

Doris Lutz, Martin Risak (Hrsg.)

Arbeit in der Gig-Economy

Rechtsfragen neuer Arbeitsformen in Crowd und Cloud



Mit Beiträgen von

Matthias Balla
Sarah Bruckner
Thomas Dullinger
Wolfgang Goricnik
Michael Heiling
Wolfgang Kozak
Caroline Krammer

Sylvia Kuba
Thomas Majoros
Martin Müller
Thomas Riesenecker-Caba
Hannes Schneller
Johannes Warter

 online

OGB VERLAG

Varia

Arbeit in der Gig-Economy

Doris Lutz, Martin Risak (Hrsg.)

Arbeit in der Gig-Economy

***Rechtsfragen neuer Arbeitsformen
in Crowd und Cloud***

OGB VERLAG

Die Inhalte in diesem Buch sind von den AutorInnen und vom Verlag sorgfältig erwogen und geprüft, dennoch kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der AutorInnen beziehungsweise des Verlages und seiner Beauftragten für Personen-, Sach- und Vermögensschäden ist ausgeschlossen.

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH
Johann-Böhm-Platz 1
1020 Wien
Tel. Nr.: 01/662 32 96-0
Fax Nr.: 01/662 32 96-39793
E-Mail: office@oegbverlag.at
Web: www.oegbverlag.at

www.gig-economy.at

Umschlaggestaltung: Mag. Michael Mazohl
Lektorat: Mag.^a Evelyn Beyer

Medieninhaber: Verlag des ÖGB GmbH, Wien
© 2017 by Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH Wien
Hersteller: Verlag des ÖGB GmbH, Wien
Verlags- und Herstellungsort: Wien
Printed in Austria
ISBN 978-3-99046-219-5

Inhalt

Vorwort	11
Gig-Economy und Crowdwork – was ist das? <i>Martin Risak</i>	12
1. Vom Normalarbeitsverhältnis zu neuen Formen der Arbeitserbringung	13
1.1 Die Ausgangsbasis: Das Normalarbeitsverhältnis	13
1.2 Atypische Beschäftigung und gesetzliche Regulierungsbemühungen	13
1.3 Neue Formen der Arbeitserbringung – New Forms of Employment	14
2. Crowd- und Cloudwork in der Gig-Economy	16
2.1 Crowdwork: Crowdsourcing von Arbeit	16
2.2 Cloudwork	17
2.3 Gig-Economy	18
3. Formen von Crowdwork	19
3.1 Internes und externes Crowdsourcing von Arbeit	19
3.2 Unterscheidung nach der Art der Tätigkeiten	21
4. Arbeiten in Crowd und Cloud	22
4.1 Zur Funktionsweise von Crowdwork	22
4.2 Vor- und Nachteile der Arbeit in der Gig-Economy	24
5. Zusammenfassung der Ergebnisse	26
Die Ökonomie der Plattform <i>Michael Heiling und Sylvia Kuba</i>	28
1. Rollen, Funktionen und Arten von Plattformen	29
1.1 Kategorisierungsansätze für Plattformen	30
1.2 Spezifika von Dienstleistungsplattformen	32
1.3 Exkurs: Crowdwork als Sonderform der Plattformarbeit	34
2. Ausbreitung und Beschaffenheit der „Plattformbranche“	35
2.1 Erste Quantifizierungen des Phänomens	35
2.2 Wer sind die CrowdworkerInnen?	38
3. Wer sind die PlattformbetreiberInnen?	38
4. Herausforderungen bei der Analyse von Plattformunternehmen	40
5. Conclusio	42
(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy <i>Martin Risak</i>	44
1. Ausgangsbasis	45
2. Arbeitsrecht für CrowdworkerInnen?	45
3. Die herkömmliche Betrachtungsweise: Auf der Suche nach VertragspartnerInnen und Vertragstypen	47
3.1 Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerInnen und CrowdsourcerInnen	47
3.2 Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen und der Crowdsourcing-Plattform	49
3.3 Vertragsverhältnis zwischen den CrowdsourcerInnen und der Crowdsourcing-Plattform	51
4. Wer ist ArbeitgeberIn?	53
5. Punktuelle Verträge oder durchgehendes Vertragsverhältnis?	54
6. Arbeitskräfteüberlassung	55
7. CrowdworkerInnen als HeimarbeiterInnen und/oder arbeitnehmerInnenähnliche Personen?	56
7.1 HeimarbeiterInnen	56
7.2 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen	58
8. Kollektive Rechtssetzung in der Gig-Economy	59
9. Ergebnis	60

Virtuelles Crowdwork: Clickworker <i>Doris Lutz</i>	62
1. Microtasking in der Gig-Economy	63
2. Die Crowdwork-Plattform www.clickworker.com	64
2.1 Die Auswahl der Plattform	64
2.2 Die Organisation der Plattform	65
3. Das Arbeiten auf clickworker	66
3.1 Die VertragspartnerInnen	66
3.2 Der Vertrag	68
3.3 Die Registrierung	72
3.4 Aufgaben für ClickworkerInnen/Lösungen für KundInnen	74
3.5 „Qualifizierung“ = Test von Qualifikationen	75
3.6 Das Entgelt	80
3.7 Gewährleistung und Rücktritt	80
4. Die rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse auf clickworker	81
4.1 Der kalifornische Fall „CrowdFlower“	81
4.2 Österreichisches Recht	82
4.3 Folgefragen bei der Annahme eines Arbeitsverhältnisses	91
5. Abgrenzungen – Alternative rechtliche Beurteilung der Vertragsverhältnisse	101
5.1 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen	101
5.2 Freier Dienstvertrag	102
5.3 Werkvertrag	102
6. Ergebnis und Ausblick	103
Transportdienstleistungen: Uber <i>Matthias Balla</i>	106
1. Wer bzw was ist UBER?	107
1.1 Welche Formen von UBER gibt es weltweit?	107
1.2 Welche Formen von UBER treten in Österreich auf?	108
2. Der Sachverhalt: Wie wird die Dienstleistung konkret abgewickelt?	108
2.1 Fahrtabwicklung aus KundInnensicht	108
2.2 Fahrtabwicklung aus FahrerInnensicht	109
3. Die Zulassung als UBER-FahrerIn	109
4. Die UBER-FahrerInnen-Richtlinien	110
4.1 Die KundInnenbewertung	110
4.2 Die Stornierungsquoten	111
4.3 Das Akzeptanz-Rating	111
4.4 Die Sicherheitsbestimmungen	111
4.5 Die Bestimmung des Fahrtpreises	112
4.6 Das Entgelt für UBER	112
4.7 UBER-„Perks“	112
5. Die rechtliche Zuordnung der handelnden Personen	113
5.1 Wer sind die Vertragsparteien der Personenbeförderung?	113
5.2 Alternative Ansätze zum UBER’schen Erklärungsmodell	113
5.3 Handeln der FahrerInnen im eigenen Namen als Verschleierungsfunktion	116
5.4 Das versteckte Rechtsverhältnis Beförderungsorganisation	117
5.5 Das Verhältnis zwischen FahrerInnen und UBER	117
6. Welche gewerberechtlichen Vorschriften gelten für UBER und die PartnerInnenunternehmen in Österreich?	118
6.1 Problem der grenzüberschreitenden Dienstleistung	118
6.2 Problem der verbundenen Tätigkeit	118
6.3 Infrage kommende Regelungen	119

7.	Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte	126
7.1	Die Wettbewerbspraktiken der mit UBER kooperierenden FahrerInnen	126
7.2	Die Wettbewerbspraktiken UBERs.	126
8.	KonsumentInnenschutzrechtliche Gesichtspunkte	128
8.1	Der internationale Sachverhalt	128
8.2	Informationspflichten von UBER.	128
8.3	VermittlerIn oder VeranstalterIn?	130
9.	UBER und die „UBER-FahrerInnen“ in Österreich – eine Prüfung aus arbeitsrechtlicher Sicht	131
9.1	Die Ausgangssituation	131
9.2	Prüfungshypothese UBERPop in Österreich.	131
9.3	Das Problem der grenzüberschreitenden Dienstleistung aus arbeitsrechtlicher Sicht.	132
9.4	Prüfung des Vertragsverhältnisses gemäß den österreichischen Tatbeständen.	135
9.5	Grenzbereiche eines UBERPop-Dienstverhältnisses	139
9.6	Weitere rechtliche Folgen eines UBERPop-Dienstverhältnisses.	141
10.	UBER weltweit und die daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen	146
10.1	Weltweite Konflikte	146
10.2	Analyse.	147
10.3	Notwendige Strukturmaßnahmen	148
	Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger Johannes Warter	150
1.	Sachverhalt	151
1.1	Allgemeines	151
1.2	Was macht die Plattform?.	151
1.3	Angeprohene Vorteile für die „Tiger“ und die AuftraggeberInnen.	152
1.4	Der Vermittlungsprozess.	153
1.5	Der Bewertungsprozess.	153
2.	Rechtliche Beurteilung	154
2.1	Intendierte vertragsrechtliche Gestaltung	154
2.2	Zustandekommen der Vertragsverhältnisse.	155
2.3	Zwischenergebnis.	164
3.	Qualifikation der Vertragsverhältnisse.	165
3.1	Qualifikation der 1. Phase	165
3.2	Qualifikation der 2. Phase: die einzelnen Reinigungsverträge.	166
3.3	Qualifikation nach der herkömmlichen Methode.	167
3.4	Probleme der herkömmlichen Beurteilungsweise	172
3.5	Beurteilung nach dem funktionalen Konzept des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin nach <i>Prassl</i>	173
3.6	Arbeitskräfteüberlassung.	178
3.7	Zusammenfassendes Ergebnis.	181
4.	Zivilrecht	181
4.1	AGB-Kontrolle.	182
5.	Aspekte des internationalen Rechts.	183
5.1	Anwendbares Recht	183
5.2	Gerichtsstandsvereinbarung	184
6.	Resümee und Ausblick	185
	Essenszustellung: foodora Thomas Dullinger.	186
1.	Foodora aus KundInnensicht	187
2.	Foodora aus Sicht der Restaurants	188
3.	Foodora aus FahrerInnensicht.	188
4.	Rechtliche Qualifikation des Beschäftigungsmodells.	190

4.1	Arbeitsrechtliche Qualifikation	191
4.2	Sozialrechtliche Qualifikation	198
5.	Einzelprobleme	198
5.1	Was gilt als Arbeitszeit?	198
5.2	Haftung für Schäden	199
5.3	Kontrolle der Rider	200
5.4	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub	201
5.5	Unterschiede bei den zu leistenden Abgaben	202
6.	Zusammenfassung der Ergebnisse	203
 Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie Hannes Schneller.		204
1.	Von der Fabrikordnung 1848 zur Gigwork-Vereinzelung	205
1.1	Die betriebsverfassungsrechtliche Einbeziehung von Randbelegschaften	206
1.2	ArbeitnehmerInnenähnliche Personen: Arbeitsrechtlicher Teilschutz	208
1.3	Zwischenergebnis: (Gig-)Work in Progress	209
2.	Geltendes Recht: Kollektive Mitwirkung in der Gig-Economy	210
2.1	Ziele der Betriebsverfassung	210
2.2	Fallbeispiel	212
2.3	Der Betriebsbegriff des ArbVG	213
2.4	Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG	216
2.5	Mitwirkungsrechte zur Vertretung von Belegschaft und Randbelegschaft (Arbeitskräftepool) ..	227
3.	Erforderliches Recht: Kollektive Mitwirkung in der Gig-Economy	232
3.1	Anpassung der Betriebsverfassung an Arbeitsorganisationsformen der Informationsgesellschaft	232
3.2	Der Arbeitskräftebegriff des ArbVG, des AÜG und des HeimAG erfasst auch CrowdworkerInnen	233
3.3	Erforderliche Mitwirkungsrechte hinsichtlich der Vertretung von Arbeitskräftepools	233
4.	Ergebnis	234
 Datenschutz in der Gig-Economy Wolfgang Goricnik/Thomas Riesenecker-Caba		236
1.	Technische Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Anwendungsfälle (<i>Riesenecker-Caba</i>)	237
1.1	Uber	238
1.2	clickworker	239
1.3	Book a Tiger	240
1.4	Foodora	241
1.5	Generation Open	242
2.	Datenschutzrechtliche Aspekte der Stellung der CrowdworkerInnen (<i>Goricnik</i>)	243
2.1	Allgemeines	243
2.2	Bewertung der CrowdworkerInnen	245
2.3	Kontrolle der CrowdworkerInnen	249
2.4	Übermittlung von CrowdworkerInnen-Daten an Behörden	251
3.	Zusammenfassung	252
 Sozialversicherung in der Gig-Economy Sarah Bruckner/Caroline Krammer.		254
1.	Viel Freiheit, wenig Sicherheit?	255
2.	Sozialversicherung für CrowdworkerInnen	255
2.1	System der Pflichtversicherung	255
2.2	Zum DienstgeberInnen-Begriff nach § 35 ASVG	257

2.3	Sozialversicherung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	258
2.4	Übersicht: Wann besteht Sozialversicherungs-Pflicht nach österreichischem Recht für CrowdworkerInnen?	259
3.	Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung	261
3.1	Sozialversicherung als unselbständig Erwerbstätiger/Erwerbstätige	261
3.2	Sozialversicherung als selbständig Erwerbstätiger/Erwerbstätige	269
4.	Geringfügigkeit	271
4.1	Allgemeines	271
4.2	Beispiele	273
5.	Abgrenzung echter Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/selbständige Erwerbstätigkeit	276
5.1	Abgrenzungskriterien des VwGH	276
5.2	Das Scheingeschäft und der wahre wirtschaftliche Gehalt	281
5.3	Dauer des Beschäftigungsverhältnisses	283
6.	Melde- und Beitragspflichten in der Sozialversicherung	286
6.1	Meldepflichten	286
6.2	Beitragspflichten	287
7.	Exkurs: Funktionales DienstgeberInnen-Konzept und Sozialversicherung	287
7.1	Allgemeines	287
7.2	Meldepflichten	288
7.3	Beitragspflichten	289
8.	Arbeitslosenversicherung	289
8.1	Allgemeines	289
8.2	Wann haben CrowdworkerInnen Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?	291
8.3	Ist Crowdwork eine zulässige Zuverdienstmöglichkeit für arbeitslose Personen?	296
8.4	Wann kommt es zu einer Rückforderung von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?	297
8.5	Beispiele	298
9.	Resümee	301
Crowdwork mit Auslandsbezug Wolfgang Kozak		304
1.	Was ist internationales Privatrecht?	305
2.	Anwendung der unionsrechtlichen Kollisionsnormen	306
2.1	Vorliegen eines internationalen Sachverhaltes	306
2.2	Räumlicher Geltungsbereich der Rom I-VO	307
2.3	Sachlicher Anwendungsbereich der Rom I-VO	307
2.4	Sondernormen für Arbeitsverträge	307
3.	Anzuwendendes Recht bei Geltung der Rom I-VO	310
3.1	Anknüpfungsmerkmale nach der Rom I-VO für Individualarbeitsverträge	311
3.2	Sonstige Anknüpfungsmerkmale nach der Rom I-VO	312
3.3	Rechtswahl	313
3.4	Ergebnis	314
4.	Internationale Gerichtszuständigkeit	314
4.1	Internationaler Sachverhalt	314
4.2	Räumlicher und sachlicher Anwendungsbereich	315
4.3	Sondernormen für Individualarbeitsverträge	315
5.	Zuständiges Gericht bei Geltung der EuGVVO neu	316
5.1	Anknüpfungsmerkmale für Gerichtsstände bei Individualarbeitsverträgen	316
5.2	Sonstiger Gerichtsstand aufgrund der EuGVVO	317
5.3	Gerichtsstandsvereinbarung	318

5.4 Ergebnis	318
6. Vollstreckung von Urteilen	318
7. Resümee.	319
Gewerkschaftliche Organisationsstrategien und alternative Kampfmaßnahmen <i>Martin Müller</i>	320
1. Problemaufriss	321
1.1 Entwicklung und Rahmenbedingungen für gewerkschaftliche Organisation.	321
1.2 Fallbeispiel: Güterverkehr.	322
1.3 Konkrete Problematiken in der Gig-Economy	323
1.4 Crowdwork im Gefüge der österreichischen Interessensvertretung	323
2. Lösungsansätze	325
2.1 Name-and-shame-Aktionen	325
2.2 Bewertungsplattformen	327
2.3 Einbeziehen der KonsumentInnen	328
2.4 Gütesiegel	329
2.5 Verhaltenskodex für Unternehmen	329
2.6 Online-Betreuungsangebot.	330
2.7 Unterstützung bei Selbstorganisation	331
3. Ergebnis und Ausblick	331
Rechtsprobleme alternativer Organisationsstrategien <i>Thomas Majoros</i>	334
1. Problemstellung	335
2. Persönlichkeitsschutz	335
2.1 Grundsätzliches	335
2.2 Zivilrecht	335
2.3 Strafrecht	338
2.4 Wettbewerbsrecht – UWG	341
2.5 Datenschutz	342
3. Rechtsfolgen.	344
3.1 BetreiberIn der (Bewertungs-)Plattform	344
3.2 Besonderheiten des MedienG.	346
3.3 UserInnen	348
4. Grenzüberschreitende Sachverhalte.	348
5. Lösungsansätze	350
Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun? <i>Martin Risak/Doris Lutz</i>	352
1. Die Herausforderungen	353
2. Schaffung eines „Crowdworkgesetzes“	355
3. Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes	358
4. Ausweitung der auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen anwendbare Normen	359
5. Eröffnung kollektiver Mitwirkungs- und Regelungsmöglichkeiten	361
6. Ergebnis	362
Die HerausgeberInnen	364
Die AutorInnen	364
Stichwortverzeichnis	367

Vorwort

Die Digitalisierung hat vielfältige Effekte auf die Art und Weise, wie in Zukunft Arbeit geleistet wird: die Verlagerung der Arbeit auf Maschinen bzw die Interaktion mit ihnen, die Änderung der Qualifikationsprofile, der verstärkte Bedarf an lebenslanger Weiter- sowie Re-Qualifikation und die Segmentierung des Arbeitsmarktes. Moderne Informations- und Kommunikationstechnologien ermöglichen darüber hinaus Veränderungen in der Arbeitsorganisation, von denen eine, nämlich das Crowdsourcing von Arbeit, in diesem Buch ausführlich beleuchtet werden soll. Dabei werden Tätigkeiten, die ursprünglich durch einzelne VertragspartnerInnen (idR direkt angestellte ArbeitnehmerInnen) erbracht wurden, auf eine größere Anzahl von Personen (die Crowd) ausgelagert. Internetbasierte Plattformen spielen in diesem Zusammenhang eine überragende Rolle, indem sie die Verbindung zwischen der Masse potenzieller LeistungserbringerInnen (der Crowd) und den NachfragerInnen dieser Leistungen herstellen. Damit wird eine Just-in-time-Organisation von Arbeit bezweckt, die das Risiko unproduktiver Zeiten möglichst auf die Arbeitenden selbst verlagert. Arbeit soll nur dann bezahlt werden, wenn sie tatsächlich geleistet wird. Das führt zu einer Zerschlagung bislang durchgängiger Arbeitsverhältnisse und dazu, dass eine immer größer werdende Zahl von Personen ihren Lebensunterhalt durch eine Mischung von unterschiedlichen Erwerbstätigkeiten verdienen muss. Der Begriff „Gig-Economy“ nimmt dabei Bezug auf die Art und Weise, wie viele MusikerInnen arbeiten, nämlich in Form einzelner Auftritte, den sogenannten Gigs. Er beschreibt eine Wirtschaftsform, die auf kurzfristigen Verträgen basiert und in der Personen mit einem Mix solcher Vertragsverhältnisse ihr Auslangen finden müssen.

Das Buch möchte vor allem einen fundierten und zugleich praxisnahen Beitrag zur Klärung der arbeits- und sozialrechtlichen Fragen betreffend die in der Gig-Economy Arbeitenden leisten. Wenngleich das Thema mittlerweile theoretisch auch im deutschsprachigen Raum ganz gut aufgearbeitet ist, fehlte es an einer tiefgehenden juristischen Untersuchung konkreter Geschäftsmodelle für die österreichische Rechtslage – eine Lücke, die diese Publikation schließen soll. Sie untersucht vier ganz konkrete Unternehmen beispielhaft für die unterschiedlichen Segmente der Gig-Economy: Uber für den Bereich der Transportdienstleistungen, Foodora für die Essenszustellung, Book a Tiger für haushaltsnahe Dienstleistungen und Clickworker für das virtuelle Crowdwork. Neben grundsätzlichen Kapiteln über die Funktionsweise und die grundsätzlichen Rechtsfragen werden auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, Organisationsstrategien für Gewerkschaften, haftungsrechtliche Fragen sowie das Datenschutzrecht behandelt und rechtspolitische Schlussfolgerungen zur Schaffung guter Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy gezogen. Wir möchten so sowohl eine Handreichung zur Lösung konkreter Rechtsfragen als auch einen Beitrag für die weiterführende Diskussion über die Arbeitswelt der Zukunft bieten.

Wien, im Februar 2017

*Doris Lutz
Martin Risak*

Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?

