



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Die arbeitsrechtliche Position von UBER zu seinen
registrierten Fahrern bzw. Mietwagenunternehmen“

verfasst von / submitted by

Andreas Cap BSc

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2020 / Vienna, 2020

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

UA 066 915

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

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Inhaltsverzeichnis

I.	Abkürzungsverzeichnis	VII
1	Einleitung	1
1.1	Forschungsstand	2
1.2	Zentrale Fragestellungen	2
2	Unternehmen UBER	4
2.1	Geschäftsmodell des Unternehmens.....	5
2.2	Angebotene Dienste von UBER	5
2.2.1	Zusammenarbeit mit Beförderungsunternehmen	5
2.2.2	Direkte Zusammenarbeit mit FahrerInnen	5
2.3	Abwicklung der Dienstleistung	6
2.3.1	Abwicklung der Fahrt aus Sicht des Kunden	6
2.3.2	Abwicklung der Fahrt aus Sicht des Fahrers/der FahrerIn	7
2.4	Die Zulassung als UBER-FahrerIn in Österreich	8
2.5	UBER-Richtlinie	9
2.5.1	KundInnenbewertung	9
2.5.2	Stornierungsquote.....	10
2.5.3	Akzeptanzrate.....	10
2.6	Fahrpreiszusammensetzung bei UBER	10
2.7	Die Umsatzbeteiligung von UBER.....	11
2.8	Einkommen der FahrerInnen	11
3	Rechtliche Einordnung von UBER – Taxi, Mietwagen oder Technologieunternehmen? .	13
3.1	Mögliche gewerberechtliche Regelungen.....	13
3.1.1	Das österreichische Gelegenheitsverkehrs-Gesetz und die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung	13
3.1.1.1	Mietwagen- und Taxigewerbe laut GelVerkG.....	14
3.1.1.2	Die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung.....	15
3.1.1.3	Schlussfolgerung auf UBER-FahrerInnen:	18

3.2	Unternehmensansicht von UBER	22
3.3	Derzeitige Gewerbeberechtigung und Konzession von UBER	22
4	Das Aufkommen von Internetplattformen und ihrer arbeitsrechtlichen Problematik	24
4.1	Von der Sharing Economy zur Gig Economy	25
4.2	Die atypischen Beschäftigungsverhältnisse	25
4.3	Was bedeutet Crowdwork	26
4.3.1	Involvierte Parteien	27
4.4	Vor- und Nachteile der Gig_Economy	28
4.5	Kategorisierung von Crowdwork	28
5	Arbeitsrechtliche Beurteilung	30
5.1	Herkömmliche Betrachtungsweise des Arbeitsrechts	30
5.1.1	Vertragsrechtliche Ausgangslage	30
5.1.2	Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerIn und CrowdsourcerIn	31
5.1.3	Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerIn und Plattform	32
5.1.4	Vertragsverhältnis zwischen CrowdsourcerIn und Plattform	34
5.2	Liegt ein Arbeitsvertrag vor?	35
5.2.1	Feststellung des Vertragsverhältnisses aus den AGBs bzw. den Erklärungen ..	36
5.2.2	Minstdauer eines Arbeitsvertrags	36
5.2.3	Persönliche Leistungspflicht	37
5.2.4	Organisatorische Unterordnung	38
5.3	Wer ist ArbeitgeberIn in diesem Drei-Personen-Geflecht	38
5.4	Durchgehendes Vertragsverhältnis oder Vertragskette	40
5.5	Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	41
5.5.1	Freier Dienstvertrag	41
5.5.2	Werkvertrag	42
5.5.3	Arbeitskräfteüberlassung	44
5.5.4	Heimarbeit	45
5.5.4.1	Gewerbetreibende nach Bestimmungen der GewO	46

5.5.4.2	Tätigwerden in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte.....	47
5.5.4.3	„im Auftrag und auf Rechnung“ von Personen, die Heimarbeit vergeben .	47
5.5.4.4	Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren	47
5.5.5	ArbeitnehmerInnenähnliche Personen	48
5.5.5.1	Keine Ausrichtung der Tätigkeit auf den Markt	49
5.5.5.2	Wirtschaftlicher Erfolg wird dem/der VertragspartnerIn zugeschrieben....	50
5.5.5.3	Wirtschaftliche Abhängigkeit	50
5.5.5.4	Keine unternehmerische Struktur	51
5.5.5.5	Vorhandensein einer Unterordnung in eine Arbeitsorganisation.....	51
5.5.5.6	Zusammenfassende Erkenntnis für CrowdworkerInnen.....	51
6	Arbeitsrechtliche Beurteilung des Unternehmen UBER.....	53
6.1	Vertragsverhältnis von UBER zu seinen AuftragnehmerInnen und AuftraggeberInnen	53
6.2	Gegenargumente zum UBER Geschäftsmodel – „UBER ist nur Vermittler“	54
6.2.1	Das direkte Vertragsverhältnis zwischen AuftraggeberIn und Beförderer/Beförderin als Verschleierungsfunktion	55
6.2.2	Einflussmöglichkeiten von UBER zu deren Fahrern	56
7	UBER als Arbeitgeber.....	57
7.1	Arbeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt des österreichischen Arbeitnehmers	57
7.1.1	Erbringung einer Dienstleistung auf eine bestimmte Dauer für eine andere Person	58
7.1.2	Persönliche Abhängigkeit	59
7.1.3	Vertragliche Bindung	61
7.2	Arbeitsrechtliche Entscheidungen	61
7.2.1	EuGH, 20.12.2017, C-434/15 - Asociación Profesional Elite Taxi	62
7.2.2	UBER als Arbeitgeber – Urteile aus Großbritannien und der Schweiz	62
7.3	Mögliche Umgehungspunkte für ein Dienstverhältnis mit UBER.....	63
7.3.1	Unterbrechung der Beschäftigung.....	63

7.3.2	Abgeltung von Stehzeiten	64
7.3.3	Beistellung des Arbeitsgeräts durch den/die DienstgeberIn.....	64
7.3.4	UBER handelt nur als Vermittler	65
7.3.5	UBER erteilt keine richtigen Weisungen	65
7.4	Abgrenzung zu anderen arbeitsrechtlichen Schuldverhältnissen	66
7.4.1	UBER-FahrerInnen als freie DienstnehmerInnen?	66
7.4.2	UBER-Verträge als einzelne Werkverträge?	66
7.5	FahrerInnen als arbeitnehmerInnenähnliche Personen.....	67
7.5.1	Tätigkeit wird nicht auf den Markt ausgerichtet	68
7.5.2	Der wirtschaftliche Erfolg wird dem Unternehmen zugeschrieben	69
7.5.3	Wirtschaftliche Abhängigkeit	69
7.5.4	Fehlen einer unternehmerischen Struktur	69
7.5.5	Eingliederung in einen fremden Betrieb	69
7.5.6	Fazit zur Anwendung des Begriffs der „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“ bei UBER	70
7.6	Anwendbarkeit des HeimAG bei UBER	70
7.7	Arbeitskräfteüberlassung – oder Arbeitsvermittlung	71
7.8	Fazit der vertragsrechtlichen Beziehung zu UBER	73
8	Pflichten für UBER bei tatsächlicher Arbeitgebereigenschaft.....	75
8.1	Kollektivvertragsrechtliche Anwendung.....	75
8.1.1	Mindestlohn.....	75
8.1.2	Einhaltung der Arbeitszeit.....	76
8.1.3	Überstunden	76
8.1.4	Fortzahlung des Lohnes bei Arbeitsverhinderung	76
8.1.5	Schadenhaftung	77
8.2	Sozialversicherungsschutz der FahrerInnen	77
8.3	Fürsorgepflicht.....	78
8.4	Möglichkeit eines Betriebsrats	79

9	Mögliche Lösungsansätze für die Gig-Economy	80
9.1	Eigenes Crowdworkgesetz	80
9.2	Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes	81
9.3	Ausweitung von Gesetzen, die derzeit auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen Anwendung finden	82
9.4	Ergebnis	82
10	Beschlossene Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes	84
10.1	Hintergrund der Gesetzesänderung	84
10.1.1	Zusammenlegung des Taxi- und Mietwagengewerbes	85
10.1.2	Einheitliche Preise und Taxameter Pflicht	85
10.1.3	Taxischein	86
10.1.4	Bestimmungen der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung	87
10.2	Auswirkungen auf das Taxi und Mietwagenunternehmen	87
10.3	Auswirkungen auf das Unternehmen UBER	88
11	Mögliche Verfassungswidrigkeiten der Gesetzesnovelle	90
11.1	Punkte die für eine Verfassungswidrigkeit sprechen	90
11.1.1	Erwerbsfreiheit	90
11.1.2	Gleichbehandlungsgrundsatz	91
11.1.3	Eliminierung des Wettbewerbs	92
11.2	Beschwerde bei Verfassungsgerichtshof eingelangt	92
12	Weitere Vorgehensweise für UBER	93
12.1	Einführung der Gesetzesnovelle am 1.September 2020	93
12.2	Verabschiedung der Gesetzesnovelle durch den Verfassungsgerichtshof	94
13	Conclusio	95
14	Literaturverzeichnis	i
15	Anhang	A

I. Abkürzungsverzeichnis

ABGB.....	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
Abs	<i>Absatz</i>
AG	<i>Arbeitgeber</i>
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
AMFG	<i>Arbeitsmarktförderungsgesetz</i>
AngG	<i>Angestelltengesetz</i>
App	<i>Applikation</i>
ArbVG	<i>Arbeitsverfassungsgesetz</i>
ASGG	<i>Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz</i>
ASVG	<i>Allgemeines Sozialversicherungsgesetz</i>
AÜG	<i>Arbeitskräfteüberlassungsgesetz</i>
AuslGB.....	<i>Ausländerbeschäftigungsgesetz</i>
AVRAG.....	<i>Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz</i>
AZG.....	<i>Arbeitszeitgesetz</i>
BO	<i>Betriebsordnung</i>
BWB.....	<i>Bundeswettbewerbsbehörde</i>
bzw.	<i>beziehungsweise</i>
CEO.....	<i>Chief-Executive-Officer</i>
dh.....	<i>das heißt</i>
DHG	<i>Dienstnehmerhaftpflichtgesetz</i>
EFZG	<i>Entgeltfortzahlungsgesetzes</i>
EPU	<i>Ein-Personen-Unternehmen</i>
etc.	<i>et cetera</i>
EuGH.....	<i>Europäischer Gerichtshof</i>
GelVerkG	<i>Gelegenheitsverkehrs-Gesetz</i>
gem.	<i>gemäß</i>
GewO	<i>Gewerbeordnung</i>
GIBG	<i>Gleichbehandlungsgesetz</i>
HeimAG	<i>Heimarbeitsgesetz</i>
hM	<i>herrschende Meinung</i>
idR	<i>in der Regel</i>

iSd.....	<i>im Sinne des/der</i>
iVm.....	<i>in Verbindung mit</i>
mE	<i>meines Erachtens</i>
Mrd.	<i>Milliarden</i>
PKW	<i>Personenkraftwagen</i>
Rsp.....	<i>Rechtsprechung</i>
StGG.....	<i>Staatsgrundgesetz</i>
UID.....	<i>Umsatzsteuer-Identifikation</i>
VfGH.....	<i>Verfassungsgerichtshof</i>
VwGH	<i>Verwaltungsgerichtshof</i>
Z	<i>Ziffer</i>
z.B.	<i>zum Beispiel</i>

1 Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der arbeitsrechtlichen Position von UBER zu seinen registrierten FahrerInnen bzw. Mietwagenunternehmen. Durch den Eintritt des kalifornischen Technologieunternehmens UBER, ergeben sich speziell bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung einige Graubereiche die anhand dieser Arbeit näher analysiert werden. Das Unternehmen hat auf internationaler Ebene schon mit einigen Gerichtsurteilen zu kämpfen, weshalb sich UBER im Laufe der Zeit an die jeweiligen nationalen Regelungen angepasst hat.

Bei UBER handelt es sich um eine Internetplattform, die Angebot und Nachfrage zusammenführen will. Das Unternehmen tritt hier laut eigener Auffassung lediglich als Vermittler auf.¹ Aufgrund weitreichenderen Kontroll- und Sanktionsmechanismen zu deren FahrerInnen, wird diese Auffassung jedoch zu hinterfragen sein.

Diese Arbeit beschäftigt sich zuerst grundlegend mit dem Aufkommen der neuen Gig-Economy und den daraus entstandenen Internetplattformen. Aufgrund des daraus resultierenden Drei-Personen-Geflechts, ist eine herkömmliche arbeitsrechtliche Beurteilung oftmals schwierig, weshalb in diesem Zusammenhang auch auf andere Lösungsansätze hingewiesen wird.

Im Anschluss liegt der Fokus dieser Arbeit auf der arbeitsrechtlichen Beurteilung von UBER. Anhand verschiedener Kriterien soll die vertragliche Beziehung von UBER zu dessen FahrerInnen beurteilt werden. In diesem Zusammenhang wird näher auf die einzelnen Kontroll- und Sanktionsmechanismen von UBER eingegangen und welche Auswirkungen sich daraus ergeben.

Nach Klärung der vertragsrechtlichen Beziehung, wird im Anschluss noch auf die einzelnen Pflichten eingegangen, welche sich für UBER aus dem anzuwendenden Vertragsgebiet ergeben. Zudem wird noch geklärt, ob sich für UBER mögliche Umgehungspunkte einer solchen Vertragsbeziehung ergeben.

Zudem hat das Unternehmen UBER in jüngster mit der Neuregelung des Gelegenheitsverkehrsgesetzes zu kämpfen, weshalb sich der letzte Teil dieser Arbeit mit den Änderungen dieser Gesetzesnovelle befasst. Überdies soll geklärt werden, ob die Novelle gegen verfassungsrechtliche Normen verstößt.

¹ Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, *ecolex* 2018, 284

1.1 Forschungsstand

Durch das EuGH Urteil (EuGH/C-434/15) vom 20.12.2017 änderte sich die Rechtslage für UBER drastisch. Der Dienst von UBER-Pop, welcher in Österreich nicht angeboten wird, wurde ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als reine Vermittlungsdienstleistung, sondern als Verkehrsdienstleistung eingestuft, wodurch UBER eine dafür notwendige Gewerbeberechtigung benötigt. Es wird sich zeigen, ob sich diese Entscheidung auch auf andere Dienste von UBER auswirken könnte. Speziell bei den Ein-Personen-Unternehmen könnte sich hierzulande einiges ändern.

Die derzeitige Gewerbeberechtigung von UBER bezieht sich auf jene eines Reisebüros, welche auch die Vermittlung von Mietwagen mit einschließt, wie es von UBER derzeit über die App „UBER-X“ in Österreich angeboten wird. Laut dem Anwalt von 40100 ist diese Gewerbeberechtigung jedoch nicht ausreichend für UBER. Das Unternehmen bräuchte wegen der Arbeitskräfteüberlassung der Mietwagenunternehmen selbst eine Berechtigung als Mietwagenunternehmen laut Gelegenheitsverkehrsgesetz.² Durch die Arbeitskräfteüberlassung prüft man derzeit, ob UBER sogar als Beschäftigter für diese Fahrer in Betracht kommen würde.³

Die jüngste Entscheidung betrifft die Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes (BGBl I 2019/83), die Ende Juli 2019 vom Nationalrat beschlossen wurde. Dadurch soll das Taxi und Mietwagengewerbe unter einem Gewerbe zusammengefasst werden. Diese Regelung trifft speziell Unternehmen wie UBER sehr hart, da ihnen dadurch die Möglichkeit der freien Preisgestaltung genommen wird. Hier wird man prüfen müssen, ob eine Verfassungswidrigkeit vorliegt und welche Auswirkungen diese Novelle auf das Unternehmen haben würde. Das Gesetz soll nach derzeitigen Stand mit 1. September 2020 in Kraft treten.

1.2 Zentrale Fragestellungen

Als Ziel dieser Arbeit soll folgende Forschungsfrage behandelt werden:

- Welche arbeitsrechtliche Position nimmt UBER für seine registrierten Fahrer bzw. Mietwagenunternehmen ein?

² Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

³ Lukas Disarò, Uber-Geschäftsmodell in Österreich in Gefahr, Der Standard 2018/03/02

Daraus ergeben sich weitere Fragen wie:

- Hat das EuGH Urteil zu UBER-Pop in nächster Zeit weitreichendere Auswirkungen auf UBER?
- Ist das derzeitige Verhältnis von UBER zu den Mietwagenunternehmen als Vermittler ausreichend? Was spricht dagegen?
- Was spricht für eine Arbeitgebereigenschaft und welche Rechte und Pflichten würden sich daraus ergeben?
- Welche Auswirkungen hätte die Novelle des Gelegenheitsverkehrsgesetz, welches am 1. September 2020 in Kraft treten soll, auf das Unternehmen UBER

2 Unternehmen UBER

Bei dem Unternehmen UBER handelt es sich um einen global agierenden Fahrdienstvermittler für Personenbeförderung, der im Jahr 2009 von den Unternehmern Travis Kalanik (später CEO) und Garrett Camp in San Francisco gegründet worden ist. Ursprünglich wurde die Firma als Limousinen-Service ins Leben gerufen, doch im Laufe der Zeit ergaben sich daraus auch andere Tätigkeiten.⁴ Neben dem Limousinen Service bietet das Unternehmen nun auch einen Lieferservice für bestelltes Essen, Frachtdienste, Elektro-Scooter uvm. an. Zusätzlich will man in naher Zukunft auch den Personentransport im Luftwesen („UBER Air“) in das Serviceangebot aufnehmen.⁵ Das Unternehmen ist derzeit in ca. 70 Ländern und über 700 Städten tätig. Diese Zahlen könnten sich jedoch im Laufe der kommenden Jahre ändern, da UBER in mehreren Staaten bzw. Städten Rechtsstreitigkeiten führt. Deshalb könnte sich UBER aus einigen Bereichen (also den Kommunen und/oder auch deren Ländern) aus dem Markt zurückziehen. In Österreich ist UBER ausschließlich in Wien vertreten. In naher Zukunft möchte das Unternehmen jedoch auch in Graz, Innsbruck, Linz und Salzburg tätig werden. Erste Testläufe wurden bereits durchgeführt.⁶

Im Jahr 2018 verbuchte das Unternehmen einen neuen Umsatzrekord. Mit über 11,4 Mrd. US-Dollar konnte UBER im Vergleich zu 2013 seinen Umsatz um mehr als das Hundertfache steigern.⁷

Der Name des Unternehmens leitet sich vom deutschen Wort „Über“ ab und sollte zeigen, dass es sich hierbei um eine Verbesserung einer vorhandenen Sache handelt. Im konkreten Fall geht es hierbei um das Taxigewerbe. Daher ist es auch nachvollziehbar, warum das Unternehmen bis zum Jahr 2011 auch unter dem Namen UBERCab („über“ Taxi) tätig war. 2011 bekam das Unternehmen eine Unterlassungsaufforderung hinsichtlich der Namensgebung durch die „*San Francisco Metro Transit Authority & the Public Utilities Commission of California*“, worauf sich das Unternehmen nun nur noch als UBER bezeichnete.⁸

⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 107

⁵ <https://www.uber.com> (Stand: 30.10.2019)

⁶ <https://www.uber.com/global/de/cities/> (Stand: 31.10.2019)

⁷ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/652360/umfrage/umsatz-von-uber-weltweit/> (Stand: 30.10.2019)

⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 107

2.1 Geschäftsmodell des Unternehmens

Das Unternehmen stellt grundsätzlich eine Online-Plattform namens „UBER-App“ zur Verfügung, auf der Angebot und Nachfrage von Personenbeförderungen zusammenstoßen. UBER tritt hier nach eigener Auffassung nur als Vermittler auf, der diese zwei Segmente zusammenführt.⁹ Für die angebotene Dienstleistung erhält das Unternehmen in weiterer Folge von seinen registrierten Fahrern bzw. Mietwagenunternehmen einen prozentualen Anteil von 20 bis 30 Prozent des erwirtschafteten Umsatzes, die UBER in Auftrag gestellt hat.¹⁰

2.2 Angebotene Dienste von UBER

Wie schon vorhin erwähnt wurde, bietet UBER eine Vielzahl an Dienstleistungen an. Von der Personenbeförderung bis hin zur Essenslieferung haben sich im Laufe der Jahre immer mehr Fahrdienstleistungen etabliert. Diese Studie beschäftigt sich mit der arbeitsrechtlichen Situation von UBER zu seinen FahrerInnen bzw. Mietwagenunternehmen. Deswegen wird in diesem Zusammenhang nur auf die Dienstleistungen von UBER und auch hier nur im Bereich der Personenbeförderung, näher eingegangen. Die folgenden zwei Überschriften sollen veranschaulichen, welche Personenbeförderungsdienstleistungen von UBER in Österreich angeboten und vertreten werden.

2.2.1 Zusammenarbeit mit Beförderungsunternehmen

In Österreich arbeitet UBER ausschließlich mit Mietwagenunternehmen zusammen. Grund hierfür ist die österreichische und europäische Gesetzeslage, die es dem Unternehmen nicht ermöglicht, andere Formen der Personenbeförderung anzubieten, ohne dass sich daraus ein direktes Dienstverhältnis von UBER zu seinen Fahrern ergeben würde. Zu den angebotenen Dienstleistungen gehören UBERX, UberBlack und UberVAN.¹¹

2.2.2 Direkte Zusammenarbeit mit FahrerInnen

Ursprünglich arbeitete UBER mittels des Dienstes „UBER-Pop“, der in Österreich nicht angeboten wurde, direkt mit Privatpersonen und der von ihnen gelenkten PKWs zusammen. Das Unternehmen vermittelte eingegangene Aufträge an registrierte Fahrer, die in weiterer

⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 107

¹⁰ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 57

¹¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 108

Folge die Aufträge annehmen oder auch ablehnen konnten. Dieser Dienst wurde jedoch nach der EuGH Entscheidung (EuGH/C-434/15) vom 20.12.2017, schrittweise in ganz Europa wieder eingestellt. Der Vermittlungsdienst UBER-Pop wurde ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als reine Vermittlungsdienstleistung, sondern als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung und somit als Verkehrsdienstleistung eingestuft. Das Unternehmen hätte die dafür notwendigen Konzessionen, wie jene eines Mietwagen- oder Taxiunternehmens, benötigt. Die derzeitige Gewerbeberechtigung von UBER bezieht sich jedoch nur auf die eines Reisebüros, welche auch die Vermittlung von Mietwägen mit einschließt.¹²

2.3 Abwicklung der Dienstleistung

Die Transportdienstleistung von UBER wird hierbei meist über ein Drei-Personen-Verhältnis abgewickelt. Zum einen kommuniziert das Unternehmen mit seinen registrierten FahrerInnen/Mietwagenunternehmen und zum anderen mit seinen KundeInnen. Die Kommunikation erfolgt dabei über die von UBER bereitgestellte App, auf der sich beide Seiten registrieren und auch identifizieren müssen, um die Dienstleistung von UBER in Anspruch nehmen zu können.¹³

2.3.1 Abwicklung der Fahrt aus Sicht des Kunden

Damit der Kunde/die Kundin die Dienstleistung in Anspruch nehmen kann, muss sich dieser/diese auf der Seite des Unternehmens bzw. auf der dafür vorgesehen App als Fahrgast anmelden.¹⁴

Bei der Registrierung muss der Kunde/die Kundin zusätzlich eine Zahlungsart auswählen, von der der geforderte Betrag bei Beendigung der Fahrt abgebucht werden kann. Zur Auswahl steht hierbei die Zahlung mittels Kreditkarte sowie auch PayPal. Des Weiteren gibt es nun auch die Möglichkeit, die Fahrt mittels Bargeld direkt beim Fahrer zu bezahlen.¹⁵

¹² Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, *ecolex* 2018, 284

¹³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 108

¹⁴

https://auth.uber.com/login/?uber_client_name=riderSignUp&source=auth&next_url=https%3A%2F%2Friders.uber.com%2F%3F_ga%3D2.87056088.1793951071.1572532698-503888280.1572532698&_ga=2.45234020.1793951071.1572532698-503888280.1572532698 (Stand: 31.10.2019)

¹⁵ <https://www.uber.com/de-AT/blog/barzahlung/> (Stand: 31.10.2019)

Nach erfolgreicher Registrierung hat nun der Kunde/die Kundin die Möglichkeit, eine Fahrt über die App zu buchen. Dafür muss der Kunde/die Kundin zuerst den gewünschten Zielort und in weiterer Folge einen Abholort in die Applikation bzw. auf der Webseite eintragen. Nach Bestätigung der Daten muss der Auftrag von einem Fahrer/einer Fahrerin bzw. Mietwagenunternehmen angenommen werden. Im Anschluss wird dem Kunden/der Kundin der Beförderer angezeigt, der die Transportfahrt übernehmen würde. Der Auftraggeber/die Auftraggeberin muss dann nur noch den Beförderer bestätigen. Ist dieser Schritt erfolgt, werden dem Kunden/der Kundin die voraussichtliche Ankunftszeit sowie die entsprechenden Daten (Name, Fahrzeug, Kennzeichen) des Beförderers übermittelt. Sobald der Fahrer/die Fahrerin beim gewünschten Abholort angekommen ist, wird der Kunde/die Kundin über die App darüber informiert.¹⁶

Wenn das Ziel erreicht wurde, ist die Fahrt beendet und der zu bezahlende Betrag wird automatisch von dem angegebenen Zahlungskonto abgebucht. Wurde vor Fahrtantritt die Option Barzahlung ausgewählt, welche in manchen Städten angeboten wird, so hat der Kunde/die Kundin nach Beendigung der Fahrt die Möglichkeit, den Betrag auch direkt mittels Bargeld beim Beförderer zu begleichen.¹⁷

Nach erfolgreicher Beendigung der Dienstleistung, erhält der Auftraggeber/die Auftraggeberin eine E-Mail, in der die genaue Fahrtroute auf einer Karte, mit Datum und Uhrzeit, aufgewiesen wird. Zudem erhält der Kunde/die Kundin nochmals den Vor- und Nachnamen seines Fahrers/seiner Fahrerin sowie eine Aufforderung, eine Bewertung, auf einer 5-Sterne Skala, über den Fahrer/die Fahrerin abzugeben. Zusätzlich beinhaltet die E-Mail einen Link, die es dem Kunden/der Kundin ermöglicht, auf seine Rechnung zuzugreifen.¹⁸ Umgekehrt wird der Fahrer/die Fahrerin ebenso aufgefordert, eine Bewertung von seinen KundInnen vorzunehmen. Dadurch will UBER sowohl Vertrauen als auch gegenseitigen Respekt untereinander fördern.¹⁹

2.3.2 Abwicklung der Fahrt aus Sicht des Fahrers/der Fahrerin

Die FahrerInnen von UBER verfügen ebenfalls über eine Applikation des Unternehmens, die sie für die Nutzung aktivieren müssen. Bei Benutzung der App können die FahrerInnen Nachfragen von KundInnen, welche sich in unmittelbarer Umgebung befinden und einen

¹⁶ <https://www.uber.com/at/de/ride/how-it-works/> (Stand: 31.10.2019)

¹⁷ <https://www.uber.com/at/de/ride/how-it-works/> (Stand: 31.10.2019)

¹⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 109

¹⁹ <https://help.uber.com/de-DE/riders/article/wie-funktioniert-uber?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e> (Stand: 31.10.2019)

Auftrag an UBER übermittelt haben, sehen. Nach dessen Annahmen wird dem Beförderer/der Beförderin die Route zu der Kundschaft angezeigt. Sobald der Kunde/die Kundin am Bestellort eingestiegen ist, bestätigt der Fahrer/die Fahrerin seinerseits die Auftragsdurchführung und erhält von UBER die vorgeschlagene Route zum Zielort. Nach Beendigung der Fahrt bestätigt der Fahre/die Fahrerin dies in der App und erhält von UBER eine Aufforderung zur Bewertung seiner/ihrer Kundschaft. Dies erfolgt wie auch bei den KundInnen anhand einer 5-Sterne Skala.²⁰

In Österreich muss die Nutzung der Applikation mit Abstimmung des Mietwagenunternehmens, in dem der Fahrer/die Fahrerin angestellt ist, erfolgen. In weiter Folge kann das Mietwagenunternehmen Aufträge an dessen FahrerInnen weitergeben, die von UBER erhalten worden sind. Der/die Beauftragte muss diese Buchung dann nur noch annehmen und erhält von UBER die entsprechende Route.²¹

Damit Unternehmen in Österreich für UBER tätig sein können, müssen sich diese bei UBER in den Kategorien UberX, UberVAN oder UberBlack als Partner registrieren. Dabei ist es wichtig, dass die Unternehmen die dafür notwendige Lizenz besitzen.²²

2.4 Die Zulassung als UBER-FahrerIn in Österreich

Um in Österreich als UBER-FahrerIn tätig sein zu können, muss man sich als Erstes bei UBER registrieren. Dies kann in Form eines Ein-Personen-Unternehmen erfolgen, wobei die dafür notwendigen Unterlagen an UBER zu senden sind. Neben dem Gewerbeschein eines Taxi- oder Mietwagengewerbes, werden des weiteren Zulassungsschein, UID-Nummer, ein gültiger Führerschein, ein zusätzlicher Ausweis und ein Profilbild verlangt. Des Weiteren besteht die Möglichkeit, in einem Mietwagengewerbe angestellt zu sein, welches als UBER-Partner seine Fahrer zur Verfügung stellt.²³

Oftmals ist es jedoch so, dass die UBER-FahrerInnen unter dem Dach eines Mietwagenbetriebs offiziell tätig sind, doch tatsächlich nur von diesem einen Mietwagen pachten. Der genaue

²⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 109

²¹ <https://www.uber.com/at/de/drive/driver-app/> (Stand: 01.11.2019)

²² <https://help.uber.com/de-DE/partners/article/voraussetzungen-f%C3%BCr-die-registrierung-als-partner-fahrer?nodeId=d4a4038b-2553-4917-af9c-132135feece7> (Stand: 01.11.2019)

²³ <https://www.uber.com/at/de/drive/requirements/> (Stand: 06.11.2019)

Ausdruck in diesem Zusammenhang wird auch „Schwarzpacht“ genannt. Ein illegaler Weg, um die Grundvoraussetzungen für die Nutzung der UBER-App als Fahrer zu nutzen.²⁴

Des Weiteren muss ein Verrechnungskonto angegeben werden und man muss sich der Datenschutzrichtlinie des Unternehmens unterwerfen. In der Datenschutzerklärung stimmt der Fahrer/die Fahrerin zu, dass alle Daten im Zusammenhang mit Person und Fahrzeug von UBER erfasst werden. Zu diesen Daten gehören Transaktionsinformationen, Nutzungsdaten, Geräteinformationen, Kommunikationsdaten sowie Informationen aus anderen Quellen.²⁵

2.5 UBER-Richtlinie

Um für UBER tätig sein zu können, ist es notwendig, sich auch der UBER-Richtlinie zu unterwerfen, welche die Voraussetzungen für die Nutzung der App vorgibt. Bei Nichteinhaltung kann es dem Nutzer/der Nutzerin passieren, dass sein/ihr Konto vorübergehend oder dauerhaft deaktiviert wird. Neben der Einhaltung von bestimmten Verhaltensweisen sowie Gesetzen der jeweiligen Länder, unterwerfen sich die FahrerInnen auch einem Qualitätsbewertungssystem, welches sich aus einer KundInnenbewertung, Stornierungsquote sowie einer Akzeptanzrate zusammensetzt.²⁶

