine Aufträge mehr zukommen zu lassen. So kam es gewissermaßen zu einer Aufspaltung der Abhängigkeiten der Reinigungskräfte zwischen der Plattform und den KundInnen der Plattform, weshalb eine arbeitsrechtliche Einordnung schwierig vorzunehmen ist.

Stuft man die von der Plattform an die KundInnen delegierten und von diesen erteilten Weisungen als **Konkretisierungen der vertraglichen Schuld** der Reinigungskräfte ein und betrachtet die durch die KundInnen vermittelten bzw über Ratings abgewickelten langfristig angelegten Kontrollbefugnisse der Plattform, gelangt man meiner Ansicht nach zu einem **stark ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnis zwischen Reinigungskräften und Plattform**. Zieht man zusätzlich das zumindest undeutliche Erklärungsverhalten von Book a Tiger heran, überwiegen diese Argumente meines Erachtens somit jene, die eine direkte Vertragsbeziehung zwischen KundIn und Reinigungskraft nahelegen. Daher tendiere ich dazu, vom **Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Reinigungskräften und Plattform** auszugehen.

4.3.7. Alternativer Lösungsansatz

Am Beispiel Book a Tiger zeigt sich mit großer Deutlichkeit, dass das in der Plattformökonomie übliche **mehrpersönale Vertrags- und Abhängigkeitsgeflecht** mit den herkömmlichen Instrumentarien des Arbeitsrechts, die auf ein Zwei-Parteien-Verhältnis abstellen, nur unzureichend beschrieben werden kann und eine Einordnung in bestehende Kategorien äußerst schwierig und mitunter unmöglich ist. Betrachtet man lediglich die kurzen, befristeten Arbeitseinsätze, so wird gleichzeitig das **langfristige (Abhängigkeits-) Verhältnis**, das sich im Rahmenvertrag zwischen Reinigungskräften und Plattform zeigt, ausgeblendet. Die angesprochene längerfristige Abhängigkeit der Reinigungskräfte von der Plattform zeigt sich meines Erachtens besonders deutlich in den durch die KundInnen durchgeführten Ratings, anhand derer die Arbeitsleistung (und insbesondere, ob diese gleichbleibend hoch ist) der Reinigungskräfte durch die Plattform überwacht werden konnte.

⁵¹⁸ *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 108.

Somit standen die Reinigungskräfte gleich **zwei Personen** gegenüber, denen eine Machtstellung zukam. Eine herkömmliche arbeitsrechtliche Betrachtung wird den tatsächlichen Verhältnissen also nicht vollständig gerecht. Ausgefallene mehrpersonale Vertragskonstruktionen wie jene bei Book a Tiger könnten dazu führen, dass den Plattform-ArbeiterInnen trotz ihrer Schutzbedürftigkeit letztlich **kein arbeitsrechtlicher Schutz** zukommt.⁵¹⁹

*Risak*⁵²⁰ schlägt daher vor, auf das von *Prassl*⁵²¹ vor dem Hintergrund des englischen Rechts entwickelte **funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn** zurückzugreifen, da sich so mehrpersonale Verhältnisse leichter analysieren ließen. In prägnanter Weise vergleichen *Prassl/Risak* die zu analysierenden mehrpersonalen Rechtsverhältnisse mit einem Stück Stoff: Angesichts der mit einander verwobenen Vertragsbeziehungen sei eine isolierte Betrachtung der einzelnen Beziehungen ähnlich anzusehen wie die isolierte Betrachtung einzelner Wollfäden unter Ausblendung des Strickmusters, das sie ergeben.⁵²² Beim funktionalen Konzept des/der ArbeitgeberIn wird anstelle der Rolle des/der ArbeitnehmerIn jene der/die ArbeitgeberIn beleuchtet und auf fünf voneinander zu unterscheidende **ArbeitgeberInnen-Funktionen** abgestellt:

- „1. Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses;
2. Recht auf Arbeit, dh auf Leistungserbringung und deren Ergebnisse;
3. Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts;
4. Management des unternehmensinternen Marktes iSd Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren, einschließlich der Möglichkeit zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind;
5. Management des unternehmensexternen Marktes, dh die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens und die Tragung des UnternehmerInnenrisikos.“⁵²³

Mithilfe der beschriebenen Kategorien soll es möglich sein, flexibel auf mehrpersonale Verhältnisse zu reagieren (da die Arbeitgeberfunktionen auch auf unterschiedliche Personen aufgespalten sein können) und so den Schutzbereich des

⁵¹⁹ So auch *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 173; *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 38.

⁵²⁰ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 38f.

⁵²¹ Siehe *Prassl*, The concept of the employer (2015).

⁵²² *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit & Co: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal 2016, 618.

⁵²³ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 38f.

Arbeitsrechts auf Personen auszudehnen, die in **fremdbestimmter Weise persönliche Arbeitsleistungen für Andere erbringen**, denen es aber an Verhandlungsmacht fehlt, um faire Arbeitsbedingungen durchzusetzen und die daher besonders schutzbedürftig sind. Dabei kann eine Prüfung nach diesem Ansatz für jeden/jede ArbeitnehmerIn auch zu **mehreren potenziellen ArbeitgeberInnen** führen, wobei für den/die einzelne ArbeitgeberIn nur jene arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ausgelöst werden, die der Ausübung der jeweiligen Arbeitgeberfunktion entspricht. Für das Entstehen von spezifisch auf den jeweiligen Bereich begrenzter arbeitsrechtlicher Verantwortung genügt somit die Ausübung einer bestimmten Funktion.⁵²⁴

Das funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn wurde von *Prassl* und *Risak* bereits auf Sachverhalte aus dem Bereich der plattformbasierten Arbeit angewandt.⁵²⁵ Deshalb soll in der Folge Book a Tiger, wo nach herkömmlicher Betrachtungsweise aufgrund der **Aufspaltung von Abhängigkeiten**, denen die Reinigungskräfte unterlagen, das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zwischen Reinigungskraft und Plattform nur schwer nachgewiesen werden kann, nach der Methode von *Prassl/Risak* untersucht werden.⁵²⁶

- **Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses:**

Zunächst ist zu fragen, inwiefern Book a Tiger bei der Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Funktion eines/einer ArbeitgeberIn zukam. Betrachtet man nicht bloß die einzelnen Arbeitseinsätze, so waren es die Plattform-BetreiberInnen, die von interessierten Reinigungskräften eine Registrierung samt dazugehörigem Bewerbungsprozess (Bewerbungsgespräch, „Probereinigung“) forderten, bevor ihnen Aufträge angeboten wurden. Dieser Prozess ist in meinen Augen **gut vergleichbar** mit der Begründung von typischen Arbeitsverhältnissen vorangehenden Verfahren. Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kam Book a Tiger ebenfalls großer Spielraum zu. Erhielt eine Reinigungskraft zu schlechte Bewertungen, konnte der Zugang zur Plattform verwehrt werden bzw konnten schlicht keine Aufträge mehr angeboten werden.

⁵²⁴ *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 39.

⁵²⁵ Siehe *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 618; *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 32.

⁵²⁶ Siehe in Bezug auf den folgenden Abschnitt die Ausführungen zur Arbeitgebereigenschaft von Uber *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 618.

- **Recht auf Arbeit:**

Hinsichtlich des Rechts auf Leistungserbringung habe ich bereits oben ausgeführt, dass zumindest bei Annahme eines einzelnen Auftragsangebotes den Reinigungskräften eine **persönliche Leistungspflicht** zukam. Das Ergebnis der Leistungserbringung kann bei den angebotenen Reinigungsdienstleistungen meines Erachtens nur im Entgelt bestehen. Die KundInnen zahlten direkt an die Plattform, die vor Auszahlung des Entgelts an die Reinigungskraft eine **Provision** in der Höhe von 20% einbehielt.⁵²⁷

- **Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts:**

Unbestreitbar ist meines Erachtens, dass es die Plattform war, die die Arbeit bereitstellte, da sämtliche Anfragen von KundInnen zunächst bei der Plattform eintrafen und anschließend den einzelnen Reinigungskräften **angeboten** wurden. In seinen AGB verbot Book a Tiger den KundInnen sogar ausdrücklich, eine Reinigungskraft, die bei der Plattform registriert ist, außerhalb der Plattform zu „kontaktieren, [zu] beauftragen oder andere wirtschaftliche Beziehungen zu dem Dienstleister [zu] unterhalten.“⁵²⁸ Book a Tiger übernahm auch die Funktion der **Entlohnung** der Reinigungskräfte. Diese bekamen nach Abzug der Provision das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung ausbezahlt, lediglich ein freiwilliges Trinkgeld konnte direkt von den KundInnen an die „Tiger“ vor Ort geleistet werden.⁵²⁹

- **Management des unternehmensinternen Marktes:**

Fraglich erscheint mir, ob die Plattform auch vollständig das Management des unternehmensinternen Marktes, also die Kontrolle über alle Produktionsfaktoren und die Möglichkeit zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind, ausübte. So konnte Book a Tiger, wie oben erwähnt, den Reinigungskräften wohl **nur sehr allgemeine Anweisungen im Vorfeld** erteilen und mithilfe der von den KundInnen vorgenommenen Ratings nachträglich Kontrolle über die Qualität der Arbeitsleistung ausüben. Die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit am Arbeitsort und während der Dienstleistungserbringung selbst wurde **durch die KundInnen** der Plattform ausgeübt, die auch die Reinigungsutensilien zur Verfügung stellten und damit in gewisser Weise die zu erbringende

⁵²⁷ Rom, Klick und Putz: Die Putzfrau aus dem Internet, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000007222926/Klick-und-Putz-Die-Putzfrau-aus-dem-Internet> (16.3.2017, 10:14).

⁵²⁸ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

⁵²⁹ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

Dienstleistung inhaltlich determinierten. So hält *Warter* hinsichtlich dieser Frage treffend fest, dass, wenn der/die KundIn nur einen Staubsauger zur Verfügung stellt, die Reinigungskraft wohl vor allem staubsaugen wird.⁵³⁰ Insofern ist, ebenso wie nach herkömmlicher Beurteilungsweise, hinsichtlich der Kategorie des Managements des unternehmensinternen Marktes wohl von einer **Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion** zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerIn auszugehen.

- **Management des unternehmensexternen Marktes:**

Was schließlich die letzte Funktion des/der ArbeitgeberIn, das Management des unternehmensexternen Marktes, betrifft, lässt sich festhalten, dass von einer wirtschaftlichen Leitung durch Book a Tiger meines Erachtens deshalb gesprochen werden kann, weil es die Plattform-BetreiberInnen waren, die den KundInnen gegenüber den Preis für die angebotene Dienstleistung festlegten und schließlich durch Einhebung einer Provision in einer bestimmten Höhe **ihren Gewinn kalkultierten**. Auf der anderen Seite waren es auch die Plattform-BetreiberInnen, die bei Nicht-Auslastung das **Unternehmensrisiko** trugen, mag dieses auch teilweise auf die Reinigungskräfte überwältzt worden sein, die bei Ausbleiben von Auftragsangeboten durch die Plattform ebenfalls nichts verdienten.

4.3.8. Ergebnis

Zieht man zur Beurteilung der Rechtsverhältnisse zwischen Book a Tiger und den Reinigungskräften das funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn nach *Prassl* und *Risak* anstelle einer traditionellen arbeitsrechtlichen Betrachtung heran, lässt sich in der überwiegenden Mehrheit der zu prüfenden Elemente die **Arbeitgebereigenschaft der Plattform** feststellen, weshalb im Umkehrschluss die für Book a Tiger tätigen Reinigungskräfte als ArbeitnehmerInnen angesehen werden können.⁵³¹

Als Konsequenz des Ausübens unterschiedlicher Arbeitgeberfunktionen durch die Plattform einerseits und die LeistungsempfängerInnen andererseits folgt eine Zuweisung von **Verantwortlichkeiten**, die sich aus der Rolle als ArbeitgeberIn ergeben. Diese Verantwortlichkeiten sind ebenso zwischen Plattform und LeistungsempfängerInnen aufgeteilt, wie die Funktion des/der ArbeitgeberIn. Somit werden nach dem Konzept von

⁵³⁰ *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 171.

⁵³¹ Zum selben Ergebnis kommt *Warter* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 177.

Prassl/Risak auch mehrere ArbeitgeberInnen zu den **Schutznorm-AdressatInnen** der jeweils von ihnen ausgeübten Funktionen.⁵³²

Angesichts dessen, dass Book a Tiger etwa durch Verarbeitung und Weiterleitung an die Reinigungskräfte die Bereitstellung der Arbeit und auch die Entlohnung der Reinigungskräfte übernahm, wäre die Plattform somit wohl verantwortlich für **die Einhaltung von Mindestlohnbestimmungen** gewesen. Da es die Plattform war, die den Reinigungskräften einzelne Arbeitseinsätze anbot und aufgrund der langfristigen Beziehung mit den Reinigungskräften auch nachvollziehen konnte, welche Reinigungskraft wie viele Arbeitsaufträge erledigt, wäre die Plattform meines Erachtens auch für die **Überwachung der Einhaltung von Arbeitszeitvorschriften** zuständig gewesen. Aus demselben Grund hätte die Plattform wohl auch die Pflicht zur **Entgegennahme von Urlaubsanträgen und Krankenstandsmeldungen** der Reinigungskräfte getroffen.

Dem entgegen stehen die arbeitgeberischen Verpflichtungen, die sich für die KundInnen ergaben. Da es die KundInnen waren, die die nähere Spezifikation der zu erbringenden Arbeit vor Ort vornahmen und auch die Kontrolle über die konkrete Erbringung der Reinigung ausübten, hätten sie meines Erachtens etwa dafür Sorge zu tragen gehabt, dass die **Arbeits- und Gesundheitsschutzbestimmungen** des ASchG⁵³³ eingehalten werden.

4.3.9. Dauer des Arbeitsverhältnisses

Geht man nun vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aus, stellt sich im Anschluss daran die Frage nach der Dauer dieses Arbeitsverhältnisses, also ob es sich um eine **Reihe kurzer Arbeitsverhältnisse** handelte, die jeweils bloß den Zeitraum der Leistungserbringung in der Wohnung oder in den Geschäftsräumlichkeiten eines/einer KundIn umfassten, oder ob ein **durchgängiges Arbeitsverhältnis** vorlag. Dabei kann in weiten Teilen auf die im Fallbeispiel Uber getroffenen Ausführungen verwiesen werden, wobei sich Book a Tiger von Uber meines Erachtens vor allem hinsichtlich des Elements der Kontrolle deutlich unterschied. Während Uber-LenkerInnen einem dichten Kontrollnetz

⁵³² *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 39.

⁵³³ ASchG BGBl I 2017/126.

seitens der Plattform unterworfen sind, war bei Book a Tiger die Kontrollfunktion zwischen Plattform und KundIn gewissermaßen aufgeteilt.

Nimmt man das Vorliegen einzelner Arbeitsverträge an, lässt sich wiederum die **Zulässigkeit von Kettenverträgen** hinterfragen. Im Hinblick auf die, wie in anderen Bereichen der Plattformökonomie, auch bei Book a Tiger für die Reinigungskräfte wichtige Flexibilität liegt in meinen Augen eine **sachliche Rechtfertigung** für das mehrmalige Abschließen befristeter Arbeitsverträge. Die Deutung des für die Arbeit nach Konsensprinzip nötigen Rahmenvertrages zwischen Book a Tiger und der Reinigungskraft als durchgängiges Arbeitsverhältnis ist daher vom gleichen Flexibilitätsstandpunkt aus verfehlt, da den Arbeitenden wohl ein **echtes Interesse an fehlender Bindung**⁵³⁴ zukam. Daher ist von aneinander gereihten befristeten einzelnen Arbeitsverträgen auszugehen.

4.3.10. Arbeitskräfteüberlassung

In einem weiteren Schritt ist, wiederum unter der Annahme eines jeweils auf den einzelnen Arbeitsauftrag befristeten Arbeitsverhältnisses zwischen Reinigungskräften und Plattform, zu prüfen, ob hinsichtlich der Reinigungskräfte von Book a Tiger Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen sein könnte. Insbesondere die Weisungs- und Kontrollunterworfenheit den KundInnen der Plattform gegenüber lässt Überlegungen in diese Richtung zu.

Folgt man einer anderen als der hier vertretenen Auffassung, dass ein Arbeitsvertragsverhältnis zwischen Plattform und Reinigungskräften zustande kam, und geht stattdessen etwa von einer **direkten Vertragsbeziehung zwischen Reinigungskräften und KundInnen** aus, wäre in der Folge wohl das Vorliegen einer (verbotenen) Arbeitsvermittlung zu prüfen.

Im Hinblick auf den Beurteilungsmaßstab des § 4 Abs 2 AÜG liegt Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung „im Betrieb des Werkbestellers erbringen“.⁵³⁵ Fraglich ist daher, ob im Hinblick auf Book a Tiger von einer

⁵³⁴ Siehe *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 96.

⁵³⁵ § 4 Abs 2 AÜG.

Eingliederung der Reinigungskräfte in den Betrieb der Plattform-KundInnen gesprochen werden kann. Eine solche Eingliederung ist zwar, nach Auffassung von *Schindler*, nicht zwingend erforderlich, für die Arbeitskräfteüberlassung jedoch typisch.⁵³⁶ Von einer Eingliederung und dem Bestehen von Arbeitskräfteüberlassung ist insbesondere bei Vorliegen der oben im Rahmen der allgemeinen Ausführungen zur Arbeitskräfteüberlassung unter Punkt 3.5. näher dargestellten Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG auszugehen.

Dass die Arbeit „nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers“ (§ 4 Abs 2 Z 1 AÜG) geleistet wird, ist in meinen Augen eindeutig der Fall, da die zur Reinigung nötigen Utensilien ja **von den EmpfängerInnen der Dienstleistung** bereitgestellt wurde. Darunter fallen sowohl die nötigen Geräte wie Besen oder Staubsauger, als auch Material im Sinne von Putzmitteln oder Wasser.

Hinsichtlich der Frage, ob auch eine „organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers“ vorlag, muss wohl differenziert werden. Zwar erteilten die KundInnen den Reinigungskräften **Weisungen** und übten auch **Kontrollrechte** aus, was insofern dem Ausüben der geforderten **Dienst- und Fachaufsicht** gleichkommt.⁵³⁷ Jedoch sind gem § 3 Abs 3 AÜG diejenigen als BeschäftigterInnen anzusehen, die Arbeitskräfte eines/einer ÜberlasserIn für betriebseigene Aufgaben einsetzen.⁵³⁸ Vielfach handelte es sich bei den KundInnen von Book a Tiger allerdings um **Privatpersonen**, in deren Wohnungen vielleicht nur gelegentlich Reinigungsarbeiten durchgeführt wurden und die gar nicht über einen eigenen Betrieb verfügten.

Als Betrieb gilt gem § 34 ArbVG „jede Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht.“⁵³⁹ Nach Auffassung von *Kallab* sei der Begriff des Betriebs im AÜG jedoch nicht im Sinne des § 34 ArbVG auszulegen, da der Betriebsbegriff des AÜG sehr viel weiter

⁵³⁶ *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 1.

⁵³⁷ *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 11; *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² § 4, 135.

⁵³⁸ § 3 Abs 3 AÜG.

⁵³⁹ § 34 Abs 1 ArbVG BGBl I 2017/104.

zu verstehen und **im Sinne einer organisatorischen Einheit aufzufassen** sei.⁵⁴⁰ Der arbeitskräfteüberlassungsgesetzliche Begriff der betriebseigenen Aufgaben sei *Mazal* zufolge überdies **nicht als Beschränkung auf Gewerbetreibende zu verstehen**, sondern als Anknüpfungspunkt für die organisatorische Eingliederung, die bei Privaten und deren Haushaltsführung **in gleichem Maße** gegeben sein könne wie bei Gewerbetreibenden. Aus diesem Grund sei die Arbeitskräfteüberlassung an Private zumindest grundsätzlich vom AÜG erfasst, was im Interesse der überlassenen Arbeitskräfte und unter diesem Blickwinkel auch vom *telos* des Gesetzes gedeckt sei. In der Konsequenz bedeute dies, dass auf Private als BeschäftigterInnen auch etwa die Vorschriften über die Fürsorgepflicht (§ 6 Abs 3 AÜG), das DNHG (§ 7 Abs 1 AÜG), die Haftung als BürgIn bzw AusfallsbürgIn sowie die Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz (§ 6 Abs 1 AÜG), soweit sich diese nicht auf Arbeitsstätten und Betriebe im Sinne des ASchG beziehen, anzuwenden seien.⁵⁴¹

Nach Ansicht von *Schindler*⁵⁴² sind an die Frage, ob von einer Eingliederung im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist, nicht so hohe Ansprüche zu stellen wie sie beim Arbeitsverhältnis vorhanden sein müssten. Da auch das Zurverfügungstellen **arbeitnehmerähnlicher Personen** eine Arbeitskräfteüberlassung begründet, komme es vorwiegend darauf an, ob die Arbeitskraft in den vorgegebenen Arbeitsablauf des/der BeschäftigterIn eingereiht wurde oder unabhängig von diesem Arbeitsablauf ihre Tätigkeit frei gestalten kann.

Läuft eine Haushaltsführung im privaten Bereich also in besonders organisierter Weise ab, halte ich das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung auch im privaten Bereich nicht für ausgeschlossen. Meines Erachtens kann das Vorliegen einiger Punkte in besonderer Weise für die Einreihung in einen vorgegebenen Arbeitsablauf sprechen: Wurden bei Book a Tiger nicht nur einzelne Reinigungsaufträge gebucht, sondern gleich ein **Paket für mehrere durchzuführende Reinigungen** und wurde die Reinigungsdienstleistung etwa **immer von der gleichen Person erbracht**, die bei wiederholter Reinigung am selben Ort dann auch nicht mehr eingewiesen oder angeleitet werden musste – das war insofern möglich, als KundInnen im Zuge ihrer Buchung bei Book a Tiger vermerken konnten, mit einer bestimmten Reinigungskraft besonders zufrieden gewesen zu sein und diese spezielle

⁵⁴⁰ *Kallab*, Zur Abgrenzung Werkvertrag – Arbeitskräfteüberlassung, DRdA-infas 2015, 219 (220).

⁵⁴¹ *Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005, 244.

⁵⁴² *Schindler* in ZellKomm³ § 4 AÜG Rz 10.

Reinigungskraft wieder zur Erledigung des Auftrags zugewiesen bekommen möchten⁵⁴³ – oder wurden **regelmäßig Reinigungsdienstleistungen**, die auch von unterschiedlichen Reinigungskräften vorgenommen werden können, über Book a Tiger gebucht, wird das wohl auf eine besonders **systematische Inanspruchnahme** hindeuten.

Wurden Reinigungsdienstleistungen in Büros oder Geschäftsflächen erbracht, wofür von Book a Tiger explizit geworben wurde, wird man daher ungleich einfacher zum Ergebnis kommen, dass eine Eingliederung in einen fremden Betrieb und daher Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen hat – insbesondere, wenn auf regelmäßiger Basis immer die gleiche Reinigungskraft gebucht wurde.

5. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerInnen

5.1. Grundsätzliches

Da nun ausführlich das Verhältnis zwischen der Plattform und den DienstleistungserbringerInnen beleuchtet und anhand von Fallbeispielen geprüft wurde, ist in einem weiteren Schritt die Rolle der DienstleistungsempfängerInnen oder „Plattform-KundInnen“ zu betrachten. Die Verhältnisse zwischen KundIn und Arbeitskraft stellen sich in ähnlich diverser Weise dar wie jene zwischen Plattform und Arbeitskraft, weshalb allgemeine Aussagen schwer zu treffen sind. Daher wird im Anschluss wiederum auf die bereits bekannten Fallbeispiele Bezug genommen.

5.2. Tätigkeiten der Plattformen

Typischerweise stehen die plattformbetreibenden Unternehmen auf dem Standpunkt, sie üben lediglich **Vermittlungstätigkeit** für DrittunternehmerInnen aus, die mit den EmpfängerInnen der Dienstleistungen einen Vertrag im eigenen Namen schließen würden. Die vom plattformbetreibenden Unternehmen selbst angebotene „Dienstleistung“ würde nach diesem Verständnis bloß die **Nutzung der Technologie-Plattform** umfassen, wie etwa

⁵⁴³ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

Uber das auch in seinen AGB sehr ausdrücklich festhält.⁵⁴⁴ Dieser Sichtweise wird in Schlussanträgen des Generalanwalts *Szpunar* im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich des Dienstes UberPOP in der Rechtssache Uber France SAS⁵⁴⁵ sowie in der Rechtssache Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.⁵⁴⁶ vor dem EuGH mit großer Deutlichkeit entgegengetreten. Der Generalanwalt hält fest, dass seiner Ansicht nach die elektronisch erbrachte Leistung der Zusammenführung von LenkerInnen und KundInnen **nicht von der erbrachten Beförderungsleistung unabhängig** sei. Vielmehr seien die beiden Leistungen **untrennbar** mit einander verbunden und als einheitliches Ganzes anzusehen. Uber führe nämlich unbestreitbar die Zusammenführung durch und übe zugleich eine maßgebliche Kontrolle über die Beförderungsleistung aus. Mit seiner Entscheidung von Dezember 2017 bestätigte der EuGH⁵⁴⁷ die Sicht des Generalanwalts und strich hervor, dass die Tätigkeit von Uber nach Ansicht des Gerichtshofes weit über das bloße Anbieten einer digitalen Dienstleistung hinausgeht und von Uber Beförderungsdienstleistungen angeboten werden.

In der Realität lässt sich daher feststellen, dass die Aufgaben der Plattformen in der Regel **wesentlich über eine bloße Vermittlung von Dienstleistungen hinausgehen**. So werden Kundenanfragen entgegengenommen, an die Arbeitenden weitergeleitet, der Preis der Dienstleistung bestimmt, Rechnungen ausgestellt und mitunter ganz grundsätzlich der Ablauf des Arbeitsprozesses vom Anfang bis zum Ende gestaltet, wie das oben ausführlich behandelte Fallbeispiel Uber mit großer Deutlichkeit zeigt. All das lässt die Plattformen nicht bloß als eine Art technische Zwischenebene mit Gehilfenfunktion in einer Vertragsbeziehung zwischen den Arbeitenden und den KundInnen erscheinen, sondern sie nehmen eine **zentrale Rolle** in der Abwicklung der Dienstleistung ein.

Dass die Plattformen ihre soeben dargestellte große Bandbreite an Handlungen **im Auftrag der DienstleistungserbringerInnen** durchführen (und dafür eben eine Provision einbehalten) ist meines Erachtens deshalb unrichtig, weil etwa die LenkerInnen bei Uber oder die Reinigungskräfte bei Book a Tiger sich den Vertragsbedingungen der Plattformen, die eben jene umfangreichen Handlungen vorsehen, unterwerfen müssen bzw mussten, um

⁵⁴⁴ <https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> (10.3.2017, 14:17).

⁵⁴⁵ EuGH C-320/16, Schlussanträge des Generalanwalts *Maciej Szpunar*.

⁵⁴⁶ EuGH C-434/15, Schlussanträge des Generalanwalts *Maciej Szpunar*.

⁵⁴⁷ EuGH 20.12.2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

überhaupt für eine Plattform tätig sein zu können. Auf diese Weise geben die Plattformen den Rahmen **ihrer eigenen Tätigkeit** vor.⁵⁴⁸

5.3. Offenlegung der Vertragsbeziehungen

Entgegen der vielfach geäußerten Behauptung, ein Vertrag über die Erbringung der Dienstleistung selbst komme zwischen KundInnen und Arbeitenden zustande, findet in der Regel **keine Offenlegung** dessen, dass (angeblich) eine dritte Person beauftragt wird, statt. Vielmehr steht die jeweilige Marke der Plattform deutlich im Vordergrund, von einer Leistungserbringung durch Dritte erfährt der/die KundIn erst im Nachhinein und auch dann nur mit verhältnismäßig großem Aufwand, indem der/die KundIn sich etwa proaktiv auf der Plattform einloggen und die Rechnung herunterladen muss.⁵⁴⁹ Meines Erachtens soll mit diesem Kommunikationsverhalten die Zufriedenheit der KundInnen mit einer erbrachten Dienstleistung **auf die Marke projiziert** werden, anstatt den DienstleisterInnen selbst zugute zu kommen. Gleichzeitig erscheint es naheliegend, dass durch die Behauptung, die Dienstleistung werde nicht von der Plattform selbst erbracht, das **wirtschaftliche Risiko** auf die DienstleistungserbringerInnen überwälzt werden soll.⁵⁵⁰

Zudem stellt sich für mich in vielen Fällen die Frage, wie die Offenlegung eines/einer (angeblich) beauftragten Dritten im Vorfeld der Dienstleistung überhaupt faktisch passieren kann, wenn – wie etwa bei Uber – erst nach der Bestellung der Dienstleistung durch Algorithmen der/die DienstleistungserbringerIn ausgewählt bzw **automatisch errechnet** und mit der Durchführung beauftragt wird.⁵⁵¹ Auch aus diesem Grund erscheint mir die Bezeichnung der für die Plattformen tätigen Arbeitskräfte als „Dritte“ unglaublich.

Auch *Becker*⁵⁵² erscheint die Selbstdarstellung der Plattformen als bloße VermittlerInnen außerhalb des Internets **noch weniger glaubwürdig** als hinsichtlich des digitalen Crowdwork im Internet. Anstatt AuftraggeberInnen und AuftragnehmerInnen

⁵⁴⁸ Siehe dazu auch *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 116.

⁵⁴⁹ Siehe die Ausführungen zu Uber und Book a Tiger weiter oben.

⁵⁵⁰ Siehe in Bezug auf Uber *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 117.

⁵⁵¹ So wird in der App erst nach dem Klick auf die Schaltfläche „Request Uber“ und einem offensichtlichen Such- bzw Rechenvorgang der Name des/der beauftragten LenkerIn und das Kennzeichen des Fahrzeuges angezeigt, eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

⁵⁵² *Becker*, Automatisierung und Ausbeutung 152.

zusammenzubringen, stellten die Plattformen TagelöhnerInnen bereit, die von den EndkundInnen in Anspruch genommen würden.

5.4. Umfang der angebotenen Dienstleistungen

Angesichts der umfangreichen Palette an Tätigkeiten der Plattform im Zusammenhang mit der Durchführung einer Dienstleistungserbringung, die noch dazu von der Plattform selbst und gar nicht von den DienstleistungserbringerInnen vorgegeben ist, und einem Erklärungsverhalten, bei dem durchschnittliche KundInnen von einem Vertragsschluss mit der Plattform und nicht mit (den KundInnen zu diesem Zeitpunkt überdies unbekannten) Dritten ausgehen müssen, liegt wohl zumeist ein **Vertrag zwischen KundIn und Plattform** vor, der die **Erbringung der gesamten Dienstleistung** zum Inhalt hat.⁵⁵³

Dass, wie in den obigen Fallbeispielen gezeigt, oftmals ein Arbeitsvertrag zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn vorliegt, erhärtet dieses Argument meines Erachtens zusätzlich, da die ArbeitnehmerInnen einer Plattform nicht im eigenen Namen Verträge mit KundInnen über die Durchführung der Dienstleistung schließen werden. Kommt keine direkte Vertragsbeziehung zwischen DienstleistungserbringerIn und DienstleistungsempfängerIn zustande, ist meines Erachtens analog zum digitalen Crowdwork⁵⁵⁴ davon auszugehen, dass die **Plattform selbst für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich** ist und die DienstleistungserbringerInnen bloß zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen benutzt werden.

Die konkreten Vertragsbeziehungen zwischen Plattform und KundIn sollen daher nun wiederum anhand der bereits bekannten Fallbeispiele geprüft werden. Dabei wird angesichts der herrschenden **Vertrauenstheorie**⁵⁵⁵, nach der eine Willensäußerung so zu verstehen ist, wie sie ein/eine redlicher/redliche, verständiger/verständige ErklärungsempfängerIn verstehen darf, insbesondere die Eigendarstellung der Plattformen zu betrachten sein.

⁵⁵³ Ähnlich in Bezug auf Uber Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 114.

⁵⁵⁴ Risak in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 53.

⁵⁵⁵ Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 116.

5.5. Fallbeispiel 1: Uber

Hinsichtlich der Vertragsbeziehung zu den KundInnen beharrt Uber in seinen AGB darauf, die angebotenen Dienstleistungen beschränkten sich lediglich auf eine Technologie-Plattform und die dazugehörigen Anwendungen und Websites, mithilfe derer es möglich sei, **von unabhängigen DrittanbieterInnen** angebotene Beförderungs- und Logistikdienstleistungen zu organisieren und zu planen. Dass Uber selbst Beförderungsdienstleistungen anbietet, wird explizit bestritten.⁵⁵⁶

Aus Sicht der KundInnen stellt sich die Situation jedoch anders dar: In der Uber-App selbst deutet nichts darauf hin, dass die Fahrten von Dritten erbracht würden. Geben KundInnen eine Zieladresse ein, werden in der Nähe befindliche Fahrzeuge mit einheitlichen Symbolen (kleine, sich bewegende Autos) vor dem Hintergrund einer Stadtkarte angezeigt. Sobald nach einigen Sekunden per Algorithmus ein Fahrzeug gefunden wurde, wird die Fahrtroute, der voraussichtliche Fahrpreis und der Name des „Produkts“ („UberX“) angezeigt, **nicht jedoch der Name des/der LenkerIn oder gar des Mietwagen-Unternehmens**, das die Fahrtaufträge abwickelt. Wird die Bestellung vom/von der KundIn bestätigt, zeigt die App nur den Vornamen des/der LenkerIn und ebenfalls keine Firma oder einen anderen Hinweis auf eine Dienstleistungserbringung durch Dritte. Auch in der nach Fahrtende verschickten Abrechnungs-Email ist von einer Leistungserbringung durch Dritte nicht die Rede. Erst wenn man einem in dieser Email angegebenen Link folgt, sich auf der Website von Uber einloggt und anschließend die zur absolvierten Fahrt ausgestellte Rechnung herunterlädt, wird ersichtlich, dass die Fahrt von einem Mietwagenunternehmen und auf dessen Rechnung durchgeführt wurde.⁵⁵⁷

Uber setzt also ein Erklärungsverhalten, aufgrund dessen redliche ErklärungsempfängerInnen davon ausgehen müssen, dass ein Vertrag mit Uber zustande kommt, da die Leistungserbringung durch Mietwagenunternehmen bloß in den AGB bzw nachträglich offengelegt wird. Uber **verzichtet somit darauf**, sich deutlich als Gehilfe für Dritte zu deklarieren. Dabei ist angesichts der wirtschaftlichen Übermacht und starken Rolle, die die Plattform bei der Abwicklung der Dienstleistung spielt, wohl allgemein davon

⁵⁵⁶ <https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> (10.3.2017, 14:17)

⁵⁵⁷ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018.

auszugehen dass nicht Uber im Auftrag der Mietwagenunternehmen handelt, sondern umgekehrt, **die Mietwagenunternehmen im Auftrag von Uber**. Zudem geht die von Uber angebotene Dienstleistung nach richtiger Ansicht von *Balla* weit über die von Uber behauptete Beschränkung auf das Anbieten digitaler Technologie hinaus. Vielmehr komme ein als „**Beförderungsorganisationsvertrag**“ bezeichneter Vertrag zwischen der Plattform und den KundInnen, mit dem Uber anbietet, an jedem gewählten Standort innerhalb kurzer Zeit die Organisation der Abwicklung der von den KundInnen angeforderten Beförderungsdienstleistung durchzuführen, zustande.⁵⁵⁸ Außerdem umfasse der Beförderungsorganisationsvertrag auch **administrative Abwicklungstätigkeiten** wie die Vorauswahl der in Frage kommenden BeförderInnen, die Übermittlung von Angebot und Annahme, die Festsetzung des Fahrpreises, die Berechnung von Fahrtroute und Entgelt sowie die Abwicklung der Zahlungsmodalitäten.⁵⁵⁹ Die Mietwagenunternehmen fungierten so als bloße Gehilfen bei der Abwicklung der von Uber angebotenen Dienstleistung.⁵⁶⁰

Gegen die Eigendarstellung von Uber als bloßen Anbieter einer Technologieplattform, die getrennt von der Beförderungsleistung betrachtet werden müsse, wendet sich auch Generalanwalt *Szpunar* etwa in seinen **Schlussanträgen zur Rechtssache Uber France SAS** im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH. Nach Ansicht des Generalanwalts sei bei Uber die **elektronisch erbrachte Leistung untrennbar mit der Beförderungsleistung verbunden**.⁵⁶¹ Mit seiner Entscheidung von Dezember 2017 schloss sich der EuGH⁵⁶² der Ansicht des Generalanwalts an und betonte, dass die Tätigkeit von Uber nach Ansicht des Gerichtshofes weit über das bloße Anbieten einer digitalen Dienstleistung hinausgeht. Das im englischen Fall *Aslam, Farrar et al vs Uber* erstinstanzlich befasste Employment Tribunal wird noch deutlicher und hält fest, es sei „unreal to deny that Uber is in business as a supplier of transportation services“⁵⁶³, an anderer Stelle bezeichnet das Employment Tribunal die Sichtweise, Uber sei ein Mosaik einzelner kleiner Unternehmen, die durch eine gemeinsame Plattform zusammengehalten würden, sogar als „faintly ridiculous“⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 117.

⁵⁵⁹ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 115.

⁵⁶⁰ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 117.

⁵⁶¹ EuGH C-320/16, Schlussanträge des Generalanwalts *Maciej Szpunar*.

⁵⁶² EuGH 20.12.2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.*

⁵⁶³ Employment Tribunals 2202551/2015, 27.

⁵⁶⁴ Employment Tribunals 2202551/2015, 28.

Vor diesem Hintergrund und insbesondere angesichts des fast zwangsläufig entstehenden Eindrucks, Uber sei Erbringer der Beförderungsdienstleistung, ist meines Erachtens davon auszugehen, dass Uber den KundInnen gegenüber **die Erbringung der gesamten Dienstleistung schuldet**. Damit gut vergleichbar ist die Rechtsprechung des OGH zur Frage, ob ein Reisebüro als Reisevermittler oder als Reiseorganisator, der auch die angebotenen Leistungen schuldet, aufzufassen ist. Nach Ansicht des OGH schuldet ein Reisebüro, das etwa selbst Prospekte und Kataloge herausgibt, oder den Namen des Veranstalters verschweigt, die angebotenen Leistungen selbst.⁵⁶⁵

5.6. Fallbeispiel 2: Foodora

In den online abrufbaren AGB gibt Foodora (bzw die Volo DS XXXVI 9 GmbH) an, ein Portal zur **Vermittlung von Speisen- und Getränkelieferungen** von ausgewählten Restaurants darzustellen. Für den Inhalt der jeweiligen Lebensmittelangebote sowie für die ordnungsgemäße Beschaffenheit der bestellten Waren sei ausschließlich der jeweilige Anbieter, also das Restaurant, verantwortlich. Die Dienstleistungen von Foodora bestünden in der Vermittlung zu den Leistungen der Anbieter, der Abholung der bestellten Leistungen und der Auslieferung an den angegebenen Lieferort, wofür den KundInnen eine Liefergebühr verrechnet würde. Zudem würde **stellvertretend für den Anbieter** der Kaufvertrag über die bestellten Waren geschlossen, wodurch bei rügeloser Entgegennahme der Bestellung durch den/die KundIn ein Kaufvertrag zwischen KundIn und Anbieter durch schlüssiges Verhalten zustande komme.⁵⁶⁶

Im Hinblick auf die Formulierung, Foodora schließe „stellvertretend“ für das Restaurant den Kaufvertrag ab, ist zu fragen, ob es sich tatsächlich um eine **Stellvertretung im Rechtssinn** handelt, oder ob vielmehr **Botenschaft** vorliegt. Ein/eine StellvertreterIn gibt an Stelle des/der Vertretenen eine eigene Erklärung ab, womit der/die Vertretene verpflichtet wird. Der/die VertreterIn bildet also selbst einen rechtlichen Willen. Ein/eine BotIn übermittelt bloß einen fremden Willen oder nimmt eine fremde Willenserklärung entgegen und ist also solcher/solche bloß die verlängerte Hand seines/ihrer AuftraggeberIn.⁵⁶⁷ Jedoch ist für die Beurteilung der Frage, ob jemand als StellvertreterIn oder als BotIn von jemand

⁵⁶⁵ OGH 12.05.1982, 3 Ob 525/82; so auch *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 130.

⁵⁶⁶ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

⁵⁶⁷ *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 242f.

anderem anzusehen ist, allein das **tatsächliche Auftreten** gegenüber dem/der GeschäftsgegnerIn relevant.⁵⁶⁸ Zwar ist in der Bestätigungs-Email über die erfolgte Bestellung unter dem Foodora-Logo zu lesen: „Wir haben deine Bestellung erhalten“⁵⁶⁹, jedoch wird gleich darunter angeführt, bei welchem Anbieter bestellt wurde, überdies erscheint mir die Abgabe einer eigenen Willenserklärung ohne Rücksprache mit dem die Speisen zubereitenden Restaurant, etwa hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit der bestellten Speisen, kaum denkbar. Aus diesem Grund liegt hinsichtlich des Vertrages über die Lebensmittel selbst wohl Botenschaft vor.

Dass ein Vertrag über die Zustellung nicht zwischen KundIn und Plattform, sondern zwischen KundIn und den FahrradkurierInnen, die Foodora zur Auslieferung der Bestellungen einsetzt, zustande komme, wird von Foodora **an keiner Stelle**, weder in den AGB, noch auf der Website⁵⁷⁰ im Allgemeinen, behauptet. Damit unterscheidet sich Foodora hinsichtlich der Kommunikation den KundInnen gegenüber von anderen Plattformen, wie etwa Uber. Somit ist auch nicht zu bezweifeln, dass die Plattform Foodora **die korrekte Zustellung einer getätigten Bestellung schuldet** und nicht ein/eine einzelne KurierIn.

5.7. Fallbeispiel 3: Book a Tiger

In einer dem Fallbeispiel Uber und seinen LenkerInnen nicht unähnlichen Weise legte die Plattform Book a Tiger während der Zeit ihrer Tätigkeit in Österreich in seinen AGB Wert darauf, selbst keine Reinigungsleistungen anzubieten, sondern lediglich **selbstständige Reinigungskräfte mit Gewerbeschein zu vermitteln**.⁵⁷¹

Meines Erachtens entstand, wie bereits oben bei der Beurteilung der Vertragsverhältnisse zwischen Plattform und Reinigungskräften ausgeführt, für durchschnittlich aufmerksame KundInnen jedoch auch in diesem Fall ein anderer Eindruck. So erscheint mir der Sprachgebrauch auf den Websites von Book a Tiger **irreführend**, wenn dort die **Reinigungskräfte vielfach mit der Plattform gleichgesetzt** wurden bzw sich die

⁵⁶⁸ Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 243.

⁵⁶⁹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Foodora, eine Bestellung bei Foodora erfolgte am 07.08.2017.

⁵⁷⁰ <https://www.foodora.at> (16.3.2017, 16:54).

⁵⁷¹ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

Plattform sprachlich offensichtlich bewusst als Leistungserbringerin positionierte.⁵⁷² Die auf der Website abgebildeten Reinigungskräfte trugen durchgängig einheitliche schwarze T-Shirts mit der großen Aufschrift „Book a Tiger“, was wohl dazu führen sollte, dass KundInnen die Leistung der Reinigungskräfte in besonders intensiver Weise mit der Plattform in Verbindung bringen.⁵⁷³ Dazu kommt, dass Book a Tiger mit der erbrachten Reinigungsleistung unzufriedene KundInnen dazu aufforderte, sich direkt bei der Plattform zu melden⁵⁷⁴ und für solche Fälle die Erbringung einer weiteren, kostenlosen Reinigung in Aussicht stellte.⁵⁷⁵ Für zusätzliche Verwirrung sorgte die Anfang Dezember 2017 offenbar durchgeführte Überarbeitung der Website von Book a Tiger, an deren unterem Ende bis zum Zeitpunkt der Betriebseinstellung ein für alle deutschsprachigen Länder, in denen Foodora tätig war, einheitlicher Werbetext angezeigt wurde, in dem von angestellten Reinigungskräften die Rede war.⁵⁷⁶ Die österreichischen AGB wurden jedoch nicht verändert.

Für redliche ErklärungsempfängerInnen musste sich angesichts dieses irreführenden Erklärungsverhaltens von Book a Tiger wohl der Schluss aufdrängen, **direkt mit der Plattform** zu kontrahieren. Das lässt sich meines Erachtens auch aus § 915 ABGB, wonach undeutliche Äußerungen zum Nachteil desjenigen/derjenigen ausgelegt werden, der/die sich ihrer bedient hat, ableiten. Daher war die Willenserklärung wohl der Plattform zuzurechnen und diese schuldete den KundInnen gegenüber **die Erbringung der gesamten Dienstleistung**, also nicht nur der Vermittlung und Abrechnung, sondern auch der Reinigung selbst.

5.8. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich meines Erachtens somit festhalten, dass die Handlungsweise der Plattformen durchaus als **ambivalent** angesehen kann. Während die PlattformbetreiberInnen auf der Ebene des Vertragsrechts oftmals bemüht sind, sich möglichst „klein zu machen“, um rechtlicher Verantwortlichkeit zu entgehen, kommen

⁵⁷² Siehe etwa <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02), wo in einer Zwischenüberschrift gefragt wird: „Wo putzt BOOK A TIGER für Sie?“.

⁵⁷³ <https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.3.2017, 08:56) und sämtliche Unterseiten.

⁵⁷⁴ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁵⁷⁵ <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02).

⁵⁷⁶ <https://www.bookatiger.com/at-de/> (17.12.2017, 11:38)

ihnen in der Realität jedoch große wirtschaftliche Macht und eine **dominante Stellung** im Vertragsgeflecht zwischen Plattform, DienstleistungserbringerIn und KundIn zu. Das wurde bei der Analyse der Vertragsverhältnisse zwischen Plattform und LeistungserbringerInnen deutlich gezeigt. Dem gegenüber wird durch eine **undurchsichtige Kommunikationspolitik** den KundInnen gegenüber oftmals versucht, die Rolle der DienstleistungserbringerInnen im Abwicklungsprozess auszublenden und die Plattform in den Vordergrund zu stellen. In gewisser Weise eine Ausnahme bildet dabei der Lieferservice Foodora, in dessen AGB das Zustandekommen eines Vertrages der KundInnen direkt mit den für Foodora tätigen FahrradkurierInnen nie behauptet wird.

6. Konsequenzen der rechtlichen Einordnung

Im Anschluss an die in den vorangegangenen Kapiteln erfolgte arbeitsrechtliche Einordnung der in der Plattformökonomie tätigen Personen und der genaueren Darstellung dreier Fallbeispiele soll nun untersucht werden, welche individualarbeitsrechtlichen Konsequenzen sich aus der regelmäßigen Qualifikation als ArbeitnehmerInnen ergeben. Dabei stehen die wesentlichen Fragen der Arbeitszeit, des kollektivvertraglichen Mindestlohns, der Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankenstand sowie des Diskriminierungsschutzes im Vordergrund. Regelmäßig wird dabei wiederum auf die bereits dargestellten Fallbeispiele zurückzugreifen und zu verweisen sein.

6.1. Kollektivvertragszugehörigkeit und kollektivvertraglicher Mindestlohn

Um die Höhe des jeweils zur Anwendung kommenden Mindestlohnes zu bestimmen, ist zunächst eine Trennung in die einzelnen Fallbeispiele vorzunehmen und zu untersuchen, ob im Fall von Uber, Foodora und Book a Tiger ein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt und insbesondere um welchen Kollektivvertrag es sich jeweils handeln könnte.

In diesem Zusammenhang ist einleitend festzuhalten, dass gem § 8 iVm § 11 ArbVG die **Kollektivvertragsangehörigkeit auf Seiten der ArbeitgeberInnen** entscheidend ist für die Beantwortung der Frage, welcher Kollektivvertrag zur Anwendung kommt. Dies ist

abhängig von der Zuordnung des betreffenden Unternehmens zu einer bestimmten Fachgruppe oder einem bestimmten Fachverband durch die Wirtschaftskammer, die üblicherweise als Kollektivvertragspartei auf ArbeitgeberInnenseite auftritt, in Verbindung mit dem Wortlaut der erlangten Gewerbeberechtigung.⁵⁷⁷ Hervorzuheben ist, dass gem § 2 Abs 13 GewO⁵⁷⁸ Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die für Arbeitsverhältnisse zu ArbeitgeberInnen gelten, welche ihre Tätigkeit aufgrund einer Gewerbeberechtigung ausüben, auch für jene Arbeitsverhältnisse mit ArbeitgeberInnen gelten, welche ihre wirtschaftliche Tätigkeit **ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung** ausüben. Dem OGH⁵⁷⁹ zufolge gilt dies auch für den Fall, dass ein/eine ArbeitgeberIn zwar eine Gewerbeberechtigung besitzt, diese jedoch die ausgeübte Tätigkeit inhaltlich nicht abdeckt.

6.1.1. Kollektivvertragszugehörigkeit von Uber

Um die Kollektivvertragszugehörigkeit von Uber feststellen zu können, muss zunächst eine **gewerberechtliche Einordnung der Unternehmenstätigkeit** vorgenommen werden. Nochmals sei an dieser Stelle erwähnt, dass Uber meines Erachtens nicht bloß vermittelnde Tätigkeiten übernimmt, sondern eine zentrale Rolle beim Anbieten und der Abwicklung der Dienstleistung einnimmt. Somit kann nicht von einer bloßen Vermittlung ausgegangen werden und Uber schuldet seinen KundInnen gegenüber das Erbringen der gesamten Dienstleistung, also auch des Transports. So stellte auch der EuGH in einer viel beachteten, hinsichtlich Uber ergangenen Entscheidung⁵⁸⁰ klar, dass die Tätigkeit von Uber seines Erachtens weit über das bloße Anbieten einer digitalen Dienstleistung hinausgehe und vielmehr die digitale Seite der Dienstleistung nicht von der Transportdienstleistung getrennt werden kann.

Bei der von Uber vorgenommenen und den KundInnen geschuldeten Tätigkeit handelt es sich also um die **gewerbsmäßige Beförderung von Personen**, weshalb das **Gelegenheitsverkehrsgesetz (GelverkG)**⁵⁸¹ zur Anwendung kommt. Dieses ist gem § 1

⁵⁷⁷ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/111.

⁵⁷⁸ § 2 Abs 13 GewO BGBl I 2017/107.

⁵⁷⁹ OGH 26.11.2013, 9 ObA 141/13w, ARD 6386/8/2014 = infas 2014, 106/A40 = ZAS 2014, 234 (*Mosing*) = DRdA 2014, 441 = ZAS-Judikatur 2014/22 = ecolex 2014, 367; siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/112.

⁵⁸⁰ EuGH 20.12.2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

⁵⁸¹ GelverkG BGBl I 2017/3.

Abs 2 leg cit als *lex specialis* zur GewO⁵⁸² anzusehen, weshalb die Bestimmungen der GewO anzuwenden sind, insoweit das GelverkG keine besonderen Regelungen trifft. Auf den ersten Blick könnten im Fall von Uber entweder der Tatbestand des **Mietwagengewerbes** oder jener des **Taxi-Gewerbes** einschlägig sein. Die Personenbeförderung, und somit sowohl das Taxi-, als auch das Mietwagengewerbe, gilt gem § 1 Abs 2 GelverkG als reglementiertes Gewerbe.

6.1.1.1. Abgrenzung des Mietwagen- und Taxigewerbes

So definiert § 3 Abs 1 Z 2 GelverkG das Mietwagengewerbe als *„die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen)“*. Das Taxi-Gewerbe stellt dahingegen gem § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG *„die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden“* dar, wobei *„auch die alleinige Beförderung von Sachen, die von einer Person ohne Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel getragen werden können, sowie die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises aufgrund besonderer Aufträge“* vom Taxigewerbe umfasst sind.

6.1.1.1.1. Rechtsprechung

Mit der Abgrenzung von Mietwagen- und Taxigewerbe hatte sich der VwGH⁵⁸³ wiederholt zu beschäftigen. Nach der Judikatur des Gerichtshofes sei es Aufgabe des Mietwagengewerbes, dem Bedürfnis nach der Beförderung eines **geschlossenen Teilnehmerkreises** aufgrund **besonderer Aufträge** zu dienen, dementsprechend werde das Mietwagengewerbe erfahrungsgemäß zur Durchführung von **Fahrten auf längere Dauer mit entfernteren Fahrtzielen** in Anspruch genommen. Dem gegenüber liege das Wesen des Taxigewerbes darin, dass PKW zur Durchführung meist **kurzer Fahrten innerhalb eines enger umgrenzten Gebietes im Bedarfsfall bereitgehalten** werden. Weiters handle es sich bei Personenbeförderungen im Rahmen des Mietwagengewerbes um Werkverträge,

⁵⁸² GewO BGBl I 2017/107.

⁵⁸³ Siehe etwa VwGH 26.03.1993, 92/03/0113; VwGH 15.12.1993, 93/03/0032; VwGH 26.04.1995, 94/03/0289; VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006.

wobei für die Festlegung des Entgelts zwischen den Vertragsparteien der Umfang der Leistung im Vordergrund stehe. Maßgebend sei für die Entgeltberechnung somit in erster Linie die gemäß dem erteilten Fahrauftrages entsprechende **Entfernung**, über welche die Beförderung zu erbringen ist.⁵⁸⁴

Wird die Bestellung der Fahrt mittels Fernmeldeeinrichtung durchgeführt, so sei nicht die Art des Kommunikationsmittels, mithilfe dessen es zum Fahrauftrag kommt, entscheidend, sondern der Inhalt des erteilten Auftrages, welcher anlässlich der Bestellung des Fahrzeuges die zu erbringende Beförderungsleistung zumindest nach **Anfangs- und Endpunkt** der Beförderung zu umschreiben hat. Nur bei Vorliegen klar definierter Anfangs- und Endpunkte der Beförderungsleistung handle es sich um eine Tätigkeit im Rahmen des Mietwagengewerbes.⁵⁸⁵

6.1.1.1.2. Eigene Ansicht

Zusammenfassend lässt sich wohl sagen, dass das Mietwagengewerbe **längerfristig geplante und konkret umschriebene Beförderungswünsche bestimmter KundInnen** abdecken soll, während das Taxi-Gewerbe eine **Form des individuellen Nahverkehrs**, bei dem der **Kreis der TeilnehmerInnen nicht im Vorfeld bestimmt** ist, darstellt. Dass der VwGH das Bereithalten von PKW für den Bedarfsfall als charakteristisch für das Taxi-Gewerbe ansieht, lässt darauf schließen, dass damit sehr kurzfristig geplanten oder spontanen Personentransportaufträgen von KundInnen über bloß kurze Strecken entsprochen werden soll. Steht der Endpunkt der Beförderung im **Zeitpunkt der Anforderung der Dienstleistung** nicht fest, wird eine Unterstellung unter das Mietwagengewerbe wohl nicht gelingen und die Personentransportdienstleistung wird als im Rahmen des Taxi-Gewerbes erbracht zu qualifizieren sein. Das Fehlen des Anfangspunktes der Beförderungsleistung erscheint mir hingegen sowohl im Mietwagen- als auch im Taxi-Gewerbe schwer vorstellbar.

⁵⁸⁴ VwGH 26.03.1993, 92/03/0113.

⁵⁸⁵ VwGH 15.12.1993, 93/03/0032; VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006.

6.1.1.2. Uber als Mietwagenanbieter?

Im Hinblick auf Uber ist angesichts der durch den VwGH vorgenommenen Abgrenzung zwischen Mietwagen- und Taxigewerbe festzuhalten, dass die sehr einfache Möglichkeit zur Anforderung einer Uber-Transportdienstleistung über das Smartphone bzw die Uber-App und die „Arbeitsweise“ des eingesetzten Algorithmus, der auf eine möglichst schnelle Verfügbarkeit eines Fahrzeuges zielt, zweifellos einem **spontanen Transportwunsch der KundInnen** gerecht werden wollen. In der Regel werden sich die durchgeführten Fahrten auch auf relativ kurze Strecken beschränken, insbesondere weil Uber in Österreich ohnedies nur innerhalb des Großraumes Wien verfügbar ist. Fordern KundInnen per App die Durchführung einer Beförderungsdienstleistung an, so müssen sie insbesondere das **geplante Ziel bekanntgeben**, weshalb der Endpunkt der Beförderung als gegeben anzusehen ist. Der Anfangspunkt ergibt sich aus dem mittels der GPS-Funktion der App bestimmten Standort des/der KundIn.

In wohl zutreffender Weise wendet *Balla*⁵⁸⁶ jedoch ein, dass die für das Mietwagengewerbe entscheidende Voraussetzung der Bestimmtheit von Anfangs- und Endpunkt der Beförderung nur dann zweckmäßig sei, wenn auch das für die Beförderung gebührende **Entgelt bereits fixiert** sei, da sich im Zuge geplanter, zeitlich länger andauernder Beförderungen zu entfernteren Zielorten das Interesse der KundInnen auf ein bestimmtes, also vorweg fixiertes, und nicht bloß im Nachhinein bestimmbares Entgelt richte. Tatsächlich verbietet § 36 Abs 2 der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung⁵⁸⁷, die Verwendung von Messinstrumenten zur Preisbestimmung im Rahmen des Mietwagengewerbes. Diese kommt zur Anwendung, da § 13 Abs 3 GelverkG auf durch den Landeshauptmann zu erlassende Verordnungen verweist. Demnach wäre eine Entgeltbemessung nach der zurückgelegten Distanz **innerhalb des Mietwagengewerbes nicht möglich**.

Wohl aus diesem Grund ist Uber in Österreich dazu übergegangen, anstelle der in anderen Staaten nach wie vor üblichen „**Fahrpreisschätzung**“⁵⁸⁸, bei der Uber schon mit der Verwendung des Wortes „Schätzung“ demonstrierte, dass **kein definitives Entgelt**

⁵⁸⁶ *Balla* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 121.

⁵⁸⁷ § 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung LGBl 2011/36.

⁵⁸⁸ <https://help.uber.com/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78> (28.2.2018, 13:48)

vereinbart werden sollte und die **zurückgelegte Distanz** und die **für die Fahrt benötigte Zeit** Faktoren bei der Errechnung des endgültigen Fahrpreises bildeten, bereits im Vorfeld ein fixes Entgelt anzugeben, das von der Kreditkarte des/der KundIn abgebucht wird. Das im Vorfeld angezeigte Entgelt setzt sich nun nur mehr aus einem Grundpreis und eventuellen Erhöhungen durch das System des „surge pricing“ (siehe dazu im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse) zusammen.⁵⁸⁹ Aus diesem Grund erfüllt Uber in Österreich wohl diese für eine Einordnung in das Mietwagengewerbe notwendige Voraussetzung des bereits vor Fahrtantritt bestimmten Entgelts.⁵⁹⁰

Insgesamt ergibt sich an diesem Punkt der Analyse also ein **differenziertes Bild**, wobei insbesondere die Ausrichtung auf die spontanen Beförderungswünsche der KundInnen und die sehr rasche Verfügbarkeit der Dienstleistung nahelegen, dass es sich bei über die Plattform Uber abgewickelten Fahrten um Taxifahrten handelt. Dem gegenüber spricht das Feststehen von Anfangs- bzw Endpunkt der Beförderung schon vor Fahrtantritt sowie das vorweg bestimmte Entgelt grundsätzlich eher für den Charakter der Fahrt als Mietwagenfahrt.