Grundsätzliches zum Arbeiten in Crowd und Cloud



Martin Risak

„Before the Internet, it would be really difficult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them the tiny amount of money, and then get rid of them when you don't need them anymore.“*

1. Vom Normalarbeitsverhältnis zu neuen Formen der Arbeitserbringung

1.1 Die Ausgangsbasis: Das Normalarbeitsverhältnis

Die derzeit bestehenden Institutionen des Arbeitslebens (wie Gewerkschaften, Betriebsräte und Kammern für ArbeiterInnen und Angestellte, die Wirtschaftskammern, Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen) ebenso wie das Arbeitsrecht selbst sind Antworten auf die Industrialisierung und das sich dabei herausbildende sogenannte **Normal- oder Standardarbeitsverhältnis**: Ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis zwischen zwei Personen, das mit einer gewissen Sicherheit verbunden ist und ein ausreichendes (Familien-)Einkommen sichert. Durch die starke Regulierung dieses Normalarbeitsverhältnisses in Gesetz und Kollektivvertrag sollte vor allem dem Machtungleichgewicht beim Aushandeln der individuellen Arbeitsverträge begegnet werden.¹ Dieser Schutz für die ArbeitnehmerInnen ist freilich auch mit Kosten für die ArbeitgeberInnen verbunden. Besonders infolge der Globalisierung der Wirtschaft und des verstärkten internationalen Wettbewerbs wurden daher Forderungen nach Senkung der Arbeitskosten und der Flexibilisierung von Beschäftigungsbedingungen laut.

1.2 Atypische Beschäftigung und gesetzliche Regulierungsbemühungen

Vor allem seit den 1980er-Jahren nahmen als Folge globalisierter Märkte, des verstärkten Wettbewerbsdrucks ebenso wie der Finanzialisierung der Wirtschaft und der dabei erwarteten schnellen Renditen die sogenannten „atypischen Arbeitsverhältnisse“ stark zu. Atypisch deshalb, weil sie von dem im vorhergehenden Abschnitt beschriebenen Normalarbeitsverhältnis abweichen: Teilzeitarbeit, befristete Arbeitsverhältnisse und Arbeitskräfteüberlassung (Leiharbeit) sind die am weitesten verbreiteten Formen.² Bisweilen wird auch überhaupt der Schutzbereich des Arbeitsrechts verlassen, wie insbesondere bei den freien Dienstverträgen. ArbeitgeberInnen wählten diese Formen der Beschäftigung vor allem wegen der damit verbundenen stärkeren Flexibilität und der dadurch erwarteten Senkung der Arbeitskosten. Sie ermöglichen nämlich eine teilweise Überwälzung von Risiken³ und Kosten, die beim Standardarbeitsverhältnis die ArbeitgeberInnen trafen: Vor allem ging es darum, das Risiko, auch in unproduktiven Zeiten Entgelt bezahlen zu müssen, ebenso gering zu halten wie die aus dem Kündigungsschutz resultierenden Kosten. ArbeitnehmerInnen wurden diese atypischen Arbeitsverhältnisse mit dem

* *Thomas Biewald*, CEO der virtuellen Crowdwork-Plattform *Crowdflower*, zitiert nach *Marvit*, How Crowdworkers Became the Ghosts in the Digital Machine, *The Nation* 05.02.2014, verfügbar unter <http://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/> (18.12.2016).

1 Siehe dazu *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer, *ZAS* 2002, 165; *ders*, Eigenverantwortung vs Solidarität im Arbeitsrecht, in *WZR*, Eigenverantwortung vs Solidarität (2014) 121; *ders*, Kollektives und Individuelles im Betrieb, in *Kietzbl/Schörghofer*, Rechtswissenschaft und Rechtskunde – Liber Amicorum für Robert Rebhahn (2014) 129.

2 Siehe dazu *Europäisches Parlament*, Working Paper – Atypical Work in the European Union (2000), verfügbar unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2440&langId=en> (15.12.2016); *Schulze-Buschhoff*, Atypische Beschäftigung in Europa, *WSI Study* 1/2016 (2016), verfügbar unter http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_studies_1_2016.pdf (15.12.2016).

3 Dazu insbesondere *Beck*, *Schöne neue Arbeitswelt* (2007) 28 ff.

Versprechen schmackhaft gemacht, dass deren flexible Gestaltung die bessere Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit mit anderen Aktivitäten (Kinderbetreuung, Haushaltsarbeit, Ausbildung und selbständiger Tätigkeit) ermögliche. Außerdem würden damit neue Arbeitsplätze geschaffen und Personen in Beschäftigung gebracht, die für Standard-Arbeitsverhältnisse nicht zur Verfügung stehen.

Das verstärkte Auftreten atypischer Beschäftigungsverhältnisse brachte auch die **Gesetzgebung** auf den Plan. Einige der sich aus ihnen ergebenden Schutzlücken wurden geschlossen, insbesondere wurde die gar nicht so seltene Diskriminierung atypischer Beschäftigter (zB der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten aus Betriebspensionssystemen oder der Versuch, durch Leiharbeit kollektivvertragliche Entgeltbedingungen im Beschäftigterbetrieb zu unterwandern) gesetzlich verboten. Einschlägige Regelungen finden sich zB im Arbeitszeitgesetz (§ 19d AZG für Teilzeitarbeit), im Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (§ 2b AVRAG für befristete Arbeitsverträge) oder im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG). Vor allem im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung erreichten die Gewerkschaften den Abschluss eines für die betroffenen ArbeitnehmerInnen vorteilhaften Kollektivvertrages für die ArbeiterInnen in Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen.⁴

Auch die **Europäische Union** entfaltet im Rahmen der sozialen Dimension Aktivitäten im Bereich der atypischen Beschäftigung. Insbesondere schlossen die SozialpartnerInnen auf europäischer Ebene für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse Rahmenvereinbarungen ab, die vom Rat als Richtlinien ausgeführt wurden und von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden mussten. Zu erwähnen sind zB die Teilzeitarbeits-Richtlinie 97/81/EG, Befristungs-Richtlinie 1999/70/EG und Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG ebenso wie die Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG.

1.3 Neue Formen der Arbeitserbringung – New Forms of Employment

Die Entwicklung ist damit freilich nicht abgeschlossen, der Durst nach mehr Flexibilität, insbesondere gepaart mit moderner Informations- und Kommunikationstechnologie führt im Rahmen der grundsätzlich gegebenen Vertragsfreiheit zu zahlreichen neuen Phänomenen in der Arbeitswelt. Derzeit bilden sich sehr unterschiedliche **neue Formen der Arbeitserbringung** (*new forms of employment*) heraus, die von den bisher geläufigen abweichen. Der Report der European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (*eurofound*) hat diese erstmals zusammengefasst, strukturiert dargestellt und gibt auch eine erste Einschätzung ihrer Auswirkungen ab.⁵ Die neuen Arbeitsformen unterscheiden sich vom Normalarbeitsver-

⁴ Siehe dazu *Obereder in Mazall/Risak*, Das Arbeitsrecht (28. Lfg 2016), Kap 15 Rz 43 ff; *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2013).

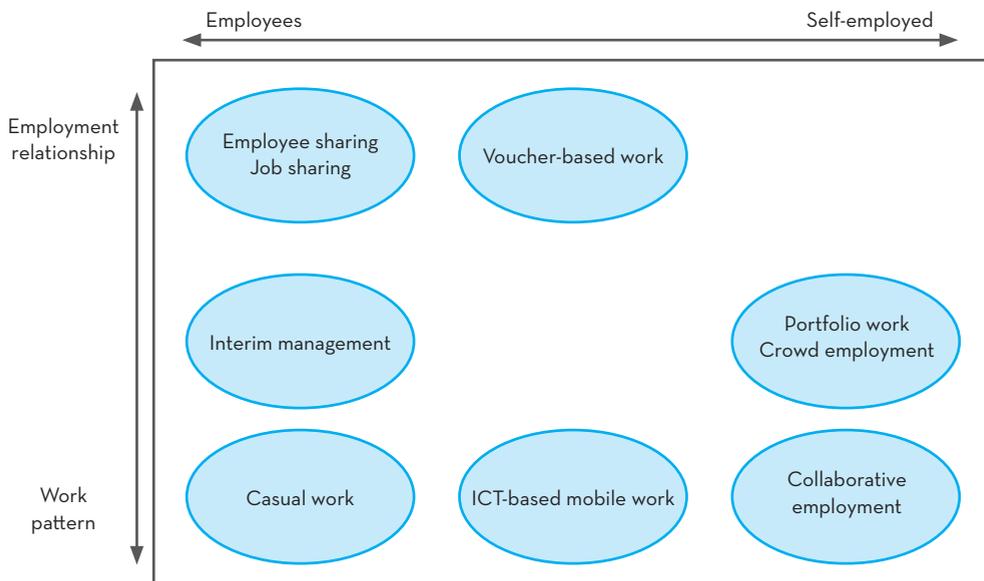
⁵ *Eurofund*, New forms of employment (2015), verfügbar unter <https://www.eurofound.europa.eu/de/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment> (19.12.2016); siehe dazu auch *Waas*, New Forms of Employment in Europe (2016) mit 35 spezifischen Länderberichten; mit einem etwas anderen Focus *OECD*, New forms of work in the digital economy (2016), verfügbar unter <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5j1wnklt820x-en.pdf?expires=1482137512&tid=id&accname=guest&checksum=5F30C0515FDD6189DBA32AEF32E87717> (19.12.2016).

hältnis sowie der atypischen Beschäftigung in mehrfacher Weise: Einige von ihnen verändern die Beziehung zwischen ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen, andere die Arbeitsorganisation und einige tun beides. Der Report arbeitet neun verschiedene Typen heraus, die allesamt seit 2000 verstärkt auftreten; manche davon sind gänzlich neu, andere waren schon bekannt, haben aber nun an Bedeutung gewonnen:

- › **Crowd employment:** virtuelle Plattformen, die AnbieterInnen und NachfragerInnen von Dienstleistungen zusammenführen
- › **Casual work:** Arbeit auf Abruf
- › **Portfolio work:** Selbständige arbeiten für eine große Anzahl von KundInnen, für die sie jeweils nur sehr kleine Arbeitsaufträge erfüllen
- › **Collaborative employment:** verdichtete Formen der Zusammenarbeit von kleinstrukturierten Selbständigen
- › **Employee sharing oder Labour pooling:** einzelne Arbeitende werden von einer Mehrzahl von ArbeitgeberInnen angestellt, für die sie auf rotierender Basis arbeiten
- › **Job sharing:** mehrere ArbeitnehmerInnen teilen sich einen Arbeitsplatz und koordinieren ihre Verfügbarkeiten selbst
- › **Interim management:** befristete Verträge für Führungskräfte
- › **Mobile,** auf moderner Informationstechnologie (ICT) basierende Leistungserbringung
- › **Voucher based work:** Bezahlung der Arbeitsleistung mit Gutscheinen oder Schecks, die bei Dritten erworben werden können

Diese „new forms of employment“ lassen sich auf einer Matrix abbilden, wobei die beiden Achsen die Besonderheiten der neuen Arbeitsformen darstellen.

Abbildung 1: Klassifizierung der neuen Formen der Arbeitserbringung



Quelle: Eurofound, *New Forms of employment 8*

X-Achse: Beziehungsform zwischen ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen bzw zwischen AuftragnehmerInnen und AuftraggeberInnen (sie bewegt sich von „normalen“ Employees in Richtung Self-employed)

Y-Achse: zeigt, wie die Arbeit geleistet wird (vom organisatorisch und örtlich eingebundenen Employment relationship hin zu neuen Arbeitsformen; Work pattern)

Auch wenn diese neuen Formen der Arbeitserbringung im Detail sehr heterogen sind und in einzelnen Staaten in unterschiedlicher Ausprägung und Häufigkeit auftreten, haben sie einen gemeinsamen Nenner: das Ziel, zusätzliche Flexibilität für ArbeitgeberInnen und/oder ArbeitnehmerInnen zu schaffen. Während einige Formen potenziell für beide Vertragsparteien nutzbringend sein können, bieten andere Grund zur Sorge hinsichtlich ihres negativen Einflusses sowohl auf die Arbeitsbedingungen als auch auf den Arbeitsmarkt. Mag auch die eine oder andere Form in manchen Ländern schon seit längerem bekannt sein, so sind die meisten noch nicht sehr weit verbreitet und daher noch oft unreguliert, obwohl sie zahlreiche rechtliche und soziale Probleme aufwerfen.

Diese neuen Formen der Arbeitserbringung entwickeln sich häufig im Graubereich und sind oft Neuland zwischen Arbeitsverträgen und freier Mitarbeit (*Freelancing*).⁶ Eine eindeutige Einordnung als Arbeitsvertrag ist oft nicht einfach möglich, andererseits entsprechen die derart Arbeitenden aber auch nicht dem typischen Verständnis von Selbständigen, die ihre Leistung in eigener unternehmerischer Struktur auf dem Markt einer größeren und zumeist auch wechselnden Anzahl von KundInnen anbieten. Wie im Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“ zu zeigen sein wird, stellt dies eine Herausforderung für die derzeitige binäre Einordnung als entweder Arbeitsvertrag – und damit schutzbedürftig – oder selbständige Leistungserbringung, die keines besonderen Schutzes bedarf, dar.

2. Crowd- und Cloudwork in der Gig-Economy

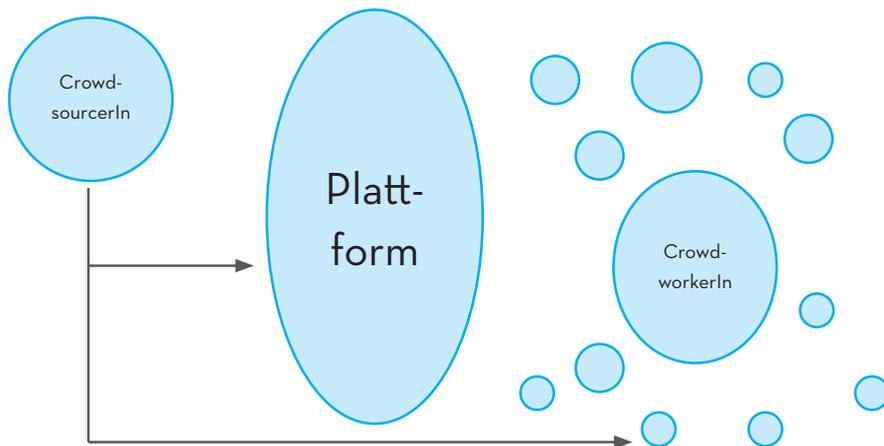
2.1 Crowdwork: Crowdsourcing von Arbeit

Im Zusammenhang mit der Entstehung neuer Formen der Arbeitsleistungserbringung ist Crowdwork oder, was mehr auf den Prozess der Arbeitsorganisation Bezug nimmt, das *Crowdsourcing* von Arbeit die wohl interessanteste. Zumindest auf den ersten Blick erscheint sie nämlich als Abkehr von der hierarchischen Organisation von Arbeit, wie sie dem traditionellen Arbeitsvertrag zugrunde liegt, hin zu einem Marktmodell bei dem Selbständige einzelne Leistungen an wechselnde VertragspartnerInnen erbringen (zur Kritik an dieser Sichtweise siehe im Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“).

⁶ Eurofound, New Forms of Employment 107.

Dabei werden Tätigkeiten, die ursprünglich durch einzelne VertragspartnerInnen – in der Regel ArbeitnehmerInnen – erbracht wurden, in der Form „ausgelagert“ (*outsourced*), dass sie einer größeren Anzahl von Personen (der *Crowd*) über eine internetbasierte Plattform⁷ angeboten und von diesen dann abgearbeitet werden. Dieser Vorgang wird als Crowdsourcing bezeichnet⁸, die AuftraggeberInnen als *CrowdsourcerInnen*, für welche die *CrowdworkerInnen* oder *Crowdsources* Leistungen erbringen. Diese treten jedoch zumeist nicht direkt miteinander in Kontakt, das Verhältnis zwischen ihnen wird vielmehr über eine Intermediärin, die Crowdsourcing-Plattform, mittelbar abgewickelt.⁹

Abbildung 2: Die am Crowdsourcing von Arbeit beteiligten Parteien



Quelle: eigene Darstellung

2.2 Cloudwork

Der Begriff des *Cloudwork* betont einen anderen Aspekt dieser neuen Form der Organisation von Arbeit, nämlich den „**Raum**“, in dem diese Arbeit stattfindet und die damit einhergehenden Veränderungen in der Unternehmensorganisation. Es wird darauf Bezug genommen, dass sich ein globaler „Informationsraum“¹⁰ hieraus entwickelt, der insbesondere von *Boes et al* als Produktivkraftsprung mit weitreichenden Folgen für die Organisation der gesellschaftlichen Arbeit

7 Siehe zur wohl bekanntesten, Amazons Mechanical Turk (www.mturk.com): *Strube*, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing, in *Benner*, Crowdwork – zurück in die Zukunft (2014) 75 ff.

8 Dieser Begriff leitet sich aus einer Kombination der Worte *outsourcing* und *crowd* her, der erstmals von *Howe* (*The Rise of Crowdsourcing*, *Wired Mag* 2006, 14.6, 1) verwendet wurde.

9 Vgl. *Leimeister/Zogaj/Blohm*, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in *Benner*, Crowdwork – zurück in die Zukunft 15 ff; *Warter*, Crowdwork (2016) 27; *Strube*, „Unused value is wasted value“ – Von der Sharing Economy zur Gig Economy, in *Stary*, Digitalisierung der Arbeit (2016) 52; *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016) B 99; für eine auf fünf Elemente ausgeweitete Definition siehe *Hensell/Koch/Kocher/Schwarz*, Crowdworking als Phänomen der Koordination digitaler Erwerbsarbeit – eine interdisziplinäre Perspektive, *Industrielle Beziehungen* 2016, 162 (169).

10 *Baukrowitz/Boes*, Arbeit in der „Informationsgesellschaft“, in *Schmiede*, Virtuelle Arbeitswelten – Arbeit, Produktion und Subjekt in der „Informationsgesellschaft“ (1996) 129 ff.

gedeutet wird.¹¹ Dieser ist auf der Basis des Internets entstanden und bildet die Grundlage für den gegenwärtig zu beobachtenden Umbruch in den Unternehmen und die damit einhergehenden Veränderungen in der Arbeitswelt. Im Kontext dieser Entwicklung markiert das Paradigma der *Cloud* eine paradigmatische Wende, es geht dabei nicht mehr um die exklusive Zuordnung von Ressourcen, sondern die Organisation des Zugriffs auf einen gemeinsamen Pool zB von Rechnerleistungen bis eben hin zu Arbeitskräften. Die *Cloud* bildet insofern in den Augen dieser AutorInnen das neue Paradigma, das erforderlich ist, damit die Unternehmen die Potenziale des Informationsraums strategisch nutzen können. Damit müssen Unternehmen ihr Selbstverständnis als Organisation grundlegend neu denken und zu neuen Vorstellungen hinsichtlich der Organisation der Arbeit gelangen ebenso wie sie ihr Verhältnis zu der sie umgebenden Umwelt und hier insbesondere zur Umwelt *im* Informationsraum überdenken müssen.¹²

2.3 Gig-Economy

Der Einsatz von *Crowdwork* beabsichtigt eine Just-in-time-Organisation von Arbeit, die das Risiko unproduktiver Zeiten möglichst auf die Arbeitenden selbst verlagert. Arbeit soll nur dann bezahlt werden, wenn sie tatsächlich geleistet wird. Das führt zu einer Zerschlagung, ja geradezu zu einer Atomisierung bislang durchgängiger Arbeitsverhältnisse. In einer extremen Ausformung würden von „digitalen TagelöhnerInnen“ nur noch punktuelle kurzfristige Leistungen erbracht und dann auch nur diese bezahlt werden.¹³ Dieser Aspekt wird mit dem Begriff der *Gig-Economy* plastisch beschrieben. Es wird damit Bezug genommen auf die Art und Weise, wie viele MusikerInnen arbeiten, nämlich in Form einzelner kurzer Auftritte, eben der *Gigs*. Es ist dies eine Wirtschaftsordnung bzw ein Teil derselben, wo befristete Verhältnisse die Norm sind und in welcher Unternehmen die Leistungserbringung für sich nur noch über kurzfristige Verträge organisieren. Die dort tätigen Personen bestreiten dann ihren Lebensunterhalt mit einem Mix solcher oft sehr unterschiedlicher Vertragsverhältnisse.

In der Gig-Economy können Unternehmen nicht nur Personalkosten sparen, sondern auch Ressourcen in Form von Betriebsmitteln, Büroflächen und Ausbildungen, da diese häufig von den Arbeitenden beigestellt werden (zB die Fahrzeuge bei der Transportplattform Uber oder die Fahrräder beim Essenszusteller Foodora) und sie für deren Instandhaltung verantwortlich sind. Die dort Arbeitenden können sowohl hochqualifiziert und unter Umständen so teuer sein, dass es für ihre VertragspartnerInnen gar nicht möglich ist, sie abseits konkreter kurzer Projekte anzustellen (zB ComputerexpertInnen, PR-Profis, TrainerInnen oder RechtsanwältInnen). Für

11 Boes/Kämpf, Informatisierung als Produktivkraft: Der informatisierte Produktionsmodus als Basis einer neuen Phase des Kapitalismus, in Dörrel/Sauer/Wittke, Arbeitssoziologie und Kapitalismustheorie (2012) 316; Bultemeier/Boes, Neue Spielregeln in modernen Unternehmen – Chancen und Risiken für Frauen, in Boes/Bultemeier/Trinczek, Karrierechancen von Frauen erfolgreich gestalten (2013) 95 ff.

12 Boes/Kämpf/Langes, Cloudworking und die Zukunft der Arbeit – Kritische Analysen am Beispiel der Strategie „Generation Open“ von IBM (2014) 53, verfügbar unter https://innovation-gute-arbeit.verdi.de/++file++560d2825aa698e7a690003871download/IBM-Gutachten_E-Mail.pdf (18.12.2016).