2.5.1 KundInnenbewertung

Wie schon im Vorfeld erwähnt, müssen sowohl KundInnen als auch FahrerInnen nach Fahrtende eine Bewertung des jeweiligen Gegenübers vornehmen. Diese Bewertung erfolgt hierbei mittels einer 5-Sterne Skala. Damit die FahrerInnen weiterhin genügend Aufträge erhalten, ist es notwendig, diese Durchschnittsbewertung möglichst auf einem hohen Niveau zu halten. UBER hat dabei kein einheitliches System zur Berechnung der Durchschnittsbewertung, sondern geht davon aus, dass es je nach Region und Stadt Unterschiede im Bewertungsverhalten der KundInnen gibt. Als Maßzahlen nimmt sich UBER jedoch die Bewertung der letzten 500 Fahrten bzw. den Wert darunter, sofern noch keine 500 Fahrten getätigt wurden. Damit möchte man es den AuftragnehmerInnen ermöglichen, ihr Rating im Laufe der Zeit wieder zu verbessern. Je nach Land kommen dann noch weitere Bewertungsfaktoren zum Einsatz, um die Durchschnittsbewertung zu erhalten.²⁷

²⁴ Jakob Winter, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

²⁵ https://privacy.uber.com/policy?_ga=2.37112352.100499665.1573055188-819258104.1573055188 (Stand: 06.11.2019)

²⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 110

²⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 110

2.5.2 Stornierungsquote

Eine weitere Qualitätsbewertung der AuftragnehmerInnen ist die Stornierungsquote. Wurden Buchungen von FahrerInnen angenommen und in weiterer Folge jedoch wieder storniert, so erhält der Fahrer/die Fahrerin einen Stornierungseintrag in seinem/ihrem Profil. Dadurch soll den KundInnen veranschaulicht werden, wie zuverlässig ein Fahrer/eine Fahrerin ist. Je höher die Stornierungsquote eines Fahrers/einer Fahrerin ist, desto wahrscheinlicher wird es sein, dass sich die Kundschaft für einen anderen Fahrer/eine andere Fahrerin entscheidet.²⁸

2.5.3 Akzeptanzrate

Mit der Akzeptanzrate will das Unternehmen verhindern, dass viele potenzielle LenkerInnen die App nutzen, ohne dass diese Aufträge annehmen. Der Fahrer/die Fahrerin erhält nur eine hohe Akzeptanzrate, wenn ein Großteil der eingehenden Aufträge angenommen wird. Hingegen kann das Unternehmen auch beschließen, wenn dieses Rating zu niedrig ausfällt, den betreffenden Nutzer/die betreffende Nutzerin durch Inaktivität vorübergehend die Zugangsberechtigung zu entziehen.²⁹

2.6 Fahrpreiszusammensetzung bei UBER

Für die Preisermittlung einer Fahrt bedient sich UBER neben der zurückgelegten Strecke, sowie der Art der Beförderung, auch einer dynamischen Preisanpassung namens „surge pricing“.³⁰ Beim „surge pricing“ ermittelt das Unternehmen die Fahrtanfragen in einer bestimmten Region und erhöht bei hoher Nachfrage die Preise in diesem Gebiet. Dadurch will man die FahrerInnen motivieren, zu bestimmten Zeiten aktiver zu sein, da dort die Preise lukrativer sind und somit mehr Umsatz beim Auftragnehmer bleibt.³¹

Das System hat jedoch auch seine Tücken. So gab es schon einige Fälle bei denen die Preisermittlung mittels „surge pricing“ gewaltig fehl gelaufen ist. Als Beispiel kann hier die Geiselnahme in Sydney genannt werden, bei der es drei Tote gab. Die Menschen wollten in Folge der Geiselnahme so schnell wie möglich aus der Region flüchten und benutzen dabei auch vermehrt den Dienst des Fahrdienstvermittlers UBER. Das System erkannte die erhöhte

²⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 111

²⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 111

³⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 111

³¹ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 56

Nachfrage in jenem Gebiet und erhöhte dort innerhalb von kürzester Zeit den Fahrpreis um das Vierfache.³²

Ein weiteres Beispiel ist auch die Silvesternacht in den USA. Oftmals erhöhen sich in dieser Nacht die Preise um das Zehnfache des Normalpreises. Der nachträgliche Shitstorm wird von UBER hingenommen und man hält weiterhin an dem System fest.³³

Gleichzeitig verringert das Unternehmen auch oftmals seine Preise in einem gewissen Gebiet, um sich dort schneller zu etablieren. So auch im Jahr 2015 in Paris, als das Unternehmen beschloss, kurzfristig die Preise aller Fahrten um 25 Prozent zu reduzieren. Das sich dadurch auch das Einkommen der FahrerInnen plötzlich um 25 Prozent bei gleicher Leistung minimiert, war dem Unternehmen gleichgültig.³⁴

2.7 Die Umsatzbeteiligung von UBER

Wie schon im Geschäftsmodell dargestellt wurde, behält sich UBER für die Bereitstellung der Vermittlungs-App einen gewissen Prozentsatz vom Umsatz des Fahrers/der FahrerIn ein. Dieser Prozentsatz beläuft sich in der Regel zwischen 20 und 30 Prozent. Wie man sehen kann, handelt es sich dabei um keinen fixen Prozentsatz und so kann es zu unterschiedlichen Umsatzbeteiligungen kommen, je nachdem in welcher Stadt man tätig ist. Zudem hat UBER in einigen Städten ein Umsatzmodell bei dem sich der Prozentsatz verringert, je mehr Fahrten von einem Fahrer/einer FahrerIn durchgeführt werden. So behält sich UBER z.B. für die ersten 20 Fahrten 30 Prozent des Umsatzes ein. Für die nächsten 20 Fahrten werden dann nur noch 25 Prozent abgezogen. Wurden mehr als 40 Fahrten in einem Monat durchgeführt, so beläuft sich die Umsatzbeteiligung nur noch auf 20 Prozent. Damit möchte UBER einen Anreiz schaffen, der die Lenker dazu animiert, mehrere Aufträge anzunehmen und somit aktiver zu sein.³⁵

2.8 Einkommen der FahrerInnen

Nach Fahrtende, wird der zu bezahlende Betrag vom angegebenen Konto des Kunden/der Kundin abgebucht oder dem Fahrer/der FahrerIn bar übergeben. Wird das Geld vom Konto des Kunden/der Kundin einbezogen, so wird die Summe nach Abzug der Umsatzbeteiligung von UBER auf dem UBER-Konto des Fahrers/der FahrerIn gutgeschrieben.³⁶ Der Betrag ist für den

³² Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 57

³³ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 57

³⁴ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 57

³⁵ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 57

³⁶ <https://help.uber.com/partners/article/wie-wird-meine-bezahlung-berechnet?nodeId=35d38196-8bcf-4a85-8ae5-214e6a95603d> (Stand: 07.11.2019)

Beförderer zu jederzeit auch in der App ersichtlich. So kann dieser/diese seine/ihre Umsätze immer im Auge behalten. Die Auszahlung erfolgt dann auf zwei verschiedene Weisen. Zum einen kann sich der Fahrer/die Fahrerin dafür entscheiden, dass der Betrag wöchentlich auf sein/ihr Konto überwiesen wird. Die andere Option wäre die „Cash Out“ Funktion, bei der ein Fahrer/eine Fahrerin jederzeit die Möglichkeit hat, das derzeitiges Guthaben auf sein/ihr Bankkonto zu überweisen.³⁷

Diese zwei Zahlungsmodalitäten betreffen jedoch nur FahrerInnen, welche als Ein-Personen-Unternehmen tätig sind und somit keine Mitarbeiter unter sich haben. Anders ist es bei Angestellten eines Mietwagenunternehmens. Hier erhält der Chef/die Chefin des Unternehmens, der mit UBER einen Partnervertrag besitzt, den Umsatz nach Abzug der 20-30 prozentigen Umsatzbeteiligung. Wie die MitarbeiterInnen in weiterer Folge entlohnt werden, kümmert UBER nicht weiteres, da es nur einen Vermittlungsvertrag mit dem Unternehmer des Mietwagengewerbes gibt.³⁸

³⁷ <https://help.uber.com/partners/article/wann-erhalte-ich-meine-w%C3%B6chentliche-auszahlung?nodeId=42973e65-45a8-4aaf-90d5-d3e97ab61267> (Stand: 07.11.2019)

³⁸ *Jakob Winter*, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

3 Rechtliche Einordnung von UBER – Taxi, Mietwagen oder Technologieunternehmen?

Immer wieder kommt es in Bezug mit UBER zu Rechtsstreitigkeiten, da das Unternehmen bei seiner rechtlichen Einordnung eine andere Sichtweise klarstellt, als es die Gesetzgebung eigentlich sehen würde. Da es sich bei UBER um einen Dienst der Personenbeförderung handelt, muss dieses im Miet- oder Taxigewerbe geregelt sein. UBER selbst sieht sich in diesem Zusammenhang nur als reine Technologieplattform. Die hM ist jedoch nicht dieser Auffassung, da UBER einen erheblichen Einfluss auf dessen FahrerInnen ausübt. Speziell bei Ein-Personen-Unternehmen wird zu prüfen sein, ob die Arbeitnehmereigenschaft gegeben ist.³⁹

3.1 Mögliche gewerberechtliche Regelungen

Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen ist in Österreich sowohl im Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelVerkG), als auch in Betriebsordnungen (BO) für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr sowie spezifischen Länder-rechtlichen Vorschriften geregelt. Einer dieser Landes-rechtlichen Vorschriften wäre z.B. die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung. Sie schreibt den LenkerInnen die Qualifikationen und die Ausstattungen für die eingesetzten Fahrzeuge vor.⁴⁰ In weiterer Folge wird näher auf die Begriffe des Gelegenheitsverkehrs-Gesetz und der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung eingegangen.

3.1.1 Das österreichische Gelegenheitsverkehrs-Gesetz und die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

Zu hinterfragen ist, wo UBER rechtlich einzustufen ist und ob das Unternehmen für seinen bereitgestellten Dienst eine Konzession nach dem GelVerkG benötigt oder nicht. Laut Auffassung von § 2 Abs 1 iVm Abs 3 GelVerkG braucht es für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen eine dafür notwendige Konzession. Alle Gewerbe, die in § 3 Abs 1 GelVerkG aufgezählt werden, müssen einen Antrag auf Erteilung einer Konzession bei der Behörde, die für den beabsichtigten Standort zuständig ist, einreichen.

³⁹ Lukas Disarò, Uber-Geschäftsmodell in Österreich in Gefahr, Der Standard 2018/03/02

⁴⁰ Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecolex 2018, 284

Der Beförderungsauftrag, der sich aus der bereitgestellten Applikation von UBER ergibt, würde dabei unter jene des im § 3 Abs 1 Z 2 oder Z 3 GelVerkG aufgezählten Dienstleistungen eines **Mietwagen- oder Taxigewerbes** fallen. § 3 Abs 1 Z 2 und 3 GelVerkG lauten wie folgt:

für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Kraftfahrzeugen (Omnibussen oder Personenkraftwagen), unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe); oder (§ 3 Abs 1 Z 2 GelVerkG)

für die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden (mit Kraftfahrzeugen betriebenes Platzfuhrwerks-Gewerbe (Taxi-Gewerbe)); diese Gewerbeberechtigung umfasst 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 (§ 3 Abs 1 Z 3 GelVerkG)

In weiterer Folge wird näher auf die zwei Begriffe (Mietwagen- und Taxigewerbe) eingegangen und es werden die Parallelen zu den UBER-Fahrern aufgezeigt.

3.1.1.1 Mietwagen- und Taxigewerbe laut GelVerkG

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit der Frage beschäftigt, in welcher Art und Weise sich das Taxi und Mietwagengewerbe voneinander unterscheiden und ist zu folgenden Entschluss gekommen:

Das Mietwagengewerbe ist dem Bedürfnis nach der Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises auf Grund besonderer Aufträge zu dienen bestimmt und wird erfahrungsgemäß zur Durchführung von Fahrten auf längere Dauer mit entfernteren Fahrzielen in Anspruch genommen, während das Wesen des Taxigewerbes darin liegt, dass Pkw zur Durchführung irgendwelcher, meist kurzer Fahrten innerhalb eines enger umgrenzten Gebietes im Bedarfsfall bereitgehalten werden (VwGH 26.4.1995, 94/03/0289)

Zudem wurde das Tatbestandselement des „geschlossenen Teilnehmerkreises“, der in § 3 Abs 1 Z 2 GelVerkG erwähnt wird, näher erläutert:

Das im § 3 Abs 1 Z 2 GelVerkG für die Definition des Mietwagengewerbes normierte Tatbestandselement des "geschlossenen Teilnehmerkreises" ist nicht nur mit dem Transport mehrerer Personen erfüllt, sondern auch der Transport einer einzelnen Person kann, sofern die

zu befördernde Person bereits im erteilten Auftrag individualisiert ist, das Erfordernis des geschlossenen Teilnehmerkreises erfüllen (VwGH 15.12.1993, 93/03/0032)

Der Umfang, der im Rahmen der Beförderung zu erbringenden Leistung, muss schon vor Fahrtantritt bestimmt sein. Dazu gehört neben dem Abhol- und Zielort auch die Entgeltberechnung für die Entfernung der zu erbringenden Beförderungsleistung. Für die Berechnung der Fahrkosten ist in erster Linie die Entfernung des einhergehenden Fahrauftrags maßgebend, der für die Beförderungsleistung zu erbringen ist.⁴¹

Um das Erfordernis des geschlossenen Teilnehmerkreises zu erfüllen, muss der Personenkreis schon vor Fahrtantritt (spätestens bei der Bestellung) zumindest nach gattungsmäßigen Merkmalen beschrieben werden. Dadurch ist es dem Mietwagengewerbe nicht gestattet, den zu befördernden Personenkreis beliebig zu erweitern. Auf die Anzahl der Fahrgäste kommt es dabei nicht an, sodass die Beförderung einer einzelnen Person für das Kriterium des geschlossenen Personenkreises ausreichen würde. Dies muss jedoch bereits vor Auftrag bekannt gegeben werden.⁴²

Demgegenüber besagt § 3 Abs 1 Z 3 GelVerkG, dass die Personenbeförderung mittels Taxigewerbe für jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten möglich ist. Daraus ergibt sich, dass es beim Taxigewerbe kein Erfordernis eines geschlossenen Teilnehmerkreises gibt. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Anforderung durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen erfolgen kann. Aufgrund des technischen Fortschritts kann man davon ausgehen, dass dabei jegliche Art von Fernmeldeeinrichtung angenommen werden kann. Dazu zählen neben der Abgabe einer Anfrage über das Telefon auch solche Anfragen, die über das Internet oder via App (so wie es bei UBER der Fall ist) erfolgen.⁴³

3.1.1.2 Die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

a. Rückkehrpflicht und zeitgleiche Auftragserteilung

Laut § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung ergibt sich folgende Regelung für den Betrieb eines Mietwagengewerbes in Wien: *"Die Aufnahme der*

⁴¹ Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 750

⁴² Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecolex 2018, 285

⁴³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 122

Fahrgäste darf nur am Standort (in der Betriebsstätte) des Gewerbetreibenden oder an dem Ort erfolgen, der aufgrund einer in der Wohnung oder Betriebsstätte des Gewerbetreibenden eingegangenen Bestellung für die Fahrgastaufnahme vorgesehen ist. Dies gilt auch für Kraftfahrzeuge, die mit Funk oder Autotelefon ausgestattet sind. Mit Mietwagen ist nach Beendigung des Auftrages wieder zu einer Betriebsstätte des Gewerbetreibenden zurückzukehren. Bei Leerfahrten dürfen Fahrgäste nicht aufgenommen werden, es sei denn, es handelt sich um eine in der Betriebsstätte oder in der Wohnung des Gewerbetreibenden eingelangte Bestellung auf Abholung von Fahrgästen."

Die wortgleiche Bestimmung fand sich bereits in § 53 Abs 3 der BO 1986, die der VfGH wie folgt auslegte: *"Bestellungen von Mietwagen sind - auf welche Art auch immer (persönlich, schriftlich, telefonisch) - in der Betriebsstätte oder der Wohnung des Gewerbetreibenden aufzugeben. [...]"*

Anhand dieser Regelungen kann festgehalten werden, dass ein Beförderer eines Wiener Mietwagenunternehmens nur dann an einem anderen Ort als der Betriebsstätte des Unternehmens aufnehmen darf, wenn die Bestellung zuerst in der Wohnung oder der Betriebsstätte des Gewerbetreibenden eingegangen ist. Dabei muss es sich laut Rsp. um einen „hinreichend bestimmte“ Bestellung handeln. Befindet sich der/die Beauftragte auf der Rückfahrt zur Betriebsstätte so dürfen auch hier keine Fahrgäste spontan aufgenommen werden. Nur unter der Voraussetzung, dass eine Bestellung zuvor in der Betriebsstätte eingegangen ist, dürfen bei Leerfahrten Fahrgäste aufgenommen werden.⁴⁴

Zudem kann festgestellt werden, dass der/die MietwagenfahrerIn nach Beendigung der Fahrt wieder zur Betriebsstätte des Gewerbetreibenden zurückkehren muss.

Hier stellt sich die Frage, ob der/die FahrerIn tatsächlich nach jedem beendeten Beförderungsauftrag mit einer Leerfahrt zur Betriebsstätte zurückkehren muss, oder ob hier auch die Möglichkeit besteht, wieder einen Fahrgast aufzunehmen?

Da die Bestimmung des § 53 Abs 3 der BO 1986 mit jener des § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung wortgleich übereinstimmt, kann hier auf die Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs verwiesen werden:

"Bestellungen von Mietwagen sind - auf welche Art immer (persönlich, schriftlich, telefonisch) - in der Betriebsstätte oder der Wohnung des Gewerbetreibenden aufzugeben. Der Fahrgast

⁴⁴ Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57, 401

kann dann aber an jedem beliebigen, anlässlich dieser Bestellung vereinbarten Ort aufgenommen werden, auch wenn sich der Mietwagen gerade auf der Rückfahrt zur Betriebsstätte und insofern auf einer Leerfahrt befindet. Die Methode, wie der Mietwagenlenker von der erfolgten Bestellung erfährt, ist ihm und dem Gewerbetreibenden überlassen." (VfGH 16. 10. 1991, V 52/91)

§ 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung kann somit dahingehend ausgelegt werden, dass die Bestellung von einem Mietwagen zwar in der Betriebsstätte des Mietwagenunternehmens eingehen muss, doch in weiter Folge muss sich der/die FahrerIn nicht in dieser befinden und kann somit auch bei einer Leerfahrt zum Unternehmen einen Fahrgast aufnehmen.⁴⁵ Der Auftrag muss allerdings von der Betriebsstätte zum Beförderer/zur Beförderin erfolgen.

Zu hinterfragen ist noch, ob es rechtlich zulässig ist, dass ein Auftrag der in die Betriebsstätte des Unternehmens eingeht, auch gleichzeitig auf der App des Fahrers/der Fahrerin ersichtlich sein darf. Das würde die „Informationskette“ des § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung erheblich verkürzen. In Hinblick auf den Verordnungstext und der dazu ergangenen Judikatur kann dieser Vorgang der zeitgleichen Bestellung bejaht werden, da das Erfordernis des Eingangs der Bestellung „in der Betriebsstätte des Unternehmens“ gewahrt wird. Durch die rasante Entwicklung der Technologie würde sich daher auch nichts ändern, wenn die Bestellung zuerst in die Betriebsstätte einlangen würde, da sie dort innerhalb kürzester Zeit weitergeleitet werden könnte. Trotzdem bleibt es erforderlich, dass der Auftrag auch an die Betriebsstätte des Unternehmers eingeht.⁴⁶

Verwendung von Messinstrumenten zur Fahrpreisbestimmung

§ 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung besagt folgendes: *„Die Kennzeichnung als Mietwagenkraftfahrzeug darf nur in einer nicht mit der Kennzeichnung als Taxikraftfahrzeug verwechselbaren Weise erfolgen. Insbesondere ist die Verwendung von Dachschildern und Leuchten, Freizeichen und Messinstrumenten zur Preisbestimmung nicht gestattet.“*

Aus dieser Regelung ist ersichtlich, dass die Verwendung von Messinstrumenten zur Preisbestimmung für das Mietwagengewerbe nicht gestattet ist. Dazu zählen Messinstrumente,

⁴⁵ Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57, 401

⁴⁶ Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57, 402

die zur Preisbestimmung die zurückgelegte Fahrtstrecke und/oder die Fahrzeit heranziehen. Dem Mietwagengewerbe ist es daher nur gestattet, Fahrten durchzuführen, wenn vor Fahrtantritt eine Vereinbarung über den Preis getroffen wurde. Dieser kann sich in Folge durch die zurückgelegte Strecke und die ungefähre Dauer der Fahrt ergeben. Doch kommt es im Laufe der Fahrt zu einer Verzögerung (z.B. Stau oder Baustelle), so darf sich der Preis dadurch nicht mehr verändern.⁴⁷

Wird hingegen doch ein Messinstrument zur Fahrpreisbestimmung durch das Mietwagenunternehmen verwendet, so liegt ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung vor. Wird die Personenbeförderung anhand eines solchen Messinstruments ausgeführt, so handelt es sich begriffsmäßig schon nicht um einen Beförderungsauftrag des Mietwagengewerbes, sondern um eine Beförderung im Rahmen einer Taxifahrt, die dafür die notwendige Konzession eines Taxigewerbes benötigt.⁴⁸

3.1.1.3 Schlussfolgerung auf UBER-FahrerInnen:

Hinsichtlich der zuvor erwähnten Regelungen kann nun eine erste Einschätzung zu den FahrerInnen die für UBER tätig sind getroffen werden. Die folgenden Kriterien geben einen Überblick darüber, in welchen Gewerbebezweig die FahrerInnen von UBER überhaupt tätig sind.

a. Besonderer Auftrag oder kurze Fahrt

Laut Auffassung des VwGHs handelt es sich bei Beförderungen von Mietwagenfahrer um eine fix geplante Reise, die in der Regel auf längere Distanz ausgerichtet ist. Demgegenüber handelt es sich bei Taxifahrten um eher spontane kurzfristige Beförderungswünsche auf kurze Distanz.⁴⁹

Zum einen handelt es sich bei den Aufträgen von Uber um fix vorgegebene Reisen, doch werden diese meist spontan und auf eher kurze Distanzen (Stadtgebiet) erbracht. Hier kann man meines Erachtens kein eindeutiges Fazit erstellen, welches die FahrerInnen von UBER in eines

⁴⁷ Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 751

⁴⁸ Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 751

⁴⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 120

der beiden Gewerbe einordnet, da hier sowohl Kriterien des Mietwagengewerbes als auch jenes des Taxigewerbes erfüllt werden.

b. Umfang der Leistung

Da bei einem Kundenauftrag schon der Start und Zielort, durch Eingabe des Kunden/der Kundin in der Applikation vor Fahrtantritt feststeht, würde es sich hierbei um einen Beförderungsauftrag des Mietwagengewerbes handeln. Zudem wird dem Kunden/der Kundin schon vor Fahrtantritt der zu zahlende Betrag via Applikation angezeigt. Dadurch ist auch das Kriterium der Entgeltberechnung vor Fahrtantritt gegeben.

c. Geschlossener Teilnehmerkreis

Aufgrund der Tatsache, dass sich der Kunde/die Kundin vor Fahrtantritt in die Applikation einloggen muss, kommt es bereits zu diesem Zeitpunkt zu einer Individualisierung der Personen, die den Beförderungsauftrag in Anspruch nehmen möchten. Diese Information ist auch in weiterer Folge für den/die zur Beförderung beauftragten FahrerIn ersichtlich.⁵⁰ Ob es sich hierbei um eine oder mehrere Personen handelt, ist für dieses Tatbestandsmerkmal unwesentlich. Es muss lediglich vor Fahrtantritt bekannt sein.

Das Merkmal des geschlossenen Teilnehmerkreises würde damit erfüllt sein und deswegen würden UBER-FahrerInnen anhand dieses Kriteriums in das Mietwagengewerbe eingestuft werden.

d. Aufnahme bei Betriebsstätte

Der Dienst von UBER wird dahingehend oft als ein Dienst des Taxigewerbes eingestuft, weil die FahrerInnen von UBER ziellos durch die Straßen fahren und dort auf Aufträge des Unternehmens warten.⁵¹ Die für UBER tätigen FahrerInnen sind jedoch aus dem Mietwagengewerbe, welches laut § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-

⁵⁰ Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, *ecolex* 2018, 285

⁵¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 122

Betriebsordnung vorschreibt, dass ein Auftrag nur in der Betriebsstätte des Unternehmens angenommen werden darf und des Weiteren der Beförderer/die Beförderin nach Bedingung des Auftrags wieder in diese zurückkehren muss.⁵²

Der VfGH hat diese Bestimmung jedoch dahingehend ausgelegt, dass ein Auftrag auch außerhalb der Betriebsstätte angenommen werden darf, wenn dieser in der Betriebsstätte eingegangen ist und sich der Fahrer/die Fahrerin gerade auf der Rückfahrt von einem vorherigen Auftrag befindet. In so einem Fall darf ein Fahrgast an jedem beliebigen Ort aufgenommen werden, sofern die Bestellung den Bestimmungen des Mietwagengewerbes entspricht (fixer Preis, Abholort, Zielort, Individualisierung des Personenkreises).⁵³

Somit ist es dem Beförderer/der Beförderin des Mietwagengewerbes auch außerhalb der Betriebsstätte gestattet, Fahrgäste aufzunehmen. Ob die Aufträge jedoch im Zuge einer Rückfahrt angenommen wurden oder ob der Fahrer/die Fahrerin gerade aus der Betriebsstätte gekommen ist, um den Auftrag anzunehmen, muss in weiterer Folge Einzelfallabhängig geprüft werden.

e. Zeitgleiche Auftragserteilung

Nachdem ein Auftrag in der Applikation von UBER eingegangen ist, wird dieser zeitgleich an mehrere Mietwagenunternehmen und dessen FahrerInnen verteilt, die sich in der Nähe des Kunden/der Kundin befinden. § 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung besagt, dass die Aufnahme jedoch erst dann erfolgen darf, nachdem der Auftrag in der Betriebsstätte oder Wohnung des Unternehmens eingegangen ist. Ein zeitgleiches Versenden an den Gewerbetreibenden und den ausführenden MietwagenfahrerInnen steht hingegen nicht entgegen, sofern der Auftrag zumindest zum selben Zeitpunkt auch beim Gewerbetreibenden eingeht.⁵⁴

f. Messinstrumente

UBER verwendet zur Ermittlung des Fahrpreises neben einem dynamischen Preismodell namens „surge pricing“ auch weitere Indikatoren wie zurückgelegte Strecke und Art der

⁵² Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 751

⁵³ Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 751

⁵⁴ Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57, 402

Beförderung.⁵⁵ Nun ist es jedoch dem Mietwagenunternehmen gemäß § 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung untersagt, Messinstrumente zu verwenden, die den Preis mittels zurückgelegter Fahrstrecke und/oder Fahrzeit ermitteln.⁵⁶

Um sich den Regeln des Mietwagengewerbes anzupassen, hat UBER im Laufe der Zeit seine Ermittlung des Fahrpreises dahingehend verändert, sodass nun schon vor Fahrtantritt der Preis für den Beförderungsauftrag feststeht. Mit dieser Änderung ist es dem Unternehmen noch immer möglich, seine Preisbestimmung mittels der Applikation vorzugeben ohne gegen die Bestimmung des § 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung zu verstoßen.⁵⁷

Fazit für UBER-Fahrer

Wie schon vorhin erwähnt wurde, arbeitet UBER in Österreich mit Mietwagenunternehmen zusammen. Anhand der vorliegenden Kriterien kann dem Beförderungsauftrag, der sich zwischen den Mietwagenunternehmen und den KundInnen ergibt, nichts entgegengehalten werden. Alle Bestimmungen, die für das Mietwagengewerbe erforderlich sind, werden von UBER und seinen Mietwagenunternehmen eingehalten. Das einzige, was man diesem Konstrukt entgegenhalten könnte, wären die relativ kurzen Distanzen der Beförderung, die meist spontan durchgeführt werden und die Tatsache, dass man nicht feststellen kann, ob sich die FahrerInnen bei der Fahrgastaufnahme an die Regeln zur Rückfahrt an die Betriebsstätte halten.

Voraussetzung für die Durchführung solcher Beförderungsaufträge als Mietwagenunternehmen, ist eine Konzession nach § 3 Abs 1 Z 2 GelVerkG.

Hierbei handelt es sich jedoch nur um den Beförderungsauftrag, der sich zwischen den Beförderungsunternehmen und den KundInnen ergibt. In weiterer Folge wird auf die Einordnung der Tätigkeit von UBER näher eingegangen.

⁵⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 111

⁵⁶ Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101, 751

⁵⁷ Leopold Rössner/Marcus Bachmayr-Heyda, Uber in Österreich - Quo vadis?, Wiener Zeitung 2018/20/04

3.2 Unternehmensansicht von UBER

Laut den Nutzungsbedingungen des Unternehmens handelt UBER als reiner Vermittler für deren angebotene Verkehrsdienstleistung. UBER stellt lediglich die Plattform bereit, auf der Angebot und Nachfrage zusammenkommen. Bei dem Beförderungsauftrag, der sich zwischen Mietwagenunternehmer und den KundInnen ergibt, wird UBER kein Vertragspartner. Es entsteht lediglich ein Vermittlungsauftrag zwischen UBER und den konzessionierten Mietwagenunternehmen mit denen das Unternehmen zusammenarbeitet. Weiteres führen die Nutzungsbedingungen an, dass UBER Österreich weder als Verkehrsunternehmer noch als Beförderer oder Transportunternehmer tätig wird und auch kein entsprechendes Angebot zur Erbringung einer Transport-, Beförderungs- oder Verkehrsdienstleistung abgibt.⁵⁸

Im Verlauf dieser Arbeit wird die Unternehmensauffassung jedoch noch des Öfteren hinterfragt werden, da UBER in einigen Punkten über die Grenze eines Vermittlers hinausgeht und somit, meines Erachtens, eine andere Position einnimmt.

3.3 Derzeitige Gewerbeberechtigung und Konzession von UBER

Nach derzeitigem Stand wird die Tätigkeit von UBER in Österreich als jene eines Fahrdienstvermittlers angesehen. Dadurch benötigt das Unternehmen weder eine Konzession für das Mietwagen- noch für das Taxiunternehmen.⁵⁹

Gemäß § 126 Abs 1 Z 2 GewO benötigt das Unternehmen für die „*Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen*“ eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Reisebüros welches in § 94 Z 56 GewO 1994 geregelt ist.