6.1.1.3. Uber als Taxianbieter?

Zu prüfen ist somit, ob die Voraussetzungen einer Einstufung von durch Uber abgewickelte Fahrten als Taxifahrten erfüllt sind. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG zeichnet das Taxigewerbe aus, dass PKW zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten oder durch Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden. Damit unterscheiden sich das Mietwagen- und das Taxi-Gewerbe zunächst insbesondere hinsichtlich des **Kreises der AdressatInnen der Dienstleistung**.

Fraglich ist daher, ob es sich bei den KundInnen der Plattform Uber um einen **unbestimmten Kreis von Personen** handelt. Zwar muss der Möglichkeit der Anforderung einer Transportdienstleistung die Registrierung auf der Plattform vorangehen, weshalb der Personenkreis der KundInnen im Zeitpunkt der Anforderung der Dienstleistung nicht mehr völlig unbestimmt ist. Jedoch ist eine Registrierung so einfach und schnell und grundsätzlich

⁵⁸⁹ <https://help.uber.com/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78> (3.5.2018, 10:13)

⁵⁹⁰ Anders Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 121, der die gewerberechtliche Einordnung von Uber noch vor dem Hintergrund des „alten“ Modells der sukzessiven Fahrpreisberechnung vornimmt.

von jedermann durchführbar, dass dieser Schwelle meines Erachtens **keine besondere Bedeutung** zukommt, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass der Kreis der TeilnehmerInnen an den Beförderungsdiensten von Uber vorweg feststeht. Nicht zuletzt gestattet § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG auch die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises aufgrund besonderer Aufträge auch im Rahmen des Taxi- und nicht bloß des Mietwagengewerbes.

Hinsichtlich der Voraussetzung des Bereithaltens von Kraftfahrzeugen an öffentlichen Orten ist fraglich, ob das Verhalten von Uber diese Voraussetzung erfüllt. So hielt etwa das britische Employment Tribunal in seiner Entscheidung⁵⁹¹ ausdrücklich fest, dass das Warten auf Aufträge einen **wesentlichen Teil der Tätigkeit** der LenkerInnen darstelle. Nicht zuletzt versucht die Plattform durch das Versenden von Aufforderungen an die LenkerInnen, diese mögen sich einloggen und eintreffende Beförderungsanfragen annehmen⁵⁹², zu jedem Zeitpunkt ausreichend aktive LenkerInnen bereitstehen zu haben, um die Wünsche von KundInnen nach Beförderungsdienstleistungen möglichst rasch abwickeln zu können. In Österreich scheint ein öffentliches Warten auf das Eintreffen von Aufträgen jedoch **nicht (mehr) der Fall** zu sein. Uber verpflichtet nun infolge einer einstweiligen gerichtlichen Verfügung im April 2018 die einzelnen MietwagenunternehmerInnen dazu, nach den einzelnen Fahrtaufträgen zum Betriebssitz zurückzukehren, sofern nicht bereits ein neuer Auftrag auf Abholung von Fahrgästen an der Betriebsstätte eingegangen ist.⁵⁹³ Damit will Uber offensichtlich der Bestimmung des § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung gerecht werden, die für Mietwagen eine „**Rückkehrpflicht**“ zu einer Betriebsstätte vorschreibt. Von einem „Bereithalten an öffentlichen Orten“ im Sinne eines passiven Wartens auf neue Aufträge in der Öffentlichkeit ist somit grundsätzlich nicht auszugehen.

Das Taxi-Gewerbe zeichnet sich jedoch nicht nur durch das Bereithalten von PKW im öffentlichen Raum aus, sondern auch durch die Möglichkeit,

⁵⁹¹ Employment Tribunals 2202551/2015, 32.

⁵⁹² Siehe dazu ausführlich im Kapitel zur rechtlichen Qualifikation der Uber-LenkerInnen.

⁵⁹³ *N.N.*, Uber-Fahrer mit höheren Auflagen wieder unterwegs, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000078760211/Uber-Fahrer-mit-hoeheren-Auflagen-wieder-unterwegs> (3.5.2018, 11:27); *Sempelmann*, Uber sucht nach K.O. einen neuen Weg für alte Geschäfte, trend Online, <https://www.trend.at/wirtschaft/wiener-handelsgericht-uber-angebot-10042806> (19.05.2018, 07:48); *N.N.*, Uber: Fahrer müssen Rückkehrpflicht einhalten, profil Online, <https://www.profil.at/oesterreich/uber-eingestellt-rueckkehrpflicht-10042968> (19.05.2018, 07:54).

Beförderungsdienstleistungen mittels **Fernmeldeeinrichtungen** anzufordern. Wenngleich der verwendete Begriff der „Fernmeldeeinrichtung“ antiquiert wirkt, richtet sich der *telos* des Gesetzes wohl bloß darauf, sicherzustellen, dass die Bestellung einer Beförderung auch aus der Distanz erfolgen kann.⁵⁹⁴ Diesfalls müssen die LenkerInnen die KundInnen an ihrem Aufenthalts- oder einem anderen Ort aufsuchen, um von dort aus die Beförderungsleistung zum Endpunkt durchzuführen. Die Möglichkeit zur Abwicklung der Fahrtbestellung über die App bzw die Internetplattform erfüllt meines Erachtens **die selbe Funktion wie die telefonische Bestellung** einer Beförderungsdienstleistung, weshalb die mit dem Internet verbundene **Uber-App wohl als Fernmeldeeinrichtung zu qualifizieren** ist.

6.1.1.4. Ergebnis der Gewerbezugehörigkeitsprüfung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass wichtige Argumente für eine Einordnung der Tätigkeit von Uber als im Rahmen des Taxi-, ebenso wie als im Rahmen des Mietwagengewerbes erbracht, sprechen. Einerseits soll durch die Gestaltung der Plattform und die eingesetzten Algorithmen ganz offensichtlich den spontanen Beförderungswünschen der KundInnen Rechnung getragen werden. Das Abwickeln länger im Voraus geplanter Beförderungen über größere Distanzen steht nicht im Vordergrund. Andererseits stehen Anfangs- und Endpunkt der Beförderung bereits im Vorhinein fest, das Entgelt wird ebenfalls nicht mehr sukzessive anhand der zurückgelegten Distanz, sondern bereits im Vorfeld der Fahrt bestimmt. Dass nun auch kein Bereithalten der LenkerInnen an öffentlichen Orten mehr stattfindet, gibt meines Erachtens den Ausschlag dafür, vom **Vorliegen im Rahmen des Mietwagengewerbes erbrachter Tätigkeiten** auszugehen.⁵⁹⁵

6.1.1.5. Anwendbarer Kollektivvertrag

Ungeachtet der bisherigen Ausführungen zur gewerberechtlichen Qualifikation der Tätigkeit von Uber werden das Taxi- und das Mietwagengewerbe von der WKO gleichermaßen im Fachverband „Beförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen“ innerhalb der Sparte „Transport und Verkehr“ eingereiht. So besteht auch ein **einheitlicher Kollektivvertrag**, der für die Angehörigen des Taxi- sowie des Mietwagengewerbes

⁵⁹⁴ So auch Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 121.

⁵⁹⁵ Anders Balla in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy 122, der auf Basis der „alten“, sukzessiven Fahrpreismittlung vom Fehlen eines vorweg bestimmten Entgelts ausgeht und die von Uber durchgeführte Tätigkeit somit als Taxi- und nicht als Mietwagentätigkeit qualifiziert.

gleichermaßen gilt.⁵⁹⁶ Für die Frage des kollektivvertraglichen Mindestlohnes ist eine Differenzierung zwischen Taxi- und Mietwagengewerbe dennoch insofern geboten, als auch der Kollektivvertrag in bestimmten Bereichen eine solche vornimmt.

So beträgt die wöchentliche Normalarbeitszeit für ArbeiterInnen im Taxi-Gewerbe gem Art V Z 1 des KV etwa 55 Stunden, für ArbeiterInnen im Mietwagengewerbe bloß 45 Stunden. Die allgemeinen Lohnbestimmungen des 2. Teils des (Bundes-)KV für die Personentransportgewerbe sehen einen monatlichen **Mindestlohn von EUR 1235,00 brutto** ab 1.1.2018 für Angehörige des Taxi- wie für jene des Mietwagengewerbes gleichermaßen vor, jedoch gebührt der Mindestlohn für die jeweils zur Anwendung kommende Normalarbeitszeit. Für ArbeiterInnen im Taxi-Gewerbe ergibt sich somit ein **signifikant niedrigerer Stundenlohn** als für ArbeiterInnen im Mietwagengewerbe.

Zugleich lässt es der KV für die Personentransportgewerbe jedoch zu, dass innerhalb der einzelnen Bundesländer der jeweils zur Anwendung kommende Mindestlohn mit **Landeskollektivvertrag** festgelegt werden kann. Festgehalten wird jedoch, dass der Mindestlohn des Bundes-KV von EUR 1235,00 brutto ab 1.1.2018 nicht unterschritten werden darf. Für Wien, dem Tätigkeitsgebiet von Uber, existiert ein eigener Landeskollektivvertrag für die Personenbeförderungsgewerbe.⁵⁹⁷ Dieser erfasst hinsichtlich des fachlichen Anwendungsbereichs jedoch ausschließlich Angehörige des Taxi-Gewerbes und steht bereits seit 2011 in Kraft. Die vorgesehenen Mindestlöhne für das Bundesland Wien sind bei einer Betriebszugehörigkeit bis zu drei Jahren mit EUR 1000,00 festgesetzt, liegen also unter dem Niveau des Mindestlohnes laut Bundes-KV, weshalb ohnehin dieser zur Anwendung kommt und nicht der Mindestlohn des Landes-KV. Für ArbeiterInnen im Taxi-Gewerbe sieht der Landes-KV in Art III darüber hinaus jedoch ein **Tagesgeld von maximal EUR 10,00 pro Kalendertag** vor, sofern die Fahrtätigkeit oder Abwesenheit vom Dienstort, also jenem Ort, an dem der/die ArbeiterIn zur Sozialversicherung gemeldet ist, länger als drei Stunden dauert. Für jede begonnene Stunde gebührt in diesem Fall 1/12 des Tagesgeldes. Angesichts der Qualifikation von Uber als dem Mietwagengewerbe zugehörig

⁵⁹⁶ Abrufbar etwa unter <https://www.wko.at/branchen/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/KV-Personenbefoerderungsgewerbe-mit-PKW-2018.pdf> (18.3.2017, 09:34).

⁵⁹⁷ Abrufbar etwa unter <http://www.kollektivvertrag.at/kv/taxi-w-arb/personenbefoerderungsgewerbe-mit-pkw-taxi-wien-lohn-gehaltsordnung/3080615> (18.3.2018, 14:23).

muss den LenkerInnen jedoch kein Tagesgeld gezahlt werden, da der Landes-KV für sie nicht zur Anwendung kommt.

6.1.1.6. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Tätigkeit von Uber **im Rahmen des Mietwagengewerbes** erbracht wird, weshalb hinsichtlich der LenkerInnen die im **Kollektivvertrag für die Personentransportgewerbe** geregelten Bestimmungen für die Angehörigen des Taxi-Gewerbes zur Anwendung kommen. Ab 1.1.2018 gebührt den LenkerInnen somit ein **kollektivvertraglicher Mindestlohn von EUR 1235,00 brutto monatlich**, wobei ein (für das Mietwagengewerbe derzeit nicht bestehender) Landes-KV günstigere Regelungen vorsehen kann.

Aufgrund des Bestehens eines einheitlichen Kollektivvertrages, der für Angehörige des Taxi- sowie des Mietwagengewerbes gleichermaßen gilt, scheint die Frage der richtigen gewerberechtlichen Qualifikation der Tätigkeit von Uber aus Sicht der LenkerInnen nur von untergeordneter Bedeutung zu sein. Insgesamt ist jedoch festzustellen, dass sich die kollektivvertraglichen Regelungen für ArbeiterInnen im Mietwagengewerbe **günstiger darstellen** als für ArbeiterInnen im Taxigewerbe. Während ersteren der monatliche Bruttomindestlohn von EUR 1235,00 schon bei einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 45 Stunden gebührt, beträgt die wöchentliche Normalarbeitszeit für ArbeiterInnen im Taxigewerbe 55 Stunden. Eine Einordnung von Uber in das Mietwagengewerbe wirkt sich also in entgeltrechtlicher Hinsicht **positiv für die LenkerInnen** aus.

6.1.2. Kollektivvertragszugehörigkeit von Foodora

Um eine Einordnung der kollektivvertraglichen Zugehörigkeit vornehmen zu können, ist zunächst zu prüfen, welche gewerberechtlichen Vorschriften im Fall von Foodora zur Anwendung kommen und somit Anhaltspunkte für die Spartenzugehörigkeit in der WKO liefern könnten.

Die Tätigkeit von Foodora besteht in der Entgegennahme und Abwicklung von Essensbestellungen bei bestimmten Restaurants durch die KundInnen über das Internet und der anschließenden **Zustellung der bestellten Speisen** zu den KundInnen mittels des

Einsatzes von Fahrrad-KurierInnen. Es erscheint mir wichtig, nochmals festzuhalten, dass trotz der Eigendarstellung von Foodora als Vermittlungsplattform zwischen den Restaurants und den KundInnen⁵⁹⁸ meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Plattform Foodora (bzw das dahinterstehende Unternehmen) die Zustellung der bestellten Speisen den KundInnen gegenüber schuldet. Im Zentrum der Tätigkeit von Foodora steht daher wohl die **Beförderung von Gütern**.

6.1.2.1. Qualifikation der Tätigkeit von Foodora

Zunächst könnte die Tätigkeit von Foodora unter das **Güterbeförderungsgewerbe** nach dem Güterbeförderungsgesetz (GütbefG)⁵⁹⁹, das gem § 1 Abs 5 leg cit als *lex specialis* zur GewO das Güterbeförderungsgewerbe als reglementiertes Gewerbe qualifiziert, fallen. Gem § 1 Abs 1 gilt das GütbefG insbesondere für die *„gewerbsmäßige Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen des Straßenverkehrs oder solchen mit Anhängern, bei denen die Summe der höchsten zulässigen Gesamtgewichte insgesamt 3500 kg übersteigt, durch Beförderungsunternehmen“*, gem Abs 2 leg cit auch für die Beförderung von Gütern mittels *„Kraftfahrzeugen des Straßenverkehrs oder solchen Kraftfahrzeugen mit Anhängern, bei denen die Summe der höchsten zulässigen Gesamtgewichte insgesamt 3500kg nicht übersteigt“*. Ein Kraftfahrzeug ist nach der Definition des § 2 Abs 1 Z 1 Kraftfahrzeuggesetz⁶⁰⁰ jedoch *„ein zur Verwendung auf Straßen bestimmtes oder auf Straßen verwendetes Fahrzeug, das durch technisch freigemachte Energie angetrieben wird und nicht an Gleise gebunden ist, auch wenn seine Antriebsenergie Oberleitungen entnommen wird“*. Dem gegenüber ist ein Fahrrad in seiner Grundausrüstung gem § 2 Abs 1 Z 22 lit a StVO⁶⁰¹ *„ein Fahrzeug, das mit einer Vorrichtung zur Übertragung der menschlichen Kraft auf die Antriebsräder ausgestattet ist“*. Elektrofahrräder und Roller sind § 2 Abs 1 Z 22 lit b-d StVO zufolge ebenso als Fahrräder (und nicht etwa als Kraftfahrzeuge) anzusehen. Da Foodora die Zustellungen **ausschließlich mithilfe von Fahrrädern** vornimmt, kommt das GütbefG meines Erachtens somit nicht zur Anwendung. In der Aufzählung der reglementierten Gewerbe in § 94 GewO findet sich ebenfalls kein Gewerbe, das die Zustelltätigkeit von Foodora erfasst.

⁵⁹⁸ <https://www.foodora.at/contents/terms-and-conditions.htm> (17.3.2017, 15:24)

⁵⁹⁹ GütbefG BGBl I 2017/62.

⁶⁰⁰ Kraftfahrzeuggesetz BGBl I 2017/40.

⁶⁰¹ StVO BGBl I 2017/68.

Bei der von Foodora ausgeübten Tätigkeit könnte es sich daher um ein **freies Gewerbe** handeln. Hier bietet die Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe⁶⁰² einen Anhaltspunkt. Da von Foodora keine Kraftfahrzeuge eingesetzt werden, kommt das freie Gewerbe der „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3500 kg nicht übersteigt“ nicht in Betracht. Meines Erachtens ist somit eine Einstufung der Zustelltätigkeit von Foodora als **freies Gewerbe „Botendienst“**, das ebenfalls in der Bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe angeführt ist, sinnvoll. Tatsächlich besitzt die Volo DS XXXIV 9 GmbH, die die Plattform Foodora betreibt, laut Gewerberegisterauszug vom 03.05.2018 zwei Gewerbeberechtigungen: Für die „Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte“ und für das freie Gewerbe „Botendienst“. ⁶⁰³ Botendienste werden von der WKO in der Fachgruppe der „Kleintransporteure“ innerhalb der Sparte Transport und Verkehr erfasst. ⁶⁰⁴

6.1.2.2. Anwendbarer Kollektivvertrag

Es besteht ein seit 1.1.2017 gültiger **Kollektivvertrag für ArbeiterInnen im Kleintransportgewerbe**.⁶⁰⁵ Dieser begrenzt seinen sachlichen Anwendungsbereich jedoch gem Art II Z 2 des Kollektivvertrags auf „die dem Fachverband zugehörigen Unternehmungen, welche das Gewerbe der Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen, deren höchstes zulässiges Gesamtgewicht 3500 kg nicht übersteigt“ ausüben. Da sich Foodora zur Zustellung der bestellten Speisen nicht auf Kraftfahrzeuge, sondern ausschließlich auf Fahrrad-KurierInnen stützt, ist dieser **Kollektivvertrag nicht anwendbar**.

⁶⁰² Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe (2017), abrufbar unter <https://www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/default.aspx> (16.03.2018, 13:44).

⁶⁰³ Siehe GISA-Auszug vom 03.05.2018.

⁶⁰⁴ <https://www.wko.at/branchen/w/transport-verkehr/kleintransporteure/Kleintransporteure-start.html> (17.3.2018, 13:23).

⁶⁰⁵ Abrufbar etwa unter https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kleintransportgewerbe-kollektivvertrag-arbeiter.html#heading_Kollektivvertrag_fuer_das_Kleintransportgewerbe_Oesterreichs_Arbeiter (17.3.2018, 13:42).

6.1.2.2.1. Lehre und Rechtsprechung

Das Fehlen eines anwendbaren Kollektivvertrages wirkt sich insbesondere auf Fragen des Entgelts aus. So bildet in erster Linie der Arbeitsvertrag die Rechtsquelle für die Entgelthöhe.⁶⁰⁶ Ist im Vertrag kein Entgelt bestimmt, so gilt gem § 1152 ABGB ein „**angemessenes Entgelt**“ als bedungen. Ist die Frage des Entgelts ausdrücklich vertraglich geregelt, bleibe, *Krejci* zufolge, für die Anwendung des § 1152 ABGB jedoch **kein Raum**, selbst dann nicht, wenn das vereinbarte Entgelt **unangemessen niedrig** sein sollte, da ein Anspruch auf angemessenes Entgelt für den Fall vereinbarten unangemessenen Entgelts aus § 1152 ABGB nicht abgeleitet werden könne.⁶⁰⁷ Bestehen keine weiteren lohngestaltenden Vorschriften, wie etwa Kollektivverträge, sind die Vertragsparteien bei der (einzelvertraglichen) Gestaltung des Entgelts somit weitgehend frei. Die Grenze des Zulässigen bildet lediglich die **Sittenwidrigkeit wegen Lohnwuchers** gem § 879 Abs 1 ABGB.⁶⁰⁸

6.1.2.3. Ergebnis

Festzustellen ist somit, dass bisher **kein Kollektivvertrag** für Unternehmen, die Radbotendienste betreiben, existiert und somit auch kein Mindestlohn zur Anwendung kommt. Angesichts des zunehmenden Einsatzes von RadbotInnen auch durch andere Unternehmen als Foodora, besteht hier meines Erachtens Handlungsbedarf, da mangels anwendbarem Kollektivvertrag insbesondere keine Mindestlohnvorschriften für FahrradkurierInnen bestehen. Die Beschränkung des Kollektivvertrages für Kleintransportgewerbe auf solche Unternehmen, die zur Vornahme von Zustellungen Kraftfahrzeuge einsetzen, wirkt willkürlich und ist wohl der in der Vergangenheit mangelnden Bedeutung von Radbotendiensten im Transportsektor geschuldet. Eine Ausdehnung des Kollektivvertrages für Kleintransportgewerbe auch auf Radbotendienste erscheint mir somit gleichermaßen als Möglichkeit wie der **Abschluss eines eigenen Kollektivvertrages**, der auf die besonderen Herausforderungen der Arbeitsrealität von RadbotInnen eingehen kann.

⁶⁰⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/224.

⁶⁰⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1152 Rz 18.

⁶⁰⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/224; siehe auch OGH 04.12.1996, 9 ObA 2267/96i, ZAS 1997, 175 (*Steininger*); OGH 25.11.1998, 9 ObA 249/98b; OGH 20.03.2003, 8 ObA 167/02w.

6.1.3. Kollektivvertragszugehörigkeit von Book a Tiger

Wie bereits im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse ausgeführt, handelte es sich bei den Verhältnissen zwischen den für Book a Tiger tätigen Reinigungskräften und der Plattform um Arbeitsverhältnisse. Folgt man dem **funktionalen Konzept des/der ArbeitgeberIn** nach *Prassl/Risak*, und den sich daraus ergebenden geteilten Verantwortlichkeiten⁶⁰⁹, wäre der Plattform neben der Verantwortlichkeit für die Überwachung und Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen und der Entgegennahme von Urlaubsanträgen und Krankenstandsmeldungen auch die Verantwortlichkeit für die Einhaltung von Mindestlohnbestimmungen zugekommen, da es auch die Plattform war, die die Entlohnung der Reinigungskräfte übernahm (siehe dazu ausführlich im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse unter Punkt 4.3.7.). Gegenüber den KundInnen schuldete die Plattform die Erbringung der gesamten Reinigungsdienstleistung und nicht bloß einer „Vermittlung“ von Reinigungskräften. Dies deshalb, da die Plattform Book a Tiger ein Erklärungsverhalten setzte, das dazu führte, dass KundInnen damit rechnen mussten, direkt mit der Plattform zu kontrahieren. Bei den geschuldeten Dienstleistungen handelte es sich dabei zweifellos um **Reinigungsdienstleistungen in Privatwohnungen bzw Büroräumlichkeiten**.

6.1.3.1. Qualifikation der Tätigkeit von Book a Tiger

So könnte es sich bei der von Book a Tiger ausgeübten Tätigkeit einerseits um das gem § 94 Z 13 GewO als reglementiertes Gewerbe zu qualifizierende **Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung** gehandelt haben, andererseits um das **freie Gewerbe der Hausbetreuung**, das auch auf der Bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe angeführt ist.

Welche Tätigkeiten vom **freien Gewerbe der Hausbetreuung** umfasst sind, lässt sich dem Anhang der Bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe entnehmen. So fallen unter die innerhalb dieses Gewerbes zulässigen Reinigungstätigkeiten etwa das Fensterputzen, „soweit dieses vom Boden aus bzw durch Inanspruchnahme von Hilfen zum Hochsteigen bewerkstelligt werden kann“ und das Reinigen von Wohnungen „nach Art der

⁶⁰⁹ Siehe oben im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse bzw *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 39.

Hausfrau oder des Hausmannes unter Einsatz der in Haushalten üblicherweise verwendeten Reiniger und Geräte“.⁶¹⁰ Ausgenommen sind Tätigkeiten, die dem reglementierten Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung vorbehalten sind, etwa die Fassaden- oder die Büroreinigung. In das Gewerbe der Hausbetreuung fallen daher nur vergleichsweise **einfache Reinigungstätigkeiten**.

Für die von Book a Tiger durchgeführten Reinigungstätigkeiten in Privatwohnungen bedeutet das meines Erachtens, dass diese dem **freien Gewerbe der Hausbetreuung** zu unterstellen gewesen wären, insbesondere, da von den eingesetzten Reinigungskräften die Reinigungsmittel und -geräte der KundInnen zur Erbringung der Dienstleistung benutzt wurden bzw die Reinigungsdienstleistung von ihrem Inhalt her wohl kaum über die im Rahmen einer Haushaltsführung **üblichen Handlungen** hinausgingen. Meines Erachtens handelte es sich bei den von Book a Tiger für Privatwohnungen angebotenen und in diesen durchgeführten Reinigungen also bloß um solche „nach Art der Hausfrau oder des Hausmannes“.

6.1.3.2. Anwendbarer Kollektivvertrag

Da Book a Tiger jedoch auch die Durchführung von Reinigungen in Unternehmens- bzw Büroräumlichkeiten anbot, die Büroreinigung jedoch nicht unter das Gewerbe der Hausbetreuung fällt, wäre auch das **reglementierte Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung** einschlägig gewesen. Dieses wird von der WKO in der „Bundesinnung Chemische Gewerbe und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger“ innerhalb der Sparte Gewerbe und Handwerk organisiert.⁶¹¹ Es bestehen ein **Rahmen-KV**⁶¹² und eine dazugehörige, jedoch separat abgeschlossene **Lohnvereinbarung**, die Fragen des Mindestlohns regelt. Gem § 2 Abs 2 des Rahmen-KV bzw gem ebenfalls § 2 Abs 2 der Lohnvereinbarung gelten beide Vereinbarungen sowohl für „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger und alle sonstigen, nicht ausdrücklich einem anderen Fachverband

⁶¹⁰ Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe (2017) 25, abrufbar unter <https://www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/default.aspx> (16.03.2018, 13:44).

⁶¹¹ <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/chemische-gewerbe/denkmal-fassade-gebaeude/start.html> (18.3.2018, 10:42).

⁶¹² Abrufbar etwa unter <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/reinigungsgewerbe-kollektivvertrag-arbeiter-2018.pdf> (5.5.2018, 08:23).

zugehörigen Reinigungsgewerbe“ einerseits, als **auch für „Hausbetreuungstätigkeiten“** andererseits.

6.1.3.3. Anwendbare Mindestlohnvorschriften

In § 3 lit A der Lohnvereinbarung wird zwischen unterschiedlichen **Lohngruppen**, die sich an den jeweils von den ArbeitnehmerInnen zu erbringenden Tätigkeiten orientieren, differenziert. So gehören etwa ArbeitnehmerInnen, „welche Hausbetreuungs- und/oder Reinigungstätigkeiten in Wohnhausanlagen, Privatwohnhäusern und Privatwohnungen verrichten“, der Lohngruppe 4 an. In diese Kategorie wären meines Erachtens jene Reinigungskräfte von Book a Tiger einzuordnen gewesen, die **Reinigungsdienstleistungen im privaten Umfeld** erbrachten. Ihnen hätte, sofern Book a Tiger den Betrieb in Österreich aufrecht erhalten hätte, gem § 3 lit D der Lohnvereinbarung zumindest ein **Bruttostundenlohn von EUR 9,11 ab 1.1.2018** gebührt. Wurden Reinigungsarbeiten „in Industrie- und Gewerbebetrieben, Fabriken, Bürohäusern, Verwaltungsgebäuden, in Verkehrsmitteln und Verkehrseinrichtungen, Tourismus- und Freizeiteinrichtungen oder auf anderen vergleichbaren Arbeitsstellen“ durchgeführt, wären die diese Arbeiten vornehmenden Personen in die Lohngruppe 6 einzuordnen gewesen. In diese Kategorie wären daher jene Beschäftigten von Book a Tiger, die **Reinigungen in Büroräumlichkeiten** vornahmen, zu fassen gewesen. Der Mindestbruttostundenlohn für die Angehörigen der Lohngruppe 6 beträgt gem § 3 lit D der Lohnvereinbarung **EUR 8,68 ab 1.1.2018**.

Im Fall von Book a Tiger ist jedoch nicht auszuschließen, dass der/die selbe ArbeitnehmerIn sowohl für Reinigungsarbeiten im Privatbereich, als auch in Büroräumlichkeiten eingesetzt wurde. Fraglich ist somit, in welche Lohngruppe ArbeitnehmerInnen in diesem Fall einzuordnen gewesen wären. Weder Lohnvereinbarung noch Rahmen-KV enthalten dazu Regelungen, meines Erachtens ist daher wohl die Bestimmung des § 10 ArbVG heranzuziehen, der zufolge bei der Beschäftigung eines/einer ArbeitnehmerIn in zwei oder mehr Betrieben eines/einer ArbeitnehmerIn, für die unterschiedliche Kollektivverträge gelten, jener Kollektivvertrag Anwendung findet, der der **überwiegend ausgeübten Beschäftigung** entspricht. Zur Beantwortung der Frage, in welche Lohngruppe die Reinigungskräfte bei Book a Tiger jeweils einzuordnen gewesen wären, ist daher wohl auf das **zeitliche Überwiegen** abzustellen. Verbrachte eine Reinigungskraft bei Book a Tiger den Großteil ihrer Arbeitszeit mit der Durchführung von

Reinigungsarbeiten in Büros, erscheint eine Einordnung in Lohngruppe 6 sinnvoll, andernfalls wäre eine Einordnung in Lohngruppe 4 geboten gewesen.

6.1.3.4. Weitere zur Anwendung kommende Vergütungen

Im Fall von Book a Tiger besonders relevant erscheint auch die im zur Anwendung kommenden Rahmen-KV vorgesehene **Fahrtkostenvergütung**. So sieht § 9 Abs 1 des KV für jene ArbeitnehmerInnen, „welche an zwei oder mehreren verschiedenen oder mehrmals an gleichen Arbeitsstellen innerhalb eines Tages ihre Arbeitsleistungen erbringen“ die Vergütung der Fahrtkosten für die zweite und die weiteren Hin- und Rückfahrten mittels des tarifgünstigsten Verkehrsmittels vor, sofern der Transfer nicht auf Kosten des Unternehmens erfolgt. ArbeitnehmerInnen, deren wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr als 25 Stunden beträgt, erhalten gem § 9 Abs 2 des KV grundsätzlich eine Vergütung ihrer Fahrtkosten. Da die ArbeitnehmerInnen von Book a Tiger die KundInnen zu Hause aufsuchen mussten, um dort die Reinigungshandlungen vornehmen zu können, wird es regelmäßig vorgekommen sein, dass nicht nur Fahrtwege zur An- und Abreise anfielen, sondern nach Durchführung einer Reinigung von wenigen Stunden auch von einem/einer KundIn zum/zur nächsten gereist werden musste. In solchen Fällen gebührt die Fahrtkostenvergütung gem § 9 des Rahmen-KV.

6.1.3.5. Alternativer Lösungsweg

Folgt man einer anderen als der hier vertretenen Auffassung und geht vom Vorliegen einer direkten Vertragsbeziehung zwischen Reinigungskraft und KundInnen aus, so ist für den Fall der Erbringung von Reinigungsdienstleistungen in einem Privathaushalt aufgrund der mangelnden Kollektivvertragsfähigkeit von Privatpersonen **kein Kollektivvertrag anwendbar** und kann auch gar nicht abgeschlossen werden. Aus diesem Grund können gem § 22 ArbVG für Gruppen von ArbeitnehmerInnen, für die mangels kollektivvertragsfähiger Körperschaften auf ArbeitgeberInnenseite keine Kollektivverträge abgeschlossen werden können, auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf ArbeitnehmerInnenseite vom Bundeseinigungsamt **Mindestlohntarife** im Wege einer Verordnung festgesetzt werden.⁶¹³

⁶¹³ Siehe auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/187f.

Geht man von Privatpersonen als ArbeitgeberInnen der Reinigungskräfte aus, kommt daher meines Erachtens der **Mindestlohn tarif für HausbetreuerInnen**⁶¹⁴ zur Anwendung. Da die betreffenden Reinigungskräfte ausschließlich Reinigungsarbeiten durchführten, wären sie gem § 11 Abs 1 des Mindestlohntarifs in die Lohngruppe 1 einzustufen gewesen. Der Bruttostundenlohn der Lohngruppe 1 beträgt gem § 3 des Mindestlohntarifs **EUR 10,02**.

6.1.3.6. Ergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass, geht man vom Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen der Plattform und den Reinigungskräften aus, Book a Tiger dem **Kollektivvertrag für die Reinigungsgewerbe** hätte unterliegen müssen. Die Höhe des kollektivvertraglich vereinbarten Mindestlohnes der Beschäftigten hängt von der jeweiligen **Einordnung in eine Lohngruppe** ab, wobei für Reinigungskräfte, die vorwiegend Reinigungstätigkeiten in Bürogebäuden vornahmen, ab 1.1.2018 ein **Bruttostundenlohn von EUR 8,68**, für jene Reinigungskräfte, die ihre Arbeit in Privatwohnungen erbrachten, ein **Bruttostundenlohn von EUR 9,11** zur Anwendung gekommen wäre.

6.1.4. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend zeigt sich, je nach untersuchtem Fallbeispiel, ein **differenziertes Bild**. Hinsichtlich der Beschäftigten bei Uber werden grundsätzlich beide in Frage kommenden Gewerbe, das Taxi-, sowie das Mietwagengewerbe, im selben Kollektivvertrag erfasst und es gilt für beide Gewerbe auch ein monatlicher Bruttomindestlohn in derselben Höhe. Die gewerberechtliche Qualifikation der Tätigkeit von Uber als dem Mietwagengewerbe zugehörig führt lediglich aufgrund einer im Kollektivvertrag vorgesehenen Differenzierung bei der Anzahl der wöchentlichen Normalarbeitsstunden (45 im Mietwagen-, 55 im Taxigewerbe) zu einer günstigeren Stellung der Beschäftigten bei einer Qualifikation von Uber als Mietwagenunternehmen.

⁶¹⁴ Mindestlohn tarif für HausbetreuerInnen BGBl II 2017/317.

Die Tätigkeit der Online-Plattform Foodora ist gewerberechtlich **als Botendienst zu qualifizieren** und auch als solcher im Gewerberegister eingetragen. Für Botendienste gilt grundsätzlich der Kollektivvertrag für das Kleintransportgewerbe, dieser beschränkt sich jedoch auf die Zustellertätigkeit mittels Kraftfahrzeugen. Aufgrund ihrer Eigenschaft als FahrradkurierInnen unterfallen die Beschäftigten von Foodora diesem Kollektivvertrag jedoch nicht, weshalb **ein anwendbarer Kollektivvertrag fehlt**. An kollektivvertraglichen Mindestlohnvorschriften mangelt es daher ebenso, weshalb die Vertragsparteien die Höhe des Entgelts per Einzelvertrag grundsätzlich **frei festsetzen** können. Die einzige Grenze bildet dabei die Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB wegen Lohnwuchers.

Im Hinblick auf die Plattform Book a Tiger ist, geht man von einem Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und Reinigungskräften aus, festzustellen, dass von der Plattform Reinigungsdienstleistungen angeboten und geschuldet wurden. Zu differenzieren ist dabei zwischen dem **freien Gewerbe der Hausbetreuung** einerseits und dem **reglementierten Gewerbe der der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung** andererseits, wobei die Tätigkeit von Book a Tiger als dem freien Gewerbe der Hausbetreuung zuzurechnen war, soweit es sich um relativ einfache Reinigungstätigkeiten in Privaträumlichkeiten handelte, das reglementierte Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung jedoch dann vorlag, wenn Reinigungstätigkeiten in Büroräumlichkeiten durchgeführt wurden. Für beide Gewerbe kommt grundsätzlich der selbe Kollektivvertrag der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger zur Anwendung, wobei hinsichtlich der von den Reinigungskräften vorgenommenen Tätigkeiten eine **Differenzierung nach Lohngruppen** vorzunehmen ist. Dabei erweist sich der Bruttostundenlohn für Tätigkeiten im privaten Umfeld als geringfügig höher als jener für Reinigungstätigkeiten in Büroräumlichkeiten.

6.2. Arbeitszeit

6.2.1. Grundsätzliches zur Arbeitszeit

Das Arbeitszeitrecht ist als Teil des öffentlich-rechtlichen ArbeitnehmerInnen-Schutzrechts anzusehen, das die ArbeitnehmerInnen und ihre Gesundheit vor der übermäßigen Inanspruchnahme durch ArbeitgeberInnen schützen soll. Im Zentrum steht dabei der **Schutz der ArbeitnehmerInnen vor überlangen Arbeitszeiten** und das Ziel, den ArbeitnehmerInnen Freizeit zu gewähren. Daneben kommen im Arbeitszeitrecht auch

arbeitsmarktpolitische und wirtschaftliche Überlegungen zum Tragen. Die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften wird durch die Arbeitsinspektorate kontrolliert und eventuelle Verletzungen durch Verwaltungsstrafen sanktioniert.⁶¹⁵

Risak zufolge habe Eingrenzung des Arbeitstages **freiheitsbegründende Wirkung**, da den Arbeitenden so erst die Möglichkeit gegeben würde, ihre Zeit anders als zur Arbeit zu nutzen. Es würden dadurch Freiräume geschaffen, dass der Verkauf bestimmter Zeiten als „Arbeitszeit“ verboten und die Arbeitenden so gezwungen seien, diese Zeiten anders als für Erwerbsarbeit zu nutzen. Bestimmte Zeiten würden so „entökonomisiert“, vom Verwertungsdruck ausgenommen und den Menschen zu Zwecken der Erholung und vor allem auch der Selbstverwirklichung, etwa in Form des Zusammenlebens mit anderen Personen, der (Aus-)Bildung, der Betreuung von Kindern und anderen Familienangehörigen, sowie der ehrenamtlichen, künstlerischen und politischen Betätigung zur Verfügung gestellt. Der staatlichen Regulierung der Arbeitszeit im Sinne einer Einschränkung der Privatautonomie komme somit **emanzipatorischer Charakter** zu.⁶¹⁶

Die zentralen Regelungen des Arbeitszeitrechts finden sich insbesondere im **Arbeitszeitgesetz (AZG)**⁶¹⁷ und im **Arbeitsruhegesetz (ARG)**⁶¹⁸. Den darin enthaltenen öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften kommt jedoch insofern auch **privatrechtliche Bedeutung** zu, weil sie den zulässigen Inhalt privatrechtlicher Vereinbarungen begrenzen. So sind einzelvertragliche Regelungen, oder Weisungen des/der ArbeitgeberIn, die im Widerspruch zu den gesetzlichen Arbeitszeitvorschriften stehen, gem § 879 ABGB nichtig⁶¹⁹, kollektivrechtliche Regelungen hinsichtlich der gesetzlichen Vorschriften widersprechenden Bestimmungen teilnichtig.⁶²⁰

⁶¹⁵ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/363; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 154f; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 318f.

⁶¹⁶ Risak, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung – Gesundheitsschutz – Emanzipation – Arbeitsmarktpolitik, ZAS 2015, 127 (128); siehe auch Risak, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, Momentum Quarterly 2016/2, 75.

⁶¹⁷ AZG BGBl I 2018/53.

⁶¹⁸ ARG BGBl I 2018/53.

⁶¹⁹ So auch OGH 11.01.1995, 9 ObA 7/95, SZ 68/4.

⁶²⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 156.

6.2.1.1. Anwendungsbereich des AZG

Das AZG umfasst von seinem persönlichen Anwendungsbereich her mit seinem § 1 Abs 1 grundsätzlich **alle ArbeitnehmerInnen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben**, jedoch sieht § 1 Abs 2 AZG zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz vor, darunter etwa jene ArbeitnehmerInnen, die in einem Arbeitsverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, HeimarbeiterInnen und „leitende Angestellte“. Seit der mit 1.9.2018 in Kraft getretenen AZG-Novelle weiters ausgenommen sind auch „nahe Angehörige“ des/der ArbeitgeberIn (§ 1 Abs 2 Z 7 AZG) sowie „sonstige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, denen maßgebliche selbstständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist und deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der besonderen Merkmale der Tätigkeit a) nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder b) von diesen ArbeitnehmerInnen bzw Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann“ (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG).

6.2.1.1.1. Lehre und Rechtsprechung

Zur Gruppe der **leitenden Angestellten** gezählt wurden vor der AZG-Novelle 2018⁶²¹ (zuvor lautete der Text des § 1 Abs 2 Z 8 AZG: „leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind“⁶²²) jene Angestellte, mit deren Leitungsfunktionen eine strenge Begrenzung des Ausmaßes und der Verteilung der Arbeitszeit schwer zu vereinbaren gewesen wäre, die sich ihre Arbeitszeit meist weitgehend selbst einteilen konnten und deswegen und wegen des gewöhnlich bezogenen hohen Entgelts **weniger schutzwürdig** erschienen.⁶²³ Maßgebliche Führungsaufgaben lagen dann vor, wenn dem/der ArbeitnehmerIn **Vorgesetztenfunktion** zukam oder er/sie über **wesentliche Dispositionsbefugnisse** auf kaufmännischem oder technischem Gebiet verfügte⁶²⁴, wobei es dabei auf den faktischen Einfluss und die Funktion⁶²⁵ des/der ArbeitnehmerIn ankam. Überdies mussten die Aufgaben **selbstverantwortlich**, das heißt,

⁶²¹ BGBl I 2018/53.

⁶²² AZG BGBl I 2017/127.

⁶²³ Pfeil in ZellKomm³ § 1 AZG Rz 24; so auch OGH 08.09.1993, 9 ObA 146/93, ecolex 1993, 846 = WBl 1994, 162 = DRdA 1994, 332 (Eypeltauer); OGH 08.10.2003, 9 ObA 110/03x, RdW 2004, 112 = ecolex 2004, 131 (Windisch-Graetz) = ARD 5474/6/04 = Arb 12.363.

⁶²⁴ Pfeil in ZellKomm³ § 1 AZG Rz 25; siehe auch OGH 16.12.1992, 9 ObA 268/92, DRdA 1993, 463 (Grillberger).

⁶²⁵ OGH 22.02.1983, 4 Ob 94/82, DRdA 1987, 136 (Holzner) = Arb 10.219; OGH 17.06.1992, 9 ObA 110/92, SZ 65/93 = ZAS 1993, 131 (Windisch-Graetz) = DRdA 1993, 38 (Mosler) = WBl 1992, 366.

ohne Bindung an Detailweisungen und ohne laufende Kontrolle der Arbeitstätigkeit⁶²⁶ durchgeführt werden. Ob der im Zuge der AZG-Novelle 2018 geänderte Gesetzeswortlaut des § 1 Abs 2 Z 8 AZG auch eine geänderte Rechtsprechung zum Begriff des/der leitenden Angestellten nach sich ziehen wird, ist zum Zeitpunkt der Fertigstellung der vorliegenden Arbeit noch nicht abschätzbar. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zur EU-Arbeitszeitrichtlinie⁶²⁷ werden Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AZG wohl jedoch weiterhin nur unter engen Voraussetzungen möglich sein.

6.2.1.2. Arbeitszeitbegriff

Den wohl wichtigsten Begriff im Arbeitszeitrecht stellt jener der **Arbeitszeit** dar. So definiert § 2 Abs 1 Z 1 AZG die Arbeitszeit als jene Zeit „**vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen**“. Dabei geht es um jene Zeit, während der der/die ArbeitnehmerIn seine/ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellt bzw der/die ArbeitgeberIn die Freizeit des/der ArbeitnehmerIn in Anspruch nimmt.⁶²⁸ Die Arbeitszeit **beginnt mit der Aufnahme der vereinbarten Arbeit** bzw mit dem Zeitpunkt ab dem der/die ArbeitnehmerIn dem/der ArbeitgeberIn zur Verfügung steht.⁶²⁹ Nach wohl richtiger Auffassung von *Gerhartl*⁶³⁰ sei es dabei irrelevant, ob die Arbeit zu Hause oder an der Betriebsstätte erbracht wird, wie es generell keine Voraussetzung für das Vorliegen von Arbeitszeit darstelle, dass die betreffende Tätigkeit an einem bestimmten Ort ausgeübt wird. Unter dem Begriff der **Tagesarbeitszeit** ist gem § 2 Abs 1 Z 2 AZG jene Arbeitszeit zu verstehen, die innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von 24 Stunden erbracht wird, **Wochenarbeitszeit** bildet gem § 2 Abs 1 Z 3 AZG die Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraumes von Montag bis einschließlich Sonntag.

6.2.1.3. Normalarbeitszeit

§ 3 Abs 1 AZG formuliert als Grundregel, dass die **tägliche Normalarbeitszeit acht Stunden**, die **wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden** beträgt, wobei gem § 4 Abs 1 AZG durch Kollektivvertrag auch eine tägliche Normalarbeitszeit von zehn Stunden

⁶²⁶ Pfeil in ZellKomm³ § 1 AZG Rz 26; OGH 16.12.1992, 9 ObA 268/92, DRdA 1993, 463 (*Grillberger*).

⁶²⁷ Siehe EuGH 14.10.2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère / Ministère du Travail*; EuGH 26.07.2017, C-175/16, *Hälvä et al / SOS-Lapsikyläry*.

⁶²⁸ Pfeil in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 2.

⁶²⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/368; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 324f.

⁶³⁰ Gerhartl, Was zählt als Arbeitszeit? ecolex 2015, 693 (694).

zugelassen werden kann, wobei die wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden nicht überschreiten darf. Durch Kollektivvertrag können jedoch auch **niedrigere als die im Gesetz definierten** Höchstgrenzen festgelegt werden.⁶³¹ Bei Überschreitung der gesetzlichen Normalarbeitszeit liegt **Überstundenarbeit** vor, die gem § 10 Abs 1 AZG mit Zuschlägen zu entlohnen ist. Wurde jedoch die wöchentliche Normalarbeitszeit durch einen Kollektivvertrag oder eine Einzelvereinbarung unter die gesetzliche Normalarbeitszeit heruntersgesetzt, so bilden die **Differenzstunden** zwischen vereinbarter und gesetzlicher Normalarbeitszeit keine Überstunden, für die daher auch keine Überstundenzuschläge zu bezahlen sind. Selbiges gilt für **Mehrarbeitsstunden**, die Teilzeitbeschäftigte erbringen und die die gesetzlichen Grenzen der Normalarbeitszeit allerdings nicht überschreiten.⁶³²

6.2.1.4. Möglichkeiten der Normalarbeitszeitflexibilisierung

Die Verteilung der Normalarbeitszeit muss nicht stets der Grundregel des § 3 Abs 1 AZG (acht Stunden täglich, 40 Stunden wöchentlich) entsprechen. Daneben besteht eine **Reihe von alternativen Möglichkeiten der Normalarbeitszeitverteilung**, deren Bedingungen insbesondere in den §§ 4-4c AZG geregelt sind. Hervorzuheben sind etwa das Modell der **Wochendurchrechnung**, bei dem zur Ermöglichung eines längeren Freizeitblocks die Normalarbeitszeit an einzelnen Tagen verkürzt und die ausgefallene Arbeitszeit auf die übrigen Tage der Woche verteilt wird, wobei die tägliche Normalarbeitszeit neun Stunden nicht überschreiten darf (§ 4 Abs 2 AZG) sowie die regelmäßige Verteilung der gesamten Wochenarbeitszeit auf vier Tage zur Erreichung einer **Viertagewoche**, wobei in diesem Fall eine tägliche Normalarbeitszeit von zehn Stunden zulässig ist (§ 4 Abs 8 AZG). Weiters bestehen Modelle, die mit **mehrwöchigen Durchrechnungszeiträumen** operieren, die ungleichmäßige Verteilung von Normalarbeitszeit über längere Zeiträume wird somit möglich, ohne dass Überstunden anfallen (§ 4 Abs 4-6 AZG).⁶³³

Eine Sonderstellung bei den Möglichkeiten der Normalarbeitszeitflexibilisierung kommt der in § 4b AZG geregelten sog „**gleitenden Arbeitszeit**“ zu. Diese bildet eine Form

⁶³¹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 330.

⁶³² Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 168; siehe auch schon OGH 31.10.1967, 4 Ob 48/67, SZ 40/139 = EvBl 1968/238, 396 = ZAS 1968, 152 (Tomandl) = Arb 8469.

⁶³³ Siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/382ff; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 164ff; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 333ff.

der Arbeitszeiteinteilung, bei der die ArbeitnehmerInnen innerhalb eines vereinbarten zeitlichen Rahmens den Beginn und das Ende (und somit in vielen Fällen auch den Umfang) der täglichen Arbeitszeit **selbst bestimmen** können. Den ArbeitnehmerInnen wird so Zeitsouveränität übertragen, seit einer mit 1. September 2018 in Kraft getretenen Novelle⁶³⁴ sieht § 4b Abs 4 AZG jedoch vor, dass die tägliche Normalarbeitszeit in der Gleitzeit zwar auf bis zu zwölf Stunden ausgeweitet werden darf, jedoch nur dann, wenn die Gleitzeitvereinbarung vorsieht, dass angewachsenes Zeitguthaben ganztägig verbraucht werden kann und ein Verbrauch in Zusammenhang mit einer wöchentlichen Ruhezeit nicht ausgeschlossen ist. Die wöchentliche Normalarbeitszeit von 40 Stunden darf weiterhin im Durchschnitt nur insoweit überschritten werden, als Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben vorgesehen sind. Jedenfalls zu beachten ist die seit 1. September 2018 geltende **gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeitgrenze** (siehe dazu unten) von 60 Stunden. Ergibt eine rückblickende Betrachtung am Ende der festzulegenden Gleitzeitperiode, dass der Durchschnitt von 40 Stunden wöchentlich überschritten wurde, liegt (zuschlagspflichtige) Überstundenarbeit vor, sofern diese Mehrarbeitszeiten wegen Überschreitung des Höchstausmaßes übertragbarer Zeiten nicht in die nächste Periode übertragbar sind.⁶³⁵ Die Anwendung des Modells der gleitenden Arbeitszeit muss in Betrieben, in denen ein Betriebsrat errichtet ist, jedenfalls durch **Betriebsvereinbarung** geregelt werden. Besteht kein Betriebsrat, ist die Anwendung durch schriftliche Vereinbarung zu regeln (§ 4b Abs 2 AZG).⁶³⁶

6.2.2. Arbeitszeit in der Plattformökonomie

Im Hinblick auf die Beschäftigten in der Plattformökonomie ergibt sich eine Reihe **besonderer arbeitszeitrechtlicher Problemstellungen**. Diese ergeben sich vielfach aus dem Widerspruch zwischen den gesetzlichen Regeln über die Arbeitszeit, deren Sinn insbesondere darin besteht, der ökonomischen Verwertung der Arbeitskraft zeitliche Grenzen zu setzen und der für die Plattformökonomie typischen **großen zeitlichen Flexibilität der Arbeitenden**. Bei der Darstellung der besonders im Rahmen der Plattformökonomie auftretenden Probleme wird wiederum vielfach zwischen den bereits

⁶³⁴ BGBl I 2018/53.

⁶³⁵ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 167; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 339.

⁶³⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/547; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 167f; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ 340.

bekannten Fallbeispielen Uber, Foodora und Book a Tiger und ihren Geschäftsmodellen zu differenzieren sein.

6.2.2.1. Qualifikation von Zeiten

Zunächst ist zu fragen, welche Zeiten innerhalb der (oft sehr kurzen) Vertragsverhältnisse zwischen den Plattform-ArbeiterInnen und der Plattform überhaupt als Arbeitszeit zu qualifizieren sind und, in der Folge, ob stets vom Vorliegen von Vollarbeitszeit ausgegangen werden kann oder ob es sich mitunter um Zeiten verminderter Arbeitsintensität, die **qualitativ zwischen Vollarbeit und Ruhezeit** liegen⁶³⁷, handelt.

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Vollarbeitszeit und den einzelnen Formen geringerer Arbeitsintensität nicht nur in arbeitszeit- sondern insbesondere auch in **entgeltrechtlicher Hinsicht**.⁶³⁸ So kann etwa für Zeiten der Arbeitsbereitschaft ein geringeres Entgelt oder sogar Unentgeltlichkeit festgelegt werden, sofern dies im zur Anwendung kommenden Kollektivvertrag, bzw bei Nichtbestehen eines Kollektivvertrages im Einzelvertrag, vorgesehen ist.⁶³⁹ Aus der Tatsache, dass die Rufbereitschaft nicht zur Arbeitszeit zu zählen ist, kann nicht schon grundsätzlich abgeleitet werden, dass sie unentgeltlich geleistet werden muss, wenngleich sie geringer entlohnt werden kann als die Vollarbeitszeit.⁶⁴⁰ Letzteres gilt aufgrund des gegenüber der Vollarbeitszeit geringeren Grades der Beanspruchung des/der ArbeitnehmerIn grundsätzlich auch für passive Reisezeiten.⁶⁴¹

6.2.2.1.1. Arbeitsbereitschaft

Eine Erscheinungsform von Zeiten geringerer Arbeitsintensität bildet die **Arbeitsbereitschaft**, die ebenfalls zur Arbeitszeit zählt. Das AZG sieht im Zusammenhang mit der Arbeitsbereitschaft Möglichkeiten zur **Ausweitung der Normalarbeitszeit** vor. So kann gem § 5 Abs 1 AZG die tägliche Normalarbeitszeit auf 12 Stunden, die wöchentliche Normalarbeitszeit auf 60 Stunden ausgedehnt werden, sofern ein Kollektivvertrag oder, in

⁶³⁷ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 159; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 325ff.

⁶³⁸ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 329.

⁶³⁹ OGH 15.07.1986, 14 Ob 114/86.

⁶⁴⁰ OGH 18.03.1992, 9 ObA 53/92, EvBl 1992/177, 763 = ZAS 1993, 104 (Andexlinger) = Arb 11.018 = WBl 1992, 259 = RdW 1992, 350; OGH 29.08.2002, 8 ObA 321/01s, SZ 2002/109.

⁶⁴¹ OGH 20.11.1973, 4 Ob 54/73, Arb 9166 = ZAS 1974, 213 (Rainer) = DRdA 1975, 50 (Dirschmied).

jenen Fällen, in denen für die betroffenen ArbeitnehmerInnen kein Kollektivvertrag besteht oder der Kollektivvertrag es zulässt, eine Betriebsvereinbarung, dies vorsehen und darüber hinaus in die Arbeitszeit des/der ArbeitnehmerIn **regelmäßig und in erheblichem Umfang** Arbeitsbereitschaft fällt.

6.2.2.1.1.1. Lehre und Rechtsprechung

Unter der Arbeitsbereitschaft werden nach der Rechtsprechung des EuGH⁶⁴² jene Zeiten verstanden, während derer sich der/die ArbeitnehmerIn **an einem vom/von der ArbeitgeberIn bestimmten Ort aufhalten und jederzeit bereit sein muss, gegebenenfalls sofort die geschuldete Leistung zu erbringen**. Bei der Arbeitsbereitschaft muss es sich jedoch um Zeiten handeln, während derer erfahrungsgemäß häufig mit der Arbeitsaufnahme zu rechnen ist, weshalb sich der/die ArbeitnehmerIn auch **ständig in arbeitsfähigem Zustand** zu halten hat und rasch einsatzfähig sein muss.⁶⁴³ Vollarbeitszeit und Arbeitsbereitschaft bilden gemeinsam die „**Kernarbeitszeit**“.⁶⁴⁴

Nach der Rechtsprechung des OGH⁶⁴⁵ liegt ein „erheblicher Umfang“ an Arbeitsbereitschaft als Voraussetzung für die Ausweitung der Normalarbeitszeit dann vor, wenn **zumindest ein Drittel** der Arbeitszeit auf Zeiten der Arbeitsbereitschaft entfällt. Besteht die Arbeitszeit überwiegend aus Arbeitsbereitschaft, stehen für die Beschäftigten besondere Erholungsmöglichkeiten zur Verfügung, stellt ein arbeitsmedizinisches Gutachten fest, dass keine verstärkte gesundheitliche Belastung der ArbeitnehmerInnen stattfindet und lässt es der Kollektivvertrag zu, erlaubt § 5a AZG sogar die Ausdehnung der täglichen Normalarbeitszeit auf bis zu 24 Stunden drei Mal wöchentlich.⁶⁴⁶

Vom OGH⁶⁴⁷ als **überholt und unzutreffend** erachtet wird das **ältere Verständnis der Arbeitsbereitschaft** als „Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“ bzw als Zustand der „wachen Achtsamkeit“, mit dem auch Beobachtungs- und Überwachungstätigkeiten in

⁶⁴² EuGH 21.02.2018, C-518/15, *Ville de Nivelles / Matzak*.

⁶⁴³ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 159f; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 326; siehe auch OGH 15.07.1986, 14 Ob 114/86.

⁶⁴⁴ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 160.

⁶⁴⁵ OGH 06.10.2005, 8 ObA 83/04w, infas 2006, 62/A19 = DRdA 2006, 150 = Arb 12.567 = DRdA 2007, 37 (*Schwarz*).

⁶⁴⁶ Siehe auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/409.

⁶⁴⁷ OGH 30.06.1994, 8 ObA 225/94.

den Begriff der Arbeitsbereitschaft einbezogen werden konnten, da derartige passive Tätigkeiten dem OGH zufolge auch **Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung** sein könnten und nicht zwangsläufig Arbeitsbereitschaft darstellen müssten. Vielmehr sei unter der Arbeitsbereitschaft der Aufenthalt an einem vom/von der ArbeitgeberIn bestimmten Ort mit der Bereitschaft zur jederzeitigen Aufnahme der Arbeitsleistung im Bedarfsfall zu verstehen.

6.2.2.1.2. Rufbereitschaft

Von der Arbeitsbereitschaft zu unterscheiden sind Zeiten der **Rufbereitschaft**, die keine Arbeitszeit bilden. So spricht § 20a AZG von „Rufbereitschaft außerhalb der Arbeitszeit“, woraus abzuleiten ist, dass Rufbereitschaften jedenfalls nicht zur Kernarbeitszeit zählen. Gleichzeitig sind sie jedoch **auch nicht als Ruhezeit zu werten**. Unter dem Begriff der Rufbereitschaft werden jene Zeiten verstanden, während derer sich der/die ArbeitnehmerIn nicht an einem vom/von der ArbeitgeberIn bestimmten Ort aufhalten muss, sondern den jeweiligen **Aufenthaltsort selbst wählen** darf, an diesem jedoch für den/die ArbeitgeberIn jederzeit **erreichbar** sein muss, um die geschuldete Arbeitsleistung bei Anforderung durch den/die ArbeitgeberIn erbringen zu können.⁶⁴⁸ Zwar sind Zeiten der Rufbereitschaft nicht zur Arbeitszeit zu zählen, dennoch bestehen **Beschränkungen durch Regelungen des AZG**. So darf Rufbereitschaft gem § 20a Abs 1 AZG grundsätzlich nur an zehn Tagen pro Monat vereinbart werden, sofern im zur Anwendung kommenden Kollektivvertrag zugelassen, darf Rufbereitschaft auch an 30 Tagen innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten vereinbart werden. § 6a ARG lässt die Vereinbarung von Rufbereitschaften nur während zwei wöchentlichen Ruhezeiten pro Monat zu.⁶⁴⁹

6.2.2.1.2.1. Lehre und Rechtsprechung

Über die Verwendung der Zeiten der Rufbereitschaft kann der/die ArbeitnehmerIn dem OGH⁶⁵⁰ zufolge somit **im Wesentlichen frei entscheiden**. Nach überzeugender Ansicht von *Windisch-Graetz*⁶⁵¹ sei die freie Wahl des Aufenthaltsortes jedoch auch bei der Rufbereitschaft **de facto eingeschränkt**, da der/die ArbeitnehmerIn damit rechnen müsse,

⁶⁴⁸ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 160f; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 327; siehe auch OGH 30.05.2007, 9 ObA 74/07h, ARD 5803/2/2007 = wbl 2007, 544 = Arb 12.682.