13 Risak, What's law got to do with it? (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2/2016, 32 (33); vgl das Szenario bei Beck, Schöne neue Arbeitswelt 28, 102, der noch ohne Bezugnahme auf Crowdwork von einer Brasilianisierung des Westens spricht und darstellt wie aus einer Arbeitsgesellschaft eine Risikogesellschaft wird.

diese FreiberuflerInnen und *freelancer* hat die Gig-Economy unbestreitbare Vorteile im Hinblick auf deren Selbstbestimmung und Flexibilität. Die andere Seite betrifft jedoch jene Personen, die wegen eines Mangels traditioneller Arbeitsverhältnisse in dieses von Unsicherheit geprägte Segment des Arbeitsmarktes abgedrängt werden und alle kurzfristigen Gigs annehmen, derer sie habhaft werden können. Eine Nutzung dieses Arbeitskräftepotenzials erscheint aus meiner Sicht als Rückschritt in eine Phase vor der Etablierung des Arbeitsrechts und den das Arbeitsleben mit einer gewissen Sicherheit ausstattenden Institutionen wie Gewerkschaften und Betriebsräten. Bisweilen erscheint es so, dass in der Gig-Economy darauf gebaut wird, dass die dort praktizierten Beschäftigungsverhältnisse den arbeitsrechtlichen Schutznormen nicht unterliegen. Ein Geschäftsmodell, das auf möglichst niedrigen Arbeitskosten und möglichst geringem Schutz aufbaut, ist jedoch weder kreativ noch innovativ – ganz im Gegenteil! Diese Form der Gig-Economy, auch wenn sie sich hinter modernen Fassaden verbirgt, ist eine Wiederkehr dessen, was wir aus der Frühzeit der Industrialisierung kennen und es fragt sich, wie auch hier auf unterschiedlichen Wegen adäquater Schutz für die dort Beschäftigten gewährleistet werden kann (siehe dazu die Beiträge „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“ sowie „Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?“).¹⁴

3. Formen von Crowdwork

Das oben beschriebene Modell des plattformbasierten Crowdsourcing wird in einer Vielzahl von Konstellationen nutzbar gemacht und ist derzeit ein wichtiger Treiber neuer Geschäftsmodelle. In der Praxis besteht eine schier unbegrenzte Vielfalt von Plattformen für Crowdsourcing im Allgemeinen (zB für *Crowdfunding*¹⁵ oder die Vermittlung von Unterkünften¹⁶) und das Crowdsourcing von Arbeit, das Crowdwork, im Besonderen. Es ist daher nicht sinnvoll bzw gar nicht möglich, eine komplette Auflistung und Kategorisierung von Crowdwork-Plattformen vorzunehmen. Es bestehen jedoch grundlegende Unterschiede zwischen unterschiedlichen Erscheinungsformen und Segmenten dieses Marktes. Deren Unterscheidung hat für die damit verbundenen Rechtsfragen und damit für die weitere Untersuchung der Gig-Economy in diesem Buch Bedeutung, die in der Folge dargelegt wird.

3.1 Internes und externes Crowdsourcing von Arbeit

Beim Crowdsourcing von Arbeit kann zwischen **internem** und **externem Crowdsourcing** unterschieden werden.¹⁷

- › Beim **internen Crowdsourcing** fungiert eine unternehmensinterne Belegschaft als Crowd, dh Personen, die bereits in einer Beziehung zum/zur CrowdsourcerIn stehen. Dabei wird eine (interne) Plattform aufgesetzt, auf der die zu erledigenden Aufgaben gestellt werden,

¹⁴ Vgl *Risak*, Arbeits- und sozialrechtliche Absicherung im digitalisierten Arbeitsmarkt, *SozSi* 2017/Heft 1.

¹⁵ ZB www.KickStarter.com.

¹⁶ ZB www.AirBnB.com.

¹⁷ Dazu *Warter*, *Crowdwork* 42.

die von der Belegschaft eingesehen und bearbeitet werden können. Die Lösung bzw das Ergebnis kann dabei von MitarbeiterInnen stammen, die nicht nur in einer anderen Unternehmensabteilung arbeiten, sondern die sich unter Umständen gar an einem Unternehmensstandort auf einem anderen Kontinent befinden. IBM etwa hat im Rahmen des Konzepts „Generation Open“ und des Programmes „Liquid“ ein internes Crowdsourcing-System eingeführt, an dem sämtliche IBM-MitarbeiterInnen sowie registrierte *freelancer* weltweit teilnehmen können.¹⁸ Dieses System wurde jedoch dem Vernehmen nach bei IBM Österreich niemals eingeführt und auch in Deutschland soll es wieder rückgebaut worden sein. Als weiteres Beispiel lässt sich hier der Einsatz unterschiedlicher *tools* zum vernetzten Arbeiten bei der Daimler AG anführen.¹⁹

- › Beim **externen Crowdsourcing** hingegen setzt sich die Crowd aus Personen zusammen, die noch in keiner Beziehung zu den CrowdsourcerInnen/AuftraggeberInnen stehen, zu meist aus beliebigen Individuen; um an diese heranzutreten, wird in der Regel auf eine Crowdsourcing-Plattform zurückgegriffen, die über eine aktive Crowd verfügt und die dabei unter Umständen eine Vorselektion dahingehend vornimmt, wer für die Bearbeitung der einzelnen Arbeitsaufträge überhaupt infrage kommt.²⁰

In diesem Buch wird in der Folge nur noch das externe Crowdsourcing behandelt, da das interne an bestehende Arbeitsverhältnisse anknüpft und damit weniger grundlegende Probleme aufwirft. Aber selbst dabei kommt es zu grundsätzlichen Veränderungen der Qualität der Arbeitsbeziehung, da dabei versucht wird, die Verantwortung für die faktische Beschäftigung zumindest zum Teil auf die ArbeitnehmerInnen zu verlagern – diese sollen Projekte und Tätigkeiten selbstverantwortlich auf den Plattformen finden, sich zum Teil mit anderen ArbeitnehmerInnen organisieren und autonom die Aufträge bearbeiten.²¹ Dies wirkt sich auf ihre Entlohnung und den beruflichen Aufstieg aus; bei mangelnder Auslastung steht dann auch die Kündigungsdrohung im Raum. Dies führt zu einer Verlagerung des eigentlich die ArbeitgeberInnen treffenden wirtschaftlichen Risikos auf die ArbeitnehmerInnen, das insbesondere in den 1980er-Jahren im Zusammenhang mit der Arbeit auf Abruf und der sogenannten „kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit“ (KAPOVAZ) diskutiert wurde²², woran meines Erachtens angeschlossen werden kann.

18 *IG Metall*, Crowdsourcing – Beschäftigte im globalen Wettbewerb um Arbeit – am Beispiel IBM (2013), verfügbar unter http://www.isf-muenchen.de/pdf/docs_ig_metall_xcms_195764__2.pdf (18.12.2016); *Boes/Kämpfl/Langes*, Cloudworking und die Zukunft der Arbeit – Kritische Analysen am Beispiel der Strategie „Generation Open“ von IBM (2014), verfügbar unter https://innovation-gute-arbeit.verdi.de/++file++560d2825aa698e7a69000387/download/IBM-Gutachten_E-Mail.pdf (18.12.2016); *Will-Zochl/Kämpfl*, Branchenanalyse Informations- und Telekommunikationsbranche, Hans Böckler Stiftung-Study nr 320 (2016) 70, verfügbar unter http://www.boeckler.de/pdf_fof/B-2014-753-1-1.pdf (18.12.2016).

19 *Öhrler/Spies*, Crowdworking in der Automobilindustrie – Das Beispiel Daimler AG, in *Benner*, Crowdwork 43; *Schäfer*, in *Benner*, Crowdwork 61; zu anderen Formen des Einsatzes von Kommunikationstechnologie zur Leistungssteigerung siehe *Carstensen*, Social-Media-Plattformen in der unternehmensinternen Zusammenarbeit – Einübung einer neuen Arbeitsweise, in *Sary*, Digitalisierung der Arbeit (2016) 13.

20 Siehe dazu insbesondere den Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“.

21 *Boes/Kämpfl/Langes* (Cloudworking und die Zukunft der Arbeit 63) sprechen treffend von der Radikalisierung des Systems permanenter Bewährung.

22 Dazu insbesondere *Rebhorn*, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf, FS Schnorr (1988) 225 mit zahlreichen Nachweisen des Meinungsstandes.

3.2 Unterscheidung nach der Art der Tätigkeiten

Die Arbeit, die einer externen Crowd unter Zuhilfenahme einer Plattform angeboten wird, ist äußerst vielfältig, es lassen sich jedoch einige Angelpunkte festmachen, die für die weiteren Untersuchungen von Bedeutung sind. An dem einen Ende des Spektrums finden sich **physische Dienste in der realen (analogen) Welt**, bei denen die CrowdworkerInnen in direkten Kontakt mit den CrowdsourcerInnen/KundInnen kommen, etwa bei Transportdienstleistungen wie sie von Uber angeboten werden, Reinigungs- und sonstigen Haushaltstätigkeiten wie Reparaturen bei Plattformen wie Book a Tiger sowie Büroarbeit wie Kundendienst oder Buchhaltung bei Plattformen wie UpWork²³.²⁴ KundInnen der **Transportplattform Uber** verwenden zB eine App auf ihren Smartphones um Fahrten von bestimmten Orten aus zu bestellen. Die Informationen werden direkt an die FahrerInnen in der Umgebung weitergeleitet. Wenn die Anfrage von den jeweiligen FahrerInnen akzeptiert wurde, wird dies den KundInnen mitgeteilt, die dann zusteigen und an das gewünschte Ziel chauffiert werden, entlang eines Weges, der von der Uber-App vorgegeben wird. Die Bezahlung erfolgt bargeldlos über die Plattform, die nach Abzug einer Kommission von 20 % bis 30 % den Fahrpreis an die FahrerInnen weitergibt. KundInnen und FahrerInnen bewerten einander gegenseitig anonym nach jeder Fahrt; die daraus resultierenden Werte werden dann beiden Parteien angezeigt bevor die nächste Fahrt beginnt.²⁵ Die **Reinigungsleistungen organisierende Plattform Book a Tiger** funktioniert ähnlich, wenngleich die körperliche Arbeit in der Wohnung oder den Geschäftsräumen der KundInnen geleistet wird. Diese loggen sich bei der Plattform bzw einer App ein, geben ihre Adresse bekannt und wann eine Reinigung erwünscht ist. Die Auswahl einer konkreten Reinigungskraft ist hier – anders als bei zB Helpling²⁶, die nicht (mehr) in Österreich operiert – nicht möglich, auch wird die aktuelle Bewertung der Reinigungskraft den KundInnen gegenüber nicht kommuniziert. Nach Abwicklung der Reinigung erfolgt auch hier eine Bewertung und bezahlt wird ebenfalls über die Plattform, die nach Abzug ihres Anteils den Rest an den „Tiger“ weiterleitet.²⁷

Auf der anderen Seite des Spektrums liegt **digitale Arbeit**, welche in der virtuellen Welt erbracht wird. Dies wird bisweilen als Crowdwork im engeren Sinn bezeichnet.²⁸ Das Spektrum der Aufgaben ist auch hier weit: Von relativ gut bezahlten, qualifizierten Tätigkeiten wie Design- (zB eines Logos, eines Plakats oder von Drucksorten) oder Softwareerstellung über das Übersetzen, das Verfassen von Texten oder das Testen von Computerprogrammen bis hin zu einfachen repetitiven Tätigkeiten, welche gering bezahlt werden. Letzere, die als „Microtasks“ bezeichnet werden, beinhalten etwa die digitale Kennzeichnung und Erstellung von Bildbeschreibungen, das Kategorisieren von Daten und Produkten, die Übersetzung oder das Korrekturlesen von kurzen

23 www.upwork.com.

24 Datenmaterial zu einzelnen ausgewählten Plattformen bei *OECD*, *New forms of work in the digital economy* 7 ff.

25 Siehe dazu den Beitrag „Transportdienstleistungen: Uber“.

26 Siehe dazu *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, *CLLPJ* 2016, 619 (624); *Schumich*, *Sharing Economy – Die Ökonomie des Teilens aus Sicht der ArbeitnehmerInnen* (2016) 50.

27 Siehe dazu den Beitrag „Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger“.

28 *Däubler*, *Digitalisierung und Arbeitsrecht, Soziales Recht – Sonderausgabe* 2016, 8; *Kocher/Hensel*, *Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit*, *NZA* 2016, 984 (985).

Texten. Größere Aufgaben werden dafür oft in kleinere Teilaufgaben zerlegt und können dann unabhängig voneinander bearbeitet werden. Sie werden auf Plattformen veröffentlicht, wo sie von registrierten CrowdworkerInnen eingesehen, durch Anklicken übernommen und dann online auf dem Interface der Plattform abgearbeitet werden. Auch hier erfolgt der Zahlungsstrom über die Plattform und nach Abschluss der Tätigkeit werden die CrowdworkerInnen bzw ihre Arbeitsqualität bewertet. Ein direkter Kontakt zu den CrowdsourcerInnen/KundInnen, die in dem Zusammenhang auch *requesterInnen* genannt werden, erfolgt in der Regel nicht; lediglich mit der Plattform wird kommuniziert. Die führenden Plattformen für diese Art von *cognitive piecework*²⁹ oder „Neo-Taylorismus“³⁰ sind Amazons Mechanical Turk³¹ und Clickworker.³² Nach Studien sollen 25 % der auf Amazons Mechanical Turk angebotenen Microtasks weniger als 0,01 USD pro Aufgabe bieten, 70 % 0,05 USD oder weniger und 90 % weniger als 0,10 USD pro erledigter Aufgabe. Dies entspricht einem durchschnittlichen Lohn von etwa 2 USD pro Stunde.³³

4. Arbeiten in Crowd und Cloud

4.1 Zur Funktionsweise von Crowdwork

Historisch gesehen ist der Hauptvorteil hierarchischer Arbeitsverhältnisse gegenüber Verträgen mit unabhängigen VertragspartnerInnen einerseits, dass UnternehmerInnen so einen gewissen Grad an Kontrolle über die Leistungserbringung haben und andererseits, dass damit die Transaktionskosten hinsichtlich der Suche, Auswahl und Ausbildung gering gehalten werden.³⁴ Kurz: Es macht eher Sinn, bei wiederkehrendem Bedarf an bestimmten Leistungen jemanden in einem Arbeitsverhältnis aufzunehmen, als jedes Mal jemand Neuen zu suchen und dafür auszubilden. Außerdem arbeiten Personen in einem auf längere Dauer angelegten Verhältnis in der Regel qualitativ besser, als wenn dies nur auf eine einmalige Leistungserbringung ohne Wiederholung angelegt ist.³⁵ Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist schon seit mehreren Jahrzehnten, wie in Abschnitt „Vom Normalarbeitsverhältnis zu neuen Formen der Arbeitserbringung“ beschrieben, der Trend zu beobachten, unter Fortbestand des hierarchischen Verhältnisses dessen Flexibilität entweder durch flexible Arbeitszeitmodelle (Durchrechnung und Gleitzeit)³⁶ und variable Entlohnung oder durch Formen atypischer Beschäftigung wie insbesondere der Leiharbeit, Teilzeit- und befristeter Beschäftigung zu erhöhen.³⁷

29 Schmidt, The Good the Bad and the Ugly, in Benner, Crowdwork – zurück in die Zukunft (2014) 378.

30 Leimeister/Zogaj/Blohm, Crowdwork – Digitale Wertschöpfung in der Wolke, in Benner, Crowdwork – zurück in die Zukunft (2014) 9 (32).

31 www.mturk.com/mturk/welcome.

32 www.clickworker.com.

33 Eurofound, New forms of employment 115.

34 Coase, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, 386.

35 So haben TaxifahrerInnen insbesondere bei TouristInnen bisweilen kein Problem, einen kostspieligen Umweg zu fahren, da sie ja wissen, dass diese in Zukunft kaum wieder mit ihnen in Kontakt kommen werden.

36 Dazu insbesondere Heilegger, Tendenzen im Arbeitszeitrecht, *juridikum* 2014, 80; Risak, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, *Momentum Quarterly* 2016, 75 (83).

37 Eurofund, Third European survey on working conditions (2000).

Die Gig-Economy und Crowdwork gehen noch einen Schritt weiter und kombinieren die angesprochenen Faktoren neu, um so das Risiko von Unterauslastung und unproduktiven Zeiten auf die Arbeitenden zu verlagern, während gleichzeitig die volle Kontrolle über den Produktionsprozess beibehalten werden soll. Damit sollen sowohl die Transaktionskosten als auch die Entgelte möglichst niedrig gehalten werden – und dabei noch eine möglichst zeitnahe Erledigung ohne Qualitätsprobleme sichergestellt werden.³⁸ Um diese auf den ersten Blick widersprüchlichen Ziele zu erreichen, müssen folgende **Vorraussetzungen** erfüllt sein:

- › Die **Crowd** muss einerseits relativ **groß** und vor allem aktiv sein, damit immer CrowdworkerInnen in ausreichender Anzahl zur Verfügung stehen, wenn diese gebraucht werden. Was im Arbeitsverhältnis durch die Fixanstellung gewährleistet wird, die den Nebeneffekt hat, dass unter Umständen nicht über den gesamten Zeitraum tatsächlich Arbeit vorliegt, wird beim Crowdsourcing-Modell durch die schiere Masse an Personen, die angesprochen werden können, erzielt.
- › Die CrowdworkerInnen müssen, damit diese Just-in-time-Arbeit auch tatsächlich erbracht wird, auch **schnell aktivierbar** sein, dh sie müssen auch dann tatsächlich tätig werden, wenn zu arbeiten ist. Dies erzielen Plattformen durch einen mitunter sehr kreativen **Mix von Anreiz- und Sanktionsmechanismen** wie zB Preismodellen, die bei viel Nachfrage die Preise ansteigen lassen (sogenanntes *surge-pricing* bei Uber³⁹), damit zu diesen Zeiten viele CrowdworkerInnen ihre Dienste anbieten (was dann wieder zum Absinken der Preise führt) oder der De-Registrierung bei einem Unterschreiten eines Mindest-Aktivitätslevels bzw einer vorgegebenen Antwortzeit auf Arbeitsangebote. Bisweilen wird auch aktiveren CrowdworkerInnen eine größere Anzahl von Arbeitsangeboten bzw besser bezahlte Offerte eröffnet, wie dies bei der Plattform Clickworker offenbar der Fall ist.⁴⁰
- › Die Größe der Crowd hat auch den wohl erwünschten Nebeneffekt, dass der **Wettbewerb** zwischen den einzelnen CrowdworkerInnen die **Preise niedrig** hält, dh dass immer jemand bereit ist, zu den angebotenen, mitunter sehr geringen Entgelten zu arbeiten. Im Falle des virtuellen Crowdwork kommt der globale Wettbewerb dazu, der diesen Effekt noch weiter verstärkt, da das Entgelt in Ländern mit unterschiedlichen Lebenshaltungskosten im Hinblick auf die Kaufkraftunterschiede auch unterschiedlich viel wert ist.⁴¹
- › Anstatt des klassischen *Command-&Control*-Systems bedienen sich CrowdsourcerInnen und Plattformen der sogenannten **digitalen Reputation** zur Auswahl und Kontrolle der CrowdworkerInnen: Sie erhalten Punkte, Sterne oder ähnliche Symbole nachdem sie einen Auftrag ausgeführt haben.⁴² Damit wird sozusagen auch in die andere Richtung crowd-sourced: Die Qualitätskontrolle wird von den Plattformen an die CrowdsourcerInnen ausgelagert, sie bedienen sich dabei der „Weisheit der Masse“⁴³ der KundInnen und ver-

38 Treffend führen daher *Hensell/Koch/Kocher/Schwarz* (Industrielle Beziehungen 2016, 170) aus: „Die Rechtswissenschaft beschreibt Crowdworking bisher vornehmlich als Regulierungs- und Schutzproblem, indem sie ebenfalls an die herkömmlichen Unterscheidungen von Organisation/Hierarchie und Markt/Wettbewerb anknüpft.“

39 Siehe dazu den Beitrag „Transportdienstleistungen: Uber“.

40 Siehe dazu den Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“.

41 OECD, New forms of work 22; Elmer, „Ich geb Dir eine Review, Große/!“, Kurswechsel 2/2016, 51 (52).

42 Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing (2013) 29; Warner, Crowdwork 60.

43 *Surowiecki*, The wisdom of the crowds (2004).

wenden die so (kostenlos) erworbenen Informationen zum Funktionieren ihres Geschäftsmodells. In der Gig-Economy arbeiten somit nicht nur die CrowdworkerInnen, sondern auch die CrowdsourcerInnen für die Plattform; die Bezeichnung Plattformkapitalismus⁴⁴ trifft diesen Aspekt gut und berücksichtigt auch den Wert der Daten, die auf diese Weise generiert werden.

- › Die digitale Reputation stellt auch sicher, dass die CrowdworkerInnen so **arbeiten wie in einer langfristigen Arbeitsbeziehung**. Auch wenn der einzelne Arbeitsauftrag eine punktuelle Leistung für einen/eine CrowdsourcerIn darstellt, bewirkt das Reputations- oder Ratingsystem zugleich auch, dass sich dessen Ergebnis – oder besser: die Bewertung desselben – auf die zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten massiv auswirkt. Zumeist werden negative Bewertungen auch stärker gewichtet, sodass ein einziges schlechtes Rating erst durch zahlreiche gute wieder neutralisiert wird. CrowdworkerInnen arbeiten somit – ohne die Vorteile einer durchgängigen Vertragsbeziehung zu haben – dennoch so als ob sie in einer solchen stünden.