Aus diesem Grund musste sich UBER auch kurzzeitig aus dem österreichischen Markt zurückziehen. Nachdem die notwendigen Schritte unternommen wurden, meldete sich das Unternehmen jedoch wieder zurück und hat nun die erforderliche Gewerbeberechtigung eines Reisebüros.⁶⁰

Nach Auffassung einiger Experten, würde eine solche Gewerbeberechtigung jedoch nicht ausreichen, da UBER keinen klassischen Vermittlungsdienst anbieten würde, sondern viel mehr seine eigene Marke generiert. Im Vergleich zu anderen Online-Vermittlungsportalen die ein weites Angebot von unterschiedlichen Unternehmen anbieten, werden bei UBER nur

⁵⁸ <https://www.uber.com/legal/terms/at/> (Stand: 15.11.2019)

⁵⁹ Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57, 400

⁶⁰ Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

Dienstleistungen von FahrerInnen angeboten, die mit UBER kooperieren und von denen das Unternehmen Provision bezieht.⁶¹

Zudem übt UBER einen erheblichen Einfluss auf deren FahrerInnen aus. Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, müssen sich die FahrerInnen den Nutzungsbedingungen des Unternehmens unterwerfen, die neben der Ausstattung des Fahrzeugs und dem Preis noch einige weitere Regelungen umfasst. Ein solcher Einfluss würde eher dem einen Arbeitgebers entsprechen als jenem eines klassischen Vermittlers.⁶²

⁶¹ *Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecolex 2018, 285*

⁶² *Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecolex 2018, 286*

4 Das Aufkommen von Internetplattformen und ihrer arbeitsrechtlichen Problematik

Mit dem Aufkommen der Gig-Economy und den daraus resultierenden Internetplattformen, haben sich auch die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen potenziellen Vertragspartner drastisch verändert. Das Normalarbeitsverhältnis oder auch unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis, welches sich aus der Zeit der Industrialisierung entwickelt hat, wird immer mehr durch andere Arbeitsverhältnisse verdrängt. Durch das Aufkommen atypischer Beschäftigungen kommt es auch immer öfter vor, dass Institutionen des Arbeitslebens (wie Gewerkschaft, Betriebsrat, Kammern, Kollektivverträge) und arbeitsrechtliche Aspekte umgangen werden.⁶³

Warum es hier immer wieder zu einer Umgehung des österreichischen Arbeitsrechts kommt, hängt auch mit der Entstehung des Arbeitsrechts zusammen. Entstanden ist dieses zur Zeit der Industrialisierung, bei der die Arbeit noch hauptsächlich von Männern an einem zentralen Standpunkt durchgeführt wurde.

Im Laufe der Zeit hat sich diese Arbeitskultur jedoch verändert. Zum einen sind nun verstärkt auch Frauen am Arbeitsmarkt tätig, die jedoch oftmals nicht Vollzeit arbeiten können, da hier die nötige Kinderbetreuung fehlt. Zum anderen wurde es immer schwieriger, von einem Gehalt die ganze Familie zu versorgen. Das Resultat war ein Aufkommen von mehr Teilzeitbeschäftigungen. In weiterer Folge wurden daraus befristete Verträge, da die ArbeitgeberInnen flexibel bleiben wollten. Zudem sind die heutigen Bedürfnisse der ArbeitnehmerInnen ganz andere als damals. Wo man damals noch die Regulierungen der Arbeitszeit gefordert wurde, will man sich heute die Arbeitszeit selbst flexibel einteilen können.⁶⁴

Auch der angebotene Dienst des Unternehmen UBER fällt hierbei unter dem Begriff der Gig-Economy. UBER gehört sogar zu dem wichtigsten Auftraggeber in diesem Bereich. Eine genaue Zahl der für UBER tätigen FahrerInnen legt das Unternehmen nicht offen, doch Schätzungen sprechen von über einer Million FahrerInnen weltweit.⁶⁵ Daher befasst sich dieses Kapitel mit den arbeitsrechtlichen Problematiken solcher Unternehmen.

⁶³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 13

⁶⁴ Nenad Memic, Die Flexibilität braucht auch Sicherheit, Arbeit&Wirtschaft 5/2017, 18 ff

⁶⁵ Elisabeth Oberndorfer, Geschäftsmodell Gesetzesbruch, Arbeit&Wirtschaft 5/2017, 20

4.1 Von der Sharing Economy zur Gig Economy

Der Begriff der Sharing Economy wurde Mitte des 20. Jahrhunderts in den USA entwickelt. Es soll sich hierbei um ein Gegenmodell der Eigentum basierenden Ökonomie handeln. Der Besitz von Gütern soll an Bedeutung verlieren und der gemeinsame Nutzen im Vordergrund stehen. Der Grundgedanke bestand darin, wenig ausgelastete Güter besser zu nutzen. Hätten mehrere Personen Zugang zu ein und denselben Gütern, so würde dieser effizienter genutzt werden und es müssten weniger dieser Güter hergestellt werden. Somit würden weniger Ressourcen verschwendet werden.⁶⁶

Das ursprüngliche Geschäftsmodell von UBER sah auch eine solche Sharing Economy vor. Man wollte wenig ausgelastete PKWs von Privatpersonen dafür nutzen, um Personen zu transportieren, die selbst kein Auto besitzen und somit auch in Zukunft keines kaufen müssen. Doch das Konzept der Sharing Economy hat sich in vielen Bereichen in eine Gig Economy entwickelt, bei dem nicht der Grundgedanke des Teilens im Vordergrund steht, sondern vielmehr der Profit des Unternehmens das hinter der Idee steht.⁶⁷

Die Grundidee der Gig Economy ist hingegen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nur für Arbeit bezahlen soll, die auch wirklich ausgeführt wird. Somit soll das Risiko der unproduktiven Zeit auf den/die ArbeitnehmerIn verlagert werden, da dieser nur noch bei tatsächlicher Arbeit entlohnt wird. Der Begriff Gig stammt dabei aus dem Musikbereich, da Musiker oftmals von einzelnen kurzen Auftritten (Gigs) ihren Lebensunterhalt finanzieren. Somit stehen bei der Gig Economy kurzfristige Verträge als Arbeitsgrundlage im Vordergrund.⁶⁸

4.2 Die atypischen Beschäftigungsverhältnisse

In der Einführung dieses Kapitels wurde schon ein wenig auf das Aufkommen von atypischen Arbeitsverhältnissen, besonders in jüngster Zeit, eingegangen. Neben der Teilzeitarbeit haben sich auch andere Formen der Beschäftigung entwickelt. Zu diesen gehören das befristete Arbeitsverhältnis, die Arbeitskräfteüberlassung sowie beispielsweise die Heimarbeit. Vieler dieser Beschäftigungsformen werden durch das österreichische Gesetz abgedeckt doch mit einigen Verträgen versucht man dem Schutzbereich des Arbeitsrechts aus dem Weg zu gehen, wie z.B. beim freien Dienstvertrag. Arbeitsformen wie diese werden immer öfter als Beschäftigungsform verwendet, da es dem Arbeitgeber eine erhöhte Flexibilität gibt und somit

⁶⁶ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 52

⁶⁷ Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016) 53

⁶⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 18

auch Arbeitskosten minimiert werden können. Risiko und die Kosten werden hierbei, wie schon vorhin erwähnt, nicht selten auf den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin übertragen.⁶⁹

Den ArbeitnehmerInnen ermöglichen diese Arbeitsverhältnisse mehr Gestaltungsfreiraum oder bessere Einteilbarkeit von Arbeits- und Privatleben.⁷⁰ Oftmals kommt es in so einem Beschäftigungsverhältnis ganz anders. Nicht selten kommt es vor, dass man mehr Arbeitsdruck verspürt als in einem normalen Beschäftigungsverhältnis.

4.3 Was bedeutet Crowdwork

Um ein Verständnis für das Aufkommen von Internetplattformen zu bekommen, soll hier auch kurz auf den Begriff der Crowdwork eingegangen werden.

Grundsätzlich werden beim Crowdfunding unternehmensinterne Tätigkeiten, die ursprünglich von ArbeitnehmerInnen erbracht worden sind, auf eine unbestimmte Anzahl an Personen (Crowd), außerhalb des Betriebs ausgelagert. Diese Personen werden in weiterer Folge auch als CrowdfunderInnen bezeichnet. Anders als bei anderen atypischen Beschäftigungen, bei denen das hierarchische Verhältnis eines Unternehmens noch vorhanden ist, gibt es diese beim Crowdfunding nicht mehr, da die Aufgaben dezentral an verschiedenen Orten auf der Welt erledigt werden.⁷¹

Der Hauptvorteil eines hierarchischen Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin einen gewissen Grad an Kontrolle über die Leistungserbringung hat. Nun soll es dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin durch die Crowdwork ermöglicht werden, Arbeitsschritte zu dezentralisieren und dabei auch noch Kontrolle über den Produktionsprozess zu haben. Um das zu ermöglichen, muss die Crowd folgende Voraussetzungen aufweisen:⁷²

- Die Crowd muss eine entsprechende Größe besitzen, damit immer ausreichend CrowdfunderInnen zur Verfügung stehen, falls andere abspringen sollten.
- Die CrowdfunderInnen müssen schnell abrufbar sein, sobald Arbeit vorhanden ist. Um das zu erreichen, werden oftmals Anreiz- und Sanktionsmechanismen von Plattformen

⁶⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 13

⁷⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 14

⁷¹ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 138

⁷² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 23

verwendet. Dies kann z.B. mit bestimmten Preismodellen, wie es bei UBER der Fall ist, geschehen.

Durch eine große Anzahl an CrowdworkerInnen, schafft man auch einen gewissen Wettbewerb unter den TeilnehmerInnen. Dadurch kann der Preis für den/die AuftraggeberIn niedrig gehalten werden, da es immer jemanden geben wird, der den Auftrag für weniger Geld verrichten würde.⁷³

Zur Kontrolle der Aufträge bedient sich eine Plattform bestimmter Reputationssysteme, anstatt die CrowdworkerInnen direkt zu kontrollieren. Wurde ein Auftrag abgeschlossen, so bewertet der Kunde/die Kundin anhand einer Sterne- oder Punkteskala den Beauftragten/die Beauftragte. Bei guter Bewertung erhält der/die Beauftragte in weiterer Folge mehr Aufträge als jener der eine schlechtere Bewertung aufweist.⁷⁴

4.3.1 Involvierte Parteien

Abschließend soll noch kurz auf die involvierten Parteien im Crowdwork-Prozess eingegangen werden, da diese in weiterer Folge eine wichtige Rolle für das Arbeitsverhältnis spielen werden. Anders als beim normalen Arbeitsverhältnis, welches zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn zustande kommt, sind beim Crowdwork-Prozess drei Personen beteiligt. Zu diesen gehören der/die AuftraggeberIn (CrowdsourcerIn), die Plattform und der/die AuftragnehmerIn (CrowdworkerIn). Dabei spielt die Plattform die zentrale Figur in diesem Prozess.⁷⁵

Durch dieses Dreipersonenverhältnis kommt es arbeitsrechtlich immer wieder zu Schwierigkeiten, wie man im Verlauf dieser Arbeit, anhand des Unternehmens UBER, sehen wird. Eine wesentliche Kernfrage ist dabei, ob die arbeitenden Personen als ArbeitnehmerInnen, arbeitnehmerInnenähnliche Personen oder als Selbstständige einzustufen sind und wer bei Vorhandensein der Arbeitnehmereigenschaft als ArbeitgeberIn in Betracht kommt.

⁷³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 23

⁷⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 23

⁷⁵ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 139

4.4 Vor- und Nachteile der Gig_Economy

Die hervorstechendsten Vorteile der Gig_Economy sind wohl die Flexibilität und die zeitliche Selbstbestimmung. Die CrowdworkerInnen haben dadurch die Möglichkeit selbst zu entscheiden wann, wo und wie viel sie arbeiten wollen. Somit kann das Berufsleben mit dem Privatleben besser abgestimmt werden. Personen denen es vorher nicht möglich war einen Beruf in einem gewissen Umfang auszuführen, wird hier der Einstieg erleichtert. Für einige Personengruppen bietet Crowdfunding ein zusätzliches Einkommen oder ein Überbrückungseinkommen. Selbstständige können diese Art der Arbeit nutzen, um ihre auftragsleere Zeit damit zu überbrücken.⁷⁶

Als Nachteil können hier die schlechten Arbeitsbedingungen angeführt werden, unter denen ein Großteil der CrowdworkerInnen für ein Unternehmen tätig sind. Gewerkschaften oder ein kollektives Auftreten der Crowd wird man hier vergeblich suchen. Dadurch entsteht ein enormes Ungleichgewicht an Verhandlungsmacht. Zudem entsteht unter der Crowd ein weltweiter Wettbewerbsdruck, da es immer jemanden geben wird, der den Auftrag für ein geringeres Entgelt ausführen würde. Die oftmals einseitig ausgelegten Vertragsbedingungen einer Plattform machen dieses Verhältnis ebenfalls nicht besser. Oftmals unterwirft man sich hierbei bestimmten Bewertungssystemen, die den Druck auf den/die AuftragnehmerIn weiter erhöhen. Sind die Bewertungen nämlich nicht ausreichend gut, so minimiert sich die Anzahl der Aufträge oder es erfolgt eine andere Sanktion der Plattform.⁷⁷

4.5 Kategorisierung von Crowdwork

Interne vs externe Crowdwork

Zum einen ist zu unterscheiden, ob es sich um internes oder externes Crowdsourcing handelt. Bei der internen Crowdwork fungiert die unternehmenseigene Belegschaft als Crowd und bearbeitet Prozesse, die von der Plattform abzurufen sind. Die Plattform wird hierbei im betriebseigenen Netzwerk aufgesetzt und kann von Mitarbeiter des Betriebs abgerufen werden. Der Zugriff kann dabei weltweit erfolgen, sodass auch Mitarbeiter in anderen Unternehmensstandorten die Möglichkeit haben, auf die Plattform zuzugreifen.⁷⁸

⁷⁶ Martin Risak, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12 (35 ff.)

⁷⁷ Martin Risak, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12 (36)

⁷⁸ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 141

Beim externen Crowdsourcing wird hingegen die Plattform für externen Personen zur Verfügung gestellt, die bis dahin in keiner Vertragsbeziehung zum/zur AuftraggeberIn gestanden sind.⁷⁹

Natürlich gibt es auch Beispiele zu nennen, bei denen eine Mischform aus diesen zwei vorgestellten Prozessen verwendet wird. Das Unternehmen IBM hat ein unternehmensinternes Crowddorking-System namens „Liquid Programms“ eingeführt, auf das sowohl interne MitarbeiterInnen weltweit teilnehmen können als auch externe FreelancerInnen, die auf der Suche nach Aufträgen sind.⁸⁰

Nach der Art der Tätigkeit

Die erbrachte Leistung kann sich ebenfalls von Plattform zu Plattform unterscheiden. Zu unterscheiden ist hier zwischen physischer und digital erbrachter Dienstleistung. Beim Transportunternehmen UBER wird unter Zuhilfenahme einer Plattform ein Kontakt zwischen CrowdworkerIn und CrowdsourcerIn hergestellt. Die erbrachte Dienstleistung (das Chauffieren eines Kunden/einer Kundin zu seinem Zielort) wird hierbei auf physischer Ebene erbracht.⁸¹

Demgegenüber stehen die digitalen Arbeiten, die in der virtuellen Welt erbracht werden. Hierbei kann es sich um Aufträge wie z.B. das Entwerfen eines Logos, oder die Programmierung einer App handeln.⁸²

Güter/Dienstleistungen und monetär/nicht monetär

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergibt es Sinn, Plattformen nach ihren dargebotenen Produkten (Güter oder Dienstleistungen) und ihren Gegenfluss (monetär und nicht monetär) einzustufen. UBER würde nach dieser Kategorisierung als Dienstleistungsplattform mit monetärer Entlohnung fallen. Arbeitsrechtlich ist genau diese Kategorie am interessantesten, da sich hier die meisten Unklarheiten ergeben. Im Speziellen geht es hierbei um die Klarstellung, ob die Arbeitsleistenden als ArbeitnehmerInnen angesehen werden können.⁸³

⁷⁹ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowddorking: Herausforderungen und Chancen (2018) 141

⁸⁰ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowddorking: Herausforderungen und Chancen (2018) 141

⁸¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 21

⁸² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 21

⁸³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 31

5 Arbeitsrechtliche Beurteilung

Der Arbeitsvertrag bildet die Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts. Somit wird man im Zusammenhang mit Crowdwork prüfen müssen, ob es sich bei der beauftragten Person um einen/eine ArbeitnehmerIn, arbeitnehmerInnenähnliche Person oder um einen Selbstständigen/eine Selbstständige handelt. Besteht ein untergeordnetes Verhältnis, so kann davon ausgegangen werden, dass das Arbeitsrecht anwendbar ist. In weiterer Folge wird die arbeitsrechtliche Beziehung zwischen den einzelnen involvierten Parteien (CrowdworkerIn, Plattform, CrowdsourcerIn) dargestellt und wie sich diese auf das Unternehmen UBER auswirken.⁸⁴ Zudem könnte auch eine Arbeitskräfteüberlassung bei UBER vorliegen, die im weiteren Verlauf dieser Arbeit näher hinterfragt wird.

5.1 Herkömmliche Betrachtungsweise des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht geht davon aus, dass ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Personen geschlossen wird.⁸⁵ Beim Crowdworkingprozess gibt es jedoch keine Bipolarität im Vertragsverhältnis, sondern es sind drei Personen in den Prozess eingebunden. Damit das Arbeitsrecht nun anwendbar ist, muss als erstes geklärt werden, zu welchen Zeitpunkt mit welchem Vertragspartner ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist. Um diese Frage zu klären, wird das dreipersonale Geflecht auf mehrere zweipersonale Geflechte aufgeteilt.⁸⁶ Im nächsten Schritt kann nun jede Vertragsbeziehung einzeln betrachtet und analysiert werden.

5.1.1 Vertragsrechtliche Ausgangslage

Damit man als CrowdworkerIn auf einer Plattform tätig sein kann, müssen sich diese zuerst auf der jeweiligen Plattform registrieren, auf der sie Aufträge annehmen wollen. Für die vertragsrechtliche Beurteilung müssen wir diesen Schritt in zwei Teile unterteilen. Schritt eins ist die Registrierung auf der Plattform, gefolgt von Schritt zwei, der Bearbeitung der einzelnen Aufträge.⁸⁷

1. Schritt

⁸⁴ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 144

⁸⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 45

⁸⁶ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 144

⁸⁷ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 145

Bevor man auf der Plattform tätig werden kann, ist es bei der Registrierung oftmals notwendig, bestimmte persönliche Daten in einer Maske einzugeben. Zudem werden des Öfteren Leistungsnachweise, Führungszeugnisse oder andere Dokumente verlangt. In der Regel ist es auch notwendig, dass sich die Personen den AGBs und der Datenschutzerklärung der Plattform unterwerfen. Wurde der Account in weiterer Folge freigeschalten, so kann davon ausgegangen werden, dass ein unbefristeter Rahmenvertrag zwischen der Plattform und dem/der CrowdworkeIn zustande gekommen ist. Dieser gibt die allgemeinen Rahmenbedingungen vor, unter denen der/die CrowdworkeIn auf der Plattform tätig ist.⁸⁸

2. Schritt

Im zweiten Schritt kommt es zu der Bearbeitung von verschiedenen Aufträgen, die auf der Plattform zur Verfügung stehen. In diesem Schritt ist zu klären, ob bei Annahme eines Auftrags ein Vertragsverhältnis zur Plattform oder direkt zum/zur AuftraggeberIn entsteht.⁸⁹

5.1.2 Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkeIn und CrowdsourcerIn

In einigen Fällen besteht zwischen dem/der CrowdworkeIn und dem/der CrowdsourcerIn ein direktes Vertragsverhältnis, auch wenn dieses zuerst über eine Plattform miteinander kommuniziert haben. Der Vertrag über die Leistungserbringung wird jedoch unter ihnen geschlossen. In einigen Fällen ist es auch so, dass es kein direktes Verhältnis der beiden Parteien gibt. Die Leistung wird an die Plattform erbracht. Diese bezahlt in weiterer Folge dem/die CrowdworkeIn. In einem solchen Fall entsteht nur zwischen dem/der LeistungserbringerIn und der Plattform ein Vertragsverhältnis.⁹⁰

In jenem Fall, bei dem ein Vertragsverhältnis zwischen AuftraggeberIn und AuftragnehmerIn entsteht, sehen sich die Plattformen oftmals nur als Vermittler. Diese Feststellung ist jedoch nur dann hinzunehmen, wenn die Plattform zu jedem Zeitpunkt als Vermittler für die jeweils andere Person ersichtlich ist.⁹¹ Ist es für einen Außenstehenden nicht ersichtlich, dass es sich bei der Plattform um einen reinen Vermittler handelt, so kann man dem allgemeinen Gedanken des

⁸⁸ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 145

⁸⁹ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 145

⁹⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 48

⁹¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 48

ABGB folgen: Wer handelt, handelt für sich selbst.⁹² Will nun eine Person bzw. in diesem Fall eine Plattform für eine andere Person tätig werden, so ist dies durch eine Stellvertretung oder als Bote möglich. Laut Vertrauenstheorie muss es dem/der GeschäftspartnerIn jedoch erkennbar gemacht werden, dass der/die Erklärende nicht für sich selbst, sondern im Namen eines/einer anderen handelt. Wird dieses Handeln nicht ausreichend offengelegt, so liegt ein Eigengeschäft vor. Im vorliegenden Fall würde daher bei mangelnder Offenlegung der Vermittlungstätigkeit einer Plattform, diese als Vertragspartner eintreten.⁹³

Der Grund warum PlattformbetreiberInnen sich gern als Vermittler sehen ist jener, dass dadurch eine Überwälzung des Risikos und der Haftung auf den/die CrowdworkeIn und den/die AuftraggeberIn erfolgt.⁹⁴ Auch wenn in den AGBs des Unternehmens darauf hingewiesen wird, dass es sich bei der Plattform um einen reinen Vermittler handelt, nach außen jedoch anders auftritt, so geht diese widersprüchliche Erklärung laut § 915 ABGB zulasten desjenigen, der sich ihrer bedient hat. Somit ist eine Plattform auch nach Kennzeichnung als Vermittler in deren AGBs, noch lange nicht als solcher einzustufen.⁹⁵

Schlussendlich muss in diesem Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkeInnen und den CrowdsourcerInnen darauf hingewiesen werden, dass es sich hierbei oftmals um nur sehr kurze Aufträge handelt (z.B. eine 5-10-minütige Fahrt). Zudem ändern sich die VertragspartnerInnen beim Crowdfunding laufend. Dadurch besteht das Risiko, dass aufgrund dieser Kürze des Auftrags mit dem/der jeweiligen PartnerIn, ein Arbeitsvertrag schwer zu argumentieren ist.⁹⁶

5.1.3 Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkeIn und Plattform

Zwischen dem/der PlattformbetreiberIn und dem/der CrowdworkeIn gibt es so gut wie immer ein Vertragsverhältnis. Dabei ist es hinfällig, ob es eine direkte Vertragsbeziehung zum/zur AuftraggeberIn gibt oder nicht. Die Vertragsbeziehung ergibt sich daraus, dass sich der/die CrowdworkeIn auf der Plattform registrieren muss und er dabei die AGBs des Plattformbetreibers/der Plattformbetreiberin akzeptieren muss. Des Weiteren müssen die

⁹² Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), *Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen* (2018) 146

⁹³ Johannes Warter, *Crowdwork* (2016) 109

⁹⁴ Johannes Warter, *Crowdwork* (2016) 113

⁹⁵ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), *Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen* (2018) 147

⁹⁶ Risak Martin/Lutz Doris, *Arbeit in der Gig-Economy* (2017) 48

AuftragnehmerInnen auch oftmals ein Feedback über deren KundenInnen erstellen. Daraus kann man hier ein durchgängiges Dauerschuldverhältnis feststellen.⁹⁷

Dieses Dauerschuldverhältnis verpflichtet den/die AuftragnehmerIn jedoch noch nicht dazu, Aufträge auch tatsächlich anzunehmen. Auch die AGBs des Plattformanbieters/der Plattformbetreiberin lassen darauf schließen, dass die CrowdworkerInnen nicht dazu verpflichtet sind, Aufträge auch tatsächlich anzunehmen. Diese Auffassung wird aufgrund der Bewertungssysteme und Sanktionen der einzelnen Plattformen jedoch zu relativieren sein. Diese Mechanismen erzeugen bei dem/der CrowdworkerIn nämlich einen gewissen Druck, da sich bei schlechten Bewertungen die Anzahl der Aufträge in der Regel minimieren. Zudem kommt es nicht selten vor, dass die Plattformen auch das Nutzungsverhalten sowie die mangelnde Aktivität mit Sanktionen bestrafen. So kann es vorkommen, dass bei wiederholter Auftragsablehnung in Folge attraktive Aufträge ausbleiben oder bei mangelnder Nutzung die Deaktivierung des Accounts drohen kann.⁹⁸

Aus diesen genannten Beispielen ist es ersichtlich, dass die Freiwilligkeit zur Arbeit dadurch sehr eingeschränkt ist und somit in einigen Fällen ein Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Somit wird auch § 1151 HS 1 ABGB: „*Wer nicht zur Arbeit verpflichtet ist, kann kein AN sein*“, anders zu betrachten sein. Dem ist auch das Arbeitsrecht nachgegangen und so ist es schon seit langem üblich, dass bei der Ermittlung des wahren Parteiwillens auch noch andere Faktoren in die Entscheidung einfließen. Die tatsächliche Handhabung eines Austauschverhältnisses spielt dabei eine besonders wichtige Rolle. Die Handhabung einiger PlattformanbieterInnen lässt jedoch darauf schließen, dass diese Leistungen von deren CrowdworkerInnen erwarten.⁹⁹ Somit ist auch von dieser Sichtweise die oftmals genannte Freiwilligkeit zur Arbeitsleistung, in den AGBs einer Plattform, zu hinterfragen.

In den Fällen, bei denen die Plattform einen erheblichen fremd bestimmenden Einfluss auf deren CrowdworkerInnen ausübt, kann davon ausgegangen werden, dass der zugrundeliegende Vertrag einen Arbeitsvertrag mit der Plattform darstellt, da die Aufgabenbearbeitung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt. In allen anderen Fällen wird man prüfen müssen, ob es sich hierbei um einen freien Dienstvertrag, Werkvertrag oder eine andere Konstellation zur

⁹⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 49

⁹⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 49 ff.

⁹⁹ Thomas Pfalz in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 437

Plattform handelt. Außerdem wird man prüfen müssen, ob es sich dabei um punktuelle Verträge oder um ein durchgehendes Vertragsverhältnis handelt.¹⁰⁰

5.1.4 Vertragsverhältnis zwischen CrowdsourcerIn und Plattform

In jenen Fällen, bei denen eine direkte Vertragsbeziehung zwischen CrowdworkeIn und CrowdsourcerIn besteht, wird man prüfen müssen, ob eine Arbeitsvermittlung der Plattform vorliegt. Die Regulierungen zur Arbeitsvermittlung sind dem AMFG zu entnehmen. § 2 Abs 1 AMFG umfasst folgende Tätigkeiten zu jenen eines Arbeitsvermittlers:

„Arbeitsvermittlung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern (Dienstgebern) zur Begründung von Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen) oder mit Auftraggebern (Zwischenmeistern, Mittelspersonen) zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes 1960, BGBl. Nr. 105/1961, zusammenzuführen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird. Unter den Begriff Arbeitsvermittlung fällt auch die Vermittlung von Arbeitsuchenden und von Au-pair-Kräften von Österreich in das Ausland und vom Ausland nach Österreich.“ (§ 2 Abs 1 AMFG)

Zudem besagt § 2 Abs 3 AMFG folgendes:

„Als Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 gilt auch die Veröffentlichung und Verbreitung von Stellenangeboten und Stellengesuchen, es sei denn, dass diese nicht der Hauptzweck ist.“ (§ 2 Abs 3 AMFG)

Nach § 94 Z 1 GewO 1994 handelt es sich bei der Arbeitsvermittlung um ein reglementiertes Gewerbe welches einen Befähigungsnachweis des Unternehmers benötigt.

Aus den genannten Gesetzesquellen kommt man hierbei zu dem Entschluss, dass die Tätigkeiten einer Plattform unter jene eines Arbeitsvermittlers/einer Arbeitsvermittlerin fallen könnten. Zumindest in jenen Fällen, bei denen ein direktes Verhältnis zwischen AuftraggeberIn und AuftragnehmerIn entsteht. Die Veröffentlichung der Arbeitsaufgaben auf der Plattform stellt hierbei den Hauptzweck der Tätigkeit dar wodurch auch § 2 Abs 3 AMFG erfüllt ist. Zudem umfassen diese Tätigkeiten ohnehin Merkmale die weit über jene des § 2 Abs 3 AMFG

¹⁰⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 51

hinausgehen. Neben dem Stellenangebot werden dem/der CrowdsourcerIn auch noch weitere Informationen wie z.B. Bewertungen zu der Person bereitgestellt.¹⁰¹

Liegt eine Arbeitsvermittlung vor, so kommen weitere Regelungen des AMFG zum Einsatz. Eine wichtige Tatsache sein hier aber noch zu erwähnen:

„Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitsvermittler oder einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren, die zur Ausübung der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berechtigt sind, haben die Arbeitsvermittlung für die Arbeitsuchenden, soweit es sich nicht um Künstler oder Sportler handelt, unentgeltlich durchzuführen.“ (§ 5 Abs 2 AMFG)

Eine Vermittlungsgebühr kann dadurch nur von dem/der ArbeitgeberIn verlangt werden. Im Moment ist es jedoch noch üblich, dass Plattformen ihre CrowdworkerInnen mit der Vermittlungsgebühr belasten. Würde man zu dem Entschluss kommen, dass das AMFG in solchen Fällen zur Anwendung kommt, so müssten die Plattformen diese Vermittlungsgebühren aufseiten der AuftragnehmerInnen streichen oder diese auf den/die AuftraggeberIn überwälzen.

In den Fällen, bei denen kein direktes Vertragsverhältnis zwischen CrowdsourcerIn und CrowdworkerIn zustande kommt, würde die Plattform selbst für die Leistungserbringung verantwortlich sein und das AMFG wäre in diesem Fall nicht anwendbar. Die CrowdworkerInnen würden hierbei nur als Gehilfe der Plattform agieren.¹⁰²

5.2 Liegt ein Arbeitsvertrag vor?

Die hM ist derzeit der Auffassung, dass CrowdworkerInnen als Selbstständige anzusehen sind. Nach dieser Einschätzung bestünde für die CrowdworkerInnen daher kein arbeitsrechtlicher Schutz.¹⁰³ Im Vorfeld wurde jedoch schon geklärt, dass es in den meisten Fällen ein Dauerschuldverhältnis zwischen dem/der CrowdworkerIn und der Plattform gibt. Dieses ergibt sich durch die Registrierung auf der Plattform und dadurch, dass man die AGBs des Unternehmens akzeptieren muss. In nicht wenigen Fällen ist es hierbei aber so, dass die AGBs oftmals einen hohen Grad der Fremdbestimmung aufweisen, wodurch man in einigen Fällen

¹⁰¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 52

¹⁰² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 53

¹⁰³ Martin Risak, Digitalisierung und Arbeitsrecht (FN 1), Jahrbuch Arbeitsrecht und Sozialrecht 2019, 115 (125)

davon ausgehen kann, dass man hier von einem Arbeitsvertrag sprechen kann. In weiterer Folge soll geklärt werden, ob ein Arbeitsvertrag nach § 1151 ABGB vorliegt, oder sich daraus ein anderes Verhältnis wie beispielsweise ein Werkvertrag oder ein freier Dienstvertrag ergibt.