⁶⁴⁹ Siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 327.

⁶⁵⁰ OGH 19.06.1991, 9 ObA 96/91, ecolex 1991, 719 (*Mazal*).

⁶⁵¹ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 161.

die Arbeit innerhalb relativ kurzer Frist nach der Verständigung durch den/die ArbeitgeberIn am vereinbarten Arbeitsort aufzunehmen, weshalb der Übergang von Arbeitsbereitschaft zu Rufbereitschaft fließend sei. Auch *Grillberger*⁶⁵² betont im Hinblick auf den Übergang von der Rufbereitschaft zur Arbeitsbereitschaft, dass häufige Arbeitseinsätze zur Bewertung als Arbeitsbereitschaft führen könnten, da es auf die **Bezeichnung der Vereinbarung** als „Rufbereitschaft“ nicht ankomme. In Abgrenzung zur Arbeitsbereitschaft beschreibt *Schrank* die Rufbereitschaft als *„Bereitschaftszeiten, welche die Mindestintensität von Arbeitsbereitschaft nicht haben, dem Arbeitnehmer in erheblichem Umfang noch die freie Gestaltung im Rahmen dieser Zeit belassen und ihn lediglich zur Bereitschaft verpflichten, für den Arbeitgeber erreichbar zu sein und bei entsprechendem Ruf zur Arbeitsaufnahme unverzüglich in den Betrieb oder zu Kunden zu kommen oder von zu Hause oder seinem sonstigen Freizeitort aus direkt Arbeiten zu verrichten“*⁶⁵³. Auch nach der im Hinblick auf die EU-Arbeitszeitrichtlinie⁶⁵⁴ ergangenen **Rechtsprechung des EuGH**⁶⁵⁵ zählt die Rufbereitschaft nicht zur Arbeitszeit und erfordert von den ArbeitnehmerInnen zwar die ständige Erreichbarkeit, nicht jedoch die Anwesenheit am Arbeitsplatz.

6.2.2.1.3. Reisezeiten

Eine weitere Erscheinungsform von Zeiten geringerer Arbeitsintensität bilden **Reisezeiten**. Solche liegen gem § 20b Abs 1 AZG vor, wenn ein/eine ArbeitnehmerIn im Auftrag des/der ArbeitgeberIn vorübergehend den Arbeitsort verlässt, um an anderen Orten die vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen, sofern während der Reisezeiten keine Arbeitsleistung zu erbringen ist. Reisezeiten dieser Art werden als **passive Reisezeiten** bezeichnet, wobei bei der Frage, was als Arbeitsleistung während der Reisebewegung zu verstehen ist, wohl auf die **Intensität der Inanspruchnahme des/der ArbeitnehmerIn** abzustellen ist. Bei Reisezeiten handelt es sich um Arbeitszeit, da gem § 20b Abs 2 AZG durch Reisezeiten die Höchstarbeitsgrenzen (siehe dazu unten) überschritten werden dürfen und gem der Bestimmungen des § 20b Abs 3-5 leg cit die tägliche Ruhezeit (siehe dazu sogleich) zwei Mal pro Kalenderwoche durch Kollektivvertrag schon grundsätzlich auf acht

⁶⁵² *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ § 2 Rz 12.

⁶⁵³ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 20a AZG Rz 1.

⁶⁵⁴ RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABI L 299/9.

⁶⁵⁵ EuGH 03.10.2000, C-303/98, *Simap / Conselleria de Sanidad e Consumo de la Generalidad Valenciana*; EuGH 21.02.2018, C-518/15, *Ville de Nivelles / Matzak*; siehe auch *Grillberger* in *Grillberger*, AZG³ § 2 Rz 11.

Stunden bzw bei Vorliegen besonderer Erholungsmöglichkeiten noch weiter verkürzt werden kann, wobei die Grenzen der Normalarbeitszeit nicht verändert werden. **Aktive Reisezeiten** sind solche, während derer der/die ArbeitnehmerIn Arbeitsleistungen zu erbringen hat und rechtfertigen grundsätzlich keine Arbeitszeitausweitung bzw Ruhezeitverkürzung.⁶⁵⁶

Von der Reisezeit abzugrenzen ist die als **Wegzeit** bezeichnete Zeit, die der/die ArbeitnehmerIn für den Weg von der Wohnung oder einem sonstigen Ort, an dem die Freizeit verbracht wird, zur Arbeitsstätte und wieder zurück aufwendet. Diese gilt nach der Rechtsprechung⁶⁵⁷ grundsätzlich und selbst bei geteilten Diensten nicht als Arbeitszeit, weil sie **vor Dienstbeginn oder nach Dienstende** liegt. Anders ist die Situation jedoch dann zu beurteilen, wenn etwa schon während der Anreise der Arbeitseinsatz besprochen und Weisungen erteilt werden und der Arbeitsweg somit als **Teil der dienstlichen Verrichtung** anzusehen ist oder wenn die Fahrzeit Teil der dienstlichen Tätigkeit ist.⁶⁵⁸

6.2.2.1.4. Book a Tiger

Bei der Plattform Book a Tiger, die Reinigungsdienstleistungen anbot, ist die Frage nach der Qualifikation der Zeiten dahingehend zu beantworten, dass meines Erachtens das Arbeitsverhältnis der Reinigungskräfte grundsätzlich mit dem Eintreffen am Ort der Dienstleistungserbringung, nämlich der Wohnung bzw das Büro des/der KundIn, zu laufen begann und nach Abschluss der Arbeiten mit dem Wegfallen von Weisungs- und Kontrollmöglichkeiten endete (siehe dazu näher im Kapitel zur rechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse unter Punkt 4.3.4.). Die Dauer des einzelnen Arbeitsverhältnisses war somit **vollständig mit Arbeitszeit ausgefüllt**, wobei vom Vorliegen von Zeiten verminderter Arbeitsintensität innerhalb der kurzen Reinigungsdienstleistungen nicht auszugehen ist. Die bei den KundInnen verbrachten Zeiten sind somit im Ergebnis als **Vollarbeitszeit** zu qualifizieren.

⁶⁵⁶ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/542f; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 328.

⁶⁵⁷ OGH 05.10.1971, 4 Ob 72/71, SZ 44/152 = EvBl 1972/63, 104 = Arb 8910 = DRdA 1972, 257 (Klein); OGH 16.09.1986, 14 Ob 137/86, Arb 10.554; OGH 19.05.1993, 9 ObA 102/93, DRdA 1994, 53 (Spitzl) = RdW 1993, 373; OGH 29.04.2004, 8 ObA 36/04h, ARD 5519/4/04 = DRdA 2004, 468 = Arb 12.438; OGH 15.12.2009, 9 ObA 6/09m, ARD 6043/5/2010 = wbl 2010, 359/139 = ZAS-Judikatur 2010/66 = infas 2010, 93/A34 = DRdA 2010, 425 = Arb 12.862 = RdW 2010/450, 410 = ZAS 2011, 123 (Schränk, tabellarische Aufzählung) = DRdA 2011, 536 (Schindler); für weitere siehe auch RIS-Justiz RS0051331.

⁶⁵⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/541f.

Fraglich ist jedoch, wie der Anfahrtsweg zum Einsatzort zu qualifizieren ist und ebenso wie es zu beurteilen ist, wenn Reinigungskräfte **mehrere Aufträge an einem Tag knapp hinter einander** erledigten und sich somit **von einem Einsatzort zum nächsten** bewegten, ohne dass dazwischen echte Freizeit lag. Was den **(ersten) Anfahrtsweg** betrifft, so ist dieser meines Erachtens als **Wegzeit** anzusehen, die **grundsätzlich keine Arbeitszeit** darstellt.⁶⁵⁹

Anders könnten jedoch die Wege von einem Arbeitseinsatz zum nächsten zu beurteilen sein. Hinsichtlich der Frage der Fahrt von einem Einsatzort zum nächsten zur Erledigung mehrerer Aufträge hintereinander scheinen die für Book a Tiger tätigen Reinigungskräfte vergleichbar mit Berufsgruppen wie den **VertreterInnen, MonteurInnen oder BauarbeiterInnen**, die ebenfalls mit wechselnden Arbeitsorten konfrontiert sind.⁶⁶⁰

6.2.2.1.4.1. Lehre und Rechtsprechung

So existiert auch Rechtsprechung des OGH⁶⁶¹ in Bezug auf eine in einem Arbeitsverhältnis beschäftigte Reinigungskraft. Diese hatte Leistungen in **zwei unterschiedlichen Objekten** zu erbringen und wurde auch nur für die an beiden Orten durchgeführten, zeitlich klar abgegrenzten Reinigungszeiten bezahlt. Die Zeit, die die Reinigungskraft zur Verfügung hatte, um von einem Objekt zum anderen zu gelangen, war jedoch so **knapp bemessen**, dass an eine **freie Gestaltung des Weges** nicht zu denken war, sondern der kürzest mögliche gewählt werden musste. Nach Ansicht des OGH sei zwar richtig, dass die Reinigungskraft während dieser Zeiträume keine Reinigungsarbeiten verrichtete, durch den geringen zeitlichen Abstand zwischen der ersten und der zweiten Reinigungstätigkeit habe jedoch **keine Freizeit** bestanden, weshalb der Arbeitgeber auch während der zwischen den zu reinigenden Objekten liegenden Zeiten über die

⁶⁵⁹ Siehe dazu OGH 05.10.1971, 4 Ob 72/71, SZ 44/152 = EvBl 1972/63, 104 = Arb 8910 = DRdA 1972, 257 (Klein); OGH 16.09.1986, 14 Ob 137/86, Arb 10.554; OGH 19.05.1993, 9 ObA 102/93, DRdA 1994, 53 (Spitzl) = RdW 1993, 373; OGH 29.04.2004, 8 ObA 36/04h, ARD 5519/4/04 = DRdA 2004, 468 = Arb 12.438; OGH 15.12.2009, 9 ObA 6/09m, ARD 6043/5/2010 = wbl 2010, 359/139 = ZAS-Judikatur 2010/66 = infas 2010, 93/A34 = DRdA 2010, 425 = Arb 12.862 = RdW 2010/450, 410 = ZAS 2011, 123 (Schränk, tabellarische Aufzählung) = DRdA 2011, 536 (Schindler); für weitere siehe auch RIS-Justiz RS0051331.

⁶⁶⁰ Siehe dazu allgemein Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/037; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 328; Schränk, Arbeitszeitgesetz³ § 20b AZG Rz 12.

⁶⁶¹ OGH 30.04.2012, 9 ObA 47/11v, ARD 6241/2/2012 = wbl 2012, 462/173 = ecolex 2012, 718 = RdW 2012, 423 = EvBl-LS 2012/140 = DRdA 2012, 620 = infas 2012, 167/A59 = Arb 13.053 = ZAS 2013, 114 (Oberhofer, tabellarische Übersicht)

Reinigungskraft disponiert habe. Die Bewegung vom ersten Objekt zum zweiten könne auch nicht mit dem Weg von der Wohnung zur Arbeit verglichen werden, da ArbeitnehmerInnen bei der Gestaltung dieses Weges wesentlich größere Spielräume zukämen und sie im Prinzip bloß zu einer bestimmten Uhrzeit erscheinen müssten.

Auch nach Auffassung von *Schrank* bildeten unmittelbare Wege oder Fahrten zwischen zwei oder mehreren Arbeitsstellen oder Arbeitsorten bereits Arbeitszeit. Sie stellten eine **dienstliche Inanspruchnahme** dar, wenn sie auf Vorgaben des Arbeitgebers beruhen und dazwischen **keine nach Belieben verwendbare Freizeit** besteht.⁶⁶² Dies gelte bei Tätigkeiten, die mit dem direkten Aufsuchen von KlientInnen innerhalb eines bestimmten Vertragsgebietes verbunden sind, sicher für alle unmittelbaren Zwischenwege, wohl jedoch nicht für Direktfahrten von der Wohnung zum/zur ersten KlientIn und vom/von der letzten KlientIn zurück zur Wohnung oder zu einem sonstigen privaten Aufenthaltsort.⁶⁶³

6.2.2.1.4.2. Eigene Ansicht

Für die für Book a Tiger tätigen Reinigungskräfte könnte das in jenen Fällen, in denen eine Reinigungskraft **mehrere Reinigungsleistungen hintereinander** erbrachte, sich von einem Einsatzort zum nächsten begab und die dazwischen liegende Zeit so knapp ausfiel, dass eine **selbstbestimmte Gestaltung** dieser Zeit oder wenigstens des Weges zum nächsten Ort der Leistungserbringung nicht möglich war, bedeuten, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Reinigungskraft und Plattform über die einzelne Reinigungsdienstleistung hinaus **andauerte** und die zwischen zwei (oder mehreren) Arbeitseinsätzen liegenden Zeiten mitumfasste. An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Reinigungskräfte die von Book a Tiger angebotenen Arbeitseinsätze grundsätzlich frei ablehnen konnten. Bot die Plattform jedoch einer bestimmten Reinigungskraft mehrere Einsätze an, zwischen denen keine größeren zeitlichen Lücken bestanden, konnte von den Reinigungskräften wohl auch nicht die bewusste Ablehnung der angebotenen Einsätze verlangt werden und ist wohl von einem Andauern des Arbeitsvertrages über die konkrete Reinigungsleistung hinaus auszugehen.

⁶⁶² *Schrank*, Arbeitszeitgesetze³ § 2 AZG Rz 8.

⁶⁶³ *Schrank*, Arbeitszeitgesetze³ § 2 AZG Rz 12.

6.2.2.1.5. Über

Noch schwieriger stellt sich die Situation wohl bei der Plattform Uber (und wohl auch bei Foodora) dar. So ist die Tätigkeit der arbeitenden LenkerInnen abhängig von eintreffenden Aufträgen, die sich auf die Durchführung einer Beförderungsdienstleistung richten. Während die Erfüllung der angeforderten Dienstleistung meines Erachtens wohl als (Voll-)Arbeitszeit anzusehen ist, stellt sich zunächst die Frage, wie jene Zeiten zu qualifizieren sind, die **zwischen den einzelnen Aufträgen** liegen und die gewissermaßen die „Grundeinstellung“ der Arbeitstätigkeit darstellen, da die Aufgabe für die Arbeitenden darin besteht, sich für eintreffende Aufträge **bereit zu halten**. In vielen Fällen werden die Zeiten außerhalb der unmittelbaren Durchführung von Aufträgen wohl den überwiegenden Teil der Tätigkeit der LenkerInnen ausmachen. Relevant sind dabei jenen Zeiten, während derer auf das Eintreffen von Fahraufträgen gewartet wird. Es ist somit zu klären, ob es sich dabei um Vollarbeitszeit, oder um Zeiten niedrigerer Intensität, also um (zur Arbeitszeit zählende) Arbeitsbereitschaft oder um (nicht zur Arbeitszeit zählende) Rufbereitschaft handelt.

6.2.2.1.5.1. Stehzeiten

Fraglich ist zunächst, wie mit jenen Zeiten umzugehen ist, während derer LenkerInnen auf das Eintreffen von Aufträgen warten, also **nicht aktiv Fahrgäste befördern**. Angesichts der Pflicht zur Rückkehr in die Betriebsstätte⁶⁶⁴ können sich echte Wartezeiten wohl nur noch dort ergeben.

6.2.2.1.5.1.1. Rechtsprechung

Keine Arbeitszeit liegt nach Ansicht des OGH⁶⁶⁵ jedenfalls dann vor, wenn ein Taxilenker während sog „**Stehzeiten**“ frei über die betreffenden Zeiten verfügen kann und sich nicht für den/die ArbeitgeberIn bereithalten muss.⁶⁶⁶ Im gegenständlichen Fall war der Kläger als Lenker eines Transportunternehmens beschäftigt und transportierte regelmäßig

⁶⁶⁴ Siehe etwa *N.N.*, Uber-Fahrer mit höheren Auflagen wieder unterwegs, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000078760211/Uber-Fahrer-mit-hoeheren-Auflagen-wieder-unterwegs> (3.5.2018, 11:27).

⁶⁶⁵ OGH 25.04.2001, 9 ObA 28/01k, DRdA 2002, 299 (*Schwarz*).

⁶⁶⁶ Siehe auch *Pfeil* in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 13.

FlugpassagierInnen von Innsbruck und anderen Orten zum Flughafen München und wieder zurück, wobei die veranschlagte Durchschnittszeit pro Richtung drei Stunden ausmachte. Im Rahmen seiner Tätigkeit musste der Lenker sich stets 20 Minuten vor der geplanten Ankunft bestimmter Flüge mit zu transportierenden PassagierInnen an Bord am Schalter des Transportunternehmens am Flughafen einfinden, vielfach waren die erwarteten Flüge jedoch verspätet, weshalb die Abfahrt vom Flughafen München oft später stattfand als geplant. Die Zeit zwischen der Ankunft des Lenkers am Flughafen (also der Rückkehr von einem vorangegangenen Fahrtauftrag) und dem Zeitpunkt des Einfindens am Schalter vor Ankunft neuer PassagierInnen konnte der Lenker **nach eigenem Ermessen** nutzen, so durfte er etwa das Flughafengebäude verlassen, um einen nahegelegenen Badensee aufzusuchen oder einkaufen zu gehen. Aufgrund der Möglichkeit, nach Belieben über die Zeiten des Wartens zu disponieren, lag nach Ansicht des OGH **keine Arbeitszeit** vor.⁶⁶⁷

6.2.2.1.5.1.2. Eigene Ansicht

Bei der Tätigkeit von Uber-LenkerInnen zwischen der Durchführung von konkreten Aufträgen handelt es sich meines Erachtens jedoch nicht um Stehzeiten im Sinne der soeben wiedergegebenen Entscheidung bzw sind diese Zeiten **nicht mit Stehzeiten dieser Art gleichzusetzen**, wie grundsätzlich festzuhalten ist, dass das AZG den Begriff der „Stehzeit“ nicht kennt und eine allgemeingültige Definition somit nicht existiert. In der OGH-Entscheidung werden jene Zeiten als „Stehzeiten“ bezeichnet, in denen der Lenker auf die Ankunft von Flugzeugen und den darin befindlichen PassagierInnen wartet. Das würde im Fall von Uber zunächst jenen Zeiten entsprechen, in denen der/die LenkerIn auf die **Aufnahme eines/einer bestimmten KundIn**, der/die eine Beförderung angefordert hat, wartet. Dabei wird es sich bei Uber in der Regel höchstens um wenige Minuten handeln. Relevant sind bei Uber dagegen jene Zeiten, in denen LenkerInnen sich für das Eintreffen von Aufträgen, die ihnen durch die Plattform zugeteilt werden, bereithalten. Als „Stehzeiten“ wären im Fall von Uber somit jene Zeiten anzusehen, in denen die LenkerInnen **auf das Eintreffen von Aufträgen warten**.

Darüber hinaus erscheint mir der der zitierten OGH-Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt insofern **nicht mit der Situation von Uber-LenkerInnen vergleichbar**, als

⁶⁶⁷ Siehe OGH 25.04.2001, 9 ObA 28/01k, DRdA 2002, 299 (Schwarz).

der Lenker, der auf das Eintreffen von Flügen zu warten hatte, seine Wartezeit im Wesentlichen zur freien Verfügung hatte und sich nicht für den Arbeitgeber bereitzuhalten hatte. Auf Uber-LenkerInnen trifft es nicht zu, dass sie sich nicht für ihre ArbeitgeberIn, die Plattform, bereithalten müssen – vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Die Aufgabe während jener Zeiten, in denen LenkerInnen auf das Eintreffen von Aufträgen, die ihnen durch die Plattform zugeteilt werden, warten, besteht gerade darin, sich bereitzuhalten. Solange die LenkerInnen in die Uber-App eingeloggt sind (und solange daher meines Erachtens ein Arbeitsvertrag zwischen LenkerIn und Plattform besteht), **könnte jederzeit ein Auftrag eintreffen**, weshalb im Rahmen der Dienstleistungserbringung für Uber wohl **gar keine Stehzeiten** in dem Sinn, dass die LenkerInnen Zeiten zu ihrer freien Verfügung hätten, existieren.

6.2.2.1.5.2. Rufbereitschaft

Eine Qualifikation der Zeiten des Wartens auf Aufträge als Rufbereitschaft erscheint mir ebenso verfehlt, da die LenkerInnen ihre Beschäftigung während dieser Zeiten und ihren Aufenthaltsort **gerade nicht frei wählen** können. Sind sie in die Uber-App eingeloggt, so müssen die eintreffenden Aufträge auch angenommen werden⁶⁶⁸, wobei nach der infolge einer einstweiligen Verfügung kurzfristigen Betriebseinstellung von Uber in Österreich und der darauffolgenden Anpassung des Geschäftsmodells von einem öffentlichen Warten auf neue Aufträge in Form des Abfahrens von Straßenzügen, in denen mit einer hohen Auftragsdichte zu rechnen ist, **nicht mehr auszugehen** ist. Geht nicht bereits während der Erledigung eines Fahrauftrages ein neuer Auftrag zur Abholung von KundInnen an der Betriebsstätte ein, müssen die LenkerInnen zur Betriebsstätte zurückkehren.⁶⁶⁹ Zudem folgt aus dem Geschäftsmodell von Uber, dass die LenkerInnen **rasch am Startpunkt der Beförderungsdienstleistung eintreffen** müssen, die Durchführung von Aufträgen also sofort aufnehmen müssen und höchstens einige Minuten für die Anreise aufgewendet werden dürfen. Neben dem physischen Aufenthaltsort im Auto bzw an der Betriebsstätte ist überdies nochmals zu betonen, dass auch die „**Anwesenheit**“ **am digitalen Arbeitsort**, also das Eingeloggt-Sein in der App, Grundvoraussetzung für die Zuteilung von Aufträgen

⁶⁶⁸ Ansonsten drohen Sanktionen durch die Plattform, siehe dazu ausführlich im Kapitel zur rechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse zwischen der Plattform und den DienstleistungserbringerInnen.

⁶⁶⁹ Siehe etwa N.N., Uber-Fahrer mit höheren Auflagen wieder unterwegs, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000078760211/Uber-Fahrer-mit-hoeheren-Auflagen-wieder-unterwegs> (3.5.2018, 11:27).

darstellt. Die digitale Infrastruktur der App und der im Hintergrund arbeitenden Algorithmen stellen wohl auch sicher, dass diejenigen Uber-LenkerInnen einen Auftrag zugeteilt bekommen, die binnen kurzer Zeit am Startpunkt der Leistungserbringung eintreffen können, was eine **physische Nähe** (des/der noch den vorherigen Auftrag erledigenden LenkerIn bzw der Betriebsstätte) **zu Gegenden mit einer potentiell hohen Auftragsdichte**⁶⁷⁰ voraussetzt und den Arbeitsort so zusätzlich determiniert.

6.2.2.1.5.3. Arbeitsbereitschaft

Beim Warten auf Aufträge handelt es sich wohl um die **eigentliche Tätigkeit der für Uber tätigen LenkerInnen**, da für das Funktionieren des Geschäftsmodells von Uber ständig eine bestimmte Zahl von verfügbaren LenkerInnen vorhanden sein muss, um eingehende Transportwünsche von KundInnen zu bedienen. So stellte auch das britische Employment Tribunal im Fall Aslam, Farrar et al vs Uber fest: „*To be confident of satisfying demand, it [= Uber] must, at any one time, have some of its drivers carrying passengers and some waiting for the opportunity to do so. Being available is an essential part of the service which the driver renders to Uber.*”⁶⁷¹ Das **Warten auf Aufträge** stellt also eine **zentrale Tätigkeit der LenkerInnen** dar. Angesichts der Rückkehrpflicht der LenkerInnen zur Betriebsstätte ist fraglich, ob im Hinblick auf die Wartezeit der LenkerInnen vom Vorliegen von Arbeitsbereitschaft⁶⁷² auszugehen ist.

6.2.2.1.5.3.1. Lehre und Rechtsprechung

Nach Auffassung von *Schrank*⁶⁷³ sind neben Bereitschaftsdiensten in Apotheken, Diensten im Rettungswesen, Nachtdiensten mit Anwesenheitspflicht trotz Schlafmöglichkeit am Dienort und anderen Diensten, die in räumlich eng umgrenzten Anwesenheitspflichten bestehen, so etwa die Tätigkeit von PortierInnen, insbesondere die Steh- oder Wartezeiten von Kfz-LenkerInnen als **typische Arbeitsbereitschaftszeiten** anzusehen. Die Qualifikation von Zeiten als Arbeitsbereitschaft ist insbesondere deshalb relevant, da § 5 AZG eine Ausdehnung der Normalarbeitszeit ermöglicht, sofern

⁶⁷⁰ Zum „surge pricing“ und Gebieten mit erhöhter Nachfrage siehe im Kapitel zur rechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse zwischen der Plattform und den DienstleistungserbringerInnen.

⁶⁷¹ Employment Tribunals 2202551/2015, 32.

⁶⁷² Zu den Voraussetzungen der Arbeitsbereitschaft siehe *Pfeil* in ZellKomm³ § 2 AZG Rz 12 bzw oben.

⁶⁷³ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 5 AZG Rz 20.

Kollektivvertrag bzw Betriebsvereinbarung es zulassen und in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt (siehe dazu auch oben). Der OGH⁶⁷⁴ entschied in diesem Zusammenhang und in Bezug auf die Arbeitszeit eines Taxilenkers, dass es nicht entscheidend sei, ob der Arbeitszeitvereinbarung ein Kollektivvertrag oder ein Bescheid des Arbeitsinspektorates über eine Verlängerung der Normalarbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft zugrunde liege, sondern ob die gehandhabte und der Entgeltvereinbarung zugrunde liegende Arbeitszeit im Rahmen des § 9 AZG, also innerhalb der Arbeitszeithöchstgrenzen liegt.

6.2.2.1.5.3.2. Eigene Ansicht

Dass das Warten eine wesentliche Tätigkeit der LenkerInnen bildet, steht der Qualifikation der Wartezeiten als Arbeitsbereitschaft wohl nicht entgegen. Angesichts der Bestimmtheit des Aufenthaltsortes der LenkerInnen und der Notwendigkeit, bei Bedarf sofort „die Arbeit aufzunehmen“, also Aufträge anzunehmen und sich möglichst schnell zum Standort des Fahrgastes zu bewegen, ist das Vorliegen von Zeiten der Arbeitsbereitschaft hinsichtlich jener Zeiten, während derer auf das Eintreffen von Aufträgen in der Betriebsstätte gewartet wird, meines Erachtens zu bejahen.

Zugleich müssen sich die LenkerInnen aufgrund der Rückkehrpflicht jedoch auch nach jedem erledigten Fahrauftrag zur Betriebsstätte zurückbewegen, sofern nicht inzwischen ein neuer Auftrag auf Abholung eines/einer KundIn eingeht und an den/die LenkerIn weitergeleitet wird und es ist fraglich, ob diese **Zeiten der Rückfahrt zur Betriebsstätte** ebenfalls als Arbeitsbereitschaft angesehen werden können. Meines Erachtens unterscheidet sich jedoch die Rückfahrt zur Betriebsstätte von der Tätigkeit des/der LenkerIn her nicht von einer Fahrt im Rahmen der Erbringung einer Beförderungsdienstleistung, insbesondere bildet sie keine passivere Tätigkeit als das Beförderung von PassagierInnen. Aus diesem Grund ist vom Vorliegen von Arbeitsbereitschaft während der Zeiten der Rückfahrt zur Betriebsstätte nicht auszugehen, sondern es liegt wohl **Vollarbeitszeit** vor.

⁶⁷⁴ OGH 04.12.1996, 9 ObA 2267/96i, ZAS 1997, 175 (Steininger).

6.2.2.1.5.4. Reisezeiten

Jene Zeiten, die zwischen dem Einlangen eines Auftrages und der Ankunft des/der LenkerIn am Startpunkt der Beförderungsdienstleistung, während derer sich der/die LenkerIn also zum Standort des Fahrgastes bewegt, sowie jene Zeiten, die zwischen Anfangs- und Endpunkt der Beförderung liegen, könnten auch als **Reisezeiten** zu qualifizieren sein. In beiden Fällen wäre vom Vorliegen von Arbeitszeit auszugehen. Ist jedoch die Reisetätigkeit **typischerweise mit der geschuldeten Dienstleistung verbunden** oder ist sie **ständiger Inhalt der Tätigkeit** bzw zum ständigen Aufgabenkreis eines/einer ArbeitnehmerIn gehörig, etwa bei Taxi- oder BuslenkerInnen, so zählt sie nach der Rechtsprechung des OGH⁶⁷⁵ jedenfalls zur Vollarbeitszeit.⁶⁷⁶ Bei für die Plattform Uber tätigen Personen wird zweifellos davon auszugehen sein, dass Reisetätigkeiten, in gleicher Weise wie das bei TaxilenkerInnen der Fall ist, als **Inhalt der geschuldeten Tätigkeit** anzusehen sind.

6.2.2.1.5.5. Ergebnis

Im Ergebnis ist meines Erachtens somit festzustellen, dass jene Zeiten, die von den für Uber tätigen LenkerInnen aufgrund der Rückkehrpflicht damit verbracht werden, in der Betriebsstätte auf das Eintreffen neuer Aufträge zu warten, als **Arbeitsbereitschaft** zu werten sind, da die LenkerInnen jederzeit mit dem Eintreffen eines Auftrages rechnen und sich dafür bereithalten müssen. Alle anderen Zeiten, also das Befördern von KundInnen, die Fahrt zum Startpunkt der Beförderungsleistung und der Weg zurück zur Betriebsstätte, sind meines Erachtens als **Vollarbeitszeit** zu qualifizieren. Da nicht in jedem Fall zur Betriebsstätte zurückgekehrt werden muss, sondern gem § 36 Abs 3 der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung Fahrgäste ohne vorherige Rückkehr aufgenommen werden dürfen, wenn in der Betriebsstätte eine Bestellung auf Abholung von Fahrgästen eingegangen (und an die LenkerInnen weitergeleitet worden) ist, kann wohl

⁶⁷⁵ OGH 02.12.1986, 14 Ob 6/86; OGH 08.11.1989, 9 ObA 281/89, RdW 1990, 53 = Arb 10.829 = ZAS 1992, 124; OGH 02.09.1993, 9 ObA 182/93; OGH 15.04.1999, 8 ObA 273/98z; OGH 26.05.2010, 9 ObA 34/10f, ecolex 2010, 791 = ARD 6076/5/2010 = ZAS-Judikatur 2010/117 = wbl 2010, 592/222 = DRdA 2010, 513 = infas 2010, 188/A75 = RdW 2011, 34 = Arb 12.897; OGH 30.04.2012, 9 ObA 47/11v, ARD 6241/2/2012 = wbl 2012, 462/173 = ecolex 2012, 718 = RdW 2012, 423 = EvBl-LS 2012/140 = DRdA 2012, 620 = infas 2012, 167/A59 = Arb 13.053 = ZAS 2013, 114 (*Oberhofer*, tabellarische Übersicht).

⁶⁷⁶ Siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 328; *Pfeil* in ZellKomm³ § 23 AZG Rz 18.

davon ausgegangen werden, dass zu Spitzenzeiten oft nicht in die Betriebsstätte zurückgekehrt wird bzw die Dauer des dortigen Aufenthalts kurz ausfällt.

6.2.2.1.6. Foodora

Im Hinblick auf den Botendienst Foodora stellen sich die soeben in Bezug auf das Fallbeispiel Uber ausgeführten Probleme in ähnlicher Weise. So verbringen auch die für Foodora tätigen KurierInnen ihre Dienstzeiten grundsätzlich mit dem Warten auf das Eintreffen von Zustellungsaufträgen. Das System der Dienstplaneintragung, das insbesondere davon gekennzeichnet ist, dass die VerwaltungsmitarbeiterInnen von Foodora die gewünschten Schichten der KurierInnen bestätigen müssen (siehe dazu näher im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse), deutet jedoch darauf hin, dass während einer konkreten Schicht nicht viel mehr KurierInnen eingesetzt werden, als zur Abdeckung des Bedarfs benötigt werden. Aus diesem Grund werden die Zeiten des Wartens auf Aufträge wohl eher kurz sein und die meiste Zeit während der Schichten tatsächlich damit verbracht werden, bestellte Speisen zuzustellen.

6.2.2.1.6.1. Rufbereitschaft

Rufbereitschaft liegt im Fall von Foodora meines Erachtens aus den gleichen Gründen nicht vor, aus denen das bei Uber nicht der Fall ist. So können die KurierInnen den **Ort ihres Aufenthalts nicht frei wählen**, einerseits weil sie sich innerhalb des Liefergebietes befinden müssen, andererseits, weil ihre durchgehende „Anwesenheit“ in der App erforderlich ist, über die jederzeit ein Auftrag eingehen kann. Überdies müssen die KurierInnen auf eintreffende Aufträge **sofort reagieren und einsatzbereit sein**, also die bestellten Speisen vom jeweiligen Restaurant abholen und an die KundInnen der Plattform zustellen.

6.2.2.1.6.2. Arbeitsbereitschaft

Fraglich ist, ob die Zeit des Wartens auf Aufträge als Arbeitsbereitschaft anzusehen ist, insbesondere aufgrund der Determination des Aufenthaltsortes innerhalb des Liefergebietes bzw der „**Anwesenheit“ in der App**, sowie aufgrund der Notwendigkeit der KurierInnen, sich ständig einsatzbereit zu halten und rasch auf eintreffende Aufträge zu

reagieren. Während der fraglichen Zeiten unterscheidet sich die Tätigkeit von der für Uber tätigen LenkerInnen und der Foodora-KurierInnen meines Erachtens insoweit, als die KurierInnen diese Zeiten grundsätzlich für Pausen nutzen könnten und während der Zeit nach Abschluss eines bestimmten Auftrages nicht den Rückweg zur Betriebsstätte antreten müssen wie Uber-LenkerInnen. Dennoch funktionieren die Geschäftsmodelle von Uber und Foodora in diesem Punkt meines Erachtens gleich. Auch für Foodora ist es wichtig, ständig eine **bestimmte Anzahl an unbeschäftigten aber einsatzbereiten KurierInnen** verfügbar zu haben, um möglichst rasch auf eintreffende Bestellungen reagieren zu können. Gleichzeitig ist aber, wie bereits angesprochen, im Fall von Foodora davon auszugehen, dass die Bestätigung der von den KurierInnen gewünschten Schichten durch das Verwaltungspersonal von Foodora eine **zahlenmäßige Begrenzung der KurierInnen** während einer bestimmten Schicht im Sinn hat, weshalb sich die Wartezeiten zwischen den einzelnen Aufträgen wohl auf ein Minimum beschränken werden.

6.2.2.1.6.3. Ergebnis

Hinsichtlich der Wartezeiten der Foodora-KurierInnen, während derer diese sich für das Eintreffen von Aufträgen bereithalten, liegt, wie auch beim Fahrtendienstanbieter Uber, Arbeitsbereitschaft vor, wobei nochmals zu betonen ist, dass davon auszugehen ist, dass Wartezeiten in der Tätigkeit der KurierInnen eine untergeordnete Rolle spielen. Die übrigen Zeiten, also jene, während derer sich die KurierInnen zum Restaurant bewegen, um die bestellten Speisen abzuholen bzw jene, während derer sich die KurierInnen vom Restaurant zu den KundInnen bewegen, bilden **Vollarbeitszeit**. Die Trennung in Arbeitsbereitschaft und Vollarbeitszeit (die beide zur Arbeitszeit zu zählen sind) ist insbesondere deshalb von Bedeutung, da eine Verlängerung der Normalarbeitszeit auf bis zu 60 Stunden pro Woche und 12 Stunden pro Tag dann möglich ist, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt (§ 5 AZG).

6.2.2.2. Normalarbeitszeit

Besondere Fragestellungen ergeben sich im Rahmen der Plattformökonomie auch im Hinblick auf Fragen der Normalarbeitszeit. Das Ausmaß gem § 3 Abs 1 AZG und die Lage der Normalarbeitszeit und ihre Änderung gem § 19c AZG sind grundsätzlich zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn zu vereinbaren, sofern sie nicht durch Normen der

kollektiven Rechtsgestaltung, also durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung, festgesetzt werden. Ein Charakteristikum der Plattformökonomie liegt meines Erachtens jedoch in der **Möglichkeit der Arbeitenden, sich die Zeiten ihrer Leistungserbringung weitgehend selbst einzuteilen**, wobei hinsichtlich dieser Thematik unterschiedliche Modelle bestehen, weshalb wiederum zwischen den einzelnen Fallbeispielen zu unterscheiden ist.

6.2.2.2.1. Lehre und Rechtsprechung

Unter der Lage der Arbeitszeit werden **Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit** ebenso verstanden wie die **Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit** auf die einzelnen Arbeitstage, wobei die Notwendigkeit einer individuellen Vereinbarung nur dann nicht gegeben ist, wenn die kollektive Rechtsquelle die Lage der Arbeitszeit auch hinreichend bestimmt, den ArbeitnehmerInnen also eine gewisse **Planbarkeit des Arbeitsrhythmus** bietet – würde eine kollektivvertragliche Regelung dem/der ArbeitgeberIn erlauben, die Lage der Arbeitszeit einseitig festzulegen, wäre sie unzulässig.⁶⁷⁷ Die Vereinbarung der Lage der Arbeitszeit muss **ausdrücklich** oder, mangels einer gesetzlichen Vorschrift zur Form, **zumindest schlüssig** erfolgen, sodass aus der tatsächlichen Übung idR auf den Willen der Vertragsparteien geschlossen werden kann.⁶⁷⁸ Grundsätzlich ist die tatsächlich gelebte Arbeitszeiteinteilung relevant, auch wenn diese vom eigentlich Vereinbarten abweicht.⁶⁷⁹

Eine **(einseitige) Änderung der Lage der Arbeitszeit** durch eine Weisung des/der ArbeitgeberIn ist nur innerhalb der engen Grenzen des § 19c Abs 2 AZG zulässig. So muss die Änderung aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt sein, dem/der ArbeitnehmerIn die Lage der Normalarbeitszeit in einer bestimmten Woche mindestens zwei Wochen im Vorhinein mitgeteilt werden, der Änderung der Lage der Normalarbeitszeit dürfen keine berücksichtigungswürdigen Interessen des/der ArbeitnehmerIn entgegenstehen. Weiters ist die einseitige Änderung durch Weisung nur

⁶⁷⁷ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/375.

⁶⁷⁸ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 331f; Mosler in ZellKomm³ § 19c AZG Rz 10; siehe auch OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecolex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecolex 2005, 193 (Schrank) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (Schwarz) = RdW 2005, 759 (Gerhartl) = ZAS 2006, 78 (Schrank) = SZ 2004/189 = Arb 12.500; sehr grundlegend zur Vereinbarung der Arbeitszeit siehe Mazal, Vereinbarung über die Arbeitszeit, ZAS 2011, 134.

⁶⁷⁹ OGH 18.01.1996, 8 ObA 312/95; siehe auch Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 331.

dann zulässig, wenn der Änderung keine Vereinbarung entgegensteht, was nichts anderes bedeutet, als dass die Möglichkeit der Änderung der Lage der Normalarbeitszeit in der (ohnehin zu treffenden) Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit ausdrücklich vorgesehen sein muss.⁶⁸⁰

6.2.2.2.2. Foodora

Bei arbeitszeitrechtlicher Betrachtung einem traditionellen Arbeitsverhältnis am nächsten erscheint der Zustelldienst Foodora. So wird die Arbeitszeiteinteilung der KurierInnen über die **Eintragung in einen Schichtplan** abgewickelt, wobei grundsätzlich eine vertragliche **Mindestarbeitsverpflichtung von zehn Stunden pro Woche** besteht, deren Nichteinhaltung jedoch nicht unmittelbar sanktioniert zu werden scheint. Schon im Zuge der Bewerbung müssen KurierInnen angeben, wieviele Stunden (bis zu 12, 13 bis 20 oder mehr als 20) sie wöchentlich in der Regel zur Verfügung stehen können.⁶⁸¹ Fraglich ist somit, welches Ausmaß der Normalarbeitszeit zwischen KurierIn und Plattform überhaupt vereinbart wird und in welcher Weise eine Vereinbarung über die Lage der Normalarbeitszeit zustande kommt.

6.2.2.2.2.1. Mindestarbeitsverpflichtung als Normalarbeitszeit?

Zunächst könnte davon ausgegangen werden, dass die vertraglich festgelegte wöchentliche Mindestarbeitszeit von zehn Stunden **zugleich als vereinbarte Normalarbeitszeit anzusehen** ist. Angesichts dessen, dass die KurierInnen angeben, wie viele Stunden sie pro Woche arbeiten möchten und diese Stundenzahlen größtenteils über den zehn Mindestarbeitsstunden liegen, wird wohl davon auszugehen sein, dass von den meisten KurierInnen auch tatsächlich mehr als zehn Arbeitsstunden pro Woche erbracht werden, die Mindestarbeitszeit also in der Regel überschritten wird. Betrachtet man die Mindestarbeitszeit gleichzeitig als wöchentliche Normalarbeitszeit, so wären wohl **alle darüber hinausgehenden Zeiten** als gem § 19d Abs 3a AZG **zuschlagspflichtig** zu entlohnende Teilzeit-Mehrarbeitsstunden zu qualifizieren, weil die gesetzlichen Grenzen der Normalarbeitszeit nicht überschritten werden, bei einer Normalarbeitszeit von 10

⁶⁸⁰ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/377ff; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 332; siehe auch OGH 19.08.1998, 9 ObA 187/98k, DRdA 1999, 280 (Löschnigg) = Arb 11.787 = ASoK 1999, 139; OGH 13.06.2002, 8 ObA 116/02w, DRdA 2003, 542 (Löschnigg) = ARD 5373/6/2003.

⁶⁸¹ Siehe dazu ausführlich im Kapitel zur rechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse.

Wochenstunden jedoch jedenfalls von Teilzeitarbeit auszugehen ist. Ein derartiges, auf die wöchentliche Mindestarbeitsverpflichtung reduziertes Arbeitszeitregime wird wohl dennoch kaum der Intention der Vertragsparteien entsprechen.

6.2.2.2.2.2. Dienstplaneintragung als Normalarbeitszeit?

Schlüssiger erscheint es mir, im Hinblick auf die Intention der Vertragsparteien davon auszugehen, dass durch die von den KurierInnen durchgeführte **Eintragung von (Wunsch-)Schichten** im Schichtplan und deren **Bestätigung durch Foodora** eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien zustande kommen und das Ausmaß und die Lage der Normalarbeitszeit für eine bestimmte Woche stets von neuem **einvernehmlich festgelegt** werden soll. Diesfalls würde es sich wohl um eine **befristete Vereinbarung zur Ausweitung der Normalarbeitszeit** innerhalb einer bestimmten Woche handeln, die durch das Angebot zur Durchführung bestimmter Schichten seitens der KurierInnen durch Eintragung im Schichtplan und Annahme des Angebots auf befristete Ausweitung der Normalarbeitszeit durch Bestätigung seitens des Verwaltungspersonals wirksam werden soll. Einen Hinweis darauf, dass Ausmaß und Lage der Arbeitszeit durch Einigung zwischen KurierInnen und Plattform zustande kommen soll, bildet auch, dass der kurzfristige Nichtantritt einer vereinbarten Schicht bzw der Tausch von Schichten durch zwei KurierInnen mit den VerwaltungsmitarbeiterInnen von Foodora abgesprochen werden muss. Wird der Nichtantritt bzw der Schichtentausch ausdrücklich erlaubt oder geduldet, so ist meines Erachtens eine **Änderung des Ausmaßes bzw der Lage der Normalarbeitszeit** intendiert. Die App soll dabei wohl auch als eine Art Zeiterfassungssystem, wobei sich die KurierInnen bei Schichtantritt in der App einloggen und nach Ende ihrer Tätigkeit wieder ausloggen, fungieren.

6.2.2.2.2.2.1. Besondere Problematik: Schriftlichkeitsgebot

Besonders problematisch erscheint jedoch, dass die **Änderung des Ausmaßes der Normalarbeitszeit** bei Teilzeitbeschäftigten in **Schriftform** erfolgen muss (§ 19d Abs 2 AZG), fraglich ist daher, wie die Schichtplaneintragung der Foodora-KurierInnen zu qualifizieren ist und ob auf diesem Weg eine Änderung des Ausmaßes der Normalarbeitszeit wirksam zwischen den KurierInnen und der Plattform vereinbart werden kann.

6.2.2.2.2.2. Lehre und Rechtsprechung

Die Schriftlichkeit wird von der hM sogar als **Wirksamkeitsvoraussetzung** der Änderung des Ausmaßes der Normalarbeitszeit aufgefasst.⁶⁸² Überdies stellt § 19d Abs 2 AZG auch ausdrücklich klar, dass eine ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Tage und Wochen im Vorhinein vereinbart werden kann, was nach Ansicht von *Felten*⁶⁸³ insbesondere Arbeit nach Bedarf verhindern soll. Bei Arbeit nach Bedarf profitiere nämlich der/die ArbeitgeberIn von einer gesteigerten Flexibilität der Einsetzbarkeit des/der ArbeitnehmerIn aufgrund einer einvernehmlichen ad-hoc-Festlegung der Arbeitszeit. *Schrank*⁶⁸⁴ erblickt im Vereinbarungsgebot hinsichtlich des Arbeitszeitausmaßes nicht nur die Absicht, eine Vorhersehbarkeit der Arbeitszeiten zu schaffen, sondern den ArbeitnehmerInnen auch **Entgelt in vorhersehbarem Umfang** zu sichern. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung über Lage und Ausmaß der Arbeitszeit, so ist, *Mosler*⁶⁸⁵ zufolge, in der Regel aus der zu Beginn des Arbeitsverhältnisses geleisteten Arbeitszeit **auf eine entsprechende Absicht der Parteien zu schließen**, Lage und Ausmaß der Arbeitszeit auch künftig in gleicher Weise gestalten zu wollen. Ist das Ausmaß der Arbeitszeit zu Beginn des Vertragsverhältnisses untypisch, ist auf die folgende, typischere Einteilung Bezug zu nehmen.

6.2.2.2.2.3. Eigene Ansicht

Festzustellen ist im Hinblick auf das System von Foodora, dass die bloße Eintragung von (Wunsch-)Schichten im Schichtplan und deren Bestätigung durch das Verwaltungspersonal von Foodora dem gesetzlichen Schriftlichkeitsgebot (im Sinne eines Festhaltens des Gewollten in einem schriftlichen Dokument samt der Unterschriften beider Vertragsparteien) **nicht gerecht wird**. Soll innerhalb einer bestimmten Woche über die Mindestarbeitsverpflichtung hinaus gearbeitet, also die Normalarbeitszeit mittels einer befristeten Vereinbarung innerhalb einer bestimmten Woche ausgeweitet werden, so müsste dies schriftlich zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Geschieht das nicht, ist

⁶⁸² *Felten* in *Grillberger*, AZG³ § 19d Rz 17; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 19d AZG Rz 25; *Mosler* in *ZellKomm*³ § 19d AZG Rz 18/1.

⁶⁸³ *Felten* in *Grillberger*, AZG³ § 19d Rz 12.

⁶⁸⁴ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 19d AZG Rz 17; so auch OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecolex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecolex 2005, 193 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (*Schwarz*) = RdW 2005, 759 (*Gerhartl*) = ZAS 2006, 78 (*Schrank*) = SZ 2004/189 = Arb 12.500.

⁶⁸⁵ *Mosler* in *ZellKomm*³ § 19d AZG Rz 21.

die Vereinbarung über die Ausweitung der Normalarbeitszeit als **unwirksam** anzusehen und ist wohl auf die vereinbarte **Mindestarbeitszeit als Normalarbeitszeit** abzustellen, wobei darüber hinausgehende Zeiten der Arbeitserbringung als **zuschlagspflichtige Mehrarbeitsstunden** anzusehen sind.

6.2.2.2.3. Über vereinbarte Schichten hinaus geleistete Arbeit

Wie im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse ausgeführt, wird von den KurierInnen erwartet, dass auch noch knapp vor Schichtende eintreffende Aufträge übernommen werden, was regelmäßig **die zeitlichen Grenzen der vereinbarten Schicht sprengt**, da die Durchführung eines Auftrages nicht mehr innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit möglich ist. Wie mit Überschreitungen der Schichtzeiten umzugehen ist, hängt wohl vom für eine bestimmte Woche vereinbarten Arbeitszeitausmaß ab. Sofern diese Überschreitungen der zugeteilten Schichtzeiten und damit der vereinbarten Normalarbeitszeit innerhalb von Wochen, in denen Teilzeitarbeit vereinbart wurde, anfallen, handelt es sich um entsprechend zu entlohnende **Mehrarbeitsstunden**. Werden durch die spontane „Verlängerung“ der Schichten durch kurz vor Schichtende eintreffende Aufträge die Grenzen der gesetzlichen täglichen oder der wöchentlichen Normalarbeitszeit überschritten, so handelt es sich meines Erachtens um Zeiten von **Überstundenarbeit**, welche entsprechend mit Zuschlag zu entlohnern wären.

6.2.2.2.3. Über

Anders stellt sich die Situation in Bezug auf den Fahrtendienst Uber dar. Dies insofern, als die für Uber tätigen LenkerInnen **selbst entscheiden** können, wann sie sich in die App einloggen und sich somit bereit erklären, Aufträge entgegenzunehmen, wodurch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem/der LenkerIn und der Plattform zustande kommt. Auch den Zeitpunkt des Ausloggens, somit das **Ende der Arbeitszeit** (und des Arbeitsverhältnisses) können die LenkerInnen autonom festlegen. Eine Mindestarbeitszeit pro Woche, wie sie bei Foodora existiert, besteht bei Uber nicht. Bloß davon auszugehen, dass mit den Arbeitszeitregeln des Kollektivvertrages für die Personentransportgewerbe, der, wie gezeigt, auf die LenkerInnen anwendbar ist, das Auslangen gefunden werden kann, geht meines Erachtens an der Realität vorbei und wird überdies dem in der Plattformökonomie auf Seiten der Arbeitenden vorhandenen Wunsch nach zeitlicher Flexibilität nicht gerecht. Fraglich ist

daher, wie die autonome Gestaltung von Arbeitsausmaß und Arbeitszeit durch die LenkerInnen rechtlich fassbar ist. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf zu verweisen, dass die Leistungserbringung durch die LenkerInnen meiner Ansicht nach in Form **kurzer, befristeter Arbeitsverträge**, die mit dem Einloggen in die App zustande kommen und mit dem Ausloggen enden, stattfindet. Bei Uber liegt somit eine (ausnahmsweise zulässige) Kette befristeter Arbeitsverträge vor.

6.2.2.2.3.1. Einseitige Festlegung der Arbeitszeit durch den/die ArbeitgeberIn

Nach dem Wortlaut des § 19c Abs 1 AZG ist die Lage der Normalarbeitszeit zwischen den Vertragsparteien zu vereinbaren. Der Rechtsprechung des OGH⁶⁸⁶ zufolge sind Vereinbarungen, die darauf hinauslaufen, dass ArbeitnehmerInnen auf den ihnen gesetzlich eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichten, **insoweit unwirksam**, als Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig **der Willkür des/der ArbeitgeberIn überlassenen Anbot** abhängig gemacht werden. Dabei gehe es, so der OGH, nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass ArbeitnehmerInnen mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen könnten. Es bestehe die Gefahr, dass die Vorschriften zur Entgeltfortzahlung und zur Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den/die ArbeitgeberIn unterlaufen würden. Vereinbarungen über den arbeitnehmerseitigen Verzicht auf Festlegung der Arbeitszeit würden somit **dem Zweck der arbeitszeitrechtlichen Regelungen zuwider laufen**. Eine Vereinbarung, die es dem/der ArbeitgeberIn überlässt, die Arbeitszeit festzulegen, sei nur insofern wirksam, als der/die ArbeitnehmerIn von der (durch den/die ArbeitgeberIn bestimmten) Arbeitszeit von sich aus Abstand nehmen könne, was im Hinblick auf die arbeitnehmerische Treuepflicht jedoch rechtzeitig anzukündigen sei. Im Hinblick auf die für Uber tätigen LenkerInnen kommt es jedoch zum umgekehrten Fall, es ist also nicht die Plattform als Arbeitgeberin, die die Arbeitszeit einseitig festlegt, sondern die LenkerInnen selbst.

⁶⁸⁶ OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505; OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k, ARD 5479/9/04 = ecolex 2004, 201 = infas 2004, 58/A24 = RdW 2004, 426 (*Naderhirn*) = wbl 2004, 386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145; OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecolex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecolex 2005, 193 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (*Schwarz*) = RdW 2005, 759 (*Gerhartl*) = ZAS 2006, 78 (*Schrank*) = SZ 2004/189 = Arb 12.500.

6.2.2.2.3.2. Einseitige Festlegung der Arbeitszeit durch den/die ArbeitnehmerIn

Aus der Argumentation des OGH, der den Charakter des Arbeitszeitrechts als Teil des ArbeitnehmerInnenschutzrechts in den Vordergrund rückt und dem Unterlaufen arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften Einhaltung gebieten will, lässt sich meines Erachtens ableiten, dass eine ausdrückliche oder auch nur konkludente Vereinbarung darüber, dass **der/die ArbeitnehmerIn Ausmaß und Lage selbst bestimmen darf**, insofern **zulässig sein muss**, als dabei nicht von einer Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf den/die ArbeitnehmerIn und von einem Ausschalten des Schutzzweckes der Arbeitszeitvorschriften auszugehen ist.⁶⁸⁷ Nach den wohl zutreffenden Auffassungen von *Schrank*⁶⁸⁸ sowie von *Felten*⁶⁸⁹ richte sich das Gebot zur Vereinbarung der Lage der Arbeitszeit nicht gegen die Selbstbestimmung des/der ArbeitnehmerIn, sondern nur gegen die Fremdbestimmung. Eine dahingehende Interpretation der Bestimmung des § 19c Abs 1 AZG, dass eine einseitige Arbeitszeitgestaltung auch durch ArbeitnehmerInnen als unzulässig anzusehen ist, würde meines Erachtens tatsächlich den Flexibilitätsinteressen des/der ArbeitnehmerIn gerecht werdende Arbeitszeitvereinbarungen verhindern, ohne gleichzeitig ein höheres Maß an Schutz zu bieten.

6.2.2.2.3.3. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher meines Erachtens davon auszugehen, dass die freie Festlegung des Ausmaßes sowie der Lage der Arbeitszeit der für Uber tätigen LenkerInnen auf einer **(konkludenten) Vereinbarung zwischen Plattform und LenkerIn** im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beruht, die Plattform den LenkerInnen also beim Einloggen in die App erlaubt, die Dauer des Eingelogg-Bleibens und den Zeitpunkt des Ausloggens selbst zu wählen. Zugleich entbindet die Festlegung der Arbeitszeit durch die LenkerInnen als ArbeitnehmerInnen selbst jedoch die Plattform noch nicht von ihrer **arbeitgeberischen Pflicht zur Überwachung der gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen** und der damit verbundenen **Aufzeichnungspflicht** der geleisteten Arbeitsstunden gem der §§ 17b bzw 26 AZG.⁶⁹⁰ Relevant sind diese Pflichten insbesondere bei der Berechnung von Überstunden

⁶⁸⁷ So auch *Mosler* in ZellKomm³ § 19c AZG Rz 19; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 19c AZG Rz 30; *Felten* in *Grillberger*, AZG³ § 19c Rz 9.

⁶⁸⁸ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 19c AZG Rz 30.

⁶⁸⁹ *Felten* in *Grillberger*, AZG³ § 19c Rz 9.

⁶⁹⁰ So auch *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 19c AZG Rz 30.

sowie bei der Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeithöchstgrenzen. Das Recht der LenkerInnen, Lage und Ausmaß der Arbeitszeit selbst zu bestimmen, endet somit bei Erreichen der gesetzlich vorgegebenen Arbeitszeit(höchst)grenzen (zur Frage der Sicherstellung ihrer Einhaltung siehe unten).

6.2.2.2.3.4. Entgeltrechtliche Konsequenzen

Daraus und aus der hier vertretenen und oben ausgeführten Auffassung, die gesamte Zeit vom Einloggen in die App bis zum Ausloggen aus der App sei als Arbeitszeit (Vollarbeitszeit bzw Arbeitsbereitschaft) anzusehen, folgt jedoch auch, dass die Entlohnung der LenkerInnen **nicht ausschließlich auf Basis der durchgeführten Fahraufträge** erfolgen darf, weil durch eine solche Vorgehensweise das wirtschaftliche Risiko, das die Plattform Uber als Arbeitgeberin zu tragen hätte, **vollständig auf die LenkerInnen überwältzt** wird. Vielmehr wären die LenkerInnen grundsätzlich anhand der Zeiten des Eingelogg-Seins nach den entgeltrechtlichen Bestimmungen des zur Anwendung kommenden Kollektivvertrages zu bezahlen. So sieht der Kollektivvertrag für die Personentransportgewerbe⁶⁹¹ für LenkerInnen, die im Mietwagengewerbe tätig sind (und als solche sind Uber-LenkerInnen einzustufen, siehe oben zur kollektivvertraglichen Einordnung von Uber) unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen zur Ausweitung der Normalarbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft gem der §§ 5 bzw 13b AZG eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 45 Stunden vor, der monatliche Mindestlohn beträgt EUR 1235,00 brutto.

6.2.2.2.4. Book a Tiger

Im Hinblick auf die Plattform Book a Tiger und ihre Beschäftigten ist die Festlegung der Normalarbeitszeit ebenfalls fraglich, da weder ein durchgängiges Arbeitsverhältnis, noch eine Mindestarbeitsverpflichtung oder eine Pflicht zum regelmäßigen Tätigwerden bestand. Vielmehr konnten die Reinigungskräfte die einzelnen **Auftragsangebote der Plattform grundsätzlich frei annehmen oder ablehnen**, ein Arbeitsvertrag kam nach der hier vertretenen Auffassung erst mit dem Eintreffen am Ort der Leistungserbringung, wo

⁶⁹¹ Abrufbar etwa unter <https://www.wko.at/branchen/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/KV-Personenbefoerderungsgewerbe-mit-PKW-2018.pdf> (18.3.2017, 09:34).

der/die KundIn die Weisungsbefugnis stellvertretend für die Plattform ausüben konnte, zustande.