Die damit möglichen Effekte betreffend die Preisentwicklung durch dieses Organisationsmodell für Unternehmen und ArbeitnehmerInnen sollten dabei nicht unterschätzt werden. Durch den Einsatz von Plattformen können sich UnternehmerInnen einer großen Crowd von flexibel Arbeitenden bedienen und so einerseits die Kosten unproduktiver Zeit reduzieren, andererseits durch Reputationsmechanismen die volle Kontrolle über den Produktionsprozess oder die Servicebereitstellung erhalten. Der daraus resultierende, unter Umständen sogar globale Wettbewerb zwischen den CrowdworkerInnen sorgt dafür, dass die Qualität hoch bleibt, während die Löhne niedrig sind.

Niedrige Entgelte mögen für Personen, für die das unter Umständen nur ein Zuverdienst zu einem sonstigen Einkommen ist, auf einer individuellen Ebene nicht unmittelbar problematisch sein.⁴⁵ Aber sie haben einen darüber hinausgehenden Effekt, da dadurch auch Druck auf Personen entsteht, die in regulären Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden. Crowdwork bietet sich so als kostengünstige Alternative an. Wie *Klebe* treffend ausführt, „*sind solch schlechte Arbeitsbedingungen keine Privatsache. Denn dadurch geraten andere Crowdworker und auch die in einem Arbeitsverhältnis Beschäftigten stark unter Druck.*“⁴⁶

4.2 Vor- und Nachteile der Arbeit in der Gig-Economy

Die Einschätzung der Effekte von Crowdwork bietet ein durchwachsendes Bild. Die Gig-Economy stellt sich für einige in ihr Beschäftigte durchaus **positiv** dar. In erster Linie geht es dabei um deren **Flexibilität** und zeitliche Selbstbestimmung: CrowdworkerInnen können entscheiden, wann sie arbeiten und welche Art von Aufgaben sie übernehmen. Plattformbasiertes Arbeiten kann daher mit anderen Aufgaben und Tätigkeiten wie einem Studium, der Betreuung

⁴⁴ *Elmer/Hofmann*, Digitale Arbeit und Plattformkapitalismus – Editorial, Kurswechsel 2/2016, 3.

⁴⁵ Dies betont zB *Thüsing*, Digitalisierung der Arbeitswelt, Soziales Recht 2016, 87 (90).

⁴⁶ Interview vom 23.11.2016, verfügbar unter <https://www.igmetall.de/interview-mit-arbeitsrechtler-thomas-klebe-zum-thema-14335.htm> (18.12.2016).

von Kindern oder Pflegebedürftigen besser vereinbar sein als ein reguläres Arbeitsverhältnis.⁴⁷ Es bietet auch die Möglichkeit zu einem Zusatzeinkommen bzw kann als Überbrückungseinkommen insbesondere auch bei Selbständigen in Zeiten von Auftragsflaute dienen. Es ermöglicht außerdem den Berufseinstieg in Tätigkeitsbereiche, die bislang noch nicht ausgeübt wurden (zB bei Designtätigkeiten)⁴⁸ und bietet (zumindest durch virtuelles Crowdwork) denjenigen, die wegen Behinderung oder anderen Faktoren vom regulären Markt ausgeschlossen sind, Möglichkeiten für eine Erwerbstätigkeit.⁴⁹ Letztendlich gibt es eine wachsende Anzahl von erfolgreichen KleinunternehmerInnen, die auf bestimmte Nischen fokussiert sind bzw die besondere Qualifikationen aufweisen und für die Crowdwork gute Erwerbsmöglichkeiten bei hoher Flexibilität bietet.

Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die **Arbeitsbedingungen** für die überwiegende Mehrheit der CrowdworkerInnen **schlecht** sind.⁵⁰ Das Fehlen von Gewerkschaften oder sonstigen Formen des kollektiven Auftretens und der Solidarität, das Oligopol weniger Plattformen in bestimmten Marktsegmenten und die weiterhin bestehende wirtschaftliche und rechtliche Unsicherheit führen zu einem massiven Ungleichgewicht an Verhandlungsmacht. Wie die Praxisbeispiele zeigen werden, ist dies vor allem bei der niedrigen Entlohnung und den stark einseitig ausgerichteten, von den Plattformen vorgegebenen Allgemeinen Vertrags- und Geschäftsbedingungen sichtbar. Im Falle des virtuellen Crowdwork verstärken der weltweite Wettbewerb und die mitunter über Staatsgrenzen verstreuten Arbeitsplätze diese Problematik. Manche sprechen deshalb gar von „digitalen Sklaven“⁵¹ oder „virtueller Ausbeutung“⁵².

Zwei Probleme werden dabei wiederholt hervorgehoben:

- › Dies betrifft einerseits die bereits angesprochenen **niedrigen Entgelte** und mitunter auch die **Unsicherheit**, ob überhaupt bezahlt wird: Allgemeine Geschäftsbedingungen beim virtuellen Crowdwork sehen zum Teil vor, dass CrowdsourcerInnen das Recht haben, die Arbeit ohne Angabe jeglicher Gründe und ohne Bezahlung abzulehnen, obwohl sie die Arbeitsergebnisse dennoch nützen können.⁵³

47 OECD, New forms of work 21.

48 Schörpf/Schönauer/Eichmann, Arbeit und technischer Wandel in der Kreativwirtschaft – Endbericht (2016), verfügbar unter http://www.forba.at/data/downloads/file/1151-FB_02_2016.pdf (18.12.2016).

49 Zyskowski ua, Accessible Crowdwork? Understanding the Value in and Challenge of Microtask Employment for People with Disabilities, verfügbar unter http://research.microsoft.com/pubs/228714/crowdwork_and_disability.pdf (18.12.2016).

50 Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing 72.

51 Rosenblum, The Digital Slave – That would be You, Huffingtonpost 5.6.2013, verfügbar unter http://www.huffingtonpost.com/michael-rosenblum/the-digital-slave-that-wo_b_3222785.html (18.12.2016).

52 Vgl für das sogenannte „gold farming“ (professionelles Online-Spielen, um virtuelles Geld zu sammeln zB in Spielen wie World of Warcraft): Dibbell, The unreal estate boom, Wired Magazine 1/2003, www.wired.com/2003/01/gaming-2 (18.12.2016); ders, The Life of the Chinese Gold Farmer, NYT Magazine vom 17.6.2016, http://www.nytimes.com/2007/06/17/magazine/17lootfarmers-t.html?_r=2&oref=slogin (18.12.2016).

53 Im Zusammenhang mit Amazons Mechanical Turk: Srube, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing – Wie Amazons Mechanical Turk funktioniert, in Benner, Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2014) 78 (83); Martin ua, Being a turker. Proceedings of the 17th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing (2014) 14, verfügbar unter <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=2531602> (18.12.2016)

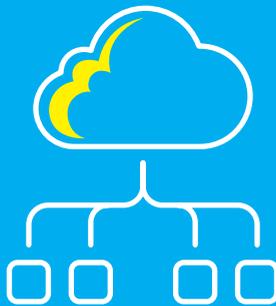
- › Andererseits geht es um die massive Abhängigkeit der CrowdworkerInnen von ihrer **digitalen Reputation** auf einer bestimmten Plattform. Dieses System versetzt die CrowdworkerInnen in einen Zustand permanenter Bewährung, der in seiner Intensität weit über jenen eines Arbeitsverhältnisses hinausgeht. Außerdem schränken sie die Mobilität gerade der aktiven und gut bewerteten CrowdworkerInnen ein, da sie diese Reputation nicht übertragen können und sich bei einem Plattformwechsel dort wieder hocharbeiten müssen. In Kombination damit, dass die attraktiveren und besser bezahlten Aufgaben in der Regel nur denjenigen angeboten werden, die die besten Bewertungen haben, ist ein Wechsel deshalb nicht tunlich. Eine weitere Tatsache, die die Verhandlungsposition der CrowdworkerInnen beeinträchtigt.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Wenngleich die Arbeit in der Gig-Economy in der Form von Crowdwork viele Gesichter hat, so lassen sich doch Grundmuster erkennen: Sie zeichnet sich dadurch aus, dass zwischen die LeistungserbringerInnen, die CrowdworkerInnen und die LeistungsempfängerInnen eine Crowdsourcing-Plattform geschaltet ist, die wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen und den Ablauf der Leistungserbringung nimmt. Wesentliche Elemente für das Funktionieren dieses Organisationsmodells von Arbeit sind die Größe und der Aktivierungsgrad der Crowd sowie Reputationsmechanismen für die CrowdworkerInnen. Diese stellen sicher, dass Crowdwork eine funktionierende Alternative zu einer Fixanstellung als ArbeitnehmerIn sein kann, was den Vorteil der Flexibilität und der Kostenersparnis für die LeistungsempfängerInnen hat. Damit gerät der Arbeitsvertrag, der der Angelpunkt des Schutzbereiches des Arbeitsrechts ist, als Form der Arbeitsleistungserbringung weiter unter Druck, da Crowdwork potenziell Arbeitsbedingungen ermöglicht, die unter diesem Schutzniveau liegen.

Die Ökonomie der Plattform

Strukturelle und empirische Befunde über die Plattform- branche und ihre PlayerInnen



Michael Heiling und Sylvia Kuba

Das Feld der plattformbasierten Arbeit ist ein unübersichtliches. Ihre wissenschaftliche Beschreibung und empirische Erfassung steht erst am Anfang. Die folgende Analyse versucht eine strukturelle Beschreibung jener PlayerInnen, die für plattformbasierte Arbeit entscheidend sind: der Plattformen selbst. Dazu wird geklärt, was überhaupt unter dem Begriff „Plattform“ verstanden werden kann und wie Plattformen, die Arbeit vermitteln, operieren. Dazu arbeiten die AutorInnen zentrale Gemeinsamkeiten heraus, stellen erste empirische Befunde dar und werfen einen Blick auf die ökonomische Performance, die Ausbreitung und die (EigentümerInnen-)Strukturen der Plattformbranche.

1. Rollen, Funktionen und Arten von Plattformen

Als der US-amerikanische Zukunftsforscher *Jeremy Rifkin* 2014 die „Sharing Economy“ voraussagte und für die Zukunft der Menschheit den „Umstieg von Eigentum auf Zugang“¹ propagierte, war wohl schon ein faktischer Diskurs über ebendiese vermeintliche Ökonomie des Teilens entbrannt. Plattformbasierte Unternehmen wie Uber/Lyft, AirBnB/Wimdu, Helpling/Book a Tiger – um nur einige prominentere Beispiele zu nennen – begannen rund um diese Jahre in Europa Fuß zu fassen. Theoretisch reicht der Begriff jedoch schon länger zurück. Bereits in den 1980er-Jahren verwendete der US-Ökonom *Martin Weitzman* in bestem Doppelsinn den Begriff „Share Economy“², der damals – vereinfacht gesagt – auf ein Wirtschaftsmodell abzielte, in dem flexible Löhne bezahlt werden. Eine Ökonomie also, in der Gewinn und Verlust zwischen Unternehmen und ArbeitnehmerInnen geteilt („to share“) werden und gleichzeitig die Unternehmensbeteiligung („Share“) maßgeblich für die Entlohnung ist.

Unternehmen wie die oben genannten wurden auch in der Debatte über die Digitalisierung der Wirtschaft und die Neuorganisation von Eigentum und Teilhabe im Rahmen der Sharing Economy als zentrale innovative Player identifiziert. Dabei entbrannte auch eine Begriffsdebatte über dieses neue Phänomen. Die Beschreibung als „**Ökonomie des Teilens**“ kann relativ eindeutig als **Euphemismus** oder zumindest als „**Begriffsunklarheit**“³ bewertet werden, da die beschriebenen Unternehmen nicht teilen⁴, sondern meist entgeltlich vermitteln oder vermieten. Wie diese Unternehmen, die mithilfe digitaler Technologien kurzfristig Anbietende von Gütern oder Dienstleistungen/Arbeitsleistungen mit Nachfragenden zusammenbringen – und dabei eine Reihe von Vorgaben machen (Preis, Zahlungsabwicklung, Ausgestaltung der einzelnen Verträge etc) –, korrekt bezeichnet werden können, war schnell Gegenstand einer Debatte.

Sowohl aus wissenschaftlicher Perspektive als auch aus institutionell-politischer Perspektive haben sich in dieser Debatte Bezeichnungen wie „**Plattformökonomie**“, „**Plattformkapitalismus**“⁵, „**Plattformzeitalter**“, „**Gig-Economy**“ für ein enger oder weiter gefasstes Gesamtphänomen und „Plattformen“ für die zentralen AkteurInnen dieser Entwicklung durchgesetzt.

Auch die **Europäische Kommission** benennt die „**Plattformen**“ als zentralen Umschlagplatz der von ihr sogenannten „**kollaborativen Wirtschaft**“⁷ und beschreibt sie als „*Mittler, die [...] Anbieter und Nutzer zusammenbringen und Transaktionen zwischen ihnen ermöglichen*“⁸. Damit definiert sie auch gleich zwei weitere Rollen, die für das grundsätzliche Funktionieren einer Plattform notwendig sind: AnbieterInnen und Nachfragende/NutzerInnen, wobei hier sowohl

1 *Rifkin*, Die Null-Grenzkosten-Gesellschaft. Das Internet der Dinge, kollaboratives Gemeingut und der Rückzug des Kapitalismus (2014) 37.

2 Vgl *Schumich*, Sharing Economy – Die Ökonomie des Teilens aus der Sicht von ArbeitnehmerInnen (2016) 17.

3 *Himpele*, Von der Share zur Fair Economy, Kurswechsel 2016/2, 23.

4 Vgl dazu etwa *Heiling/Kuba*, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2016/2, 13, oder *Eckhardt/Bardi*, The Sharing Economy isn't about Sharing at all, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all> (27.10.2016).

5 *Huus*, Platform labour – Sharing Economy or Virtual Wild West, Journal for a progressive economy 2016/1, 24–27.

6 *Evans/Gawer*, The Rise of the Platform Enterprise (2016) 4.

7 *Europäische Kommission*, Mitteilung zur Europäischen Agenda für kollaborative Wirtschaft, COM(2016) 356 final 3.

8 *Europäische Kommission*, COM(2016) 356 final 3.

Güter als auch Dienstleistungen angeboten werden können und die NutzerInnen sowohl KonsumentInnen als auch institutionelle AbnehmerInnen sein können.

Dieses Modell erscheint grundsätzlich nicht neu. Durch den Einsatz digitaler (Echtzeit-)Kommunikation aber wird eine ungleich größere Zahl an potenziellen AnbieterInnen und Nachfragenden/NutzerInnen rekrutiert oder wie es *Schweighofer* auf den Punkt bringt: „*Letztlich steht die gesamte Welt, die online ist, auf beiden Seiten des Marktes zur Verfügung*“⁹. Diese **Transaktionskostenverminderung** durch ein schier unendliches Potenzial an „*PlattformteilnehmerInnen*“ gepaart mit **Netzwerkeffekten** können als wesentliche Treiber der „*Plattformökonomie*“ identifiziert werden.¹⁰ Die Netzwerkeffekte und die dynamische Entwicklung können auch relativ schnell zu großen Marktvorteilen für einzelne Plattformen führen, die sich bereits größere relative Marktanteile angeeignet haben, denn: Warum sollte jemand auf der zweitgrößten Plattform anbieten, wenn er/sie *ceteris paribus* auf der größten anbieten kann?

1.1 Kategorisierungsansätze für Plattformen

Eine vermeintliche Innovation dieser Plattformen ist es, dass die AnbieterInnen nicht notwendigerweise Unternehmen sein müssen, sondern dass das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen (im zweiten Fall umschließt das auch das Anbieten der eigenen Arbeitskraft) von Privatpersonen ermöglicht wird. Die angebotenen Dienstleistungen oder Güter werden dann entweder von KonsumentInnen oder aber von gewerblichen AbnehmerInnen bezogen. Eine **klassische Einteilung** in „*business-to-customer/b2c*“, „*business-to-business/b2b*“ und „*peer-to-peer*“¹¹, wie sie bisweilen auch zur Einteilung von Plattformen vorgeschlagen wird, beschreibt zwar große Teile der Branche, **lässt** aber auch **Lücken offen**. Nicht zuletzt, weil auch Ein-Personen-Unternehmen formell als Unternehmen („*business*“) gelten, diese aber anderen ökonomischen Abhängigkeiten und Notwendigkeiten unterliegen als beispielsweise große Kapitalgesellschaften.

Aus arbeitsökonomischer und wohl auch arbeitsrechtlicher Perspektive macht es wohl eher Sinn, Plattformen nach der Kategorie der auf ihnen **dargebotenen Produkte (Güter oder Dienstleistungen)** einzuteilen, da im Fall von Dienstleistungsplattformen die Frage, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, von besonderem Interesse ist. Für die Beurteilung eines etwaigen Arbeitsentgeltes ist weiters von Bedeutung, ob zwischen den Beteiligten ein **monetärer Austausch** entsteht. *Leonhard Dobusch* schlägt in diesem Zusammenhang vor, zwischen „*marktlicher*“ und „*nicht-marktlicher Sharing-Economy*“¹² zu unterscheiden. Die Frage, ob eine Plattform „*marktlich*“ organisiert ist, lässt sich natürlich nicht ausschließlich durch das Vorhandensein eines Geldflusses zwischen Anbietenden und Nachfragenden beantworten. Für eine erste Orientierung ist dies jedoch hilfreich. Bei einer vertiefenden Analyse (dazu sogleich unten) ist dann auch die (Nicht-)Profitorientierung und die marktliche oder kollaborative Organisationsform der PlattformbetreiberInnen selbst relevant.

9 *Schweighofer*, Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitsmärkte, Wirtschaft und Gesellschaft 2016/2, 221.

10 *Schweighofer*, Wirtschaft und Gesellschaft 2016/2, 220 f.

11 Vgl etwa *Scholl et al*, Peer-to-Peer Sharing, Definition und Bestandsaufnahme (2015) 10 f.

12 *Leonhard Dobusch*, Stellungnahme zum Fragenkatalog für das öffentliche Fachgespräch „Ökonomische Aspekte der Digitalisierung“ des Ausschusses „Digitale Agenda“ des deutschen Bundestages (2014) 2.

Anhand der Kriterienpaare „**Monetärer Gegenfluss**“ – „**Kein Monetärer Gegenfluss**“ und „**Gut**“ – „**Dienstleistung**“ lassen sich Plattformen grob einteilen und für ein Forschungsinteresse aus arbeitswissenschaftlicher und arbeitsrechtlicher Perspektive klassifizieren. Selbstverständlich sind dabei alle vier Kombinationen möglich. Beispiele für Plattformen, auf denen Dienstleistungen organisiert werden und dabei zwischen Arbeitsleistenden und Konsumierenden/NutzerInnen eine monetäre Gegenleistung fließt, wären etwa die Reinigungsplattform Helpling, die Zustellplattform Foodora oder aber die Paketmitnahmeplattform CheckRobin. Dienstleistungen ohne monetäre Gegenleistung wären etwa auf der Nachbarschaftsplattform FragNebenan zu finden. Hier werden zwar Dienstleistungen vermittelt – wie etwa Handwerksleistungen oder Housesitting –, allerdings nicht gegen Entgelt. Vielmehr wird aufgrund der Zugehörigkeit zur Plattform eine mögliche nicht-monetäre Gegenleistung in der Zukunft erwartet. In diesem Fall wird also tatsächlich geteilt und getauscht. Wieder sei erwähnt, dass die „Marktlichkeit“ von Plattformen nicht ausschließlich durch den Geldfluss definiert wird, so wird auch die Plattform FragNebenan von einer grundsätzlich profitorientierten Kapitalgesellschaft betrieben.¹³

Auf Ebene der zeitlich begrenzten Verwendung von Gütern sind ebenfalls beide Ausprägungen denkbar. Tauschplattformen wie Foodsharing oder Fairleihen ermöglichen den entgeltfreien Austausch von Gütern, während die meisten bekannten Carsharing-Plattformen wie etwa ZipCar oder Car2Go eine direkte Bezahlung von Seiten der NutzerInnen verlangen.

Tabelle 1: Einteilungsraster für Plattformen

Monetärer Gegenfluss Art des Produkts	Ja	Nein
Gut	zB ZipCar, Car2Go	zB Foodsharing, Fairleihen
Dienstleistung	zB Helpling, Uber, Book a Tiger, Foodora, AirBnB, CheckRobin, Clickworker, Upwork	zB FragNebenan, Couchsurfing

Alle in den weiteren Beiträgen behandelten Plattformen sind **Dienstleistungsplattformen**, auf denen erbrachten Leistungen **monetäre Entlohnung** gegenübersteht, da diese für arbeitswissenschaftliche und arbeitsrechtliche Fragen besonders interessant sind. Denn es sind genau diese Plattformen, bei denen die Frage zu klären ist, „*ob der/die Dienst Leistende [...] als Arbeitnehmer angesehen werden kann*“¹⁴. Gleichwohl sollte aber nicht die Vielfalt und Diversität der Plattformbranche unterschlagen werden, die es wohl notwendig macht, verschiedene Plattformen in verschiedenen Bereichen je nach ihrer Ausrichtung und Beschaffenheit gesondert zu analysieren und auch dementsprechend diverse politische Ableitungen zu treffen. Plattformen können ohne Zweifel zu einem ressourcenschonenderen Umgang und besseren Zugang zu bestimmten Produkten und Dienstleistungen beitragen, sind aber auch ein sich divers und

¹³ Vgl Firmenbuch der Republik Österreich, FN 435271f.