Ein Arbeitsvertrag nach § 1151 Abs 1 ABGB liegt dann vor: „*Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistungsverpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.*“ (§ 1151 Abs 1 ABGB)

5.2.1 Feststellung des Vertragsverhältnisses aus den AGBs bzw. den Erklärungen

In den AGBs vieler Crowdfunding-Plattformen wird oftmals darauf hingewiesen, dass es sich bei den CrowdfunderInnen um Selbstständige handelt. Diese Auffassung ist nicht ohne weiteres hinzunehmen, da es beim Arbeitsrecht nicht auf die schriftliche Formulierung oder Bezeichnung eines Vertrags ankommt, sondern vielmehr auf die tatsächliche Handhabung wie eine Tätigkeit ausgeführt wird.¹⁰⁴

5.2.2 Mindestdauer eines Arbeitsvertrags

Die in der Gig-Economy erbrachten Leistungen sind oftmals auf sehr kurze Dauer erbrachte Leistungen. Die Auftragsdauer erstreckt sich hierbei in der Regel zwischen ein paar Minuten bis hin zu wenigen Stunden. Laut Definition des § 1151 Abs 1 ABGB stellt sich hier nun die Frage, ob diese kurze Dauer ausreichend ist, um an einen Arbeitsvertrag anzuknüpfen. Sowohl die hM als auch die Rechtsprechung ist hierbei der Auffassung, dass auch ein Arbeitsvertrag vorliegen kann, wenn eine Tätigkeit nur einige Stunden oder Tage ausgeführt wird. Bei dieser Feststellung wurden jedoch noch nicht die kurzen Aufträge der Gig-Economy einbezogen, die oftmals auch nur wenige Minuten in Anspruch nehmen.¹⁰⁵

Risak befasste sich mit der Frage, ob bei einer solchen kurzen Zeitspanne überhaupt eine persönliche Abhängigkeit möglich sein kann. Er geht davon aus, dass eine so untypisch kurze Dauer durch ein hohes Maß an Fremdbestimmung ausgeglichen werden kann.¹⁰⁶ Dieser Grad der Fremdbestimmung ist z.B. erreicht, wenn die Art der Leistungserbringung sehr stark bestimmt ist, es wenig Raum für eigene Entscheidungen gibt und die Kontrolldichte sehr hoch

¹⁰⁴ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 148

¹⁰⁵ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 148

¹⁰⁶ Johannes Warter, Crowdfunder (2016) 160

ist. Somit kann auch bei sehr kurzen Vertragsverhältnissen das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit erfüllt werden.¹⁰⁷

5.2.3 Persönliche Leistungspflicht

Charakteristisch für einen Arbeitsvertrag ist die Tatsache, dass der/die ArbeitgeberIn kontrollieren kann, ob der/die ArbeitnehmerIn sich an die Weisungen des Unternehmens hält. Solche Kontrollbefugnisse bestehen auch bei anderen Vertragstypen wie z.B. dem Werk oder freien Dienstvertrag, diese sind jedoch nicht so weitreichend wie beim Arbeitsvertrag. Der Arbeitsvertrag ermöglicht es dem/der ArbeitgeberIn die persönliche Leistungspflicht zu bestimmter Zeit, an einem bestimmten Ort, unter Einordnung in die Arbeitsorganisation des Leistungsempfängers zu kontrollieren. Somit besteht bei dieser Vertragsform die Pflicht zur persönlichen Arbeit unter persönlicher Abhängigkeit.¹⁰⁸

Die persönliche Leistungserbringung ist dabei eine Grundvoraussetzung, damit ein Arbeitsvertrag zustande kommt. Ist dieses Kriterium erfüllt, so muss auch noch geprüft werden, ob eine Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung besteht. Diese Verpflichtung wird von den Plattformen oftmals abgewiesen und es wird nicht selten darauf hingewiesen, dass die Bearbeitung der Aufträge auf Freiwilligkeit beruht.¹⁰⁹ Wie schon im Vorfeld unter der Überschrift „*Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerIn und Plattform*“ erläutert wurde, ist diese Freiwilligkeit in den wenigsten Fällen jedoch tatsächlich gegeben, da Plattformen bestimmte Sanktionen ihren Mitgliedern auferlegen, wenn diese nicht wie gewünscht für das Unternehmen tätig sind.

Diese Sanktionsmechanismen führen in weiterer Folge dazu, dass eine gewisse Verpflichtung zur Arbeitsleistung für den/die CrowdworkerIn entsteht. Sind solche Bewertungssysteme und Sanktionen schon aus dem Rahmenvertrag mit der Plattform ersichtlich, so kann davon ausgegangen werden, dass dadurch eine gewisse Arbeitspflicht für den/die CrowdworkerIn entsteht und somit auch ein unbefristeter Arbeitsvertrag anzunehmen ist. Die Tätigkeit muss hierbei jedoch in organisatorischer Unterordnung erfolgen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 148

¹⁰⁸ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 86 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

¹⁰⁹ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 149

¹¹⁰ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 149

Auch wenn solche Leistungspflichten nicht aus dem Rahmenvertrag ersichtlich sind, so ist es trotzdem in den meisten Fällen so, dass ein Auftrag auch beendet werden muss, wenn dieser von einem/einer CrowdworkerIn angenommen wurde. Nach hM und Rechtsprechung reichen solche Verpflichtungen aus, um die Mindestanforderung einer Leistungspflicht zu erfüllen. Besteht auch hier eine organisatorische Unterordnung, so kann man auch in solch einer Konstellation von einem Arbeitsverhältnis ausgehen.¹¹¹

5.2.4 Organisatorische Unterordnung

§ 1151 Abs 1 ABGB nennt noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal, welches erfüllt werden muss, damit ein Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Es handelt sich hierbei um das Merkmal „für einen anderen“ tätig zu sein. Damit meint der/die GesetzgeberIn, dass erbrachte Dienstleistungen fremdbestimmt sind und somit eine persönliche Abhängigkeit zum/zur ArbeitgeberIn entsteht.¹¹² Die persönliche Abhängigkeit bzw. Unterordnung ist dabei auch das entscheidende Kriterium, welches einen Arbeitsvertrag von einem freien Dienstvertrag unterscheidet. Wird dieses Tatbestandsmerkmal somit nicht erfüllt, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um einen freien Dienstvertrag handelt.¹¹³

Die hohe Kontrollichte vieler Plattformen führt in den meisten Fällen dazu, dass man hier von einer persönlichen Abhängigkeit sprechen kann. Diese ergibt sich aus einer Kombination aus engmaschigen zeitlichen und sachlichen Vorgaben, Sanktionsmaßnahmen bei schlecht erbrachten Leistungen bzw. bei geringer Aktivität, Aufzeichnung sämtlicher erbrachter Leistungen sowie weiterer Kontrollmechanismen. Bei Vorliegen vieler dieser Tatbestände kann davon ausgegangen werden, dass eine persönliche Abhängigkeit zur Plattform besteht.¹¹⁴

5.3 Wer ist ArbeitgeberIn in diesem Drei-Personen-Geflecht

Das Aufkommen von Internet-Plattformen bringt die Schwierigkeit mit sich, dass aufgrund der Mehrzahl der beteiligten Personen, eine Feststellung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oftmals nicht mehr eindeutig möglich ist. Die herkömmliche Betrachtungsweise, bei dem zwei Personen einen Arbeitsvertrag schließen (ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn), wird hier

¹¹¹ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 150

¹¹² Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 2 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

¹¹³ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 97 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

¹¹⁴ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018) 150

mitunter nicht zum gewünschten Ergebnis führen. Daher hat sich *Prassl* einen alternativen Lösungsansatz entwickelt, der an das englische Recht anknüpft. Dieser Lösungsansatz bedient sich nicht den herkömmlichen Kriterien, welche auf ArbeitnehmerInnenseite erfüllt werden müssen, sondern legt den Fokus auf die ArbeitgeberInnenfunktionen, die darauf deuten, dass ein Arbeitsverhältnis besteht. Er unterscheidet dabei zwischen fünf verschiedenen ArbeitgeberInnenfunktionen:¹¹⁵

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 Markts im Sinne der Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren, einschließlich der Möglichkeit zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind und*
5. *Management des unternehmensexternen Markts, dh die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens und die Tragung des UnternehmerInnenrisikos.*

Nach diesem Konzept können sowohl ein einzelnes Unternehmen als auch mehrerer Unternehmen als ArbeitgeberIn in Frage kommen. Um als ArbeitgeberIn eingestuft werden zu können, ist es ausreichend, wenn einer dieser fünf Punkte erfüllt wird. Dabei trifft jedoch nicht jeden/jeder einzelnen ArbeitgeberIn das gesamte Arbeitsrecht, sondern nur jener Teil, der von diesem/dieser ausgeführt wird. Somit können einzelnen ArbeitgeberInnenfunktionen wie beispielsweise Lohnbestimmung und Arbeitszeitgestaltung, von unterschiedlichen Personen durchgeführt werden. Eine solche Betrachtungsweise kann besonders in solchen Konstellationen, wie es beim Crowdfunding der Fall ist, von besonderer Bedeutung sein, da hier ein Geflecht unterschiedlicher Verträge zugrunde liegt. Die Ausübung einer dieser fünf Funktionen reicht somit schon aus, um Verantwortung für die ArbeitgeberIn auszulösen, jedoch nur auf denjenigen Bereich. Dieses Modell bietet eine andere Herangehensweise, um schutzbedürftige Personen arbeitsrechtlich zu schützen, ohne das Grundkonzept der Arbeitsverhältnisse infrage zu stellen.¹¹⁶

¹¹⁵ *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 53*

¹¹⁶ *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 53 ff.*

5.4 Durchgehendes Vertragsverhältnis oder Vertragskette

Besteht nun zwischen dem/der CrowdworkerIn und der Plattform ein Vertragsverhältnis, so ist noch zu klären, ob es sich dabei um eine Kette sehr kurzer Aufträge handelt, die aneinandergereiht sind oder ob ein durchgängiges Arbeitsverhältnis anzunehmen ist.

Wie schon im Vorfeld unter der Überschrift „*Mindestdauer eines Arbeitsvertrags*“ dargestellt wurde, können auch sehr kurze Aufträge, in Form von Microtasks, zu einem Arbeitsverhältnis führen. Es kommt dabei lediglich darauf an, ob die Plattform ein hohes Maß an Fremdbestimmtheit seinen CrowdworkerInnen auferlegt.

Nun stellt sich noch die Frage, ob es sich hierbei um ein durchgehendes Vertragsverhältnis oder um eine Kette von Arbeitsverträgen mit der Plattform handelt. Zwischen den Microtask liegt oftmals eine längere Zeit des Nicht-Tuns als jene der tatsächlichen Arbeitserbringung. In diesem Zusammenhang könnte man davon ausgehen, dass es sich hierbei um einzelne in sich geschlossene Arbeitsverträge handelt. Dieser Auffassung darf jedoch nicht ohne weiteres nachgegangen werden. Es wurde ebenfalls schon erwähnt, dass sich Plattformen bestimmter Mechanismen bedienen, die das Verhalten der CrowdworkerInnen beeinflussen. Es werden oftmals Bewertungssysteme, Sanktionsmechanismen und andere Kontrollindikatoren von Plattformen angewendet. Diesen deuten auf ein durchgängiges Arbeitsverhältnis hin, da schlechte Arbeitsleitung und mangelnde Aktivität nicht als sanktionslos hingenommen wird. Des Weiteren wird man prüfen müssen, wie lange diese Verpflichtungen andauern. Sind sie über die gesamte Dauer des Vertragsverhältnisses anzunehmen oder nur befristet auf einzelnen Phasen. Als Beispiel für einzelne Phasen könnte hier das Auf- und Abdrehen einer App genannt werden.¹¹⁷

Handelt es sich hingegen nur bei den einzelnen Aufträgen um Arbeitsverträge, so wird man prüfen müssen, ob eine solche Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen auch sachlich gerechtfertigt ist. Zur Ermittlung dieser Rechtfertigung werden folgende Faktoren herangezogen: Dauer der Beschäftigung zu jener der Nichtbeschäftigung sowie die Interessen der einzelnen Vertragsparteien in einer solchen Beschäftigungsform mit deren verbundener Flexibilität. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass bei virtueller Crowdwork ein solches Interesse besteht. Die hier arbeitenden Personen nutzen diesen Zweig hauptsächlich als zusätzliche Einnahmequelle, wodurch das Interesse auf Flexibilität auf der Seite der CrowdworkerInnen steht. Anders sind solche Vertragsketten im Bereich der analogen Arbeit

¹¹⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 54 ff.

zu betrachten. Hier liegt das Interesse oftmals nicht aufseiten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, sondern mehr aufseiten des Arbeitgebers/Arbeitgeberin.¹¹⁸

5.5 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Neben dem Arbeitsvertrag besteht auch noch die Möglichkeit, dass sich aus diesem Drei-Personen-Geflecht eine andere Vertragskonstellation ergeben kann. So wird zu klären sein, ob möglicherweise Heimarbeit vorliegt oder ob ein Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung vorhanden ist. Ein weiteres Problem ist die Abgrenzung des Arbeitsvertrags zu anderen Verträgen der Arbeitsleistung wie beispielsweise dem freien Dienstvertrag und Werkvertrag. Zudem sind die Unterschiede zu den arbeitnehmerInnenähnlichen Personen zu erläutern.

5.5.1 Freier Dienstvertrag

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag dadurch, dass keine bzw. nur schwach ausgeprägte persönliche Abhängigkeit zum/zur DienstgeberIn besteht. In allen anderen Kriterien entspricht er den Wesensmerkmalen eines Arbeitsvertrags und es handelt sich auch hier um ein Dauerschuldverhältnis. Keine Abhängigkeit besteht in jenen Fällen, in denen der/die freie DienstnehmerIn selbst über den Ablauf der Arbeit entscheiden kann und diesen jederzeit auch ändern kann. Zudem besteht keine Anwesenheitspflicht und man kann sich beliebig vertreten lassen. Arbeitsrechtlich sind auf den freien Dienstnehmer/die freie Dienstnehmerin nur jene Normen anzuwenden, welche nicht an die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin anknüpfen.¹¹⁹

Wird nun ein Arbeitsverhältnis zur Crowdfunding-Plattform festgestellt, so spricht einiges dafür, dass hier möglicherweise ein freies Dienstverhältnis vorliegt. Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, weisen die Plattformen oftmals darauf hin, dass die CrowdfunderInnen weisungsfrei entscheiden können, welche Aufträge sie annehmen wollen. Auf diese Weisungsfreiheit wird auch oft in den AGBs der Plattformen hingewiesen.

In der Praxis ist es jedoch oftmals so, dass die Merkmale einer unselbständigen Beschäftigung überwiegen und somit eine persönliche Abhängigkeit besteht. Die Arbeitsleistung wird in den

¹¹⁸ Thomas Pfalz in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 441 ff.

¹¹⁹ Brodil/Risak in Brodil/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht in Grundzügen¹⁰ (2019) Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff, RZ 48

meisten Fällen vorgegeben und bei Beendigung auf verschiedenen Ebenen bewertet und kontrolliert. Entspricht die Arbeitsleistung nicht den Vorgaben der Plattform, so kommt es in weiter Folge zu Sanktionen.¹²⁰

Für den freien Dienstvertrag spricht die fehlende Eingliederung der CrowdworkerInnen in einen Betrieb. Betrachtet man die Arbeit der CrowdworkerInnen jedoch näher, so wird man erkennen können, dass auch beim Crowdfunding eine Anwesenheit im Haushalt oder im Büro erforderlich ist, um die Tätigkeit auszuüben.¹²¹

Aufgrund der fehlenden persönlichen Abhängigkeit beim freien Dienstvertrag, kann davon ausgegangen werden, dass in den wenigsten Fällen zwischen Plattform und CrowdworkerIn ein solches Dienstverhältnis besteht. Bei der persönlichen Abhängigkeit kommt es wie schon im Vorfeld erwähnt, nicht auf die Feststellung des Plattformbetreibers/der Plattformbetreiberin an, sondern auf die tatsächliche Handhabung wie eine Tätigkeit ausgeführt wird.¹²²

5.5.2 Werkvertrag

Ein Werkvertrag liegt nach § 1151 Abs 1 Satz 2 ABGB vor, wenn jemand die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt. Anhand dieser Bestimmung können zwei Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Werkvertrags entnommen werden. Neben der Selbständigkeit der Person besteht auch noch eine Erfolgsverbindlichkeit für diesen.¹²³

Die Personen müssen daher selbstständige UnternehmerInnen sein. Eine persönliche Abhängigkeit wie beim Arbeitsvertrag ist hier nicht gegeben. Wie schon aus dem freien Dienstvertrag ersichtlich ist, ergibt sich eine solche persönliche Unabhängigkeit aus verschiedenen Merkmalen wie Beispielsweise: fehlende Eingliederung in die betriebliche Organisation eines Auftraggebers/einer Auftraggeberin, Erbringung der Arbeit nach eigenen Plan und eigenen Mitteln, Möglichkeit den eigenen Betrieb frei zu gestalten, etc.¹²⁴

Um einen Werkvertrag von einem (freien) Dienstvertrag unterscheiden zu können, ist es notwendig, dass der Leistungsgegenstand bereits im Vertrag genau umschrieben („individualisiert“) wird, damit keine weiteren Konkretisierungen durch Weisungen notwendig

¹²⁰ *de Brito/Ivansits*, Crowdwork und Sozialversicherungsschutz, DRdA-infas 2017, 309 (312)

¹²¹ *de Brito/Ivansits*, Crowdwork und Sozialversicherungsschutz, DRdA-infas 2017, 309 (312)

¹²² *Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg)*, Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 148

¹²³ *Egger/Knell*, Werkvertrag (Stand 7.7.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

¹²⁴ *Egger/Knell*, Werkvertrag (Stand 7.7.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

sind. Die Leistungen von Dienstverträgen sind demgegenüber als gattungsmäßig zu umschreiben und sie werden durch Weisungen vom AG abgerufen. Es wird somit ein gewisser Erfolg und nicht nur die bloßen Bemühungen geschuldet. In diesem Zusammenhang handelt es sich bei einem Werkvertrag um ein Zielschuldverhältnis.¹²⁵

Damit ein Werkvertrag beim Crowdworking zustande kommen kann, muss die Plattform individualisierte und gewährleistungstaugliche Werke als Aufträge vergeben. Zudem muss die Weitergabe von Aufträgen in Teilen oder als Ganzes gestattet sein und es muss einen Einfluss auf die Höhe des Werkentgelts vonseiten der Plattform bestehen.¹²⁶ Dies könnte der Fall sein, wenn PlattformbetreiberIn und AuftraggeberIn dieselbe Person sind. Hier würde die Plattform selbst Werkvertragsleistungen im eigenen Namen übernehmen und diese dann an SubunternehmerInnen zur Bearbeitung weitergeben. Damit die Plattform zur Übernahme von Werkverträgen berechtigt ist, benötigt diese dieselben Gewerbeberechtigungen wie deren SubunternehmerInnen. In Ausnahmefällen ist es jedoch gestattet, dass auch Aufträge angenommen werden, zu denen man keine Gewerbeberechtigung besitzt.¹²⁷

In bestimmten Fällen ist es auch zulässig, dass eine Plattform Aufträge annehmen kann, ohne die entsprechende Gewerbeberechtigung zu besitzen. Diese Regelung ist dem § 32 Abs 1 Z 9 GewO zu entnehmen und besagt, dass dem Gewerbetreibenden auch folgendes Recht zusteht: *„Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen“* (§ 32 Abs 1 Z 9 GewO). Es ist somit ausreichend, wenn die Plattform nur über eine Gewerbeberechtigung für jenen Teil besitzt, der den Hauptteil des Gesamtauftrags ausmacht.¹²⁸

Zudem wird man feststellen müssen, ob es sich hierbei um eine Werkvertragskette handelt. Bei Crowdwork wird dies oftmals der Fall sein, da CrowdworkerInnen über einen längeren Zeitraum tageweise beschäftigt werden.¹²⁹ Solche Werkvertragsketten können in weiter Folge in einem Kettenarbeitsvertrag münden, der wie schon vorhin erwähnt wurde, sachlich

¹²⁵ Brodil/Risak in Brodil/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht in Grundzügen¹⁰ (2019) Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff, RZ 49

¹²⁶ de Brito/Ivansits, Crowdwork und Sozialversicherungsschutz, DRdA-infas 2017, 309 (312)

¹²⁷ Mosing, Neue Formen der Selbstständigkeit inner- und außerhalb der GewO – Gig-Economy und Crowdwork jenseits des Arbeitsrechts, wbl 2019, 601 (603)

¹²⁸ Mosing, Neue Formen der Selbstständigkeit inner- und außerhalb der GewO – Gig-Economy und Crowdwork jenseits des Arbeitsrechts, wbl 2019, 601 (604)

¹²⁹ de Brito/Ivansits, Crowdwork und Sozialversicherungsschutz, DRdA-infas 2017, 309 (312)

gerechtfertigt werden muss. Besteht eine solche sachliche Rechtfertigung nicht, wird ein durchgängiges Arbeitsverhältnis angenommen.¹³⁰

5.5.3 Arbeitskräfteüberlassung

Die Bestimmungen der Arbeitskräfteüberlassung sind dem AÜG zu entnehmen. § 3 Abs 1 AÜG bestimmt den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung wie folgt: „*Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.*“ (§ 3 Abs 1 AÜG)

Aus dieser Begriffsbestimmung ist ersichtlich, dass auch hier ein dreipersonales Verhältnis vorliegt. Ein Arbeitsverhältnis entsteht hier nur mit dem/der ÜberlasserIn. Dieser überlässt seine Arbeitskräfte an einen/eine BeschäftigerIn, der/die diese dann für betriebseigene Aufgaben einsetzen kann. Damit der/die BeschäftigerIn über die überlassenen Arbeitskräfte wie auf eigenen ArbeitnehmerInnen zugreifen kann, ist es notwendig, dass der/die ÜberlasserIn die dafür notwendigen Weisungsrechte, in Zustimmung mit den überlassenen Arbeitskräften, an dem/die BeschäftigerIn übergibt.¹³¹ § 3 Abs 4 AÜG besagt, dass Arbeitskräfte sowohl ArbeitnehmerInnen als auch arbeitnehmerInnenähnliche Personen sein können.

Risak geht davon aus, dass auch in einer Crowdwork-Konstellation eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen kann. Dies wäre aber nur in jenen Fällen möglich, bei denen ein direktes Vertragsverhältnis mit der Plattform besteht, die in weiterer Folge ihre CrowdworkerInnen an die CrowdsourcerInnen überlassen. Er geht davon aus, dass diese Konstellation hauptsächlich dort anzutreffen sein wird, wo physische Leistungen erbracht werden (z.B. Reinigungsdienstleistungen).¹³²

Es gibt jedoch auch Konstellationen die nach derzeitigem Stand auf keiner direkten Vertragsbeziehung mit einer Plattform aufgebaut sind und bei denen trotzdem meines Erachtens eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen könnte. Als Beispiel wäre hier das Unternehmen UBER zu nennen, welches in Österreich nur mit Mietwagenunternehmen zusammenarbeitet. In jenen Fällen, bei denen es sich nicht um Ein-Personen-Unternehmen handelt, wird zu prüfen sein, ob hier nicht eine Arbeitskräfteüberlassung aufseiten des Mietwagenunternehmens

¹³⁰ *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 55*

¹³¹ *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 55*

¹³² *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 55 ff.*

vorliegt. Bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung des Unternehmen UBERs wird dieser Punkt daher nochmals näher erläutert werden.

5.5.4 Heimarbeit

Nach hM ist man der Auffassung, dass HeimarbeiterInnen nicht als ArbeitnehmerInnen einzustufen sind, da diese Person nicht in eine Arbeitsorganisation eines Vertragspartners/einer Vertragspartnerin eingegliedert ist und somit auch von diesem nicht persönlich abhängig ist.¹³³

§ 2 Abs 1 HeimAG definiert den Begriff der Heimarbeit wie folgt: *„Heimarbeiter, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung zu sein, in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist“* (§ 2 Abs 1 HeimAG)

Der Begriff der „Ware“ ist dabei weit auszulegen, wodurch z.B. das Adressieren von Briefumschlägen oder das Zusammenfassen von Adressen in einer Liste laut Rsp. als Heimarbeit anerkannt wurden. Ausgenommen vom HeimAG sind laut § 1 HeimAG land- und forstwirtschaftliche Produktionen. Laut Rsp. können auch eine Kette von Werkverträgen, freien Dienstverträgen, Innominatverträgen oder Kaufverträge unter das HeimAG fallen, vorausgesetzt, es ergibt sich daraus ein „besonderes Beschäftigungsverhältnis“ welches auf Dauer und Regelmäßigkeit aufgebaut ist. Somit sind Aufträge die nur in unregelmäßigen Abständen erbracht werden, von diesem Gesetz auszuschließen.¹³⁴

Die Gemeinsamkeiten von CrowdworkeInnen und HeimarbeiterInnen sind sehr hoch. Diese Ähnlichkeiten ergeben sich in der organisatorischen Struktur (Dezentrale Arbeitsleistung; Größere Flexibilität; Eliminierung von Fixkosten; Kosteneffiziente Produktion; Niedrige Löhne; Arbeitsverteilung durch Mittelsperson/Plattform), der Ähnlichkeit der Probleme (Hauptsächlich Nebenerwerb; Mehr Frauen als Männer; Stücklohn; Möglichkeit dem Arbeitsrecht und die Gewerkschaft zu umgehen; Keine oder nur beschränkte Kommunikation mit dem/der AuftraggeberIn; Einfache Arbeiten) und der ähnlichen Ursachen (Mangel an Organisation und Solidarität, Physische Isolation, Überangebot an Arbeitskräften und Konkurrenzdruck, Große Fluktuation). Trotzdem spricht die Lehre davon, dass das HeimAG auf CrowdworkeInnen nicht anwendbar ist. Weshalb man trotz dieser Ähnlichkeiten davon

¹³³ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 105 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

¹³⁴ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking:Herausforderungen und Chancen (2018) 152

absieht, dass man das HeimAG anwenden kann, wird aufgrund der Tatbestandsmerkmale gem. § 2 Abs 1 HeimAG nochmals dargelegt. Dieser schreibt folgende Erfordernisse zur Anwendung des HeimAG vor:¹³⁵

- Wer, ohne Gewerbetreibender nach Bestimmungen der GewO
- Tätigwerden in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte
- „im Auftrag und auf Rechnung“ von Personen, die Heimarbeit vergeben
- Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren

In weiterer Folge wird kurz auf diese Merkmale eingegangen.

5.5.4.1 Gewerbetreibende nach Bestimmungen der GewO

Das HeimAG ist nur auf Personen anwendbar, die keine Gewerbetreibenden iSd Gewerbeordnung sind. Eine Legaldefinition des Begriffs eines Gewerbetreibenden kann hierbei aus § 38 Abs 5 GewO entnommen werden: *„Als Gewerbetreibender im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, der Gewerbeinhaber einschließlich des Fortbetriebsberechtigten zu verstehen.“* (§ 38 Abs 5 GewO 1994)

Da in der Regel der Tatbestand des Fortbetriebsberechtigten bei den CrowdworkerInnen nicht zur Anwendung gelangt, muss noch das Tatbestandsmerkmal des Gewerbeinhabers/der Gewerbeinhaberin geprüft werden. Dazu hat der VwGH folgendes erörtert:¹³⁶

„Der Begriff des Gewerbeinhabers bezieht sich auf die Gewerbeberechtigung, die im Falle von Anmeldungsgewerben bei Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen durch die Gewerbeanmeldung, im Falle von konzessionierten Gewerben (nunmehr bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerben) jeweils durch die Erteilung einer Konzession (nunmehr Bewilligung) entsteht“

Demnach sind nur folgende Personengruppen GewerbeinhaberInnen, denen eine Bewilligung oder Konzession, nach Anmeldung ihres Gewerbes, erteilt wurde.

Bei CrowdworkerInnen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese über keine Gewerbeberechtigung verfügen, wodurch dieser Punkt idR meiste erfüllt sein wird.¹³⁷ Doch

¹³⁵ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 220 ff.

¹³⁶ VwGH 22. 12. 1999, 97/08/0044

¹³⁷ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 223

nicht in allen Fällen ist diese Voraussetzung gegeben, wie man im weiteren Verlauf dieser Arbeit anhand des Unternehmen UBER sehen wird.

5.5.4.2 Tätigwerden in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die CrowdworkerInnen ihre „Arbeitsstätte“ selbst wählen können, wodurch dieses Tatbestandsmerkmal in den meisten Fällen erfüllt sein wird.¹³⁸

5.5.4.3 „im Auftrag und auf Rechnung“ von Personen, die Heimarbeit vergeben

Die erbrachten Leistungen müssen in weiterer Folge an die UnternehmerInnen abgegeben werden. Des Weiteren kam der VwGH zu der Ansicht, dass HeimarbeiterInnen auch eine gewisse Leistungspflicht treffen würde. Ist diese Leistungspflicht nicht gegeben, so wird dieser gesetzliche Tatbestand laut VwGH nicht erfüllt. Diese Einschätzung wird in der Lehre jedoch zu recht stark kritisiert, da auch früher oftmals keine Leistungspflicht bei der Heimarbeit bestand.¹³⁹

Der VwGH begründete diese Ansicht mit vorhandenen Entscheidungen und dem Verweis auf § 27a HeimAG. Dieser normiert, dass Heimarbeitsverhältnisse unter bestimmten Voraussetzungen beendet werden können. Diese ergeben sich aus ausdrücklicher Erklärung oder grundloser Weigerung über 30 Tage keine weiteren Aufträge anzunehmen. Daraus kann laut Auffassung des VwGH eine gewisse Leistungspflicht gedeutet werden.¹⁴⁰

Daraus ergibt sich, dass das HeimAG nur in jenen Fällen zur Anwendung kommt, bei denen die Leistungserbringung an einen/eine UnternehmerIn erfolgt. Zudem muss auch der von der Lehre stark kritisierte Punkt der Leistungspflicht erfüllt werden.

5.5.4.4 Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren

Um als HeimarbeiterIn eingestuft werden zu können, ist es notwendig, dass die Tätigkeit iVm der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung einer Ware erfolgt. Dieser Punkt bringt besonders im Crowdfundingprozess einige Probleme mit sich, da dort die meisten

¹³⁸ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 223

¹³⁹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 223 ff.