6.2.2.2.3.1. Einseitige Festlegung der Arbeitszeit durch den/die ArbeitgeberIn

Zwar sieht der OGH, wie oben in Bezug auf das Fallbeispiel Uber ausgeführt, Vereinbarungen, die Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von Angeboten des/der ArbeitgeberIn abhängig machen, als unzulässig an, meines Erachtens handelte es sich bei der Vereinbarung zwischen den Reinigungskräften und der Plattform Book a Tiger jedoch **nicht um eine derartige Vereinbarung**. So sind die Angebote der Plattform an die Reinigungskräfte wohl vielmehr als **Angebote zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen** zu werten und nicht als Angebot einzelner Arbeitsgelegenheiten innerhalb eines laufenden Arbeitsvertrages mit unbestimmter Arbeitszeit.

6.2.2.2.3.2. Einvernehmliche Festlegung der Arbeitszeit bei Vertragsschluss

Die für Book a Tiger tätigen Reinigungskräfte schlossen also keine Arbeitsverträge mit von Angeboten der Plattform abhängiger Arbeitszeit, sondern **Arbeitsverträge mit der klar bestimmten Arbeitszeit von einigen Stunden** – die Laufzeit des Vertrages war jedoch grundsätzlich mit der Dauer eines einzelnen Arbeitseinsatzes gleichgesetzt. Dass die Reinigungskräfte in der Erlangung von Auftragsanboten und damit Gelegenheiten zum Vertragsschluss von der Plattform abhängig waren und damit auch eine **gewisse zeitliche Unkalkulierbarkeit** einherging, liegt auf der Hand, bildet meiner Ansicht nach jedoch lediglich die Kehrseite des unter den Beschäftigten der Plattformökonomie mitunter stark ausgeprägten Wunsches nach zeitlicher Flexibilität.

6.2.2.2.3.3. Ergebnis

Somit ist festzustellen, dass im Hinblick auf die Plattform Book a Tiger eine Vereinbarung über das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit wohl **konkludent bei Vertragsschluss** getroffen wurde, wobei hervorzuheben ist, dass grundsätzlich einzelne, auf die Dauer der einzelnen Reinigungsaufträge befristete Arbeitsverträge geschlossen wurden.

6.2.2.2.4. Durchschnittliche Wochenarbeitszeit

Aus der oftmaligen Unregelmäßigkeit der Arbeitszeiten ergibt sich bei allen drei Fallbeispielen und darüber hinaus wohl bei vielen anderen Diensten der Plattformökonomie das grundsätzliche Problem, dass nicht gesagt werden kann, wie viele Stunden ein/eine ArbeitnehmerIn in einer konkreten Woche **zu arbeiten gehabt hätte**. Dies ist allerdings essentiell bei Fragen der Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Unfall ebenso wie bei der Berechnung von Urlaubsansprüchen bzw der Festlegung des Termins für den Urlaubsverbrauch. Im Hinblick auf Teilzeitbeschäftigte mit einem schwankenden Arbeitszeitausmaß bei „Beschäftigung nach Bedarf“ erachtet die Rechtsprechung⁶⁹² den **Durchschnitt des geleisteten Arbeitsausmaßes** als guten Anhaltspunkt. Als Durchschnittszeitraum erscheint dem OGH aufgrund der Bestimmung des § 4 Abs 6 AZG **ein Jahr** als angemessen, bei kürzeren Vertragsverhältnissen sei auf die **13-Wochen-Frist** der §§ 6 Abs 4 UrlG bzw 3 Abs 4 EFZG zurückzugreifen.⁶⁹³ Ein solches Vorgehen erscheint mir auch im Hinblick auf die Beschäftigten der Plattformökonomie, bei denen es sich in vielen Fällen wohl ohnehin um Teilzeitbeschäftigte handeln wird, und ihre oft unregelmäßig erbrachte Arbeitszeit naheliegend und adäquat.

6.2.2.3. Gesetzliche Arbeitszeit(höchst)grenzen

Neben Fragen der vereinbarten oder gesetzlichen Normalarbeitszeit bestehen auch absolute Beschränkungen der Arbeitszeit, in denen der Charakter des Arbeitszeitrechts als Arbeitnehmerschutzrecht am besten zum Ausdruck kommt. Dazu zählen die **Ruhepausen**, die durch Unterbrechungen der Arbeitszeit eingelegt werden, ebenso wie die nach Ende der Tagesarbeitszeit abzuhaltenden **Ruhezeiten**. Dass die Dienstleistungserbringung in der Plattformökonomie in vielen Fällen nicht in einem einzigen, durchgängigen Arbeitsverhältnis abgewickelt wird, sondern in vielen einzelnen, auf einander folgenden Vertragsverhältnissen, darf allerdings im Hinblick auf absolute Grenzen der Arbeitszeit im Hinblick auf deren Schutzfunktion meines Erachtens **keine Rolle** spielen. Dass die Arbeitszeithöchstgrenzen nicht von einzelnen Verträgen abhängig sind, ergibt sich schon

⁶⁹² OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505; OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecollex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecollex 2005, 193 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (*Schwarz*) = RdW 2005, 759 (*Gerhartl*) = ZAS 2006, 78 (*Schrank*) = SZ 2004/189 = Arb 12.500.

⁶⁹³ So auch *Mosler* in ZellKomm³ § 19d AZG Rz 22f.

aus dem AZG, das nicht für jedes Vertragsverhältnis eigene Arbeitszeitgrenzen vorschreibt und insofern **keine Differenzierung** vornimmt.

6.2.2.3.1. Anwendung von Sonderbestimmungen

Während für die Beschäftigten der Plattformen Foodora und Book a Tiger die allgemeinen Arbeitszeitgrenzen und Ruhezeiten des AZG bzw ARG gelten bzw galten, finden für die Beschäftigten der Plattform Uber die in den §§ 13ff AZG geregelten **Sonderbestimmungen für LenkerInnen von Kraftfahrzeugen** Anwendung. So ist etwa gem § 15 Abs 1 AZG von Uber-LenkerInnen nach spätestens vier Stunden Lenkzeit eine Lenkpause von mindestens 30 Minuten einzulegen.

6.2.2.3.2. Sicherstellung der Einhaltung von Arbeitszeit(höchst)grenzen

Neben einer Begrenzung der Normalarbeitszeit werden im § 9 AZG auch **absolute Höchstgrenzen der Arbeitszeit** festgelegt. So darf gem § 9 Abs 1 AZG seit der mit 1.9.2018 in Kraft getretenen Novellierung des AZG die **tägliche Arbeitszeit zwölf Stunden** und die **wöchentliche Arbeitszeit 60 Stunden nicht überschreiten**, wobei die Wochenarbeitszeit gem Abs 4 leg cit im Durchschnitt grundsätzlich 48 Stunden nicht überschreiten darf. Dafür gilt ein gesetzlicher Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen, wobei der zur Anwendung kommende Kollektivvertrag eine Verlängerung dieses Durchrechnungszeitraumes auf bis zu 26 Wochen bzw bei Vorliegen von technischen oder arbeitsorganisatorischen Gründen auf bis zu 52 Wochen zulassen kann. Nach § 9 Abs 5 AZG besteht eine Reihe von Ausnahmen von den Regelungen betreffend die Höchstarbeitszeitgrenzen. Darunter fallen insbesondere die mögliche Ausweitung der Arbeitszeit bei Vorliegen von Arbeitsbereitschaft in erheblichem Umfang und die Sonderregelungen bei Vorliegen von erhöhtem Arbeitsbedarf nach § 7 Abs 3 AZG.⁶⁹⁴

Auch bei der Dienstleistungserbringung im Rahmen der Plattformökonomie ist also sicherzustellen, dass Arbeitszeithöchstgrenzen im Sinne des Schutzes der Beschäftigten (und, insbesondere wenn die erbrachte Dienstleistung im Lenken von Fahrzeugen besteht, auch der KundInnen) eingehalten werden. Fraglich ist jedoch, wie die Einhaltung der

⁶⁹⁴ Siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 341a.

geltenden Bestimmungen kontrolliert werden kann, da die Leistungserbringung idR in großer räumlicher Distanz zum/zur ArbeitgeberIn stattfindet. Bei der Kontrolle der Einhaltung der Ruhepausen bzw Arbeitszeithöchstgrenzen handelt es sich also wohl vor allem um ein **praktisches Problem**. Meines Erachtens könnte in diesem Punkt die von den Plattformen eingesetzte digitale Infrastruktur, also die eingesetzten Apps und Algorithmen, eine wichtige und positive Rolle übernehmen.

So wäre es wohl vergleichsweise einfach realisierbar, die eingesetzten Apps auch **zur Zeiterfassung einzusetzen** und Funktionen zu implementieren, die Arbeitende etwa kurz vor Erreichen des Zeitpunktes einer verpflichtend abzuhaltenden Ruhepause (also gem § 11 Abs 1 AZG vor Ablauf von sechs Stunden) auf diesen Umstand hinweisen oder für den/die PlattformarbeiterIn für die Dauer der verpflichtenden Ruhepause den Zugang zur Plattform sperren bzw den Arbeitenden unter Hinweis auf die Ruhezeiten für eine bestimmte Zeit **keine neuen Aufträge zuweisen**. Ähnlich könnte die Einhaltung von arbeitszeitlichen Höchstgrenzen und der täglichen Ruhezeit sichergestellt werden.

6.2.2.3.3. Sicherstellung der Einhaltung wöchentlicher Ruhezeiten

Das begriffsmäßige Gegenteil von Arbeitszeit bilden die **Ruhezeiten**. Ruhezeiten gehören also nicht zur Arbeitszeit.⁶⁹⁵ So ist nach § 11 Abs 1 AZG die Tagesarbeitszeit nach sechs Stunden zu unterbrechen, um eine **mindestens halbstündige Ruhepause** durchzuführen. Mit Zustimmung des Betriebsrates ist auch eine **Teilung der Pausen** in zwei (zwei Mal 15 Minuten) oder drei (drei Mal 10 Minuten) Teile möglich. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit ist den ArbeitnehmerInnen gem § 12 Abs 1 AZG eine **ununterbrochene Ruhezeit von grundsätzlich elf Stunden** zu gewähren, wobei gem Abs 2 leg cit durch Kollektivvertrag die tägliche Ruhezeit auf bis zu mindestens acht Stunden verkürzt werden kann. Eine Verkürzung auf unter zehn Stunden ist jedoch nur dann möglich, wenn im Kollektivvertrag weitere Maßnahmen zur Erholung der ArbeitnehmerInnen vorgesehen sind. In der Folge sind Verkürzungen der Ruhezeiten durch entsprechende Verlängerungen anderer täglicher oder wöchentlicher Ruhezeiten (siehe dazu sogleich)

⁶⁹⁵ OGH 28.10.2013, 8 ObA 61/13y, ARD 6387/7/2014 = ARD 6388/12/2014 = wbl 2014, 159/52 = RdW 2014, 207 = infas 2014, 111/A42 = DRdA 2014, 256 = RdW 2014, 285 = DRdA 2014, 420/41 (*Schindler*) = ZAS-Judikatur 2014/20 = Arb 13.124.

binnen zehn Tagen auszugleichen. Daneben bestehen Ausnahmen insbesondere für in Saisonbetrieben beschäftigte Personen.⁶⁹⁶

Ist Rufbereitschaft vereinbart und wird der/die ArbeitnehmerIn **während laufender Ruhezeiten zur Aufnahme der Arbeit gerufen**, kann die Ruhezeit gem § 20a Abs 2 AZG unterbrochen werden, wenn innerhalb von zwei Wochen eine andere tägliche Ruhezeit um vier Stunden verlängert wird, wobei ein Teil der Ruhezeit mindestens acht Stunden betragen muss.

6.2.2.3.3.1. Wochen(end)ruhe

Neben den täglichen Ruhezeiten normiert § 3 Abs 1 ARG den Anspruch jedes/jeder ArbeitnehmerIn auf eine als „**Wochenendruhe**“ bezeichnete **ununterbrochene Ruhezeit von 36 Stunden**, in die der Sonntag zu fallen hat. So hat die Wochenendruhe gem § 3 Abs 2 ARG für alle ArbeitnehmerInnen grundsätzlich spätestens um 13 Uhr, für jene ArbeitnehmerInnen, die mit unbedingt notwendigen Abschluss-, Reinigungs-, Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten beschäftigt sind, spätestens Samstag um 15 Uhr zu beginnen. Von diesem grundsätzlichen Arbeitsver- bzw Ruhegebot während des Wochenendes besteht jedoch eine Reihe von Ausnahmen, die insbesondere in den §§ 10-18 ARG geregelt sind.⁶⁹⁷

Unterfällt ein/eine ArbeitnehmerIn einer der gesetzlichen Ausnahmen, wird er/sie also während der Wochenendruhe beschäftigt, so besteht statt der Wochenendruhe in jeder Kalenderwoche Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von 36 Stunden, wobei diese sogenannte „**Wochenruhe**“ einen ganzen Wochentag einzuschließen hat (§ 4 ARG).

6.2.2.3.3.2. Ersatzruhe

Wird der/die ArbeitnehmerIn während der wöchentlichen Ruhezeit, also entweder während der Wochenend- oder der Wochenruhe, beschäftigt, so besteht gem § 6 Abs 1 ARG in der folgenden Arbeitswoche Anspruch auf **Ersatzruhe**. Diese ist im Ausmaß der während

⁶⁹⁶ Siehe auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/511; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 170f; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 353f.

⁶⁹⁷ Siehe auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/513ff; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 171.

der Wochen(end)ruhe geleisteten Arbeit zu gewähren, die innerhalb von 36 Stunden vor dem Beginn der nächsten Arbeitswoche erbracht wurde, und auf die Wochenarbeitszeit anzurechnen. Sofern nichts anderes vereinbart wurde, hat die Ersatzruhe gem § 6 Abs 5 ARG unmittelbar vor dem Beginn der nächsten wöchentlichen Ruhezeit zu liegen.⁶⁹⁸

6.2.2.3.3.3. Feiertagsruhe

Neben der Wochenend- bzw Wochenruhe besteht gem § 7 Abs 1 ARG auch an **gesetzlichen Feiertagen** Anspruch auf eine **ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden**, wobei die Feiertagsruhe frühestens um 0 Uhr und spätestens um 6 Uhr des Feiertages beginnen muss. Gem Abs 4 leg cit dürfen Feiertage auf die wöchentliche Ruhezeit eines/einer ArbeitnehmerIn nur angerechnet werden, soweit sie tatsächlich in die Zeit der wöchentlichen Ruhezeit fallen. Wird wegen eines Feiertages (oder aufgrund von Ersatzruhe) nicht gearbeitet, behalten ArbeitnehmerInnen gem § 9 Abs 1 ARG dennoch ihren Entgeltanspruch.⁶⁹⁹

6.2.2.3.3.4. Eigene Ansicht

Meines Erachtens gestaltet sich die Sicherstellung der **Einhaltung der wöchentlichen Ruhezeiten** insofern schwierig, als aufgrund der (gewünschten) zeitlich flexiblen Arbeitszeiteinteilung der Plattform-ArbeiterInnen ebenso wie und vor allem aufgrund der Geschäftsmodelle der meisten Plattformen den KundInnen die Dienstleistungen nicht innerhalb eines begrenzten zeitlichen Rahmens angeboten werden, sondern teilweise, so etwa bei Uber, grundsätzlich rund um die Uhr an jedem Tag der Woche. Um das Funktionieren mancher Geschäftsmodelle zu ermöglichen, müssen somit auch außerhalb „klassischer“ Arbeitszeiten und am Wochenende stets Arbeitende bereit stehen, um eintreffende Aufträge bedienen zu können. Weniger relevant ist das im Fall der Plattform Book a Tiger und der von ihr angebotenen Reinigungsdienstleistungen, da hier eine Rechtfertigung für ein Anbieten der Dienstleistungen während der vorgeschriebenen Wochenendruhe wohl ohnehin nicht bestand.

⁶⁹⁸ Siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 357.

⁶⁹⁹ Siehe ausführlich *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/527ff.

Somit wird es abhängig von der konkret betrachteten Plattform und auch innerhalb einer bestimmten Plattform **von Woche zu Woche unterschiedlich** sein, ob einem/einer bestimmten Plattform-ArbeiterIn Wochenend- oder Wochenruhe zu gewähren ist, wofür die Plattformen geeignete Vorsorge in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht werden treffen müssen. Vorstellbar erscheinen mir etwa **technische Lösungen**, mithilfe derer auf die bereits durch einen/eine bestimmte ArbeitnehmerIn geleistete Arbeitszeit während einer Arbeitswoche abgestellt und zum Zeitpunkt des planmäßigen Beginns der Wochen(end)ruhezeit durch Sperren in der App die Einhaltung der Ruhezeiten sichergestellt wird. Sofern also eine Plattform die völlig freie Arbeitszeitgestaltung durch die Arbeitenden zulässt, muss diese meines Erachtens dort ihr Ende finden, wo Arbeitszeithöchstgrenzen, deren Zweck der Arbeitnehmerschutz darstellt, bestehen.

6.2.2.4. Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich bei der Arbeitszeit der Beschäftigten von Uber, Foodora und Book a Tiger, grundsätzlich vom Anfang bis zum Ende eines Vertragsverhältnisses um **Arbeitszeit** (in Form von Vollarbeitszeit bzw Arbeitsbereitschaft) handelt bzw (im Fall von Book a Tiger) handelte. Dass, zumindest bei den Plattformen Uber und Foodora, das **Warten auf eingehende Aufträge eine Haupttätigkeit** der Plattformbeschäftigten darstellt, die für die Plattformen und ihre Geschäftsmodelle **ebenso wichtig ist wie die Durchführung der den KundInnen angebotenen Dienstleistung**, steht der Qualifikation jener Zeiten, in denen auf das Einlangen von Aufträgen gewartet wird, als Arbeitsbereitschaft nicht entgegen.

Hinsichtlich der Normalarbeitszeit ist festzustellen, dass die Vereinbarung ihres Ausmaßes und ihrer Lage je nach Plattform variiert, mitunter jedoch konkludent zustande kommt. Arbeitszeitrechtlich problematisch ist das insbesondere im Fall der Plattform Foodora, bei der meines Erachtens zwar ein **durchgängiges Arbeitsverhältnis** besteht, eine Vereinbarung über das Ausmaß der zu erbringenden Arbeitstätigkeiten jedoch nur im Sinne einer **Mindestarbeitsverpflichtung** vorliegt. Wirksame Änderungen am Ausmaß der Normalarbeitszeit bedürfen gem § 19d Abs 2 AZG der Schriftform, welche durch bloße Eintragung im Schichtplan wohl nicht gegeben ist. Daher sind die intendierten befristeten Ausweitungen der Normalarbeitszeit unwirksam, weshalb über die Mindestverpflichtung

hinausgehende Zeiten der Leistungserbringung als **zuschlagspflichtig zu entlohnende Mehrarbeitsstunden** einzustufen sind.

Dass eine ausdrückliche Vereinbarung über Lage und Ausmaß der Arbeitszeit vielfach fehlt, ergibt sich wohl schon daraus, dass die Plattformen die für sie tätigen Personen fälschlicherweise als Selbstständige und nicht als ArbeitnehmerInnen ansehen. Qualifiziert man, wie im Zuge dieser Arbeit geschehen, die Plattform-ArbeiterInnen der untersuchten Fallbeispiele als ArbeitnehmerInnen, so können diese bei der Plattform Über dagegen das Ausmaß und die Lage ihrer Arbeitszeit innerhalb der gesetzlichen (Höchst-)Grenzen völlig frei gestalten. Angesichts der für die Plattformökonomie charakteristischen hohen zeitlichen Flexibilität der Beschäftigten und dem Fehlen schutzwürdiger Interessen dieser, ist eine (konkludente) Vereinbarung über die **freie Arbeitszeitgestaltung durch die Plattform-ArbeiterInnen** meines Erachtens zulässig.

Kein Zweifel kann meines Erachtens daran bestehen, dass Arbeitszeithöchstgrenzen und verpflichtende Ruhezeiten aufgrund ihrer Schutzfunktion auch für die Beschäftigten der Plattformökonomie zur Anwendung kommen müssen. Hinsichtlich der Kontrolle ihrer Einhaltung könnte auf die ohnehin vorhandene **technische Infrastruktur** der Plattformen zurückgegriffen werden, weshalb eine Kontrolle von Arbeitszeitgrenzen und Ruhezeiten möglicherweise sogar einfacher durchzuführen wäre, als das in traditionellen Arbeitsverhältnissen der Fall ist.

6.3. Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankenstand

6.3.1. Grundsätzliches zum Urlaub

Im Folgenden sollen mit Urlaub und Krankenstand die beiden wichtigsten Fälle, in denen ein Anspruch der ArbeitnehmerInnen auf Entgeltfortzahlung trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung besteht, erörtert werden.

Dem Urlaub liegt ursprünglich der Gedanke zugrunde, **Erholungsmöglichkeiten für die Arbeitenden** zu schaffen, er stellt jedoch schon seit langer Zeit auch ein **Instrument der Arbeitszeitverkürzung** dar. So wurde der Urlaub insbesondere von den Gewerkschaften als wirksame Maßnahme zur Verkürzung und besseren Verteilung von

Arbeit auf alle Arbeitenden angesehen, weshalb dem Urlaub auch eine Umverteilungsfunktion zukommt. Somit besteht die Funktion des Urlaubs nicht länger bloß aus der Erholung und kann daher auch nicht länger ausschließlich aus der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht hergeleitet werden, sondern diese wird durch **arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen** überlagert.⁷⁰⁰ Der Begriff der Erholung darf dabei ohnedies nicht zu eng verstanden werden, so geht es dabei insbesondere um die **freie Verfügbarkeit** des/der ArbeitnehmerIn über den Zeitraum des Urlaubs und die Befreiung von betrieblichen Belastungsfaktoren.⁷⁰¹

6.3.1.1. Rechtsgrundlage

Der Anspruch auf Urlaub gründet sich auf das **Urlaubsgesetz (UrlG)**⁷⁰², das grundsätzlich für „Arbeitnehmer aller Art, deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht“⁷⁰³, also **für ArbeiterInnen und Angestellte in gleichem Maße**, gilt.–Erwähnenswert ist weiters das in § 7 UrlG normierte **Ablöseverbot**, also das Verbot von Vereinbarungen zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn, wonach für den Nichtverbrauch des Urlaubs vermögenswerte Leistungen vorgesehen sind, sowie die Unabdingbarkeit der aus dem UrlG erwachsenden Rechte (§ 12 UrlG).⁷⁰⁴ Urlaub ist zu verstehen als **Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts**, wobei die beiden Komponenten, Freistellung und Entgelt, begriffsnotwendig zusammengehören.⁷⁰⁵

6.3.1.2. Entstehen des Urlaubsanspruches

Gem § 2 Abs 2 UrlG entsteht innerhalb des ersten Arbeitsjahres der Urlaubsanspruch in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses **aliquot zur bereits zurückgelegten Dienstzeit**, nach Vollenden der ersten sechs Monate steht der **gesamte Jahresurlaub** zu. Für alle weiteren Arbeitsjahre entsteht der Anspruch auf Urlaub **am Beginn jedes Jahres ohne Wartezeit in voller Höhe**. Der Urlaubsanspruch wird auch durch Zeiten, in denen kein Anspruch auf Entgelt besteht, nicht verkürzt, sofern nicht anderes bestimmt ist. Von einer besonderen Belastung des/der ArbeitnehmerIn während des Arbeitsjahres ist der

⁷⁰⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 209f.

⁷⁰¹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/672.

⁷⁰² UrlG BGBl I 2013/3.

⁷⁰³ § 1 Abs 1 UrlG.

⁷⁰⁴ Siehe auch Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 280f; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/674.

⁷⁰⁵ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/672.

Urlaub nicht abhängig. Der gesetzliche Urlaubsanspruch beträgt **grundsätzlich mindestens 30 Werktage pro Arbeitsjahr**, nach Vollendung des 25. Arbeitsjahres erhöht sich der Anspruch auf 36 Werktage (§ 2 Abs 1 UrlG).⁷⁰⁶

Werktag ist dabei jeder Tag, der nicht Sonn- oder Feiertag ist. Werktage, an denen nicht gearbeitet wird, etwa der Samstag bei einer Fünf-Tage-Woche, werden daher auf den Urlaub angerechnet. Fällt ein gesetzlicher Feiertag auf einen arbeitsfreien Werktag, findet also insbesondere ein „Feiertags-Samstag“ statt, so entsteht für diesen Feiertag, wie auch der OGH⁷⁰⁷ festgehalten hat, **kein zusätzlicher Urlaubstag**. Müsste der/die ArbeitnehmerIn am Feiertag arbeiten, etwa bei Schichtarbeit, muss der Verbrauch von Urlaub vereinbart werden.⁷⁰⁸ Der Berechnung des Urlaubs liegt ein **kalendarischer Urlaubsbegriff** zugrunde, bei den gesetzlichen 30 bzw 36 Werktagen handelt es sich somit um durchgehende Zeiträume von fünf oder sechs Wochen, losgelöst von der Frage, ob der/die betreffende ArbeitnehmerIn an einzelnen Tagen gearbeitet hätte.⁷⁰⁹

6.3.1.3. Gesetzliches Urlaubsausmaß

Dass das gesetzliche Urlaubsausmaß mit 30 bzw 36 Werktagen festgelegt ist, bedeutet, dass den ArbeitnehmerInnen **jährlich ein Zeitraum von fünf oder sechs Wochen Urlaub** zustehen soll, unabhängig davon, wie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit in der einzelnen Arbeitswoche festgelegt sind. Daher berechtigt auch eine Herabsetzung der Arbeitszeit nicht zu einer Herabsetzung des Urlaubsanspruchs. Wird nicht der gesamte Urlaub in einem Zug verbraucht, muss festgestellt werden, wie viele Tage **durchschnittlich** in fünf bzw sechs Wochen gearbeitet werden. Das auf diese Art festgestellte Ausmaß entspricht den Urlaubstagen.⁷¹⁰ So entschied auch der OGH⁷¹¹ im Fall eines Teilzeitbeschäftigten, der in zwei Wochen insgesamt fünf Tage arbeitete, dass diesem Urlaub im Ausmaß von zweieinhalb Tagen pro Woche, daher 12,5 Tage pro Jahr, entstanden sei.

⁷⁰⁶ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 211.

⁷⁰⁷ OGH 10.12.1993, 9 ObA 350/93, DRdA 1994, 343 (Klein).

⁷⁰⁸ OGH 04.05.2006, 9 ObA 60/05x, ARD 5710/4/06 = infas 2006, 163/A67 = RdW 2006, 647 = Jus-Extra OGH-Z 4201 = RZ 2006, 232 EÜ 306, 307 = DRdA 2006, 398 = DRdA 2007, 130/13 (Resch) = Arb 12.600; siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/677.

⁷⁰⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/676.

⁷¹⁰ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/678.

⁷¹¹ OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, infas 1998, A88.

6.3.1.4. Verjährung des Urlaubsanspruches

Jedoch verjährt der Urlaubsanspruch **nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist** (§ 4 Abs 5 UrlG), weshalb von der Verjährungsfrist in der Regel das Urlaubsjahr und zwei weitere Jahre umfasst sind.⁷¹² Ein im neuen Urlaubsjahr angetretener Urlaub ist nach der Rechtsprechung des OGH⁷¹³ auf den nicht verbrauchten und nicht verjährten Urlaubsrest aus den vergangenen Jahren anzurechnen, im Zweifel ist somit anzunehmen, dass bei Urlaubsantritt der **jeweils älteste Urlaubsanspruch** verbraucht wird. Daher kommt es in der Praxis nur dann zur Verjährung, wenn mehr als drei Jahre hindurch kein Urlaub vereinbart wird.⁷¹⁴ Voraussetzung für die Verjährung des Urlaubsanspruches ist jedoch die **objektive Möglichkeit seiner Geltendmachung**. Kann der Urlaub, etwa aufgrund von Krankenstand (siehe dazu sogleich), nicht verbraucht werden, so ist die Verjährung nach den Grundsätzen des ABGB gehemmt.⁷¹⁵ § 12 UrlG normiert die **Unabdingbarkeit** der in § 4 Abs 5 geregelten Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Ablauf des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden ist, weshalb kürzere Verjährungsfristen bzw ein früherer Urlaubsverfall nicht wirksam vereinbart werden können.⁷¹⁶

6.3.1.5. Urlaub während Zeiten der Arbeitsverhinderung

Die Vereinbarung von Urlaub für Zeiträume, in denen der/die ArbeitnehmerInnen vorhersehbarer Weise an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert ist und Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, so etwa bei Krankheit, ist **unzulässig**. Wird dennoch Urlaub vereinbart, gilt der Zeitraum der Arbeitsverhinderung nicht als Urlaub (§ 4 Abs 2 UrlG). Hintergrund dieser Regelung ist die **Sicherstellung des Erholungszwecks** des Urlaubes ebenso wie die **Vermeidung des Entfalls derartiger Entgeltansprüche**.⁷¹⁷ In diesem Lichte ist wohl auch § 5 Abs 1 UrlG zu sehen. Dieser Bestimmung zufolge werden länger als drei Tage dauernde Erkrankungen des/der ArbeitnehmerIn, die nicht vorsätzlich oder

⁷¹² Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/698ff.

⁷¹³ OGH 13.03.1984, 4 Ob 28/84, SZ 57/49 = JBl 1985, 435 = RdW 1984, 316 = Arb 10.334.

⁷¹⁴ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 219.

⁷¹⁵ OGH 27.01.2000, 8 ObS 178/99f, DRdA 2001, 30 (Kuderna); siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/701.

⁷¹⁶ Siehe auch Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 219.

⁷¹⁷ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 213.

grob fahrlässig herbeigeführt worden sind, während des Urlaubs, so die mit der Erkrankung verbundene Arbeitsunfähigkeit auf Werktage fällt, nicht auf das Urlaubsausmaß angerechnet.

6.3.1.6. Entgeltanspruch

Während des Urlaubs behält der/die ArbeitnehmerIn den unabdingbaren Anspruch auf Erhalt des Entgelts, wobei das Urlaubsentgelt gem § 6 Abs 6 UrlG bei Antritt des Urlaubs **für die gesamte Urlaubsdauer im Voraus zu zahlen** ist.⁷¹⁸ Dabei folgt die Berechnung des Urlaubsentgelts grundsätzlich dem **Entgeltausfallsprinzip**, es ist also jenes Entgelt zu zahlen, das angefallen wäre, wenn der Urlaub nicht angetreten worden wäre.⁷¹⁹ So sind etwa auch generell angeordnete⁷²⁰ bzw regelmäßig geleistete⁷²¹ Überstunden, die zu erbringen gewesen wären, bei der Berechnung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen.⁷²² Erfolgt die Entlohnung in Form von Leistungslöhnen, etwa durch Akkordlöhne, bemisst sich das Urlaubsentgelt § 6 Abs 4 UrlG zufolge nach dem **Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen** unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten. In diesem Fall kommt also das **Durchschnittsprinzip** zur Anwendung.⁷²³ Liegen innerhalb dieses 13-Wochen-Zeitraumes Zeiten, in denen der/die ArbeitnehmerIn nicht gearbeitet hat, so sind diese Zeiten dem OGH⁷²⁴ zufolge zu neutralisieren, bleiben also außer Betracht.⁷²⁵ Im Fall eines Teilurlaubs steht dem/der ArbeitnehmerIn das Urlaubsentgelt nur anteilig zu.⁷²⁶

6.3.2. Das Urlaubsrecht in der Plattformökonomie

Auf den ersten Blick könnte es schon grundsätzlich fraglich erscheinen, warum den DienstleistungserbringerInnen in der Plattformökonomie ein Anspruch auf Urlaub zugestanden werden sollte, wenn doch die Erholungsfunktion ebenso gut durch ein zeitweiliges Unterlassen des Bereithaltens zur Leistungserbringung, etwa in Form eines

⁷¹⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/702; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 217.

⁷¹⁹ § 6 Abs 1-3 UrlG; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 289; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 217.

⁷²⁰ OGH 28.06.1995, 9 ObA 100/95.

⁷²¹ OGH 18.04.2002, 8 ObA 162/01h.

⁷²² Siehe auch Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 289.

⁷²³ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/704; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 289.

⁷²⁴ OGH 11.11.1992, 9 ObA 166/92, ARD 4458/7/93.

⁷²⁵ Siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/706.

⁷²⁶ OGH 18.09.1980, 4 Ob 99/80, Arb 9889; siehe auch Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 217.

Nicht-Einloggens auf der Plattform, erfüllt werden könnte. In diesem Zusammenhang ist noch einmal darauf zu verweisen, dass vom Begriff des Urlaubs **sowohl die Freizeit als auch die Fortzahlung des Entgelts** umfasst sind, die bloße „**arbeitsfreie Zeit**“, die eintritt, wenn sich die DienstleistungserbringerInnen nicht zur Arbeit bereithalten, daher **nicht mit dem Urlaub gleichgesetzt werden kann**. Schon nach Art 7 der EU-Arbeitszeitrichtlinie⁷²⁷ haben ArbeitnehmerInnen **Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub**. Da, wie im Zuge dieser Arbeit festgestellt, zwischen den Plattformen und den ErbringerInnen der Dienstleistung vielfach Arbeitsverträge bestehen, muss der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich auch für Plattformbeschäftigte bestehen.

Für die im Rahmen der Plattformökonomie tätigen Personen bestehen im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung bei Urlaub jedoch mitunter **besondere Problemstellungen**. Diese ergeben sich regelmäßig aus der Dauer der Arbeitsverträge, weshalb es meines Erachtens sinnvoll ist, für die Betrachtung des Urlaubsrechts zunächst eine Trennung der unterschiedlichen Plattform-Modelle anhand dieses Kriteriums vorzunehmen.

6.3.2.1. Vorliegen eines durchgängigen Arbeitsverhältnisses

Hinsichtlich jener Plattformen, bei denen vom Vorliegen eines einzigen durchgängigen Arbeitsverhältnisses auszugehen ist, wie etwa beim Zustelldienst Foodora, gelten meines Erachtens die soeben dargelegten Regelungen, **ohne dass sich Besonderheiten** ergeben würden. Im Fall von Foodora liegen eine Mindestarbeitsverpflichtung und eine regelmäßig stattfindende Dienstleistungserbringung vor, weshalb auch ein Urlaubsanspruch kalkulierbar wird. Zusätzlich zum fixen Stundenentgelt wird bei Foodora jedoch pro bearbeiteter Bestellung ein „Bonus“ in Höhe von EUR 1,24 ausgezahlt.⁷²⁸ Dieser Bonus bildet wohl ein **leistungsbezogenes Entgelt**, da er in seiner Gesamtsumme von der Anzahl der übernommenen Aufträge abhängig ist, weshalb das Urlaubsentgelt meines Erachtens zumindest hinsichtlich dieses Teiles des Entgelts anhand des Durchschnitts der letzten 13 Wochen zu errechnen ist.

⁷²⁷ RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABI L 299/9.

⁷²⁸ Foodora, Hinweise zur Abrechnung.

6.3.2.1.1. Vereinbarung des Urlaubsverbrauchs

6.3.2.1.1.1. Die Problematik

Gerade bei der soeben angesprochenen Plattform Foodora, die meines Erachtens ein durchgängiges Arbeitsverhältnis mit den für die Plattform tätigen KurierInnen unterhält, stellt sich die Frage, wie der Verbrauch des entstandenen Urlaubs durch die Plattformbeschäftigten praktisch umgesetzt werden kann.

6.3.2.1.1.2. Lehre und Rechtsprechung

So sagt das bloße Entstehen des Urlaubsanspruches noch nichts über die **konkrete zeitliche Lage** des Urlaubs aus. Vielmehr müssen der Termin und die Dauer des Verbrauchs entstandenen Urlaubs individuell **zwischen ArbeitnehmerIn und ArbeitgeberIn vereinbart** werden.⁷²⁹ Grundsätzlich kann die angesprochene Einzelvereinbarung auch konkludent zustande kommen.⁷³⁰ So ist der/die ArbeitgeberIn zu einer Antwort verpflichtet, wenn ein/eine ArbeitnehmerIn seinen/ihren Urlaubswunsch rechtzeitig bekannt gibt und der Wunsch nicht den Vorstellungen des/der ArbeitgeberIn entspricht. Ein Schweigen des/der ArbeitgeberIn ist im Hinblick auf einen geäußerten Urlaubswunsch als konkludente Zustimmung zu werten, weshalb in solchen Fällen eine **gültige Urlaubsvereinbarung** zustande kommt.⁷³¹ Gem § 4 Abs 1 UrlG sind dabei die Erholungsmöglichkeit des/der ArbeitgeberIn und betriebliche Erfordernisse gegeneinander abzuwägen und der Urlaub möglichst bis zum Ende des Jahres seines Entstehens zu verbrauchen – was bedeutet, dass der Urlaub, sofern ein Verbrauch im selben Jahr nicht möglich ist, auch in das nächste Urlaubsjahr verlegt werden kann.⁷³²

6.3.2.1.1.3. Eigene Ansicht

Im Hinblick auf die Frage, wie eine Vereinbarung der Lage des Urlaubs zustande kommen kann, ist meines Erachtens nochmals darauf zu verweisen, dass Foodora von den KurierInnen die Absolvierung einer **Mindestanzahl von Stunden pro Woche** sowie

⁷²⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/690; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 213.

⁷³⁰ OGH 30.10.1996, 9 ObA 2133/96h, ASoK 1997, 126.

⁷³¹ OGH 28.06.2012, 8 ObA 31/12k, ASoK 2013, 101 (Geiblinger); siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/690.

⁷³² Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 213.

mindestens einer Schicht am Wochenende verlangt und die KurierInnen die von ihnen gewünschten Schichten in einen Schichtplan eintragen. Daher könnte der Schichtplan auch als **Instrument zur Vereinbarung von Urlaub** dienen. Anstatt konkrete (Wunsch-) Schichten einzutragen, könnten KurierInnen auch Zeiträume, in denen sie Urlaub verbrauchen, also nicht für die Absolvierung von Schichten verfügbar sein wollen, vermerken. Das würde der Bekanntgabe eines Urlaubswunsches seitens eines/einer KurierIn entsprechen. Was das **Ausmaß des verfügbaren (Jahres-)Urlaubs** betrifft, so ist festzustellen, wieviel von einem/einer Plattformbeschäftigten durchschnittlich in fünf bzw sechs Wochen gearbeitet wird, wobei die Anzahl der gearbeiteten Tage dann der Anzahl der verfügbaren Urlaubstage entspricht.⁷³³ Reagiert die Plattform auf den in dieser Weise abgegebenen Urlaubswunsch nicht, ist das wohl als konkludente Zustimmung zum Urlaubswunsch des/der KurierIn zu werten und es kommt eine Urlaubsvereinbarung ebenso gültig zustande wie bei einer ausdrücklichen Zustimmung durch die Plattform.

6.3.2.2. Vorliegen kurzer, auf einander folgender Arbeitsverträge

Bei manchen Plattformen, wie etwa bei Uber oder Book a Tiger ist im Gegensatz dazu meines Erachtens vom Vorliegen von oft sehr kurz andauernden (Ketten-) Arbeitsverträgen auszugehen. Im Fall der Plattform Uber erstrecken sich diese, wie oben bereits ausgeführt, zeitlich vom Einloggen in die App und dem damit verbundenen „Bereithalten“ für das Eintreffen von Fahrtaufträgen bis zum Ausloggen aus der App. Bei Book a Tiger schlossen die Reinigungskräfte meines Erachtens ebenso Arbeitsverträge, deren Dauer sich bloß über den Zeitraum eines einzelnen Auftrages erstreckte. Daher stellt sich die Frage, wie angesichts der Vielzahl kurzer Vertragsverhältnisse Urlaubsansprüche entstehen und berechnet werden können.

6.3.2.2.1. Zusammenrechnung der Vertragsverhältnisse

6.3.2.2.1.1. Die Problematik

Anhand der Entgeltfortzahlung für jene Plattform-ArbeiterInnen, deren Dienstleistungserbringung im Rahmen kurzer, befristeter Verträge abgewickelt wird, zeigen sich wesentliche Probleme. Werden in einem bestimmten Zeitraum **keine Aufträge**

⁷³³ Siehe oben bzw *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/678; OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, infas 1998, A88.

angenommen, etwa weil sich der/die DienstleistungserbringerIn nicht in die zur Plattform gehörenden App einloggt, so besteht während dieser Zeit kein Arbeitsverhältnis zwischen DienstleistungserbringerIn und Plattform.

Zwar kann wie im Rahmen dieser Arbeit bereits gezeigt, die Beziehung zwischen DienstleistungserbringerIn und Plattform grundsätzlich nicht bloß isoliert anhand der einzelnen Arbeitsverträge beurteilt werden, weil darüber hinaus durch die eingesetzten Rating-Systeme eine **längerfristige Abhängigkeit** von der Plattform besteht. Die **bloße Registrierung** auf der Plattform, die in vielen Fällen lediglich die Voraussetzung für das Zustandekommen von Arbeitsverhältnissen in der Folge bildet, als urlaubsrechtlichen Beginn des Vertragsverhältnisses anzusehen, erscheint mir **nicht sachgerecht**, da eine Registrierung grundsätzlich auch erfolgen kann, ohne dass in der Folge jemals Dienstleistungen erbracht werden. Meines Erachtens muss ein Urlaubsanspruch daher dennoch aus jenen Zeiten, während denen gearbeitet wurde, hergeleitet werden. Fraglich ist somit zunächst, ob eine Zusammenrechnung und somit eine einheitliche Betrachtung der einzelnen, kurzen Vertragsverhältnisse in Betracht kommt.

6.3.2.2.1.2. Lehre und Rechtsprechung

Das Arbeitsjahr beginnt normalerweise mit dem **ersten Tag des laufenden Arbeitsverhältnisses**.⁷³⁴ Durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung, bzw in Betrieben ohne Betriebsrat auch durch schriftliche Einzelvereinbarung, kann jedoch anstelle des Arbeitsjahres auch das **Kalenderjahr** oder ein anderer Jahreszeitraum als Urlaubsjahr vereinbart werden.⁷³⁵

Gem der Bestimmung des § 3 Abs 1 UrlG sind für die Bemessung des Urlaubsausmaßes **Dienstzeiten beim/bei der selben ArbeitgeberIn zusammenzurechnen**, sofern die dazwischen liegenden Unterbrechungen **nicht länger als drei Monate** sind. Die Zusammenrechnung findet jedoch nicht statt, wenn die Unterbrechung auf eine Kündigung seitens des/der ArbeitnehmerIn, auf vorzeitigem Austritt ohne wichtigen Grund oder auf eine vom/von der ArbeitnehmerIn verschuldete Entlassung zurückzuführen ist. Alle beim/bei der

⁷³⁴ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 212.

⁷³⁵ § 2 Abs 3 UrlG; siehe auch OGH 23.01.2003, 8 ObA 3/03d, infas 2003, 112 = ecolex 2003, 545 (Mazal) = JBl 2003, 877 = DRdA 2004, 246 (Pfeil) = Arb 12.307; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/679.

selben ArbeitgeberIn zugebrachten Dienstzeiten werden somit **urlaubsrechtlich als Einheit** betrachtet, sofern die Unterbrechung zwischen den Verhältnissen höchstens drei Monate beträgt.⁷³⁶ Sind urlaubsrechtlich mehrere Arbeitsverhältnisse zusammenzuzählen, beginnt das Arbeitsjahr somit nicht am ersten Tag des laufenden Arbeitsverhältnisses, sondern **am ersten Tag des ersten Arbeitsverhältnisses**.⁷³⁷

6.3.2.2.1.3. Eigene Ansicht

Da nach der hier vertretenen Auffassung in beiden Fällen, bei Uber und grundsätzlich auch bei Book a Tiger, die Plattform-BetreiberInnen als ArbeitgeberInnen anzusehen sind, handelt es sich bei der Arbeitserbringung in Form kurzer, befristeter Arbeitsverträge, die stets mit der gleichen Plattform geschlossen werden, wohl um **Dienstzeiten bei dem/der selben ArbeitgeberIn**. Diese sind gem § 3 Abs 1 UrlG für die Bemessung des Urlaubsausmaßes zusammenzurechnen und die **einzelnen kurzen Arbeitsverhältnisse urlaubsrechtlich somit als Einheit zu betrachten**. Als Beginn des (ersten) Arbeits- bzw Urlaubsjahres ist damit **der erste Tag des ersten Vertragsverhältnisses** anzusehen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Unterbrechungen zwischen den einzelnen Vertragsverhältnissen nicht länger als drei Monate dauern (§ 3 Abs 1 UrlG). Beschäftigte in der Plattformökonomie müssten also darauf achten, Unterbrechungen in ihrer Tätigkeit für eine bestimmte Plattform kürzer als drei Monate zu halten, um die Möglichkeit der Zusammenrechnung ihrer Urlaubsansprüche zu erhalten.

Diese Notwendigkeit, die „Pausen“ zwischen zwei Tätigkeiten für die selbe Plattform jedenfalls kürzer als drei Monate zu halten, schränkt allerdings die **zeitliche Flexibilität der DienstleistungserbringerInnen** massiv ein. Gerade die Möglichkeit der flexiblen Zeit- und Diensteinteilung bildet jedoch ein Charakteristikum der Plattformökonomie, das in vielen Fällen wohl auch von den Plattformbeschäftigten geschätzt und als in ihrem Interesse wahrgenommen wird.

So ist die Flexibilität in der Plattformökonomie nicht bloß als eine zeitliche zu verstehen, sondern es erscheint naheliegend, dass von der selben Person Dienstleistungen **abwechselnd für mehrere Plattformen** erbracht werden und **zwischen den Plattformen**

⁷³⁶ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 211.

⁷³⁷ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 212.

hin- und hergewechselt wird. Aufgrund dessen, dass die fehlende Bindung an einen/eine einzigen/einzige ArbeitgeberIn vielfach als vorteilhaft erlebt wird, wird im Rahmen dieser Arbeit auch der Abschluss von Kettenarbeitsverträgen für zulässig erachtet. Die praktische „Verpflichtung“ zu regelmäßigem Tätigwerden für die selbe Plattform, die für den Fall besteht, dass entstandene Urlaubsansprüche zusammengerechnet werden sollen, bildet also einen **Widerspruch** zu den dargestellten Flexibilitätsgedanken.

6.3.2.2.2. Isolierte Betrachtung der einzelnen Vertragsverhältnisse

6.3.2.2.2.1. Die Problematik

Angeichts der Tatsache, dass eine Zusammenrechnung der einzelnen Vertragsverhältnisse bei jenen Plattformen, bei denen kein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorliegt, zu einer starken **Einschränkung der Flexibilität** der Arbeitenden führt, lässt sich fragen, wie bei einer isolierten Betrachtung der jeweiligen einzelnen andauernden Vertragsverhältnisse vorzugehen wäre. Dabei liegt das wesentliche Problem in der Kürze der Arbeitsverträge, fraglich ist, wie Plattformbeschäftigten während der in extremen Fällen oft nur wenige Minuten (etwa, wenn sich ein/eine LenkerIn in die Uber-App einloggt, eine einzige oder eine sehr geringe Anzahl von Fahrten durchführt und sich wieder ausloggt) dauernden Arbeitsverhältnissen Urlaubsanspruch entsteht. Zusätzlich problematisch ist, dass der Urlaub im aufrechten Vertragsverhältnis aufgrund dessen Kürze **nicht verbraucht werden kann**.

6.3.2.2.2.2. Lehre und Rechtsprechung

Grundsätzlich geht das UrlG in seinen Bestimmungen davon aus, dass der Urlaub möglichst **in natura** verbraucht werden soll, selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis im Urlaubsjahr endet.⁷³⁸ Wird das Arbeitsverhältnis beendet, bevor der/die ArbeitnehmerIn den zustehenden Urlaub verbrauchen konnte, gebührt eine **finanzielle Abgeltung**, die sog **Urlaubersatzleistung**. Diese ist also ein Geldanspruch, der als Surrogat an die Stelle des Naturalurlaubs tritt.⁷³⁹ Was das Ausmaß der Urlaubersatzleistung betrifft, sieht § 10 Abs 1

⁷³⁸ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 218.

⁷³⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/718; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 513a; siehe auch OGH 29.04.1980, 4 Ob 54/80, Arb 9871.

UrlG insofern eine Aliquotierung vor, als die bisher im Urlaubsjahr der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückgelegte Dienstzeit im Verhältnis zum im gesamten Urlaubsjahr entstehenden Urlaubsanspruch betrachtet wird. Wird das Arbeitsverhältnis also etwa nach einem halben Jahr beendet, so steht auch nur Urlaubsentgelt für den halben Jahresurlaub zu. Wurde bereits ein Teil des Urlaubs verbraucht, so ist dieser auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen bzw von diesem abzuziehen.⁷⁴⁰

In Bezugnahme auf Art 7 Abs 2 der EU-Arbeitszeitrichtlinie⁷⁴¹, wonach der aufgrund der Richtlinie zustehende Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf, entschied auch der EuGH⁷⁴² wiederholt, dass ein/eine ArbeitnehmerIn, der/die nicht in der Lage war, seinen/ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben, **Anspruch auf eine finanzielle Vergütung** nach der Richtlinie habe. Der/die ArbeitnehmerIn sei dabei hinsichtlich der Berechnung der Vergütung so zu stellen, als hätte er/sie den Urlaubsanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgeübt.

6.3.2.2.2.3. Eigene Ansicht

Für die sehr kurzen Vertragsverhältnisse im Rahmen der Plattformökonomie lässt sich daraus meines Erachtens ableiten, dass diese Vertragsverhältnisse als solche zu qualifizieren sind, im Rahmen derer die Plattformbeschäftigten ihren Anspruch auf Urlaub nicht vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses ausüben, den Urlaub also **nicht in natura verbrauchen**, können. Das ist etwa im Hinblick auf die Plattform Uber deshalb der Fall, weil die Dauer der jeweiligen Arbeitsverträge mit dem Zeitraum des Eingeloggst-seins in der App begrenzt ist und das Vertragsverhältnis somit nicht lange genug dauert, um Urlaub innerhalb des Verhältnisses verbrauchen zu können. Den Plattformbeschäftigten gebührt daher zum Vertragsende eine **Abgeltung des entstandenen Urlaubs**, also die **Auszahlung einer Urlaubersatzleistung**.

⁷⁴⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 218; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁹ Rz 513a.

⁷⁴¹ RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABIL 299/9.

⁷⁴² EuGH 29.11.2017, C-214/16, *King / The Sash Window Workshop Ltd*; EuGH 20.01.2009, C-350/06, *Schultz-Hoff* / Deutsche Rentenversicherung und C-520/06, *Stringer et al / Her Majesty's Revenue and Customs*.

Dass die Plattformbeschäftigten ihren Urlaub nie *in natura* verbrauchen können, bedeutet also wohl konkret, dass mit Beendigung jedes einzelnen kurzen Vertragsverhältnisses eine Urlaubersatzleistung für den im Hinblick auf die zurückgelegte Beschäftigungsdauer aliquot entstandenen (§ 2 Abs 2 UrlG) Urlaubsanspruch ausgezahlt werden muss. Aufgrund der Kürze der Vertragsverhältnisse wird es sich dabei jeweils um einen sehr geringen Betrag handeln. Auf diese Weise haben die Plattformbeschäftigten zwar **nicht die Möglichkeit auf Naturalurlaub**, wie das bei einem länger andauernden Vertragsverhältnis regelmäßig der Fall wäre, bekommen aber zumindest den ihnen zustehenden, jedoch stets „unverbrauchbaren“ Urlaub *peu a peu* **abgegolten**. Ein „Antritt des Urlaubs“ ist nach dieser Betrachtungsweise bei Tätigsein für jene Plattformen, bei denen vom Vorliegen von (aufgrund des Wunsches nach Flexibilität ausnahmsweise zulässigen) Kettenarbeitsverträgen auszugehen ist, nicht möglich. Wollen die Beschäftigten von der dem Urlaub immanenten **Funktion der Erholung** Gebrauch machen, besteht die einzige Möglichkeit darin, sich für eine bestimmte Zeit nicht in ein befristetes Vertragsverhältnis mit der Plattform zu begeben, sich also etwa nicht in die App einzuloggen.

6.3.2.2.3. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich meines Erachtens somit deutlich, dass die grundsätzlichen Regelungen des Urlaubsrechts im Grunde **auf lange andauernde, durchgängige Arbeitsverhältnisse ausgerichtet** sind und wohl auch die urlaubsrechtlichen Bestimmungen über die Zusammenrechnung von bei dem/der selben ArbeitgeberIn zurückgelegten Dienstzeiten nicht derart kurze Vertragsverhältnisse, wie sie bei der plattformbasierten Arbeit typisch sind, im Blick hatten. Selbst bei einer urlaubsrechtlichen Zusammenrechnung der einzelnen, befristeten Verträge, die die zeitliche Flexibilität der Arbeitenden ohnehin stark beeinträchtigt, stellt sich die Frage, wie der Verbrauch der erworbenen Urlaubsansprüche geschehen soll, da ein **Verbrauch innerhalb der kurzen Arbeitsverhältnisse nicht möglich** ist. Aus diesem Grund könnte eine mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang stehende Lösung in der **Auszahlung einer Urlaubersatzleistung** im Hinblick auf die aliquot im Zuge des einzelnen Vertragsverhältnisses entstandenen Urlaubsansprüche **jeweils bei der Vertragsbeendigung** bestehen.

6.3.2.3. Urlaubskasse für PlattformarbeiterInnen?

Was die Problemstellung des Urlaubs im Hinblick auf die Möglichkeit des Wechsels zwischen unterschiedlichen Plattformen und längere Tätigkeitsunterbrechungen betrifft, scheinen die DienstleistungserbringerInnen der Plattformökonomie in gewisser Weise mit den BauarbeiterInnen vergleichbar zu sein. So ist im Baugewerbe eine **bloß kurzfristige Beschäftigung** und der **häufige Wechsel des/der ArbeitgeberIn** typisch. Da BauarbeiterInnen daher oftmals die erforderliche Wartezeit für den Urlaubsanspruch bei einem/einer ArbeitgeberIn nicht erreichen würden, ihnen aber dennoch die Realisierung des Urlaubs ermöglicht werden sollte, wurde für die BauarbeiterInnen ein **eigenständiges Urlaubssystem** entwickelt.⁷⁴³

Gem § 4 Abs 1 Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)⁷⁴⁴ gebührt den dem BUAG unterliegenden Personen für jedes Urlaubsjahr ein Urlaubsanspruch, der **pro Beschäftigungswoche als Anwartschaft erworben** wird. Nach 52 Anwartschaftswochen gebührt ein **Urlaub von 30 Werktagen**. Dieser erhöht sich nach 1150 Anwartschaftswochen auf 36 Werktage. Dabei ist nicht relevant, bei welchem/welcher ArbeitgeberIn der/die ArbeitnehmerIn gerade beschäftigt ist. Während der/die jeweilige ArbeitgeberIn Freizeit gewähren bzw den Zeitpunkt des Urlaubsantritts vereinbaren muss, richtet sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer des Urlaubs gem § 8 Abs 1 BUAG gegen die **Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse**. An diese haben die ArbeitgeberInnen laufend **Beiträge** (gem § 21 BUAG „Zuschläge zum Lohn“) zu entrichten. Die Auszahlung des Urlaubsentgelts erfolgt grundsätzlich durch den/die aktuellen/aktuelle ArbeitgeberIn, der/die gem § 8 Abs 2 BUAG frühestens einen Monat vor dem vereinbarten Urlaubsantritt des/der ArbeitnehmerIn bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse um Überweisung des entsprechenden Urlaubsentgeltes einzureichen hat. Eine direkte Auszahlung des Urlaubsentgeltes durch die Kasse erfolgt nach § 8 Abs 8 BUAG nur dann, wenn der/die ArbeitgeberIn seine/ihre Pflichten bei der Auszahlung des Urlaubsentgeltes verletzt hat.⁷⁴⁵

⁷⁴³ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 221.

⁷⁴⁴ § 4 Abs 1 BUAG BGBl I 2017/114.

⁷⁴⁵ Siehe auch Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 221f; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/732ff.

Zwar fallen die DienstleistungsanbieterInnen der Plattformökonomie von ihrem Tätigkeitsbereich her nicht unter die soeben erörterten besonderen Urlaubsregelungen der BauarbeiterInnen, da § 2 BUAG den Anwendungsbereich des Gesetzes auf Betriebe unterschiedlicher Art innerhalb der Baubranche beschränkt. Hinsichtlich der Problematik bei der Entstehung des Urlaubsanspruches bzw dessen Realisierung befinden sich die Plattform-ArbeiterInnen jedoch in einer **ähnlichen Situation** wie die BauarbeiterInnen, da auch für sie kurze Arbeitsverhältnisse bei wechselnden ArbeitgeberInnen typisch sind.

Will man die plattformbasiert arbeitenden DienstleistungserbringerInnen also ebenfalls auf umfassende Weise in das Urlaubsrecht einbeziehen und ihnen die Möglichkeit zum sicheren Erwerb und Verbrauch von Urlaubsansprüchen zubilligen, könnte das Sonderurlaubsrecht der BauarbeiterInnen und insbesondere das Modell der Auszahlung der Urlaubsentgelte durch eine Kasse in diesem Zusammenhang als **Vorbild** fungieren. Dabei erscheint mir eine **schlichte Einbeziehung der Plattformbeschäftigten in das BUAG nicht sachgerecht**, da die Tätigkeitsbereiche digitaler Plattformen sehr unterschiedlich sein können und daher schwer sachlich zu fassen sind, jedoch in den meisten Fällen nichts mit dem Baugewerbe zu tun haben werden. Sinnvoll könnte aufgrund ihrer besonderen Situation jedoch die **Errichtung einer eigenen Urlaubskasse für Plattformbeschäftigte**, analog zur Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, und die **Schaffung eines eigenen Sonderurlaubsrechts für plattformbasiert arbeitende DienstleistungserbringerInnen** sein.

Das Modell einer Urlaubskasse für Plattform-ArbeiterInnen könnte auch für die PlattformbetreiberInnen vorteilhaft sein. Wird auf mehreren Plattformen parallel gearbeitet, würde die **Beitragslast gerecht auf unterschiedliche PlattformbetreiberInnen verteilt** werden und nicht eine bestimmte Plattform zur Leistung des Urlaubsentgelts herangezogen werden können. Die DienstleistungserbringerInnen könnten zu einem adäquaten Urlaubsanspruch gelangen, ohne eine einzelne Plattform übermäßig belasten zu müssen. Insbesondere würde ein Kassen-Modell auch zu bloß **geringem Aufwand auf Seiten der PlattformbetreiberInnen** führen, da das Gewähren von Freizeit, das in den Aufgabenbereich der jeweiligen Plattform fällt, wohl – mit Ausnahme der Fortzahlung des Entgelts – ohnehin ident mit der Situation ist, die eintritt, wenn der/die betreffende DienstleistungserbringerIn nicht eingeloggt und insofern nicht „arbeitsbereit“ ist.