¹⁴ Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, Soziales Recht – Sonderausgabe Juli 2016, 32.

dynamisch entwickelnder Geschäftszweig, in dem Innovationen nicht selten auf dem Umgang mit Arbeitsleistenden, ihren Arbeitsbedingungen und ihrer Entlohnung basieren.

1.2 Spezifika von Dienstleistungsplattformen

Schon dieser erste kurz getätigte Blick auf die Landschaft der Online-Plattformen zeigt, dass wir es mit einem **äußerst diversen Phänomen** zu tun haben. So divers aber die Branchen und Geschäftsmodelle sind, in und mit denen Plattformen operieren, so gibt es doch einige Elemente, die sich wiederfinden.

Die Europäische Kommission nennt in einer Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt Europa folgende besondere **Merkmale**, die Online-Plattformen gemeinsam haben¹⁵:

- › „Möglichkeit zur Schaffung und Gestaltung neuer und Übernahme klassischer Märkte sowie Schaffung neuer Beteiligungs- und Geschäftsformen durch **Sammlung, Verarbeitung und Aufbereitung großer Datenmengen**;
- › **Vielseitigkeit der Märkte** mit unterschiedlichen Möglichkeiten zur Kontrolle der direkten Interaktion zwischen Nutzergruppen;
- › **Nutzung von „Netzwerkeffekten“** in Fällen, in denen der Wert eines Dienstes mit wachsender Nutzerzahl steigt;
- › Nutzung von **Informations- und Kommunikationstechnologien** für den direkten und einfachen Zugang zu Nutzern;
- › Schlüsselrolle bei der digitalen Wertschöpfung durch **Erfassung großer Datenmengen, Erleichterung neuer Unternehmungen und Schaffung strategischer Abhängigkeiten.**“

Die **Plattform** agiert dabei zwischen AuftraggeberIn und NutzerIn. Über sie finden jene, die nach einem Gut/einer Dienstleistung suchen, und jene, die sie anbieten, zusammen. Die Plattform **bietet** dabei den **Zugang zur Crowd** (der Menge) und ordnet Aufgaben den Arbeitsleistenden zu.¹⁶ Darüber hinaus übernehmen Plattformen in unterschiedlichem Ausmaß auch folgende **weitere Aufgaben**: Anwerben von Arbeitsleistenden, Überprüfung von Qualifikationen der Arbeitsleistenden, Auswählen von Arbeitsleistenden, Festlegung der Art und teilweise der Höhe der Entlohnung (zB Wettbewerb, Fixpreis, zusammenarbeitsbasierte Ansätze), Serviceangebote für AuftraggeberInnen (zB Zerlegung von großen Arbeitsaufträgen in kleine Arbeitspakete, Beschreibung der Arbeitspakete), Abwicklung von Bewerbungsverfahren, Auswahl und Aggregation der Ergebnisse, Abwicklung von Bezahlung, Entwicklung und Zurverfügungstellung von Feedbackmechanismen, Kommunikation mit Arbeitsleistenden oder zuletzt die Entwicklung und Umsetzung von Sanktionierungsmechanismen.

Risak zeigt zwei Elemente auf, die als gemeinsames Ziel von Dienstleistungsplattformen identifiziert werden können: „Einerseits die Kosten für unproduktive Zeiten möglichst zu vermeiden und andererseits die volle Kontrolle durch die ArbeitgeberInnen über den Produktionsprozess aufrechtzuer-

.....
¹⁵ Europäische Kommission, Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt COM(2016) 288 final, 2 f.

¹⁶ Vgl. Leimeister/Zogaj/Blohm, Crowdwork – Digitale Wertschöpfung in der Wolke, in *Berner, Crowdwork – zurück in die Zukunft* (2015) 14 ff.

halten¹⁷. Dazu müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Damit immer genug ArbeitnehmerInnen zur Verfügung stehen, um die Erfüllung der eingehenden Aufträge zu gewährleisten, muss die **Menge potenzieller Arbeitsleistender groß** genug sein. Erst dann kann durch Konkurrenzdruck auch der Preis entsprechend niedrig gehalten werden. Zweitens sind **Ratingsysteme** integraler Bestandteil von Plattformen. Die **Kontrolle und Bewertung der Arbeitsleistenden** wird damit gleichzeitig an die PlattformkundInnen ausgelagert.¹⁸

Sind diese Voraussetzungen gegeben, ergeben sich spezifische Vorteile für AuftraggeberInnen/ Unternehmen: **Unproduktive Zeiten** werden **auf die Arbeitsleistenden ausgelagert**, die sich bei diesen als „unbezahlte Suchzeiten“ nach Arbeitsaufträgen niederschlagen, und so Kosten minimieren, während gleichzeitig Ratingsysteme eine **strenge Kontrolle der Arbeitenden** garantieren und so sicherstellen, dass sie bei der Bearbeitung des einzelnen Auftrages zugleich immer auch ihre zukünftigen Erwerbchancen im Auge haben.

Zusammengefasst werden diese Phänomene im Bereich der Dienstleistungen auch unter dem Begriff **Gig-Economy**, im Bereich von ortsgebundener Dienstleistungsarbeit auch als **Gigwork**¹⁹. Diese Begriffe beschreiben Arbeitsbeziehungen, die darauf beruhen, dass Arbeitsleistende von **Auftrag (Gig) zu Auftrag** beschäftigt werden, anstatt kontinuierliche Arbeitsverhältnisse einzugehen. Von *Gig* – was aus dem Englischen übersetzt so viel wie „Auftritt“ bedeutet – zu *Gig* lebten ursprünglich vor allem MusikerInnen. Für jeden *Gig* wird ein separater Auftrag mit einem quasi selbständigen Gegenüber geschlossen und separat bezahlt.²⁰ Die so auch im Dienstleistungsbereich **entstehende Auslagerung des Risikos von schlechten Auftragslagen für Unternehmen führt auf Seite der Arbeitsleistenden zu brüchigen Erwerbkarrieren**. Phasen der Beschäftigungslosigkeit sind in diesem Konzept quasi immanent – mit allen Konsequenzen für individuelle Einkommens- und Pensionsleistungen bzw eine höhere Gesamtbelastung der Institutionen der Arbeitslosenversicherung.

Eine strukturelle Analyse²¹ von in Österreich aktiven Plattformen zeigt darüber hinaus **folgende Gemeinsamkeiten**:

- (1) Die PlattformbetreiberInnen legen eine auffallende **Kreativität bei der Benennung von Personen zu Tage, die über die Plattform arbeiten** (zB „Professional“, „Helpling“, „Mitnehmer“ etc). Der Begriff „**ArbeitnehmerIn**“ oder „**ArbeiterIn**“ wird dagegen **durchgehend vermieden**.
- (2) Die Plattformen **verneinen durchgängig** ihre „**Auftraggebereigenschaft**“, in einigen Fällen sogar die „**Vermittlereigenschaft**“. Als **ArbeitgeberInnen** wollen sie sich keinesfalls sehen. Sie charakterisieren sich selbst als „**Marktplatz**“ oder „**Online-Vermittlungsportal**“. Im Widerspruch dazu wird auf einigen Plattformen durchaus mit von der Plattform vorgegebenen Fixpreisen bzw von der Plattform vorgegebenen fixen Entgelten geworben.

17 Risak, What's law got to do with it? (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2016/2, 33.

18 Vgl Risak, Kurswechsel 2016/2, 33.

19 Vgl Schmidt, Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork (2016) 5.

20 Vgl <http://whatis.techtarget.com/definition/gig-economy> (19.12.2016).

21 Vgl Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 20 f.

- (3) **Rankings und Ratings der Arbeitsleistung** sind integraler Bestandteil der Plattformen.
- (4) Auf **Fragen der sozialen Sicherheit** (Zuschläge für Wochenend- oder Feiertagsarbeit, Lohnfortzahlung, Versicherung) wird **nicht hingewiesen**, hier definieren viele Plattformen ihre Informationsverbreitungsrolle eher zurückhaltend.

1.3 Exkurs: Crowdwork als Sonderform der Plattformarbeit

Eine spezifische Form von plattformbasierter Arbeit ist das sogenannte „**Crowdwork**“ (wobei durchaus auch andere Begrifflichkeiten wie „*Crowdsourcing*“, „*Clickwork*“ oder „*Clouddarbeit*“ in Gebrauch sind). Dabei wird Arbeit nicht nur über die Plattform angeboten, sondern auch online verrichtet und abgeliefert. Die einzelnen Arbeitsleistenden in einer großen, meist anonymen Menge agieren hierbei als **Crowdworker** und „übernehmen kollektiv Aufgaben, die typischerweise von den Mitarbeitern innerhalb eines Unternehmens erledigt werden. Sie sind weltweit verteilt und zumeist nur über eine Internetplattform mit Kollegen und Arbeitgebern verbunden“²². Bei der **Online-Vermittlung** und auch der **Online-Durchführung von Arbeit nach dem Konzept des Crowdsourcings** geht es also um die „Auslagerung von betrieblichen Problemstellungen an eine Vielzahl a priori unbekannter unternehmensexterner Problemlöser“²³. Definitionen von Crowdwork umschließen (anders als bei den Begriffen **Gig-Economy** oder **Gigwork**) im Wesentlichen auch, dass die **Durchführung der Arbeitsleistung** in einem **digitalen, ortsungebundenen Kontext** passiert.²⁴

Als **Hauptbestandteile** des Crowdwork-Modells nennen *Leimeister et al*²⁵ den „**Auftraggeber**“ (meist ein Unternehmen, das eine Aufgabe nicht intern, sondern durch Externe erledigen will), die **Crowd** (eine Menschenmenge, die unterschiedlich definiert sein kann – etwa alle Personen mit Internetzugang, KundInnen oder jene, die auf einer bestimmten Plattform freigeschaltet sind) und den „**Prozess**“ (Art der Durchführung). Crowdsourcing (und in Analogie dazu Crowdwork) bezeichnet „die Auslagerung von bestimmten Aufgaben durch ein Unternehmen oder im Allgemeinen eine Institution an eine undefinierte Masse an Menschen mittels eines offenen Aufrufs, der zumeist über das Internet erfolgt“.²⁶

Bei der Form der Abwicklung kann grob zwischen **zwei Formen** unterschieden werden: Plattformen, bei denen große Arbeitsaufträge in viele kleine Aufgaben – sogenannte „**Microtasks**“ – zerlegt und von einer Vielzahl von CrowdworkerInnen erledigt werden. Diese werden nach der Erledigung wieder zu einem gemeinsamen „großen“ Arbeitsergebnis zusammengefügt. Die zweite Möglichkeit ist die **wettbewerbsbasierte Aufgabenvergabe**, bei der nur die von dem/der AuftraggeberIn als beste Lösung bewerteten Arbeitsergebnisse bezahlt werden.²⁷ Dies ist etwa im Kreativbereich gängige Praxis, da kreative Prozesse, wie etwa die Gestaltung eines Logos, schwerer in Einzelteile zerlegt werden können.

²² *Leimeister/Zogaj/Blohm*, in *Benner*, Crowdwork 13.

²³ *Keinz*, Auf den Schultern der Vielen, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 2015/1, 35.

²⁴ Vgl etwa *Eurofund*, New forms of employment (2015) 107.

²⁵ *Leimeister/Zogaj/Blohm*, in *Benner*, Crowdwork 15.

²⁶ *Leimeister/Zogaj/Blohm*, in *Benner*, Crowdwork 15.

²⁷ Vgl *Wärter*, Crowdwork (2016) 35 ff.

Bisweilen wird von einem **weiteren Verständnis von Crowdwork** ausgegangen, das sich mit unserer Definition von Plattformarbeit deckt, und vom Crowdwork im engeren Sinne oder virtuellem Crowdwork gesprochen (so insbesondere im Beitrag „Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?“).

2. Ausbreitung und Beschaffenheit der „Plattformbranche“

2.1 Erste Quantifizierungen des Phänomens

2.1.1 Daten zu Europa und einzelnen europäischen Staaten

Wie viele Menschen europaweit plattformbasiert arbeiten, kann bislang nicht seriös festgestellt werden. Ein Grund dafür ist der drastische Mangel an Transparenz in diesem Wirtschaftszweig (siehe dazu im Abschnitt „Herausforderungen bei der Analyse von Plattformunternehmen“). Mit der **immer stärker werdenden Wahrnehmbarkeit** von plattformvermittelter Arbeit und Geschäftsmodellen ist allerdings auch die Aufmerksamkeit von SoziologInnen und ÖkonomInnen für dieses Phänomen gestiegen. Nach und nach bringen Studien etwas Licht in das bisher noch wenig wissenschaftlich beleuchtete und unübersichtliche Feld der Plattformökonomie und die dort herrschenden Arbeitsbedingungen.

Die Europäische Kommission stellte im Sommer 2016 zur Größe des von ihr als „*kollaborative Wirtschaft*“ bezeichneten Phänomens fest, dass diese noch „*klein*“ sei, allerdings beachtliches Wachstumspotenzial aufweise. Der **Bruttoumsatz „kollaborativer Plattformen“** wird **für die Europäische Union** demnach für das Jahr **2015** auf **28 Milliarden Euro** geschätzt. In fünf Schlüsselbranchen der EU (Unterkunft, Personenbeförderung, haushaltsnahe Dienstleistungen, freiberufliche und technische Dienstleistungen sowie Schwarmfinanzierung) habe sich der **Umsatz** der kollaborativen Wirtschaft im Vergleich zum Vorjahr 2014 jedoch **fast verdoppelt**.²⁸ Auch eine Studie des Europäischen Parlaments sieht großes und rasches Wachstumspotenzial für diesen Wirtschaftszweig, in dem plattformbasierte Arbeit ein zentrales Element darstellt.²⁹

Inzwischen liegen auch die ersten Zahlen über die quantitative Verbreitung des Phänomens plattformbasierter Arbeit im europäischen Raum vor. Die erste umfassende Untersuchung stammt von *Ursula Huus* und *Simon Joyce* von der University of Hertfordshire³⁰ und untersucht die quantitative Verbreitung in Großbritannien. In einer Online-Befragung von über 2.200 Erwachsenen geben 21 % der Befragten an, schon einmal Arbeit über eine Plattform wie Upwork, Uber oder Handy (also sowohl **Crowdwork** als auch **Gigwork**) gesucht zu haben. 11 % waren laut eigenen Angaben dabei auch erfolgreich und haben innerhalb des letzten Jahres zumindest

.....
²⁸ Vgl. *Europäische Kommission*, COM(2016) 356 final 2.

²⁹ Vgl. *Gourdin*, The cost of non-Europe in the Sharing Economy, PE 558.777 (2016) 8, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf) (28.10.2016).

³⁰ Vgl. *Huus/Joyce*, Crowd Working Survey. Size of UK's 'Gig Economy' revealed for the first time, <http://www.feps-europe.eu/assets/a82bcd12-fb97-43a6-9346-24242695a183/crowd-working-survey.pdf> (25. 10.2016).

einmal über eine solche Plattform Arbeit verrichtet. Hochgerechnet auf die Gesamtbevölkerung Großbritanniens bedeute das, so die StudienautorInnen, dass in **Großbritannien** im Jahr 2015 bereits **fünf Millionen** Menschen wenigstens **einmal über eine Online-Plattform gearbeitet** haben. Die Zahl derer, die regelmäßig über Plattformen arbeiten, ist deutlich geringer: 3 % geben an, mindestens einmal wöchentlich bezahlte Arbeit über eine Online-Plattform zu verrichten.

Dabei stellt das Einkommen aus der Tätigkeit für die Plattform durchaus eine wichtige Einnahmequelle für die Befragten dar. Immerhin 5 % der PlattformarbeiterInnen geben an, dass das Einkommen aus der Tätigkeit für die Plattform ihr einziges Einkommen ist. Für 48 % macht es weniger als die Hälfte aus, für 24 % allerdings mehr als die Hälfte ihres gesamten Einkommens.

Derselben Methodik folgend wurde die Studie 2016 in Schweden, Deutschland, den Niederlanden und Österreich durchgeführt. In **Schweden** gaben 12 % der etwas mehr als 2.000 Befragten an, im letzten Jahr für eine Plattform gearbeitet zu haben – hochgerechnet auf die Gesamtbevölkerung Schwedens entspräche dies 737.000 Personen. 4 % der Befragten tun das laut Studie mindestens einmal pro Monat. 4 % geben an, dass das Einkommen aus der Tätigkeit über Plattformen ihr einziges Einkommen ist, 23 %, dass es mehr als die Hälfte ihres Einkommens ausmacht.³¹

Die Studie fördert **ähnliche Zahlen** in den **Niederlanden** zu Tage: 12 % der 2.125 Befragten geben an, im letzten Jahr über eine Plattform gearbeitet zu haben. 5 % zumindest monatlich, 3 % mindestens einmal die Woche³². Für 6 % der befragten PlattformarbeiterInnen stellt die Arbeit über die Plattform ihre einzige Einkommensquelle dar, 14 % erzielen so mehr als die Hälfte ihres Einkommens.

Eine Studie des Deutschen Ministeriums für Arbeit und Soziales zeigt darüber hinaus für **Deutschland**, dass **78 % der befragten CrowdworkerInnen ein monatliches Nettoeinkommen von unter 1.500 Euro** angeben, nur 5 % erzielen ein Gesamteinkommen von mehr als 3.000 Euro im Monat. Als niedrig erweist sich in der Studie vor allem die pro Auftrag erzielte Entlohnung. 65 % geben ein durchschnittliches Einkommen pro Auftrag von bis zu 1,99 Euro an, 16 % bis zu 3 Euro pro Auftrag. Das legt den Schluss nahe, dass es sich um viele sehr kleine Aufträge handelt, die hintereinander erledigt werden müssen, um auf ein annähernd akzeptables Einkommen zu kommen. Die CrowdworkerInnen scheinen dabei nicht nur viele verschiedene Aufträge abzuwickeln, sondern auch für mehrere verschiedene Plattformen zu arbeiten – dies gaben 33 % an.³³

Bei der Betrachtung der Größe des Phänomens darf nicht vergessen werden, einen Blick auf die Ränder des europäischen Arbeitsmarktes zu werfen, wo vergleichsweise geringe Einkommen eine viel höhere Kaufkraft haben. So arbeiten laut Financial Times für die Plattform Upwork rund 120.000 UkrainerInnen. Allein in den ersten drei Monaten des Jahres **2015** haben sich **16.000**

³¹ Huus/Joyce, Size of Sweden's 'Gig Economy' revealed for the first time, http://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/files/news/swedens_digital_economy.pdf (25. 10.2016).

³² Vgl. Huus/Joyce, New estimate of the size of Dutch Gig Economy, <http://www.feps-europe.eu/assets/778d57d9-4e48-45f0-b8f8-189da359dc2b/crowd-working-survey-netherlands-finalpdf.pdf>, (28.10.2016).

³³ Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Befragung zum sozioökonomischen Hintergrund und zu den Motiven von Crowdworkern (2016) 9 ff.

ukrainische FreelancerInnen bei Upwork neu registriert. 2014 flossen rund 61 Millionen US-Dollar an Honoraren an FreelancerInnen aus der Ukraine.³⁴

2.1.2 Daten zu Österreich

Die weiter oben angesprochene Untersuchung zu plattformbasierter Arbeit von *Ursula Huws* und *Simon Joyce* wurde 2016 auch in Österreich durchgeführt. Dafür wurden 2.003 Erwachsene zwischen 18 und 65 Jahren befragt³⁵. 18 % von diesen gaben an, bereits wenigstens einmal über eine Online-Plattform Arbeit gefunden und verrichtet zu haben. 5 % aller Befragten gaben an, **mindestens einmal wöchentlich bezahlte Arbeit über eine Online-Plattform** zu erledigen und 9 % mindestens einmal pro Monat.

Gefragt nach dem Anteil, den die Arbeit für die Plattform an ihrem Gesamteinkommen hat, ergibt sich folgendes Bild: 2 % geben an, dass dies ihr einziges Einkommen darstellt. 11 %, dass es sich um mehr als die Hälfte ihres Einkommens handelt, 59 %, dass es weniger als die Hälfte ausmacht. Generell ist das Einkommen der in der Studie identifizierten PlattformarbeiterInnen eher gering. Fast die Hälfte der in der Studie befragten PlattformarbeiterInnen gibt an, dass sie insgesamt (also nicht nur aus ihrer Tätigkeit für die Plattform) weniger als 18.000 Euro im Jahr verdient. 43 % geben an, ein Einkommen zwischen 18.000 Euro und 36.000 Euro zu erzielen, 6 % zwischen 36.000 Euro und 60.000 Euro und 3 % nennen ein Einkommen über 60.000 Euro jährlich.

Ein **Drittel** derer, die über Online-Plattformen Arbeit suchen, geben an, nach Tätigkeiten zu suchen, die sie **online von zu Hause aus** erledigen können – etwa über Plattformen wie Freelancer, Upwork oder Clickworker. Gleichzeitig gaben 20 % an, nach Arbeit zu suchen, die man offline erledigen muss – wie Reinigungsarbeiten oder HandwerkerInnentätigkeiten. Solche Tätigkeiten werden etwa über Taskrabbit, Book a Tiger oder Myhammer angeboten. 16 % gaben an, über Unternehmen wie Uber oder Blablacar nach Arbeit als FahrerIn zu suchen.

Danach gefragt, welche Tätigkeiten sie tatsächlich verrichten, zeigt sich, dass diese eine große Vielfalt aufweisen – von hochqualifizierten bis niedrigqualifizierten Arbeiten. Interessant ist, dass **74 %** der PlattformarbeiterInnen angeben, **Bürotätigkeiten, kleine Aufgaben** und „**Clickwork-Tätigkeiten**“ zu verrichten, die sie online erledigen. 62 % nennen kreative Arbeit oder IT-Tätigkeiten, 44 % persönliche Dienstleistungen.