¹⁴⁰ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 224

Dienstleistungen auf geistiger Ebene erbracht werden. Im Gesetz werden diese vier Punkte taxativ aufgezählt. Zudem müssen sie sich stets auf eine Ware beziehen.¹⁴¹

Zwar wird der Begriff der Ware vom Gesetz weit ausgelegt, sodass auch Tätigkeiten wie das Adressieren von Briefumschlägen oder das Zusammenfassen von Adressen in einer Liste unter diesen Begriff fallen. Mit der Übersetzer-Entscheidung änderte die Rechtsprechung den Begriff der Ware dahingehend, dass geistige Tätigkeiten, wie das Übersetzen einer Arbeit, nicht mehr als Ware angesehen werden, obwohl diese ausdrücklich in den Materiealien angeführt werden. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass die Übersetzung als individuelles geistiges Werk anzusehen ist und somit der Charakter einer Ware fehlt.¹⁴²

Aus dem zuvor genannten kann das manuelle Zusammenfassen von Adressen als Heimarbeit angesehen werden. Wird dieser Auftrag jedoch „nicht-manuel“ in einer Excel-Tabelle erbracht, so ist der Tatbestand der Ware nicht erfüllt, da dies eine geistige Tätigkeit darstellt. Wie *Wartner* mE richtig feststellt, ist die Ausgrenzung der geistigen Tätigkeiten speziell in der heutigen Zeit, wo viele Waren über den elektronischen Weg verkauft werden, als veraltet anzusehen. Es wäre daher an der Zeit, diesen Begriff mitunter neu zu definieren.¹⁴³

Eine neue Interpretation des Begriffs der Ware würde dazu führen, dass auch virtuelle Crowdfunding-Prozesse vom Heimarbeitsgesetz eingefangen werden. Fraglich sind hingegen Crowdfunding-Tätigkeiten, die in der analogen Welt erbracht werden. Anhand des Unternehmen UBER wird man sehen, dass dieser Punkt mE die meisten Schwierigkeiten mit sich bringt, um vom Heimarbeitsgesetz eingefangen zu werden.¹⁴⁴

5.5.5 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen

Wird die Arbeitnehmereigenschaft eines/einer Plattformbeschäftigten verneint, muss noch geprüft werden, ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit zur Plattform besteht. Bei Vorhandensein einer solchen Abhängigkeit wird man davon ausgehen können, dass es sich hierbei um arbeitnehmerInnenähnliche Personen handelt.¹⁴⁵

¹⁴¹ Johannes Warter, *Crowdwork* (2016) 226

¹⁴² Johannes Warter in *Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen* (2018) 152 ff.

¹⁴³ Johannes Warter in *Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen* (2018) 153

¹⁴⁴ Martin Risak, *Digitalisierung der Arbeitswelt (FN 1) - Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation*, DRdA 2017, 331 (337)

¹⁴⁵ Thomas Pfalz in *Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen* (2018) 442

Die österreichische Rechtsordnung unterscheidet zwischen verschiedenen Gruppen der Dienstleistungen. Zum einen die Dienstleistungen die in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werden (ArbeitnehmerInnen) und zum anderen die Personen, die persönlich sowie wirtschaftlich unabhängig sind und somit als „echte“ Selbstständige anzusehen sind. Die Gruppe der arbeitnehmerInnenähnlichen Personen bildet hierbei eine mittlere Kategorie, die zwar persönlich unabhängig sind, aber trotzdem wirtschaftlich abhängig bleiben.¹⁴⁶

Bei der Arbeitnehmerähnlichkeit handelt es sich um eine Zusatzqualifikation des Vertrags. Der zugrundeliegende Vertrag spielt somit keine Rolle, wodurch sowohl bei freien Dienstverträgen, Werkverträgen und anderen Verträgen eine Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegen kann. Die einzige Ausnahme bildet hier der Arbeitsvertrag.¹⁴⁷

Die anzuwendenden Regelungen für die arbeitnehmerähnlichen Personen sind insbesondere dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) zu entnehmen. Zudem kommen einige wenige arbeitsrechtliche Normen des DHG, AÜG, GIBG und AuslGB zur Anwendung. Regelungen für Urlaubs- und Entgeltfortzahlung, Kündigungsschutz, Abfertigung sowie Schranken für wiederholte Befristungen (Kettenregeln) finden hingegen keine Anwendung. Auch die Regelungen des ArbVG (Kollektivvertragsrecht und Betriebsverfassung) sind auf arbeitnehmerähnliche Personen nicht anwendbar.¹⁴⁸

Bei der Arbeitnehmerähnlichkeit handelt es sich um einen Typusbegriff. Der entscheidendste Faktor in diesem Zusammenhang ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit. Daneben sind noch weitere Faktoren für die Gesamtbetrachtung zu beachten, auf die nun kurz eingegangen wird.¹⁴⁹

5.5.5.1 Keine Ausrichtung der Tätigkeit auf den Markt

Damit von einer Arbeitnehmerähnlichkeit auszugehen ist, ist es notwendig, dass die Tätigkeit nicht auf den Markt, sondern auf einen oder wenige VertragspartnerInnen ausgerichtet ist. Bei Gesamtdienstleistungsplattformen wird dies meist gegeben sein, da hier der/die VertragspartnerIn des Crowdworkers/der Crowdworkerin zumeist nur eine Plattform sein wird.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 198

¹⁴⁷ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 198

¹⁴⁸ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 139 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

¹⁴⁹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 198

¹⁵⁰ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199

Fraglich ist hingegen die Betrachtungsweise bei Vermittlungsplattform, da diese in der Regel nur als Mittelsperson agieren und dadurch eine Vielzahl an VertragspartnerInnen für den/die CrowdworkerIn infrage kommen. Bei genauerer Betrachtung wird man jedoch auch hier zu dem Entschluss kommen, dass der/die CrowdworkerIn nicht direkt am Markt tätig sein wird. Dieser nimmt einen Auftrag erst dann entgegen, wenn sich ein/eine AuftraggeberIn mit der Plattform, auf der der/die CrowdworkerIn registriert ist, in Verbindung gesetzt hat. Somit stellen CrowdworkerInnen nicht aktiv eine Verbindung zum Markt her, sondern es wird proaktiv auf sie zugegangen.¹⁵¹

Dadurch kann festgestellt werden, dass sowohl bei Gesamtdienstleistungsplattformen als auch bei Vermittlungsplattformen die Tätigkeiten der CrowdworkerInnen nicht auf den Markt gerichtet sein wird, sondern stets auf einige VertragspartnerInnen.¹⁵²

5.5.5.2 Wirtschaftlicher Erfolg wird dem/der VertragspartnerIn zugeschrieben

Fremdbestimmtheit bildet auch bei der Arbeitnehmerähnlichkeit ein wesentliches Element. Von Fremdbestimmtheit kann man laut Rsp. auch dann sprechen, wenn der wirtschaftliche Erfolg einer Tätigkeit dem/der VertragspartnerIn zugerechnet wird. Zudem muss die Entschlussfähigkeit beim Ausführen der Tätigkeit auf ein Mindestmaß beschränkt sein. Durch die sehr starke Vorprogrammierung und den Kontrollmöglichkeiten der Plattform auf deren CrowdworkerInnen, wird man in diesem Zusammenhang von Fremdbestimmtheit sprechen können. Die CrowdworkerInnen erhalten idR ein vereinbartes Entgelt, doch der wirtschaftliche Erfolg bleibt bei der Plattform.¹⁵³

5.5.5.3 Wirtschaftliche Abhängigkeit

Man geht davon aus, dass eine Person dann wirtschaftlich abhängig ist, wenn sie auf Einkünfte einer Tätigkeit angewiesen ist, um deren Lebensunterhalt zu bestreiten. Ist ein/eine CrowdworkerIn hauptberuflich in dieser Branche tätig, so kann davon ausgegangen werden, dass dieser/diese wirtschaftlich abhängig ist. Auch nebenberufliche CrowdworkerInnen können wirtschaftlich abhängig sein, wenn sie auf die Einkünfte dieser Tätigkeit angewiesen sind.¹⁵⁴

¹⁵¹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199

¹⁵² Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199

¹⁵³ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199 ff.

¹⁵⁴ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 200

Sowohl bei Gesamtdienstleistungsplattformen als auch bei Vermittlungsplattformen kann eine solche Abhängigkeit bestehen. Bei ersteren ist die wirtschaftliche Abhängigkeit eindeutig, bei Vermittlungsplattformen wird man jedoch auch zu der Auffassung kommen, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit zur Plattform besteht, auch bei Vorliegen direkter Vertragsverhältnisse zu den AuftraggeberInnen.¹⁵⁵

5.5.5.4 Keine unternehmerische Struktur

In den meisten Fällen besitzen die CrowdworkerInnen kein eigenes Unternehmen. Es ist ihnen sogar oftmals untersagt, dass sie sich selbstständig organisieren. Es gibt jedoch auch Beispiele, bei denen die CrowdworkerInnen eine Gewerbeberechtigung besitzen (z.B. bei UBER). Zwar wäre hier eine unternehmerische Struktur gegeben, doch wird diese zumeist von den Plattformen so stark eingeschränkt, dass im Endeffekt keine Kriterien mehr einer solchen Struktur zu finden sind.¹⁵⁶

5.5.5.5 Vorhandensein einer Unterordnung in eine Arbeitsorganisation

Beim Crowdfunding wird die Person zwar nicht direkt in einen hierarchischen Betrieb eingegliedert, doch es entsteht auch hier durch bestimmte Kontroll- und Aufsichtsrechte der Plattform eine Eingliederung in den Betrieb, da sich dadurch eine gewisse Arbeitspflicht für die PlattformarbeiterInnen ergibt. Die Intensität der verschiedenen Mechanismen muss hierbei im Einzelfall geprüft werden, doch in den meisten Fällen wird diese ausreichend vorhanden sein.¹⁵⁷

5.5.5.6 Zusammenfassende Erkenntnis für CrowdworkerInnen

Wird die Arbeitnehmereigenschaft beim Crowdfunding verneint, kann dieser in den meisten Fällen zumindest als arbeitnehmerInnenähnlicher Prozess eingestuft werden, da CrowdworkerInnen idR nicht selbstständig sind und eine wirtschaftliche Abhängigkeit zur Plattform besteht. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich hierbei um eine Gesamtdienstleistungsplattform oder eine Vermittlungsplattform handelt. Auch bei einer

¹⁵⁵ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 200

¹⁵⁶ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201

¹⁵⁷ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201

Vermittlungsplattform wird eine wirtschaftliche Abhängigkeit zur Plattform bestehen.¹⁵⁸ In jenen Fällen, bei denen eine Selbständigkeit durch eine Gewerbeberechtigung gegeben ist, wird man prüfen müssen ob diese nicht durch die starken Kontrollmechanismen der Plattform, als Scheinselbstständigkeit anzusehen ist.

Vor allem im virtuellen Bereich wird man sich jedoch die Frage stellen müssen, ob das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit gegeben ist, da die Löhne hier meist sehr niedrig sind und es somit schwer sein wird seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.¹⁵⁹ Handelt es sich jedoch um Einkünfte, auf die jemand angewiesen ist, egal ob diese aus Nebeneinkünften entstanden sind, besteht auch hier eine wirtschaftliche Abhängigkeit, weshalb eine Arbeitnehmerähnlichkeit in Betracht kommen kann.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201 ff.

¹⁵⁹ Thomas Pfalz in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 442 ff.

¹⁶⁰ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 200

6 Arbeitsrechtliche Beurteilung des Unternehmen UBER

Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird nun näher auf die arbeitsrechtliche Position von UBER zu seinen AuftraggeberInnen und seinen PlattformarbeiterInnen eingegangen. In diesem Zusammenhang wird man die Unternehmensansicht von UBER als reiner Vermittler zu hinterfragen haben. Liegt tatsächlich nur eine Vermittlungstätigkeit von UBER vor oder ergibt sich zwischen den verschiedenen Parteien eine andere vertragsrechtliche Beziehung. Kommt womöglich ein Arbeitsvertrag, Werkvertrag oder freier Dienstvertrag zwischen den Parteien zustande oder handelt es sich in diesem Zusammenhang um eine andere Vertragsbeziehung wie beispielsweise eine Arbeitskräfteüberlassung oder Heimarbeit. Da es sich bei den erbrachten Leistungen bei UBER um Crowdworkingtätigkeiten handelt, wird man auch prüfen müssen, ob bei Verneinung des Arbeitnehmerbegriffs, die rechtliche Einordnung als arbeitnehmerInnenähnliche Person eine Rolle spielen könnte. Schlussendlich wird auch näher auf die Rechte und Pflichten eingegangen, welche sich aus der jeweiligen Vertragskonstellation ergeben.

6.1 Vertragsverhältnis von UBER zu seinen AuftragnehmerInnen und AuftraggeberInnen

Auf Grundlage des zuvor erörterten Drei-Personen-Konstrukt, kann dieses auch auf das Vertragsmodell von UBER angewendet werden. Neben dem Unternehmen UBER selbst, treten des Weiteren auch der/die AuftraggeberIn (KundIn) sowie der/die Beförderer/BeförderIn (FahrerIn/Mietwagenunternehmen) in dieser Konstellation auf.¹⁶¹

Aus diesem Drei-Personen-Geflecht können folgende Rechtsverhältnisse betrachtet werden. Zum einen der Kooperationsvertrag, der sich zwischen UBER und den Beförderern/Beförderinnen ergibt und zum anderen der Transportvertrag, der sich zwischen den Beförderern/Beförderinnen und den KundInnen ergibt.¹⁶²

Bei dieser Betrachtung fehlt jedoch die vertragliche Beziehung zwischen UBER und seinen KundInnen. Laut AGBs des Unternehmens besteht zwischen UBER und den KundInnen kein Vertragsverhältnis. UBER tritt hier lediglich als Vermittler auf und erbringt keine eigenverantwortlichen Dienstleistungen. Aus KundInnensicht ergibt sich hierbei jedoch ein etwas anderes Bild. UBER nimmt vielmehr die Position eines Organisators der

¹⁶¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 113

¹⁶² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114

Beförderungsdienstleistung an, als die eines reinen Vermittlers. Vor Fahrtantritt übermittelt der Kunde/die Kundin dem Unternehmen UBER den gewünschten Abfahrt- und Zielort. Die FahrerInnen, die von UBER zur Verfügung gestellt werden, sind hierbei nicht als Personen von Drittanbietern deklariert, sondern als UBER-FahrerInnen. Im ganzen Durchführungsprozess, von der Fahrtanfrage bis hin zur Beendigung der Fahrt, ist es für den Kunden/der Kundin nicht ersichtlich, dass es sich bei dem/der FahrerIn um ein externes Unternehmen handelt und nicht um UBER selbst.¹⁶³

Da hier keine Offenlegung der Gehilfentätigkeit aufseiten von UBER erfolgt, kann man in diesem Zusammenhang von keinem reinen Vermittlungsvertrag sprechen. *Risak* umschreibt diesen Vertrag als Beförderungsorganisationsvertrag. Dieser umfasst neben der Vermittlungstätigkeit auch weitere administrative Abwicklungstätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit der unmittelbaren Beförderung stehen. Zu diesen Tätigkeiten gehören die Vorauswahl von infrage kommenden Beförderern/Beförderinnen, die Übermittlung von Angebot und Annahme, Tariffestsetzung, Fahrtroutenberechnung, sowie die Entgeltberechnung und die daraus folgende Zahlungsabwicklung.¹⁶⁴

6.2 Gegenargumente zum UBER Geschäftsmodell – „UBER ist nur Vermittler“

Bevor man für UBER tätig sein kann, ist es notwendig, sich über die Webseite des Unternehmens zu registrieren.¹⁶⁵ In Österreich bietet das Unternehmen seine Dienstleistungen ausschließlich mit Drittunternehmen (Mietwagenunternehmen) an, zu denen auch eine vertragliche Beziehung besteht. Eine direkte Vertragsbeziehung zu den FahrerInnen, wie es auch in einigen anderen Ländern der Fall ist (UBER-Pop), besteht hingegen nicht. Zwischen dem Mietwagenunternehmen und seinen FahrerInnen besteht idR ein Beschäftigungsverhältnis, wodurch UBER nach eigener Auffassung nicht als ArbeitgeberIn in Betracht kommt.¹⁶⁶ Nach erfolgreicher Registrierung des Mietwagenunternehmens mit den dafür notwendigen Unterlagen (Gewerbeschein eines Taxi- oder Mietwagengewerbes, Zulassungsschein, UID-Nummer, gültige Führerscheine der Fahrer, zusätzlicher Ausweis),¹⁶⁷ können die FahrerInnen

¹⁶³ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114

¹⁶⁴ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114 ff.

¹⁶⁵ <https://www.uber.com/at/de/drive/requirements/> (Stand 12.12.2019)

¹⁶⁶ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 117

¹⁶⁷ <https://www.uber.com/at/de/drive/requirements/> (Stand 12.12.2019)

über die UBER-App KundInnenaufträge annehmen, die von UBER zur Verfügung gestellt werden.¹⁶⁸

Wurde ein Auftrag erfolgreich angenommen, so entsteht zwischen AuftraggeberIn (KundIn) und dem Beförderer/der Beförderin ein direktes Vertragsverhältnis. UBER nimmt hier die Gehilfenstellung ein und führt nach eigener Auffassung lediglich Nachfrage und Angebot zusammen. Laut *Risak* soll dieses direkte Vertragsverhältnis jedoch nur die Tatsache verschleiern, dass UBER mehr einem Auftraggeber als einem Vermittler ähnelt.¹⁶⁹

6.2.1 Das direkte Vertragsverhältnis zwischen AuftraggeberIn und Beförderer/Beförderin als Verschleierungsfunktion

Wie schon im Vorfeld im Punkt 5.1.2 erwähnt wurde, besteht oftmals ein direktes Vertragsverhältnis zwischen AuftraggeberIn und AuftragnehmerIn, auch wenn diese zuvor über eine Plattform kommuniziert haben.¹⁷⁰

Aus dem zuvor genannten kann festgestellt werden, dass sich bei UBER das gleiche Bild ergibt. Auch wenn diese zuvor über die Plattform kommuniziert haben, wird der Vertrag zur Leistungserbringung unter ihnen geschlossen. UBER sieht sich in diesem Zusammenhang nur als Vermittler. Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, muss eine solche Auffassung jedoch nur dann angenommen werden, wenn die Tätigkeit als Vermittler zu jedem Zeitpunkt für die jeweils andere Person ersichtlich ist.¹⁷¹ Bei UBER ist diese Vermittlungstätigkeit für einen Außenstehenden/eine Außenstehende, wie zuvor schon erwähnt wurde, nicht ersichtlich. Die KundInnen erhalten vielmehr das Bild darüber, dass die FahrerInnen für UBER tätig sind, anstatt dass es sich hierbei um Drittunternehmen handelt.¹⁷²

Somit kann man auch hier dem allgemeinen Gedanken des ABGB folgen: Wer handelt, handelt für sich selbst.¹⁷³ Da eine mangelnde Offenlegung aufseiten von UBER vorliegt, kann davon ausgegangen werden, dass UBER als Vertragspartner für die Leistungserbringung einspringen muss.

¹⁶⁸ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 109

¹⁶⁹ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 116 ff.

¹⁷⁰ *Johannes Warter* in *Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg)*, Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 145

¹⁷¹ *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 48

¹⁷² *Risak Martin/Lutz Doris*, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114

¹⁷³ *Johannes Warter* in *Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg)*, Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 146

6.2.2 Einflussmöglichkeiten von UBER zu deren Fahrern

Ein weiterer Punkt der gegen die reine Vermittlungstätigkeit von UBER spricht ist jener, dass das Unternehmen einen erheblichen Einfluss auf deren FahrerInnen ausübt. In Kapitel 2.5 wurde schon darauf hingewiesen, dass man sich den Richtlinien des Unternehmens unterwerfen muss, um für UBER tätig sein zu können. Diese erlauben es dem Unternehmen auf bestimmte Mechanismen zuzugreifen und somit den Abwicklungsprozess zu optimieren. Neben den KundInnenbewertungen hat das Unternehmen Zugriffsmöglichkeiten auf Stornierungsquoten sowie Akzeptanzraten. Entsprechen die Zahlen nicht dem gewünschten Bild des Unternehmens, kommt es in weiterer Folge zu Sanktionen. Diese ergeben sich aus einer geringeren Anzahl von bereitgestellten Aufträgen bis hin zu einer Sperre des Accounts.¹⁷⁴ Zudem setzt das Unternehmen Höchstpreise für die Mietwagenunternehmen fest, erhebt die Preise bei den KundInnen und beteiligt sich anteilig am eingenommen Entgelt des Beförderers/der Beförderin.¹⁷⁵

All diese Einflussmöglichkeiten weisen darauf hin, dass die Tätigkeiten von UBER weit über die eines reinen Vermittlers hinweggehen.

¹⁷⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 110 ff.

¹⁷⁵ Barbist in Binder Grösswang (Hrsg), Digital Law (2018) Digitalisierung unter dem Blickwinkel des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 183

7 UBER als Arbeitgeber

Im Folgenden wird nun geprüft, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen UBER und seinen BeförderInnen um einen Arbeitsvertrag handeln könnte. Im Vorfeld dieser Arbeit wurde schon geklärt, dass in den meisten Fällen zwischen Plattform und CrowdworkeIn ein Dauerschuldverhältnis besteht. Dieses ergibt sich durch die Registrierung auf der Plattform und der daraus folgenden Unterwerfung an deren Richtlinien.¹⁷⁶

Durch das Registrieren und dem Unterwerfen der Nutzungsbedingungen entsteht auch zwischen UBER und seinen BeförderInnen ein solches Dauerschuldverhältnis. Zwar deutet auf den ersten Blick nichts darauf hin, dass es sich hierbei um einen Arbeitsvertrag handeln könnte, doch sind auch hier die fremd bestimmenden Maßnahmen relativ hoch. Das Unternehmen selbst wirbt zwar damit, dass jeder für sich entscheiden kann, wann und wieviel er arbeiten möchte, doch in der Praxis wird diese Aussage durch Sanktionsmechanismen des Unternehmens zu relativieren sein.¹⁷⁷

Wie schon im Vorfeld des Öfteren erwähnt wurde, arbeitet das Unternehmen UBER in Österreich nur mit konzessionierten Mietwagenunternehmen zusammen. In einer solchen Konstellation besteht normalerweise zwischen Mietwagenunternehmen und FahrerInnen ein Dienstverhältnis.¹⁷⁸ Besteht ein solches Dienstverhältnis, wird man in weiterer Folge prüfen müssen, ob eine Arbeitskräfteüberlassung nach § 14 AÜG vorliegt.¹⁷⁹

Ein Großteil der in Österreich tätigen Mietwagenunternehmen wird jedoch in Form eines Ein-Personen-Unternehmens geführt. Durch die massiven Kontrollmechanismen von UBER, wird hier jedoch zu prüfen sein, ob eine unternehmerische Selbständigkeit der Ein-Personen-Unternehmen überhaupt noch gegeben ist oder ob es sich hierbei mehr um eine Scheinselbständigkeit handelt. Möglicherweise führt dies in weiterer Folge dazu, dass hier ein verstecktes Dienstverhältnis zu UBER besteht.¹⁸⁰

7.1 Arbeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt des österreichischen Arbeitnehmers

Nach zahlreichen Rechtsstreitigkeiten musste sich das Unternehmen UBER im Sommer 2019 kurzzeitig vom österreichischen Markt zurückziehen. Hintergrund dieses Rückzugs war eine

¹⁷⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 49

¹⁷⁷ <https://www.uber.com/a/join-new?exp=70801c> (Stand: 12.12.2019)

¹⁷⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 131

¹⁷⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 117

¹⁸⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 131

Gerichtsentscheidung, wonach UBER für seine in Österreich erbrachte Tätigkeit, eine Gewerbeberechtigung und einen Firmensitz benötigen würde. Das Unternehmen gründete in dieser Abwesenheit ein Firmensitz in Wien und beantragte die Gewerbeberechtigung eines Reisebüros, welche auch die Vermittlung von Mietwagenunternehmen mit einschließt.¹⁸¹

Zwar besitzt das Unternehmen nun die dafür notwendigen Anforderungen um auf dem österreichischen Markt tätig sein zu können, doch wird die Gewerbeberechtigung als Reisebüro von der hM als unzureichend erachtet. Der Anwalt der Gegenpartei (Taxi 40100) vertritt hierbei die Meinung, dass UBER eine Gewerbeberechtigung nach dem Gelegenheitsverkehrsgesetz benötigen würde.¹⁸²

Da das Unternehmen mit der UBER Austria GmbH nun auch über einen Firmensitz in Österreich verfügt, kann bei der Prüfung der ArbeitnehmerInneneigenschaft auf das nationale Recht zugegriffen werden. Die Bestimmungen der ROM-I VO, für grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse, sind somit hinfällig.¹⁸³

Im Folgenden soll nun nochmals die Tatbestandsmerkmale des Dienstvertrags/Arbeitsvertrags nach § 1151 ABGB eingegangen werden und ob diese beim Unternehmen UBER vorliegen. Demnach entsteht ein Dienstvertrag, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für eine andere Person verpflichtet. Jemand der mit rechtsgeschäftlichen Willens zur Arbeitsleistung an eine andere Person in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist, ist im arbeitsvertraglichen Sinn als ArbeitnehmerIn anzusehen.¹⁸⁴

7.1.1 Erbringung einer Dienstleistung auf eine bestimmte Dauer für eine andere Person

Laut Entscheidung des VwGH handelt es sich bei den erbrachten Leistungen eines Mietwagengewerbes um einen zugrundeliegenden Werkvertrag.¹⁸⁵ Demnach würde die Weiterleitung der Fahrtanfrage und dem daraus folgenden Abwicklungsauftrag ein Zielschuldverhältnis entstehen.¹⁸⁶

Laut *Risak* ist ein solcher Umstand jedoch zu relativieren, nämlich in jenen Fällen, bei denen solche Aufträge wiederholt angenommen werden. Das Schuldverhältnis, welches zwischen

¹⁸¹ Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

¹⁸² Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

¹⁸³ <https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/gewerbliche-dienstleister/personaldienstleister/Grenzueberschreitendes-Arbeitsverhaeltnis.html> (Stand: 13.12.2019)

¹⁸⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135

¹⁸⁵ VwGH 15.12.1993, 93/03/0032

¹⁸⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135

UBER und seinen Beförderern/Beförderinnen besteht, ist auf eine dauerhafte Bindung aufgebaut. Diese dauerhafte Bindung kann aus der Durchschnittsbewertung der KundInnenbewertungen abgelesen werden.¹⁸⁷

Das Unternehmen erstellt aufgrund der letzten 500 KundInnenbewertungen eine Durchschnittsbewertung für dessen FahrerInnen. Des Weiteren betont UBER, dass man mit der Begrenzung der letzten 500 Fahrten, es den FahrerInnen erleichtern möchte, dass diese ihre Bewertungen wieder verbessern können. Zudem wird der Account eines Users/einer Userin deaktiviert, wenn eine gewisse Stornoquote überschritten wird.¹⁸⁸ All diese Faktoren deuten mE darauf hin, dass UBER ein dauerhaftes Vertragsverhältnis zu seinen FahrerInnen aufbauen möchte.

Die geringe Dauer der Aufträge (Fahrtauftrag von meist wenigen Minuten), wird im Fall von UBER ebenfalls kein Ausschlusskriterium sein. Wie schon im Vorfeld erwähnt (Kapitel 5.2.2), kann die kurze Dauer der Aufträge durch ein hohes Maß an Fremdbestimmtheit ausgeglichen werden. Dadurch entsteht auch hier eine persönliche Abhängigkeit zum Unternehmen und es kann ein Dauerschuldverhältnis angenommen werden.¹⁸⁹ In diesem Zusammenhang hat auch schon ein englisches *Employment Tribunal* beim Fahrdienst UBER-Pop entschieden, dass es sich nicht bei jeder einzelnen Fahrt um ein punktuelles Vertragsverhältnis handelt, sondern dass der gesamte Zeitraum, vom Aktivieren der App bis hin zum Ausschalten der App, als durchgehendes Arbeitsverhältnis anzusehen ist.¹⁹⁰

Demzufolge kann hier davon ausgegangen werden, dass bei wiederholter Annahme von Aufträge durch das Unternehmen UBER, ein auf Dauer angelegtes Vertragsverhältnis vorliegt.

7.1.2 Persönliche Abhängigkeit

Der (echte) Arbeitsvertrag ergibt sich daraus, dass der/die ArbeitnehmerIn von dem/der ArbeitgeberIn persönlich anhängig ist. Die Rsp. hat in diesem Zusammenhang mehrere Faktoren definiert, die auf eine persönliche Abhängigkeit hindeuten. Es ist jedoch nicht notwendig, dass diese Merkmale gemeinsam vorliegen und sie können auch unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Entscheidend für die Bewertung ist die Gesamtbetrachtung aller

¹⁸⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135

¹⁸⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135

¹⁸⁹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 160

¹⁹⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 136

Merkmale.¹⁹¹ Im Folgenden wird kurz auf diese Merkmale eingegangen und ob diese bei der Vertragsbeziehung zu UBER vorhanden sind.

Persönliche Dienstpflicht und Fremdbestimmung der Leistung

Die persönliche Dienstpflicht ergibt sich aus den Zulassungsvoraussetzungen des Unternehmens. Die Fremdbestimmtheit wird durch mehrere Faktoren determiniert. UBER schreibt seinen FahrerInnen vor, welche Fahrzeuge zu Transport zugelassen sind und wie diese ausgestattet sein müssen. Als Navigationssystem wird die App des Unternehmens vorgeschrieben, die in weiterer Folge die Route und den Tarif dafür vorgibt. Die Abrechnung des Entgelts erfolgt hierbei ebenfalls über die von UBER bereitgestellte App. Aus diesen Vorgaben ist ersichtlich, dass die Selbstbestimmtheit auf ein Minimum reduziert wird und somit von einer Fremdbestimmtheit ausgegangen werden kann.¹⁹²

Weisungs- und Kontrollunterworfenheit sowie Sanktionen bei Nichteinhaltung

Wurde ein Auftrag von einem Beförderer/einer Beförderin angenommen, so muss die Abwicklung des Auftrags nach den Bestimmungen des Unternehmens erfolgen. Die Route wird durch die App des Unternehmens vorgegeben. Ebenso die Art der Begrüßung und der Verabschiedung, sowie der Zustand des Autos.¹⁹³

Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, stehen UBER eine Vielzahl von Kontrollmechanismen zur Verfügung. Diese ergeben sich aus den KundInnenbewertungen, den Stornoquoten und der Akzeptanzrate. Sind diese nicht auf dem gewünschten Level des Unternehmens, so hat der/die FahrerIn mit Sanktionen in Form von geringeren Auftragsbereitstellungen bis hin zur Deaktivierung des Accounts zu rechnen.¹⁹⁴

Eingliederung in die Betriebsorganisation und Beistellung der Arbeitsgeräte durch den Dienstgeber/die Dienstgeberin

Obwohl die FahrerInnen zur Beförderung der KundInnen ihre eigenen PKWs benutzen, wird man UBER trotzdem davon ausgehen können, dass eine Eingliederung in dem Betrieb besteht. Da die wesentlichen Aspekte bei der Beförderungsdienstleistung über den digitalen Weg von UBER gesteuert werden, entsteht hier eine organisatorische Unterordnung zum Betrieb.¹⁹⁵

¹⁹¹ Hargassner, Arbeitsvertrag – Werkvertrag – Freier Dienstvertrag (Stand 25.6.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

¹⁹² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 136 ff.