6.3.3. Grundsätzliches zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Kann der/die ArbeitnehmerIn **aufgrund von Krankheit oder Unglücksfall** die vereinbarte Arbeitsleistung nicht erbringen, so hat er/sie grundsätzlich Anspruch auf die **Fortzahlung des Arbeitsentgelts**, wobei sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auf § 8 AngG⁷⁴⁶ (für Angestellte) bzw § 2 EFZG⁷⁴⁷ (für ArbeiterInnen) gründet. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist unabdingbar und hat sowohl bei ArbeiterInnen als auch bei Angestellten zur Voraussetzung, dass **Arbeitsunfähigkeit** vorliegt, also der Gesundheitszustand des/der betreffenden ArbeitnehmerIn so schlecht ist, dass die Arbeit entweder nicht verrichtet werden kann oder dies nur unter der Gefahr einer gesundheitlichen Beeinträchtigung geschehen könnte.⁷⁴⁸

Eine Bedingung für das Fortbestehen des Entgeltanspruches ist dabei, dass **weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit** zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben, wobei an den Begriff der groben Fahrlässigkeit in diesem Fall ein strenger Maßstab anzulegen ist und von einem Vorliegen von grober Fahrlässigkeit nur bei **auffallender Sorglosigkeit** iSd § 1324 ABGB auszugehen ist.⁷⁴⁹

6.3.3.1. Entgeltfortzahlung seit 01.07.2018

Infolge einer gesetzgeberischen Initiative zur Angleichung von ArbeiterInnen- und Angestelltenrechten stellt sich die Rechtslage seit 01.07.2018 im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall folgendermaßen dar: Seit 01.07.2018 kommt allen ArbeitnehmerInnen grundsätzlich ein **Entgeltfortzahlungsanspruch von sechs Wochen** zu. Dieser erhöht sich nach schon einem Beschäftigungsjahr auf acht Wochen, nach 15 Jahren auf zehn Wochen und nach 25 Jahren auf zwölf Wochen (§ 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG). Für weitere vier Wochen bleibt ein Anspruch auf das halbe Entgelt bestehen. Das System der „Töpfe“, das bisher bei den Fortzahlungsbestimmungen der Angestellten bestand, gibt es nun nicht mehr – ArbeitnehmerInnen können bloß das in jedem Arbeitsjahr neu entstehende Kontingent an Entgeltfortzahlung bei Krankheit ausschöpfen. In Fällen von

⁷⁴⁶ § 8 AngG AngG BGBl I 2017/153.

⁷⁴⁷ § 2 EFZG BGBl I 2017/153.

⁷⁴⁸ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 189f; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/594.

⁷⁴⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/597.

Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch, der **unabhängig von den Ansprüchen wegen Krankheit** ist und acht Wochen (nach 15 Jahren zehn Wochen) beträgt.⁷⁵⁰ Die neue Regelung stellt also nicht nur eine Angleichung der Rechte von ArbeiterInnen und Angestellten, sondern wohl, verglichen mit der Situation vor Juli 2018, insbesondere auch eine **Vereinfachung der Rechtslage** dar.

6.3.4. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in der Plattformökonomie

Zunächst ist nochmals festzuhalten, dass die Leistungserbringung im Rahmen der Plattformökonomie oft die Form sehr kurzer, befristeter Verträge annimmt. Fraglich ist daher, wie innerhalb so kurzer Vertragsverhältnisse mit dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall umzugehen ist.

6.3.4.1. Zusammenrechnung von Arbeitsverhältnissen

Gem § 2 Abs 3 EFZG sind Dienstzeiten, die bei dem/der selben ArbeitgeberIn erbracht wurden, für die Bemessung des Anspruchs bei Krankheit bzw Unglücksfall **zusammenzurechnen**, wenn zwischen den einzelnen Arbeitsverhältnissen **keine längere Unterbrechung als 60 Tage** liegt. Die Zusammenrechnung unterbleibt nur dann, wenn der Grund für die Unterbrechung in der Kündigung oder dem Austritt ohne wichtigen Grund des/der ArbeitnehmerIn oder einer vom/von der ArbeitnehmerIn verschuldeten Entlassung liegt.⁷⁵¹ Nach Ansicht von *Drs*⁷⁵² habe die Zusammenrechnung **keinen Einfluss auf die Lage des Arbeitsjahres**, lediglich der Beginn des letzten Arbeitsverhältnisses sei maßgeblich. Derselben Ansicht ist auch der OGH⁷⁵³, der das Berufungsgericht als Vorinstanz in seiner Beurteilung bestätigt, dass schon der Gesetzeswortlaut darauf hindeute, dass **zwischen der Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs und dem Beginn des Arbeitsjahres zu unterscheiden** sei. Zweck der Zusammenrechnungsregel sei es, langjährige MitarbeiterInnen im Falle ihrer Erkrankung oder eines Arbeitsunfalls besser abzusichern.

⁷⁵⁰ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/629ff.

⁷⁵¹ Siehe auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/636.

⁷⁵² *Drs* in ZellKomm³ § 2 EFZG Rz 12.

⁷⁵³ OGH 13.06.2017, 10 ObS 54/17i, ARD 6560/10/2017 = wbl 2017, 529/167 = RdW 2017, 708 = DRdA-infas 2017, 294 = ecolex 2017, 1097.

Dauert die Unterbrechung zwischen zwei Arbeitsverhältnissen beim/bei der selben ArbeitgeberIn also länger als 60 Tage, beginnt ein **neues Arbeitsjahr** zu laufen, mit dem auch ein **neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung** entsteht. Angesichts der in der Plattformökonomie vielfach geschätzten zeitlichen Flexibilität und der Möglichkeit, abwechselnd auf mehreren Plattformen zu arbeiten, worauf schon bei den Ausführungen zur Entgeltfortzahlung bei Urlaub eingegangen wurde, bildet die Voraussetzung, zwischen den Vertragsschlüssen mit einer bestimmten Plattform keine Lücken von mehr als 60 Tagen entstehen zu lassen, eine **starke Einschränkung für die DienstleistungserbringerInnen** der Plattformökonomie. Wird nicht zumindest einmal in 60 Tagen für eine bestimmte Plattform gearbeitet, haben die DienstleistungserbringerInnen keine Möglichkeit, von der Erhöhung des Anspruchs über sechs Wochen hinaus zu profitieren.

Wenngleich das Motiv, langjährige MitarbeiterInnen hinsichtlich ihres Entgeltanspruches bei Krankheit oder Unglücksfall gegenüber neu eingetretenen zu begünstigen, nachvollziehbar erscheint, kommt den DienstleistungserbringerInnen in der Plattformökonomie nach der aktuellen Rechtslage gegenüber Beschäftigten in traditionellen Arbeitsverhältnissen eine **schlechtere Stellung** zu. Dies insofern, als aufgrund der mitunter längeren Unterbrechungen zwischen zwei Vertragsverhältnissen zwischen DienstleistungserbringerIn und einer bestimmten Plattform sowie aufgrund des Umstandes, dass manche DienstleistungserbringerInnen möglicherweise bloß eine kurze Zeit lang für eine bestimmte Plattform tätig sind. Meines Erachtens sollte jedoch auch Plattform-ArbeiterInnen die Möglichkeit geboten werden, im Krankheitsfall Entgeltfortzahlung über das gesetzliche Mindestmaß von sechs Wochen hinaus zu erlangen.

6.3.4.1.1. Anrechnung von Dienstzeiten bei anderen ArbeitgeberInnen

Dazu ist fraglich, ob auch **Dienstzeiten bei anderen ArbeitgeberInnen** zur Anrechnung gebracht werden können. Die Anrechnung von Vordienstzeiten bei anderen ArbeitgeberInnen sieht § 3a EFZG jedoch **nur für den Fall des Betriebsüberganges** vor, **nicht aber allgemein**. Daran zeigt sich wohl ebenfalls deutlich, dass vom Gesetzgeber grundsätzlich von durchgängigen, länger andauernden Arbeitsverhältnissen ausgegangen

wurde und nicht von der in der Plattformökonomie üblichen, oft sehr kurzen Dienstleistungserbringung in Form von einzelnen Arbeitsverhältnissen.

6.3.4.1.2. Allgemeine Anrechenbarkeit von Vordienstzeiten für PlattformarbeiterInnen?

Eine Möglichkeit, auch PlattformarbeiterInnen die Erlangung von Entgeltfortzahlung über das gesetzliche Mindestmaß hinaus zu erleichtern, könnte die gesetzliche Verankerung einer allgemeinen Anrechenbarkeit von Vordienstzeiten bei anderen Plattformen darstellen. Die Verlängerung des Entgeltfortzahlungsanspruches würde somit **nicht mehr am Kriterium der Zugehörigkeitsdauer zum Betrieb** anknüpfen, sondern an den **allgemein zurückgelegten Dienstjahren eines/einer ArbeitnehmerIn**. Eine derartige Regelung würde den DienstleistungserbringerInnen in der Plattformökonomie das größtmögliche Maß an Flexibilität beim Wechsel zwischen verschiedenen ArbeitgeberInnen ermöglichen. Zwar würde eine solche Regelung von der von den geltenden Bestimmungen verfolgten Zielsetzung, die Treue eines/einer ArbeitnehmerIn, die sich in langjähriger Bindung an einen/eine ArbeitgeberIn ausdrückt, zu belohnen, abgehen. Beschäftigte, die in zeitlich stark flexibilisierten Bereichen tätig sind, könnten nach dem geltenden Recht jedoch kaum jemals in den Genuss **über das Mindestmaß hinausgehender Entgeltfortzahlung** kommen. Ein Anknüpfen an der Gesamtbeschäftigungsdauer eines/einer ArbeitnehmerIn könnte meines Erachtens auch mit dem vermutlich höheren Bedarf an Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mit fortschreitendem Lebensalter (das sich analog zur Anzahl der insgesamt zurückgelegten Dienstjahre verhält) gerechtfertigt werden.

Eine weniger weitgehende Lösung könnte jedoch auch darin bestehen, zumindest die **Anzahl der Unterbrechungstage**, die zwischen zwei Arbeitsverhältnissen bei dem/der selben ArbeitgeberIn liegen, **zu erhöhen**, um größere zeitliche Flexibilität bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Chance zur Erhöhung der Entgeltfortzahlung durch mehrjährige Betriebszugehörigkeit zu ermöglichen.

6.3.4.2. Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts

Hinsichtlich der Frage, wieviel Entgelt fortgezahlt werden muss, also wieviel der/die Plattform-ArbeiterIn gearbeitet hätte, wäre es nicht zum Krankheits- bzw Unglücksfall gekommen, ist wiederum zwischen jenen Plattformen, bei denen ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorliegt, und jenen, bei denen die Beschäftigten die geschuldete Leistung in auf einander folgenden, kurzen Vertragsverhältnissen erbringen, zu differenzieren. Hinsichtlich jener Fälle, in denen ein durchgängiges Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und Beschäftigten zustande kommt, ist auf die Ausführungen im Abschnitt zur Arbeitszeit zu verweisen, wonach wohl das wöchentlich **durchschnittlich geleistete Arbeitsausmaß im Zeitraum von 13 Wochen** zur Berechnung der Anspruchsberechtigung heranzuziehen ist.

Dagegen treten bei Plattformen, deren Beschäftigte innerhalb kurzer, auf einander folgender Arbeitsverträge tätig werden, grundsätzlich ähnliche Probleme wie bei Fragen des Urlaubsverbrauchs (siehe dazu oben) auf. Innerhalb der kurzen Vertragsverhältnisse scheint Krankenstand (ebenso wie der Verbrauch des Urlaubs) **nicht möglich** zu sein, weil, etwa bei der Plattform Uber, jedes Ausloggen aus der App auch das Arbeitsverhältnis beendet und Krankenstände somit außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegen würden.

Während der Urlaubsverbrauch *in natura*, sofern dieser nicht möglich ist, bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch die Zahlung einer Urlaubersatzleistung ersetzt werden kann, ist das beim Krankenstand aus naheliegenden Gründen nicht möglich. Für Krankheiten und den damit verbundenen Verdienstausschlag müssten Plattformbeschäftigte, die ihre Tätigkeit in Form kurzer, befristeter Arbeitsverhältnisse ausüben, also **das volle Risiko selbst tragen** und Zeiten der Arbeitsunfähigkeit „aus der eigenen Tasche“ bezahlen. Meines Erachtens lässt sich darin also eine **Überwälzung des Risikos auf die Beschäftigten** erblicken, was den gesetzlichen Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, die ja gerade darauf gerichtet sind, ArbeitnehmerInnen bei Krankheit und Unfall Schutz vor finanziellen Konsequenzen zu bieten, wohl zuwiderläuft. Aus diesem Grund sollte daher auch für jene Beschäftigten, die ihre Tätigkeit in Form kurzer Arbeitsverträge ausüben, für die Zwecke der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf das **durchschnittlich geleistete Arbeitsausmaß**

im Zeitraum von 13 Wochen abgestellt und daraus die Höhe des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung berechnet werden.

6.3.5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Ergebnis zeigt sich deutlich, dass die Systeme der Entgeltfortzahlung bei Urlaub bzw Krankheit und Unglücksfall **stark auf ein traditionelles Verständnis des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet** sind und sich die Arbeitsverhältnisse der Plattformökonomie nur schwer in diese Systeme einfügen lassen, was insbesondere in den Fragen des Urlaubsverbrauchs in natura sowie der entgeltfortzahlungsrechtlichen Anrechnung von Vordienstzeiten zu **Schlechterstellungen der Plattformbeschäftigten** gegenüber in traditionellen Arbeitsverhältnissen beschäftigten Personen führt.

Ein möglicher Lösungsansatz zur künftigen Vermeidung von Schlechterstellungen der Plattform-ArbeiterInnen und Schaffung von **besseren Möglichkeiten zur Realisierung erwachsener Ansprüche** im Urlaubsrecht könnte in der **Errichtung einer eigenen Urlaubskasse für Plattform-ArbeiterInnen** bestehen, die sich aufgrund der zum Teil vergleichbaren Situation am BauarbeiterInnen-Urlaubsrecht zu orientieren hätte.

Hinsichtlich der Entgeltfortzahlung im Krankheits- bzw Unglücksfall erscheint mir eine **allgemeine Anrechenbarkeit von Vordienstzeiten** oder zumindest eine **Erhöhung der Anzahl der möglichen Unterbrechungstage**, die zwischen zwei Arbeitsverhältnissen beim/bei der selben ArbeitgeberIn liegen dürfen, geboten. Darüber hinaus ist bei der Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts im Krankheitsfall meines Erachtens jedenfalls auf das durchschnittlich geleistete Arbeitsausmaß im Zeitraum von 13 Wochen abzustellen, um auch jenen Beschäftigten, deren Leistungserbringung im Rahmen einzelner, kurzer Vertragsverhältnisse stattfindet, Absicherung im Fall von Krankheit und Unglücksfall zu bieten.

6.4. Diskriminierungsschutz und Gleichbehandlungsrecht

6.4.1. Grundsätzliches zum Gleichbehandlungsrecht

Schon der **verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz** verbietet eine unsachliche Differenzierung und erachtet Unterscheidungen nur dann als sachlich begründet, wenn sie aus tatsächlichen Gegebenheiten folgen.⁷⁵⁴ Der durch langjährige richterliche Rechtsfortbildung seit dem Zweiten Weltkrieg geschaffene **arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** knüpft in gewisser Weise daran an und gebietet, einzelne ArbeitnehmerInnen nicht willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter als andere ArbeitnehmerInnen zu behandeln.⁷⁵⁵ Die Rechtsgrundlage, auf die der OGH den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützt, ist insbesondere die **Fürsorgepflicht des/der ArbeitgeberIn**, die gegenüber Minderheiten besonders stark zum Tragen kommt.⁷⁵⁶

Im Zentrum des österreichischen individualarbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes steht jedoch das **Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)**⁷⁵⁷, das ursprünglich lediglich auf die Festsetzung des gleichen Entgelts für Männer und Frauen gerichtet war und Frauen Gleichbehandlung bei der Entgeltfestsetzung garantieren sollte, sodann in der Folge mehrfach novelliert und schließlich im Jahr 2004 in Umsetzungen der RL 2000/78/EG und 2000/43/EG umfassend neu gestaltet wurde.⁷⁵⁸

6.4.1.1. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes

Vom Anwendungsbereich des GIBG umfasst sind gem §§ 1, 16 leg cit **alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse**, worunter zunächst Arbeitsverhältnisse gem § 1151 ABGB und Lehrlinge zu verstehen sind.⁷⁵⁹ FerialpraktikantInnen stellen nach Ansicht des

⁷⁵⁴ VfGH 26.06.2000, G 7/00; siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 367.

⁷⁵⁵ OGH 14.10.1980, 4 Ob 65/79, DRdA 1981, 293 (*Mayer-Maly*); OGH 15.01.1985, 4 Ob 157/83, DRdA 1986, 127 (*Schwarz*); stellvertretend für viele weitere RIS-Justiz RS0060204; siehe auch *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 351; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 387.

⁷⁵⁶ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 352; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 387; OGH 15.01.1985, 4 Ob 157/83, DRdA 1986, 127 (*Schwarz*).

⁷⁵⁷ GIBG BGBl I 2017/40.

⁷⁵⁸ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 371; *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 1 GIBG Rz 1ff.

⁷⁵⁹ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 373; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 371; *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 1 GIBG Rz 5.

OGH⁷⁶⁰ dann keine ArbeitnehmerInnen dar, wenn der Ausbildungszweck des Praktikums überwiegt und bei der Tätigkeit nicht das betriebliche Interesse an der Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Da das GIBG eine Umsetzung von EU-RL darstellt, kommt dem **unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** Bedeutung zu, der Arbeitnehmerbegriff im Gleichbehandlungsrecht also nicht durch Verweisung auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten definiert werden darf. Wesentliches Kriterium dabei ist die Erbringung der Arbeitsleistung in einem Unterordnungsverhältnis. Außerdem ist das GIBG richtlinienkonform auszulegen.⁷⁶¹ Ausdrücklich⁷⁶² vom Anwendungsbereich des GIBG umfasst sind weiters arbeitnehmerähnliche Personen⁷⁶³ und HeimarbeiterInnen nach dem HeimAG⁷⁶⁴, sowie im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur fortgesetzten Arbeitsleistung durch einen/eine ArbeitgeberIn ohne Sitz in Österreich nach Österreich entsandte ArbeitnehmerInnen.⁷⁶⁵

NormadressatInnen des GIBG sind grundsätzlich **ArbeitgeberInnen** (zu den Ausnahmen bei den Tatbeständen der Belästigung bzw der sexuellen Belästigung siehe unten) im Hinblick auf die ihnen zurechenbaren Rechtsgeschäfte, Einzelmaßnahmen und kollektiven Maßnahmen sowie auch faktischen Handlungen wie etwa Kontrollmaßnahmen. Ist eine juristische Person Arbeitgeberin, gelten die Diskriminierungsverbote des GIBG jedenfalls für die vertretungsbefugten Organe der juristischen Person.⁷⁶⁶ § 3 GIBG gilt grundsätzlich auch für das Verhalten von Personen, die **dem/der ArbeitgeberIn zuzurechnen** sind, was jedoch nicht nur für MachthaberInnen gilt, sondern auch für zurechenbare andere MitarbeiterInnen und sogar für Dritte, wenn diese rechtsgeschäftlich für den/die ArbeitgeberIn handeln können, also Vertretungsmacht haben.⁷⁶⁷

6.4.1.2. Besonders geschützte Merkmale

In den §§ 3, 17 GIBG werden Benachteiligungen insbesondere „1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, 2. bei der Festsetzung des Entgelts, 3. bei der

⁷⁶⁰ OGH 11.10.1995, 9 ObA 176/95, ZAS 1997/1 (*Risak*); siehe auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 1 GIBG Rz 6.

⁷⁶¹ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 1 GIBG Rz 7; *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 1 Rz 22.

⁷⁶² §§ 1, 16 GIBG.

⁷⁶³ Siehe *Kietaibl*, *Arbeitsrecht* I¹⁰ 371; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 1 GIBG Rz 10.

⁷⁶⁴ Siehe *Kietaibl*, *Arbeitsrecht* I¹⁰ 371; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 1 GIBG Rz 13f.

⁷⁶⁵ Siehe *Kietaibl*, *Arbeitsrecht* I¹⁰ 371; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 1 GIBG Rz 15f.

⁷⁶⁶ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 11; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 3 GIBG Rz 4.

⁷⁶⁷ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 13.

*Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen, 4. bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung, 5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, 6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, 7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses*⁷⁶⁸ für unzulässig erklärt. Dabei darf nicht aufgrund der folgenden besonders geschützten Merkmale diskriminiert werden:

- **Geschlecht:**

In jedem Fall unzulässig ist die Unterscheidung nach dem **biologischen Geschlecht**. Nach Ansicht von *Windisch-Graetz* fällt auch das Anknüpfen an der **sozial und kulturell bestimmten Geschlechterrolle**, die als wesentliche Ursache für die Geschlechterdiskriminierung angesehen wird, unter das Diskriminierungsverbot des GlBG. Dies gelte jedenfalls bei Zusammenfallen von biologischem und sozialem Geschlecht, auch bei Auseinanderfallen von biologischem und soziokulturell bestimmtem Geschlecht müsse dies der Fall sein, etwa wenn ein Mann nicht den an ihn gestellten Rollenvorstellungen gerecht wird und aus diesem Grund diskriminiert wird.⁷⁶⁹ Diskriminierungen aufgrund von **Transsexualität**⁷⁷⁰ fallen nach der Judikatur des EuGH ebenso unter das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts wie Diskriminierungen aufgrund von **Schwangerschaft**⁷⁷¹. Eine Diskriminierung im Hinblick auf den **Ehe- oder Familienstand** ist ebenfalls als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu werten, darunter fällt etwa eine verschlechternde Versetzung wegen Elternteilzeit.⁷⁷²

- **Ethnische Zugehörigkeit:**

Für unzulässig erklärt wird die Unterscheidung aufgrund einer **sozial konstruierten ethnischen** Zugehörigkeit. Relevant ist also nicht die tatsächliche ethnische Abstammung, sondern es ist bloß das Bestehen des **Selbstverständnisses einer bestimmten sozialen Gruppe als einer Gemeinschaft** mit einer eigenen kulturellen Identität und dementsprechende **Fremdzuschreibung** einer anderen sozialen Gruppe festzustellen. Die Fremdzuschreibungen werden zumeist von der Mehrheitsgesellschaft vorgenommen und

⁷⁶⁸ §§ 3, 17 GlBG.

⁷⁶⁹ *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 3 GlBG Rz 6f.

⁷⁷⁰ EuGH 30.04.1996, C-13/94, P / S; *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 3 GlBG Rz 7.

⁷⁷¹ EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker* / VJV-Centrum.

⁷⁷² OGH 25.06.2014, 9 ObA 2/14f, ARD 6410/12/2014 = wbl 2014, 218 = RdW 2014, 602 = ZAS 2015, 91 (*Krömer*) = ecolex 2014, 1086 = Arb 13.157 = DRdA-infas 2015, 39 (*Wolf*, Rechtsprechungsübersicht) = ZAS 2015, 113 (*Schrank*, Rechtsprechungsübersicht) = ZAS 2016, 107 (*Körber-Risak*); siehe auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 375.

gehen mit der Wahrnehmung der Gruppe als „fremd“ und mitunter mit Abwertung einher.⁷⁷³ Grundsätzlich ist das Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die ethnische Zugehörigkeit jedoch auch auf Angehörige der Mehrheitsgesellschaft anzuwenden.⁷⁷⁴ Die Identität als Gemeinschaft mit eigener kultureller Identität kann sich insbesondere aus **Kategorien wie Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten** ergeben.⁷⁷⁵ *Windisch-Graetz* zufolge knüpften die Materialien des GIBG daher an einen „(post)modernen Ethnos-Begriff“ an, demnach Ethnien als imaginierte Gemeinschaften, die durch Selbst- und Fremdzuschreibung entstünden, anzusehen seien.⁷⁷⁶ Hervorzuheben ist jedoch, dass mit der Bestimmung des § 17 Abs 2 GIBG eine Ausnahme im Hinblick auf sich aus der Staatsbürgerschaft ergebende Ungleichbehandlungen für Drittstaatsangehörige und staatenlose Personen bei der Einreise, dem Aufenthalt und der Behandlung, die sich aus ihrer Rechtstellung ergibt, geregelt ist.⁷⁷⁷

- **Religion oder Weltanschauung:**

Den Gesetzesmaterialien zufolge sind die Begriffe der Religion und der Weltanschauung grundsätzlich **weit auszulegen** und dementsprechend nicht auf Kirchen und anerkannte Religionsgemeinschaften beschränkt, wobei jedoch zumindest ein Bekenntnis, Vorgaben für die Lebensweise und ein Kult vorhanden sein müssten, weiters, dass auch das Tragen religiöser Kleidungsstücke und Symbole vom Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion umfasst ist.⁷⁷⁸ Zwar sei der Begriff der Weltanschauung eng mit dem der Religion verbunden, gemeint seien aber **Formen von areligiöser Weltanschauung**, im Sinne von „Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen“.⁷⁷⁹ Nach Auffassung von *Windisch-Graetz* müssten **politische Überzeugungen** zumindest dann sehr wohl geschützt sein, wenn es sich um **umfassende politisch-ideologische Konzepte** wie etwa den Marxismus handelt, wohingegen das für bloß punktuelle politische Äußerungen nicht gelte.⁷⁸⁰ So entschied auch

⁷⁷³ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 14; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 6ff; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 3f.

⁷⁷⁴ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 9; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 5.

⁷⁷⁵ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁹ Rz 375; *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 6; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 3; siehe auch ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 14.

⁷⁷⁶ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 7.

⁷⁷⁷ Siehe auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 15ff; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 9f.

⁷⁷⁸ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 14f.

⁷⁷⁹ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 15.

⁷⁸⁰ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 23; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 14.

der OGH⁷⁸¹, dass kritische Ansichten zum geltenden Asylrecht und der damit in Verbindung stehenden Vollzugspraxis alleine keine Weltanschauung darstellen.

- **Alter:**

Im Hinblick auf Ungleichbehandlungen im Zusammenhang mit dem Alter geben die Gesetzesmaterialien lediglich darüber Auskunft, dass das Kriterium des Alters **in beide Richtungen zu verstehen** ist, also auch Diskriminierungen aufgrund des jugendlichen Alters erfasst sind.⁷⁸² Nach Ansicht von *Risak*⁷⁸³ liegen dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters eine **individuelle und eine kollektive Zielsetzung** zugrunde: Einerseits soll die Unterschiedlichkeit von Personen auch im Hinblick auf dieses Kriterium anerkannt und ihnen Wertschätzung entgegengebracht werden, andererseits stifte das Zusammenarbeiten von Angehörigen älterer und jüngerer Generationen wünschenswerte gegenseitige Lernprozesse in einer sich beschleunigenden Welt.

- **Sexuelle Orientierung:**

Nach den Materialien ist der Begriff der sexuellen Orientierung weit zu verstehen und umfasst nach allgemeinem Verständnis **Hetero-, Homo- und Bisexualität** und zielt insbesondere auf die Schaffung von Schutz für homosexuelle ArbeitnehmerInnen. Darüber hinaus ist auch die Schlechterbehandlung homosexueller Lebensgemeinschaften im Vergleich zu unverheirateten heterosexuellen Partnerschaften unzulässig.⁷⁸⁴ Fragen, die der Geschlechtsidentität und nicht der sexuellen Ausrichtung zugehörig sind, sind vom Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts umfasst.⁷⁸⁵ Vom Tatbestand der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ist weiters die sexuelle Belästigung (siehe dazu weiter unten) zu unterscheiden, wobei irrelevant ist, welches Geschlecht der/die BelästigerIn hat.⁷⁸⁶

⁷⁸¹ OGH 24.02.2009, 9 ObA 122/07t, RdW 2009, 493 = ecolex 2009, 428 = infas 2009, 116/A42 = ARD 5975/4/2009 = ZAS-Judikatur 2009/86 = DRdA 2009, 428 = RZ 2009, 195 EÜ 282 = ZAS 2010, 228 (*Melzer-Azodanloo*) = Arb 12.797 = ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = DRdA 2011, 36/3 (*Rebhahn*) - DRdA 2011/3 = ZAS 2017, 140 (*Mazal*).

⁷⁸² ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 15; siehe auch *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 35; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 19.

⁷⁸³ *Risak*, Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer_innen, ZAS 2014, 124 (125).

⁷⁸⁴ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 15.

⁷⁸⁵ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 43.

⁷⁸⁶ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 17 Rz 44; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 17 GIBG Rz 24; siehe auch LG Salzburg 14.07.2006, 18 Cga 120/05t; *Windisch-Graetz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung, ZAS 2004, 58.

6.4.2. Gleichbehandlungsrecht in der Plattformökonomie

Gleichbehandlungsrechtliche Fragen stellen sich naturgemäß nicht nur im traditionellen Arbeitsverhältnis, sondern auch in modernen Arbeitsformen wie der plattformbasierten Arbeit. Eine besondere Herausforderung bildet dabei angesichts der grundsätzlichen Orientierung des Gleichbehandlungsgesetzes auf ein traditionell-zweipersonales Arbeitsverhältnis, bei der die ArbeitgeberInnen grundsätzlich die NormadressatInnen darstellen⁷⁸⁷, die schon mehrfach erwähnte **Mehrpersönlichkeit der Vertragsverhältnisse** in der Plattformökonomie. Eine weitere Schwierigkeit bildet der Einsatz von Ratings, mithilfe derer KundInnen die Qualität der Dienstleistungserbringung bewerten können.

6.4.2.1. Diskriminierung durch die Plattform

Zunächst soll das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn betrachtet werden. Dieses stellt, wie im Zuge dieser Arbeit bereits gezeigt, vielfach ein Arbeitsverhältnis dar. Zu klären ist, auf welche Weise Plattform-ArbeiterInnen von ihren ArbeitgeberInnen (den Plattform-BetreiberInnen) diskriminiert werden können und ob diese Diskriminierungshandlungen unter den Schutz des GIBG fallen.

6.4.2.1.1. Diskriminierung bei der Aus- und Weiterbildung und Beförderung

Fraglich ist zunächst, wie eine Diskriminierung gem §§ 3 Z 4 bzw 17 Abs 1 Z 4 GIBG („unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung“) vorgenommen werden kann. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Trennung zwischen (in der Regel zahlenmäßig sehr geringem) Verwaltungspersonal der Plattformen und den anderen Plattformbeschäftigten. Zugunsten letzterer werden von den Plattformen **in der Regel keine Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung** ergriffen. Vielmehr sollen durch das Aufstellen von (zumeist niedrigen) persönlichen Anforderungen bei der Registrierung auf einer Plattform und das Anbieten von Arbeitseinsätzen an eine „Crowd“ die Notwendigkeit von Aus- und

⁷⁸⁷ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 11; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 3 GIBG Rz 4.

Weiterbildungsmaßnahmen und das Entstehen der damit verbundenen Kosten vermieden werden.

Ähnliches gilt hinsichtlich der §§ 3 Z 5 bzw 17 Abs 1 Z 5 GIBG, die die „unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen“ normieren. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch **Beförderungen für Arbeitende bei den meisten Plattformen nicht vorgesehen** sind – das widerspräche in der Regel ohnehin der vielfach behaupteten Selbstständigkeit der DienstleistungserbringerInnen.

6.4.2.1.2. Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

Der Tatbestand der Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist im Hinblick auf den Gesetzeszweck weit zu verstehen.⁷⁸⁸ Die „Begründung“ beschreibt dabei, der Rechtsprechung⁷⁸⁹ zufolge, einen zeitlich gedehnten Prozess, der nicht nur den Abschluss des Arbeitsvertrags selbst umfasst, sondern bereits davor das Bewerbungs- und Auswahlverfahren, weshalb meiner Meinung nach schon der **einmalige Registrierungsvorgang auf der Plattform** und alle damit verbundenen Handlungen, die nötig sind, um überhaupt für einzelne Arbeitseinsätze in Frage zu kommen, darunter fallen müssen.

Umso mehr wird das konkrete **Zustandekommen eines Arbeitsvertrages** im Rahmen der bereits im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse beschriebenen Kettenarbeitsverträge, bei der Online-Plattform Uber etwa in Form des Einloggens in die App, oder bei der Plattform Book a Tiger durch Annahme eines bestimmten Reinigungsauftrages, als Begründung des Arbeitsverhältnisses zu werten sein. Gerade an diesem Punkt kommt den Plattformen eine **machtvolle Stellung** zu, da sie es sind, die den Arbeitenden einzelne Einsätze zuweisen und, mitunter vermittelt durch Algorithmen, darüber entscheiden können, welchem/welcher Beschäftigten welcher Arbeitseinsatz zugeteilt wird. Nutzen die PlattformbetreiberInnen ihre Rolle bei der Zusammenführung von

⁷⁸⁸ Windisch-Graetz in ZellKomm³ § 3 GIBG Rz 13.

⁷⁸⁹ OGH 23.04.2009, 8 ObA 11/09i, ASoK 2010, 140 (Gerhartl) = RdW 2009, 491 = ecolex 2009, 617 = EvBl-LS 2009/105 = ARD 5975/1/2009 = ZAS-Judikatur 2009/85 = AnwBl 2009, 427 = DRdA 2009, 535 = ZAS 2010, 125 (Schränk, tabellarische Aufzählung) = Arb 12.810 = ZVR 2010, 79 (Danzl, tabellarische Übersicht) = infas 2009, 158/A57 = SZ 2009/54; siehe auch Rebhahn in Rebhahn, GIBG § 3 Rz 61.

DienstleistungserbringerIn und KundIn, um einem/einer DienstleistungserbringerIn, der/die TrägerIn eines geschützten Merkmals ist, weniger oder „schlechtere“ Arbeitsaufträge zuzuteilen, kann wohl vom Vorliegen einer Diskriminierung ausgegangen werden.

Darüber hinaus ist aus meiner Sicht jedoch auch fraglich, wie der Umstand zu qualifizieren ist, dass in der Plattformökonomie vielfach **zu unüblichen Zeiten** und während der einzelnen Arbeitseinsätze mitunter unter großem Zeitdruck gearbeitet wird. So verpflichtet etwa Foodora seine KurierInnen zur Erbringung mindestens einer Schicht am Wochenende (siehe dazu näher im Kapitel zur rechtlichen Einordnung der Vertragsverhältnisse), bei Uber schafft das eingesetzte auftragsbezogene Entlohnungssystem ebenfalls große Anreize für die Dienstleistungserbringung zu Zeiten, an denen mit einer hohen Nachfrage zu rechnen ist. Vielfach werden diese Zeiten ebenfalls abends und an Wochenenden liegen. Angesichts der nach wie vor **ungleichen gesellschaftlichen Verteilung von Haushalts- und Betreuungspflichten** kann wohl davon ausgegangen werden, dass viele Bereiche der Plattformökonomie für Frauen **nicht im gleichen Ausmaß zugänglich** sind wie für Männer oder Frauen aufgrund einer geringeren Anzahl an Arbeitsstunden zumindest mit einem niedrigeren Verdienst rechnen müssen. Wird seitens der Plattformen darauf, etwa im Rahmen von Schichtplaneinteilungen, nicht ausreichend Rücksicht genommen, könnte darin eine (mittelbare) strukturelle Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erblickt werden.

6.4.2.1.3. Diskriminierung durch Ratings als Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

6.4.2.1.3.1. Die Problematik

Zunächst ist zu bemerken, dass im Hinblick auf Diskriminierungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die durch die Plattform erfolgen könnten, den KundInnen eine starke Stellung zukommt. So sind es die KundInnen, die die DienstleistungserbringerInnen und die **Qualität der erbrachten Leistungen mithilfe von Ratings bewerten**. Diese „Systeme digitaler Reputation“⁷⁹⁰, die vielfach als zu vergebende Punkte oder Sterne dargestellt werden, erschöpfen sich aus Sicht der KundInnen in der Regel in **extrem kurzen Abläufen**, die mit einem einzigen oder sehr wenigen Mausklicks bzw

⁷⁹⁰ Siehe ausführlich *Leimeister/Zogaj*, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013).

einer einzigen Touch-Interaktion auf dem Smartphone-Bildschirm abgeschlossen sind. Dahinter steht wohl der Wunsch, sie mögen so einfach verständlich wie möglich und für KundInnen in kürzestmöglicher Zeit durchführbar sein. Plattform-BetreiberInnen stützen sich in der Folge stark auf diese **ausgelagerte Form der Leistungskontrolle** und ziehen daraus Konsequenzen, bis hin zur Sanktionierung des/der DienstleistungserbringerIn bei Unterschreitung eines Rating-Mindestniveaus.⁷⁹¹ Vergibt ein/eine KundIn eine niedrige Bewertung, muss dahinter jedoch nicht in jedem Fall Unzufriedenheit mit der erbrachten Leistung stecken, sondern möglicherweise soll der **Missbilligung eines Merkmals**, das der/die DienstleistungserbringerIn trägt, Ausdruck verliehen werden.

Fraglich ist, wie es nun zu qualifizieren ist, wenn das auf diese Weise in diskriminierender Intention durch die KundInnen vergebene Rating **von der Plattform unkritisch übernommen** wird und der/die PlattformarbeiterIn im äußersten Fall Sanktionen ausgesetzt ist. Beendet die Plattform etwa das Vertragsverhältnis mit dem/der DienstleistungserbringerIn infolge schlechter Ratings, die jedoch von den KundInnen aus verpönten Motiven vorgenommen wurden, liegt dann eine Diskriminierung durch die Plattform-BetreiberInnen vor? Diese Frage stellt sich insbesondere, da die Plattform-BetreiberInnen in der Regel die Motivation der KundInnen für die Vergabe eines niedrigen Ratings nicht kennen und aufgrund der bereits beschriebenen extrem reduzierten Form der Rating-Handlungen (im Gegensatz zu etwa einem ausführlichen Fragebogen zur Zufriedenheit der KundInnen mit einer erbrachten Dienstleistung) auch nicht erkennen können.

6.4.2.1.3.2. Lehre und Rechtsprechung

Zunächst ist zu sagen, dass der Begriff der Diskriminierung **folgenorientiert** zu betrachten ist, es also auf die Auswirkungen ankommt und das Vorliegen einer Diskriminierung allein objektiv zu bestimmen ist, wobei es auf eine **Benachteiligungsabsicht** des/der ArbeitgeberIn oder einen über die Ungleichbehandlung hinausgehenden Schaden nicht ankommt.⁷⁹² Auch **Fahrlässigkeit braucht es nicht**, es kann also selbst dann eine Diskriminierung vorliegen, wenn der/die ArbeitgeberIn die

⁷⁹¹ Siehe dazu etwa das oben besprochene Fallbeispiel Uber.

⁷⁹² *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 6; EuGH 13.05.1986, C-170/84, *Bilka Kaufhaus GmbH / Weber von Hartz*.

Diskriminierung bei gebotener Sorgfalt nicht hätte erkennen können. Für Diskriminierungen haften ArbeitgeberInnen daher **verschuldensunabhängig** und es trifft sie eine Erfolgspflicht.⁷⁹³ Zwar unterscheidet sich die Idee einer derartigen verschuldensunabhängigen Haftung deutlich vom Schadenersatzrecht des österreichischen Zivilrechts, dennoch ist angesichts der Rechtsprechung des EuGH von ihrem Bestehen auszugehen.⁷⁹⁴

6.4.2.1.3.3. Eigene Ansicht

Daraus ist im Hinblick auf die dreipersonalen Verhältnisse der Plattformökonomie meines Erachtens abzuleiten, dass etwa die Kündigung eines/einer Plattform-ArbeiterIn (bzw, nach dem typischen Verständnis der Plattformen, das Beenden des Vertragsverhältnisses mit dem/der DienstleistungserbringerIn), die von der Plattform vorgenommen wird, in jenen Fällen als **Diskriminierung** anzusehen sein wird, in denen die Plattform sich ohne nähere Prüfung der Hintergründe ihres Zustandekommens auf KundInnenratings stützt und diese (niedrigen) Ratings aufgrund der Eigenschaft eines/einer bestimmten Plattformbeschäftigten als TrägerIn eines geschützten Merkmals zustande gekommen sind. Ob die Plattform von den Hintergründen der niedrigen Ratings eines/einer bestimmten Plattformbeschäftigten wusste oder nicht, spielt meines Erachtens aufgrund der **verschuldensunabhängigen Haftung** keine Rolle. Aus diesem Grund könnten sich bei derartigen Konstellationen Schadenersatzansprüche gegen die Plattform ergeben.

6.4.2.1.3.4. Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung?

Im Weiteren ist nun zu hinterfragen, ob eine Diskriminierung, die sich dadurch ergibt, dass sich eine Plattform bei ihren Personalentscheidungen auf Ratings stützt, eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung darstellt. Diese Unterscheidung ist insbesondere für die Ebene der Rechtfertigung relevant.

⁷⁹³ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 6; EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker* / *VJV-Centrum*; EuGH 28.09.1994, C-200/91, *Coloroll* / *Russel* et al; EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl* / *Urania Immobilienservice OHG*.

⁷⁹⁴ EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker* / *VJV-Centrum*; EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl* / *Urania Immobilienservice OHG*; siehe auch *Kozak*, Aktuelle Fragen der Gleichbehandlung, in *Brodil* (Hg), 20 Jahre EU-Beitritt (2016) 1 (8).

6.4.2.1.3.4.1. Lehre

So liegt eine **unmittelbare Diskriminierung** nach dem Wortlaut des § 5 Abs 1 GIBG vor, „*wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde*“.⁷⁹⁵ § 19 Abs 1 GIBG enthält eine im Wesentlichen wortgleiche Definition, lediglich anstelle des „Geschlechtes“ wird auf die Diskriminierungsgründe des § 17 GIBG verwiesen.⁷⁹⁶

Aus der Formulierung des § 5 Abs 1 GIBG geht hervor, dass es sich beim Vergleich der vermutlich diskriminierten Person mit einer anderen Person nicht um einen gegenwärtigen und konkreten Vergleich handeln muss. Bei Benachteiligung im Vergleich mit früheren Beschäftigten oder überhaupt mit einer **hypothetischen Vergleichsperson** kann ebenfalls eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen.⁷⁹⁷ Nach Auffassung von *Sturm*⁷⁹⁸ erleichtere die Möglichkeit der Heranziehung einer hypothetischen Vergleichsperson beispielsweise das Geltendmachen von Diskriminierungen wegen der ethnischen Zugehörigkeit in einem reinen Migrantenbetrieb und diene überhaupt der Bewältigung von Konstellationen, in denen es eine mit gegenteiligen Merkmalsausprägungen ausgestattete Person nicht geben kann.

Eine **mittelbare Diskriminierung** liegt nach § 5 Abs 2 GIBG dagegen vor, „*wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich*“.⁷⁹⁹ Für den II. Teil des GIBG sieht § 19 Abs 2 *leg cit* vor, dass ebenfalls eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, sofern es sich bei dem Merkmal, weswegen eine Person benachteiligt wird, nicht um das Geschlecht, sondern um

⁷⁹⁵ § 5 Abs 1 GIBG.

⁷⁹⁶ § 19 Abs 1 GIBG.

⁷⁹⁷ Siehe auch *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 361; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 5 GIBG Rz 2.

⁷⁹⁸ *Sturm*, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574 (576).

⁷⁹⁹ § 5 Abs 2 GIBG.

die Zugehörigkeit zu einer **ethnischen Gruppe**, einer **bestimmten Religion oder Weltanschauung**, einer bestimmten **sexuellen Orientierung**, oder um das **Alter** handelt.

Der Begriff der mittelbaren Diskriminierungen meint also **Differenzierungen nach an sich neutralen Merkmalen**, die sich jedoch im Ergebnis **überwiegend für bestimmte Personengruppen in nachteiliger Weise auswirken**.⁸⁰⁰ Die mittelbare Diskriminierung kann in einer **statistischen Benachteiligung** bestehen, wenn also beispielsweise eine an sich geschlechtsneutral formulierte Regelung tatsächlich mehr Frauen als Männer benachteiligt⁸⁰¹ oder eine Maßnahme bloß **geeignet** ist, sich nachteilig auf eine bestimmte Personengruppe auszuwirken, weshalb für die Feststellung, ob eine bestimmte Maßnahme eine mittelbare Benachteiligung darstellt, oftmals die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse zu betrachten sein werden.⁸⁰²

Nach Ansicht von *Rebhahn* komme eine mittelbare Diskriminierung nicht nur bei vom/von der ArbeitgeberIn angewandten Regelungen in Betracht, sondern schließe die statistisch geprägte Beurteilungsweise potentieller mittelbarer Benachteiligungen es nicht aus, dass eine mittelbare Diskriminierung auch bei **arbeitgeberischen Einzelmaßnahmen** wie etwa einer Einstellung, vorliegt, da nicht auszuschließen sei, dass aus einer Statistik Schlüsse auf einen bestimmten Einzelfall gezogen werden könnten.⁸⁰³ Zu vermuten sei der diskriminierende Charakter einer Einzelmaßnahme, wenn der/die ArbeitgeberIn ein entsprechendes Motiv geäußert hat, anklingen ließ oder eine Regelmäßigkeit im Verhalten darauf hindeutet.⁸⁰⁴

Besteht keine statistische Benachteiligung, so kann eine vermutete mittelbare Benachteiligung auch dann bestehen, wenn bestimmte Personen **in besonderer Weise** benachteiligt werden. Erforderlich dafür ist, dass das problematische Kriterium in hohem Ausmaß mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe wie dem Geschlecht korreliert, etwa im Hinblick auf Körperkraft und Geschlecht.⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 364.

⁸⁰¹ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 32; *Windisch-Graetz in ZellKomm*³ § 5 GIBG Rz 5.

⁸⁰² *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 365; *Windisch-Graetz in ZellKomm*³ § 5 GIBG Rz 5.

⁸⁰³ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 28.

⁸⁰⁴ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 42.

⁸⁰⁵ *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 40f.

6.4.2.1.3.4.2. Eigene Ansicht

Meines Erachtens handelt es sich bei einer Diskriminierung durch das unkritische Zugrundelegen von durch KundInnen abgegebene Ratings nicht um eine unmittelbare Diskriminierung, da von der Plattform nicht direkt an einem besonders geschützten Merkmal der betroffenen Personen angeknüpft wird, sondern an einem **scheinbar neutralen Merkmal**, nämlich dem Schnitt vieler einzelner KundInnenbewertungen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich eine solche Betrachtungsweise für die TrägerInnen geschützter Merkmale in **besonders nachteiliger Weise** auswirkt. Vielmehr liegt die Diskriminierung somit in den allgemein bestehenden gesellschaftlichen Ungleichheiten begründet. Dass sich das Zugrundelegen von Ratings zur Vornahme von Sanktionsmaßnahmen für bestimmte Personengruppen wohl nachteiliger auswirkt als für andere, ist daher meines Erachtens als statistische und somit als mittelbare Benachteiligung anzusehen.

6.4.2.1.3.5. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?

Da vom Vorliegen einer mittelbaren Ungleichbehandlung durch die Bezugnahme auf Ratings bei der Gestaltung der unternehmensinternen Personalpolitik auszugehen ist, lässt sich im Anschluss die Frage stellen, ob diese Ungleichbehandlung im Einzelfall gerechtfertigt werden kann.

6.4.2.1.3.5.1. Lehre und Rechtsprechung

Unmittelbare Diskriminierungen können nach der hM **grundsätzlich nicht gerechtfertigt** werden, es sei denn, das Antidiskriminierungsrecht sieht eine ausdrückliche Ausnahme von diesem Grundsatz vor⁸⁰⁶, wie das etwa § 9 GIBG im Hinblick auf ein bestimmtes Geschlecht als **unverzichtbare Voraussetzung** für die Ausübung einer Tätigkeit tut. Gefordert wird in diesem Zusammenhang, dass das Geschlecht aufgrund der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt.⁸⁰⁷ Dabei bildet die bloße Einstufung einer Tätigkeit als „schwere Arbeit“, die dementsprechend typischerweise von Männern ausgeübt wird, noch keine Rechtfertigung dafür, dass ein/eine ArbeitgeberIn bloß Männer aufnimmt, sondern es

⁸⁰⁶ *Kietz* in: *Arbeitsrecht* I¹⁰ 361; *Windisch-Graetz* in: *Rebhahn*, GIBG § 19 Rz 2; *Windisch-Graetz* in: *ZellKomm*³ § 5 GIBG Rz 3.

⁸⁰⁷ *Windisch-Graetz* in: *ZellKomm*³ § 9 GIBG Rz 6.

muss, wie der OGH⁸⁰⁸ festgehalten hat, eine individuelle Prüfung der für die Berufsausübung notwendigen Eigenschaften, etwa der Körperkraft, erfolgen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Frau über die selben Eigenschaften verfügt. Auch (hypothetische) KundInnenwünsche oder Kostenargumente vermögen eine unmittelbare Benachteiligung nicht zu rechtfertigen.⁸⁰⁹ Eine unverzichtbare Voraussetzung liegt etwa dann vor, wenn von einem Vertreter von Herrenmode erwartet wird, dass er die angebotenen Modelle auch selbst trägt⁸¹⁰ und das Geschlecht auf diese Weise aus Authentizitätsgründen erforderlich ist, ähnlich argumentiert wird bei Gründen der Intimsphäre bzw der öffentlichen Sicherheit.⁸¹¹ Die für die unmittelbare Diskriminierung im Hinblick auf das Geschlecht geltenden Grundsätze zur Möglichkeit der Rechtfertigung sind auch auf die unmittelbare Anknüpfung an andere verpönte Unterscheidungsmerkmale anzuwenden.⁸¹²

Im Hinblick auf die von der hM geforderten ausdrücklichen Regelungen mithilfe derer eine Rechtfertigung von unmittelbaren Benachteiligungen gelingen könne, vertritt *Rebhahn*⁸¹³ insofern eine andere Ansicht als auch **ungeschriebene** Ausnahmen von der Gleichbehandlungspflicht bestehen könnten, was insbesondere dann relevant sei, wenn ein weites Begriffsverständnis die Zahl der potentiellen Fälle unmittelbarer Diskriminierung stark erhöht. Zugleich betont *Rebhahn* jedoch auch, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung **deutlich höher** sein würden als bei einer mittelbaren Benachteiligung und die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung daher nur in sehr wenigen Fällen möglich sein wird.⁸¹⁴

Im Unterschied zu unmittelbaren Diskriminierungen können mittelbare Ungleichbehandlungen **grundsätzlich gerechtfertigt** werden, verlangt wird jedoch eine **echte Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung** im Sinne einer Abwägung zwischen Gleichbehandlungsinteressen und Zweck der benachteiligenden Regelung.⁸¹⁵ Zur objektiven Rechtfertigung einer Benachteiligung ist insbesondere wesentlich, dass das Ziel

⁸⁰⁸ OGH 21.10.1998, 9 ObA 264/98h.

⁸⁰⁹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 362.

⁸¹⁰ OGH 12.01.2000, 9 ObA 318/99a.

⁸¹¹ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 362; siehe auch EuGH 26.10.1999, C-273/97, *Sirdar / Secretary of State for Defence*.

⁸¹² *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 362.

⁸¹³ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 21.

⁸¹⁴ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 22.

⁸¹⁵ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 365; *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 47.

der in Frage stehenden Regelung schützenswert ist, also ein **legitimer Zweck** verfolgt wird und die zur Zielerreichung **eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich** sind.⁸¹⁶

Nach Ansicht von *Kietaibl* unterscheide sich das mittelbare Diskriminierungsverbot in seinem Wesen und seiner Stoßrichtung wesentlich vom unmittelbaren Diskriminierungsverbot und sei weitaus intensiver, was seine handlungs- und freiheitsbeschränkende Wirkung betrifft. Dies deshalb, da es einerseits vor allem **wirkungsorientiert** sei, also der mittelbare Diskriminierungsvorwurf weniger aus der Regelung selbst bestehe, als aus den faktischen Verhältnissen im Anwendungsbereich der entsprechenden Regelung. Andererseits stehe im Ergebnis **jede erdenkliche Regelung** unter dem **Generalverdacht der mittelbaren Diskriminierung**, da kaum eine Regelung stets gleich viele der jeweils geschützten MerkmalsträgerInnen betreffen werde.⁸¹⁷ Im Hinblick auf Kriterien, die typischerweise stark mit den verpönten Merkmalen korrelieren, wie etwa die Unterhaltspflicht mit der Ehe, erscheint für *Rebhahn*⁸¹⁸, meines Erachtens wohl richtigerweise, fraglich, ob diese noch als anscheinend neutrale Kriterien angesehen werden können oder ob nicht bereits eine unmittelbare Diskriminierung bejaht werden müsste.

6.4.2.1.3.5.2. Eigene Ansicht

Zur Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung muss insbesondere ein legitimer Zweck verfolgt werden und die eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich zur Zielerreichung sein. Zweifellos besteht ein Interesse der Plattformen an der Zufriedenheit der KundInnen mit der Dienstleistungserbringung und einer darauf reagierenden Personalpolitik. Es könnte in diesem Zusammenhang auch argumentiert werden, dass von den KundInnen **nicht die Person des/der DienstleistungserbringerIn bewertet** wird, sondern bloß die **Qualität der Dienstleistung**. Meines Erachtens wäre eine solche Annahme jedoch gerade aufgrund der vielfach engen Verbundenheit der Person mit der erbrachten Leistung lebensfremd. Soll es bloß darum gehen, die KundInnenzufriedenheit zu messen, bestünden wohl auch andere Möglichkeiten als den Einsatz von extrem minimalistischen Ratingsystemen, bei denen die KundInnen etwa bloß Punkte oder Sterne auf einer Skala von eins bis fünf vergeben können. Personalentscheidungen (hauptsächlich oder gar

⁸¹⁶ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG § 19 Rz 8; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 5 GIBG Rz 9.

⁸¹⁷ *Kietaibl*, *Arbeitsrecht* I¹⁰ 365f.

⁸¹⁸ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 25.

ausschließlich) auf ein derartiges System zu gründen, lässt sich meines Erachtens daher nicht rechtfertigen.

6.4.2.1.3.6. Ergebnis

Im Ergebnis bedeutet das wohl, dass eine Plattform sich die von KundInnen vorgenommenen (und möglicherweise aus verpönten Motiven „schlechten“) Ratings nicht unüberprüft zu Eigen machen und Entscheidungen, die die Beschäftigten betreffen, direkt aus dem Niveau der Ratings ableiten darf, will sie Schadenersatzansprüchen ausweichen. Dass die Plattformen **nicht unkritisch die durch Dritte zustande gekommenen Ratings übernehmen dürfen**, um darauf weitreichende Personalentscheidungen aufzubauen, ergibt sich wohl schon aus der **Fürsorgepflicht des/der ArbeitgeberIn**. Meines Erachtens wäre es somit Aufgabe der Plattformen, die abgegebenen **Ratings zu überprüfen** und insbesondere festzustellen, ob sich daraus strukturelle Ungleichbehandlungen ableiten lassen, etwa weil sich herausstellt, dass jene Beschäftigten, die TrägerInnen geschützter Merkmale sind, von den KundInnen systematisch niedriger bewertet werden als jene Beschäftigten ohne (auffällige) Merkmale. Geht man also davon aus, dass zwischen den DienstleistungserbringerInnen und der Plattform in vielen Fällen ein Arbeitsverhältnis besteht, wie das im Grundsatz auch in dieser Arbeit vertreten wird, zeigt sich, dass die Auslagerung der Leistungskontrolle via Ratings an die KundInnen **nicht nur gleichbehandlungsrechtlich bedenklich** erscheint, sondern Ratings letztlich auch **keine tauglichen Instrumente im Rahmen der unternehmensinternen Personalpolitik** darstellen.

6.4.2.1.4. Ratings schon grundsätzlich diskriminierend?

Über die bisherigen Überlegungen in puncto Ratings hinaus ist meines Erachtens darüber nachzudenken, ob nicht schon der Einsatz von Systemen, bei denen die KundInnen einheitliche Ratings in Bezug auf die DienstleistungserbringerInnen vornehmen, einen **Akt mittelbarer Diskriminierung** darstellt. Dies deshalb, weil wohl zu befürchten ist oder zumindest die Gefahr besteht, dass Angehörige bestimmter Gruppen von Menschen grundsätzlich und **in größerem Umfang schlechtere Bewertungen** bekommen könnten (und daher in besonderer Weise die daraus resultierenden Folgen tragen müssten), als das bei Angehörigen einer privilegierten Gruppe – in Europa etwa bei weißen, heterosexuellen

Männern mittleren Alters – der Fall wäre. Dass Diskriminierungen auch im Rahmen der Plattformökonomie stattfinden, belegt eine gestiegene mediale Aufmerksamkeit in Bezug auf das Thema.⁸¹⁹ Gerade die verwendeten Rating-Systeme bieten wohl **Möglichkeiten zur Diskriminierung**. Insbesondere die **stark reduzierte Form der Beurteilung**, etwa in Form von Punkten oder Sternen auf einer kurzen Skala könnte meines Erachtens dazu führen, dass bestehende gesellschaftliche Ungleichheiten und Vorurteile gegenüber bestimmten Gruppen von Menschen bei der Abgabe von Ratings reproduziert werden, ohne dass das individuell nachvollziehbar wäre. Erst ein **systematischer Vergleich vieler abgegebener Ratings** könnte zeigen, ob jene Personen, die TrägerInnen bestimmter Merkmale sind, tatsächlich niedrigere Ratings erhalten als solche Personen ohne offensichtliche Merkmale.

In diesem Zusammenhang erscheint mir wichtig, dass die in der Plattformökonomie üblichen Ratingsysteme in der Regel **weit über die bloße Funktion der Bereitstellung einer Methode des KundInnenfeedbacks** über die Qualität der erbrachten Dienstleistung hinausgehen. Vielmehr haben die Ratingsysteme der Plattformen wohl insbesondere die **Bewertung der Arbeitenden und der von ihnen erbrachten Leistung** im Sinn. Derartige Systeme wären in traditionellem Rahmen wohl als die Menschenwürde berührende Kontrollmaßnahmen oder technische Systeme zur Kontrolle der ArbeitnehmerInnen anzusehen und deshalb bei ihrer Einführung gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG sogar der Zustimmung des Betriebsrates bedürften.⁸²⁰ Das stützt die Vermutung, dass die eingesetzten Ratingsysteme dadurch als **mittelbar diskriminierend** anzusehen sein könnten, meines Erachtens zusätzlich. Kritikwürdig erscheint mir zudem, dass die Plattform-BetreiberInnen, indem sie die Aufgabe der Bewertung **den KundInnen überwälzen**, die Vielfalt der möglichen Motive hinter den abgegebenen Ratings, und somit auch die Möglichkeit, dass bewusst niedrige Ratings mit diskriminierender Intention abgegeben werden, **völlig ausblenden** und sich hinsichtlich der damit verbundenen Folgen auf die „nackten Zahlen“ stützen.