Auch bei jenen, die ihre Arbeit offline verrichten (wo also lediglich die Organisation der Tätigkeiten durch Online-Plattformen erfolgt), gibt es eine große Varianz an Tätigkeiten. 51 % geben an, Tätigkeiten in den Häusern anderer zu verrichten (wie etwa bei Myhammer), 48 % Fahrtätigkeiten wie Uber, Checkrobin oder Blablacar.

.....
³⁴ Vgl. *Financial Times*, New world of work: digital marketplace reshapes casual labour, <https://next.ft.com/content/6a23a27c-3500-11e5-b05b-b01debd57852> (06.08.2016)

³⁵ Vgl. *Huws/Joyce*, Österreichs Crowdworkszene, Wie geht es Menschen, die über Online-Plattformen arbeiten? (2016), 3, verfügbar unter https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/digitalerwandel/Oesterreichs_Crowdworkszene_2016.pdf (21.09.2016).

2.2 Wer sind die CrowdworkerInnen?

Durchgehend kommen Untersuchungen über PlattformarbeiterInnen zu dem Schluss, dass sie **im Schnitt eher jünger** sind als der Schnitt der Beschäftigten. Das gilt auch für die aktuelle Erhebung in Österreich. Demnach ist jeder/jede Fünfte zwischen 18 und 24 Jahre alt. 23 % zwischen 25 und 34 Jahre und nur 13 % zwischen 55 und 65 Jahren.³⁶ Eine Studie des Deutschen Ministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) zeigt darüber hinaus für Deutschland, dass CrowdworkerInnen überdurchschnittlich oft ledig (76 %) sind.³⁷

Während die österreichische Erhebung zeigt, dass nur 11 % jener, die tatsächlich Plattformarbeit durchführen, in Ausbildung sind – bei jenen, die es wöchentlich tun, sind es 13 % –, zeigt die Untersuchung des deutschen BMAS, dass ein eher hoher Anteil (31 %) noch in Ausbildung ist oder nebenberuflich (rund 39 %) über die Plattform arbeitet.

Unterschiedliche Untersuchungen aus den USA und Europa zeigen ein **relatives Gleichgewicht zwischen der Anzahl von Männern und Frauen**, die Crowdarbeit verrichten. Interessant ist eine Studie der International Labour Organization (ILO), die eben dieses Gleichgewicht ebenfalls für die amerikanischen CrowdworkerInnen der Plattform AMT zeigt, nicht jedoch für jene aus Indien. Dort gibt es einen eindeutigen Männerüberhang von 69 %.³⁸

3. Wer sind die PlattformbetreiberInnen?

Neben der Frage wie und unter welchen Bedingungen wirtschaftliche Beziehungen abgewickelt werden, ist vor allem auch die Frage interessant, wer eigentlich wirtschaftlich über die Plattformen verfügt. Einerseits, weil den EigentümerInnen eine **regulatorische Funktion** zukommt, da sie die in letzter Konsequenz oftmals „*einseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Gunsten der Plattform*“³⁹ festsetzen, sie die „*Inhaber der geistigen Eigentumsrechte und Entscheider über Zugangs- und Nutzungsrechte sind*“⁴⁰. Andererseits aber auch, weil eine Analyse der EigentümerInnen der Plattform Auskunft über ihre **wirtschaftlichen Interessen** geben kann, die letztlich für die Ausgestaltung der oben angesprochenen Geschäftsbedingungen, Zugangs- und Nutzungsrechte entscheidend sind. Grundsätzlich erscheint es selbstverständlich mehr als denkbar, dass sowohl öffentliche Einrichtungen, profitorientierte Unternehmen oder auch Non-Profit-Organisationen Plattformen betreiben. Für den Non-Profit-Sektor gibt es auch eine Reihe von Beispielen. So etwa wird die Plattform Foodsharing von einem eingetragenen Verein betrieben. Auch im Bereich des kollaborativen Nutzens von Kraftfahrzeugen (Carsharing) lassen sich – insbesondere lokal und kommunal – neben gewinnorientierten Modellen eine

36 Huus/Joyce, Österreichs Crowdworkszene 5.

37 Vgl. BMAS, Befragung zum sozioökonomischen Hintergrund und zu den Motiven von Crowdworkern 4.

38 Berg, Income Security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of Crowdworkers (2015) 5, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf (19.12.2016).

39 Risak, Kurswechsel 2016/2, 34.

40 Van Alstynel/Parker/Choudary, Plattform statt Pipeline, Harvard Business Manager (Juni 2016) 24.

Reihe von Vereinen finden, die Plattformen betreiben. Unsere Vorarbeiten lassen aber auch den Schluss zu, dass diese Diversität eher bei Plattformen vorherrscht, auf denen Güter geteilt, getauscht oder verkauft werden. **Dienstleistungsplattformen** hingegen werden **überwiegend von Kapitalgesellschaften betrieben**⁴¹, mehr noch: Es zeigt sich, dass „*das Bild von oft sehr kapitalstarken EigentümerInnen oder RisikokapitalgeberInnen zu Tage*“⁴² gefördert wird. Die PlattformteilnehmerInnen, die Anbietenden/Arbeitenden und die NutzerInnen treffen somit in einer beträchtlichen Fallzahl nicht auf einem freien, unregulierten Markt zusammen, sondern innerhalb eines regulierten (oftmals einseitig änderbaren) Rahmens von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Diese AGB werden wiederum von privaten RegulatorInnen (PlattformbetreiberInnen) festgesetzt, die den Markt nicht im Sinne allgemeiner wirtschaftspolitischer Zielsetzungen oder gar aus einer Schutzperspektive für ArbeitnehmerInnen und/oder KonsumentInnen regulieren, sondern originär aus der Perspektive von eigentümergeorientierten (Risiko-)Kapitalgesellschaften. Diese Regulationsrolle geht nicht selten soweit, dass sogar die Preisbildung in den AGB geregelt ist – was der regelmäßigen Selbstdarstellung als freier Marktplatz massiv widerspricht.

Ein **Beispiel** für eine risikokapitalorientierte Betreiberin bzw Eigentümerin von Dienstleistungsplattformen ist etwa die **Rocket Internet SE** mit Sitz in **Berlin**. 2014 gab das börsennotierte Unternehmen an, ein Gesamtbeteiligungsportfolio im Wert von 3,1 Milliarden Euro⁴³ zu besitzen. In diesem Portfolio befanden sich neben einer Reihe an Online-Versandhandelshäusern, Reisesuchmaschinen und FinTechs (wie etwa der Kreditplattform Lendico) auch die Zustellplattformen foodpanda (angegebener Marktwert: 249,5 Millionen Euro⁴⁴), DeliveryHero und später auch Foodora, die Reinigungsplattform Helpling (angegebener Marktwert: 99 Millionen Euro)⁴⁵ und die Zimmervermietungsplattform Wimdu (angegebener Marktwert: 94,5 Millionen Euro)⁴⁶. Teilaktionär und strategischer Partner von Rocket Internet ist wiederum *Holtzbrinck Ventures*⁴⁷, ein Venture-Capital-Unternehmen, das unter anderem laut eigenen Angaben auch in die Haushaltshilfenplattform Betreut.de und die Handwerksdienstleistungsplattform Myhammer investiert.⁴⁸

Plattformen, auf denen entgeltlich Dienstleistungen – und somit menschliche Arbeit – verrichtet werden, sind also nicht nur aus arbeitswissenschaftlicher Perspektive, sondern offensichtlich **auch für den Kapitalmarkt und InvestorInnen besonders interessant**. Insofern kann auch im Jahr 2017 die eingangs erläuterte **Doppelbödigkeit des Begriffs Share Economy** (im Sinne von „to share“ = tauschen und im Sinne von „Share“ = Unternehmensbeteiligung) durchaus angewandt werden.

41 Vgl etwa *Heiling/Schumich*, Zwischen Marktaufteilung & Machtverteilung. Entwurf einer Landkarte für die Sharing Economy (2016) 12.

42 *Heiling/Kuba*, Kurswechsel 2016/2, 20 f.

43 Vgl *Rocket Internet SE*, Annual Report 2014, 4, <https://www.rocket-internet.com/sites/default/files/investors/Rocket%20Annual%20Report%202014.pdf> (19.12.2016).

44 Vgl *Rocket Internet SE*, Annual Report 2014, 74.

45 Vgl *Rocket Internet SE*, Annual Report 2014, 82.

46 Vgl *Rocket Internet SE*, Annual Report 2014, 80.

47 Vgl *Rocket Internet SE*, Annual Report 2014, 146.

48 Vgl *HV Holtzbrinck Ventures Adviser GmbH*, <http://www.holtzbrinck-ventures.com/portfolio/> (16.11.2016).

4. Herausforderungen bei der Analyse von Plattformunternehmen

In den weiteren Beiträgen werden die Reinigungsdienstleistungen von Book a Tiger, die Fahrtendienstleistungen von Uber, die Zustelldienste von Foodora sowie die Crowdworking-Plattform Clickworker aus juristischer Perspektive genauer behandelt. Zu den **Betreiberunternehmen werden im Firmenbuch der Republik Österreich bzw im Bundesanzeiger-Verlag die folgenden Daten** dargelegt:

	BOOK A TIGER Austria GmbH	Clickworker GmbH	Uber Austria GmbH	Foodora (Volo DS XXXVI 9 GmbH)
EigentümerIn	BAT Household Services GmbH, Deutschland, (100 %)	Wecken & Cie Kommanditgesellschaft, Basel, Schweiz (51,12 %) Venturecapital.de VC GmbH&Co KG, Frankfurt (11,8 %) Weitere natürliche und juristische Personen	UBER International Holding BV, Niederlande (100 %)	Digital Services XXXVI 9 S.C.Sp., Luxemburg (100 %)
Firmensitz	Wien	Essen	Wien	Wien
Beschäftigte	2014: keine	2014: Keine Angabe	2014: 3	2015: 54
Umsatz	Keine Angabe (nicht offenlegungspflichtig)	Keine Angabe (nicht offenlegungspflichtig)	Keine Angabe (nicht offenlegungspflichtig)	Keine Angabe (nicht offenlegungspflichtig)
Bilanzsumme	2014: 17.146,93 Euro	2014: 726.437,84 Euro	2014: 763.467,41 Euro	2015: 618.649,87 Euro
Gewinn / Jahresüberschuss	Keine Angabe	Jahresverlust 2014: 1,04 Millionen Euro Jahresergebnis der 100%igen Beteiligung an der clickworker.com, Inc mit Sitz in Delaware, USA: 212.787 USD	Keine Angabe	Keine Angabe
Geschäftszweig	Vermittlung von Haushaltsarbeitskräften, insbesondere über das Internet; Handel mit Waren aller Art	Keine Angabe im deutschen Bundesanzeiger	Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnologie	Entwicklung, Vermarktung und der Betrieb einer Online-Plattform

Wie die obige tabellarische Darstellung der in den weiteren Beiträgen behandelten Plattformen zeigt, geben die **Daten über die PlattformbetreiberInnen relativ wenig Auskunft** über die tatsächliche ökonomische Größenordnung, Gewinne, Umsätze und Beschäftigungseffekte, die von den Plattformen ausgelöst werden. Die ausgewiesenen Zahlen erscheinen überdies eher gering. Auch dann, wenn österreichische Kapitalgesellschaften die Plattformen betreiben, sind die Daten, die das Firmenbuch der Republik Österreich preisgibt, wenig befriedigend. Ein prominentes weiteres Beispiel wären hier etwa AirBnB, das seit 2014 nicht mehr offiziell in Österreich

vertreten ist, zuvor aber in Österreich nur zwei Beschäftigte und ein Gesamtvermögen von lediglich 102.000 Euro aufwies.⁴⁹ Gleichzeitig hatte die Plattform 2014 aber zumindest 3.400 Wohnungen alleine in Wien im Angebot.⁵⁰

Dies liegt jedoch nicht an der Beschaffenheit der einzelnen Unternehmen, sondern vielmehr am „Unternehmensmodell Plattform“. Wie bereits dargestellt, werden eine Reihe von Plattformen – obwohl es natürlich auch die Möglichkeit einer kollaborativen Organisation gibt – von Kapitalgesellschaften betrieben. Für Österreich ist für Kapitalgesellschaften in § 277 Unternehmensgesetzbuch⁵¹ (UGB) grundsätzlich normiert, dass **geprüfte Jahresabschlüsse** von den gesetzlichen VertreterInnen „*spätestens neun Monate nach dem Bilanzstichtag, mit dem Bestätigungsvermerk beim Firmenbuchgericht des Sitzes der Kapitalgesellschaft einzureichen*“ und somit offenzulegen sind. § 278 UGB sieht jedoch Erleichterungen von dieser Form für „**kleine Gesellschaften**“ und „**Kleinstgesellschaften**“ vor. Hier müssen lediglich die Bilanz und der Anhang, nicht jedoch die Gewinn- und Verlustrechnung offengelegt werden, die wiederum Auskunft über Umsätze, Gewinne und somit den Unternehmenserfolg und dessen Geschäftsmodell geben könnte.

Für die Beurteilung, welche Größenklasse für eine Kapitalgesellschaft relevant ist – und ob es sich somit um eine „kleine Gesellschaft“ oder eine „Kleinstgesellschaft“ handelt, werden gemäß § 221 UGB die folgenden **drei Kriterien** herangezogen:

1. Die **Bilanzsumme**, also die Summe des in der jeweiligen Kapitalgesellschaft vorhandenen Vermögens bzw Kapitals,
2. die **Umsatzerlöse** in den zwölf Monaten vor dem Bilanzstichtag sowie
3. die **Anzahl der ArbeitnehmerInnen** im Jahresdurchschnitt.

Bei allen drei Kriterien erscheint es nachvollziehbar, dass Plattformen – bei gegebenem ökonomischen Erfolg – geringere Zahlen aufweisen als Unternehmen der jeweiligen Branche, mit der sie konkurrieren (zB etwa Personenbeförderung oder Reinigung).

So wird zB der Plattform Uber regelmäßig zugeschrieben, dass sie keinen Fuhrpark besitzt. Die zur Erstellung der Leistung notwendigen **Betriebsmittel** (Immobilien bei AirBnB, Autos bei Uber oder CheckRobin, Fahrräder bei den Zustellplattformen Deliveroo⁵² oder Foodora⁵³) werden von den Arbeitenden bzw den AnbieterInnen der Dienstleistung selbst oder aber von den NutzerInnen/KonsumentInnen (wie im Falle der Reinigungsplattform Helpling⁵⁴) eingebracht. Unabhängig von der Wertigkeit der zugrunde gelegten Betriebsvermögen reduziert dies *ceteris paribus* gegenüber konventionellen AnbieterInnen das Gesamtvermögen und somit die Bilanzsumme.

⁴⁹ Vgl Firmenbuch der Republik Österreich, FN 372771v.

⁵⁰ Vgl *Bartik/Lutter/Antalovsky*, The Big Transformers. Sharing und On-Demand-Economy auf dem Vormarsch (2015) 19.

⁵¹ Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB) dRGrB1 S219/1897 idF BGBl I 43/2016.

⁵² Vgl etwa Unicum Karrierezentrum, <http://karriere.unicum.de/job/deliveroo-sucht-kurierfahrer-mit-fahrrad-scooter-und-auto> (12.08.2016).

⁵³ Vgl etwa Foodora, <https://www.foodora.at/contents/jobs#op-83293-kurier-in-wien> (12.08.2016).

⁵⁴ Vgl Helpling, <https://help.helpling.com/customer/de/portal/articles/2234965-welche-reinigungsmittel-m%C3%BCssen-bereitgestellt-werden-> (12.08.2016).

Ebenso legen Plattformen Wert darauf, dass die den NutzerInnen angebotenen Dienstleistungen von „Privaten“, Selbständigen oder Partnerunternehmen durchgeführt werden⁵⁵, wodurch die **Arbeitsleistenden nicht als ArbeitnehmerInnen** aufscheinen.

Nicht zuletzt werden auch die für die jeweilige Leistung zu verrechnenden Gesamtumsätze zwischen den NutzerInnen/KonsumentInnen und Arbeitsleistenden/AnbieterInnen anfallen, während der **Umsatz der Plattform** nur aus einem Anteil besteht, der sich als Provision, „Vermittlungsgebühr“⁵⁶ (im Falle der Mitnahmeplattform CheckRobin) oder als „Nutzungsgebühr“⁵⁷ (wie etwa im Falle der Handwerksplattform Myhammer) versteht.

Bei gegebenem Transaktionsvolumen weisen PlattformbetreiberInnen somit in allen drei für das UGB relevanten Kriterien geringere Werte aus als konventionelle Unternehmen in vergleichbaren Branchen und fallen somit regelmäßig unter jene Grenzen, die von der Gesetzgebung als Relevanzgrößen für die Offenlegungsverpflichtungen einer Kapitalgesellschaft herangezogen werden, obwohl Unternehmen wie AirBnB oder Uber die kommunale Politik durchaus beschäftigen. Die Intransparenz erscheint somit der Struktur der Plattform immanent bzw erscheinen die für Kapitalgesellschaften anzuwendenden Größen- und Einordnungskriterien für die Plattformbranche als unpassend.

5. Conclusio

Im Rahmen der **relativ jungen und noch ziemlich unbeschriebenen Ökonomie der Plattformen** sind eine **Vielzahl an unterschiedlichen Geschäftsmodellen und auch kollaborativen Modellen** denkbar. Aus arbeitswissenschaftlicher und auch arbeitsrechtlicher Sicht sind jene Modelle **besonders interessant, bei denen menschliche Arbeit eingebracht wird und bei denen diese auch durch eine (monetäre) Gegenleistung abgegolten wird**, da hier Fragen des Arbeitsverhältnisses, der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgeltes analysiert werden können. Insofern sollen auch die einzelnen AkteurInnen der *Share Economy* bzw der Plattformökonomie besonders dahingehend analysiert werden, ob im jeweiligen Geschäftsmodell Dienstleistungen und somit menschliche Arbeit geleistet werden.

Es zeigt sich nämlich, dass genau diese Art der Plattform häufig in Form einer **Kapitalgesellschaft** betrieben wird, ökonomisch also tendenziell in der Sphäre der **Gewerbsmäßigkeit** und der **Profitorientierung** zu verorten ist. Diese Herangehensweise soll keinesfalls die große Diversität der verschiedenen Plattformmodelle schmälern. Je größer jedoch der Bereich profitorientiert „vermittelter“ menschlicher Arbeit über Plattformen ist, desto relevanter werden neben arbeits(rechts)wissenschaftlichen Problemen auch regulatorische (sozialversicherungs-, steuer- und gewerberechtliche) **Fragestellungen**.

Wie mittlerweile erste Forschungsarbeiten zeigen, ist das **Phänomen plattformbasierter Arbeit in Europa** nunmehr **sichtbar existent**. Die Gruppe jener Personen, die Arbeit über Online-

55 Vgl. Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 20.

56 Vgl. Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 16.

57 Vgl. Heiling/Kuba, Kurswechsel 2016/2, 19.

Plattformen verrichten, ist bereits wissenschaftlich beschrieben. Sie unterscheidet sich in einigen demografischen Merkmalen von der Gesamtheit der Arbeitenden. Auch wenn die Situationen und Arbeitsbedingungen auf den einzelnen Plattformen stark differieren, können für diese Gruppe trotzdem **spezifische „typische“ Bedürfnisse und Probleme** identifiziert werden.

Fragen von **fairen Arbeitsbedingungen**, der Möglichkeit **betrieblicher Mitbestimmung**, **fairer Entlohnung** und der **gerechten Verteilung von Produktivitätsgewinnen** (etwa durch den Beitrag der Plattformunternehmen zum Steuerhaushalt und zu sozialen Sicherungssystemen) durch den technischen Fortschritt werden unumgänglich diskutiert werden müssen. Unabhängig von der ideologischen Herangehensweise an diese Fragestellungen benötigt es jedenfalls aber **stärkere Evidenz und Transparenz** über die Beschaffenheit dieses noch jungen Sektors und nicht zuletzt über die Geschäftsmodelle und -praktiken der Plattformunternehmen. Insbesondere die Daten, die die Plattformunternehmen im Rahmen ihrer unternehmensrechtlichen Veröffentlichungspflichten publizieren, erscheinen derzeit noch unbefriedigend und immanent unzureichend. Eine **Verbreiterung der Datengrundlage durch umfangreichere Transparenz und Publizität** der (gewinnorientierten) Plattformen wäre für evidenzbasierte Debatten und Politik hilfreich.

(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy



Martin Risak

Die Gig-Economy beruht nicht unwesentlich auf der Annahme, dass die im Rahmen dieser Arbeitenden Selbständige und nicht ArbeitnehmerInnen seien. Würde das stimmen, so bestünde kein arbeitsrechtlicher Schutz (insbesondere kein kollektivvertraglicher Mindestlohn, keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, kein Urlaub und auch kein Kündigungsschutz). Ist dem aber tatsächlich so?