¹⁹³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137

¹⁹⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137

¹⁹⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137

Die Lehre geht grundsätzlich davon aus, dass der Einsatz eigener Betriebsmittel idR ein Indiz dafür ist, dass kein Dienstverhältnis vorliegt. Dies kann aber durch andere Faktoren relativiert werden. Bestehen weitreichend keine eigenen Dispositionsmöglichkeiten, so kann auch beim Einsatz eigener Betriebsmittel ein Dienstverhältnis vorliegen. Im Fall von UBER liegt die faktische Verfügungsmöglichkeit der PKWs beim Unternehmen selbst. Das Unternehmen schreibt seinen FahrerInnen vor, welche Fahrzeuge sie zu nutzen haben und kontrolliert zudem jeden maßgeblichen Aspekt, der mit der Vertragsabwicklung in Verbindung steht. Diese faktische Verfügungsmöglichkeit spricht für eine persönliche Abhängigkeit der FahrerInnen von UBER.¹⁹⁶

7.1.3 Vertragliche Bindung

Das Akzeptanzrating von UBER ist ein starkes Indiz dafür, dass sich das Unternehmen dadurch ein dauerhaftes Schuldverhältnis zu seinen FahrerInnen erhofft. Zudem wird aufgrund dieses Ratings die Dienstleistung regelmäßig in persönlicher Abhängigkeit erbracht. Ein weiterer Punkt, der mit dem Akzeptanzrating einhergeht, ist die Tatsache, dass die FahrerInnen mit Sanktionen zu rechnen haben, wenn wiederholt Aufträge abgelehnt oder ignoriert werden. Daraus kann man schließen, dass all diese Indizien auf eine dauerhafte Vertragsbeziehung ausgerichtet sind, die nur dann erfolgreich funktioniert, wenn persönliche Abhängigkeit der FahrerInnen zum Unternehmen besteht.¹⁹⁷

7.2 Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Im Zusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Beurteilung gab es in Europa schon einige Entscheidungen, welche die vertragsrechtliche Beziehung zwischen UBER zu seinen FahrerInnen klären sollte. In erster Linie handelte es sich hierbei um Entscheidungen zum Dienst „UBER-Pop“, der in Österreich nicht angeboten wird. Da in Österreich viele Mietwagenunternehmen als EPU geführt werden und diese Ähnlichkeit zu den PrivatfahrerInnen aufweisen, werden die Entscheidungen hierfür relevant sein. Aufgrund dieser Tatsache werden die Entscheidungen in diesem Zusammenhang kurz wiedergegeben.

¹⁹⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137 ff.

¹⁹⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 138

7.2.1 EuGH, 20.12.2017, C-434/15 - Asociación Profesional Elite Taxi

Aufgrund eines Rechtsstreits wegen unlauteren Wettbewerbs, der in Spanien zwischen einem Berufsverband von TaxilenkerInnen und Uber geführt wurde, hat ein spanisches Gericht dem EuGH arbeitsrechtliche Fragen in Bezug auf das Unternehmen UBER gestellt. Der Grund hierfür war, dass TaxilenkerInnen in Spanien eine dafür notwendige Lizenz benötigen. UBER bot in diesem Zusammenhang eine ähnliche Dienstleistung an, ohne die dafür notwendige Lizenz zu besitzen. Das Unternehmen stellte nicht berufsmäßigen FahrerInnen eine App zur Verfügung, die es ihnen ermöglicht, Fahraufträge die bei UBER eingehen, durchzuführen.¹⁹⁸

Der EuGH kam bei seiner Beurteilung zu dem Entschluss, dass es sich bei der angebotenen Dienstleistung von UBER nicht um eine Vermittlungsdienstleistung, sondern um eine Verkehrsdienstleistung handelt. Begründet wurde dies damit, dass UBER einen erheblichen Einfluss (z.B. Festsetzung des Höchstpreises, Kontrollmechanismen, Sanktionen) auf deren FahrerInnen ausübt. Bei dem Vermittlungsdienst handelt es sich somit um einen integralen Bestandteil der Gesamtdienstleistung, der hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht.¹⁹⁹

Aufgrund dessen benötigt das Unternehmen selbst die dafür notwendigen Lizenzen und ist somit als Arbeitgeber für dessen FahrerInnen anzusehen.

7.2.2 UBER als Arbeitgeber – Urteile aus Großbritannien und der Schweiz

Zu einer ähnlichen Auffassung, wie das Urteil des EuGHs, kam man auch in Großbritannien und in der Schweiz.

In Großbritannien werden UBER-FahrerInnen nun als „worker“ angesehen und haben dadurch Anspruch auf Mindestlohn und Urlaub. Auch hier wurde der Einwand des Unternehmens, dass es sich hierbei um ein reines Technologieunternehmen handelt, abgelehnt.²⁰⁰

Zu diesem Entschluss ist auch die Schweizer Unfallversicherungsanstalt (SUVA) gekommen. Laut SUVA handelt es sich bei den Privatpersonen, die für UBER tätig sind, um Angestellte und keine Selbstständigen. Das Unternehmen ist somit verpflichtet Sozialabgaben zu zahlen. SUVA begründete seine Entscheidung dahingehend, dass FahrerInnen mit Konsequenzen des Unternehmens rechnen müssen, wenn deren Vorgaben nicht erfüllt werden. Zudem sind auch

¹⁹⁸ Hans Peter Lehofer, ÖJZ 2018/32 (EuGH), 284

¹⁹⁹ Hans Peter Lehofer, ÖJZ 2018/32 (EuGH), 284

²⁰⁰ Lara Hagen, Uber und Co: Zu schnell für das Arbeitsrecht?, Der Standard 03/02/2017

weitere Kontrollmechanismen ausschlaggebend, die an einer persönlichen Abhängigkeit anknüpfen.²⁰¹

7.3 Mögliche Umgehungspunkte für ein Dienstverhältnis mit UBER

Durch das Aufkommen von Internet-Plattformen bildeten sich im Arbeitsrecht auch einige Graubereiche, welche sich die Plattformen zum Nutzen machen. So bestehen theoretisch einige Faktoren, die gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Im Folgenden werden diese Faktoren kurz erläutert.

7.3.1 Unterbrechung der Beschäftigung

Das aus dem Dienstverhältnis ergebende Dauerschuldverhältnis, welches auf wiederholte und fortdauernde Beschäftigung ausgelegt ist, wird von UBER dahingehend versucht zu umgehen, indem das Unternehmen den Anschein erweckt, dass es sich hierbei eine Aneinanderreihung von Zielschuldverhältnissen handelt.²⁰²

Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, kann ein solcher Umstand dahingehend relativiert werden, wenn solche gleichartigen Aufträge wiederholt angenommen werden. Bei UBER wird dies der Fall sein. Hinzu kommt, dass das Vertragsverhältnis auf Dauer ausgerichtet ist, wie man anhand verschiedener Kontrollkriterien ablesen kann.²⁰³

Zur kurzen Dauer bestimmter Vertragsverhältnisse kann hier die Probezeit genannt werden. Bei der Probezeit liegt ebenfalls ein Beschäftigungsverhältnis vor, obwohl die Dauer der Probezeit relativ gering ist.²⁰⁴

Probleme bereiten auch die Zeitfenster, in denen keine Dienstleistungen erbracht werden. Also jener Zeitpunkt, der sich zwischen dem beendeten Auftrag und dem neu angenommenen Auftrag befindet. Kommt man zu dem Entschluss, dass die Beendigung eines Fahrauftrags auch das Beschäftigungsverhältnis beendet, so würde bei erneuter Annahme eines weiteren Auftrags ein Kettenarbeitsverhältnis vorliegen. Ein solches Beschäftigungsverhältnis ist auf EU-Ebene jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Gerechtfertigt wäre dies, wenn es dem Interesse der FahrerInnen nachkommt. Ergibt sich ein solches Zeitfenster aus

²⁰¹ Lara Hagen, Uber und Co: Zu schnell für das Arbeitsrecht?, Der Standard 03/02/2017

²⁰² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 139

²⁰³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135

²⁰⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 139

nicht selbstgewählter Lebensplanung, sondern durch Krankheit, Unfall, Erholungsschutz, so würde dies nicht im Interesse des Fahrers/der Fahrerin liegen.²⁰⁵

7.3.2 Abgeltung von Stehzeiten

Ein weiteres Problem ist die Bezahlung der Stehzeiten zwischen den Aufträgen bzw. dem Auf- und Abdrehen der UBER-App. Hier muss man sich fragen, ob diese Zeit als Ruf- oder Arbeitsbereitschaft zu werten ist. Laut Rsp. des OGHs ist die Rufbereitschaft zwar grundsätzlich abzugelten, sie werden jedoch nicht als Arbeitszeit angerechnet.²⁰⁶ Rufbereitschaft besteht laut Rsp. in jenen Fällen, bei denen der/die ArbeitnehmerIn für den/die ArbeitgeberIn lediglich erreichbar sein muss. Der/die ArbeitnehmerIn kann sich seinen Aufenthaltsort jedoch selbst wählen und über die Verwendung seiner Zeit selbst entscheiden.²⁰⁷

Bei UBER ist eine solche Betrachtungsweise jedoch nicht gegeben. Da die FahrerInnen nach Annahme einer Fahrt idR in wenigen Minuten beim Abholort eintreffen sollen, ist eine freie Wahl des Aufenthaltsortes nicht gegeben. Es wird für das rechtzeitige Eintreffen am Abholort notwendig sein, dass sich der/die FahrerIn bereits im Auto befindet. Aufgrund dieser Annahme, werden auch die Stehzeiten der FahrerInnen als Arbeitszeit anzurechnen sein.²⁰⁸

7.3.3 Beistellung des Arbeitsgeräts durch den/die DienstgeberIn

Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, kann auch ohne das Bereitstellen von Fahrzeugen ein Dienstverhältnis zu UBER bestehen. Die grundsätzliche Annahme, dass die Bereitstellung von Betriebsmittel durch den/die ArbeitgeberIn ein Indiz dafür sind, dass ein Dienstverhältnis vorhanden ist, kann dadurch relativiert werden, wenn über die eigenen Betriebsmittel, welche die FahrerInnen in Form ihrer eigenen PKWs bzw. den PKWs des Mietwagenunternehmens zur Verfügung stellen, nicht selbst disponiert werden kann. Dies ist wie schon vorhin erwähnt bei UBER der Fall, da das Unternehmen die Vorgaben bezüglich des PKWs festlegt.²⁰⁹

²⁰⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 140

²⁰⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 140

²⁰⁷ OGH 8 ObA 90/05a, ARD 5707/3/2006; 9ObA 74/07h, ASoK 2007, 404

²⁰⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 141

²⁰⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137 ff.

7.3.4 UBER handelt nur als Vermittler

Das Geschäftsmodell von UBER, wonach sich das Unternehmen selbst nur als reiner Vermittler sieht, kann aus mehreren Gründen abgewiesen werden. Aufgrund der Tatsachen, dass UBER seine Vermittlungstätigkeit seinen AuftraggeberInnen nicht offenlegt, springt das Unternehmen selbst als Vertragspartner für die Leistungserbringung ein.²¹⁰ Nach Beendigung der Fahrt erhält der Kunde/die Kundin eine Rechnung von UBER. Auf dieser Rechnung ist ein Link enthalten, der auf das Unternehmen verweist, welches den Auftrag durchgeführt hat.²¹¹ Auch hier wird man zu dem Entschluss kommen müssen, dass die Offenlegung des tatsächlichen Beförderungsunternehmens mittels Link in der Rechnung, als nicht ausreichend zu erachten ist. Dies wird schon alleine aufgrund der Tatsache gegeben sein, dass die Offenlegung der Vermittlungstätigkeit zu jedem Zeitpunkt für den/die AuftraggeberIn ersichtlich sein muss.²¹²

Ein weiterer Grund, der ebenfalls schon im Vorfeld erwähnt wurde, ist jener, dass die Tätigkeiten von UBER weit über die eines Vermittlers hinausgehen. So hat das Unternehmen weitreichende Kontroll- und Sanktionsmechanismen, welche sie auf deren FahrerInnen ausüben können.²¹³

7.3.5 UBER erteilt keine richtigen Weisungen

Das Unternehmen könnte damit argumentieren, dass es seinen FahrerInnen keine Weisungen erteilt. Der Umstand, dass das Unternehmen keiner weiteren Weisung erteilen muss, ergibt sich daraus, dass sich deren FahrerInnen den Richtlinien des Unternehmens unterwerfen müssen. Diese enthalten die grundsätzlichen Regeln, unter denen man für UBER tätig sein darf, wodurch weitere Weisungen durch das Unternehmen nicht notwendig sind.²¹⁴

Die App von UBER nimmt hierbei eine tragende Rolle ein, da sie den FahrerInnen den Abholort, Zielort, Route und Tarif vorgibt. Zudem erfolgt die Verrechnung des Fahrtpreises über die App.²¹⁵

Weisungen werden somit auch über diesen Weg erteilt, doch werden sie nicht direkt vom Unternehmen, sondern von dessen bereitgestellter App erteilt.

²¹⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114

²¹¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 109

²¹² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 48

²¹³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 110 ff.

²¹⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 116

²¹⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 116

7.4 Abgrenzung zu anderen arbeitsrechtlichen Schuldverhältnissen

Zu klären ist noch, ob bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung von UBER ein anderes Schuldverhältnis in Form eines Werkvertrags oder freien Dienstvertrags infrage kommen kann, weshalb hier nochmals auf diese zwei Vertragsformen eingegangen wird.

7.4.1 UBER-FahrerInnen als freie DienstnehmerInnen?

In Kapitel 5.5.1 wurde schon darauf hingewiesen, dass es sich beim freien Dienstvertrag ebenfalls um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Der Unterschied zum Arbeitsvertrag liegt bei der fehlenden oder schwach ausgeprägten persönlichen Abhängigkeit.²¹⁶

Bei UBER wird aufgrund der starken persönlichen Abhängigkeit der FahrerInnen zum Unternehmen eine solche Vertragsform zu verneinen sein. Obwohl das Unternehmen in seinen AGBs darauf hinweist, dass die FahrerInnen weisungsfrei und unabhängig tätig seien, wird hier die tatsächliche Handhabung der Tätigkeit berücksichtigt.²¹⁷

Aufgrund der persönlichen Abhängigkeit wird man den AGBs von UBER nicht folgen können, weshalb ein freier Dienstvertrag hier nicht in Betracht kommt.

7.4.2 UBER-Verträge als einzelne Werkverträge?

Beim Mietwagengewerbe steht grundlegend der Umfang der Leistung eines Fahrauftrags für die Feststellung des Entgelts im Vordergrund, weshalb man hier auch von einzelnen Werkverträgen sprechen kann.²¹⁸

Der Werkvertrag unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht vom freien Dienstvertrag. Zum einen muss der Leistungsgegenstand bereits im Vertrag genau umschrieben sein, sodass keine weiteren Weisungen und Konkretisierungen notwendig sind.²¹⁹ Im Fall von UBER wird dieser Punkt erfüllt, da die FahrerInnen bereits vor Fahrtantritt alle notwendigen Informationen

²¹⁶ Hargassner, Arbeitsvertrag – Werkvertrag – Freier Dienstvertrag (Stand 25.6.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

²¹⁷ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 148

²¹⁸ Abgrenzung Mietwagen-Gewerbe - Taxigewerbe (19.02.2015, LexisNexis Rechtsnews 18988 in lexis360.at)

²¹⁹ Brodil/Risak in Brodil/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht in Grundzügen¹⁰ (2019) Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff, RZ 49

(Abholort, Startort, Route, Preis) mittels der App erhalten. Eine weitere Konkretisierung des Auftrags wird hier somit nicht benötigt.

Die zweite Voraussetzung die erfüllt sein muss, ist die Tatsache, dass beim Werkvertrag keine persönliche Abhängigkeit besteht. Laut Definition muss es sich hierbei um selbständige UnternehmerInnen handeln.²²⁰ Somit scheitert es auch hier, wie schon beim freien Dienstvertrag, an der persönlichen Abhängigkeit zu UBER, weshalb ein Werkvertrag ausgeschlossen werden kann.

Zudem würden auch die in Kapitel 7.1.1 genannten Gründe gegen das Wesen eines Werkvertrags sprechen. Diese sehen nämlich eine auf Dauer gerichtete Vertragsbeziehung vor, weshalb man auch hier von einem Dauerschuldverhältnis und nicht einem Zielschuldverhältnis sprechen kann.²²¹

Somit kann im Fall von UBER davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um ein Dauerschuldverhältnis und nicht um ein Zielschuldverhältnis handelt.

7.5 FahrerInnen als arbeitnehmerInnenähnliche Personen

Kommt man bei der Beurteilung von UBER zu dem Entschluss, dass die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen ist, so wird man in diesem Zusammenhang noch prüfen müssen, ob die Beförderer/Beförderinnen zumindest als arbeitnehmerInnenähnliche Personen eingestuft werden können. Wie schon in Kapitel 5.5.5 erklärt wurde, handelt es sich hierbei um eine Zwischenstellung der ArbeitnehmerInnen, die wirtschaftlich und persönlich von ihren ArbeitgeberInnen abhängig sind, sowie den Selbständigen, die persönlich und wirtschaftlich unabhängig agieren. Bei den arbeitnehmerInnenähnlichen Personen handelt es sich zwar um Personen, die persönlich jedoch nicht wirtschaftlich unabhängig sind.²²²

Bei arbeitnehmerInnenähnlichen Personen muss es sich um natürliche Personen handeln, die in keinem Arbeitsverhältnis stehen, sowie auch keine Heimarbeit ausführen und aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags zur Arbeitsleistung in wirtschaftlicher Unselbstständigkeit stehen.²²³ Einzelunternehmen werden in diesem Zusammenhang ebenfalls als natürliche Personen angesehen.²²⁴ Im Fall von UBER können somit Mietwagenunternehmen die als EPU

²²⁰ Egger/Knell, Werkvertrag (Stand 7.7.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

²²¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 137

²²² Johannes Warter, Crowdwork (2016) 198

²²³ Wachter in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1 DHG

²²⁴ <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Einzelunternehmen.html> (Stand: 18.12.2019)

geführt werden, bei Verneinung der ArbeitnehmerInneneigenschaft, noch unter die Begriffsbestimmungen der arbeitnehmerInnenähnlichen Personen fallen.

Bei der persönlichen Abhängigkeit besteht jedoch nicht eine vollkommene Unabhängigkeit. Die Rsp. legt bei der Betrachtung eine Ober- und Untergrenze als ausschlaggebendes Kriterium vor. Die Obergrenze beginnt dort, wo die persönliche Abhängigkeit ein Arbeitsverhältnis begründen würde. In diesem Fall würden die Personen schon den vollen Arbeitnehmerschutz genießen, wodurch eine weitere Prüfung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit nicht mehr als relevant anzusehen ist. Die Untergrenze liegt dort, wo zumindest ein erhebliches Maß an persönlicher Abhängigkeit vorhanden ist. Eine Person muss in seiner Tätigkeit zu einem gewissen Grad persönlich eingeschränkt sein, damit eine wirtschaftliche Unselbständigkeit geschaffen werden kann.²²⁵ Wird man so hingehend das Maß der persönlichen Abhängigkeit bei UBER als zu gering für den ArbeitnehmerInnenbegriff ansehen, würde zumindest ein so hohes Maß an Abhängigkeit vorhanden sein, sodass man hier zumindest über der Untergrenze liegen würde.

Wie bereits erwähnt wurde, handelt es sich bei der ArbeitnehmerInnenähnlichkeit um einen Typusbegriff, der als entscheidender Faktor die wirtschaftliche Unselbständigkeit aufweist. Zudem sind noch weitere Faktoren für die Gesamtbetrachtung ausschlaggebend, die nun anhand der Vertragsbeziehung von UBER zu seinen FahrerInnen kurz analysiert werden sollen.²²⁶

7.5.1 Tätigkeit wird nicht auf den Markt ausgerichtet

Die Tätigkeit der Beförderer/Beförderinnen darf nicht auf den Markt gerichtet sein. Wenn man nun die Situation zwischen UBER und seinen FahrerInnen näher betrachtet, wird man auch hier zu dem Entschluss kommen, dass dieses Kriterium erfüllt ist. So wie schon im Punkt 5.5.5.1 erläutert wurde, entsteht erst eine Kontaktaufnahme mit dem Beförderer/der Beförderin, wenn sich der/die AuftraggeberIn auf der Plattform (UBER) registriert und in weiterer Folge, dieser einen Auftrag übermittelt. Die FahrerInnen stellen ihrer Tätigkeit somit nicht direkt am Markt zur Verfügung, sondern es wird über die Plattform proaktiv auf sie zugegangen.²²⁷

²²⁵ Wachter in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1 DHG

²²⁶ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 198

²²⁷ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199

7.5.2 Der wirtschaftliche Erfolg wird dem Unternehmen zugeschrieben

Bei UBER wird man feststellen können, dass die Entschlussfähigkeit der FahrerInnen beim Ausführen der Tätigkeit auf ein Mindestmaß reduziert wird. Durch die Vorgaben in den Richtlinien des Unternehmens und der Pflicht zur Nutzung der App wird man hier zu einem hohen Maß an Fremdbestimmtheit kommen. Eine eigene unternehmerische Tätigkeit wird somit auf ein Minimum reduziert, weshalb der wirtschaftliche Erfolg UBER zuzuschreiben ist.²²⁸

7.5.3 Wirtschaftliche Abhängigkeit

Eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht in jenen Fällen, bei denen man aus Einkünften einer Tätigkeit angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.²²⁹ Aufgrund bestimmter Kontrollfaktoren, wie Beispielsweise die Kundenbewertungen, Sanktionen bei wiederholter Nichtannahme sowie Akzeptanzrate, wird eine eigenständige Tätigkeit nicht mehr möglich sein. Diese Mechanismen erfordern es, dass die FahrerInnen regelmäßig und konstant für das Unternehmen tätig sind. Somit wird man im Fall UBER davon ausgehen können, dass die Einnahmen aus dieser Tätigkeit, zum Bestreiten des Lebensunterhalts notwendig sein werden.

7.5.4 Fehlen einer unternehmerischen Struktur

Dieser Punkt ergibt sich aus der zuvor genannten wirtschaftlichen Abhängigkeit. Aufgrund der stark ausgeprägten Bewertungs- und Sanktionsmechanismen ist die eigene Unternehmensstruktur der EPU so stark eingeschränkt, dass sich auch dieses Kriterium als zutreffend erweist.²³⁰

7.5.5 Eingliederung in einen fremden Betrieb

Bei UBER gibt es keine direkte Eingliederung in den Betrieb. Aufgrund der Arbeitspflicht, die sich aus den zuvor genannten Mechanismen der Plattform ergibt, entsteht auch hier eine gewisse Eingliederung in den Betrieb. Die verschiedenen Mechanismen, welche sich UBER zu

²²⁸ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 199 ff.

²²⁹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 200

²³⁰ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201

Nutzen macht, werden hierbei die erforderliche Intensität aufweisen, um das Vorliegen dieses Kriteriums zu erfüllen.²³¹

7.5.6 Fazit zur Anwendung des Begriffs der „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“ bei UBER

Wird im Fall von UBER die ArbeitnehmerInneneigenschaft von EPU verneint, so wird aufgrund der geschilderten Tatsachen der Begriff der „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“ anzuwenden sein. Bei der Selbstständigkeit der einzelnen FahrerInnen wird man zu dem Entschluss kommen, dass es sich hierbei um Scheinselbstständige handelt.

Eine Argumentation, dass die Löhne zu gering seien um damit seinen Lebensunterhalt finanzieren zu können, müsste abgelehnt werden, da auch Nebeneinkünfte zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit führen können, wenn man auf diese angewiesen ist.²³²

Zudem wird man feststellen müssen, dass es sich hierbei meist um Haupteinkünfte handeln wird, da die eigene unternehmerische Struktur, wegen der starken Kontrollmechanismen durch UBER, nicht mehr gegeben ist.²³³

7.6 Anwendbarkeit des HeimAG bei UBER

Aufgrund der in Kapitel 5.5.4 genannten Tatbestandsmerkmale, wird das HeimAG keine Anwendbarkeit auf das Vertragsverhältnis zwischen UBER und seinen FahrerInnen finden.

Zum einen wurde in diesem Kapitel auf die Gewerbeberechtigung hingewiesen. Kommt man bei der Beurteilung des Vertragsverhältnisses zu dem Entschluss, dass es sich bei den FahrerInnen nicht um ArbeitnehmerInnen, sondern um Selbstständige handelt, wäre auf den ersten Blick das HeimAG noch anwendbar. Sobald man nun die FahrerInnen als Selbstständige erachten würde, bräuchten diese eine dafür notwendige Konzession eines Mietwagengewerbes, wie es zum jetzigen Standpunkt auch der Fall ist. Das HeimAG schreibt jedoch vor, dass das Gesetz nur auf Personen anzuwenden ist, welche keine Gewerbeberechtigung besitzen. Die

²³¹ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201

²³² Johannes Warter, Crowdwork (2016) 200

²³³ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 201

Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe wäre somit das erste Kriterium, welches zum Ausschluss des HeimAG führen würde.²³⁴

Zudem wurde bei den Tatbestandsmerkmalen auf das Herstellen, Bearbeiten, Verarbeiten oder Verpacken von Waren hingewiesen. Im Fall von UBER wird jedoch eine Dienstleistung angeboten, wodurch der Charakter einer Ware hier fehlt. Auch die Neuinterpretation der Ware würde an dieser Tatsache nichts ändern, da bei Dienstleistungen, die in der analogen Welt erbracht werden, grundsätzlich das Wesen einer Ware fehlt.²³⁵

Bei UBER würden diese zwei Merkmale grundsätzlich ein Ausschlusskriterium darstellen. Sobald die FahrerInnen von UBER als ArbeitnehmerInnen eingestuft werden, kämen die Bestimmungen des Arbeitsrechts zur Anwendung. Werden sie als Selbstständige eingestuft, wie es in Österreich derzeit der Fall ist, brauchen sie die dafür notwendige Konzession eines Mietwagengewerbes, wodurch die Anwendbarkeit des HeimAG wieder ausgeschlossen werden kann.

7.7 Arbeitskräfteüberlassung – oder Arbeitsvermittlung

Neben den EPU arbeitet UBER in Österreich auch mit größeren Mietwagenunternehmen zusammen, bei denen ein Arbeitsverhältnis zwischen MietwagenunternehmerIn und FahrerIn besteht. Überlässt der/die MietwagenunternehmerIn dessen FahrerInnen an UBER, so kann man hier von einer Arbeitskräfteüberlassung sprechen.²³⁶

§ 3 AÜG definiert die Drei-Personen-Konstellation der Arbeitskräfteüberlassung wie folgt:

§ 3. (Abs 1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(Abs 2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(Abs 3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs eigene Aufgaben einsetzt.

²³⁴ Johannes Warter, Crowdwork (2016) 220 ff.

²³⁵ Martin Risak, Digitalisierung der Arbeitswelt (FN 1) - Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation, DRdA 2017, 331 (337)

²³⁶ Lukas Disarò, Uber-Geschäftsmodell in Österreich in Gefahr, Der Standard 2018/03/02

(Abs 4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

Wie schon vorhin erwähnt wurde, besteht in einer solchen Konstellation ein Arbeitsvertrag zwischen ÜberlasserIn und der überlassenen Arbeitskraft. Zwischen dem/der ÜberlasserIn und dem/der BeschäftigerIn kommt ein Überlassungsvertrag zustande und idR kommt zwischen BeschäftigerIn und der überlassenen Arbeitskraft kein Vertragsverhältnis zustande.²³⁷

Eine Sonderform der Arbeitskräfteüberlassung bildet hierbei das „Payroll-System“. Bei dieser Variante werden ebenfalls die Arbeitskräfte von dem/der ÜberlasserIn an den/die BeschäftigerIn übergeben. Der/die BeschäftigerIn trifft in dieser Konstellation jedoch alle wesentlichen Personalentscheidungen (Im Fall von UBER: die Auswahl der FahrerInnen, die Festsetzung des Entgelts, Ausübung der Weisungsrechte durch die App sowie Sanktionen die bis zu einer Sperre reichen können) die grundsätzlich dem/der ÜberlasserIn zustehen würden.²³⁸ Der/die BeschäftigerIn übernimmt hier auch das Risiko der Entgeltfortzahlung, doch wird dieses über das Konto des/der ÜberlasserIn verrechnet. Der/die ÜberlasserIn fungiert in diesem Fall lediglich als Verrechnungsstelle. In einem solchen Fall wird das Unternehmensrisiko nicht vom Überlasser/von der Überlasserin, sondern vom Beschäftiger/von der Beschäftigerin getragen, weshalb auch dieser/diese als tatsächlicher/tatsächliche ArbeitgeberIn angesehen wird.²³⁹ Auf Grundlage des § 2 Abs 4 AMFG liegt in einem solchen Fall keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern eine Arbeitsvermittlung vor. Laut Rsp (vgl OGH 14 Ob 224/86, Arb 10.603; 9 ObA 233/98z, Arb 11.790) kann Arbeitsvermittlung auch dann vorliegen, wenn bei Überlassung von Arbeitskräften der/die ÜberlasserIn nicht die Pflichten eines AG nachkommt und kein wirtschaftliche Wagnis trägt.²⁴⁰

Arbeitskräfteüberlassung liegt hingegen nur dann vor, wenn der/die ÜberlasserIn das wirtschaftliche Wagnis eines Unternehmers trägt. Damit dieses Wagnis beim Überlasser/bei der Überlasserin ist, muss dieser/diese tatsächlich und nicht nur scheinbar als ArbeitgeberIn

²³⁷ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 3 AÜG RZ 2 (Stand 1.1.2018, rdb.at)

²³⁸ Manfred Lindmayr, Beschäftigung von Mitarbeitern im "Payroll-System" - Arbeitskräfteüberlassung?, ARD 6569/6/2017

²³⁹ Tinhofer/Hofer in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 17. Klausel RZ 17.35 (Stand 1.6.2019, rdb.at)

²⁴⁰ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 3 AÜG RZ 5 (Stand 1.1.2018, rdb.at)

aufscheinen sowie das Risiko der Auslastung der vereinbarten Arbeitszeit, durch die Überlassung auf sich nehmen.²⁴¹

Im Fall von UBER deutet einiges darauf hin, dass die Mietwagenunternehmen nur als reine Verrechnungsstellen dienen. In jenem Fall bei denen die Mietwagenunternehmen nicht als EPUs geführt werden, erfolgt die Gehaltszahlung wie folgt: Der Betrag wird von UBER mittels der App vom Kunden verrechnet. UBER behält sich dabei eine 20 bis 30 prozentige Provision. Der Rest geht an das Mietwagenunternehmen, bei dem der/die FahrerIn angestellt ist. Nach Abzug einer Umsatzbeteiligung, durch den/die UnternehmerIn, erhält der/die FahrerIn den restlichen Betrag.²⁴² Die Mietwagenunternehmen tragen mE keine Pflichten und auch keine wirtschaftlichen Wagnisse eines Arbeitgebers/einer Arbeitgeberin.

Aufgrund dessen kann davon ausgegangen werden, dass die Mietwagenunternehmen als reine Arbeitsvermittler tätig sind und somit UBER zum tatsächlichen Vertragspartner (Dienstgeber) wird. Die Umsatzbeteiligung der MietwagenunternehmerInnen ändert mE auch nichts an dieser Tatsache, da die UnternehmerInnen ihren FahrerInnen die dafür notwendigen Fahrzeuge zur Verfügung stellen. Für diese Bereitstellung der PKWs kann das Unternehmen eine gewisse Beteiligung am Umsatz vereinbaren.