⁸¹⁹ Siehe beispielhaft zur Diskriminierung in der Plattformökonomie *Johnson*, Study finds online ratings easily overinflated, The Boston Globe Online, <https://www.bostonglobe.com/news/science/2013/08/08/the-pitfalls-crowdsourcing-online-ratings-vulnerable-bias/pw6HhJrZ3ZkP6oG6XYM2wO/story.html> (8.5.2018, 17:32); *Ramaswamy*, Prejudices play out in the ratings we give – the myth of digital equality, The Guardian Online, <https://www.theguardian.com/technology/2017/feb/20/airbnb-uber-sharing-apps-digital-equality> (8.5.2018, 17:34).

⁸²⁰ § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG BGBl I 2017/104.

6.4.2.2. Diskriminierung durch KundInnen

Eine spezielle Problemstellung ergibt sich meines Erachtens in vielen Fällen dann, wenn eine diskriminierende Handlung den DienstleistungsempfängerInnen gegenüber nicht durch die BetreiberInnen der Plattform, sondern **durch die LeistungsempfängerInnen** bzw KundInnen vorgenommen wird. Wie bereits erwähnt, richten sich die Gleichbehandlungspflichten des GIBG grundsätzlich an die ArbeitgeberInnen⁸²¹, eine Ausnahme bildet der Tatbestand der (sexuellen) Belästigung, die Anwendung des Gleichbehandlungsrechts im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung stellt ebenfalls einen Sonderfall dar (siehe dazu weiter unten).

Grundsätzlich verlangen die Belästigungstatbestände der §§ 6, 7 und 21 GIBG, dass ein Verhalten gesetzt wird, das die **Würde** der betroffenen Person beeinträchtigt, **unerwünscht** ist und eine **einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt** schafft oder dies bezweckt. Der Begriff „Verhalten“ ist dabei weit zu interpretieren.⁸²² Voneinander abzugrenzen sind die in einem eigenen Tatbestand (§ 6 GIBG) geregelte „sexuelle Belästigung“ und andere Belästigungen, insbesondere die geschlechtsbezogene Belästigung, die in § 7 GIBG geregelt ist. In Bezug auf die geschlechtsbezogene Belästigung stellt die sexuelle Belästigung einen **Spezialfall** dar⁸²³ – Belästigungen, die spezifisch auf das Geschlecht als solches, also etwa auf das Frau-Sein einer Belästigten, zielen, stellen geschlechtsbezogene Belästigungen dar.⁸²⁴ Nach den Gesetzesmaterialien sollte mit den nicht-sexuellen Belästigungstatbeständen einer **möglichen Form des Mobblings** entgegen getreten werden.⁸²⁵ Nach wohl richtiger Ansicht von *Windisch-Graetz* wird bei einer solchen Definition jedoch die zeitliche Dauerhaftigkeit, die gerade ein Charakteristikum von Mobbing darstelle, übersehen, da auch eine bloß einmalige Handlung belästigend sein kann.⁸²⁶

⁸²¹ Siehe oben bzw *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rz 11; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 6 GIBG Rz 6.

⁸²² *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 6 GIBG Rz 1f.

⁸²³ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 12.

⁸²⁴ OGH 02.09.2008, 8 ObA 59/08x, ARD 5922/5/2008 = Jus-Extra OGH-Z 4554 = EF-Z 2009, 67 = ZAS-Judikatur 2009/5 (*Reiner*) = DRdA 2009, 150 = RdW 2009, 291 = ecolex 2009, 69 = ZAS 2009, 231 (*Enzelsberger*) = infas 2009, 17/A7 = Arb 12.770 = DRdA 2010, 243/19 (*Thomasberger*) = ZVR 2009,75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht); siehe auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 7 GIBG Rz 1.

⁸²⁵ ErlRV 307 BlgNR XXII. GP 12.

⁸²⁶ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 7 GIBG Rz 2.

Dagegen erfordert die sexuelle Belästigung das **Berühren der sexuellen Sphäre**. Das jeweilige Geschlecht von BelästigerIn und Belästigtem/Belästigter, ob also eine Person eines anderen oder desselben Geschlechts belästigt wird, ist dabei nicht relevant.⁸²⁷ Hervorzuheben ist überdies, dass bei der sexuellen Belästigung nicht das Erlangen sexueller Befriedigung im Vordergrund steht, sondern die sexuelle Belästigung eine Form der **sexuell gefärbten Machtausübung** darstellt.⁸²⁸ Nach Auffassung des OGH ist es verfehlt, für die Qualifikation eines Verhaltens als der sexuellen Sphäre zugehörig das Berühren der Geschlechtsteile oder ein Küssen zu verlangen. Die Toleranzgrenze überschreiten jedenfalls körperliche Kontakte gegen den Willen der betroffenen Person. Letztlich gehe es jedoch nicht nur um den Schutz der körperlichen Integrität vor unerwünschten sexuellen Handlungen, **geschützt ist auch die psychische Verletzbarkeit einer Person**, weshalb auch verbale Äußerungen sowie alle Handlungen, die geeignet sind, das Ansehen und die soziale Wertschätzung der betroffenen Person durch Geringschätzung, Vorwurf einer niedrigen Gesinnung, üble Nachrede, Verspottung oder Beschimpfungen herabzusetzen, eine Belästigung darstellen können.⁸²⁹

Im Gegensatz zu den bisher dargestellten Arten von Diskriminierungen richten sich die Bestimmungen zur (sexuellen) Belästigung zunächst **gegen den/die BelästigerIn selbst**, der/die **nicht zwingend identisch mit dem/der ArbeitgeberIn** sein muss, sondern auch ein/eine andere ArbeitnehmerIn oder eine dritte Person, etwa ein/eine KundIn sein kann. Ist die Arbeitgeberin eine juristische Person, wird ihr das Handeln ihrer Vertretungsorgane zugerechnet und sie hat dafür einzustehen.⁸³⁰ So entschied auch der OGH, dass ein Textilhandelsunternehmen für die Belästigungshandlungen seines Geschäftsführers einzustehen hat. Beim Verbot der (sexuellen) Belästigung handle es sich um eine **Konkretisierung der Fürsorgepflicht des/der ArbeitgeberIn** und um die ausdrückliche Sanktionierung ihrer Verletzung.⁸³¹

⁸²⁷ Posch in *Rebhahn*, GIBG §§ 6-7 Rz 19.

⁸²⁸ OGH 17.03.2004, 9 ObA 143/03z, ARD 5523/5/04 = Jus-Extra OGH-Z 3766 = RdW 2004, 683 = infas 2004, 114/A53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = Arb 12.426.

⁸²⁹ OGH 05.04.2000, 9 ObA 292/99b, DRdA 2001/15, 174 (*Smutny*); OGH 10.01.2001, 9 ObA 319/00b, DRdA 2001/16, 176 (*Smutny*); siehe auch *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 6 GIBG Rz 4f; *Hopf*, Belästigung in der Arbeitswelt, in FS Bauer / Maier / Petrag (2004) 147 (169).

⁸³⁰ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 6 GIBG Rz 6.

⁸³¹ OGH 05.06.2008, 9 ObA 18/08z, wbl 2008, 543/254 = EvBl-LS 2008/17 = ecolex 2008, 946 = ZAS-Judikatur 2008/145 = DRdA 2008, 527 = infas 2008, 196/A84 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = ARD 5968/1/2009 = Arb 12.751 = ZAS 2009, 288 (*Krömer*) = RdW 2009, 593 (*Kulmer*) = SZ 2008/77; siehe auch *Posch* in *Rebhahn*, GIBG §§ 6-7 Rz 53; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 6 GIBG Rz 8.

Der/die ArbeitgeberIn wird jedoch auch dann schadenersatzpflichtig, wenn er oder sie es **unterlässt**, bei Belästigungen durch Dritte **angemessene Abhilfe**, also eine solche, die geeignet ist, die betroffene Person vor weiteren Belästigungen zu schützen, zu schaffen.⁸³² Jedoch kann der/die ArbeitgeberIn nur dann zur Abhilfe verpflichtet sein, wenn er/sie von der Belästigung wusste oder hätte wissen müssen.⁸³³

Nach dem traditionellen, zweipersonalen Verständnis im Arbeitsrecht stellen KundInnen somit „Dritte“ dar, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehen und daher ausschließlich als AdressatInnen der Belästigungstatbestände in Frage kommen. Dass die DienstleistungserbringerInnen infolge einer (sexuellen) Belästigung durch KundInnen Schadenersatzansprüche gegen diese richten können, erscheint mir selbstverständlich. Fraglich ist jedoch, ob daneben auch **Ansprüche gegenüber den Plattform-BetreiberInnen** bestehen könnten, da diese gem der §§ 6 Abs 1 Z 2, 7 Abs 1 Z 2 bzw 21 Abs 1 Z 2 GIBG in ihrer Rolle als ArbeitgeberInnen bei Vorliegen einer Belästigung durch Dritte die sich aus der Fürsorgepflicht ergebende Pflicht zur Schaffung angemessener Abhilfe⁸³⁴ trifft.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Haftung des/der BelästigerIn (wie auch die Haftung derjenigen Person, die zu einer Belästigung angewiesen hat), **unabhängig vom Verschulden** ist.⁸³⁵ Hinsichtlich des Entstehens einer Haftung des/der ArbeitgeberIn wird jedoch gefordert, dass das Schaffen angemessener Abhilfe **schuldhaft unterlassen** werden muss.⁸³⁶ Als angemessen ist die Abhilfe dann anzusehen, wenn sie noch andauernde Belästigungen unterbricht und dafür Sorge trägt, dass es in Zukunft zu keinen Belästigungen mehr kommt.⁸³⁷

Die Plattform als Arbeitgeberin muss also **unverzüglich einschreiten**, um die betroffene Person vor weiteren Belästigungen zu schützen, aber auch, um sich nicht dem

⁸³² Posch in Rebhahn, GIBG §§ 6-7 Rz 47, 51; Windisch-Graetz in ZellKomm³ § 6 GIBG Rz 7.

⁸³³ Posch in Rebhahn, GIBG §§ 6-7 Rz 50.

⁸³⁴ Siehe oben bzw Posch in Rebhahn, GIBG §§ 6-7 Rz 47, 51; Windisch-Graetz in ZellKomm³ § 6 GIBG Rz 7.

⁸³⁵ Kletečka in Rebhahn, GIBG § 12 Rz 55.

⁸³⁶ §§ 6 Abs 1 Z 2, 7 Abs 1 Z 2, 21 Abs 1 Z 2 GIBG; siehe auch Kletečka in Rebhahn, GIBG § 12.

⁸³⁷ Posch in Rebhahn, GIBG §§ 6-7 Rz 51.

Vorwurf auszusetzen, nicht für geeignete Abhilfe gesorgt zu haben.⁸³⁸ Eine wirkungsvolle Maßnahme des/der ArbeitgeberIn, um den/die DienstleistungserbringerIn vor weiteren Belästigungen zu schützen und insofern „Abhilfe“ zu schaffen, liegt etwa in der **Verhinderung weiteren beruflichen Kontakts** zwischen BelästigerIn und der belästigten Person. Handelt es sich bei dem/der BelästigerIn um einen/eine KundIn, so liegt wohl nahe, den/die von einer Belästigung betroffene ArbeitnehmerIn nicht mehr im Zusammenhang mit dem/der belästigenden KundIn einzusetzen.

6.4.2.2.1. „Abhilfe“ bei Einsatz von Algorithmen

Im Rahmen der plattformbasierten Leistungserbringung wirft ein solches Vorgehen allerdings Schwierigkeiten auf, da die Zusammenführung von LeistungserbringerIn und KundIn bzw die Zuteilung eines/einer bestimmten LeistungserbringerIn an einen/eine bestimmte KundIn vielfach nicht physische Personen, die dem/der ArbeitgeberIn zuzurechnen sind, vornehmen, sondern **vorab programmierte Algorithmen**, die das „Herzstück“ vieler Plattformen darstellen. Diese verknüpfen, etwa bei Uber oder Foodora (zu den Geschäftsmodellen und der rechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse siehe im entsprechenden Kapitel), die eingeloggt und bereitstehenden LeistungserbringerInnen mit KundInnen, die eine Leistung anfordern, nach bestimmten Kriterien wie der aktuellen Position und der geografischen Nähe zu einander. Fraglich ist daher, auf welche Weise Plattformen bei Belästigungen angemessene Abhilfe schaffen könnten.

Plattform-BetreiberInnen, die Algorithmen wie die soeben beschriebenen einsetzen, hätten bei Bekanntwerden einer Belästigung wohl dafür zu sorgen, dass ein **nochmaliges Zusammentreffen von BelästigerIn und betroffener Person verhindert** wird und müssten ihre **Algorithmen entsprechend anpassen**, um so Abhilfe zu schaffen. Verzichten die Plattform-BetreiberInnen darauf und riskieren somit, dass der/die belästigte DienstleistungserbringerIn durch eine „Entscheidung“ des Algorithmus abermals dem/der BelästigerIn zugewiesen wird, liegt darin meines Erachtens ein **verschuldetes Unterlassen**, Abhilfe gegen (potentielle) weitere Belästigungen zu schaffen und die belästigte Person kann somit Schadenersatzansprüche gegen die Plattform-BetreiberInnen als ArbeitgeberInnen geltend machen. Angemessene Abhilfe gegen Belästigungen liegt meines

⁸³⁸ OGH 17.03.2004, 9 ObA 143/03z, ARD 5523/5/04 = Jus-Extra OGH-Z 3766 = RdW 2004, 683 = infas 2004, 114/A53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = Arb 12.426.

Erachtens also insbesondere dann vor, wenn künftig das „Matching“ zwischen einem/einer bestimmten Plattformbeschäftigten und einem/einer bestimmten KundIn verhindert wird.

Plattformen wie dem Reinigungsdienstanbieter Book a Tiger, der im Zuge dieser Arbeit ebenfalls bereits ausführlich behandelt wurde, fällt das Einschreiten bei Belästigungen der Beschäftigten durch KundInnen wohl wesentlich leichter. Im Fall von Book a Tiger wurde die digitale Infrastruktur samt dazugehöriger App nämlich vorwiegend als **Kommunikationsinstrument** genutzt und diente nicht so sehr der Steuerung und Kontrolle des Leistungserbringungsprozesses. Da KundInnen sich bei der wiederholten Buchung einer Reinigungsdienstleistung sogar das Tätigwerden einer bestimmten Reinigungskraft wünschen konnten⁸³⁹, wird es Book a Tiger umgekehrt auch möglich gewesen sein, eine in der Vergangenheit belästigte Reinigungskraft nicht bei dem/der belästigenden KundIn einzusetzen. Aufgrund der vergleichsweise längeren Zeit der Vertragsbeziehung und vorhandenen Daten des/der KundIn wie vollem Namen und Wohnadresse hätte es Book a Tiger leichter fallen können, den/die DienstleistungserbringerIn auf andere Weise vor weiteren Belästigungen zu schützen. Im Vergleich dazu ist der „Zugriff“ der Plattform-BetreiberInnen auf die belästigenden KundInnen bei Uber und Foodora aufgrund der oftmals extrem kurzen Vertragsdauer wesentlich erschwert.

6.4.2.3. Gleichbehandlungsrecht und alternativer Ansatz

An dieser Stelle ist nochmals auf die alternative Betrachtungsweise der vertraglichen Verhältnisse in der Plattformökonomie, das von *Prassl/Risak*⁸⁴⁰ vorgeschlagene **funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn**, hinzuweisen. Danach können typische Funktionen des/der ArbeitgeberIn nicht von einem/einer einzigen ArbeitgeberIn ausgeübt werden, sondern die einzelnen Funktionen können auch auf mehrere ArbeitgeberInnen aufgespaltet sein, weshalb der funktionale Ansatz den multipersonalen Verhältnissen in der Plattformökonomie entgegen kommt. Aus den jeweils von einem/einer oder mehreren ArbeitgeberInnen ausgeübten Funktionen resultieren dann **Verantwortlichkeiten**, die sich aus der Rolle als ArbeitgeberIn ergeben. Das funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn lässt sich wohl auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsrecht nutzbar machen.

⁸³⁹ <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

⁸⁴⁰ Siehe oben bzw *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 618; *Risak*, Kurswechsel 2016/2, 32.

Dass auch das Antidiskriminierungsrecht nicht aus der funktionalen Betrachtung ausgenommen werden kann, legen schon *Prassl/Risak* nahe. Bei der Zuweisung von Verantwortlichkeiten im Hinblick auf Diskriminierung durch Ratings bei der von ihnen untersuchten Plattform TaskRabbit kommen sie zu dem Schluss, alleine die Plattform sei für die Einhaltung von gleichbehandlungsrechtlichen Vorschriften verantwortlich, da sie die **alleinige Kontrolle über die Gestaltung und Funktion des Rating-Mechanismus** ausübt und die KundInnen auf diesen keinen Einfluss hätten.⁸⁴¹

Sind es jedoch die KundInnen, die umfassende Weisungs- und Kontrollrechte ausüben bzw die Umstände der Leistungserbringung stark determinieren und erfüllen somit die KundInnen zumindest teilweise die **Funktion des „Managements des unternehmensinternen Marktes“** (so etwa im Fallbeispiel „Book a Tiger“, siehe dazu oben unter Punkt 4.3.7.), so könnten sie meines Erachtens auch **für die Einhaltung der Gleichbehandlungsvorschriften verantwortlich** sein. Durch den stark von den KundInnen bestimmten Leistungserbringungsprozess erscheint vielfach die Notwendigkeit des Schutzes vor Diskriminierungen im Verhältnis zwischen DienstleistungserbringerIn und KundIn größer als im Verhältnis zwischen DienstleistungserbringerIn und Plattform.

Eine solche Betrachtungsweise nach dem Konzept von *Prassl/Risak* würde jedenfalls dazu führen, dass die KundInnen, stuft man sie im Einzelfall (funktional) als ArbeitgeberInnen ein, schon primär zu **AdressatInnen der Bestimmungen des GIBG** würden, da das GIBG hinsichtlich der meisten Diskriminierungstatbestände auf eine **Verpflichtung der ArbeitgeberInnen** abzielt. Damit ließe sich unter Umständen auch die bereits beschriebene Problematik der Tatsache, dass es die KundInnen sind, die Ratings abgeben, auf die sich wiederum die Plattform-BetreiberInnen bei ihren Personalentscheidungen stützen, ein wenig entschärfen, da die KundInnen für die bewusste Vergabe niedriger Ratings an TrägerInnen gleichbehandlungsrechtlich geschützter Merkmale und die daraus resultierenden Konsequenzen **direkt verantwortlich gemacht** werden könnten. Die DienstleistungserbringerInnen könnten ihre Schadenersatzansprüche wegen erfolgter Diskriminierungen somit direkt gegen die KundInnen als ArbeitgeberInnen richten. Die alternative Betrachtungsweise der Vertragsverhältnisse nach dem funktionalen

⁸⁴¹ *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 618.

Konzept des/der ArbeitgeberIn kann somit einen wichtigen Beitrag zur Anwendung des Gleichbehandlungsrechts im Rahmen der Plattformökonomie leisten.

6.4.2.4. Gleichbehandlungsrecht in Fällen der Arbeitskräfteüberlassung

Hinsichtlich jener Konstellationen, bei denen meiner Ansicht nach eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, was, wie oben gezeigt wurde, bei Uber in Österreich zumindest im Hinblick auf jene LenkerInnen, die keine Solo-Selbstständigen, sondern ArbeitnehmerInnen „echter“ Mietwagenunternehmen sind, und zum Teil bei Book a Tiger der Fall ist bzw (im Fall von Book a Tiger) war, ist auf § 6a AÜG⁸⁴² zu verweisen. Dieser normiert, dass im Hinblick auf die auf überlassene Arbeitskräfte anzuwendenden gleichbehandlungsrechtlichen Bestimmungen nicht nur die ÜberlasserInnen als ArbeitgeberInnen anzusehen sind, sondern **auch die BeschäftigtenInnen**. Sie werden somit ebenfalls zu AdressatInnen gleichbehandlungsrechtlicher Vorschriften. Mit dem § 6a AÜG sollte, den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zufolge, gewährleistet werden, *„dass auch für die überlassenen Arbeitskräfte trotz des Dreiecksverhältnisses zwischen überlassener Arbeitskraft, Überlasser und Beschäftigter die Rechte auf Gleichbehandlung gewahrt bleiben.“*⁸⁴³

Bemerkenswert dabei ist meines Erachtens insbesondere die Bestimmung des § 6a Abs 3 AÜG, wonach der/die ÜberlasserIn verpflichtet ist, für angemessene Abhilfe zu sorgen, sobald er/sie weiß oder wissen muss, dass der/die BeschäftigterIn die Vorschriften des Gleichbehandlungsrechts nicht einhält. Das bedeutet nichts anderes, als **dass der/die ÜberlasserIn die Rechtsfolgen für das Handeln des/der BeschäftigterIn tragen muss**, wobei der Prüfung, wann ein/eine ÜberlasserIn von Diskriminierungen der überlassenen Arbeitskraft gegenüber wissen muss, ein ähnlicher Maßstab zugrunde zu legen sein wird wie bei der sich aus den §§ 6 Abs 1 Z 2, 7 Abs 1 Z 2 bzw 21 Abs 1 Z 2 GlBG ergebenden Frage, wann ein/eine ArbeitgeberIn von erfolgten Belästigungen hätte wissen müssen. Somit muss der/die ÜberlasserIn mit allen Mitteln versuchen, Diskriminierungen durch den/die BeschäftigterIn zu verhindern, letztlich auch mit der Beendigung der Überlassung.⁸⁴⁴

⁸⁴² § 6a AÜG BGBl I 2017/38.

⁸⁴³ ErlRV 1903 BlgNR XXIV. GP 3; siehe auch *Schindler*, in ZellKomm³ § 6a AÜG Rz 2ff.

⁸⁴⁴ *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336 (340f).

Daraus ergibt sich, dass bei Fehlen des Schaffens von angemessener Abhilfe Ansprüche wegen erfolgter Diskriminierungen nicht nur gegen die BeschäftigtenInnen, sondern auch **gegen die ÜberlasserInnen** gerichtet werden können. Im Fall der Plattform Uber könnten bei Mietwagenunternehmen beschäftigte LenkerInnen Schadenersatzansprüche also nicht nur gegen die Plattform, sondern auch gegen das Mietwagenunternehmen richten, wenn sie von KundInnen belästigt werden und Uber keine angemessene Abhilfe schafft. Eine angemessene Abhilfe kann, wie oben ausgeführt, etwa darin bestehen kann, dass durch eine Veränderung in der Programmierung des Algorithmus ein künftiges Zusammentreffen zwischen belästigtem/belästigter LenkerIn und belästigendem/belästigender LenkerIn ausgeschlossen, also ein „Matching“ zwischen einem/einer bestimmten LenkerIn und einem/einer bestimmten KundIn verhindert wird. Im Fall von Book a Tiger hätten sich Reinigungskräfte in jenen Fällen, in denen Arbeitskräfteüberlassung vorlag, es sich also um gewerbliche oder zumindest gut organisierte KundInnen handelte, mit ihren Ansprüchen ebenso nicht nur gegen die KundInnen, sondern auch gegen die Plattform wenden können.

6.4.2.4.1. Analoge Anwendung des § 6a AÜG

Da mit dem § 6a AÜG bereits eine Bestimmung geschaffen wurde, die Gleichbehandlungspflichten im dreipersonalen Verhältnis für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung regelt, ist zu überlegen, was sich daraus für das Gleichbehandlungsrecht in der Plattformökonomie ganz allgemein gewinnen lässt. Betrachtet man das Vertragsgeflecht zwischen Plattform, DienstleistungserbringerInnen und KundInnen, so kann man zu dem Ergebnis kommen, dass sich die Vertragsverhältnisse der Plattformökonomie hinsichtlich des Aspekts der Mehrpersonalität nicht wesentlich von jenen Verhältnissen der Arbeitskräfteüberlassung, auf deren Regelung die Bestimmungen des AÜG abzielen, unterscheidet. Meines Erachtens wäre daher eine **analoge Anwendung des § 6a AÜG für den Bereich der Plattformökonomie**, also selbst dann, wenn keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, anzudenken. Auf diese Weise könnten sämtliche Vertragsverhältnisse der Plattformökonomie in das Gleichbehandlungsrecht einbezogen werden und den Plattformbeschäftigten stünden effektive Möglichkeiten, sich gegen Ungleichbehandlungen zur Wehr zu setzen, offen.

6.4.2.5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Ergebnis zeigt sich auch im Bereich der gleichbehandlungsrechtlichen Vorschriften meines Erachtens deutlich, dass nach traditionellem Verständnis weite Teile des österreichischen Arbeitsrechts nur schwer mit den für die Plattformökonomie charakteristischen **mehrpersonalen Vertragsverhältnissen** in Einklang zu bringen sind. So ergeben sich Probleme insbesondere dadurch, dass die Plattform-BetreiberInnen typischerweise den KundInnen die Kontrolle für die Leistungserbringung in Form von Ratingsystemen überantworten und sich anschließend auf eben jene Ratings stützen, etwa um „schlechte“, das heißt, niedrig bewertete, LeistungserbringerInnen zu sanktionieren. Dabei wird ausgeblendet, dass hinter manchen niedrigen Ratings Diskriminierungsabsicht seitens der KundInnen stecken könnte und die Plattform-BetreiberInnen in der Folge dadurch selbst diskriminieren könnten, wenn sie sich die abgegebenen Ratings in unkritischer Weise zu Eigen machen und bei ihren Entscheidungen auf den möglicherweise problematischen Ratings aufbauen.

Hier zeigen sich die Vorzüge der Betrachtung der Vertragsverhältnisse nach dem **funktionalen Konzept des/der ArbeitgeberIn**, das es zumindest in jenen bestimmten Fällen, in denen die KundInnen ein hohes Maß an Kontrolle über die Leistungserbringung ausüben, erlaubt, den KundInnen die Verantwortung für die Einhaltung gleichbehandlungsrechtlicher Vorschriften zuzuweisen und den Plattformbeschäftigten somit die Möglichkeit einzuräumen, ihre Schadenersatzansprüche gegen die KundInnen zu richten.

Dass die Anwendung gleichbehandlungsrechtlicher Vorschriften auch auf mehrpersonale Vertragsverhältnisse grundsätzlich möglich ist und auch als sinnvoll erachtet wird, hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 6a AÜG bewiesen. Im Rahmen der plattformbasierten Leistungserbringung liegt zwar mitunter Arbeitskräfteüberlassung vor (siehe dazu etwa die Ausführungen zum Fallbeispiel Uber in Österreich), das muss aber keineswegs regelmäßig der Fall sein. Eine weitere Möglichkeit, die Einhaltung des Gleichbehandlungsrechts in der Plattformökonomie sicherzustellen, liegt meines Erachtens in der **analogen Anwendung des § 6a AÜG** auf sämtliche mehrpersonale Sachverhalte über den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung hinaus, da sich die Problemlagen in puncto Mehrpersonalität in der Plattformökonomie kaum von jenen der Arbeitskräfteüberlassung

unterscheiden. Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber offen, für die Plattform-ArbeiterInnen als besonders schutzwürdiger Personengruppe eine ähnliche Regelung zu schaffen, mit der klargestellt wird, dass das Gleichbehandlungsrecht auch in oft verworren wirkenden mehrpersonalen Vertragsverhältnissen Anwendung finden soll.

III. Teil: Auswirkungen plattformbasierter Arbeit und Ausblick

„Wir sind Augenzeugen einer historischen Kehrtwende in der Evolution der Arbeitsgesellschaft: Stand die Erste Moderne unter dem Vorzeichen der Normierung und Standardisierung der Arbeit, so zeichnet sich mit der Zweiten Moderne das Gegenprinzip der Individualisierung der Arbeit ab.“⁸⁴⁵

7. Sozialpolitische Auswirkungen plattformbasierter Arbeit

7.1. Marktmacht und Monopolisierung

Mit der zunehmenden Durchdringung immer umfassenderer Lebensbereiche mit digitaler Technologie geht ein **großes Maß an gesellschaftlicher Technikgläubigkeit** einher. So widmen sich Medienberichte regelmäßig Fragen des rasanten digitalen Wandels und den damit verbundenen Herausforderungen.⁸⁴⁶ Auch Internetplattformen betreibende Unternehmen und ihre FürsprecherInnen nutzen das gesellschaftliche Interesse an technischer Innovation für die Behauptung, traditionelle Geschäftsmodelle mit ihrem Fokus auf linearer Wertschöpfung seien überholt⁸⁴⁷, demgegenüber werden Internetplattformen als **innovative Startups** positioniert, die traditionellen DienstleistungsanbieterInnen weit überlegen seien.⁸⁴⁸ Dabei dringen diese mit den von ihnen angebotenen Dienstleistungen zum Teil auch in stark regulierte Märkte ein, was zum Teil als **Disruption** bezeichnet wird, ohne dass eine solche auch in jedem Fall vorliegt.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ Beck, *Schöne neue Arbeitswelt*² (2016) 89.

⁸⁴⁶ Siehe etwa Bauer, Welche Jobs bleiben, welche verschwinden, *Der Standard Online*, <https://derstandard.at/2000078804017/Welche-Jobs-bleiben-welche-verschwinden?ref=rec> (14.08.2018, 17:53).

⁸⁴⁷ Choudary, *Platform Scale* (2016) 22.

⁸⁴⁸ Siehe etwa Baurek-Karlic, Uber: Innovation kann man bremsen, aber nicht aufhalten, <https://www.derbrutkasten.com/uber-in-wien-innovation-kann-man-bremsen-aber-nicht-aufhalten/> (28.5.2018, 12:01).

⁸⁴⁹ Siehe Horn, Uber, Disruptive Innovation and Regulated Markets, *Forbes Online*, <https://www.forbes.com/sites/michaelhorn/2016/06/20/uber-disruptive-innovation-and-regulated-markets/#6a9b916c37fb> (31.5.2018, 11:22).

Von den Plattformen werden mitunter auch geltende gesetzliche Regelungen als Hindernis empfunden und selbstbewusst deren Änderung gefordert. So bezeichnet etwa Uber Österreich die im Mietwagengewerbe geltende Rückkehrpflicht als nicht mehr zeitgemäß. Sie verursache unnötige Wege und somit CO₂-Emissionen, weshalb die Rückkehrpflicht aus der Wiener Taxi-Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung gestrichen werden solle.⁸⁵⁰ In treffender Weise vergleicht *Prassl*⁸⁵¹ das Narrativ vieler Plattformen mit der biblischen Geschichte vom **Kampf Davids gegen Goliath**, womit das (behauptete) Machtungleichgewicht in der **Auseinandersetzung der modernen Internetplattformen mit den traditionellen marktbeherrschenden Unternehmen** und den gesetzlichen Rahmenbedingungen symbolisiert werden soll – nicht zuletzt ist es David, der siegreich aus dem Kampf hervorgeht und später König von Israel wird.

7.1.1. Netzwerk-Effekte

Ob das Narrativ, der Aufstieg von Internetplattformen sei Teil einer fortschrittlichen, sich aus moderner Technologie automatisch ergebenden Entwicklung und schwäche traditionelle Großunternehmen mit (Quasi-)Monopolstellung, geglaubt werden kann, ist fraglich. Zunächst kommt den Internetplattformen wohl insofern eine **Stärke im Vergleich mit traditionellen Unternehmen** zu, als, *Parker/Van Alstyne/Choudary*⁸⁵² zufolge, unter den Umständen des modernen, hyperkompetitiv und technologiegetriebenen Wettbewerbs, der **Besitz von Infrastruktur** keinen defensiven Vorteil mehr bietet. Stattdessen kommt der Flexibilität eine zentrale Rolle zu. Auch *Srnicek*⁸⁵³ hält fest, dass Plattformen zur Ausweitung ihrer Marktstellung regelmäßig keine neuen Fabriken bauen, sondern bloß mehr Server mieten müssen, was gemeinsam mit den sich bei Plattformen ergebenden „**Netzwerk-Effekten**“ ein rasches wirtschaftliches Wachstum möglich macht.

Die angesprochenen Netzwerk-Effekte bestehen, *Srnicek* zufolge, insbesondere darin, dass die Zahl der NutzerInnen einer Plattform als essentiell bewertet wird. Je mehr Menschen bereits eine bestimmte Plattform nutzen, desto besser kann die Plattform funktionieren und desto wertvoller wird die Plattform auch für alle anderen Menschen. Aus

⁸⁵⁰ <https://www.uber.com/de-AT/newsroom/die-haufigsten-fragen-an-uber/> (31.5.2018, 11:24)

⁸⁵¹ *Prassl*, *Humans as a Service* (2018) 34.

⁸⁵² *Parker/Van Alstyne/Choudary*, *Platform Revolution* (2016) 210.

⁸⁵³ *Srnicek*, *Platform Capitalism* (2017) 45f.

diesem Grund arbeiten Plattformen intensiv an Strategien, immer **mehr Menschen zur Nutzung einer bestimmten Plattform zu bewegen**.⁸⁵⁴ In Bezug auf das in dieser Arbeit ausführlich dargestellte Fallbeispiel Uber stellt sich diese These meines Erachtens als richtig heraus: Je mehr LenkerInnen für Uber aktiv sind, desto rascher können die angebotenen Dienstleistungen erbracht werden, was wiederum eine Inanspruchnahme der Plattform für KundInnen attraktiver macht. Deren wachsende Anzahl macht die Plattform wiederum für LenkerInnen attraktiver, da so mehr Fahrten angeboten werden. Die Effekte verstärken sich somit gegenseitig.

7.1.2. Die Verhinderung von Multihoming

Gleichzeitig soll zum Teil jedoch auch verhindert werden, dass eine einzelne Person mehrere Plattformen ähnlichen Typs nutzt. Dieser Vorgang wird als „**Multihoming**“ bezeichnet und ist **wirtschaftlich unerwünscht**, weil Plattformen **exklusiven Zugriff** auf bestimmte Wirtschaftsgüter – im Fall von Dienstleistungsplattformen also auf die Arbeitskraft einer bestimmten Person und wohl auch auf ihre persönlichen Daten – im Sinn haben.⁸⁵⁵ Dabei seien mit einem Wechsel von einer Plattform zu einer anderen immer Kosten verbunden, wenn schon nicht zwingend in finanzieller, dann zumindest in zeitlicher Hinsicht, weshalb bei niedrigen Multihoming-Kosten der Markteintritt neuer Plattformen wesentlich leichter stattfinden könne.⁸⁵⁶ Daraus ist meines Erachtens abzuleiten, dass, wollen Plattformen den Wechsel von NutzerInnen zu anderen Plattformen verhindern, die Kosten für Multihoming möglichst hoch gehalten werden müssen, **um einen Wechsel unattraktiv zu machen**. Vor diesem Hintergrund sind meiner Meinung nach auch die Registrierungsvorgänge auf den Plattformen und insbesondere die in der Regel von KundInnen vergebenen **Ratings** (zur Problematik der Diskriminierung durch KundInnenratings siehe die Ausführungen im 6. Kapitel unter Punkt 6.4.2.1.3.) zu sehen. Haben sich Plattformbeschäftigte erst einmal einen guten Rating-Schnitt bei einer bestimmten Plattform erarbeitet, wollen sie diesen wohl kaum durch den Wechsel zu einer anderen Plattform wieder verlieren.

⁸⁵⁴ *Srnicek*, Platform Capitalism 45f.

⁸⁵⁵ Siehe *Parker/Van Alstyne/Choudary*, Platform Revolution (2016) 213.

⁸⁵⁶ *Parker/Van Alstyne/Choudary*, Platform Revolution (2016) 225f.

7.1.3. Plattformen im Wettbewerb

Im Hinblick auf das wirtschaftliche Gefüge des Gesamtmarktes ist aufgrund der Netzwerk-Effekte von **hartem Wettbewerb** zwischen den Plattformen und traditionellen Unternehmen einerseits und zwischen unterschiedlichen Plattformen andererseits auszugehen. So bedeutet etwa mehr Nachfrage nach Transportdienstleistungen via Plattformen wie Uber, dass traditionelle Taxi-AnbieterInnen wohl KundInnen verlieren und in zunehmendem Maß ebenfalls die Plattform nutzen müssen, um ihre Dienstleistungen gewinnbringend anbieten zu können, was geeignet ist, Auseinandersetzungen zwischen Plattformen und traditionellen Unternehmen zu befeuern.⁸⁵⁷ Vor diesem Hintergrund ist meines Erachtens auch der zum Teil ambivalent zu bewertende und mit juristischen Mitteln geführte **Konflikt zwischen Uber Österreich und Wiener Taxiunternehmen**⁸⁵⁸ zu sehen. Dabei bildet Wien keineswegs eine Ausnahme, die hierorts entstehenden Konflikte um plattformbasiert arbeitende DienstleistungsanbieterInnen, allen voran um die Plattform Uber, erscheinen im internationalen Vergleich sogar geradezu harmlos.

Als plastisches internationales Beispiel sei die Auseinandersetzung zwischen Uber und dem New Yorker Bürgermeister *De Blasio* im Jahr 2015 angeführt. Seitens der Stadtverwaltung bestand der Wunsch, die **Zahl der Uber-LenkerInnen zu beschränken**, um die verkehrstechnischen Auswirkungen im Hinblick auf die Staugefahr in der Stadt untersuchen zu können. Uber wollte zum gleichen Zeitpunkt seine Dienstleistungen in New York markant ausweiten und implementierte eine „**De Blasio mode**“ genannte Funktion in der App, die KundInnen im Stadtgebiet von New York längere Wartezeiten für den Fall einer zahlenmäßigen Beschränkung der Uber-LenkerInnen anzeigte und mit der Möglichkeit, ein Beschwerdeschreiben an den Bürgermeister zu richten, verknüpft war. Nachdem *De Blasio* zehntausende derartige Schreiben erhalten hatte, wurde die Forderung nach einer Beschränkung der Anzahl an Uber-LenkerInnen fallengelassen.⁸⁵⁹

⁸⁵⁷ *Srnicek*, Platform Capitalism 111.

⁸⁵⁸ Siehe etwa *N.N.*, Uber: Fahrer müssen Rückkehrpflicht einhalten, profil Online, <https://www.profil.at/oesterreich/uber-eingestellt-rueckkehrpflicht-10042968> (19.05.2018, 07:54).

⁸⁵⁹ Siehe *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies – What it takes to dominate the 21st-century economy (2016) 101f.

Tatsächlich werden von Plattformen zum Teil **große finanzielle Anstrengungen** im Bereich von Lobbying und Marketing unternommen, um KundInnen zu gewinnen, zu halten und die Gesetzgebung zu ihren Gunsten zu beeinflussen.⁸⁶⁰ Wenngleich es für *Prassl*⁸⁶¹ wenig überraschend erscheint, dass Plattformen mit zunächst hohem Kosteneinsatz (*Prassl* bezeichnet diesen gar als „**cash burn**“) versuchen, neue NutzerInnen auf die Plattform zu holen um wirtschaftlich profitabel zu werden, so legt er unter Bezugnahme auf *Horan*⁸⁶² und dessen Überlegungen im Hinblick auf Uber doch nahe, dass es Plattformen mit ihrem enormen finanziellen Einsatz in Wahrheit um die **Erlangung einer Monopolstellung** geht und nicht bloß um das rasche Nutzen von Netzwerk-Effekten.

Im Hinblick auf den ebenfalls stark ausgeprägten Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Plattformen sehen *Moazed/Johnson*⁸⁶³ einen „**The Winner takes it all**“-**Effekt**, wonach bestimmten Plattformen, haben sie sich schließlich gegen die Konkurrenz durchgesetzt, eine starke Marktstellung zukomme. Um das zu erreichen, würden Mechanismen entwickelt, NutzerInnen an die Plattform zu binden, etwa mithilfe von Bewertungssystemen, die die „Treue“ zu einer bestimmten Plattform belohnen und den Wechsel zu anderen Plattformen erschweren.

7.1.4. Die „natürliche Tendenz“ zur Monopolisierung

Dem entgegen steht die Behauptung, der Kampf um Marktmacht sei kein Nullsummenspiel, es sei also falsch anzunehmen, dass es nur einen Markt gebe, innerhalb dessen einzelne Anteile immer nur auf unterschiedliche AkteurInnen aufgeteilt werden. Vielmehr vergrößerten Plattformen mit ihrem Markteintritt den zu verteilenden Kuchen, indem neue Verdienstmuster entwickelt und **neue Einnahmequellen erschlossen** würden.⁸⁶⁴ So wäre das Wachstum von Plattformen nicht bloß mit dem Wechsel von Personen aus der traditionellen Wirtschaft zu Plattformen zu erklären, sondern auch mit dem **Tätigwerden neuer Personen**, die zuvor überhaupt nicht oder zumindest in anderen

⁸⁶⁰ *Srnicek*, Platform Capitalism 120.

⁸⁶¹ *Prassl*, Humans as a Service 23.

⁸⁶² Siehe *Smith*, Can Uber Ever Deliver? Part Four: Understanding That Unregulated Monopoly Was Always Uber's Central Objective, Naked Capitalism, <https://www.nakedcapitalism.com/2016/12/can-uber-ever-deliver-part-four-understanding-that-unregulated-monopoly-was-always-ubers-central-objective.html> (3.6.2018, 09:44).

⁸⁶³ *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies 99f.

⁸⁶⁴ *Parker/Van Alstyne/Choudary*, Platform Revolution 210f; *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies 103f.

Bereichen wirtschaftlich tätig gewesen seien. Zudem würden **neue Schichten von KundInnen** angezogen.⁸⁶⁵

Aufgrund von Netzwerk-Effekten und der damit verbundenen Eigenschaft von bereits stark frequentierten Plattformen, weitere NutzerInnen anzuziehen, entstehe, so *Srnicek*, jedoch eine „**natürliche Tendenz**“ zur **Monopolisierung**.⁸⁶⁶ Diese sei geradezu in die DNA der Plattformen eingeschrieben und führe zu einem Einzementieren früherer Marktvorteile im Sinne einer langfristigen marktbeherrschenden Stellung.⁸⁶⁷ BefürworterInnen der Plattformökonomie⁸⁶⁸ wiederum deuten die Monopolisierungstendenz der Plattformen (einigermaßen überraschend) als **Ergebnis eines gut funktionierenden Marktes**, da die bisher für traditionelle Märkte gültige Grundhaltung, ein Mehr an Wettbewerb sei positiv zu bewerten, in der Plattformökonomie nicht mehr vertretbar sei.

Jedenfalls seien, nach Ansicht von *Prassl*⁸⁶⁹, viele der Plattformen, die sich selbst als Davids darstellen oder ohnehin nie mit Hindernissen wie einem stark regulierten Markt konfrontiert waren, mittlerweile **selbst zu Goliaths geworden**. Die Erzählung vom disruptiven und innovativen Charakter der Plattformen sei zunehmend bloß zum Code dafür geworden, dass das Geschäftsmodell vieler Plattformen darin bestehe, dass **gegen Gesetze verstoßen** werde.

Tatsächlich wirken die Marktbewertungen großer plattformbasiert arbeitender Unternehmen in vielen Fällen **astronomisch hoch**. Zugleich stiegen auch die weltweiten Investitionen in neu gegründete Unternehmen der Plattformökonomie binnen weniger Jahre auf sechs Milliarden US-Dollar im Jahr 2014, obwohl **viele Plattformen bisher nicht gewinnbringend** wirtschaften.⁸⁷⁰ Hohe Bewertungen ergäben sich, *Schumich* zufolge, aus der Erwartung künftiger Gewinne. Ob sich diese Annahmen jemals realisieren werden,

⁸⁶⁵ *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies 103f.

⁸⁶⁶ *Srnicek*, Platform Capitalism 45.

⁸⁶⁷ *Srnicek*, Platform Capitalism 95.

⁸⁶⁸ So etwa *Moazed/Johnson*, Modern Monopolies 103.

⁸⁶⁹ *Prassl*, Humans as a Service 37.

⁸⁷⁰ *Schumich*, Sharing Economy: Immense Marktbewertungen, in *Kuba* (Hg), Überall ist Zukunft (2018) 90 (91).

scheint jedoch angesichts möglicher die Plattformökonomie betreffender Regulierungsbestrebungen in der Zukunft fraglich.⁸⁷¹

7.2. Lohn- und Sozialdumping

Während viele Plattformen also aufgrund der sich ergebenden Netzwerk-Effekte und der daraus resultierenden Tendenz zur Monopolisierung zu großen, international tätigen Unternehmen mit zum Teil marktbeherrschender Stellung und, auf der Basis immenser Unternehmensbewertungen, großem Kapital im Rücken angewachsen sind, wird nach innen und gegenüber den Arbeitenden das **Konzept der „Hyper-Auslagerung“**⁸⁷² verfolgt. Das Unternehmen reduziert seine Verantwortung also auf das Betreiben der Internet-Plattform und versucht möglichst alle anderen Bereiche zu externalisieren. Konsequenterweise werden daher in vielen Fällen auch die Arbeitenden als selbstständige VertragspartnerInnen der Plattformen betrachtet. Wie im Zuge dieser Arbeit gezeigt, liegt jedoch vielfach ein Arbeitsverhältnis zwischen der Plattform und dem/der DienstleistungserbringerIn, in einigen Fällen auch eine Arbeitskräfteüberlassung, vor.

Dennoch erhalten die Beschäftigten der Plattformen in der Regel nicht jene arbeitsrechtliche Absicherung, die „traditionell“ beschäftigten Personen zukommt. Das äußert sich etwa im **Fehlen der Anwendung eines kollektivvertraglichen Mindestlohnes** (so eine kollektivvertragliche Einordnung der Tätigkeit bestimmter Plattformbeschäftigter möglich ist), **eines Urlaubsanspruches** oder **bestimmter Arbeitszeiten**. Traditionelle DienstleistungsanbieterInnen und deren (als ArbeitnehmerInnen qualifizierte) Beschäftigte könnten durch die zunehmende Tätigkeit der von Auslagerungsgedanken getriebenen Dienstleistungsplattformen unter Druck geraten.

In letzter Konsequenz könnte ein **dauerhaftes „Unterbieten“ arbeitsrechtlicher Standards** und insbesondere von Lohnvorschriften eine für den gesamten Arbeitsmarkt bedrohliche Wirkung entfalten. Traditionelle Unternehmen könnten angesichts der Konkurrenz aus der Plattformökonomie versucht sein, die Löhne ihrer Beschäftigten abzusenken, **geltende Lohnvorschriften zu ignorieren** oder die Erzählung vieler Plattformen, bei den Arbeitenden handle es sich um selbstständige VertragspartnerInnen, zu

⁸⁷¹ Schumich in Kuba (Hg), Überall ist Zukunft 100.

⁸⁷² Srnicek, Platform Capitalism 76.

übernehmen bzw Konstruktionen zu finden, die eine solche Einordnung zumindest auf den ersten Blick zulässig erscheinen lassen. Werden die Beschäftigten als Selbstständige angesehen, müssen die Unternehmen, die hinter den Internetplattformen stehen, zudem **keine Sozialversicherungsbeiträge** für die Beschäftigten abführen⁸⁷³, dies ist vielmehr den Arbeitenden selbst überlassen, was wohl Schwierigkeiten bei der Einhebung mit sich bringt.

Aus diesen Gründen ist zu fragen, ob beim Vorgehen vieler Plattformen möglicherweise vom Vorliegen von **Lohn- und Sozialdumping** nach dem Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSD-BG)⁸⁷⁴ auszugehen ist.

7.2.1. Der Anwendungsbereich des LSD-BG

Den Gesetzesmaterialien⁸⁷⁵ zufolge strebte die Gesetzgebung mit der Schaffung des LSD-BG insbesondere die Herauslösung von Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping aus dem AVRAG und eine **Kodifikation mit klarer Struktur** an. Mit dem LSD-BG und davor bereits mit dem AVRAG, wurde auch die EU-Entsende-Richtlinie⁸⁷⁶ umgesetzt. Im Zentrum der Bestimmungen des LSD-BG steht die **Zusicherung bestimmter arbeitsrechtlicher Ansprüche** (§ 3ff LSD-BG), insbesondere in Bezug auf die Sicherung von Mindestentgelten.⁸⁷⁷ Dabei wollen die Bestimmungen des LSD-BG, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt⁸⁷⁸, insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte regeln, kommen jedoch grundsätzlich auch für österreichische Unternehmen zur Anwendung.

So gilt das LSD-BG gem seinem § 1 Abs 1 für sämtliche privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, für überlassene Arbeitskräfte und für HeimarbeiterInnen. § 2 Abs 1 LSD-BG stellt bei der Beurteilung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, bemerkenswerterweise auf den **wahren wirtschaftlichen Gehalt** des Rechtsverhältnisses und nicht auf die äußere Erscheinungsform des zugrunde liegenden Sachverhalts ab. Auf viele Sachverhalte der Plattformökonomie kommt das LSD-BG daher zur Anwendung, da

⁸⁷³ Siehe *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁸ (2017) 46f.

⁸⁷⁴ LSD-BG BGBl I 2018/32.

⁸⁷⁵ ErlRV 1111 BlgNR XXV. GP 1.

⁸⁷⁶ RL 1996/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18.

⁸⁷⁷ Siehe auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 2/032.

⁸⁷⁸ ErlRV 1111 BlgNR XXV. GP 1.

meines Erachtens oftmals ein (privatrechtliches) Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn oder zumindest Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

7.2.2. Ansprüche nach dem LSD-BG

Im Hinblick auf die angesprochene Sicherung von Mindestentgelten stellt § 3 Abs 1 LSD-BG klar, dass ArbeitnehmerInnen mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich **„zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt“** haben. Gem Abs 2 bzw 3 leg cit haben grundsätzlich auch jene ArbeitnehmerInnen, deren gewöhnlicher Arbeitsort zwar in Österreich liegt, ihr/ihre ArbeitgeberIn den Sitz jedoch außerhalb Österreichs hat und daher nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist und jene ArbeitnehmerInnen, die zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt sind, denselben Anspruch. Ausländische Arbeitskräfte haben somit Anspruch auf jenes Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren ArbeitnehmerInnen von vergleichbaren ArbeitgeberInnen gebührt, wobei gem Abs 4 leg cit **auch Sonderzahlungen**, sofern diese vorgesehen sind, zum Entgelt zählen und entsandten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskräften aliquot zustehen.⁸⁷⁹ Vergleichbare Bestimmungen enthält das LSD-BG auch im Hinblick auf die Ansprüche auf **Urlaub** (§ 4 LSD-BG) bzw die **Einhaltung der Arbeitszeit und der Arbeitsruhe** (§ 5 LSD-BG).

Werden die für alle ArbeitnehmerInnen bestehenden Ansprüche nicht zugestanden, so sieht das LSD-BG **Verwaltungsstrafen für ArbeitgeberInnen** vor. Für den Bereich der Plattformökonomie besonders relevant ist meines Erachtens der **Straftatbestand der Unterentlohnung** gem § 29 LSD-BG. Dieser sieht für den Fall, dass ArbeitnehmerInnen beschäftigt werden, ohne zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt zu erhalten, durchaus **hohe Strafen** vor. So kann die Höhe der Verwaltungsstrafe bei Betroffenheit mehrerer ArbeitnehmerInnen und **im Wiederholungsfall bis zu EUR 50.000,00** reichen.

Nach wohl richtiger Ansicht von *Windisch-Graetz*⁸⁸⁰ liegen die **wirklichen Probleme im Zusammenhang mit Lohn- und Sozialdumping** jedoch nicht im Fehlen von anwendbaren Regelungen, sondern in der Frage, ob diese **tatsächlich eingehalten**, also etwa

⁸⁷⁹ Siehe ausführlich auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 2/031ff.

⁸⁸⁰ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 373.

vorgeschriebene Mindestlöhne tatsächlich ausbezahlt werden. Aus diesem Grund wurden mit dem LSD-BG auch verstärkte Kontrollmechanismen geschaffen. So wurde mit dem § 13 LSD-BG als besondere Einrichtung das bei der Wiener Gebietskrankenkasse angesiedelte sog. **„Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung“** eingeführt, das insbesondere für die Lohnkontrolle bei ArbeitnehmerInnen, die nicht dem ASVG unterliegen, zuständig ist.

Qualifizieren die Plattformen ihre Beschäftigten also weiterhin nicht als ArbeitnehmerInnen, wie das meines Erachtens in vielen Fällen geschehen müsste, und werden den Beschäftigten kollektivvertraglicher Mindestlohn, Urlaubsanspruch oder Ruhezeiten nicht oder nicht in vollem Ausmaß gewährt, so liegt Lohn- und Sozialdumping vor und es sind auch Verwaltungsstrafen nach dem LSD-BG gegen Dienstleistungsplattformen zu verhängen.

7.3. Plattformbasiertes Arbeiten als „Zuverdienstmöglichkeit“

Für Personen, die Arbeit in Form von Crowdwork i.w.S. leisten, stellt die Entlohnung zwar nicht die einzige, jedoch eine **wesentliche Motivation** dar.⁸⁸¹ Einer im Auftrag der University of Hertfordshire, dem Marktforschungsinstitut Ipsos MORI, der Foundation for European Progressive Studies, der Dienstleistungsgewerkschaft UNI-Europa und der Arbeiterkammer Wien durchgeführten Umfrage unter 2.003 österreichischen Erwachsenen zufolge gaben 59% der CrowdworkerInnen an, ihr Einkommen aus Crowdwork mache **weniger als die Hälfte ihres gesamten Einkommens** aus, wobei 30% dazu keine Angaben machen konnten oder sich nicht äußern wollten.⁸⁸² Insgesamt lässt sich somit feststellen, dass für die deutliche Mehrheit der CrowdworkerInnen auch noch **andere Einnahmequellen** bestehen. Es liegt daher die Vermutung nahe, über Plattformen werde hauptsächlich gearbeitet, um sich **neben einem regulären ein zusätzliches Einkommen** zu verschaffen.⁸⁸³ In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Leistungserbringung über Internetplattformen, wie bereits im Abschnitt zur Arbeitszeit angesprochen, vielfach um **Teilzeitbeschäftigungen** handeln wird.

⁸⁸¹ Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013) 72.

⁸⁸² Huws/Joyce, Österreichs Crowdszenario, Studie im Auftrag der University of Hertfordshire, Ipsos MORI, der Foundation for European Progressive Studies, UNI-Europa und der Arbeiterkammer Wien (2016) 3.

⁸⁸³ Siehe auch Heiling/Kuba, Crowdwork und plattformbasierte Arbeit, in Kuba (Hg), Überall ist Zukunft (2018) 106 (114).

Die Betonung der Sichtweise, plattformbasiertes Arbeiten stelle für die meisten Menschen lediglich einen Nebenverdienst dar, birgt meines Erachtens jedoch **Gefahren**. Zunächst sollte nicht übersehen werden, dass der selben Studie⁸⁸⁴ zufolge bei 11% der Befragten die Erträge aus Crowdwork-Tätigkeiten sehr wohl den **Hauptteil ihrer monatlichen Gesamteinnahmen** ausmachen. Da die Studie bereits aus dem Jahr 2016 stammt, ist wohl davon auszugehen, dass die Zahl der hauptsächlich über Internetplattformen tätigen Personen in Österreich mittlerweile angestiegen ist. Darüber hinaus kann aus der Tatsache, dass Plattformbeschäftigte nach wie vor die Minderheit unter den ArbeitnehmerInnen stellen und die über Plattformen erbrachte Arbeit in vielen Fällen lediglich eine Zuverdienstmöglichkeit darstellt, **nicht das Fehlen von Schutzwürdigkeit abgeleitet werden**.

7.3.1. Probleme der Plattformarbeit als Nebenbeschäftigung

So könnte es etwa in Bezug auf **sonstige ausgeübte Beschäftigungen** zu Konflikten mit der über eine Plattform ausgeübten „Nebenbeschäftigung“ kommen. Vorstellbar erscheint mir etwa, dass die Schicht eines/einer KurierIn bei Foodora über die im Dienstplan vereinbarte Einteilung hinaus andauert. Das ist wohl insofern keine Seltenheit, als von den KurierInnen erwartet wird, auch noch kurz vor dem planmäßigen Ende ihrer Schicht eintreffende Aufträge zur Abholung und anschließenden Zustellung von Speisen oder Getränken entgegen zu nehmen und abzuwickeln, selbst wenn damit das Ende ihrer Schicht überschritten werden würde. Das tatsächliche Schichtende ist auf diese Weise jedoch nicht absehbar, weshalb KurierInnen etwa zu unmittelbar im Anschluss geplanten Dienstantritten in anderen Beschäftigungsverhältnissen **nicht zeitgerecht erscheinen** könnten oder sich eine bestimmte Zeit nach Abschluss eines für die Plattform erbrachten Schichtdienstes bzw. Einsatzes **freihalten** müssten, um zeitliche Kollisionen unterschiedlicher Beschäftigungsverhältnisse auszuschließen.

Auf der Ebene der Arbeitszeit ergibt sich meines Erachtens auch insofern ein Problem als **mehrere parallel oder abwechselnd ausgeübte Beschäftigungsverhältnisse** das eigene Zeitmanagement erschweren und überdies wohl die **Wahrscheinlichkeit von**

⁸⁸⁴ Huws/Joyce, Österreichs Crowdworkszene 3.

Arbeitszeitverletzungen im Sinne einer **Überschreitung der gesetzlichen Höchst-arbeitszeitgrenzen** erhöhen. Damit einher geht die Gefahr der „Zerstückelung“ der auf mehrere Arbeitsverhältnisse aufgeteilten Arbeitszeit und jene der **Marginalisierung der Freizeit** einer bestimmten Person. Überdies lässt sich aufgrund der in der Regel vorhandenen zeitlichen Flexibilität in der Plattformökonomie und der damit einhergehenden Erzählung, Beschäftigte könnten ihre Freizeit nutzen, um sich im Rahmen der Dienstleistungserbringung für Plattformen ein zusätzliches Einkommen zu verschaffen, hinterfragen, wie diese Haltung mit der **politischen Intention des Arbeitszeitrechts** zusammenpasst.

War es, *Risak*⁸⁸⁵ zufolge, das ursprüngliche Ziel der Begrenzung der Arbeitszeit, bestimmte Zeiten bewusst **vom ökonomischen Verwertungsdruck auszunehmen** und den Menschen die auf diese Art „entökonomisierten“ Zeiten als Freizeit zur Verwirklichung ihrer Persönlichkeit zu überlassen, so steht diesen Zielen die Umwandlung von Freizeit in zusätzliche Arbeitszeit im Rahmen der Plattformökonomie eindeutig entgegen. So findet durch das plattformbasierte Arbeiten als moderne Form der Leistungserbringung wohl nicht nur, wie *Castel*⁸⁸⁶ mit Blick auf das Zurückdrängen der Entkoppelungsmechanismen der Arbeitserbringung von den Märkten während der europäischen Nachkriegszeit meint, eine **„Rekommodifizierung der Arbeit“** statt, sondern wohl auch so etwas wie eine **Kommodifizierung der Freizeit**, die nun nicht mehr als Zeit zur persönlichen Entfaltung und des Auslebens der individuellen Interessen, sondern ebenfalls **zur Erbringung von Arbeitsleistung genutzt werden soll**.