1. Ausgangsbasis

Aus rechtlicher Sicht kann der Austausch von Arbeitsleistungen gegen Entgelt idealtypisch einerseits als Beziehung zwischen zwei einander gleichrangig gegenüberstehenden selbstbestimmten Subjekten erfolgen; dann schließen **Selbständige** untereinander bzw Selbständige und KundInnen/KonsumentInnen miteinander Verträge ab. Andererseits kann aber auch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung vorliegen, dh dass eine Person in die Hierarchie der anderen eingegliedert wird.¹ Dies führt zu einem **Arbeitsverhältnis**, wobei seit spätestens den 1990er-Jahren der in Beitrag „Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?“ beschriebene Trend zu beobachten ist: Unter Fortbestehen des hierarchischen Verhältnisses soll dessen Flexibilität durch Formen atypischer Beschäftigung wie insbesondere der Leiharbeit, Teilzeit- und befristeter Beschäftigung erhöht werden.² Crowdwork geht nun, wie in Beitrag „Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?“ beschrieben, noch einen Schritt weiter, um einerseits die Kosten für „unproduktive“ Zeiten möglichst zu vermeiden und andererseits aber weiterhin die volle Kontrolle über den Produktionsprozess aufrecht zu erhalten. Einzelne Tätigkeiten werden dabei einer größeren Anzahl von Personen, eben der Crowd, über eine Intermediärin, die Crowdsourcing-Plattform, angeboten. Die CrowdworkerInnen können sich dann jeweils im Einzelfall entscheiden, ob sie diese Aufgaben bearbeiten wollen und werden dann bei positiver Abnahme pro Aufgabe bezahlt.³

2. Arbeitsrecht für CrowdworkerInnen?

Die Kernfrage in diesem Zusammenhang ist, ob Arbeitsrecht auf CrowdworkerInnen zur Anwendung kommt. Dies würde nicht nur bewirken, dass die entsprechenden Schutznormen greifen, sondern hätte auch darüber hinausgehende Konsequenzen: Dann wäre das Betriebsverfassungsrecht für CrowdworkerInnen anwendbar und würden diese vom Betriebsrat vertreten (dazu Beitrag „Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie“). Und die Rechtswahl wäre nur eingeschränkt möglich, außerdem würden zusätzliche Gerichtsstände greifen (dazu Beitrag „Crowdwork mit Auslandsbezug“). CrowdworkerInnen könnten sich auf die Koalitionsfreiheit berufen, sich in Interessenvertretungen zusammenschließen und ihre Entgelt- und sonstigen Arbeitsbedingungen kollektiv verhandeln (dazu Abschnitt „Kollektive Rechtssetzung in der Gig-Economy“ und Beitrag „Gewerkschaftliche Organisationsstrategien und alternative Kampfmaßnahmen“).

Für die Frage der **Anwendung des Arbeitsrechts** kommt es bekanntlich wesentlich auf die Grenzziehung zwischen fremdbestimmten ArbeitnehmerInnen und selbständigen LeistungserbringerInnen an. Damit sollen die wirklich schutzbedürftigen Personen von denen abgegrenzt werden, für die der Schutz nicht notwendig ist, da sie ihre Interessen ausreichend selbst wahren

¹ *Rebhahn* in ZellKomm² (2014) § 1151 ABGB Rz 1.

² *Risak*, What's law got to do with it? (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2/2016, 32 (33); siehe dazu auch *Pacic*, Atypische Beschäftigung: Rechtsfragen jenseits der Normalarbeit (2016).

³ *Leimeister/Zogaj/Blohm*, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in *Benner*, Crowdwork – zurück in die Zukunft (2015) 9 (15); *Strube*, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing, in *Benner*, Crowdwork – zurück in die Zukunft (2015) 75.

und durchsetzen können. Zu dieser Abgrenzung wird in der österreichischen Rechtsordnung jedoch nicht auf das tatsächlich vorliegende Kräfteungleichgewicht abgestellt, sondern auf ein anderes, praktikableres Kriterium, nämlich auf die auf die Art der Leistungserbringung abstellende „persönliche Abhängigkeit“. Es geht dabei um die Aufgabe der Gestaltungsfreiheit der Arbeitenden bei Erbringung der Dienstleistung durch die Einordnung in eine fremde Organisation und die Unterwerfung unter die auch das persönliche Verhalten bei der Arbeit betreffenden Weisungen ihrer ArbeitgeberInnen.⁴

Das Arbeitsrecht geht dabei von einer **zweipersonalen Beziehung** aus: Ein/Eine ArbeitgeberIn schließt mit einem/einer ArbeitnehmerIn einen Arbeitsvertrag ab. Beim Crowdsourcing von Arbeit sind jedoch zumindest drei Personen beteiligt (CrowdsourcerIn, Plattform und CrowdworkerIn). Damit ist als Vorfrage zu klären, wer eigentlich die VertragspartnerInnen sind und in einem zweiten Schritt dann, welcher Vertrag zwischen den beiden Parteien abgeschlossen wurde. Damit sind nach der herkömmlichen Analyseverfahren die komplexen Vertragsgeflechte in der Gig-Economy in einzelne zweipersonale Verträge aufzudröseln und es ist für jeden einzelnen Vertrag zu prüfen, welcher Vertragstyp vorliegt.

Dabei wird sich zeigen, dass diese atomisierten Vertragsverhältnisse die Lebensrealität und wirtschaftliche Situation der CrowdworkerInnen nur bedingt widerspiegeln. Die Verträge jeweils einzeln zu prüfen ohne deren Verwobenheit, für die die Plattformen eine prägende Rolle spielen, ist nämlich ähnlich untauglich wie einen Pullover nur auf Basis der einzelnen Fäden zu beschreiben, ohne das Strickmuster in die Betrachtung miteinzubeziehen. Die herkömmliche Betrachtungsweise ignoriert somit die Komplexität von Mehrparteienverhältnissen, indem sie die rechtliche Analyse auf die ihnen zugrunde liegenden zweipersonalen Verträge reduziert und damit den weiteren Kontext und die ökonomischen Effekte des plattformbasierten Arbeitens ausblendet. Damit wird der Schutzbereich des Arbeitsrechts bisweilen beliebig und kann durch mehr oder weniger originelle Vertragskonstruktionen unter Umständen sogar geschickt vermieden werden. Beim Crowdwork besteht wegen der Aufteilung der einzelnen Rollen bei der Leistungserbringung auf Plattformen und CrowdsourcerInnen das reale Risiko, dass am Ende keines der ihm zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse als Arbeitsvertrag qualifiziert wird und die CrowdworkerInnen trotz Schutzbedürftigkeit ohne Schutz bleiben. Eine alternative Betrachtungsweise, der das funktionale Konzept des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin von *Prassl*⁵ zugrunde liegt, könnte dieser Gefahr wirkungsvoll begegnen (dazu Abschnitt „Wer ist ArbeitgeberIn?“).

Diese Einsicht, dass mehrpersonale Konstellationen bei der Arbeitsleistungserbringung Probleme aufwerfen, ist freilich nicht unbedingt neu. Schon im Zusammenhang mit der **Arbeitskräfteüberlassung** hat sich gezeigt, dass die herkömmliche Analyse, die nur zweipersonale Verhältnisse betrachtet, zu keinen befriedigenden Ergebnissen führt und dass hier letztlich die Gesetzgebung durch die Schaffung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) reagiert hat. Dort werden über die vertraglichen ArbeitgeberInnen (die ÜberlasserInnen) hinaus Verpflichtungen auch jenen Personen auferlegt, die letztlich von den Früchten der Arbeit der überlassenen Arbeitskräfte

4 So zB *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016) Rz 43.

5 *The Concept of the Employer* (2015).

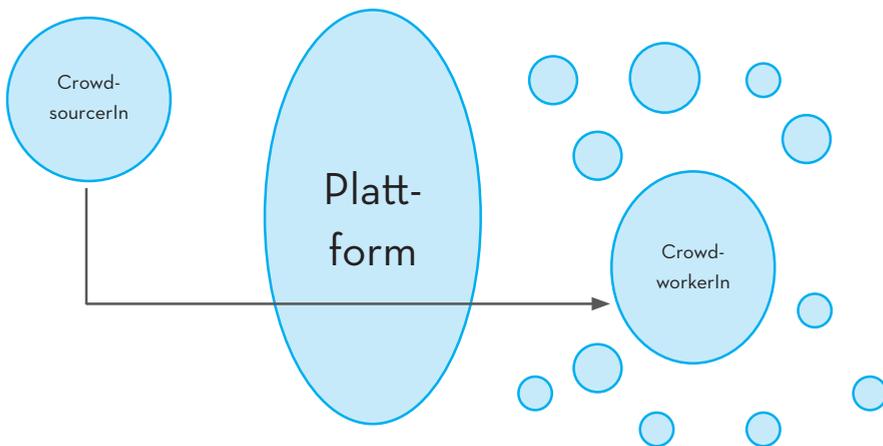
unmittelbar profitieren (die BeschäftigterInnen). Solange es jedoch an einer derartigen Regelung fehlt⁶, müssen Schutzdefizite jedoch mit dem zur Verfügung stehenden Rechtsmaterial gelöst werden.

3. Die herkömmliche Betrachtungsweise: Auf der Suche nach VertragspartnerInnen und Vertragstypen

In diesem Unterkapitel wird nun im Sinne der herkömmlichen Betrachtungsweise auf die möglichen (zweipersonalen) Vertragsverhältnisse eingegangen, die dem *Crowdsourcing* von Arbeit zugrunde liegen können.⁷ Dabei ist vorweg festzuhalten, dass die Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie sehr unterschiedlich sind und ihre Organisation in Details sehr variiert, wie die Fallbeispiele zum Crowdwork in den folgenden Beiträgen zeigen. In diesem Beitrag werden deshalb nur Grundfragen angesprochen, die dann in den Anwendungsbeispielen im Detail für die jeweiligen Sachverhaltskonstellationen beantwortet werden.

3.1 Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerInnen und CrowdsourcerInnen

Abbildung 1: Vertragsbeziehung zwischen CrowdworkerIn und CrowdsourcerIn



Quelle: eigene Darstellung

6 Es überrascht daher nicht, dass *Prassl* (Concept of the Employer 42 ff) sein funktionales ArbeitgeberInnenkonzept insbesondere auch für die im Vereinigten Königreich nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Arbeitskräfteüberlassung entwickelt hat.
7 Ausführlich *Risak*, Crowdwork – eine erste rechtliche Annäherung an eine „neue“ Arbeitsform, ZAS 2015, 11 (13).

Die erste Frage in diesem Zusammenhang ist jene nach der Existenz einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen den CrowdsourcerInnen und den einzelnen CrowdworkerInnen. Bei einigen Modellen gibt es keinen solchen direkten Vertrag: Ein Vertragsverhältnis kommt hier nur zwischen den CrowdworkerInnen und der Plattform zustande. Dies zB dann, wenn die Ergebnisse an die Plattform geliefert werden, die dann auch die Qualitätskontrolle durchführt und die CrowdworkerInnen direkt bezahlt. In diesem Szenario bestimmen die Plattformen auch die Rahmenbedingungen, unter denen die Aufgaben ausgeführt werden sollen (so zB die zur Verfügung stehende Zeit, das Interface, auf dem die Aufgabe bearbeitet werden muss, oder die Route, die zu fahren ist).

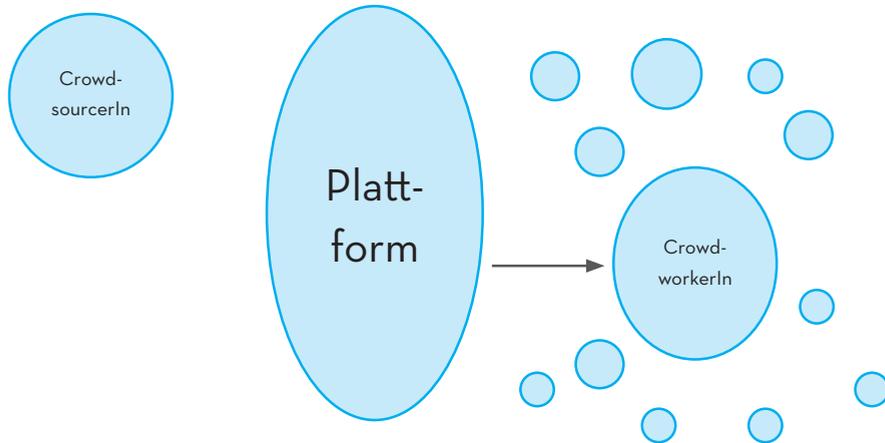
In anderen Konstellationen besteht ein **direktes Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen und den CrowdsourcerInnen** und zwar unter Umständen auch dann, wenn diese nicht direkt miteinander kommunizieren, sondern die Kommunikation über die Plattform abgewickelt wird. Die Arbeit wird ja in der Regel über die Plattformen angeboten und insbesondere bei virtuellem Crowdwork auch an diese geliefert. Die Plattform wickelt üblicherweise auch die Zahlungen ab und gibt in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen den Rahmen für die Arbeit vor. Trotz ihrer starken Präsenz argumentieren viele Plattformen, dass sie nur als Vermittlerinnen oder Vertreterinnen handeln würden und die Verträge eigentlich zwischen den CrowdworkerInnen und den CrowdsourcerInnen abgeschlossen werden. Dies ist nur dann nachvollziehbar, wenn die Plattform als Mittelsperson zu jedem Zeitpunkt als Vertreterin der CrowdsourcerInnen auftritt und nach außen hin in deren Namen und auf deren Rechnung handelt.⁸ Dagegen spricht freilich, dass beim virtuellen Crowdwork der virtuelle Raum, in dem gearbeitet werden muss, von der Plattform zur Verfügung gestellt wird und sie in so gut wie allen Konstellationen die Aufträge nach bisherigen Ratings und unter Umständen auch dem Aktivitätslevel zuteilen sowie in ihren AGB die allgemeinen Bedingungen zur Leistungserbringung festlegen.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass allfällige Beziehungen zwischen den CrowdworkerInnen und den CrowdsourcerInnen nur für eine sehr begrenzte kurze Zeit (zB für eine Fahrt oder die Erfüllung einer Mikroaufgabe) dauern und dass sich die VertragspartnerInnen oft ändern. Eine derartige punktuelle Betrachtung birgt daher das Risiko, dass wegen der Kürze der Vertragsbeziehung und mangels irgendeiner Integration in den Betrieb der CrowdsourcerInnen ein Arbeitsvertrag schwer argumentiert werden kann.

⁸ Risak, ZAS 2015, 15.

3.2 Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen und der Crowdsourcing-Plattform

Abbildung 2: Vertragsverhältnis zwischen CrowdworkerInnen und Crowdsourcing-Plattform



Quelle: eigene Darstellung

In so gut wie allen Szenarien gibt es irgendeine Form von Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen und der Plattform; dies zumeist auch dann, wenn ein direktes Vertragsverhältnis zwischen den CrowdsourcerInnen und den CrowdworkerInnen vorliegt. Jedenfalls müssen sich CrowdworkerInnen auf der Plattform registrieren und haben die Verpflichtung, ihre Daten aktuell zu halten. Zumeist kommen bei der Übernahme einer auf der bzw über die Plattform angeboten Arbeit deren Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Anwendung und sie müssen unter Umständen auch Feedback über die CrowdsourcerInnen/KundInnen abgeben. Somit liegt hier ein durchgängiges Dauerschuldverhältnis vor, das jedoch zumeist noch nicht zu einer Leistung selbst im Sinne einer tatsächlichen Aktivität auf der Plattform (zB zur Abarbeitung einzelner Tasks oder zur Essenzustellung) verpflichtet.

Eine solche kann sich jedoch durch das Hinzutreten weiterer Rechte und Pflichten ergeben: Durch die Registrierung kommunizieren die CrowdworkerInnen, dass sie im Prinzip zur Arbeit zur Verfügung stehen, die durch bzw über die Plattform angeboten wird. Zwar gibt es in der Regel keine allgemeine Verpflichtung, irgendwelche Aufgaben zu übernehmen, da jedoch das Rating durch die Anzahl der positiven Bewertungen verbessert werden kann, wird damit Druck ausgeübt, so viel wie möglich zu arbeiten, um viele positive Bewertungen zu erhalten. Um die Aktivität der CrowdworkerInnen hoch zu halten, können auch zusätzliche Elemente eingebaut sein, wie zB, dass aktuelle Bewertungen bzw Bewertungen in einem bestimmten Zeitraum (etwa im letzten Monat) stärker gewichtet werden. Bisweilen wird auch die Ablehnung von Aufträgen nach einem Einloggen in die Crowdworking-App (so zB bei Foodora, Beitrag „Essenzustellung: foodora“) oder die mangelnde Aktivität dadurch sanktioniert, dass bei einem Absinken unter

ein Mindestausmaß eine Deaktivierung⁹ erfolgt oder keine attraktiveren Aufträge mehr zugeteilt werden (so bei clickworker, Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“). Damit ist die in diesem Zusammenhang postulierte Freiheit zu Arbeiten, wieviel und wann man möchte, in einem anderen Licht zu sehen. So hat zB ein Englisches *Employment Tribunal* bei Uber-FahrerInnen ein durchgängiges Vertragsverhältnis von Anschalten der App bis zum Abschalten angenommen und nicht nur punktuelle Vertragsverhältnisse betreffend die einzelnen Fahrten.¹⁰

Werden nun die Aufträge einzeln betrachtet, so ergeben sich folgende vertragsrechtliche Einordnungen: Die Platzierung der Aufgabe auf einer Crowdsourcing-Plattform kann ein Angebot an die Crowd darstellen, die anschließend durch die Annahme der Aufgabe (in der Regel durch ein Anklicken) angenommen wird. Gemäß den AGB von einigen Plattformen kann die Aufgabe durch die CrowdsourcerIn jedoch weiterhin abgelehnt werden, ohne einen Grund anzugeben oder eine Vergütung zu zahlen.¹¹ Bisweilen werden auch einzelne Arbeitsanfragen an eingeloggte CrowdworkerInnen verschickt (wie zB beim Transportdienstleister Uber, Beitrag „Transportdienstleistungen: Uber“), die dann von den CrowdworkerInnen akzeptiert werden. Hier kommt es bei einer Einzelbetrachtung durch Angebot und Annahme jedenfalls im Einzelfall zu einem Vertragsschluss.

Alternativ kann die Platzierung der Aufgabe auch nur als bloße Aufforderung angesehen werden, ein Angebot zu machen (*invitatio ad offerendum*). Der/Die CrowdworkerIn bietet dann nur mehr an, einen Vertrag zu schließen, indem erledigte Aufgaben auf die Plattform geschickt werden, die dieses Angebot dann annimmt. Diesfalls würde erst zu einem späteren Zeitpunkt ein Vertrag geschlossen.

Andere Plattformen (zB solche im Designbereich) arbeiten nach dem Prinzip eines **Preisaus-schreibens**: Der Arbeitsauftrag ist als Auslobung gemäß § 860 ABGB konstruiert, dh als eine an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Verpflichtung, bei Vornahme einer bestimmten Handlung, insbesondere eines Erfolges, eine Belohnung zu bezahlen. Häufig gibt es hier eine Leistungsbeschreibung, die CrowdworkerInnen arbeiten offline und schicken dann das fertige Produkt an die Plattform bzw laden es dort hoch. Der/Die Auslobende entscheidet dann, wem dieser Preis ausbezahlt werden soll. Diese besondere Form des Arbeitens in der Gig-Economy wird hier nicht weiter behandelt, die Fallbeispiele in den folgenden Beiträgen beschränken sich auf Tätigkeiten ohne Wettbewerbscharakter.¹²

9 Das bedeutet, dass der Account der betreffenden CrowdworkerInnen gelöscht wird und nicht mehr über die betreffende Plattform gearbeitet werden kann.

10 Employment Tribunals 28.10.2016, 2202551/2015 & Others, Aslam, Farrar & Others v Uber B.V., Uber London Ltd. & Uber Britannia Ltd, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/> (30.01.2017).

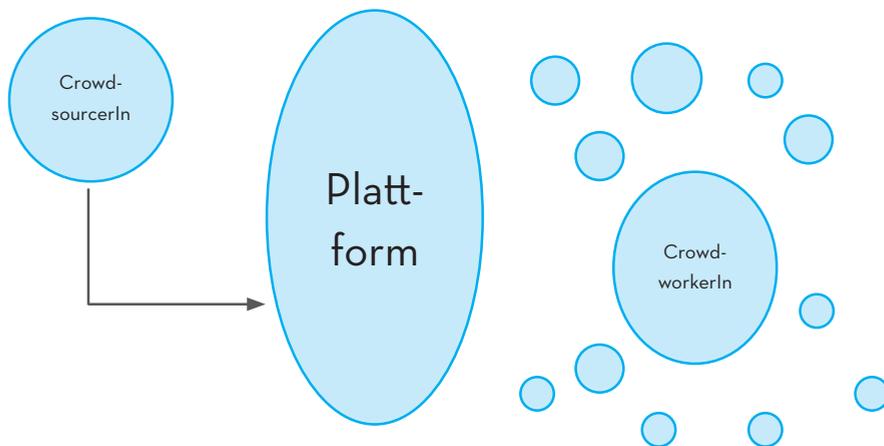
11 So zB Pkt 3a des Amazon Mechanical Turk Participation Agreement: “If a Requester is not reasonably satisfied with the Services, the Requester may reject the Services” und 3.b. des Agreement: “However, if the Services do not meet the Requester’s reasonable satisfaction, the Requester may reject the Services and repost the specific request”; www.mturk.com/mturk/conditionsofuse (30.01.2017).

12 Siehe dazu ausführlich Warter, Crowdwork 128ff; Däubler, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts?, in Benner, Crowdwork 243 (253).