Zudem weist die Umsatzbeteiligung nicht den einzigen Weg auf, wie sich die UnternehmerInnen bei ihren FahrerInnen regressieren. Oftmals kommt es hier auch zu illegalen Pachtverträgen.²⁴³

7.8 Fazit der vertragsrechtlichen Beziehung zu UBER

EPU:

Im Fall von Mietwagenunternehmen, die als Ein-Personen-Unternehmen geführt werden, wird man zu dem Entschluss kommen, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis zu UBER um ein Dauerschuldverhältnis handelt, welches als Arbeitsvertrag angesehen werden kann. Die dafür notwendigen Kriterien werden von beiden Seiten erfüllt.

In Bezug auf die Dauer des Dienstverhältnisses bereiten die Zeitfenster zwischen dem Auf- und Abdrehen der App gewisse Probleme. Würde man zu dem Entschluss kommen, dass durch das

²⁴¹ *Manfred Lindmayr*, Beschäftigung von Mitarbeitern im "Payroll-System" - Arbeitskräfteüberlassung? (11), ARD 6569/6/2017

²⁴² *Jakob Winter*, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

²⁴³ *Jakob Winter*, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

Abdrehen der App auch das Dienstverhältnis beendet wird, so würde bei erneuter Annahme eines Auftrags ein Kettenarbeitsverhältnis entstehen. Solche Kettenarbeitsverhältnisse sind nur unter gewissen Voraussetzungen erlaubt.²⁴⁴

Die einzelnen Stehzeiten, welche sich zwischen den einzelnen Fahrten ergeben, können ein Dienstverhältnis hingegen nicht beenden. Sie fallen ebenfalls nicht unter den Begriff der Rufbereitschaft und sind deswegen der Arbeitszeit anzurechnen und dementsprechend abzugelten.²⁴⁵

Kommt man jedoch trotzdem zu dem Entschluss, dass kein Arbeitsverhältnis zwischen UBER und den EPUs vorliegt, würde hier zumindest der Begriff der „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“ greifen. Im Vergleich zum ArbeitnehmerInnenbegriff wird diese Personengruppe dagegen Großteiles vom Arbeitsrecht entbehrt.²⁴⁶

Mietwagenunternehmen mit Angestellten:

Auch bei den Mietwagenunternehmen mit Angestellten wird man zu dem Entschluss kommen, dass UBER hier als versteckter Arbeitgeber agiert. Die Mietwagenunternehmen dienen in diesem Fall nur als reine Verrechnungsstellen, währenddessen UBER alle wesentlichen personellen Entscheidungen trifft und sich auch nach außen hin als Arbeitgeber darstellt. Zudem übermittelt UBER, nach Abzug der Provision, den Mietwagenunternehmen das Entgelt, welches die FahrerInnen erwirtschaftet haben.²⁴⁷ Es handelt sich hierbei um keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern um eine Arbeitsvermittlung der Mietwagenunternehmen.

Die gegenwärtige Lage ist mE somit als rechtswidrig anzusehen, da derzeit ein Dauerschuldverhältnis zu den Mietwagenunternehmen besteht. Da diese aber mE als Arbeitsvermittler einzustufen sind, darf hier kein Arbeitsvertrag vorliegen. UBER muss auch hier rechtlich gesehen als Arbeitgeber, für die vermittelten FahrerInnen der Mietwagenunternehmen, eingestuft werden.

²⁴⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 140

²⁴⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 140 ff.

²⁴⁶ Martin Risak, Digitalisierung der Arbeitswelt (FN 1) - Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation, DRdA 2017, 337

²⁴⁷ Jakob Winter, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

8 Pflichten für UBER bei tatsächlicher Arbeitgebereigenschaft

8.1 Kollektivvertragsrechtliche Anwendung

Mittlerweile besitzt das Unternehmen UBER einen Firmensitz in Österreich. Würde UBER als Arbeitgeber angesehen werden, hätte das auch Auswirkungen auf die Entlohnung der FahrerInnen. Das Unternehmen müsste sich dadurch an die kollektivvertragsrechtlichen Normen des Personenbeförderungsgewerbes mit PKW halten.²⁴⁸ Da UBER als Arbeitgeber anzusehen ist, wird die Gewerbeberechtigung eines Reisebüros nicht mehr ausreichen. Das Unternehmen benötigt die dafür notwendige Gewerbeberechtigung eines Mietwagengewerbes.²⁴⁹ Im Folgenden wird nur kurz auf ein paar dieser kollektivvertragsrechtlichen Bestimmungen eingegangen.

8.1.1 Mindestlohn

Aus den kollektivvertragsrechtlichen Normen ergibt sich auch ein Mindestlohn, den UBER bei Vorliegen der Arbeitgebereigenschaft, an den/die ArbeitnehmerIn zu leisten hat. Der Mindestlohn kann von den einzelnen Bundesländern mittels Landeskollektivvertrag selbst festgelegt werden.²⁵⁰

Der Landes- und Bundesweite Mindestlohn beläuft sich bei einer Tätigkeit im Bereich des Personenbeförderungsgewerbes derzeit auf 1.285 Euro. Ab 1.3.2020 erhöht sich der Betrag auf 1350 Euro und mit Ende des Jahres (1.12.2020) auf 1500 Euro. Dieser Lohn ist für die im Kollektivvertrag festgelegte Normalarbeitszeit zu bezahlen. ArbeitnehmerInnen die unter dieser kollektivvertragsrechtlichen Normalarbeitszeit tätig werden, gebührt ein aliquoter Anteil des Mindestlohns.²⁵¹

Die derzeitige Handhabung von UBER, dass sich der Lohn der FahrerInnen an die zurückgelegte Strecke orientiert, wäre gemäß § 15c. AZG somit ebenfalls als rechtswidrig zu erachten.²⁵² §15c. AZG verbietet diese Handhabung wie folgt: *„Lenker dürfen nicht nach Maßgabe der zurückgelegten Strecke oder der Menge der beförderten Güter entlohnt werden,*

²⁴⁸ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

²⁴⁹ Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

²⁵⁰ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

²⁵¹ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

²⁵² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 142

auch nicht in Form von Prämien oder Zuschlägen für diese Fahrtstrecken oder Gütermengen, es sei denn, dass diese Entgelte nicht geeignet sind, die Sicherheit im Straßenverkehr zu beeinträchtigen oder Verstöße gegen dieses Bundesgesetz zu begünstigen“ (§15c. AZG). Die Entlohnung muss aufgrund dessen auf Basis eines Stundenlohns errechnet werden.

Bei der Überprüfung, ob sich das Unternehmen an die Entgeltbestimmungen des Kollektivvertrags hält, wird man jedoch auch den Aufwandsersatz der Fahrzeuge in Betracht ziehen müssen, welche UBER in einem solchen Fall zur Verfügung stellen müsste.²⁵³

8.1.2 Einhaltung der Arbeitszeit

Gemäß § 5 bzw. 13b Abs 3 AZG ergibt sich für das Mietwagengewerbe eine tägliche Normalarbeitszeit von 12 Stunden und eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 45 Stunden.²⁵⁴ Zudem müssen die im § 15 AZG genannten Ruhepausen, sowie gemäß § 14a AZG genannten Höchstgrenzen der Arbeitszeit und die Einsatzzeiten gemäß § 16 AZG eingehalten werden.²⁵⁵

8.1.3 Überstunden

Wenn unter Anordnung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin über die Normalarbeitszeit hinweg gearbeitet wird, müssen diese Stunden als Überstunden entlohnt werden. Im Fall des Mietwagengewerbes besteht dieser Überstundenlohn aus dem Grundlohn und einem Zuschlagsatz von 50 Prozent.²⁵⁶

8.1.4 Fortzahlung des Lohnes bei Arbeitsverhinderung

Als Arbeitgeber muss UBER auch im Fall der Arbeitsverhinderung, die durch Krankheit, Unglücksfall, Arbeitsunfall oder Berufsunfähigkeit entstanden sind, das Entgelt an den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin weiterbezahlen. Geregelt sind diese Fortzahlungsansprüche im Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG).

²⁵³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 142

²⁵⁴ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

²⁵⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 145

²⁵⁶ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

8.1.5 Schadenhaftung

Im Fall das UBER als Arbeitgeber angesehen wird, haftet das Unternehmen selbst für entstandene Schäden der FahrerInnen. Die Haftung unterliegt hier nicht dem bloßen Besorgungsgehilfen gemäß § 1315 ABGB, sondern würde der Haftung des Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB unterliegen.²⁵⁷ Dieser besagt: „*Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes*“ (1313a ABGB).

Zudem kann sich UBER nur begrenzt für entstandene Schäden bei seinen FahrerInnen regressieren. Laut § 2 Abs 3 DHG darf sich der/die DienstgeberIn nicht bei seinen DienstnehmerInnen regressieren, wenn es sich bei dem entstandenen Schaden um einen entschuldbaren Schaden handelt. Demgegenüber kann sich der/die DienstnehmerIn gemäß § 3 Abs 2 DHG beim Unternehmer regressieren, wenn dieser den Schadenersatzanspruch beglichen hat.²⁵⁸ Für die Beurteilung eines Regressanspruchs von UBER zu seinen FahrerInnen, ist das Verschulden des Dienstnehmers/der Dienstnehmerin sowie die im § 2 Abs 2 DHG genannten Bestimmungen maßgeblich.

Durch das geschaffene Dienstverhältnis zu UBER würde somit das wirtschaftliche Risiko der Haftung für die FahrerInnen sowie die eingesetzten Betriebsmittel auf das Unternehmen übergehen.

8.2 Sozialversicherungsschutz der FahrerInnen

Eine Einstufung der FahrerInnen als ArbeitnehmerInnen würde auch dazu führen, dass UBER verpflichtet ist, diese bei der Sozialversicherung anzumelden. Gemäß § 33 Abs 1a ASVG muss UBER, bei Aufnahme eines Fahrers/einer FahrerIn, dem zuständigen Sozialversicherungsträger die notwendigen Daten (Name, Versicherungsnummer, Geburtsdatum, etc.) zukommen lassen.²⁵⁹

Besteht zwischen UBER und dem/der FahrerIn ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis gemäß § 5 Abs2 ASVG, so besteht für UBER nur Pflicht zur Abgabe der Unfallversicherung. Bei Überschreiten dieser Grenze, besteht für den/die ArbeitnehmerIn ein

²⁵⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 141

²⁵⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 141

²⁵⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 143

Vollversicherungsanspruch, in Form von Unfall-, Kranken-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung.²⁶⁰

Im Fall von UBER werden diese Beitragsgrenzen zu einem Problem führen. Aufseiten der FahrerInnen besteht die Möglichkeit, einen Auftrag an- bzw. abzulehnen. Aufgrund dieser Tatsache ist es für UBER nicht ersichtlich, ob eine Pflicht zur Vollversicherung besteht oder nicht. Zudem erschwert die Tatsache der Pauschalabgeltung durch UBER die Möglichkeit, festzustellen, ob das Entgelt in den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff gemäß § 49 ASVG fällt oder ob es sich hierbei um eine Aufwandsentschädigung für die Bereitstellung der PKWs handelt.²⁶¹

8.3 Fürsorgepflicht

Aus dem Arbeitsverhältnis, welches sich zwischen UBER und seinen FahrerInnen bildet, ergeben sich auch gewisse Fürsorgepflichten für UBER. So regelt Beispielsweise § 1175 Abs 1 ABGB bzw. § 18 AngG bestimmte Fürsorgepflichten, die den Schutz des Lebens und der Gesundheit eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin normiert. Er hat somit dafür zu sorgen, dass die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers/der Arbeitgeberin so zu gestalten, dass dadurch diese Interessen geschützt werden.²⁶²

Auch nach Vertragsende treffen dem/der ArbeitgeberIn noch einige Pflichten. Diese ergeben sich Beispielsweise aus der Zeugniserteilungspflicht gemäß § 1163 ABGB und § 39 AngG, die es dem/der früheren ArbeitgeberIn verbieten, nachteilige Bemerkungen über den früheren Arbeitnehmer/die frühere Arbeitnehmerin in dessen/deren Führungszeugnis zu erwähnen.²⁶³

Zudem ergeben sich aus der Fürsorgepflicht weitere Schutzbereiche, wie Beispielsweise: Fürsorgepflicht und Schadenersatz bei Mobbing durch KollegInnen, Schutz vor sexueller Belästigung im Betrieb, Schutz vor tätlichen Übergriffen auf ArbeitskollegInnen, welche Arbeitsmittel eingesetzt werden dürfen und vieles mehr.²⁶⁴

Die hier genannten Beispiele zeigen jedoch nur einen kleinen Ausschnitt dessen, welche Fürsorgepflichten UBER bei Vorliegen der Arbeitgeberbereienschaft treffen würden.

²⁶⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 143

²⁶¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 143

²⁶² Karner in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (33. Lfg 2019) Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Rz 107

²⁶³ Lindmayr in Lindmayr (Hrsg), Angestelltengesetz (2007) zu § 18 AngG Rz 220

²⁶⁴ Lindmayr in Lindmayr (Hrsg), Angestelltengesetz (2007) zu § 18 AngG

8.4 Möglichkeit eines Betriebsrats

Für die FahrerInnen besteht des Weiteren die Möglichkeit zur Errichtung eines Betriebsrats. Im Fall von UBER werden die Voraussetzungen (mind. 5 familienfremde und stimmberechtigte ArbeitnehmerInnen) für die Betriebsratswahl jedenfalls gegeben sein.²⁶⁵

²⁶⁵ <https://www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Betriebsrat.html> (Stand: 21.12.2019)

9 Mögliche Lösungsansätze für die Gig-Economy

Aufgrund des technologischen Fortschritts und der damit einhergehenden Tatsache, dass die Arbeitswelt immer mehr digitalisiert wird, stellt sich hier die Frage, wie man die Personengruppen, die in diesem Bereich tätig sind, am besten arbeitsrechtlich schützen kann. Zum einen wurde festgestellt, dass aufgrund der starken Kontroll- und Bewertungsmechanismen der Plattformen, oftmals schon ein Arbeitsverhältnis zum/zur CrowdworkeIn besteht. Um sich auf den ArbeitnehmerInnen-Status berufen zu können, ist es jedoch notwendig, dass man detaillierte Informationen über die Funktionsweise der Plattform besitzt. Da solch detaillierte Informationen auf Seiten der CrowdworkeInnen nur selten vorhanden sind, befinden sich diese oftmals in Beweisnotstand.²⁶⁶ Eine weitere Problematik ergibt sich aus dem Mehrparteienverhältnis zwischen AuftraggeberIn, Plattform und AuftragnehmerIn. Hier ist es oftmals nicht ersichtlich, welche Vertragspartei für welchen Bereich verantwortlich ist. Aus diesem Grunde wurde zuvor auf die Sichtweise von *Prassl* eingegangen, welche den Fokus der Betrachtungsweise nicht auf den/die ArbeitnehmerIn, sondern auf den/die ArbeitgeberIn richtet.

Um den CrowdworkeInnen einen adäquaten Schutz bieten zu können, ohne dass diese mit den zuvor genannten Problematiken in Verbindung kommen, werden im folgenden Kapitel verschiedene Lösungsansätze präsentiert, die zu einer Klarstellung dieser Bereiche führen soll. Dies könnte zum einen durch die Schaffung eines eigenen Crowdworkgesetz geschaffen werden, welche sich das AÜG als Vorbild nimmt. Ein weiterer Lösungsansatz wäre die Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes oder die Ausweitung von Gesetzen, die derzeit auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen Anwendung finden.²⁶⁷

9.1 Eigenes Crowdworkgesetz

Schon vor dem Aufkommen der Gig-Economy befasste sich die Gesetzgebung mit mehr personellen Geflechten. So kam man schnell zu dem Entschluss, dass die herkömmliche Betrachtungsweise des Zwei-Personen-Geflechts bei der Arbeitskräfteüberlassung nicht ausreichend sei. Daher entschloss man sich, ein eigenes Gesetz (AÜG) für diese Vertragsbeziehungen zu schaffen.²⁶⁸

²⁶⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 354

²⁶⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 355

²⁶⁸ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 356

Auch bei der plattformbasierenden Arbeit ist es daher naheliegend, dass die Gesetzgebung ein eigenes Gesetz in Betracht ziehen sollte. Aufgrund der intransparenten Vertragsbeziehung in diesem Mehr-Personen-Geflecht, ist es für den/die CrowdworkeIn oftmals schwierig, den/die VertragspartnerIn und seine Verantwortlichkeit zu definieren. Die Folge besteht darin, dass man schlussendlich ohne entsprechenden arbeitsrechtlichen Schutz zurückbleibt.²⁶⁹

Durch die Schaffung eines Indizienkataloges, ähnlich dem des AÜG (§ 4 Abs 2 AÜG), könnte man hier klare Kriterien festlegen, welche ein Arbeitsverhältnis begründen würden. Ähnlich wie bei der Arbeitskräfteüberlassung könnte auch das Crowdfunding einem eigenen Gewerbe zugeordnet werden, wodurch auch die kollektivvertragsrechtlichen Bestimmungen und deren Mindestlohnbestimmungen zur Anwendung gelangen. Weitere Anknüpfungspunkte dieses Gesetzes könnten sein: Informationspflichten analog der Dienstzettel gemäß § 2 AVRAG; Klarstellung des Arbeitsorts (auch bei virtuellem Crowdfunding); Anwendung des GIBG; Klarstellung welcher Kollektivvertrag zur Anwendung kommt; Klarstellung welche Zeit als Arbeitszeit bzw. als Standby-Zeit gilt; Verbot bestimmter Vertragsklauseln (ähnlich § 11 AÜG); Offenlegung der Bewertungsmechanismen und wie diese gewichtet werden; und vieles mehr.²⁷⁰

9.2 Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes

Ein weiterer Lösungsweg wäre eine **Neudefinition** des ArbeitnehmerInnenbegriffs. Speziell in letzten Jahren konnte man einen Trend am Arbeitsmarkt beobachten. Es entsteht eine Verschiebung von Normalarbeitsverhältnissen zu atypischen Vertragsverhältnissen wie beispielsweise Teilzeitbeschäftigte, arbeitnehmerInnenähnliche Personen oder Kleinselbstständige. Gerade bei den Kleinselbstständigen (EPUs) ergibt sich oftmals ein gleiches Bild, wenn diese für eine Plattform tätig sind. Sie besitzen keine wesentlichen unternehmerischen Strukturen und können diese auch nicht ausführen, da solche Tätigkeiten von der Plattform meist unterbunden werden. Daraus kann man schließen, dass diese Personengruppen häufig ähnlichen Schutzbedürfnissen unterliegen wie normale ArbeitnehmerInnen. Anhand dieser Verschiebung könnte man über einen modernen einheitlichen ArbeitnehmerInnenbegriff, wie es die Regierung in der Gesetzgebungsperiode 2008-2013 ursprünglich vorgesehen hat, nachdenken.²⁷¹

²⁶⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 356

²⁷⁰ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 356 ff.

²⁷¹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 358 ff.

Eine **Ausweitung** des Arbeitnehmerbegriffes von persönlicher Abhängigkeit zur wirtschaftlichen Abhängigkeit wäre demgegenüber als problematisch anzusehen, da die österreichische Rechtsordnung diese Personengruppe schon als arbeitnehmerInnenähnliche Personen ansieht (Siehe dazu Kapitel 5.5.5).²⁷²

9.3 Ausweitung von Gesetzen, die derzeit auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen Anwendung finden

Eine weitere Alternative wäre die Ausweitung von vorhandenen Gesetzen, die für die arbeitnehmerInnenähnlichen Personen von Bedeutung sind. Zwar kommt dieser Personengruppe, wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, ein gewisser Schutz zugute, doch ist dieser bei weitem nicht so umfangreich wie jener Schutz der für arbeitnehmende Personen gilt. Da man besonders in jüngster Zeit eine Zunahme dieser arbeitnehmerInnenähnlichen Personen erkennen konnte, würde es sich anbieten, den arbeitsrechtlichen Schutz dieser Personengruppe zu erhöhen.²⁷³

Kritiker sind jedoch der Meinung, dass eine Ausweitung des Schutzes für arbeitnehmerInnenähnliche Personen zu einer Abnahme des allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzes führen würde. Begründet wird dies mit der Annahme, dass dadurch vermehrt auf die nun legitim angesehen Zwischengruppe ausgewichen wird, um dadurch den ArbeitnehmerInnenbegriff zu entgehen.²⁷⁴

9.4 Ergebnis

Um den digitalen Fortschritt bestmöglich nutzen zu können, ist es erforderlich, frühestmöglich auf die Veränderungen des Arbeitsmarktes zu reagieren. Dies kann durch verschiedene rechtliche Schritte geschaffen werden. Infolgedessen kann das innovative Potenzial der verschiedenen Geschäftsmodelle genutzt werden, ohne dass dadurch schädigenden Geschäftspraktiken zur Anwendung gelangen. Würde sich die Gesetzgebung nicht mit diesen neuen Bedingungen auseinandersetzen, so würde das in weiterer Folge zu niedrigeren Standards in der Arbeitswelt führen, die nur schwer wieder zu beseitigen sind. Außerdem sollten

²⁷² Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 354

²⁷³ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 360

²⁷⁴ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 360

Lösungsansätze geschaffen werden, welche flexibel auf zukünftige Veränderungen reagieren können, damit auch diese Bereiche in weiterer Folge rechtlich abgedeckt sind.²⁷⁵

²⁷⁵ *Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 355*

10 Beschlossene Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes

Anfang Juli 2019 wurde im Nationalrat mit den Stimmen von ÖVP, SPÖ, FPÖ und Teile der Liste JETZT die Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes, auch „Lex-UBER“ genannt, beschlossen. Ab 1. September 2020 soll das neue Gesetz in Kraft treten, welches das Taxi- und Mietwagengewerbe zu einem einheitlichen Gewerbe (dem „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW“) verschmelzen soll.²⁷⁶ Speziell für das Unternehmen UBER ergeben sich dadurch gravierende Benachteiligungen, weshalb das folgende Kapitel diese Änderungen nun näher erläutern soll.

10.1 Hintergrund der Gesetzesänderung

Seit dem Eintritt des Kalifornischen Personenbeförderungsdienstleisters UBER in den österreichischen Markt, kämpft das Taxigewerbe hierzulande mit erheblichen Umsatzeinbußen. Hintergrund dafür ist die Tatsache, dass UBER grundsätzlich dieselbe Dienstleistung wie jene des Taxigewerbes anbietet, doch aufgrund deren Eingliederung in das Mietwagengewerbe (siehe dazu Kapitel 3), den Fahrpreis individuell selbst festlegen kann. Dem Taxigewerbe bleibt diese Preisfestsetzung verwehrt, da diese vom Gesetz vorgeschrieben wird. Mit der Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes (BGBl I 2019/83), welche am 03.07.2019 beschlossen wurde, möchte man nun das Mietwagengewerbe an das Taxigewerbe anpassen. Dadurch ergeben sich im Mietwagengewerbe erhebliche Veränderungen, die sich in den Bereichen Fahrpreisbestimmung, Taxischein, Taxameter Pflicht uvm. bemerkbar machen.²⁷⁷ Experten sind sich jedoch einig, dass man dadurch nicht das Unternehmen UBER schwächen wollte, sondern das dadurch vielmehr das Taxigewerbe geschützt wird. In diesem Zusammenhang sollte man auch prüfen, ob ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit vorliegt, was wiederum zu einer Verfassungswidrigkeit dieser Novelle führen würde.²⁷⁸ Daher befasst sich in weiter Folge Kapitel 11 mit möglichen verfassungswidrigen Gegebenheiten dieser Novelle.

Im Folgenden wird nun näher auf die einzelnen Änderungen in der Novelle eingegangen und wie sich diese auf das Mietwagengewerbe und im Speziellen auf das Unternehmen UBER auswirken werden.

²⁷⁶ Nationalrat beschließt "Lex Uber", Die Presse 2019/03/07

²⁷⁷ *András Szigetvari*, Aus für Uber? Kunden bekommen Fahrpreis vorgeschrieben, Der Standard 2019/18/6

²⁷⁸ Nationalrat beschließt "Lex Uber", Die Presse 2019/03/07

10.1.1 Zusammenlegung des Taxi- und Mietwagengewerbes

Die erste Änderung betrifft die im § 3 GelverkG genannten Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen. Mit der Novelle ändert sich laut § 3 Abs 1 Z 2 GelverkG der Bereich des Mietwagengewerbes wie folgt:

„für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Omnibussen, unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe)“ (§ 3 Abs 1 Z 2 GelverkG/BGBl I 2019/83)

Die zuvor erwähnten Personenkraftwagen fallen hierbei nicht mehr unter den Begriff des Mietwagengewerbes. Sie sind nun unter dem § 3 Abs 1 Z 3 zu subsumieren, welches nun auch unter den Begriff „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi“ zusammengefasst wird:

*„für die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Kommunikationsdiensten angefordert werden (**Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi**); diese Gewerbeberechtigung umfasst 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 (Bestellungen)“ (§ 3 Abs 1 Z 3 GelverkG/ BGBl I 2019/83)*

Zudem wurde die Passage „durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen“ mit den Worten „durch Zuhilfenahme von Kommunikationsdiensten“ ersetzt. Dadurch sollen auch Tatbestände, wie das Bestellen eines Fahrauftrags mittels einer App, unter diesen Begriff fallen.

10.1.2 Einheitliche Preise und Taxameter Pflicht

Die Zusammenlegung der beiden Gewerbe führt in weiter Folge dazu, dass sich das derzeitige Mietwagengewerbe, an die Fahrpreisbestimmungen des Taxigewerbes halten muss. Zwar sieht § 13 Abs. 3 GelverkG keine grundsätzliche Pflicht zur Anbringung eines Fahrpreisanzeigers an, doch können diese von den jeweiligen Landeshauptmännern erlassen werden. Mit der Gesetzesnovelle wurde § 13 Abs. 3 GelverkG dahingehend geändert, dass es den Landeshauptmännern nun zusteht, für das neue Gewerbe („Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw (Taxi)“), eine solche Pflicht zur Anbringung eines Fahrpreisanzeigers vorzuschreiben:

*„Hinsichtlich des **Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw (Taxi)** und des Gästewagen-Gewerbes mit Personenkraftwagen kommt die Erlassung einer Verordnung nach Abs. 2 dem*

*Landeshauptmann mit der Maßgabe zu, dass er für das **Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw (Taxi)** auch eine Beförderungspflicht und die Anbringung eines Fahrpreisanzeigers vorschreiben kann.*“ (§ 13 Abs 3 GelverkG/ BGBl I 2019/83)

Wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, operiert UBER derzeit ausschließlich in Wien.²⁷⁹ In der Bundeshauptstadt sind die Bestimmungen für das Taxigewerbe aus der Wiener Betriebsordnung zu entnehmen. Da sich mit der Gesetzesnovelle das Mietwagengewerbe an jenes des Taxigewerbes angleicht, gelten ab diesem Zeitpunkt auch jene Bestimmungen. Die Pflicht zur Fahrpreisanzeige wird dort wie folgt beschrieben:

„Im Tarifgebiet des Bundeslandes Wien müssen Fahrpreisanzeiger, sofern die den Tarif festlegende Verordnung nicht anderes bestimmt, während einer Beförderung ununterbrochen eingeschaltet sein.“ (§ 29 Abs 1 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung)

Daraus kann man schließen, dass sich UBER ab Einführung dieser Novelle auch an jene Bestimmungen der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung halten muss und somit verpflichtet ist, jedes Auto mit einem Fahrpreisanzeiger (Taxameter) auszustatten. Folglich muss sich UBER auch den Fixtarifen der Taxibranche unterwerfen und hat somit keine Möglichkeit mehr den Preis selbst zu gestalten bzw. eine Höchstgrenze vorzugeben.²⁸⁰

10.1.3 Taxischein

Ein weiteres Erfordernis für das neue Personenbeförderungsgewerbe mit PKW ergibt sich aus den Bestimmungen der Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr - BO 1994. § 4 Abs 1 schreibt hier vor, welche Personen für das „Taxigewerbe“ tätig sein können:

„Als Lenker im Fahrdienst (Taxilenker) dürfen nur Personen tätig werden, die einen Ausweis nach dem Muster der Anlage 1 besitzen.“ (§ 4 Abs 1 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr - BO 1994)

Zudem besagt § 4 Abs 2 folgendes:

„Der Gewerbeinhaber darf im Fahrdienst nur Lenker verwenden, die Inhaber eines derartigen Ausweises sind.“ (§ 4 Abs 2 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr - BO 1994)

²⁷⁹ András Szigetvari, Aus für Uber? Kunden bekommen Fahrpreis vorgeschrieben, Der Standard 2019/18/6

²⁸⁰ "Lex Uber" wird ein Fall für den Verfassungsgerichtshof, Der Standard 2019/15/10

Aufgrund der Vereinheitlichung des Mietwagen- und Taxigewerbes, wird dieser Punkt ab dem 1. September 2020, für beide Seiten zu erfüllen sein. Eine weitere Durchführung von Fahraufträgen wäre somit, ohne die dafür notwendige Lenkberechtigung, nicht mehr möglich. Die zusätzlichen Kosten und der einhergehende Mehraufwand würden den Eintritt in das Gewerbe daher erheblich erschweren. Auch die derzeitige Zusammenarbeit mit größeren Unternehmen (Mietwagenunternehmen mit Angestellten) wäre somit nicht mehr möglich, sofern die FahrerInnen über keinen dafür notwendigen Taxischein verfügen.

10.1.4 Bestimmungen der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

Zudem treffen den FahrerInnen von UBER weitere Bestimmungen der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung. Sie geben zum einen die Bestimmungen für das Kraftfahrzeug vor (Art der Überprüfung; Ausstattung und Maße; funktionierende Einrichtung; Kennzeichnung), über die Verwendung und Kennzeichnung von Ersatzkraftfahrzeugen. Des Weiteren regeln sie die Bekleidung des Lenkers/der Lenkerin und seine Ausweispflicht, den Fahrbetrieb und die Standplatzvorgaben.

Die vorgegebenen Mindestvoraussetzungen von UBER wären dahingehend als unbeachtlich anzusehen. Sie müssten sich ab 1. September 2020 an die Vorgaben der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung halten.²⁸¹

10.2 Auswirkungen auf das Taxi und Mietwagenunternehmen

Mit der beschlossenen Gesetzesnovelle wollte die Gesetzgebung einen fairen Wettbewerb am Markt schaffen. Zum einen wollte man dadurch einige Hürden, wie beispielsweise den dreijährigen Praxisnachweis abschaffen. Andererseits ergeben sich dadurch strengere Regeln im Zusammenhang mit Rückständen von Steuern oder Sozialversicherungsabgaben.²⁸²

Ab wann gelten die beschlossenen Regelungen?

Seit Beschlussfassung dürfen in Österreich keine Mietwagenkonzessionen mehr erteilt werden. Dies ist die einzige Bestimmung, die unmittelbar in Kraft getreten ist. Ab dem 1. Jänner 2020

²⁸¹ András Szigetvari, Aus für Uber? Kunden bekommen Fahrpreis vorgeschrieben, Der Standard 2019/18/6

²⁸² Petra Medek, Fairplay in der Personenbeförderung: Gesetz schafft einheitliche Bedingungen für Taxi und Mietwagen <https://news.wko.at/news/oesterreich/Fairplay-in-der-Personenbefoerderung:-Gesetz-schafft-einh.html> (Stand: 08.01.2020)

gelten die Bestimmungen zu den Taxitarifen, ab 1. September 2020 treten alle anderen Änderungen in Kraft.²⁸³

Änderungen für bestehende Unternehmen?