Überdies lässt sich festhalten, dass die Abwicklung von Dienstleistungen mittels einzelner, kurzer Vertragsverhältnisse, wie das in der Plattformökonomie üblich ist, gerade nicht dazu führt, Menschen, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt nicht reüssieren können, sichere Perspektiven zu bieten. Anstelle von Arbeitsgelegenheiten, die mit einem akzeptablen Einkommen verbunden sind, entstehen in der Plattformökonomie vielfach **prekäre Jobs** mit ungewisser und in den meisten Fällen niedriger Entlohnung⁸⁸⁷, die

⁸⁸⁵ *Risak*, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung – Gesundheitsschutz – Emanzipation – Arbeitsmarktpolitik, ZAS 2015, 127 (128); siehe auch *Risak*, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, Momentum Quarterly 2016/2, 75.

⁸⁸⁶ *Castel*, Die Krise der Arbeit 168.

⁸⁸⁷ *Warter*, Crowdwork 356; siehe auch *Cherry*, Mindestlohn für Crowdarbeit? in *Benner* (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015) 231 (233f).

zusätzlich **oftmals als bloße Zuverdienstmöglichkeiten angesehen** werden. Will ein/eine Beschäftigte von der über Plattformen erbrachten Arbeit tatsächlich leben können, sind wohl vielfach **überlange Arbeitszeiten** oder **mehrere parallele Beschäftigungen** nötig.

7.3.2. Reproduktion gesellschaftlicher Ungleichheiten

Nicht zuletzt wirkt sich der Teilzeitcharakter vieler über Plattformen abgewickelter Tätigkeiten auch im Hinblick auf gesellschaftliche Ungleichheiten bzw. Ungleichbehandlungen aus. So ist eine Tätigkeit in der Plattformökonomie mit der ihr immanenten **hohen zeitlichen Flexibilität der Beschäftigten** wohl besonders für jene Menschen attraktiv, die aufgrund von abseits des Arbeitslebens bestehenden Pflichten ein höheres Interesse an flexiblen Arbeitszeiten haben oder für jene Menschen, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt nicht Fuß fassen können und daher auf die Möglichkeit der Leistungserbringung für Plattformen **angewiesen sind**. Aufgrund der nach wie vor ungleichen Verteilung von Reproduktionsarbeit wie etwa Kinderbetreuungspflichten in der Gesellschaft⁸⁸⁸ wird ersteres vielfach auf Frauen zutreffen. Aufgrund ihrer oftmals wenig anerkannten gesellschaftlichen Stellung und des Mangels an Möglichkeiten auf dem traditionellen Arbeitsmarkt ist die Plattformökonomie wohl auch für viele MigrantInnen eine attraktive Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen. Als Folge der Teilzeit-Tätigkeit erhalten die Beschäftigten jedoch niedrige Löhne, was ihre wenig privilegierte gesellschaftliche Stellung **weiter verfestigt**.

Daraus ergibt sich die Frage, welches gesellschaftliche Bild von Plattformbeschäftigten dadurch entsteht bzw. vorherrscht. Möglicherweise geht die **Überwälzung von Reproduktions- und Dienstleistungstätigkeiten auf Plattformbeschäftigte** auch mit einer **Abwertung der betreffenden Tätigkeiten** und der Personen, die sie ausüben, einher. So erinnert die Bewertung von plattformbasierter Arbeitserbringung meines Erachtens stark an die Heimarbeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts, die ebenfalls vielfach als Nebenerwerbstätigkeit angesehen und aus diesem Grund hauptsächlich **von Frauen ohne Ausbildung** ausgeübt und sehr niedrig entlohnt wurde.⁸⁸⁹ Auch während des vom Normalarbeitsverhältnis geprägten Fordismus arbeiteten Frauen in

⁸⁸⁸ Jürgens in Dörre/Sauer/Wittke, Kapitalismustheorie und Arbeit 277.

⁸⁸⁹ Siehe auch Warter, Crowdwork 206f.

wenig geschützten Berufen und in der Regel außerhalb von Normalarbeitsverhältnissen.⁸⁹⁰ In einer ähnlich wenig abgesicherten Situation befinden sich nun wohl jene Menschen, die – aus welchen Gründen auch immer – im Rahmen der Plattformökonomie tätig sind.

Insgesamt lässt sich also wohl feststellen, dass das Vordringen von plattformbasierter Dienstleistungserbringung „auf Knopfdruck“ zu einer **Entwertung⁸⁹¹ der durchgeführten Tätigkeiten und der sie erbringenden Personen** führt. Die mittels Plattformen angebotenen Dienstleistungen stammen, wie bereits im zweiten Kapitel erwähnt, zumindest zu einem Teil aus dem Bereich klassischer Reproduktionstätigkeiten, die früher wohl im Rahmen der Haushaltsführung (insbesondere von Frauen) selbst vorgenommen wurden.⁸⁹² Diese werden nun an DienstleisterInnen ausgelagert, was meines Erachtens den **Warencharakter der über Plattformen angebotenen Leistungen** verstärkt. Es liegt nahe anzunehmen, dass sich die beschriebene Tendenz in nachteiliger Weise auf den gesellschaftlichen Zusammenhalt insgesamt auswirken könnte.

7.4. Moderne „Schattenwirtschaft“ oder progressives Potential?

Das Vordringen von plattformbasiert ablaufender Dienstleistungserbringung in immer weitere Lebensbereiche wirft eine weitere gesellschaftspolitisch sehr relevante Fragestellung auf: Lassen Dienstleistungsplattformen eine Art **„Plattform-Arbeitsmarkt“** entstehen, auf dem etwa LenkerInnen, ZustellerInnen und Reinigungskräfte zu **schlechteren Bedingungen** arbeiten müssen als ihre KollegInnen in der traditionellen „analogen“ Wirtschaft? Stellt die Dienstleistungserbringung via Internetplattformen gar einen **Rückschritt** dar?

Zunächst erinnert die Kleinteiligkeit der Arbeit in der Plattformökonomie mit ihrem Fokus auf dem Abarbeiten einzelner, auf einander folgender kurzer Aufträge, tatsächlich an die bereits im zweiten Kapitel dargestellte **Produktionsweise des Taylorismus**.⁸⁹³ Bisher lässt sich jedoch ein weitgehendes **Fehlen von regulatorischen Maßnahmen** im Hinblick auf die Plattformökonomie feststellen, was den Eindruck des (zumindest vorgeblich)

⁸⁹⁰ *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft⁶ 22f.

⁸⁹¹ *Braverman*, Labour and Monopoly Capital² 319f.

⁸⁹² *Jürgens* in *Dörre/Sauer/Wittke*, Kapitalismustheorie und Arbeit 275f.

⁸⁹³ So auch *Cherry*, Beyond Misclassification – The Digital Transformation of Work, Comparative Labor Law & Policy Journal 2016, 577 (596).

innovativen und wirtschaftlich disruptiven Charakters der Plattformen im öffentlichen Bewusstsein weiter verstärkt. *Prassl*⁸⁹⁴ zufolge versuchten Plattformen einerseits, **volle Kontrolle über den Arbeitsprozess** zu behalten und wirtschaftlichen Erlös zu erzielen, andererseits **keine Verantwortung für die Arbeitenden** übernehmen zu müssen. Das sei der Grund, warum viele Plattformen betonen, VermittlerInnen zu sein anstatt ArbeitgeberInnen und daraus auch die Ableitung treffen, sie dürften nicht auf die gleiche Weise reguliert werden wie ihre MitbewerberInnen aus der traditionellen Wirtschaft.

Die von den Arbeitenden geforderte (und wohl grundsätzlich positiv zu bewertende) Flexibilität führe in diesem Zusammenhang und insbesondere aufgrund des Mangels an Perspektive auf auch künftige Beschäftigung zu einem **Zustand starker Unsicherheit** und gleichzeitig **verstärkter Unterordnung**, da die Arbeitenden sich zu jeder Zeit nach den zum Teil **durch Algorithmen automatisierten Vorgaben ihrer ArbeitgeberInnen** zu richten hätten, um beim nächsten Auftrag wieder zum Zug zu kommen.⁸⁹⁵

Mithilfe der oft gebrauchten Erzählung, die Arbeitenden seien Selbstständige, wollen viele Plattformen daher wohl **den aus dem Arbeitsrecht resultierenden Pflichten als ArbeitgeberInnen ausweichen**, was sich für die Plattformbeschäftigten nachteilig auswirkt. Aufgrund ihrer (scheinbaren) Eigenschaft als Selbstständige können die Plattformbeschäftigten auch keine Betriebsräte wählen und werden **von den ArbeitnehmerInnenorganisationen in der Regel nicht vertreten**.⁸⁹⁶ Das verschärft die prekäre Situation der Beschäftigten zusätzlich und lässt die Plattformen in einem zweifelhaften Licht erscheinen.

7.4.1. Fortschrittliche Aspekte des Plattform-Modells

Zugleich ist jedoch zu betonen, dass Plattformen auch eine **fortschrittliche Rolle** spielen könnten. Zunächst können sich im Vergleich zu traditionellen Arten der Dienstleistungsabwicklung **Vorteile für die KonsumentInnen** ergeben, etwa was

⁸⁹⁴ *Prassl*, Humans as a Service 95.

⁸⁹⁵ *Prassl*, Humans as a Service 107.

⁸⁹⁶ Zur Frage der betriebsrätlichen und gewerkschaftlichen Organisierung von CrowdworkeInnen siehe auch *Klebe*, Workers of the crowd unite? in *Benner* (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015) 277; *Schneller*, Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie, in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017).

Sicherheitsaspekte betrifft. In der Regel machen Plattformen die Person des/der DienstleistungserbringerIn bereits vor der Leistungserbringung transparent. Bei der Plattform Uber etwa wird bereits vor Fahrtantritt der Vorname und ein Foto des/der zugeteilten LenkerIn, einige Details zum Wagen und das Kennzeichen angezeigt.⁸⁹⁷ Derartige Maßnahmen erhöhen wohl zunächst das Sicherheitsgefühl vieler KundInnen – so scheint es etwa weit verbreitet zu sein, dass weibliche PassagierInnen spätabends oder nachts ungern alleine von in aller Regel anonymen männlichen TaxilenkerInnen nach Hause gebracht werden. Das Transparentmachen der Identität des/der LenkerIn könnte derartige Ängste reduzieren. Kommt es dennoch zu Straftaten, zu unangenehmen Situationen oder bloß zum Verlust persönlicher Gegenstände, können KundInnen im Nachhinein wohl auch tatsächlich leichter den/die konkrete LenkerIn ausfindig machen.⁸⁹⁸

Typisch für die hier behandelten Plattformen ist zudem, dass KundInnen für die in Anspruch genommenen Dienstleistungen **bargeldlos per Abbuchung vom Kreditkartenkonto** bezahlen. In aller Regel ist das Bezahlen per Kreditkarte alternativlos. Zwar sorgt die Möglichkeit, ausschließlich per Kreditkarte zu bezahlen, potentiell für einen Ausschluss von (in den meisten Fällen wohl auch weniger wohlhabenden) Personen ohne Kreditkarte von der Möglichkeit, die angebotenen Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen und soll wohl insbesondere dazu dienen, dass die finanzielle Transaktion zwangsläufig über die Plattform abgewickelt werden muss, sodass nicht „an der Plattform vorbei“ gearbeitet werden kann. Dennoch entbindet es die KundInnen davon, Bargeld bei sich zu führen oder in der Wohnung aufbewahren zu müssen, was im Hinblick auf den Aspekt der Sicherheit wohl als positiv anzusehen ist.

Ähnlich lässt sich meines Erachtens auch beim **Gebrauch von GPS-Technologie** argumentieren. Dass etwa bei der Transportdienstleistungsplattform Uber KundInnen bereits vor Fahrtantritt die vorgesehene und während der laufenden Fahrt auch die tatsächlich zurückgelegte Fahrtstrecke angezeigt wird, hilft bei der Orientierung und wirkt sich wohl auch positiv auf das Sicherheitsgefühl der KundInnen aus. Überdies wird der Eindruck, der/die LenkerIn wähle bewusst eine längere Route, wie das traditionellen TaxilenkerInnen

⁸⁹⁷ Siehe auch <https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (10.3.2017, 17:39).

⁸⁹⁸ Eigene Erfahrung mit der Nutzung des Dienstes Uber und der Uber-App zwischen November 2016 und August 2018, die einzelnen Fahrten inklusive des Vornamens und eines Fotos des/der LenkerIn können via App auch noch Monate später nachvollzogen werden.

mitunter unterstellt wird, vermieden. Nicht zuletzt trägt die in der Regel sehr einfache Handhabbarkeit der eingesetzten Apps zu einem niederschweligen Zugang zu den angebotenen Dienstleistungen bei. Auf Knopfdruck Beförderungsdienstleistungen anfordern, Speisen und Getränke bestellen oder die Durchführung einer Reinigungsdienstleistung vereinbaren zu können, **spart aus KundInnensicht Zeit und Nerven.**⁸⁹⁹

7.4.2. Staatliche Nutzung von Plattformen?

Doch auch **für die staatliche Verwaltung** oder kommunale Einrichtungen könnten Plattformen eine wichtige Rolle spielen. Dies insbesondere insofern, als sie wohl in der Regel über **große Mengen von auch für staatliche Stellen und die Öffentlichkeit relevanten Daten** verfügen. Diese betreffen nicht bloß die Beziehung zu ihren Beschäftigten, sondern reichen inhaltlich weit darüber hinaus. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass etwa die Transportdienstleistungsplattform Uber, will sie die LenkerInnen auf effiziente Weise via App durch die Stadt lotsen, über genaue Kenntnisse hinsichtlich der **schnellsten Verbindungswege** innerhalb ihrer räumlichen Tätigkeitsgebiete verfügt. Die von den LenkerInnen auf einer einzelnen Fahrt zurückgelegte Strecke sowie Uhrzeit, Datum und die zeitliche Dauer, die eine Fahrt in Anspruch nimmt, wird von Uber ebenfalls protokolliert und den KundInnen für eventuelle Beschwerden zugänglich gemacht. Aus diesen Daten ließe sich wohl (bei aller Problematik im Hinblick auf Fragen der Leistungskontrolle bei den LenkerInnen) etwa auf das Stauaufkommen auf bestimmten Routen in einer Stadt schließen.

Diese von den Plattformen in umfassender Weise erhobenen Daten könnten staatlichen Stellen durchaus dazu dienen, bestehende Defizite (etwa im Bereich der Verkehrspolitik) aufzuzeigen und **die öffentliche Infrastruktur zu verbessern**. Dazu müssten die erhobenen Daten jedoch für die Öffentlichkeit zugänglich werden und dürften nicht ausschließlich den wirtschaftlichen Interessen der Plattformen dienen. In anderen Bereichen, etwa für **Zwecke der korrekten Besteuerung**⁹⁰⁰ plattformbasiert arbeitender Unternehmen ist staatlicher Zugriff auf die erhobenen Daten ebenfalls relevant. Darüber

⁸⁹⁹ Eigene Erfahrung mit der Nutzung der Dienste Uber, Foodora und Book a Tiger zwischen November 2016 und August 2018.

⁹⁰⁰ Siehe auch *Oei/Ring*, Can Sharing be Taxed? Washington University Law Review 2016, 989 (1064f).

hinaus könnten die Plattformen auch beispielgebend für **eigene staatliche Projekte zur Datenerhebung** werden. Fast scheint es, als seien manche Bereiche der Öffentlichkeit mithilfe der sich aus der Tätigkeit von Plattformen ergebenden Effekten und den über Plattformen generierten Daten besser zu steuern und zu regeln, als das ohne Plattform-Modelle möglich wäre.

*Srnicek*⁹⁰¹ hält in diesem Zusammenhang fest, dass Staaten durchaus in der Lage wären, die Plattformen hinsichtlich ihrer Monopolisierungstendenz, der Umgehung des Arbeitsrechts, der Missachtung der Privatsphäre und der Steuervermeidung in die Schranken zu weisen und **die Plattformökonomie zu regulieren**. Darüber hinaus könnten Staaten sich jedoch auch am Modell des plattformbasierten Wirtschaftens orientieren und, anstelle der bloßen Regulierung im Privateigentum befindlicher Plattformen, **selbst Plattformen erschaffen**, die sich im öffentlichen Eigentum befinden und über die öffentlich zugängliche Güter und Dienstleistungen angeboten werden. Heute müsse es, so *Srnicek*, wohl darum gehen, **die Plattformen zu kollektivieren**.

7.4.3. Interessenausgleich in der Plattformökonomie

Tatsächlich bieten die Plattformen und insbesondere die dahinter stehende technische Infrastruktur meines Erachtens ein **enormes progressives Potential**. Handy-Apps, mit denen rasch und unkompliziert Beförderungsdienstleistungen angefordert oder Speisen und Getränke bestellt werden können, vereinfachen die Abwicklung von Prozessen der Dienstleistungserbringung und machen das Leben für KonsumentInnen zweifellos einfacher und bequemer. Bisher geschieht das jedoch vielfach **auf Kosten der für die Plattformen tätigen Menschen** und ihrer sozialen und rechtlichen Absicherung. Diese erbringen ihre Dienstleistungen im Rahmen der Plattform derzeit in vielen Fällen ohne vorhersehbare Arbeitszeit, kalkulierbaren Lohn, Urlaubsanspruch oder die Möglichkeit, im Krankheitsfall Entgeltfortzahlung zu erhalten, obwohl sie, wie im Rahmen der vorliegenden Arbeit gezeigt, regelmäßig als ArbeitnehmerInnen anzusehen sind. Naheliegender Weise haben Plattformen betreibende Unternehmen bei der Entwicklung technischer Neuerungen wohl auch nicht den sozialen Fortschritt oder die Verbesserung der öffentlichen Infrastruktur im Sinn, sondern **das Erzielen von Gewinnen**. Der Einsatz neuer oder fortschrittlicher

⁹⁰¹ *Srnicek*, Platform Capitalism 127f.

Technologie stellt dabei in einer im Moment von großer Technologiegläubigkeit geprägten Welt bloß einen **Marktvorteil** dar.

So ist auch *Prassl*⁹⁰² der Ansicht, die Vermeidung der Anwendbarkeit bestehender arbeitsrechtlicher Bestimmungen spiele eine zentrale Rolle in den Geschäftsmodellen vieler Plattformen. Würden die Plattformen dazu gebracht, geltende Bestimmungen einhalten zu müssen, stelle das möglicherweise eine **Bedrohung für die Profitabilität** der betreffenden Plattformen dar, was sich wiederum auf die Höhe der Unternehmensbewertungen auswirke. Zugleich betont *Prassl* jedoch, dass die wirtschaftlichen Konsequenzen, die eine korrekte arbeitsrechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse mit sich bringt, oftmals **bewusst übertrieben dargestellt** würden. Unternehmen könnten nur dort in einen fairen Wettbewerb mit einander treten, wo arbeitsrechtliche Bestimmungen für alle gleichermaßen Geltung hätten und auch durchgesetzt würden.

Wenn es also gelingt, nicht bloß auf die Interessen der die Plattformen betreibenden Unternehmen an wirtschaftlichem Erfolg und Marktmacht und auf das Interesse der KundInnen an rasch und einfach abgewickelten Dienstleistungen Rücksicht zu nehmen, sondern auch auf **das Interesse der Beschäftigten der Plattformen an abgesicherten Lebens- und Arbeitsverhältnissen**, kann die Abwicklung von Dienstleistungen mithilfe von Plattformen und den sich daraus ergebenden Netzwerk-Effekten meines Erachtens durchaus eine **Bereicherung für Wirtschaft und Gesellschaft** darstellen und außerdem den KonsumentInnen der angebotenen Dienstleistungen das Leben deutlich vereinfachen.

8. Ausblick

Die Abwicklung von Dienstleistungen über Internetplattformen wirft, wie in den vorherigen Kapiteln gezeigt, eine Reihe von rechtlich und gesellschaftspolitisch hoch relevanten Fragestellungen auf. Zunächst bildet das plattformbasierte Arbeiten eine **Herausforderung für das traditionelle Arbeitsrecht**. Dieses geht von einem Interessengegensatz zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn aus. Es trifft Regelungen

⁹⁰² *Prassl*, Humans as a Service 132.

für dieses zweipersonale Verhältnis vor dem Hintergrund des Normalarbeitsverhältnisses, das während der letzten Jahrzehnte zumindest für die männliche Bevölkerung bestimmend war, jedoch zunehmend von flexiblen und zum Teil auch prekären Formen der Arbeitserbringung abgelöst und in seiner Verbreitung zurückgedrängt wird (siehe dazu ausführlich im zweiten Kapitel). Auf diese Weise findet insgesamt eine **Risikoverlagerung von den ArbeitgeberInnen zu den ArbeitnehmerInnen** statt, von deren Fortschreiten meiner Ansicht nach im weiteren Verlauf des gesellschaftlichen Prozesses der Digitalisierung auszugehen ist. Die Leistungserbringung über die Zwischenschaltung von Internetplattformen bildet dabei wohl eine von mehreren Veränderungen in der Arbeitswelt der Gegenwart, in der der Gedanke der Risikoverlagerung deutlich zum Ausdruck kommt.

So arbeiten die Beschäftigten der Plattformökonomie in der Regel unter unsicheren und prekären Bedingungen. Sie sind etwa mit **unkalkulierbarem und niedrigem Verdienst** und (aufgrund ihrer vielfach fälschlichen Qualifikation als Selbstständige) dem **Fehlen von Ansprüchen auf Urlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** konfrontiert oder können bestehende Ansprüche gegenüber Plattformen wohl nur schwer durchsetzen. Mithilfe von Ratings, die laufend überprüft und bei Nicht-Erreichen bestimmter Mindestniveaus sogar die Basis für Sanktionen seitens der Plattform bilden, wird den Plattformbeschäftigten gegenüber eine **strikte Form der modernen Leistungskontrolle** durchgesetzt. Per GPS-Technologie kann von einigen Plattformen sogar jederzeit der aktuelle Standort eines/einer bestimmten Beschäftigten festgestellt werden. Die Beschäftigten und ihre Leistungserbringung werden also permanent kontrolliert, ihnen werden jedoch von ihren VertragspartnerInnen jene Vorzüge versagt, von denen traditionelle ArbeitnehmerInnen profitieren.

Daraus ergibt sich eine **Situation großer Schutzlosigkeit** für in der Plattformökonomie tätige Personen, der meines Erachtens auch rechtlich entgegen getreten werden muss. So erinnert die Situation der Plattformbeschäftigten heute an die prekären Lebensumstände der ArbeitnehmerInnen vor der, auf Druck der ArbeiterInnenbewegung und der Gewerkschaften zurückzuführenden, Schaffung des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherungssysteme.

Unter Zwischenschaltung der Plattformen findet die Erbringung von Dienstleistungen nun auch, anders als in traditionellen Arbeitsverhältnissen, deren Vorliegen

grundsätzlich auch den Anknüpfungspunkt für das österreichische Arbeitsrecht darstellt, im Rahmen eines **mehrpersonalen Vertragsverhältnisses** statt. Deshalb ist es naheliegend, davon auszugehen, dass große Teile des österreichischen Arbeitsrechts in der Plattformökonomie nicht zur Anwendung kommen. Das würde auch der angesprochenen Risikoverlagerung von den ArbeitgeberInnen zu den ArbeitnehmerInnen entsprechen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass zwischen den Plattformen und den für sie tätigen DienstleistungserbringerInnen **regelmäßig ein Arbeitsverhältnis** besteht (siehe dazu ausführlich die Qualifikation der Vertragsverhältnisse in den Kapiteln 3-5). Im mehrpersonalen Verhältnis erfolgt dies unter Einbeziehung der Plattform-KundInnen bzw EmpfängerInnen der Dienstleistung und in einigen Fällen ist auch vom **Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung** auszugehen.

Die Feststellung, dass es sich bei den Plattformbeschäftigten in vielen Fällen um ArbeitnehmerInnen handelt und die **Widerlegung des Narrativs** vieler Plattformen, bei den Arbeitenden handle es sich um selbstständige KleinstunternehmerInnen, ist eine wichtige **Grundbedingung**, um die Arbeitsbedingungen der Plattformbeschäftigten zu verbessern. Im Zusammenhang mit der in der Plattformökonomie üblichen **kleinteiligen Ergebniskontrolle**, die mithilfe digitaler Systeme zur laufenden Kontrolle des Arbeitsvollzugs selbst wird, liegt es nahe, **den Arbeitnehmerbegriff zu adaptieren**, um moderne Formen der Leistungserbringung wie jene der Plattformarbeit leichter fassen zu können. Dennoch ist es meines Erachtens **nicht ausreichend**, bloß die Frage des rechtlichen Status der Arbeitenden zu beantworten.

So wird in einigen Bereichen deutlich, dass die Regeln des traditionellen Arbeitsrechts nur schwer mit der Arbeitsrealität der Plattformbeschäftigten in Einklang gebracht werden können. Das betrifft Fragen der **Arbeitszeit** (siehe dazu Punkt 6.2.) ebenso wie jene der **Berechnung von Urlaubsansprüchen und deren Verbrauch**, der in natura nicht in allen Fällen möglich ist. Auch im Bereich der **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** (zu Fragen der Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankheit siehe Punkt 6.3.) und des **Gleichbehandlungsrechts** (siehe dazu Punkt 6.4.) ergeben sich besondere Problemstellungen. Zum Teil sind diese innerhalb der bestehenden Regeln des österreichischen Arbeitsrechts gut lösbar, jedoch ergeben sich mangels der Berücksichtigung des mehrpersonalen Rahmens der Dienstleistungserbringung im

bestehenden Arbeitsrecht **Schutzlücken**, denen wohl nur durch gesetzliche Anpassungen begegnet werden kann.

Meines Erachtens steht das Phänomen der plattformbasierten Arbeit noch am Anfang. Neben den im Zuge dieser Arbeit untersuchten Dienstleistungen aus dem Bereich der Personenbeförderung, der Essenzustellung und der Reinigung eignen sich wohl auch andere Arten von Dienstleistungen dazu, über Internetplattformen abgewickelt zu werden. Es ist kaum damit zu rechnen, dass Unternehmen auf die sich aus dem Einsatz von Internetplattformen ergebenden Netzwerk-Effekte und die Möglichkeit der Auslagerung nahezu aller Kostenfaktoren verzichten wollen, weshalb für die Zukunft wohl mit einer **Zunahme plattformbasierter Arbeitserbringung** gerechnet werden kann.

Die Politik und die Gesetzgebung sind daher gefordert, die **Schutzbedürftigkeit der Plattformbeschäftigten** anzuerkennen und tätig zu werden. Zwar wird die unter Zwischenschaltung von Dienstleistungsplattformen geleistete Arbeit ortsgebunden und damit im nationalen Rahmen erbracht. Angesichts der digitalen Dimension der Dienstleistungserbringung und der Tatsache, dass Internetplattformen in der Regel **transnational** agieren und einige der hinter in Österreich tätigen Internetplattformen stehenden Unternehmen nicht in Österreich ansässig sind, liegt es jedoch nahe, **Regelungen zumindest auf europäischer Ebene** zu treffen und arbeitsrechtliche Mindeststandards für Plattformbeschäftigte zu schaffen. *Risak*⁹⁰³ schlägt in diesem Zusammenhang die **Schaffung einer EU-Richtlinie zur Plattformarbeit**, deren Kern die widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Plattformbeschäftigten bildet, vor.

Indizien für das Bestehen von gesetzgeberischem Handlungsbedarf lassen sich wohl auch im Hinblick auf die **Frage der Verteilung der Marktmacht** finden. So gelingt es wenigen großen Internetplattformen, begleitet von der Erzählung, bestehende wirtschaftliche und juristische Regeln kämen für sie aufgrund ihrer Neuartigkeit und ihres disruptiven Charakters nicht zur Anwendung, mittlerweile großen wirtschaftlichen Einfluss zu entfalten und enorm hoch bewertet zu werden (siehe dazu ausführlich Kapitel 7). Insgesamt wird es somit **auch für KonsumentInnen immer schwieriger**, sich dem Einfluss

⁹⁰³ *Risak*, Fair Working Conditions for Platform Workers – Possible Regulatory Approaches at the EU Level (2018) 13f; *Lutz/Risak*, Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun? in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 252 (256).

der Internetplattformen zu entziehen. Das führt zu steigendem Druck auf traditionell wirtschaftende Unternehmen und ihre Beschäftigten, zeigt jedoch auch das **enorme wirtschaftliche Potential** der Plattformökonomie auf.

ArbeitnehmerInnen befinden sich insbesondere aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Zahlung eines regelmäßigen Entgelts in der Arbeitswelt strukturell in der schwächeren Position. Somit ist es aus meiner Sicht dringend geboten, bestehende rechtliche Regelungen, die den Schutz von ArbeitnehmerInnen verfolgen, auch auf Plattformbeschäftigte zur Anwendung zu bringen. Fehlen in manchen Bereichen entsprechende Regelungen, so sollten diese geschaffen werden. **Das Arbeitsrecht muss für diejenigen da sein, die es gerade am dringendsten brauchen.**

9. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

9.1. Einleitung und Begriffsdefinition

- Hinter Internetplattformen stehen oftmals international tätige Unternehmen, die es als vorteilhaft erleben, mithilfe des Plattform-Modells Arbeit und Ressourcen nicht im Unternehmen konzentrieren zu müssen, sondern durch Auslagerung vielfältiger Bereiche auf externe Ressourcen zugreifen zu können.
- Durch den Einsatz von Plattformen wird eine weitest mögliche Reduktion der Kosten für unproduktive Zeiten und die Überwälzung dieser auf die arbeitenden Personen angestrebt.
- Der Einsatz von digitalen Bewertungssystemen soll dafür sorgen, dass die Plattformen betreibenden Unternehmen trotz des hohen Grades an Auslagerung die Kontrolle über den Prozess der Dienstleistungserbringung behalten.
- Während viele Plattform-BetreiberInnen ihre Tätigkeit als eine vermittelnde ansehen, erscheint die Beziehung zwischen Plattform und jenen Personen, die die

angebotenen Dienstleistungen erbringen, deutlich enger und ist rechtlich bisher nicht abschließend geklärt.

- Das Phänomen der plattformbasierten Arbeit speist sich insbesondere aus Faktoren wie dem Sinken der Kaufkraft und dem Anstieg der Arbeitslosigkeit während der vergangenen Wirtschaftskrise.
- Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Krisensituation ist plattformbasiertes Arbeiten besonders für jene Menschen relevant, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt nicht reüssieren können und daher in besonderer Weise schutzlos sind.
- Die oftmals verwendeten Begriffe „Sharing Economy“ und „Collaborative Economy“ sind im Zusammenhang mit kommerziellen Internetplattformen geeignet, in die Irre zu führen und werden dem entgeltlichen Charakter der angebotenen Dienstleistungen und den die Plattformen betreibenden profitorientiert arbeitenden Unternehmen nicht gerecht.

9.2. Plattformarbeit als Phänomen des Kapitalismus im 21. Jahrhundert

- Der gegenwärtige gesellschaftliche Wandel und die rasante technologische Entwicklung führen zu einer rückläufigen Entwicklung im Hinblick auf das Normalarbeitsverhältnis und einer Zunahme atypischer Beschäftigungsverhältnisse sowie des Phänomens der Solo-Selbstständigkeit.
- In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit wird von der Wirtschaft die Selbstständigkeit als Alternative zur Normalarbeit propagiert, wobei sich diese neue Form der Selbstständigkeit deutlich vom klassischen Unternehmertum unterscheidet und mitunter prekäre Formen annimmt.
- In der modernen Arbeitswelt wird Kontrolle zunehmend nicht mehr durch unmittelbaren Zwang und direkte Überwachung ausgeübt, sondern durch Selbstüberwachung der Arbeitenden und das Implementieren von digitalen Bewertungssystemen und spieltypischen Elementen in den Arbeitsablauf hergestellt.

- Das System des Zukaufens externer Arbeitskraft in Form des Rückgriffs auf atypisch Beschäftigte und Solo-Selbstständige bei gleichzeitiger hoher Kontrolldichte knüpft an Gedanken des Taylorismus an und erinnert an die Form der Arbeitserbringung in der Frühphase des Kapitalismus.
- Im Hinblick auf die Bezahlung nach Auftrag, niedrige Löhne, die Abwesenheit regelmäßiger Arbeitszeiten, die Tendenz der Vereinzelung und den damit einhergehenden Schutz vor Ausbeutung ist die Stellung der in der Plattformökonomie arbeitenden Personen mit jener klassischer HeimarbeiterInnen vergleichbar.
- Viele der über Plattformen angebotenen Dienstleistungen stammen aus dem Bereich klassischer Reproduktionstätigkeiten, die nun aufgrund einer flexibler werdenden Arbeitswelt und sinkender Löhne zunehmend weniger im Rahmen der Haushaltsführung und insbesondere von Frauen durchgeführt, sondern ausgelagert werden.
- Die Entwicklungen in der modernen Arbeitswelt, insbesondere die Risikoverschiebung von den UnternehmerInnen zu den Arbeitenden führt zum Entstehen von Schutzlücken und neuen Herausforderungen für das Arbeitsrecht.

9.3. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Allgemeine Ausführungen

- Die im klassischen Arbeitsverhältnis typischerweise bestehende längerfristige Beziehung zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn wird in der Plattformökonomie durch eine andauernde Beziehung zwischen der Plattform und dem/der DienstleistungserbringerIn ersetzt.
- Die von den Plattformen eingesetzten Ratings und digitalen Bewertungssysteme lassen vom Bestehen einer persönlichen Leistungspflicht ausgehen, da die Individualisierung der Arbeitenden eine Grundvoraussetzung für ihre Bewertbarkeit bildet.

- Der Einsatz moderner Technologien wie Internet und GPS bildet das Herzstück der Plattformökonomie, da die Auftragsvergabe und die Interaktion mit der Plattform in der Regel auf digitalem Weg erfolgt. Neben der laufenden Kontrolle der Arbeitenden bei der Dienstleistungserbringung dient der Einsatz von Technologie auch zur genauen Steuerung des Arbeitsprozesses und der organisatorischen Eingliederung der Arbeitenden.
- Da die über Plattformen Arbeitenden üblicherweise in die jeweilige App eingeloggt sein müssen und andernfalls die Zuweisung von Aufträgen und die Leistungserbringung unmöglich sind, lässt sich davon sprechen, dass neben den physischen Ort der Leistungserbringung ein zweiter, digitaler Arbeitsort tritt, an dem die Arbeitenden in gleicher Weise „anwesend“ sein müssen, wie an einem traditionellen Arbeitsort.
- Der Aspekt der Kontrolle gelangt in der Plattformökonomie zu neuer Qualität, indem durch den Einsatz von Technologie in Echtzeit nachvollzogen werden kann, ob die Arbeitenden gerade mit der Abwicklung eines Auftrages beschäftigt oder arbeitsbereit sind und an welchem Standort sich die Arbeitenden gerade aufhalten. Zudem können die einzelnen Arbeitsschritte in zeitlicher und örtlicher Hinsicht vorgegeben werden, was den Arbeitenden kaum Gestaltungsspielraum bei der Leistungserbringung lässt.
- Da die Beziehung zwischen Plattform, DienstleistungserbringerIn und KundIn ein dreipersonales Verhältnis bildet und die typischen Aufgaben eines/einer ArbeitgeberIn mitunter zwischen der Plattform und dem/der KundIn aufgeteilt ist, kann unter Umständen Arbeitskräfteüberlassung vorliegen.
- Kommt ein Vertrag nicht zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn, sondern direkt zwischen DienstleistungserbringerIn und DienstleistungsempfängerIn zustande, kann aufgrund der Zwischenschaltung der Plattform unter Umständen Arbeitsvermittlung vorliegen.

9.4. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerIn – Fallbeispiele

Über:

- Im Hinblick auf den Fahrtendienst Uber liegt ein Dauerschuldverhältnis zwischen Plattform und LenkerIn für den Zeitraum von Einloggen in die App bis zum Ausloggen aus der App vor.
- Da Uber-LenkerInnen bei der Arbeit intensiver Fremdbestimmung, dichter Kontrolle und disziplinärer Verantwortlichkeit unterliegen, ist vom Bestehen persönlicher Abhängigkeit und bei jenen LenkerInnen, die in Österreich als Ein-Personen-Unternehmen agieren, vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zur Plattform auszugehen. Dieses dauert vom Einloggen in die App bis zum Ausloggen an, da während dieses Zeitraumes Fremdbestimmung und Kontrolle effektiv wirken.
- Wiederholtes Einloggen bildet eine Kette von Arbeitsverträgen. Diese kann zulässig sein, da nach der Rechtsprechung des OGH die Aneinanderreihung einzelner, auf bestimmte Zeit geschlossener Arbeitsverträge im Einzelfall durch besondere wirtschaftliche oder soziale Gründe gerechtfertigt wird, also eine vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten des/der ArbeitnehmerIn ausschlägt. Bestehende Flexibilitätsinteressen auf Seiten der ArbeitnehmerInnen können den wiederholten Abschluss befristeter Arbeitsverträge somit rechtfertigen.
- Sind für Uber tätige LenkerInnen bei Mietwagenunternehmen beschäftigt, so sind die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 Z 1-3 AÜG erfüllt und es ist somit vom Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.

Foodora:

- Für die Plattform Foodora tätigen KurierInnen wird eine Mindestzahl an Arbeitsstunden pro Monat vorgegeben, weshalb sie ihre vertragliche Verpflichtung nicht durch die Durchführung einzelner Zustellungen, sondern durch das Ableisten der vereinbarten Mindeststundenzahl erfüllen. Daher liegt ein Dauerschuldverhältnis

vor, ein allgemeines Vertretungsrecht oder Arbeit nach dem Konsensprinzip sind nicht vereinbart.

- Foodora-KurierInnen sind in beträchtlichem Maß in die Arbeitsorganisation des Unternehmens eingegliedert und ihr persönliches arbeitsbezogenes Verhalten ist stark determiniert, was sich in bestehenden Hierarchien ebenso zeigt wie in detaillierten Verhaltensanordnungen und laufender Kontrolle des Standorts und der Durchschnittsgeschwindigkeit via GPS. Zudem wird via App die Reihenfolge der zu setzenden Arbeitsschritte streng vorgegeben.
- Foodora-KurierInnen können über ihre Arbeitszeit nicht frei verfügen, da einerseits eine Mindestarbeitsverpflichtung besteht und andererseits die Zuteilung von Schichten durch die Plattform erfolgt. Zudem sind die KurierInnen verpflichtet, auch kurz vor Ende ihrer Schicht eintreffende Aufträge anzunehmen. Damit kann die Plattform über die KurierInnen in einer Art verfügen, wie das ArbeitgeberInnen typischerweise in Bezug auf ihre ArbeitnehmerInnen können.
- Die Zusammenschau von insbesondere starker organisatorischer Eingliederung, detaillierter Vorgaben bei der Dienstleistungserbringung, intensiver Kontrollmöglichkeiten und letztlich fremdbestimmter Arbeitszeit lässt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und KurierInnen annehmen, welches über die Leistung einzelner Schichten hinaus andauert.

Book a Tiger:

- Die in der Regel kurze Vertragsdauer zwischen Book a Tiger und den Reinigungskräften steht der Lehre und der Rechtsprechung zufolge dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht entgegen. Angesichts der Notwendigkeit der Absolvierung eines Auswahlverfahrens samt Bewerbungsgesprächs ist davon auszugehen, dass die Reinigungskräfte nicht bloß eine einzelne Leistung schuldeten, sondern das Verhältnis zwischen Reinigungskräften und Plattform auf eine länger andauernde Beziehung angelegt war (während des Verfassens der vorliegenden Arbeit stellte Book a Tiger den Betrieb in Österreich ein), weshalb Dauerschuldverhältnisse begründet wurden.

- Bei Book a Tiger lag rahmenvertraglich festgelegte Arbeit nach dem Bedarfs-Konsensprinzip im Rahmen eines Poolsystems vor. Derartige Vereinbarungen sind kritisch zu bewerten, da sie zu einer Überwälzung des Unternehmensrisikos auf die Arbeitenden führen können. Nach der Rechtsprechung des OGH sind derartige Modelle jedoch dann rechtlich zulässig, wenn eine im Rahmen des beweglichen Systems des Arbeitsrechts zu treffende Interessenabwägung zugunsten des/der Arbeitenden ausschlägt.
- Im Gegensatz zur Praxis der Plattformen Uber und Foodora stellte die App bei Book a Tiger bloß ein Kommunikationstool dar, die Arbeitszeit der Reinigungskräfte war nicht unvorhersehbar und Weisungen konnten während der Arbeitserbringung von der Plattform mangels räumlicher Nähe oder digital vermittelter Bindung nicht erteilt werden.
- Die Funktion als WeisungsgeberInnen wurde den für Book a Tiger tätigen Reinigungskräften gegenüber zu einem großen Teil von den KundInnen übernommen.
- Das undeutliche und zum Teil irreführende Kommunikationsverhalten, das die Plattform Book a Tiger den (potentiellen) KundInnen gegenüber auf ihrer Website bzw im Rahmen der Bestätigungs-E-mails setzte, muss bei durchschnittlichen KundInnen gemäß der im ABGB herrschenden Vertrauens- theorie den Eindruck entstehen lassen haben, einen Vertrag mit der Plattform geschlossen zu haben und die Reinigungskräfte seien GehilfInnen der Plattform. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die von den KundInnen vorgenommenen Weisungen an die Reinigungskräfte bloß der Konkretisierung der geschuldeten Leistung dienten und stellvertretend für die Plattform erteilt wurden.
- Bei der Anweisung von Reinigungskräften durch KundInnen ist zwischen jenen Fällen, in denen die KundInnen am Ort der Dienstleistungserbringung anwesend waren und unmittelbar in den Arbeitsprozess eingreifen konnten, und jenen Fällen, in denen sie abwesend waren und Weisungen nur implizit, etwa durch Bereitstellen bestimmter Reinigungsgeräte, erteilt wurden, zu unterscheiden.

- Zwar konnte im Fall von Book a Tiger die Plattform den Arbeitsablauf selbst nicht unmittelbar kontrollieren, das Recht zur Kontrolle wurde jedoch an die KundInnen delegiert. Zudem wurde eine längerfristige, von Abhängigkeit geprägte Beziehung zwischen den Reinigungskräften und der Plattform etabliert, weshalb vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Reinigungskräften und Plattform auszugehen ist.
- Das von *Prassl* entwickelte und von ihm gemeinsam mit *Risak* auf die Plattformökonomie angewandte funktionale Konzept des/der ArbeitgeberIn ermöglicht es, flexibel auf mehrpersonale Verhältnisse und die Aufspaltung von Abhängigkeiten zu reagieren. Die Anwendung des Konzepts auf das Fallbeispiel Book a Tiger führt in der überwiegenden Mehrheit der zu prüfenden Elemente zur Arbeitgeberbereienschaft der Plattform, weshalb im Umkehrschluss die Reinigungskräfte als ArbeitnehmerInnen angesehen werden können.
- Angesichts der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit der Reinigungskräfte den KundInnen gegenüber kann in einigen Fällen auch Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Die vorausgesetzte Eingliederung in einen fremden Betrieb kann auch im privaten Bereich erfüllt sein, sofern die Haushaltsführung in besonders organisierter Weise abläuft und etwa bestimmte Reinigungskräfte wiederholt gebucht werden und bei ihren wiederholt erbrachten Dienstleistungen auch nicht mehr eingewiesen oder angeleitet werden müssen.

9.5. Das Verhältnis zwischen Plattform und DienstleistungsempfängerInnen

- Angesichts der Entgegennahme von Kundenanfragen, deren Weiterleitung an die Arbeitenden, der Bestimmung des Preises der Dienstleistung, der Ausstellung von Rechnungen und der Gestaltung des gesamten Arbeitsprozesses lässt sich festhalten, dass die Aufgaben der Plattformen in der Regel weit über eine bloße Vermittlung von Dienstleistungen hinausgehen und die Plattformen vielmehr eine zentrale Rolle bei der Abwicklung der Dienstleistungen einnehmen, wie auch der EuGH in der Rs *Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.* festgehalten hat.

- In vielen Fällen findet seitens der Plattform keine Offenlegung statt, dass (angeblich) dritte Personen mit der Abwicklung der Dienstleistung beauftragt werden, was wohl damit zusammenhängt, dass die Zufriedenheit der KundInnen auf die Marke projiziert werden soll, anstatt den LeistungserbringerInnen selbst zugute zu kommen, während gleichzeitig das wirtschaftliche Risiko auf diese überwälzt wird.
- Oftmals wird von Plattformen im Zusammenhang mit dem Anbieten und der Erbringung der Dienstleistung ein Erklärungsverhalten gesetzt, angesichts dessen Dritte gemäß der herrschenden Vertrauens Theorie damit rechnen müssen, einen Vertrag mit der Plattform zu schließen, der die Erbringung der gesamten Dienstleistung zum Inhalt hat.
- Es ist davon auszugehen, dass die Plattformen selbst für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich sind und die Arbeitenden bloß zur Erfüllung der gegenüber den KundInnen eingegangenen Verpflichtungen benutzt werden.

9.6. Konsequenzen der rechtlichen Einordnung

Kollektivvertragliche Einordnung und Mindestlohn:

- Die Plattform Uber erbringt ihre Tätigkeit der gewerbsmäßigen Personenbeförderung im Rahmen des Mietwagengewerbes, da, obwohl die Abwicklung länger im Voraus geplanter Beförderungen nicht im Vordergrund steht, Anfangs- und Endpunkt der Beförderung im Vorhinein feststehen und das Entgelt ebenfalls bereits im Vorfeld der Fahrt bestimmt wird.
- Im Hinblick auf die für Uber tätigen LenkerInnen kommt daher der Kollektivvertrag für die Personentransportgewerbe zur Anwendung, der in der ab 1.1.2018 gültigen Fassung einen kollektivvertraglichen Mindestlohn von EUR 1235,00 brutto bei einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 45 Stunden vorsieht.
- Die Zustelltätigkeit von Foodora ist als freies Gewerbe „Botendienst“ einzustufen, jedoch werden die für Foodora tätigen KurierInnen vom Kollektivvertrag für ArbeiterInnen im Kleintransportgewerbe nicht erfasst, da die Zustellung

ausschließlich mittels Fahrrädern erfolgt und der Kollektivvertrag nur Zustellungen mittels Kfz erfasst.

- Mangels anwendbaren Kollektivvertrags fehlen für die Foodora-KurierInnen auch kollektivvertragliche Bestimmungen über die Lohnhöhe. Diese ist somit einzelvertraglich festzulegen, wobei sogar ein unangemessen niedriges Entgelt vereinbart werden kann. Die Grenze des Zulässigen bildet lediglich die Sittenwidrigkeit wegen Lohnwuchers gem § 879 Abs 1 ABGB.
- Da von Book a Tiger sowohl Reinigungsdienstleistungen in Privatwohnungen als auch in Büros und Geschäftsräumlichkeiten erbracht wurden, waren für die Tätigkeit von Book a Tiger sowohl das freie Gewerbe der Hausbetreuung (für Privatwohnungen) als auch das reglementierte Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung einschlägig.
- Für die Gewerbe der Hausbetreuung und der Denkmal-, Fassaden und Gebäudereinigung besteht ein einheitlicher Rahmen-Kollektivvertrag und eine separate Lohnvereinbarung, die Fragen des Mindestlohnes regelt. Dieser zufolge sind Reinigungskräfte, welche Hausbetreuungstätigkeiten leisten, in die Lohngruppe 6 einzuordnen, weshalb ihnen ein Bruttostundenlohn von zumindest EUR 9,11 gebührt. Werden Reinigungsarbeiten in gewerblich genutzten Räumlichkeiten durchgeführt, gebührt den Reinigungskräften ein Mindestlohn von EUR 8,68.

Arbeitszeit:

- Hinsichtlich Fragen der Arbeitszeit ergeben sich besondere Problemstellungen insbesondere aus dem Widerspruch zwischen den gesetzlichen Regeln über die Arbeitszeit, die die zeitliche Begrenzung der ökonomischen Verwertung der Arbeitskraft im Sinn haben, und der für die Plattformökonomie typischen großen zeitlichen Flexibilität der Arbeitenden.
- Grundsätzlich begann die Arbeitszeit der für Book a Tiger tätigen Reinigungskräfte mit dem Eintreffen am Ort der Dienstleistungserbringung zu laufen und endete nach Abschluss der Arbeiten mit dem Wegfallen von Weisungs- und

Kontrollmöglichkeiten. Wurden mehrere Dienstleistungen hintereinander erbracht und war die zwischen ihnen liegende Zeit so knapp bemessen, dass an eine selbstbestimmte Gestaltung dieser Zeit oder wenigstens des Weges zum nächsten Ort nicht zu denken war, ist vom Andauern des Arbeitsvertrages über die konkrete Reinigungsleistung hinaus auszugehen.

- Die Zeiten, während derer von für Uber tätige LenkerInnen auf das Eintreffen von Fahrtaufträgen gewartet wird, während derer sich die LenkerInnen also für das Eintreffen neuer Aufträge bereithalten, sind nicht mit den Stehzeiten von Taxi-LenkerInnen, die auf das geplante Eintreffen von Flugzeugen zum anschließenden Weitertransport der Fluggäste warten und die Wartezeit währenddessen zur freien Verfügung haben, vergleichbar. Solange Uber-LenkerInnen in der App eingeloggt sind, könnte vielmehr jederzeit ein Auftrag eintreffen, weshalb die Wartezeit nicht frei genutzt werden kann.
- Bei jenen Zeiten, die aufgrund der Rückkehrpflicht wartend in der Betriebsstätte verbracht werden, handelt es sich angesichts der Bestimmtheit des Aufenthaltsorts der LenkerInnen und der Notwendigkeit, bei Bedarf sofort die Arbeit aufzunehmen, also Aufträge anzunehmen und sich möglichst rasch zum Standort des Fahrgastes zu bewegen, um Zeiten der Arbeitsbereitschaft.
- Die Tätigkeit während Zeiten der Rückfahrt zur Betriebsstätte unterscheiden sich nicht von der Tätigkeit während der Erbringung einer Beförderungsdienstleistung, weshalb es sich bei diesen Zeiten nicht um Arbeitsbereitschaft, sondern um Vollarbeitszeit handelt.
- Die zumeist wohl äußerst kurzen Zeiten, während derer Foodora-KurierInnen auf das Eintreffen neuer Aufträge warten, sind aufgrund der Bestimmtheit des Aufenthaltsortes innerhalb des Liefergebietes und der geforderten „Anwesenheit“ in der App, sowie der Notwendigkeit, sich ständig einsatzbereit zu halten und rasch auf das Eintreffen neuer Aufträge zu reagieren, als Zeiten der Arbeitsbereitschaft anzusehen.
- Ein Charakteristikum der Plattformökonomie bildet die Möglichkeit der Arbeitenden, sich die Zeiten ihrer Leistungserbringung weitgehend selbst

einzuteilen, wobei die Lage der Arbeitszeit ausdrücklich oder nach Lehre und Rechtsprechung zumindest schlüssig vereinbart werden muss, sodass aus der tatsächlichen Übung idR auf den Willen der Vertragsparteien geschlossen werden kann.

- Wenngleich es im Hinblick auf die Plattform Foodora nahe liegt, die im Schichtplan eingetragenen, bestätigten und auf diese Art vereinbarten Zeiten als Normalarbeitszeit anzusehen, wird die bloße Eintragung und Bestätigung der Zeiten dem Schriftlichkeitsgebot gem § 19d Abs 2 AZG nicht gerecht. Aus diesem Grund ist auf die vereinbarte Mindestarbeitszeit als Normalarbeitszeit abzustellen, wobei darüber hinausgehende Zeiten als zuschlagspflichtige Mehrarbeitsstunden anzusehen sind.
- Bei Uber ist von einer konkludenten Vereinbarung zwischen Plattform und LenkerIn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auszugehen, die es den LenkerInnen beim Einloggen in die App erlaubt, die Dauer des Eingelogg-Bleibens und den Zeitpunkt des Ausloggens selbst zu wählen. Die zulässige Festlegung der Arbeitszeit durch die LenkerInnen entbindet die Plattform jedoch nicht von der Pflicht zur Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen, weshalb das Recht der LenkerInnen, Lage und Ausmaß der Arbeitszeit selbst zu bestimmen, bei Erreichen der gesetzlichen Arbeitszeithöchstgrenzen endet.
- Aus dem Umstand, dass die gesamte Zeit vom Einloggen in die App bis zum Ausloggen als Arbeitszeit in Form von Vollarbeitszeit bzw Arbeitsbereitschaft anzusehen ist, folgt, dass die Entlohnung der Uber-LenkerInnen nicht ausschließlich auf Basis der durchgeführten Fahraufträge erfolgen darf, weil durch eine solche Vorgehensweise das wirtschaftliche Risiko vollständig auf die LenkerInnen überwältzt wird.
- Bei der Plattform Book a Tiger ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung über das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit konkludent bei Vertragsschluss getroffen wurde, wobei einzelne, auf die Dauer der einzelnen Reinigungsaufträge befristete Arbeitsverträge geschlossen wurden.

- Zur Bestimmung des Stundenausmaßes, das ein/eine ArbeitnehmerIn in einer konkreten Woche im Falle eines entgeltfortzahlungspflichtigen Unterbleibens der Arbeitsleistung zu arbeiten gehabt hätte, erachtet die Rechtsprechung im Hinblick auf kürzere Vertragsverhältnisse den Durchschnitt der geleisteten Arbeitszeit im Zeitraum von 13 Wochen gem der §§ 6 Abs 4 UrlG bzw 3 Abs 4 EFZG als adäquat, weshalb dieser Zeitraum auch bei der Beurteilung der Arbeitszeiten in der Plattformökonomie heranzuziehen ist.
- Die Sicherstellung der Einhaltung von Arbeitszeit(höchst)grenzen und Ruhezeiten bildet in der Plattformökonomie vor allem ein praktisches Problem, wobei die von den Plattformen eingesetzten Apps und Algorithmen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle bei der Zeiterfassung, etwa durch das Einziehen automatischer Zeitschranken, spielen könnten.

Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankheit:

- Vom Begriff des Urlaubs ist sowohl die Freizeit als auch die Fortzahlung des Entgelts umfasst, weshalb die bloße „arbeitsfreie Zeit“, die eintritt, wenn sich Plattformbeschäftigte nicht zur Arbeit bereithalten, also etwa nicht in die jeweilige App einloggen, nicht mit einem Urlaubsverbrauch gleichgesetzt werden kann. Da in vielen Fällen jedoch Arbeitsverhältnisse vorliegen, haben Plattformbeschäftigte schon nach der EU-Arbeitszeitrichtlinie Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub.
- Bei Vorliegen durchgängiger Vertragsverhältnisse mit Mindestarbeitsverpflichtung, so etwa bei der Plattform Foodora, kann die Bekanntgabe eines Urlaubswunsches per Eintragung im Schichtplan erfolgen. Reagiert die Plattform auf diesen Urlaubswunsch nicht, kann dies als konkludente Zustimmung gewertet werden und eine Urlaubsvereinbarung kommt ebenso gültig zustande wie bei einer ausdrücklichen Zustimmung.
- Um das Ausmaß des verfügbaren Jahresurlaubs zu bemessen, ist festzustellen, wieviel von einem/einer bestimmten Plattformbeschäftigten in fünf bzw sechs Wochen durchschnittlich gearbeitet wird. Die Anzahl der gearbeiteten Tage entspricht der Anzahl der verfügbaren Urlaubstage.

- Liegen kurze, auf einander folgende Vertragsverhältnisse vor, so etwa bei den Plattformen Uber und Book a Tiger, so sind diese kurzen Vertragsverhältnisse zusammenzurechnen und urlaubsrechtlich als Einheit zu betrachten, sofern zwischen zwei Verträgen keine Unterbrechungen von mehr als drei Monaten liegen (§ 3 Abs 1 UrlG).
- Eine isolierte Betrachtung der einzelnen Vertragsverhältnisse führt dazu, dass entstandener Urlaub im aufrechten Vertragsverhältnis aufgrund dessen Kürze nicht in natura verbraucht werden kann, weshalb dieser zumindest durch Auszahlung einer aliquoten Urlaubersatzleistung bei der Beendigung des jeweiligen Vertrages finanziell abgegolten werden muss.
- Die einzige Möglichkeit, von der dem Urlaub immanenten Funktion der Erholung Gebrauch zu machen, besteht für die Beschäftigten somit darin, für eine bestimmte Zeit kein Vertragsverhältnis mit der Plattform abzuschließen. Daran zeigt sich somit deutlich, dass die Regelungen des Urlaubsrechts im Grunde auf lange andauernde, durchgängige Arbeitsverhältnisse ausgerichtet sind.
- Angesichts der mit den BauarbeiterInnen vergleichbaren Situation der Plattformbeschäftigten im Hinblick auf kurze Vertragsverhältnisse, längere Unterbrechungszeiten und den häufigen Wechsel des/der ArbeitgeberIn, erscheint die Errichtung einer mit der BUAK vergleichbaren eigenen Urlaubskasse und die Schaffung eines eigenen Sonderurlaubsrechts für Plattformbeschäftigte erstrebenswert.
- Im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sind die kurzen, befristeten Arbeitsverhältnisse der Plattformökonomie gem § 2 Abs 3 EFZG bei dem/der selben ArbeitgeberIn zusammenzurechnen, sofern zwischen den einzelnen Vertragsverhältnissen keine längere Unterbrechung als 60 Tage liegt.
- Plattformbeschäftigten kommt bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eine schlechtere Stellung im Vergleich mit traditionellen Beschäftigten zu, da die Begrenzung der möglichen Unterbrechungszeiten auf 60 Tage und der Möglichkeit der Zusammenrechnung von Zeiten nur bei dem/der selben ArbeitgeberIn der

Arbeitsrealität der Plattformbeschäftigten nicht gerecht wird und sie aufgrund häufiger Unterbrechungen und Arbeitgeberwechsel kaum von der Erhöhung des gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung über sechs Wochen hinaus profitieren können.

- Möglichkeiten zur Verbesserung der entgeltfortzahlungsrechtlichen Situation von Plattformbeschäftigten könnten sich aus der Erhöhung der Anzahl der möglichen Unterbrechungstage ebenso ergeben wie aus dem Anknüpfen an den insgesamt zurückgelegten Dienstjahren eines/einer ArbeitnehmerIn anstatt an der Zugehörigkeitsdauer zu einem bestimmten Betrieb.
- Im Hinblick auf die Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts ist in jenen Fällen, in denen ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorliegt, auf das durchschnittlich geleistete Arbeitsausmaß im Zeitraum von 13 Wochen abzustellen. Bei Vorliegen kurzer, befristeter Vertragsverhältnisse ist ein Krankenstand innerhalb der einzelnen Vertragsverhältnisse nicht möglich, weshalb Plattformbeschäftigte für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit das volle Risiko selbst zu tragen hätten. Diese Überwälzung des Risikos auf die Beschäftigten läuft wohl dem *telos* der gesetzlichen Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung zuwider, weshalb auch bei kurzen, befristeten Arbeitsverhältnissen das durchschnittlich geleistete Arbeitsausmaß im Zeitraum von 13 Wochen für die Berechnung der Höhe des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung herangezogen werden sollte.