Für das Taxigewerbe ergeben sich durch die Gesetzesnovelle keine weitreichenden Veränderungen. Einzig die Befristung der Taxilizenz auf 5 Jahre, kann hier als Änderung genannt werden. Um diese verlängern zu können, muss der/die LenkerIn nach Ablauf dieser Frist seine Vertrauenswürdigkeit bei der zustehenden Behörde nachweisen.²⁸⁴

Für bestehende Mietwagengewerbe ergeben sich, wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, weitreichendere Änderungen die von der Ausweispflicht bis hin zu der Bekleidung der FahrerInnen reichen.

Ausgestellte Konzessionen des Taxi- und Mietwagengewerbes gelten ab diesen Zeitpunkt automatisch als Konzessionen für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi“. Diese Konzession entspricht dem bisherigen Taxigewerbe.²⁸⁵

Auswirkungen auf Neugründungen?

Seit Ende Juli 2019 (Zeitpunkt der Verlautbarung des Gesetzes) dürfen keine Mietwagenkonzessionen mehr erteilt werden. Eine Neugründung kann ab diesem Zeitpunkt nur noch in Form eines Taxigewerbes erfolgen. Die eingesetzten FahrerInnen benötigen einen dafür notwendigen Taxilenkausweis. Ab 1. September 2020 werden folglich nur noch Konzessionen für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi“ erteilt. Zur Erteilung einer Konzession müssen weiterhin die in § 5 Abs 1 GelVerkG genannten Voraussetzungen erfüllt werden.²⁸⁶

10.3 Auswirkungen auf das Unternehmen UBER

Die Gesetzesnovelle hat weitreichende Folgen auf das Unternehmen UBER. Mit der Zusammenlegung der beiden Gewerbe (Taxi- und Mietwagengewerbe) würde man UBER in

²⁸³ <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-gelVG.html> (Stand: 09.01.2020)

²⁸⁴ <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-gelVG.html> (Stand: 09.01.2020)

²⁸⁵ <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-gelVG.html> (Stand: 09.01.2020)

²⁸⁶ <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-gelVG.html> (Stand: 09.01.2020)

Österreich die Geschäftsgrundlage zerstören. Das Unternehmen arbeitet derzeit in Österreich mit hunderten Mietwagenunternehmen zusammen und kann hier selbst die Preise in Form von Höchstgrenzen festlegen. Die Vereinheitlichung würde das Mietwagengewerbe abschaffen, wodurch UBER auch das entscheidendste Kriterium, nämlich die flexible Preisgestaltung, im Kampf gegen das Taxigewerbe genommen wird.²⁸⁷

Mit der einhergehenden Taxischeinpflicht erschweren sich auch die Einstiegsmöglichkeiten in diesem Bereich. Die FahrerInnen können nicht mehr bei Vorliegen einer Mietwagenkonzession für UBER tätig sein, sondern benötigen zusätzlich eine Taxilenkberechtigung.²⁸⁸

Da UBER jedoch ohnehin als Arbeitgeber einzustufen ist (siehe dazu Kapitel 7), müsste das Unternehmen nach derzeitigen Stand eine Konzession für das Taxigewerbe beantragen, da seit Ende Juli 2019 keine Bewilligungen für das Mietwagengewerbe erteilt werden. Ab dem 1. September 2020 würde die erteilte Konzession für das Taxigewerbe automatisch als eine Konzession für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW“ angesehen werden.²⁸⁹

UBER-Österreich-Chef *Martin Essl* kündigt an, dass sich das Unternehmen von Österreich zurückziehen müsse, sollten sich keine Änderungen bis 1. September 2020 ergeben. Die Bereitstellung der Fahrdienstvermittlung UberX wäre ab diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich.²⁹⁰

²⁸⁷ Taxi-Reform: Uber stellt Komplettrückzug in den Raum, Kurier 2019/14/6

²⁸⁸ Taxi-Reform: Uber stellt Komplettrückzug in den Raum, Kurier 2019/14/6

²⁸⁹ <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-geIVG.html> (Stand: 09.01.2020)

²⁹⁰ Taxi-Reform: Uber stellt Komplettrückzug in den Raum, Kurier 2019/14/6

11 Mögliche Verfassungswidrigkeiten der Gesetzesnovelle

Die beschlossene Gesetzesnovelle „Lex UBER“ trifft besonders im Mietwagengewerbe auf viel Widerstand. Zu hinterfragen ist in diesem Zusammenhang, ob die Gesetzgebung eine bestehende Erwerbstätigkeit (Mietwagengewerbe) in seiner Substanz zerstören kann, ohne dass dadurch das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verletzt wird. Schlussendlich sind dadurch tausende MietwagenfahrerInnen in Österreich betroffen.²⁹¹ Zudem sind unzulässige Eingriffe im Gleichbehandlungsgrundsatz zu erkennen.²⁹² Durch die einheitlichen Tarife würde man auch den Wettbewerb ausschalten, weshalb die Bundeswettbewerbsbehörden bereits eine Überprüfung dieser Gesetzesnovelle in die Wege geleitet hat.²⁹³ Experten sind sich daher einig, dass die beschlossene Gesetzesnovelle in mehreren Punkten verfassungswidrig sein könnte und somit gute Chancen bestehen, einen erfolgreichen Antrag beim VfGH einzubringen.

11.1 Punkte die für eine Verfassungswidrigkeit sprechen

Die folgende Gliederung gibt einen Überblick über die einzelnen Eckpunkte, die auf eine Verfassungswidrigkeit der Gelegenheitsverkehrsgesetz-Novelle hindeuten.

11.1.1 Erwerbsfreiheit

Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit ist in der Bundesverfassung des Art 6 StGG verankert und besagt:

„Jeder Staatsbürger kann an jedem Orte des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen, Liegenschaften jeder Art erwerben und über dieselben frei verfügen, sowie unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben.“ (Art 6 StGG)

Laut dem Universitätsprofessor *Gerhard Strejcek*, „stellt die Neuregelung des GelVerkG einen ebenso großen Eingriff in die Erwerbsfreiheit dar, wie die einstige Bedarfsprüfung, die der VfGH im GelVerkG und im Güterbeförderungsgesetz (VfSlg 11.483/1987) als verfassungswidrig aufgehoben hat“.²⁹⁴

²⁹¹ *Gerhard Strejcek*, Die "Lex Uber" könnte verfassungswidrig sein, Der Standard 2019/27/01

²⁹² "Lex Uber" wird ein Fall für den Verfassungsgerichtshof, Der Standard 2019/15/10

²⁹³ *Anna-Maria Bauer*, Konkurrenz abgeschafft? Prüfung von Lex Uber läuft, Kurier 2019/27/09

²⁹⁴ *Gerhard Strejcek*, Die "Lex Uber" könnte verfassungswidrig sein, Der Standard 2019/27/01

Lange Zeit stand es der Gesetzgebung offen, nach Belieben in dieses Grundrecht einzugreifen, sofern die Form eines Gesetzes gewahrt wird. Mit der Schrottlenkungserkenntnis (VfSlg 10.179/1985; VfSlg 11.625/1987) wurden der Gesetz- und Verordnungsgebung materielle Schranken vorgelegt. Seither steht das öffentliche Interesse im Vordergrund. Ist ein solches Interesse gegeben, so darf die Gesetzgebung einen Eingriff vornehmen. Liegt hingegen ein anderes Interesse im Vordergrund (z.B. Konkurrenzschutz), so bleibt ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit verwehrt.²⁹⁵

Im Fall der Gesetzesnovelle liegt der Schutz nicht bei den KundInnen, sondern vielmehr bei den TaxifahrerInnen. Es ist somit von einem Konkurrenzschutz auszugehen, welcher vom VfGH jedoch nicht akzeptiert wird.²⁹⁶

11.1.2 Gleichbehandlungsgrundsatz

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Verfassungswidrigkeit ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Durch die Zusammenlegung des Taxi- und Mietwagengewerbes gibt es speziell aufseiten der Mietwagengewerbe bestimmte Neuerungen. So sind nun alle Fahrer dazu verpflichtet, eine Taxilenkberechtigung zu besitzen. Wurde von den jeweiligen Landeshauptmännern ein Tarifgebiet ausgesprochen, so gilt dieses ebenfalls für alle Fahrten, die der „Spontanbeförderung“ unterliegen. Auch die Vorgaben bezüglich Ausstattung und Bekleidung sind nun einheitlich geregelt.²⁹⁷

Unterschiede gibt es jedoch bei den Privilegien der Taxibranche. Die MietwagenfahrerInnen müssen ab 1. September 2020 zwar nicht mehr an ihre Betriebsstätte zurückfahren, doch die Benutzung der Busspur sowie das Halten an Taxistandplätzen bleiben ihnen weiterhin verwehrt. Zudem sind Mietwagenunternehmen ab diesem Zeitpunkt verpflichtet, in Wien für eine Pauschalfahrt, mindestens einen einstündigen Taxitarif (27,80 Euro) zu verrechnen. Die Dauer sowie die Länge der Fahrt spielen hierbei keine Rolle. Problematisch könnte sich hierbei auch der Taxischein erweisen. Aufgrund des mangelnden öffentlichen Interesses, der zu geringen Anzahl an Schulungsplätzen und der kurzen Übergangsfrist, erscheint die Gesetzesnovelle als unzulässig.²⁹⁸

²⁹⁵ Gerhard Strejcek, Die "Lex Uber" könnte verfassungswidrig sein, Der Standard 2019/27/01

²⁹⁶ Unternehmen und Neos wollen "Lex Uber" zu Fall bringen, Die Presse 2019/15/10

²⁹⁷ Unternehmen und Neos wollen "Lex Uber" zu Fall bringen, Die Presse 2019/15/10

²⁹⁸ Unternehmen und Neos wollen "Lex Uber" zu Fall bringen, Die Presse 2019/15/10

11.1.3 Eliminierung des Wettbewerbs

Theodor Thanner, Chef der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), sieht zudem eine Eliminierung des Wettbewerbs. Nach den neuen Regeln, müssen sich die Mietwagenunternehmen ebenfalls den Taxitarifen unterwerfen, sofern diese vom jeweiligen Landeshauptmann ausgesprochen wurden. In Wien (derzeitiger Tätigkeitsbereich von UBER) sind einheitliche Taxitarife vorgeschrieben. Seit Ende September prüft die BWB deswegen, ob es sich hierbei um einen Verstoß im Bereich des Wettbewerbsrechts handelt. *Thanner* ist der Auffassung, dass dadurch dem Kunden die Entscheidungswahl genommen wird.²⁹⁹

11.2 Beschwerde bei Verfassungsgerichtshof eingelangt

Aufgrund der geschilderten Tatbestandsmerkmale wurde bereits eine Individualbeschwerde von rund 30 Mietwagenunternehmen und Unterstützung der NEOS, beim Verfassungsgerichtshof, eingereicht. *Douglas Hoyos*, Verkehrssprecher der NEOS, sieht solche Eingriffe nur dann als gerechtfertigt an, wenn diese dem öffentlichen Interesse dienen und als verhältnismäßig angesehen werden könne. Beide Kriterien sind laut Auffassung von *Hoyos* nicht gegeben.³⁰⁰

Nach derzeitigen Stand stehen die Chancen gut, die Gesetzesnovelle als verfassungswidrig anzusehen. Laut NEOS ist es zwar erforderlich, das Taxi- und Mietwagengewerbe zu modernisieren, doch um einer Verfassungswidrigkeit zu entgehen, müssten folgende Punkte angepasst werden: Wegfall des Fixpreises; Anpassung der Vorschriften auf moderne technologische Möglichkeiten (Apps etc.); Niedrigere Hürden für Gewerbeausübung; Reform des Taxischeines; Anpassung der StVO-Regelungen, die derzeit Taxis bevorzugen. Würden diese Bedingungen erfüllt werden, so stünde einer Gesetzesnovelle nichts im Weg.³⁰¹

²⁹⁹ *Anna-Maria Bauer*, Konkurrenz abgeschafft? Prüfung von Lex Uber läuft, Kurier 2019/27/09

³⁰⁰ Unternehmen und Neos wollen "Lex Uber" zu Fall bringen, Die Presse 2019/15/10

³⁰¹ <https://wien.neos.eu/news/beschwerde-gegen-gelegenheitsverkehrsgesetz-vor-vfgh> (Stand: 17.01.2020)

12 Weitere Vorgehensweise für UBER

Mit der neuen Gesetzesnovelle ergeben sich für UBER zwei Fallkonstellationen, auf welche hier nun kurz eingegangen werden soll. Zum einen die Möglichkeit, dass die Gesetzesnovelle wie beschlossen am 1. September 2020 in Kraft treten soll oder zum anderen, dass diese vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig geahndet wird.

12.1 Einführung der Gesetzesnovelle am 1. September 2020

Bei planmäßiger Einführung der Gesetzesnovelle ergeben sich für UBER einige Veränderungen in Bezug zu deren FahrerInnen, sowie auch für das Unternehmen selbst. Da UBER als Arbeitgeber einzustufen ist, benötigt das Unternehmen nach derzeitigen Stand eine Konzession für das Taxi, da seit Ende Juli 2019 keine Konzessionen für das Mietwagengewerbe mehr erteilt werden. Aus der Gesetzesnovelle sind keine einheitlichen Fixtarife zu entnehmen. Tarifbestimmungen stehen weiterhin den jeweiligen Landeshauptmännern zu. Wurden solche Fixtarife beschlossen, so gelten diese Zukünftig für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi“ welches auch die Dienstleistungen von UBER mit einschließt. Da in Wien Fixtarife zur Anwendung kommen und UBER derzeit nur in Wien tätig ist, muss sich das Unternehmen diesen Tarifbestimmungen unterwerfen. Zudem besteht die Pflicht zur Führung eines Taxameters in den jeweiligen Bereichen. FahrerInnen, die für das Unternehmen fortan tätig sein wollen, benötigen des Weiteren eine Taxilenkberechtigung.³⁰²

Aufgrund der genannten Tatsachen, würde man UBER die Geschäftsgrundlage entziehen, da dadurch keine eigenen Preisfestlegungen mehr getroffen werden könnten. Uber-Österreich-Chef *Martin Essl* droht deswegen auch mit dem Rückzug aus dem österreichischen Markt. Im Moment bleibt das Unternehmen jedoch noch in Wien tätig und erhofft sich in den kommenden Monaten noch eine Verfassungswidrigkeit. Zudem betont *Essl*, dass bis zu der Einführung der Gesetzesänderung noch Neuwahlen ausstehen, welche Auswirkungen auf die Novelle haben könnte.³⁰³

Ein weiter Punkt, an den man sich in diesem Zusammenhang klammern möchte, ist die Möglichkeit, dass die Tarifbestimmungen bis zur Einführung noch aufgelockert werden. *Walter Ruck*, Chef der Wiener Wirtschaftskammer sieht hier einen Änderungsbedarf. Laut seiner

³⁰² <https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-geIVG.html> (Stand: 09.01.2020)

³⁰³ Was bringt uns die „Lex Uber“?, Die Presse 2019/03/07

Auffassung sollte über andere Tarifmodelle nachgedacht werden, wie beispielsweise eine Tarifbestimmung nur an bestimmten Tagen (Silvester und Weihnachten), um den Konsumenten/die Konsumentin zu schützen. Eine weitere Möglichkeit wäre die Preisdeckelung anstelle der hierzulande geltenden Fixtarife.³⁰⁴

12.2 Verabschiedung der Gesetzesnovelle durch den Verfassungsgerichtshof

Kommt der Verfassungsgerichtshof zu dem Entschluss, dass es sich hierbei um eine Verfassungswidrigkeit handelt, so stehen zwei Optionen zur Verfügung. Die erste Option wäre jene, dass der Nationalrat die verfassungswidrigen Tatbestandsmerkmale dahingehen verändert, dass diese nicht mehr gegeben sind. Option zwei wäre die endgültige Verfassungswidrigkeit, die dazu führen würde, dass die noch derzeit geltenden Regelungen des Taxi- und Mietwagengewerbes zur Anwendung gelangen.

Im zweiten Fall müsste UBER, nach den Kriterien dieser Masterarbeit, als Arbeitgeber angesehen werden. Daraus ergeben sich, wie schon im Vorfeld erwähnt wurde, weitreichendere Rechte und Pflichten zwischen UBER und seinen BeförderInnen. Auch hier stellt sich die Frage, ob UBER weiterhin am österreichischen Markt tätig sein will, da sich aus dieser ArbeitgeberInneneigenschaft größere Kosten für das Unternehmen ergeben.

³⁰⁴ Was bringt uns die „Lex Uber“?, Die Presse 2019/03/07

13 Conclusio

Bei dem Unternehmen UBER handelt es sich um eine Internetplattform, die Angebot und Nachfrage von Beförderungsaufträgen zusammenführen will. Einzuordnen sind solche plattformbasierenden Unternehmen in die Sharing- bzw. Gig-Economy. Der Unterschied zwischen diesen beiden Formen ist jener, dass bei der Sharing-Economy das Teilen von Gütern in Vordergrund steht während bei der Gig-Economy die unproduktive Zeit der ArbeiterInnen im Mittelpunkt steht. Das Risiko der unproduktiven Zeit liegt hierbei, nämlich aufseiten der ArbeitnehmerInnen.³⁰⁵ UBER ist hier in den Bereich der Gig-Economy einzuordnen und bezahlt seine FahrerInnen nur nach entsprechender Arbeitsleistung. Das Unternehmen sieht sich selbst lediglich als Vermittler an und betont, dass der grundlegende Vertrag zwischen AuftraggeberIn (Kunde/Kundin) und Auftragnehmer (Beförderer/Beförderin) entsteht.³⁰⁶

Aufgrund der weitreichenden Kontroll- und Sanktionsmechanismen, die das Unternehmen UBER auf seine FahrerInnen ausübt, ist die reine Vermittlungstätigkeit jedoch zu verneinen. Zudem besteht zu keinem Zeitpunkt des Beförderungsauftrags eine Offenlegung dieser Vermittlungstätigkeit aufseiten von UBER³⁰⁷, weshalb auch hier davon auszugehen ist, dass UBER selbst als Vertragspartner für die Leistungserbringung einspringen muss.³⁰⁸

Bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung von UBER stellte sich heraus, dass die stark ausgeprägten Kontroll- und Sanktionsmechanismen zu einer persönlichen Abhängigkeit bei den FahrerInnen führen. Zudem werden alle Tatbestandsmerkmale des § 1151 ABGB erfüllt, weshalb bei den EPUs ein verschleiertes Dienstverhältnis zu UBER anzunehmen ist.³⁰⁹

Ein solches Dienstverhältnis zu UBER, ist ebenso bei den Mietwagenunternehmen mit Angestellten anzunehmen. Diese fungieren in den meisten Fällen lediglich als Verrechnungsstelle für den auszubehaltenden Betrag von UBER. Die wesentlichen personellen Entscheidungen sowie das wirtschaftliche Wagnis werden hierbei von UBER getragen, weshalb in diesem Zusammenhang auch von einem sogenannten „Payroll-System“ gesprochen werden kann.³¹⁰ Aufgrund dieser Merkmale ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern um eine Arbeitsvermittlung der Mietwagenunternehmen

³⁰⁵ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 18

³⁰⁶ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 107

³⁰⁷ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 114 ff.

³⁰⁸ Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdfunding: Herausforderungen und Chancen (2018) 146

³⁰⁹ Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 135 ff.

³¹⁰ Manfred Lindmayr, Beschäftigung von Mitarbeitern im "Payroll-System" - Arbeitskräfteüberlassung?, ARD 6569/6/2017

handelt. UBER ist somit auch in diesem Fall als Arbeitgeber für die bereitgestellten FahrerInnen anzusehen.

Würde UBER in Österreich als Arbeitgeber angesehen werden, so hätte dies weitreichendere Folgen für das Unternehmen. UBER müsste sich ab diesem Zeitpunkt an die kollektivvertragsrechtlichen Normen dieser Branche halten. Des Weiteren bestünde ein Sozialversicherungsschutz für die Angestellten und das Unternehmen müsste seinen Fürsorgepflichten nachkommen.

Die letzten Kapitel dieser Arbeit befassten sich mit der beschlossenen Gesetzesnovelle des Gelegenheitsverkehrsgesetzes. Die Novelle (auch Lex-UBER genannt) soll hierbei eine Angleichung der beiden Gewerbe (Mietwagen- und Taxigewerbe) erreichen. UBER würde dadurch die Geschäftsgrundlage entzogen werden, weshalb das Unternehmen auch mit dem Rückzug aus dem österreichischen Markt droht. Mittlerweile wurde jedoch schon ein Antrag beim Verfassungsgerichtshof eingereicht, der die Rechtmäßigkeit der Novelle prüfen soll. Experten sind sich hierbei einig, dass die Novelle nach derzeitigen Stand gegen die Erwerbsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen würde. Zudem prüft die BWB, ob dadurch nicht der Wettbewerb eliminiert werden könnte.

14 Literaturverzeichnis

Bücher:

Barbist in Binder Grösswang (Hrsg), Digital Law (2018) Digitalisierung unter dem Blickwinkel des öffentlichen Wirtschaftsrechts

Brodil/Risak in Brodil/Risak (Hrsg), Arbeitsrecht in Grundzügen¹⁰ (2019) Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff

Johannes Warter in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018)

Johannes Warter, Crowdwork (2016)

Risak Martin/Lutz Doris, Arbeit in der Gig-Economy (2017)

Martin Risak, Digitalisierung und Arbeitsrecht (FN 1), Jahrbuch Arbeitsrecht und Sozialrecht 2019

Thomas Pfalz in Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg), Crowdfunding und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen (2018)

Tinhofer;Hofer in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 17. Klausel (Stand 1.6.2019, rdb.at)

Manuskript:

Strube in Stary, Digitalisierung der Arbeit (2016)

Gesetzestexte:

Art 6 StGG

§ 3 AÜG

§ 915 ABGB

§ 1313a ABGB

§ 1151 Abs 1 ABGB

§ 2 Abs 3 AMFG

§ 5 Abs 2 AMFG

§15c. AZG

§ 4 Abs 1 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr - BO 1994

§ 4 Abs 2 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr - BO 1994

§ 29 Abs 1 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

§ 36 Abs 2 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

§ 36 Abs 3 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung

§ 53 Abs 3 der BO 1986

§ 2 D§ 3 Abs 2 DHG

§ 2 Abs 1 GelVerkG

§ 2 Abs 3 GelVerkG

§ 3 Abs 1 Z 2 GelVerkG

§ 3 Abs 1 Z 3 GelVerkG

§ 3 GelverkG/BGBl I 2019/83

§ 32 Abs 1 Z 9 GewO

§ 126 Abs 1 Z 2 GewO

§ 38 Abs 5 GewO 1994

§ 94 Z 1 GewO 1994

§ 94 Z 56 GewO 1994

§ 1 HeimAG

§ 2 Abs 1 HeimAG

Kommentare:

Karner in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (33. Lfg 2019)

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Lindmayr in Lindmayr (Hrsg), Angestelltengesetz (2007) zu § 18 AngG

Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 3 AÜG (Stand 1.1.2018, rdb.at)

Wachter in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) zu § 1 DHG

Zeitschriften:

András Szigetvari, Aus für Uber? Kunden bekommen Fahrpreis vorgeschrieben, Der Standard 2019/18/6

Anna-Maria Bauer, Konkurrenz abgeschafft? Prüfung von Lex Uber läuft, Kurier 2019/27/09

Arno Brauneis, Fahrdienstvermittler von Mietwagen - noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016/101

Christine Kary, Uber ist zurück - und der Streit geht weiter, Die Presse 2019/31/06

de Brito/Ivansits, Crowdwork und Sozialversicherungsschutz, DRdA-infas 2017, 309

Elisabeth Oberndorfer, Geschäftsmodell Gesetzesbruch, Arbeit&Wirtschaft 5/2017

Hans Peter Lehofer, ÖJZ 2018/32 (EuGH)

Gerhard Strejcek, Die "Lex Uber" könnte verfassungswidrig sein, Der Standard 2019/27/01

Jakob Winter, Die Straßenkämpfer: Ein Uber-Fahrer-Report, Profil 21/2018

Lara Hagen, Uber und Co: Zu schnell für das Arbeitsrecht?, Der Standard 03/02/2017

Leopold Rössner/Marcus Bachmayr-Heyda, Uber in Österreich - Quo vadis?, Wiener Zeitung 2018/20/04

"Lex Uber" wird ein Fall für den Verfassungsgerichtshof, Der Standard 2019/15/10

Lukas Disarò, Uber-Geschäftsmodell in Österreich in Gefahr, Der Standard 2018/03/02

Manfred Lindmayr, Beschäftigung von Mitarbeitern im "Payroll-System" - Arbeitskräfteüberlassung?, ARD 6569/6/2017

Martin Risak, Digitalisierung der Arbeitswelt (FN 1) - Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation, DRdA 2017

Martin Risak, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12

Mosing, Neue Formen der Selbstständigkeit inner- und außerhalb der GewO – Gig-Economy und Crowdwork jenseits des Arbeitsrechts, wbl 2019, 601

Nationalrat beschließt "Lex Uber", Die Presse 2019/03/07

Nenad Memic, Die Flexibilität braucht auch Sicherheit, Arbeit&Wirtschaft 5/2017

Sebastian Mahr/Mathias Dechant, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016/57

Taxi-Reform: Uber stellt Komplettrückzug in den Raum, Kurier 2019/14/6

Thorsten Holzer, Taxi? Mietwagen? Gewerbe? Zur rechtlichen Qualifikation von Uber in Österreich, ecolex 2018

Unternehmen und Neos wollen "Lex Uber" zu Fall bringen, Die Presse 2019/15/10

Was bringt uns die „Lex Uber“, Die Presse 2019/03/07

Judikatur:

EuGH, 20.12.2017, C-434/15

OGH 8 ObA 90/05a, ARD 5707/3/2006; 9ObA 74/07h, ASoK 2007, 404

VwGH 22.12.1999, 97/08/0044

VwGH 26.4.1995, 94/03/0289

VwGH 15.12.1993, 93/03/0032

VfGH 16.10.1991, V 52/91

Internetquellen:

Abgrenzung Mietwagen-Gewerbe - Taxigewerbe (19.02.2015, LexisNexis Rechtsnews 18988 in lexis360.at)

Egger/Knell, Werkvertrag (Stand 7.7.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

Hargassner, Arbeitsvertrag – Werkvertrag – Freier Dienstvertrag (Stand 25.6.2019, Lexis Briefings in lexis360.at)

Petra Medek, Fairplay in der Personenbeförderung: Gesetz schafft einheitliche Bedingungen für Taxi und Mietwagen <https://news.wko.at/news/oesterreich/Fairplay-in-der-Personenbefoerderung:-Gesetz-schafft-einh.html> (Stand: 08.01.2020)

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/652360/umfrage/umsatz-von-uber-weltweit/>
(Stand: 30.10.2019)

<https://www.uber.com> (Stand: 30.10.2019)

<https://www.uber.com/global/de/cities/> (Stand: 31.10.2019)

https://auth.uber.com/login/?uber_client_name=riderSignUp&source=auth&next_url=https%3A%2F%2Friders.uber.com%2F%3F_ga%3D2.87056088.1793951071.1572532698-503888280.1572532698&_ga=2.45234020.1793951071.1572532698-503888280.1572532698 (Stand: 31.10.2019)

<https://www.uber.com/a/join-new?exp=70801c> (Stand: 12.12.2019)

<https://www.uber.com/de-AT/blog/barzahlung/> (Stand: 31.10.2019)

<https://www.uber.com/at/de/ride/how-it-works/> (Stand: 31.10.2019)

<https://help.uber.com/de-DE/riders/article/wie-funktioniert-uber?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e> (Stand: 31.10.2019)

<https://www.uber.com/at/de/drive/driver-app/> (Stand: 01.11.2019)

<https://help.uber.com/de-DE/partners/article/voraussetzungen-f%C3%BCr-die-registrierung-als-partner-fahrer?nodeId=d4a4038b-2553-4917-af9c-132135feece7> (Stand: 01.11.2019)

<https://www.uber.com/at/de/drive/requirements/> (Stand: 06.11.2019)

https://privacy.uber.com/policy?_ga=2.37112352.100499665.1573055188-819258104.1573055188 (Stand: 06.11.2019)

<https://help.uber.com/partners/article/wie-wird-meine-bezahlung-berechnet?nodeId=35d38196-8bcf-4a85-8ae5-214e6a95603d> (Stand: 07.11.2019)

<https://help.uber.com/partners/article/wann-erhalte-ich-meine-w%C3%B6chentliche-auszahlung?nodeId=42973e65-45a8-4aaf-90d5-d3e97ab61267> (Stand: 07.11.2019)

<https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/gewerbliche-dienstleister/personaldienstleister/Grenzueberschreitendes-Arbeitsverhaeltnis.html> (Stand: 13.12.2019)

<https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/kv-arbeiter-personenbefoerderungsgewerbe-2019.html> (Stand: 21.12.2019)

<https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Einzelunternehmen.html> (Stand: 18.12.2019)

<https://www.wko.at/branchen/noe/transport-verkehr/befoerderungsgewerbe-personenkraftwagen/fairplay-gelVG.html> (Stand: 09.01.2020)

<https://wien.neos.eu/news/beschwerde-gegen-gelegenheitsverkehrsgesetz-vor-vfgh> (Stand: 17.01.2020)

15 Anhang

Abstract

Das Ziel dieser Arbeit war es, festzustellen welche arbeitsrechtliche Position UBER zu seinen FahrerInnen bzw. Mietwagenunternehmen einnimmt. Um diese Forschungsfrage beantworten zu können, befasst sich diese Arbeit zuerst grundlegend mit der neu aufkommenden Gig- bzw. Sharing Economy und den daraus resultierenden neuen Arbeitsbedingungen. Speziell in den letzten Jahrzehnten konnte man feststellen, dass ein Umschwung in der Arbeitskultur stattgefunden hat, weshalb sich nun auch immer mehr Graubereiche im Arbeitsrecht ergeben. Viele Unternehmen der Gig- bzw. Sharing Economy bedienen sich hierbei dieser Graubereiche.

Bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung des Unternehmen UBER, ergibt sich nach sorgfältiger Literaturrecherche das Bild eines Arbeitgebers. Die stark ausgeprägten Kontroll- und Sanktionsmechanismen führen sowohl im Fall von Ein-Personen-Unternehmen als auch bei Mietwagenunternehmen mit Angestellten, zu einer starken persönlichen Abhängigkeit der Fahrer, weshalb die derzeitige Auffassung von UBER (als reiner Vermittler) zu verneinen ist.

Zudem wurde noch auf die geplante Gesetzesnovelle eingegangen, die am 1. September 2020 in Kraft treten soll und das Taxi- und Mietwagengewerbe vereinheitlicht. Sie würde UBER, nach derzeitigen Stand, in Österreich die Geschäftsgrundlage entziehen. Mehrere Punkte (Erwerbsfreiheit, Gleichbehandlungsgrundsatz, Wettbewerbsfreiheit) deuten jedoch auf eine Verfassungswidrigkeit hin.