Gleichbehandlungsrecht:

- Bei der Anwendung des Gleichbehandlungsrechts in der Plattformökonomie bestehen Herausforderungen insbesondere im mehrpersonalen Charakter der Vertragsverhältnisse und im Einsatz von digitalen Systemen wie Ratings und Algorithmen.
- Nutzen Plattformen ihre machtvollen Stellung bei der Zusammenführung von Plattformbeschäftigten und KundInnen dazu, bestimmten Beschäftigten, die TrägerInnen eines geschützten Merkmals sind, weniger oder schlechtere Arbeitsaufträge zuzuteilen, kann vom Vorliegen einer (unmittelbaren)

Ungleichbehandlung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden.

- Die Qualität der Dienstleistungserbringung wird von den KundInnen mithilfe von Ratings bewertet. Diese erschöpfen sich jedoch in der Regel in extrem kurzen Abläufen. Aus Sicht der Plattformen bilden die abgegebenen Ratings eine an die KundInnen ausgelagerte Form der Leistungskontrolle, auf die stark Bezug genommen wird. Bei zu niedrigen Ratings können Beschäftigten etwa temporäre Sperren auferlegt oder sie können überhaupt von der Plattform ausgeschlossen werden, was einer Kündigung gleichkommt.
- Als ArbeitgeberIn trifft die Plattform im Hinblick auf das Gleichbehandlungsrecht eine verschuldensunabhängige Haftung und eine Erfolgspflicht. Werden von KundInnen als Ausdruck der Missbilligung gegenüber der Person des/der DienstleistungserbringerIn, der/die TrägerIn eines geschützten Merkmals ist, niedrige Bewertungen vergeben, und stützt sich die Plattform in der Folge auf derartig zustande gekommene Ratings, so muss sich die Plattform mögliche Ungleichbehandlungen daher zurechnen lassen.
- In jenen Fällen, in denen eine Plattform sich ohne nähere Prüfung der Hintergründe ihres Zustandekommens auf KundInnenratings stützt und daraus Konsequenzen bis hin zur Verbannung der Beschäftigten von der Plattform ableitet, liegt daher eine Ungleichbehandlung vor und es könnten sich Schadenersatzansprüche gegen die Plattform ergeben.
- Dabei handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung, da nicht direkt an einem besonders geschützten Merkmal, sondern an einem scheinbar neutralen Merkmal, nämlich dem Durchschnitt der abgegebenen Ratings, angeknüpft wird. Für TrägerInnen geschützter Merkmale wirkt sich eine derartige Betrachtungsweise jedoch in besonders nachteiliger Weise aus.
- Bereits der Einsatz von Systemen, bei denen die KundInnen einheitliche Ratings auf kurzen Bewertungsskalen zur Messung der Qualität der Dienstleistungserbringung bzw der Zufriedenheit mit dem/der DienstleistungserbringerIn vornehmen, stellt wohl einen Akt mittelbarer

Diskriminierung dar. So ist zu befürchten, dass Angehörige bestimmter Gruppen von Menschen grundsätzlich und in größerem Umfang schlechtere Bewertungen bekommen könnten und die daraus resultierenden Folgen in besonderer Weise tragen müssten, als das bei Angehörigen einer privilegierten Gruppe der Fall wäre.

- Um zu erkennen, ob die stark reduzierte Form der Beurteilung zu einer Reproduktion gesellschaftlicher Vorurteile gegenüber bestimmten Gruppen von Menschen führt, die sich schließlich auch in der Personalpolitik der Plattform abbildet, müsste die Plattform einen systematischen Vergleich vieler abgegebener Ratings vornehmen.
- Im traditionellen Rahmen wären die in der Plattformökonomie üblichen Ratingsysteme, die wohl nicht nur eine Methode des KundInnenfeedbacks darstellen, sondern auch der Bewertung der Arbeitenden und der von ihnen erbrachten Leistung im Sinn haben, wohl als die Menschenwürde berührende Kontrollmaßnahmen oder technische Systeme zur Kontrolle der ArbeitnehmerInnen anzusehen und deshalb gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG betriebsvereinbarungspflichtig.
- KundInnen sind im stark auf das Verhältnis zwischen ArbeitnehmerIn und ArbeitgeberIn ausgerichteten Gleichbehandlungsrecht als Dritte anzusehen, gegen die lediglich mittels der Tatbestände der Belästigung und der sexuellen Belästigung vorgegangen werden kann. Ansprüche gegenüber der Plattform als ArbeitgeberIn bestehen nur dann, wenn diese ihrer Pflicht zur Schaffung angemessener Abhilfe nicht nachkommt.
- Da in der Plattformökonomie die Zusammenführung von LeistungserbringerIn und KundIn vielfach nicht durch dem/der ArbeitgeberIn zuzurechnende physische Personen, sondern automatisch durch vorab programmierte Algorithmen vorgenommen wird, kann angemessene Abhilfe wohl nur dadurch geleistet werden, dass Algorithmen insofern angepasst und umprogrammiert werden, als das Zusammentreffen von BelästigerIn und betroffener Person künftig verhindert wird.
- Eine Betrachtung der gleichbehandlungsrechtlichen Fragestellungen nach dem Konzept des/der funktionalen ArbeitgeberIn von *Prassl/Risak* würde dazu führen,

dass die KundInnen funktional als ArbeitgeberInnen anzusehen sind und daher schon primär zu AdressatInnen der Bestimmungen des GIBG würden.

- Liegt hinsichtlich einer mehrpersonalen Beziehung Arbeitskräfteüberlassung vor, können bei Fehlen angemessener Abhilfe Ansprüche wegen erfolgter Diskriminierungen nicht nur gegen die BeschäftigtenInnen, sondern auch gegen die ÜberlasserInnen gerichtet werden.
- Die Vertragsverhältnisse der Plattformökonomie unterscheiden sich im Hinblick auf den Aspekt der Mehrpersonalität nicht wesentlich von jenen Verhältnissen der Arbeitskräfteüberlassung, auf deren Regelung die Bestimmungen des AÜG abzielen. Aus diesem Grund erscheint eine analoge Anwendung des § 6a AÜG für den Bereich der Plattformökonomie, also selbst dann, wenn keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, denkbar.

9.7. Sozialpolitische Auswirkungen plattformbasierter Arbeit

- Internetplattformen werden von ihren BetreiberInnen als innovative und disruptive Startups positioniert, wobei nicht nur traditionelle DienstleistungsanbieterInnen, sondern auch gesetzliche Regelungen als Hindernis empfunden werden.
- Netzwerk-Effekte und Multihoming-Kosten sorgen für ein rasches Wachstum von plattformbasiert wirtschaftenden Unternehmen und verhindern zugleich den Wechsel von NutzerInnen zu konkurrierenden Plattformen. In diesem Zusammenhang werden oftmals große finanzielle Anstrengungen unternommen, um KundInnen zu gewinnen, zu halten und die Gesetzgebung zu beeinflussen.
- Digitale Ratings dienen, neben anderen Aufgaben, auch dazu, NutzerInnen an die Plattform zu binden, die „Treue“ zur Plattform zu belohnen und den Wechsel zu anderen Plattformen zu erschweren.
- Aufgrund von Netzwerk-Effekten und der damit verbundenen Eigenschaft von bereits stark frequentierten Plattformen, weitere NutzerInnen anzuziehen, entsteht in der Plattformökonomie die Tendenz zur Monopolisierung.

- Qualifizieren Plattformen ihre Beschäftigten nicht als ArbeitnehmerInnen, obwohl diesen Arbeitnehmereigenschaft zukommt und werden ihnen kollektivvertraglicher Mindestlohn, Urlaubsanspruch oder Ruhezeiten nicht in vollem Ausmaß gewährt, so handelt es sich um Lohn- und Sozialdumping nach dem LSD-BG.
- Für die Mehrheit der Plattformbeschäftigten bildet das Einkommen aus Plattformarbeit nicht die einzige Einnahmequelle, woraus sich jedoch nicht das Fehlen von Schutzwürdigkeit ableiten lässt.
- Das plattformbasierte Arbeiten führt dazu, dass Freizeit nicht mehr ausschließlich als Zeit zur persönlichen Entfaltung verstanden wird, sondern ebenfalls zur Erbringung von Arbeitsleistung genutzt werden soll, weshalb die Plattformökonomie zu einer Kommodifizierung der Freizeit führt.
- Die oftmals prekären Beschäftigungsverhältnisse der Plattformökonomie bilden besonders für jene Menschen eine Einnahmequelle, die auf dem traditionellen Arbeitsmarkt nicht reüssieren können, was gesellschaftliche Ungleichheiten weiter verstärkt und zu einer Entwertung der durchgeführten Tätigkeiten und der sie erbringenden Personen führt.
- Plattformen könnten auch eine fortschrittliche Rolle einnehmen, indem die von ihnen gesammelten Daten staatlichen Stellen und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, um zB Defizite in der öffentlichen Infrastruktur zu verbessern. Staaten könnten sich auch am Modell des plattformbasierten Wirtschaftens orientieren und selbst Plattformen erschaffen, über die öffentlich zugängliche Güter und Dienstleistungen angeboten werden.

9.8. Ausblick

- Da die in der Plattformökonomie übliche kleinteiligen Ergebniskontrolle mithilfe digitaler Systeme zur laufenden Kontrolle des Arbeitsvollzugs selbst wird, liegt es nahe, den Arbeitnehmerbegriff zu adaptieren, um moderne Formen der Leistungserbringung wie jene der Plattformarbeit leichter fassen zu können, wenngleich es nicht ausreichend ist, lediglich die Frage nach dem arbeitsrechtlichen Status der Beschäftigten zu beantworten.

- Den sich in den Bereichen der Arbeitszeit, des Urlaubs- und des Gleichbehandlungsrechts sowie der Entgeltfortzahlung ergebenden Schutzlücken und den sich aus der Frage der Verteilung von Marktmacht ergebenden Problemstellungen sollte durch gesetzliche Anpassungen begegnet werden.
- Angesichts der transnational agierenden und zum Teil auch gar nicht in Österreich ansässigen Plattformen sollten auf europäischer Ebene gesetzliche Regelungen getroffen und arbeitsrechtliche Mindeststandards für Plattformbeschäftigte geschaffen werden. *Risak* schlägt in diesem Zusammenhang die widerlegliche Vermutung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses zwischen Plattform und Beschäftigten vor.

Quellenverzeichnis

Literatur

Arribas/Steible/De Bondt, Cost of Non-Europe in the sharing economy: legal aspects, Bericht des European Institute of Public Administration (2016).

Balla, Transportdienstleistungen: UBER in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 106.

Bartik/Lutter/Antalovski, The Big Transformers: Sharing- und On-Demand-Economy auf dem Vormarsch, Studie im Auftrag der Stadt Wien (2015).

Bauman/Lyon, Daten, Drohnen, Disziplin – ein Gespräch über flüchtige Überwachung³ (2014).

Beck, Schöne neue Arbeitswelt² (2016).

Becker, Automatisierung und Ausbeutung – Was wird aus der Arbeit im digitalen Kapitalismus? (2017).

Benner (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015).

Boes/Kämpf, Informatisierung als Produktivkraft – Der informatisierte Produktionsmodus als Basis einer neuen Phase des Kapitalismus, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012) 316.

Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen – noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016, 750.

Braverman, Labour and Monopoly Capital² (1998).

Brodil/Dullinger, Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2017, 4.

Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen⁸ (2017).

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016).

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe (2017).

Candeias, Gramscianische Konstellationen, in *Merken/Rego Diaz*, Mit Gramsci arbeiten – Texte zur politisch-praktischen Aneignung Antonio Gramscis (2007) 15.

Castel, Die Krise der Arbeit (2011).

Cherry, Beyond Misclassification – The Digital Transformation of Work, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2016, 577.

Cherry, Mindestlohn für Crowdarbeit? in *Benner* (Hg), *Crowdwork – Zurück in die Zukunft?* (2015) 231.

Cherry, The Gamification of Work, *Hofstra Law Review* 2012, 851.

Choudary, Platform Scale – How a new breed of startups is building large empires (2016).

Dörre/Sauer/Wittke (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012).

Dullinger, Essenzzustellung: Foodora in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 186.

Dyer-Witthford, Cyber-Proletariat – Global labour in the digital vortex (2015).

Engels, Die Lage der arbeitenden Klasse in England² (1892/2016).

Engels, Die Bauernfrage in Frankreich und Deutschland, in *Verlag Progress* (Hg), Marx und Engels – ausgewählte Werke (1976) 650.

Foodora, Riders Guide, digitale Broschüre.

Foodora, Hinweise zur Abrechnung, Infoblatt für neue KurierInnen.

Gaebel, Die Heimarbeit – das jüngste Problem des Arbeiterschutzes (1913).

Gerhartl, Was zählt als Arbeitszeit? *ecolex* 2015, 693.

Goudin, The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy, Studie des European Parliament Research Service (2016).

Grömling, Digitalisierung – eine Quelle unsichtbaren Wohlstands? *Wirtschaftspolitische Blätter* 2016, 387.

Han, Psychopolitik – Neoliberalismus und die neuen Machttechniken (2016).

Heiling/Kuba, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2016/2, 13.

Heiling/Kuba, Die Ökonomie der Plattform, in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 28.

Heiling/Kuba, Crowdwork und plattformbasierte Arbeit, in *Kuba* (Hg), Überall ist Zukunft (2018) 106.

Herr, Riding in the Gig-Economy: An in-depth study of a branch in the app-based on-demand food delivery industry (2017).

Himpele, Von der Share zur fair Economy, Kurswechsel 2016/2, 23.

Hobsbawm, Industrie und Empire 2 – Britische Wirtschaftsgeschichte seit 1750³ (1972).

Holst, Die Konjunktur der Flexibilität – Zu den Temporalstrukturen im Gegenwartskapitalismus, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012) 222.

Hopf, Belästigung in der Arbeitswelt, in FS Bauer / Maier / Petrag (2004) 147.

Huws, Labor in the Global Digital Economy (2014).

Huws/Joyce, Österreichs Crowdworkszene, Studie im Auftrag der University of Hertfordshire, Ipsos MORI, der Foundation for European Progressive Studies, UNI-Europa und der Arbeiterkammer Wien (2016).

IG Metall et al, Frankfurter Erklärung zu plattformbasierter Arbeit – Vorschläge für Plattformbetreiber, Kunden, politische Entscheidungsträger, Beschäftigte und Arbeitnehmerorganisationen (2016).

Jöst/Risak, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97.

Jürgens, Arbeit und Reproduktion, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hg), Kapitalismustheorie und Arbeit – Neue Ansätze soziologischer Kritik (2012) 273.

Kallab, Zur Abgrenzung Werkvertrag – Arbeitskräfteüberlassung, DRdA-infas 2015, 219.

Karl, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in *Tomandl/Risak* (Hg), Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit? (2016) 85.

Karl, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277.

Kietaibl, Arbeitsrecht I – Gestalter und Gestaltungsmittel¹⁰ (2017).

Klebe, Workers of the crowd unite? in *Benner* (Hg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2015) 277.

Knittler, Atypische Beschäftigung im Jahr 2015 und im Verlauf der Wirtschaftskrise, Statistische Nachrichten 2016, 416.

Kozak, Aktuelle Fragen der Gleichbehandlung, in *Brodil* (Hg), 20 Jahre EU-Beitritt (2016) 1.

Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014).

Kuba (Hg), Überall ist Zukunft (2018).

Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdwork (2013).

Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017).

Lutz/Risak (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017).

Lutz/Risak, Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun? in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 252.

Mahr/Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016, 398.

Marx, Das Kapital² (1932/2009).

Marx/Engels, Manifest der Kommunistischen Partei in Verlag Progress (Hg), Marx und Engels – ausgewählte Werke (1976) 29.

Mazal, Vereinbarung über die Arbeitszeit, ZAS 2011, 134.

Mazal, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005, 244.

Mazal, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung, in FS Krejci (2001) 1589.

Mazal, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag? ecolex 1997, 277.

Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit Teil I, ZAS 1992, 109.

Merkens/Rego Diaz, Mit Gramsci arbeiten – Texte zur politisch-praktischen Aneignung Antonio Gramscis (2007).

Moazed/Johnson, Modern Monopolies – What it takes to dominate the 21st-century economy (2016).

Müller, Dienstvertrag oder Werkvertrag? – Überblick über die Rechtsprechung des VwGH zu § 4 ASVG, Das Recht der Arbeit 2010, 367.

Nachbagauer, Jenseits der Normalarbeit, in *Pacic*, Atypische Beschäftigung (2016) 1.

Nachtwey, Die Abstiegs-gesellschaft – Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne⁶ (2017).

OECD, New forms of work in the digital economy (2016).

Oei/Ring, Can Sharing be Taxed? Washington University Law Review 2016, 989.

Pacic (Hg), Atypische Beschäftigung (2016).

Parker/Van Alstyne/Choudary, Platform Revolution (2016).

Persole/Urzi Brancati/Fernández-Macías/Biagi/González Vázquez, Platform Workers in Europe, JRC Science for Policy Report (2018) 15.

Piketty, Das Kapital im 21. Jahrhundert² (2014).

Prassl, Humans as a Service (2018).

Prassl/Risak, Uber, Taskrabbit & Co: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal 2016, 618.

Prassl, The concept of the employer (2015).

Rebhahn/Schörghofer, Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung im Lichte des Urteils Vicoplus, wbl 2012, 372.

Reisinger, Der Begriff der Arbeitsvermittlung im AMFG, Das Recht der Arbeit 2013, 276.

Rifkin, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft – Das Internet der Dinge, kollaboratives Gemeingut und der Rückzug des Kapitalismus (2014).

Risak, Fair Working Conditions for Platform Workers – Possible Regulatory Approaches at the EU Level (2018) 5.

Risak, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017/1, 12.

Risak, (Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 44.

Risak, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, *Momentum Quarterly* 2016/2, 75.

Risak, What's law got to do with it? (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, *Kurswechsel* 2016/2, 32.

Risak, Crowdwork – Erste rechtliche Annäherungen an eine „neue“ Arbeitsform, *ZAS* 2015, 11.

Risak, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung – Gesundheitsschutz – Emanzipation – Arbeitsmarktpolitik, *ZAS* 2015, 127.

Risak, Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung, *DRdA* 2014, 346. (= Glosse zu OGH 28.10.2013, 8 Ob A 50/13f)

Risak, Die Begründung des Dienstverhältnisses und sonstige Gleichbehandlungsfragen bei älteren Arbeitnehmer_innen, *ZAS* 2014, 124.

Risak, Innovative Entlohnungsmodelle – Systematisierung und betriebliche Mitbestimmung, *ZAS* 2009, 140.

Rische/Vöpel, Die Neuvermessung der Welt: Grundprinzipien und Konsequenzen der Digitalökonomie, *Wirtschaftspolitische Blätter* 2016, 275.

Scherrer, Hegemonie: empirisch fassbar? in *Merken/Rego Diaz*, Mit Gramsci arbeiten – Texte zur politisch-praktischen Aneignung Antonio Gramscis (2007) 71.

Schiechtel, Arbeitsrechtliche Probleme der Gelegenheitsarbeit, *JAS* 2017, 109.

Schindler, Umgehungsfallen und –verlockungen im AÜG, in *Brodil* (Hg), Diener fremder Herren (2016) 81.

Schneller, Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie, in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017).

Schörghofer, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung durch Gehilfen, *ecolex* 2015, 588.

Schörghofer, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung (2015).

Schörghofer, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336.

Schumich, Sharing Economy: Immense Marktbewertungen, in *Kuba* (Hg), Überall ist Zukunft (2018) 90.

Schumich, Sharing Economy – Die Ökonomie des Teilens aus Sicht der ArbeitnehmerInnen (2016).

Schweighofer, Zur Befreiung des Menschen von mühevoller Arbeit und Plage durch Maschinen, Roboter und Computer – Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitsmärkte, Wirtschaft und Gesellschaft 2016, 219.

Sennet, Der flexible Mensch⁵ (2000).

Simanowski, Data Love (2014).

Slee, Deins ist meins – Die unbequemen Wahrheiten der Sharing Economy (2016).

Spermann, Industrie 4.0 = mehr Roboter = das Ende von Routinejobs? Wirtschaftspolitische Blätter 2016, 335.

Srnicek, Platform Capitalism (2017).

Standing, The Corruption of Capitalism – Why rentiers thrive and work does not pay (2016).

Sтары (Hg), Digitalisierung der Arbeit – Arbeit 4.0, Sharing Economy und Plattform-Kooperativismus (2016).

Sturm, Richtlinienumsetzung im neuen Gleichbehandlungsgesetz und Gleichbehandlungskommissions-/Gleichbehandlungsanwaltschaftsgesetz, DRdA 2004, 574.

Strube, „Unused value is wasted value“ – Von der Sharing Economy zur Gig Economy, in *Sтары* (Hg), Digitalisierung der Arbeit – Arbeit 4.0, Sharing Economy und Plattform-Kooperativismus (2016) 52.

Warner, Crowdwork (2016).

Warner, Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger, in *Lutz/Risak* (Hg), Arbeit in der Gig-Economy – Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in der Crowd und Cloud (2017) 150.

Watzinger, Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht (2016).

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015).

Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II – Sachprobleme¹⁰ (2017).

Windisch-Graetz, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung, ZAS 2004, 58.

Wirtschaftskammer Österreich, Fact-Sheet EPU (2016).

Kommentare

*Drs in ZellKomm*³ § 2 EFZG.

Grillberger in Grillberger, AZG³ § 2.

Felten in Grillberger, AZG³ § 19c.

Felten in Grillberger, AZG³ § 19d.

Krejci in Rummel, ABGB³ §§ 1151. 1152.

Kletečka in Rebhahn, GIBG § 12.

*Mosler in ZellKomm*³ §§ 19c, 19d AZG.

*Neumayr in ZellKomm*³ § 51 ASGG.

*Pfeil in ZellKomm*³ §§ 1, 2, 23 AZG.

Posch in Rebhahn, GIBG §§ 6-7.

*Rebhahn in ZellKomm*² §§ 1151, 1152 ABGB.

Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151.

Rebhahn in Rebhahn, GIBG §§ 1, 3, 5.

Sacherer in Sacherer/Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz² § 4.

*Schindler in ZellKomm*³ §§ 2-4, 6a AÜG.

Schrank, Arbeitszeitgesetze³ §§ 2, 5, 19c, 19d, 20a, 20b AZG.

Windisch-Graetz in Rebhahn, GIBG §§ 17, 19.

*Windisch-Graetz in ZellKomm*³ §§ 1, 3, 5-7, 9, 17 GIBG.

Gesetze, nationale Verordnungen und Rechtsquellen der EU

ABGB BGBl I 2017/59.

AMFG BGBl I 2013/71.

AngG BGBl I 2017/153.

ArbVG BGBl I 2017/104.

ARG BGBl I 2018/53.

AschG BGBl I 2017/126.

ASGG BGBl I 2016/44.

ASVG BGBl I 2017/131.

AuslBG BGBl I 2017/66.

AÜG BGBl I 2017/38.

AZG BGBl I 2018/53.

AZG BGBl I 2017/127.

BUAG BGBl I 2017/114.

DNHG BGBl I 1983/169.

EFZG BGBl I 2017/153.

GIBG BGBl I 2017/40.

GelverkG BGBl I 2017/3.

GewO BGBl I 2017/107.

GütbefG BGBl I 2017/62.

Heimarbeitsgesetz 1960 BGBl I 2017/40.

Kraftfahrgesetz BGBl I 2017/40.

Landarbeitsgesetz BGBl I 2017/153.

LSD-BG BGBl I 2018/32.

Meldepflicht-Änderungsgesetz BGBl I 2015/79.

StVO BGBl I 2017/68.

UrlG BGBl I 2013/3.

Mindestlohntarif für HausbetreuerInnen BGBl II 2017/317.

Wiener Taxi-Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung LGBl 2011/36.

RL 1996/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18.

RL 1999/70/EG des Rates vom 28.7.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl L 1999/175.

RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl L 299/9.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zum Thema „Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft“, COM 356/2016.

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Auswirkungen der Digitalisierung auf die Dienstleistungsbranche und die Beschäftigung im Rahmen des industriellen Wandels“ (Sondierungsstellungnahme), OJ-C 013/2016.

Stellungnahme des Ausschusses der Regionen zum Thema „Die lokale und regionale Dimension der Wirtschaft des Teilens“, CDR 2698/2015.

Gesetzesmaterialien

ErlRV 307 BlgNR XXII. GP

ErlRV 1903 BlgNR XXIV. GP

ErlRV 1111 BlgNR XXV. GP

Judikatur des OGH

OGH 13.06.2017, 10 ObS 54/17i, ARD 6560/10/2017 = wbl 2017, 529/167 = RdW 2017, 708 = DRdA-infas 2017, 294 = ecolex 2017, 1097.

OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x, ARD 6511/6/2016 = ZAS-Judikatur 2016/82 = DRdA-infas 2016, 262 = wbl 2016, 644 = ecolex 2016, 905 (*Windisch-Graetz*) = Arb 13.323 = DRdA 2017, 121 (*Reiner*) = ZAS 2017, 114 (*Schrank*, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 25.08.2014, 8 ObA 7/14h, ARD 6420/8/2014 = wbl 2014, 709 = RdW 2014, 725 = ZAS-Judikatur 2015/3 = ecolex 2015, 59 = DRdA-infas 2015, 14 = Arb 13.166 = ZAS 2015, 278 (*Sacherer*) = ZAS 2017, 127 (*Tinhofer*).

OGH 25.06.2014, 9 ObA 2/14f, ARD 6410/12/2014 = wbl 2014, 218 = RdW 2014, 602 = ZAS 2015, 91 (*Krömer*) = ecolex 2014, 1086 = Arb 13.157 = DRdA-infas 2015, 39 (*Wolf*, Rechtsprechungsübersicht) = ZAS 2015, 113 (*Schrank*, Rechtsprechungsübersicht) = ZAS 2016, 107 (*Körber-Risak*).

OGH 28.04.2014, 8 Ob A 13/14s, ARD 6407/6/2014 = wbl 2014, 523/177 = DRdA 2014, 595 = infas 2014, 222/A79.

OGH 24.03.2014, 8 ObA 82/13m, ecolex 2014, 631.

OGH 27.02.2014, 8 ObA 8/14f.

OGH 26.02.2014, 9 ObA 154/13g.

OGH 19.12.2013, 9 ObA 153/13k, ecolex 2014, 455 = ZAS 2015, 244 (*Tomandl*).

OGH 26.11.2013, 9 ObA 141/13w, ARD 6386/8/2014 = infas 2014, 106/A40 = ZAS 2014, 234 (*Mosing*) = DRdA 2014, 441 = ZAS-Judikatur 2014/22 = ecolex 2014, 367.

OGH 28.10.2013, 8 ObA 61/13y, ARD 6387/7/2014 = ARD 6388/12/2014 = wbl 2014, 159/52 = RdW 2014, 207 = infas 2014, 111/A42 = DRdA 2014, 256 = RdW 2014, 285 = DRdA 2014, 420/41 (*Schindler*) = ZAS-Judikatur 2014/20 = Arb 13.124.

OGH 28.10.2013, 8 ObA 50/13f, ARD 6382/9/2014 = wbl 2014, 157/51 = RdW 2014, 146 = infas 2014, 93/A31 = DRdA 2014, 256 = DRdA 2014, 346/34 (*Risak*) = ZAS-Judikatur 2014/21 = ZAS 2014, 316 (*Ogriseg*).

OGH 27.06.2013, 8 ObA 32/13h, ARD 6346/5/2013 = RdW 2013, 511 (Info aktuell) = 2013, 902 = wbl 2013, 651/236 = RdW 2013, 614 = EvBl 2013, 1076 = DRdA 2014, 66 = infas 2014, 19/A7 = DRdA 2014, 221/16 (*Burger*) = Arb 13.109.

OGH 28.06.2012, 8 ObA 31/12k, ASoK 2013, 101 (*Geiblinger*).

OGH 30.04.2012, 9 ObA 47/11v, ARD 6241/2/2012 = wbl 2012, 462/173 = ecolex 2012, 718 = RdW 2012, 423 = EvBl-LS 2012/140 = DRdA 2012, 620 = infas 2012, 167/A59 = Arb 13.053 = ZAS 2013,114 (*Oberhofer*, tabellarische Übersicht).

OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a.

OGH 26.05.2010, 9 ObA 34/10f, ecolex 2010, 791 = ARD 6076/5/2010 = ZAS-Judikatur 2010/117 = wbl 2010, 592/222 = DRdA 2010, 513 = infas 2010, 188/A75 = RdW 2011, 34 = Arb 12.897.

OGH 15.12.2009, 9 ObA 6/09m, ARD 6043/5/2010 = wbl 2010, 359/139 = ZAS-Judikatur 2010/66 = infas 2010, 93/A34 = DRdA 2010, 425 = Arb 12.862 = RdW 2010/450, 410 = ZAS 2011, 123 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = DRdA 2011, 536 (*Schindler*).

OGH 23.04.2009, 8 ObA 11/09i, ASoK 2010, 140 (*Gerhartl*) = RdW 2009, 491 = ecolex 2009, 617 = EvBl-LS 2009/105 = ARD 5975/1/2009 = ZAS-Judikatur 2009/85 = AnwBl 2009, 427 = DRdA 2009, 535 = ZAS 2010, 125 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = Arb 12.810 = ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = infas 2009, 158/A57 = SZ 2009/54.

OGH 24.02.2009, 9 ObA 122/07t, RdW 2009, 493 = ecolex 2009, 428 = infas 2009, 116/A42 = ARD 5975/4/2009 = ZAS-Judikatur 2009/86 = DRdA 2009, 428 = RZ 2009, 195 EÜ 282 = ZAS 2010, 228 (*Melzer-Azodanloo*) = Arb 12.797 = ZVR 2010, 79 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = DRdA 2011, 36/3 (*Rebhahn*) - DRdA 2011/3 = ZAS 2017, 140 (*Mazal*).

OGH 02.09.2008, 8 ObA 59/08x, ARD 5922/5/2008 = Jus-Extra OGH-Z 4554 = EF-Z 2009, 67 = ZAS-Judikatur 2009/5 (*Reiner*) = DRdA 2009, 150 = RdW 2009, 291 = ecolex 2009, 69 = ZAS 2009, 231 (*Enzelsberger*) = infas 2009, 17/A7 = Arb 12.770 = DRdA 2010, 243/19 (*Thomasberger*) = ZVR 2009,75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht).

OGH 10.07.2008, 8 ObA 55/07g, *Peschek/Unterrieder*, ecolex 2008, 988 = ecolex 2008, 1043 = ARD 5919/3/2008 = ZAS-Judikatur 2008/175 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = RdW 2009, 40 = Arb 12.759.

OGH 05.06.2008, 9 ObA 18/08z, wbl 2008, 543/254 = EvBl-LS 2008/17 = ecolex 2008, 946 = ZAS-Judikatur 2008/145 = DRdA 2008, 527 = infas 2008, 196/A84 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = ARD 5968/1/2009 = Arb 12.751 = ZAS 2009, 288 (*Krömer*) = RdW 2009, 593 (*Kulmer*) = SZ 2008/77.

OGH 07.02.2008, 9 ObA 2/08x.

OGH 19.12.2007, 9 ObA 125/07h, ÖGZ 2008, 58 = ZAS-Judikatur 2008/80 = ecolex 2008, 458 = infas 2008, 137/A59 = DRdA 2008, 441 = Arb 12.729 = SZ 2007/211.

OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d.

OGH 28.11.2007, 9 ObA 165/07s.

OGH 30.05.2007, 9 ObA 74/07h, ARD 5803/2/2007 = wbl 2007, 544 = Arb 12.682.

OGH 18.10.2006, 9 ObA 96/06t.

OGH 04.05.2006, 9 ObA 60/05x, ARD 5710/4/06 = infas 2006, 163/A67 = RdW 2006, 647 = Jus-Extra OGH-Z 4201 = RZ 2006, 232 EÜ 306, 307 = DRdA 2006, 398 = DRdA 2007, 130/13 (*Resch*) = Arb 12.600.

OGH 06.10.2005, 8 ObA 83/04w, infas 2006, 62/A19 = DRdA 2006, 150 = Arb 12.567 = DRdA 2007, 37 (*Schwarz*).

OGH 30.06.2005, 8 ObA 35/05p, ecolex 2005, 786 = infas 2005, 166/A71 = DRdA 2005, 547 = ARD 5649/7/06.

OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 183 = DRdA 2005, 184 = ARD 5589/2/05 = ecolex 2005, 386 = infas 2005, 73/A30 = ecolex 2005, 193 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2005/104 = DRdA 2005, 417 (*Schwarz*) = RdW 2005, 759 (*Gerhartl*) = ZAS 2006, 78 (*Schrank*) = SZ 2004/189 = Arb 12.500.

OGH 29.04.2004, 8 ObA 36/04h, ARD 5519/4/04 = DRdA 2004, 468 = Arb 12.438.

OGH 17.03.2004, 9 ObA 143/03z, ARD 5523/5/04 = Jus-Extra OGH-Z 3766 = RdW 2004, 683 = infas 2004, 114/A53 = ZAS-Judikatur 2005/2 = Arb 12.426.

OGH 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, ARD 5491/6/04 = ZAS-Judikatur 2004/104.

OGH 13.11.2003, 8 ObA 86/03k, ARD 5479/9/04 = ecolex 2004, 201 = infas 2004, 58/A24 = RdW 2004, 426 (*Naderhirn*) = wbl 2004, 386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145.

OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f, ARD 5479/7/04 = MR 2004, 38 = infas 2004, 53/A23 = JBl 2004, 465 = Arb 12.372 = RdW 2004, 429 (*Naderhirn*).

OGH 08.10.2003, 9 ObA 110/03x, RdW 2004, 112 = ecolex 2004, 131 (*Windisch-Graetz*) = ARD 5474/6/04 = Arb 12.363.

OGH 20.03.2003, 8 ObA 167/02w.

OGH 23.01.2003, 8 ObA 3/03d, infas 2003, 112 = ecolex 2003, 545 (*Mazal*) = JBl 2003, 877 = DRdA 2004, 246 (*Pfeil*) = Arb 12.307.

OGH 29.08.2002, 8 ObA 321/01s, SZ 2002/109.

OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505.

OGH 13.06.2002, 8 ObA 116/02w, DRdA 2003, 542 (*Löschnigg*) = ARD 5373/6/2003.

OGH 18.04.2002, 8 ObA 162/01h.

OGH 25.10.2001, 8 ObA 28/01b.

OGH 25.04.2001, 9 ObA 28/01k, DRdA 2002, 299 (*Schwarz*).

OGH 10.01.2001, 9 ObA 319/00b, DRdA 2001/16, 176 (*Smutny*).

OGH 24.01.2001, 9 ObA 276/00d.

OGH 09.11.2000, 8 ObS 204/00h, ZAS 2013, 159 (*Tomandl*).

OGH 05.04.2000, 9 ObA 292/99b, DRdA 2001/15, 174 (*Smutny*).

OGH 27.01.2000, 8 ObS 178/99f, DRdA 2001, 30 (*Kuderna*).

OGH 12.01.2000, 9 ObA 318/99a.

OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g.

OGH 15.04.1999, 8 ObA 273/98z.

OGH 25.11.1998, 9 ObA 249/98b.

OGH 21.10.1998, 9 ObA 264/98h.

OGH 07.10.1998, 9 ObA 233/98z.

OGH 19.08.1998, 9 ObA 187/98k, DRdA 1999, 280 (*Löschnigg*) = Arb 11.787 = ASoK 1999, 139.

OGH 06.07.1998, 8 ObA 15/98h.

OGH 28.01.1998, 9 ObA 390/97m, infas 1998, A88.

OGH 17.12.1997, 9 ObA 367/97d.

OGH 28.8.1997, 8 ObA 2347/96x.

OGH 26.06.1997, 8 ObA 2158/96b.

OGH 26.03.1997, 9 ObA 54/97z.

OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z.

OGH 13.03.1997, 8 ObA 2359/96m.

OGH 04.12.1996, 9 ObA 2267/96i, ZAS 1997, 175 (*Steininger*).

OGH 30.10.1996, 9 ObA 2133/96h, ASoK 1997, 126.

OGH 24.04.1996, 9 ObA 2003/96s.

OGH 14.02.1996, 9 ObA 9/96.

OGH 08.02.1996, 8 ObS 1/96 (8 ObS 10/96).

OGH 18.01.1996, 8 ObA 312/95.

OGH 11.10.1995, 9 ObA 176/95, ZAS 1997/1 (*Risak*).

OGH 28.06.1995, 9 ObA 100/95.

OGH 11.01.1995, 9 ObA 7/95, SZ 68/4.

OGH 30.06.1994, 8 ObA 225/94.

OGH 10.12.1993, 9 ObA 350/93, DRdA 1994, 343 (*Klein*).

OGH 08.09.1993, 9 ObA 146/93, ecolex 1993, 846 = WBl 1994, 162 = DRdA 1994, 332 (*Eypeltauer*).

OGH 02.09.1993, 9 ObA 182/93.

OGH 19.05.1993, 9 ObA 102/93, DRdA 1994, 53 (*Spitzl*) = RdW 1993, 373.

OGH 16.12.1992, 9 ObA 268/92, DRdA 1993, 463 (*Grillberger*).

OGH 11.11.1992, 9 ObA 166/92, ARD 4458/7/93.

OGH 17.06.1992, 9 ObA 110/92, SZ 65/93 = ZAS 1993, 131 (*Windisch-Graetz*) = DRdA 1993, 38 (*Mosler*) = WBl 1992, 366.

OGH 18.03.1992, 9 ObA 53/92, EvBl 1992/177, 763 = ZAS 1993, 104 (*Andexlinger*) = Arb 11.018 = WBl 1992, 259 = RdW 1992, 350.

OGH 12.02.1992, 9 ObA 247/91.

OGH 23.10.1991, 9 ObA 200/91 (9 ObA 201/91).

OGH 28.08.1991, 9 ObA 99/91.

OGH 19.06.1991, 9 ObA 96/91, ecolex 1991, 719 (*Mazal*).

OGH 13.02.1991, 9 ObA 12/91.

OGH 10.10.1990, 9 ObA 602/90.

OGH 08.11.1989, 9 ObA 281/89, RdW 1990, 53 = Arb 10.829 = ZAS 1992, 124.

OGH 27.09.1989, 9 ObA 219/89.

OGH 08.02.1989, 9 ObA 43/89.

OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88.

OGH 13.04.1988, 9 ObA 52/88.

OGH 13.04.1988, 9 ObA 160/87.

OGH 13.01.1988, 14 ObA 46/87.

OGH 21.10.1987, 14 ObA 77/87.

OGH 07.04.1987, 14 ObA 10/87.

OGH 27.01.1987, 14 Ob 224/86.

OGH 02.12.1986, 14 Ob 6/86.

OGH 16.09.1986, 14 Ob 137/86, Arb 10.554.

OGH 15.07.1986, 14 Ob 114/86.

OGH 27.05.1986, 14 Ob 86/86.

OGH 15.01.1985, 4 Ob 157/83, DRdA 1986, 127 (*Schwarz*).

OGH 13.03.1984, 4 Ob 28/84, SZ 57/49 = JBl 1985, 435 = RdW 1984, 316 = Arb 10.334.

OGH 10.01.1984, 4 Ob 164/83.

OGH 20.09.1983, 4 Ob 102/83, ZAS 1985, 18 (*Eypeltauer*).

OGH 22.02.1983, 4 Ob 94/82, DRdA 1987, 136 (*Holzner*) = Arb 10.219.

OGH 12.05.1982, 3 Ob 525/82.

OGH 19.05.1981, 4 Ob 104/80.

OGH 14.10.1980, 4 Ob 65/79, DRdA 1981, 293 (*Mayer-Maly*).

OGH 18.09.1980, 4 Ob 99/80, Arb 9889.

OGH 29.04.1980, 4 Ob 54/80, Arb 9871.

OGH 18.11.1975, 4 Ob 69/75, EvBl 1976/179, 354 = Arb 9422.

OGH 20.11.1973, 4 Ob 54/73, Arb 9166 = ZAS 1974, 213 (*Rainer*) = DRdA 1975, 50 (*Dirschmied*).

OGH 05.10.1971, 4 Ob 72/71, SZ 44/152 = EvBl 1972/63, 104 = Arb 8910 = DRdA 1972, 257 (*Klein*).

OGH 31.10.1967, 4 Ob 48/67, SZ 40/139 = EvBl 1968/238, 396 = ZAS 1968, 152 (*Tomandl*) = Arb 8469.

Rechtssätze RIS-Justiz

RS0021287

RS0021302

RS0021842

RS0028327

RS0050781

RS0050842

RS0051331
RS0060204
RS0085501
RS0085534
RS0101815
RS0118332
RS0129695

Judikatur des VwGH

VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006.

VwGH 04.09.2006, 2006/09/0030.

VwGH 17.11.2004, 2001/09/0236.

VwGH 03.07.2002, 2000/08/0161.

VwGH 23.05.2002, 2001/09/0073.

VwGH 03.04.2001, 96/08/0023.

VwGH 18.11.1998, 96/09/0281.

VwGH 22.10.1996, 94/08/0178.

VwGH 26.04.1995, 94/03/0289.

VwGH 21.03.1995, 94/09/0097.

VwGH 15.12.1993, 93/03/0032.

VwGH 26.03.1993, 92/03/0113.

Judikatur des EuGH

EuGH 20.12.2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

EuGH C-434/15, Schlussanträge des Generalanwalts Maciej Szpunar.

EuGH C-434/15, Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado Mercantil No 3 de Barcelona – Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

EuGH C-526/15, Vorabentscheidungsersuchen der Rechtbank van koophandel Brussel – Uber Belgium BVBA / Taxi Radio Bruxellois.

EuGH C-320/16. Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal de grande instance de Lille – Strafverfahren gegen Uber France SAS.

EuGH C-320/16, Schlussanträge des Generalanwalts Maciej Szpunar.

EuGH 21.02.2018, C-518/15, Ville de Nivelles / *Matzak*

EuGH 29.11.2017, C-214/16, *King* / The Sash Window Workshop Ltd

EuGH 26.07.2017, C-175/16, *Hälvä* et al / SOS-Lapsikyläry

EuGH 14.10.2010, C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère / Ministère du Travail

EuGH 20.01.2009, C-350/06, *Schultz-Hoff* / Deutsche Rentenversicherung und C-520/06, *Stringer* et al / Her Majesty's Revenue and Customs

EuGH 03.10.2000, C-303/98, Simap / Conselleria de Sanidad e Consumo de la Generalidad Valenciana

EuGH 26.10.1999, C-273/97, *Sirdar* / Secretary of State for Defence.

EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl* / Urania Immobilienservice OHG.

EuGH 30.04.1996, C-13/94, P. / S.

EuGH 28.09.1994, C-200/91, *Coloroll* / *Russel* et al.

EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker* / VJV-Centrum.

EuGH 13.05.1986, C-170/84, Bilka Kaufhaus GmbH / *Weber von Hartz*

Weitere Judikate

VfGH 26.06.2000, G 7/00.

LG Salzburg 14.07.2006, 18 Cga 120/05t.

United Kingdom Employment Tribunals 2202551/2015, Aslam, Farrar & Others / Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd.

United Kingdom Employment Appeal Tribunal UKEAT/0056/17/DA, Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd / Aslam, Farrar & Others.

Superior Court of California – County of San Francisco CGC-15-546378. Berwick / Uber Technologies Inc.

Internetquellen

Bauer, Welche Jobs bleiben, welche verschwinden, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000078804017/Welche-Jobs-bleiben-welche-verschwinden?ref=rec> (14.08.2018, 17:53).

Bauer, Viel Motivation, wenig Lohn: Ein Wiener Uber-Fahrer packt aus, Kurier Online, <https://kurier.at/chronik/wien/viel-motivation-wenig-lohn-ein-wiener-uber-fahrer-packt-aus/240.320.903> (17.11.2017, 16:21).

Baurek-Karlic, Uber: Innovation kann man bremsen, aber nicht aufhalten, <https://www.derbrutkasten.com/uber-in-wien-innovation-kann-man-bremsen-aber-nicht-aufhalten/> (28.5.2018, 12:01).

Horn, Uber, Disruptive Innovation and Regulated Markets, Forbes Online, <https://www.forbes.com/sites/michaelhorn/2016/06/20/uber-disruptive-innovation-and-regulated-markets/#6a9b916c37fb> (31.05.2018, 11:22).

Johnson, Study finds online ratings easily overinflated, The Boston Globe Online, <https://www.bostonglobe.com/news/science/2013/08/08/the-pitfalls-crowdsourcing-online-ratings-vulnerable-bias/pw6HhJrZ3ZkP6oG6XYM2wO/story.html> (8.5.2018, 17:32).

Kanya, Markt für Essenszusteller im Umbruch, ORF.at, <http://wien.orf.at/news/stories/2818219/> (17.3.2017, 11:36).

Kellhofer, Book a Tiger: Putzdienst zieht sich zu Jahresende komplett aus Österreich zurück, <https://www.trendingtopics.at/book-a-tiger-putzdienst-zieht-sich-zu-jahresende-komplett-aus-oesterreich-zurueck/> (28.02.2018, 13:05).

Krammer, Selbstverständlich ist gar nichts, ORF.at, <http://orf.at/stories/2386977/2386978/> (31.7.2017, 08:54).

Laufer, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (17.3.2017, 11:30).

Ramaswamy, Prejudices play out in the ratings we give – the myth of digital equality, The Guardian Online, <https://www.theguardian.com/technology/2017/feb/20/airbnb-uber-sharing-apps-digital-equality> (8.5.2018, 17:34).

Redl, Warum bekommt foodora jetzt einen Betriebsrat, Frau Siegl? Falter.at, https://www.falter.at/archiv/FALTER_2017041930FD6DCA17/warum-bekommt-foodora-jetzt-einen-betriebsrat-frau-siegl (4.12.2017, 11:35).

Rom, Klick und Putz: Die Putzfrau aus dem Internet, Der Standard Online, <http://derstandard.at/2000007222926/Klick-und-Putz-Die-Putzfrau-aus-dem-Internet> (16.3.2017, 10:14).

Rosenblat, The truth about how Uber's app manages drivers, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2016/04/the-truth-about-how-ubers-app-manages-drivers> (4.5.2017, 16:23).

Sempelmann, Uber sucht nach K.O. einen neuen Weg für alte Geschäfte, trend Online, <https://www.trend.at/wirtschaft/wiener-handelsgericht-uber-angebot-10042806> (19.05.2018, 07:48).

Smith, Can Uber Ever Deliver? Part Four: Understanding That Unregulated Monopoly Was Always Uber's Central Objective, Naked Capitalism, <https://www.nakedcapitalism.com/2016/12/can-uber-ever-deliver-part-four-understanding-that-unregulated-monopoly-was-always-ubers-central-objective.html> (3.6.2018, 09:44).

Wadhawan, Interview mit Trebor Scholz, ZEIT ONLINE, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-06/sharing-economy-arbeitsrecht-uber-digitalisierung-gefahren/komplettansicht> (11.1.2017, 17:43).

Wohlfahrter, Daneben statt mittendrin – Meine Erfahrungen als Fahrradkurierin in Wien, <http://stadstreuen.at/erfahrungen-als-fahradkurierin-in-wien/> (7.2.2017, 13:34).

Woody, A judge in South America's biggest city says Uber drivers are employees, http://www.businessinsider.com/r-sao-paulo-judge-rules-uber-drivers-are-employees-deserve-benefits-2017-4?utm_source=feedburner&utm_medium=referral&IR=T (28.4.2017, 15:22).

N.N., Taxi-Konkurrent Uber: Am Rande des Gesetzes, trend Online, <https://www.trend.at/wirtschaft/taxi-konkurrent-uber-am-rande-gesetzes-5860551> (24.11.2017, 11:34).

N.N., Uber: Fahrer müssen Rückkehrpflicht einhalten, profil Online, <https://www.profil.at/oesterreich/uber-eingestellt-rueckkehrpflicht-10042968> (19.05.2018, 07:54).

N.N., Uber-Fahrer mit höheren Auflagen wieder unterwegs, Der Standard Online, <https://derstandard.at/2000078760211/Uber-Fahrer-mit-hoeheren-Auflagen-wieder-unterwegs> (3.5.2018, 11:27).

<https://www.uber.com/de-AT/cities/vienna> (10.3.2017, 12:32).

<https://get.uber.com> (10.3.2017, 12:35).

<https://newsroom.uber.com/austria/ubereats/> (10.3.2017, 13:02).

<https://www.uber.com/de/legal/terms/at/> (10.3.2017, 14:17).

<https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (10.3.2017, 17:39).

<https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (10.3.2017, 17:42).

<https://help.uber.com/h/e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec> (14.3.2017, 07:56).

<https://help.uber.com/h/199b3e00-e5f0-45af-b87f-5342bb5dd0eb> (14.3.2017, 08:16).

<https://help.uber.com/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78> (28.2.2018, 13:48).

<https://help.uber.com/h/33ed4293-383c-4d73-a610-d171d3aa5a78> (3.5.2018, 10:13).

<https://www.uber.com/legal/deactivation-policy/ir-en/> (7.8.2017, 10:04).

<https://www.uber.com/drive/requirements/> - Voraussetzungen zur Zulassung in den USA. Zuerst muss am unteren Ende der Website die Sprache „Englisch“ und eine beliebige Stadt in den USA als „Standort“ ausgewählt werden (7.8.2017, 12:21).

<https://www.uber.com/de-AT/newsroom/die-haufigsten-fragen-an-uber/> (31.5.2018, 11:24).

<https://www.bookatiger.com/at-de/impressum> (15.3.2017, 08:52).

<https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.3.2017, 08:56).

<https://www.bookatiger.com/at-de/> (17.12.2017, 11:38).

<https://www.bookatiger.com/ch-de/> (15.3.2017, 11:32).

<https://www.bookatiger.com/de-de/> (15.3.2017, 11:32).

<https://www.bookatiger.com/nl-nl/> (15.3.2017, 11:33).

<https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.11.2017, 11:02).

<https://www.bookatiger.com/at-de/app/subscription/> - nach Eingabe der Adresse muss im zweiten Schritt auf „Erfahren Sie mehr“ geklickt werden (15.3.2017, 14:37).

<https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.3.2017, 14:39).

<https://www.bookatiger.com/at-de/ueber-uns> (15.3.2017, 14:54).

<https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (16.3.2017, 14:16).

<https://www.foodora.at> (16.3.2017, 16:54).

<https://www.foodora.at/contents/imprint.htm> (16.3.2017, 17:23).

<https://www.foodora.at/ride4us> (17.3.2017, 11:24).

<https://www.foodora.at/contents/drivers-and-restaurants.htm> (17.3.2017, 12:13).

<https://www.foodora.at/contents/contact.htm> (17.3.2017, 14:02).

<https://www.foodora.at/contents/terms-and-conditions.htm> (17.3.2017, 15:24).

<https://riding.foodora.at/apply?submission=252915016> (28.7.2017, 13:44).

<https://www.wko.at/branchen/w/transport-verkehr/kleintransporteure/Kleintransporteure-start.html> (17.3.2018, 13:23).

https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kleintransportgewerbe-kollektivvertrag-arbeiter.html#heading_Kollektivvertrag_fuer_das_Kleintransportgewerbe_Oesterreichs_Arbeiter (17.3.2018, 13:42).

<https://www.wko.at/branchen/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/KV-Personenbefoerderungsgewerbe-mit-PKW-2018.pdf> (18.3.2017, 09:34).

<https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/chemische-gewerbe/denkmal-fassade-gebaeude/start.html> (18.3.2018, 10:42).

<https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/reinigungsgewerbe-kollektivvertrag-arbeiter-2018.pdf> (5.5.2018, 08:23).

Anhang

Abstract (Deutsch)

Ein besonders aktuelles Phänomen im Rahmen der voranschreitenden Digitalisierung bilden neue Formen der Arbeitsorganisation, insbesondere das sogenannte ortsgebundene plattformbasierte Arbeiten, welches sich unter anderem durch das Vorliegen mehrpersonaler Vertragsverhältnisse auszeichnet. Dabei werden Dienstleistungen in der realen Welt unter Zwischenschaltung von Online-Plattformen angeboten, wobei die DienstleistungserbringerInnen direkt mit den KundInnen in Kontakt treten.

In der Regel sehen die Plattformen ihre Rolle als eine lediglich vermittelnde und jene Personen, die die Dienstleistung erbringen, daher als selbstständige VertragspartnerInnen an. Dahinter steht der Wunsch, Arbeit und Ressourcen nicht mehr im Unternehmen konzentrieren zu müssen, sondern möglichst viele Bereiche auslagern und auf externe Ressourcen und Arbeitskräfte zugreifen zu können. Aufgrund der dominanten Stellung, die der Plattform im mehrpersonalen Vertragsgefüge zwischen DienstleistungserbringerIn, Plattform und KundIn zukommt, liegt zwischen DienstleistungserbringerIn und Plattform jedoch regelmäßig ein Arbeitsvertrag vor. Teilweise ist das mehrpersonale Vertragsverhältnis zwischen den AkteurInnen der Plattformökonomie auch als Arbeitskräfteüberlassung anzusehen. Die Beantwortung der Frage nach dem rechtlichen Status der DienstleistungserbringerInnen erfolgt im Rahmen der vorliegenden Dissertation anhand dreier Fallbeispiele, der Plattformen Uber, Foodora und Book a Tiger.

Ein wesentliches Argument für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich aus der in den meisten Fällen bestehenden engen Bindung der DienstleistungserbringerInnen an die Plattform und der dichten, laufenden Kontrolle des Arbeitsprozesses durch die Plattform. In diesen Zusammenhang ist auch der Einsatz moderner Technologien wie Internet und GPS zu setzen. Dieser bildet das Herzstück der Plattformökonomie, da Auftragsvergabe und Interaktion mit der Plattform in der Regel auf digitalem Weg erfolgen. Die KundInnen werden aufgefordert, erbrachte Dienstleistungen mithilfe digitaler Bewertungssysteme, der sogenannten „Ratings“, zu bewerten. In vielen Fällen kann in Echtzeit nachvollzogen werden, ob die DienstleistungserbringerInnen gerade mit der Abwicklung eines Auftrages beschäftigt sind und an welchem Standort sie sich gerade

aufhalten. Auf diesem Wege wird eine kleinteilige, ergebnisorientierte Kontrolle sowie eine genaue Steuerung des Arbeitsprozesses und eine starke organisatorische Eingliederung der Arbeitenden sichergestellt.

Aus der Feststellung, dass in zahlreichen Fällen ein Arbeitsverhältnis zwischen Plattform und DienstleistungserbringerInnen vorliegt, ergibt sich eine Reihe weiterer rechtlicher Fragestellungen. Im Rahmen der vorliegenden Dissertation werden die Bereiche der kollektivvertraglichen Einordnung der Beschäftigten, des Arbeitszeit- und des Gleichbehandlungsrechts sowie der Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankheit anhand der untersuchten Fallbeispiele näher dargestellt.

Dabei lässt sich insgesamt feststellen, dass entgegen den Funktionsweisen der Plattformökonomie die Regelungen des österreichischen Arbeitsrechts stark auf zweipersonale, länger andauernde, durchgängige Vertragsverhältnisse ausgerichtet sind und einen Interessenausgleich zwischen ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen zu schaffen versuchen. Anhand des Arbeitszeitrechts zeigt sich etwa deutlich das Bestehen eines Widerspruchs zwischen den gesetzlichen Regeln über die Arbeitszeit, die insbesondere die zeitliche Begrenzung der ökonomischen Verwertung der Arbeitskraft im Sinn haben und der für die Plattformökonomie typischen großen zeitlichen Flexibilität der Beschäftigten. Im Urlaubsrecht stellt sich in vielen Fällen das Problem, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen DienstleistungserbringerIn und Plattform nur sehr kurz andauern und ein Verbrauch entstandenen Urlaubs in natura nicht in Frage kommt, sondern bloß auf die finanzielle Abgeltung entstandener Urlaubsansprüche in Form der Urlaubersatzleistung zurückgegriffen werden kann. Aus diesem Grund wird die Schaffung eines Sonderurlaubsrechts für Plattformbeschäftigte angeregt. Auf dem Gebiet des Gleichbehandlungsrechts bilden insbesondere die Mehrpersonalität der Vertragsverhältnisse und der Einsatz von technischen Systemen wie Algorithmen zur Zusammenführung von DienstleistungserbringerInnen und KundInnen sowie die bereits angesprochene Ratings zentrale Herausforderungen. Angesichts im Hinblick auf die Mehrpersonalität ähnlich gelagerter Problemstellungen bei Fragen der Arbeitskräfteüberlassung ist über eine analoge Anwendung des § 6a AÜG nachzudenken.

Abstract (Englisch)

New forms of labour organisation, particularly location-based platform labour, are a current phenomenon in ongoing digitalisation. This kind of platform-based work is strongly determined by the existence of multi-dimensional contractual relationships. In the real world, services are being offered through the technological intermediary of online platforms, with service providers interacting directly with clients.

As a rule, platform operators see themselves as mediators merely and those who provide the services as independent contractors, the aim of all this being to outsource as many areas of work as possible and to access external resources and workforce. However, due to the dominant role platform operators have in this multi-dimensional contractual relationship of service provider, platform and client and the control they exert over the workers, they must, in fact, be classified as employees in regular employment relationships. In some cases, this multi-dimensional contractual relationship is to be qualified as agency work (“Arbeitskräfteüberlassung”). The legal status of the service providers is outlined in this doctoral thesis based on three case studies - the platforms Uber, Foodora and Book a Tiger.

There is strong evidence that service providers must be considered employees under the law as platform operators control the basic conditions of work. The use of modern technologies such as the Internet and GPS, which form the very heart of the platform economy, is crucial in exerting this control. Contracting and interaction with the platform are usually done digitally and clients are asked to rate services provided, using digital rating systems. In many cases, the workers’ exact position can be located in real time, and the operator can track whether the workers are currently busy executing orders. In this way, small-scale result-oriented surveillance, precise control of the workflow as well as strong organisational integration of the workers are ensured.

The finding that in many cases the service providers are employed with the platform, entails several other legal issues. This thesis investigates the workers’ classification regarding collective agreements, the (Austrian) Working Hours Act, the anti-discrimination laws as well as the payment of salary during holiday leave and illness based on the case studies mentioned above.

Overall the regulations of Austrian labour laws focus on continuous, long(er)-lasting dual contractual relationships, and try to reconcile the interests of employees and employers. However, with regard to working hours, the discrepancies between the limitations the Austrian Working Hours Act imposes to protect workers and to avoid their economic exploitation and the time flexibility typical of platform economy become evident.

Another problem is related to the service providers' entitlement to holidays. In many cases, their employment with the platform is very short, which makes it impossible for the employees to take their leave, only accumulated entitlement to financial compensation ("Urlaubersatzleistung") is possible. To ensure the possibility of taking holiday leave for platform workers, a different set of regulations should be imposed. As to anti-discrimination laws, the multi-dimensional contractual relationships and the use of technical systems such as algorithms connecting service providers and customers, as well as the ratings pose major challenges. Since these multi-dimensional contractual relationships also apply to agency work ("Arbeitskräfteüberlassung"), consideration must be given to an analogous application of Article 6a of the Austrian Act on Agency Work (§ 6a AÜG).