In den anderen Fällen stellt sich die Frage, ob der der Leistungserbringung zugrund liegende Vertrag als **Arbeitsvertrag**, **freier Dienstvertrag** oder als **Werkvertrag** einzuordnen ist. Dabei sind die herkömmlichen Prüfkriterien anzuwenden, wobei jedoch die Besonderheiten der virtuellen Dimension ebenso wie jene der Arbeitsorganisation durch das Crowdsourcing nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Einerseits geht es um die **hohe Kontrolldichte**, die bei der Bearbeitung der einzelnen Aufträge besteht. Im Falle des virtuellen Crowdwork, zB dem online Schreiben kurzer Produktbeschreibungen, hat diese ja in der Regel auf einem von der Plattform zur Verfügung gestellten Interface (zB auf dem „Workplace“ von clickworker, Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“) stattzufinden, was eine Kontrolle der einzelnen Arbeitsschritte ermöglicht. Aber auch die Verpflichtung zur Verwendung einer App bei der Personenbeförderung oder der Speisenzustellung ermöglicht eine Dokumentation der Fahrtroute und der Geschwindigkeit. Dazu kommt noch die Möglichkeit der Disziplinierung durch die Bewertungssysteme. Außerdem findet in der Regel eine weitere Determinierung arbeitsbezogenen Verhaltens insbesondere durch Zeitvorgaben für die Erledigung statt. In Kombination kann daher eine so starke Fremdbestimmung vorliegen, dass die Aufgabebearbeitung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und somit als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.¹³ Dabei stellt sich jedoch auch die Frage, ob die einzelnen Auftrags erledigungen punktuell oder zusammenschauend zu betrachten sind (dazu Abschnitt „Punktuelle Verträge oder durchgehendes Vertragsverhältnis?“).

3.3 Vertragsverhältnis zwischen den CrowdsourcerInnen und der Crowdsourcing-Plattform

Abbildung 3: Vertragsverhältnisse zwischen CrowdsourcerIn und Crowdsourcing-Plattform



Quelle: eigene Darstellung

¹³ Risak, ZAS 2015, 16; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, Soziales Recht – Sonderausgabe Juli 2016, 36; einschr. Wäster, Crowdwork 189; aA Karl, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in Tomandl/Risak, Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 85 (95).

Die letzte zu untersuchende Vertragsbeziehung ist jene zwischen den CrowdsourcerInnen und der Plattform. Bei direkten Vertragsbeziehungen zwischen den CrowdsourcerInnen und den CrowdworkerInnen wird zumindest für die Ermöglichung des Vertrages ein Entgelt vorgeschrieben.

Kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen CrowdsourcerIn und CrowdworkerIn zustande, dann stellt sich die Frage, ob hier eine gewerbliche **Arbeitsvermittlung** vorliegt. Nach § 9 AMFG ist „jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Dienstgebern zur Begründung von Dienstverhältnissen oder mit Auftraggebern (Zwischenmeistern, Mittelspersonen) zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes 1960 BGBl. Nr. 105/1961¹⁴ zusammenzuführen, es sei denn, daß diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird.“ Nach § 94 Z 1 GewO 1994 stellt die Arbeitsvermittlung ein reglementiertes Gewerbe dar, dh es ist von dem/der UnternehmerIn ein Befähigungsnachweis zu erbringen. Genauer regelt die Arbeitsvermittlungs-Zugangsverordnung¹⁵ sowie die Arbeitsvermittlung-Prüfungsverordnung (AVPV)¹⁶.

Als Arbeitsvermittlung wird auch die Veröffentlichung und Verbreitung von Stellenangeboten und Stellengesuchen angesehen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nicht der Hauptzweck ist (§ 2 Abs 2 AMFG). Deshalb fallen Stellenanzeigen in Zeitungen nicht unter diesen Tatbestand. Für die Plattformen beim Crowdwork stellt die Veröffentlichung und Verbreitung von Arbeitsaufgaben (Tasks) jedoch den Hauptzweck ihrer Tätigkeit dar und geht in der Regel ohnehin über das bloße Veröffentlichen von Stellenanzeigen hinaus. Sie bieten umfangreiche Informationen über die CrowdworkerInnen in Form von Rating-Systemen und eine Vorauswahl zB nach erfolgreich erledigten Aufträgen. Ihre Tätigkeit stellt daher – wenn Dienstverträge vermittelt werden – wohl eine Arbeitsvermittlung dar.

Nach § 4 Abs 6 AMFG dürfen ArbeitsvermittlerInnen nur jene offenen Stellen anbieten, über deren Anforderungen sie Auskunft geben können. Haben sie falsche oder fehlerhafte Angaben gemacht oder Daten über Arbeitssuchende weitergegeben, die sie nicht weitergeben dürfen¹⁷, haben sie den Arbeitssuchenden für den dadurch entstandenen Schaden Ersatz zu leisten. Weiters sind nach § 5 Abs 5 AMFG umfangreiche Unterlagen zu führen. Außerdem dürfen nach § 5 Abs 2 AMFG InhaberInnen einer solchen Gewerbeberechtigung die Arbeitsvermittlung für die Arbeitssuchenden, soweit es sich nicht um KünstlerInnen oder SportlerInnen handelt, nur unentgeltlich durchzuführen. **Von den ArbeitnehmerInnen** dürfen daher **keine Vermittlungsgebühren** oder Ähnliches eingehoben werden. Das Entgelt für die Vermittlung hat allein der/die ArbeitgeberIn zu bezahlen. Ein Abzug einer Vermittlungsgebühr vom Entgelt der CrowdworkerInnen wäre somit unzulässig.

Zumeist wird die Tätigkeit der Plattform über die bloße Vermittlungstätigkeit hinausgehen und zusätzliche Dienstleistungen umfassen, wie die Vorauswahl der Menge, die Aufgabenzerteilung

.....
¹⁴ Zur Problematik der Anwendbarkeit des HeimArbG nur auf manuelle Tätigkeiten siehe Abschnitt „HeimarbeiterInnen“.

¹⁵ BGBl II 26/2003.

¹⁶ BGBl 187/1995.

¹⁷ Siehe dazu § 6 AMFG zur Erhebung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Daten.

in kleinere Aufträge, Zahlungsabwicklungen, Bereitstellung eines Rahmenvertrags oder Qualitätskontrolle.

Kommt es zu keiner direkten Vertragsbeziehung zwischen CrowdworkerInnen und CrowdsourcerInnen, dann ist die Plattform selbst für die Leistungserbringung verantwortlich und sie verwendet die CrowdworkerInnen zur Erfüllung dieser Verpflichtungen.

4. Wer ist ArbeitgeberIn?

Gerade plattformbasiertes Arbeiten führt vor Augen, dass die herkömmliche Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses, die von dem nur zwei Parteien aufweisenden Standardfall ausgeht, wegen der Mehrzahl der daran Beteiligten an seine Grenzen geführt wird, wenn sie nicht gar versagt. *Prassl*¹⁸ hat vor dem Hintergrund des englischen Rechts einen interessanten alternativen Lösungsvorschlag entwickelt, der den Fokus der Betrachtung auf die „andere Seite“, nämlich die ArbeitgeberInnen verlagert. In seinem funktionalen Konzept sind fünf ArbeitgeberInnenfunktionen voneinander zu unterscheiden:

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.

Demnach kann der/die ArbeitgeberIn als das Unternehmen – oder die Kombination von Unternehmen – definiert werden, die eine entscheidende Rolle bei der Ausübung der fünf ArbeitgeberInnenfunktionen spielen, und als solche in einem Bereich des Arbeitsrechts bestimmten Verpflichtungen unterworfen sind.¹⁹ Dieses funktionale ArbeitgeberInnenkonzept kann gerade in mehrpersonalen Verhältnissen nutzbar gemacht werden, denen ein Geflecht unterschiedlicher Verträge zugrunde liegt. Seine Anwendung kann auch zu einer Mehrzahl von ArbeitgeberInnen führen, wobei nicht jeder/jede der gesamten Bandbreite an arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ausgesetzt ist, sondern nur jenen, die der Ausübung der jeweiligen ArbeitgeberInnenfunktion entsprechen. Es zählt somit alleine die Ausübung einer bestimmten Funktion, um Verantwortung auszulösen – spezifisch begrenzt auf den jeweiligen Bereich. *Prassl* und ich²⁰ haben dieses Konzept am Beispiel von Transportdienstleistungen bei der Plattform Uber und für unterschiedliche Formen persönlicher Dienstleistungen bei der Plattform *TaskRabbit* für den anglo-sächischen

.....
¹⁸ The Concept of the Employer; siehe auch *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im Englischen Recht, ZESAR 2013, 472.

¹⁹ *Prassl*, ZESAR 2013, 486 ff.

²⁰ *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork Comparative Labor Law & Policy Journal (CLLPJ) 2016, 634; *Risak*, Kurswechsel 2/2016, 38; *Risak*, Arbeitsrecht und Online-Ökonomie, Forum Wissenschaft 2016, 9 (11).

Rechtsbereich zur Anwendung gebracht und sind dabei zu differenzierten Ergebnissen gekommen. Diese alternative Herangehensweise ermöglicht somit einen abgestuften Zugang zur effektiven Absicherung schutzbedürftiger Personen ohne die Konzeption des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich infrage zu stellen. ArbeitgeberInnenverpflichtungen werden dabei nur den Personen auferlegt, die tatsächlich die dafür relevanten Funktionen ausüben. Damit können auch unterschiedliche Personen einzelne ArbeitgeberInnenfunktionen ausüben (zB Lohnbestimmung und Arbeitszeitgestaltung) und sind somit sinnvolle AdressatInnen der dafür relevanten Schutznormen (zB Mindestlohnvorschriften und Höchstarbeitszeitregelungen).

5. **Punktuelle Verträge oder durchgehendes Vertragsverhältnis?**

Wird das Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen und der Plattform als Arbeitsverhältnis eingestuft, so stellt sich die Frage, ob es sich beim Crowdwork um eine Kette von sehr kurzfristigen Arbeitsverträgen handelt oder um ein durchgängiges Arbeitsverhältnis.

Eingangs ist dabei zu klären, ob **sehr kurzfristige Leistungserbringungen**, wie sie im Bereich der Microtasks oder auch der Transportdienstleistungen stattfinden, **überhaupt** wegen ihrer geringen, bisweilen nur Minuten währenden Dauer überhaupt **Arbeitsverträge** sein können. Schon *Tomandl*²¹ geht bei seiner grundlegenden Untersuchung zu den Wesensmerkmalen des Arbeitsvertrages davon aus, dass die „Dauer“ ein unzureichendes Abgrenzungskriterium sei, das gegenüber den Merkmalen der persönlichen Abhängigkeit zurücktreten müsse. Auch *Rebhahn*²² betont, dass Arbeitsverträge auch nur für ganz kurze Zeit abgeschlossen werden können, unter Umständen auch nur für Stunden oder einen Tag. An die sehr kurzen, bisweilen nur ein paar Minuten dauernden, in der Gig-Economy nicht unüblichen Microtasks wurde dabei aber offensichtlich noch nicht gedacht. Dies lässt die Frage nach einer Minimaldauer eines Arbeitsvertrages wieder aufleben. Im Kern geht es dabei darum, ob eine persönliche Abhängigkeit auch bei so kurzfristiger Leistungserbringung möglich sein kann. Meines Erachtens ist dies immer dann der Fall, wenn die Art der Leistungserbringung sehr stark determiniert ist, wenig Freiräume bietet und die Kontrolldichte sehr hoch ist. Dass diese Kontrolle automatisiert, beispielsweise durch die Erstellung von *Screenshots*, die Auswertung von Arbeitsschritten oder von Eingabemustern erfolgt, ändert daran nichts. Im Rahmen der Prüfung des Typusbegriffs²³ kann daher meines Erachtens die untypisch kurze Dauer durch ein hohes Maß an Fremdbestimmtheit bei der Leistungserbringung ausgeglichen werden.

Die zweite Frage ist jene, ob eine **Kette von Arbeitsverträgen oder ein durchgängiges Vertragsverhältnis** vorliegt.²⁴ Dabei ist wesentlich, ob CrowdworkerInnen zu einem Mindestausmaß an

.....
²¹ Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 56 (58).

²² ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 77a, 121.

²³ So beispielsweise *Kietzibl*, Arbeitsrecht I⁹ (2013) 26.

²⁴ Dazu grundsätzlich *Risak*, Möglichkeiten der Arbeitszeitflexibilität für ArbeitgeberInnen, in *Tomandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 60.

Arbeitsleistung verpflichtet sind, oder es wirklich völlig in ihrem Ermessen liegt, ob und in welchem Ausmaß gearbeitet wird. Dies ist insbesondere dann infrage zu stellen, wenn infolge eines Abfallens unter eine Mindestaktivität oder die Nichtannahme von Aufträgen Sanktionen gesetzt werden, wie eine Deaktivierung des Accounts, das Nicht-Angebot attraktiver Aufträge oder die Gewichtung aktueller Bewertungen (Ratings). Hier ist die mangelnde Aktivität nämlich gerade nicht sanktionslos, was für ein durchgängiges Arbeitsverhältnis spricht. Dabei ist weiter danach zu unterscheiden, ob die Verpflichtung durchgängig ist und für die gesamte Dauer des Vertragsverhältnisses oder nur befristet für einzelne Phasen erfolgt (wie zB das Auf- und Abdrehen der App bei Uber, Beitrag „Transportdienstleistungen: Uber“, oder bei Übernahme einer Schicht wie bei Foodora, Beitrag „Essenszustellung: foodora“).

Kommt es zum Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages, liegen in der Regel Kettenarbeitsverträge vor, da ja wiederholt Crowdwork geleistet wird. Wenn Kettendienstverträge nicht sachlich gerechtfertigt werden können, werden sie als ein durchgängiges Arbeitsverhältnis angesehen.²⁵

Ein sachlicher Rechtfertigungsgrund kann unter Umständen darin bestehen, dass sich CrowdworkerInnen nicht auf unbestimmte Zeit verpflichten wollen und dass die neuerliche Befristung somit in ihrem Interesse liegt.²⁶ Dies ist im Einzelfall zu prüfen und von den VertragspartnerInnen, dh dem/der CrowdsourcerIn bzw der Plattform zu beweisen.

6. Arbeitskräfteüberlassung

Arbeitskräfteüberlassung liegt nach § 3 Abs 1 AÜG immer dann vor, wenn Arbeitskräfte²⁷ zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung gestellt werden. Auch hier liegt ein dreipersonales Verhältnis vor, wobei ein Arbeitsverhältnis nur zu den ÜberlasserInnen vorliegt, dh den Personen, die Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichten. Diese überlassen die Arbeitskräfte an die BeschäftigerInnen, die diese dann für betriebseigene Aufgaben einsetzen. Dafür ist es wesentlich, dass die BeschäftigerInnen dabei das Weisungsrecht von den ÜberlasserInnen mit Zustimmung der überlassenen Arbeitskräfte vertraglich abgetreten bekommen, sodass sie auf diese wie auf bei ihnen direkt beschäftigte ArbeitnehmerInnen zugreifen können.²⁸

In Ausnahmefällen ist es denkbar, dass in Crowdwork-Konstellationen ein Arbeitsverhältnis bzw ein Vertragsverhältnis als arbeitnehmerInnenähnliche Person zwischen den CrowdworkerInnen und den jeweiligen Plattformen besteht, die diese dann an die CrowdsourcerInnen überlassen. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn – vorausgesetzt es liegt ein direktes, die konkrete Leistung beinhaltendes Vertragsverhältnis mit der Plattform vor – die CrowdsourcerInnen/AuftraggeberInnen/KundInnen direkt auf die CrowdworkerInnen zugreifen und insbesondere durch konkrete, das arbeitsbezogene Verhalten betreffende Weisungen deren Leistungserbringung

25 Dazu beispielsweise *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II⁸ (2013) 46 mwN.

26 So zB zuletzt OGH 8 Ob A 50/13 f, DRdA 2014/34 (*Risak*) = ZAS 2014/51 (*Ogriseg*) – fallweise Beschäftigung; *Risak*, ZAS 2015, 17; *Warter*, Crowdwork 194.

27 Das AÜG hat einem weiten personellen Anwendungsbereich und schließt neben ArbeitnehmerInnen auch arbeitnehmerInnenähnliche Personen mit ein (§ 3 Abs 4 AÜG, siehe Abschnitt „ArbeitnehmerInnenähnliche Personen“).

28 Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ Rz 59.

determinieren können. Dies wird nur in Ausnahmefällen vorliegen und zwar am ehesten dort, wo Leistungen physisch im Betrieb bzw der Wohnung der CrowdsourcerInnen erbracht werden (zB bei Reinigungsdienstleistungen, dazu Beitrag „Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger“). Dabei kann auch der Kriterienkatalog in § 4 Abs 2 AÜG fruchtbar gemacht werden.²⁹ In den meisten Konstellationen tritt jedoch nur die Plattform gegenüber den CrowdworkerInnen in Erscheinung, sodass das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung nur schwer darstellbar ist.

7. CrowdworkerInnen als HeimarbeiterInnen und/oder arbeitnehmerInnenähnliche Personen?

Wird das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint, so stellt sich die Frage, ob es nicht zur Anwendung jener Normen kommt, die die Arbeitsbedingungen prekär arbeitender Selbständiger regeln. In concreto geht es dabei um das Heimarbeitsgesetz und jene arbeitsrechtlichen Normen, deren persönlicher Anwendungsbereich sich auch auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen erstreckt. Ihnen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass nicht nur ArbeitnehmerInnen, sondern auch bestimmte Selbständige unter schlechten Arbeitsbedingungen leiden, die ein Eingreifen des Staates erforderlich machen. So beschreibt *Lederer* 1929 in seinem „Grundriß des österreichischen Sozialrechts“ die ökonomischen Bedingungen der HeimarbeiterInnen vor Inkrafttreten des Heimarbeitsgesetzes 1918³⁰ folgendermaßen: *„Der unorganisierten Masse von Heimarbeitern gelang es eben nicht, bei ihren wirtschaftlich überlegenen Unternehmern die ihren Arbeitsleistungen entsprechenden Verdienste durchzusetzen. Diese gedrückte ökonomische Lage wirkte wieder höchst ungünstig auf die gesundheitlichen Verhältnisse der Heimarbeiter zurück. Überlange Arbeitszeiten³¹, unzureichende Ernährung, sanitätswidrige Behausungen und Werkstätten, endlich der durch Saisonschwankungen herbeigeführte stete Wechsel zwischen Überbeschäftigung und Arbeitslosigkeit unterhöhlten immer mehr die Existenz der Heimarbeiter, denen schließlich die staatliche Schutzgesetzgebung zu Hilfe kommen mußte.“³²*

7.1 HeimarbeiterInnen

Das Gesetz über die Regelung der Arbeits- und Lohnverhältnisse bei der Heimarbeit (Heimarbeitsgesetz)³³ war eines der ersten sozialpolitischen Gesetze der ersten Republik. Darauf geht auch das derzeit gültige HeimAG 1961³⁴ zurück, das insbesondere auch Mindestlohnbestimmungen enthält. Es ist nach § 1 HeimAG auf Heimarbeit jeder Art, ausgenommen der Heim-

²⁹ Dazu mit ausführlicher Diskussion *F. Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung (2015) 173 ff.

³⁰ StGBI 140/1918.

³¹ In der dazugehörigen Fußnote findet sich: *„Oft mußten die Heimarbeiter 14 bis 16 Stunden lang täglich arbeiten, um sich den notwendigsten Lebensunterhalt zu schaffen.“*

³² *Lederer*, Grundriß des österreichischen Sozialrecht (1929) 417; *ders*, Grundriß² (1932) 362.

³³ StGBI 1918/140; zur Geschichte und Entstehung ausführlich *Lederer*, Grundriß 415 und zuletzt *Warter*, Crowdwork 204.

³⁴ BGBl 1961/105 i d F BGBl I 2009/74; dieses stellt eine Wiederverlautbarung des HeimAG 1954, BGBl 1954/66 dar.

arbeit im Rahmen der land- und forstwirtschaftlichen Produktion anzuwenden. Als HeimarbeiterInnen iSd § 2 Z 1 HeimAG ist anzusehen, wer ohne Gewerbetreibender/Gewerbebetreibende 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. Der Begriff der „Waren“ ist dabei weit auszulegen.³⁵ Die Rsp hat in diesem Zusammenhang zB das Adressieren von Briefumschlägen³⁶ oder auch die Zusammenfassung von Adressen in Listen³⁷ als möglichen Gegenstand der Heimarbeit anerkannt. Die Grundlage für die Leistungserbringung ist irrelevant, lediglich die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages würde die Anwendung des HeimAG ausschließen.³⁸ Dies überzeugt insoweit, als ansonsten wegen der Anwendung des Arbeitsrechts kein zusätzlicher Schutzbedarf besteht, der durch das HeimAG abgedeckt werden müsste.³⁹ Die Rsp⁴⁰ spricht davon, dass Basis von Heimarbeit auch eine Kette von Werkverträgen sein könne. Es müsse sich daraus aber ein „besonderes Beschäftigungsverhältnis“ ergeben, dem ein Element der Dauer und der Regelmäßigkeit innewohnen müsse, weshalb die ausnahmsweise Übernahme eines einzelnen Auftrages dieses nicht begründen könne. Die Rsp führt darüber hinaus noch an, dass Heimarbeiter außerdem eine Leistungsverpflichtung treffen müsse⁴¹, was in der Lit zu Recht kritisiert wird.⁴²

Für bestimmte Leistungen in der Gig-Economy, insbesondere jene im Rahmen des virtuellen Crowdwork, böte sich nun bei einer Verneinung eines Arbeitsvertrages die Anwendung des HeimAG an. Dagegen spricht jedoch, dass die Rsp nicht-manuelle Tätigkeiten vom Geltungsbe- reich des HeimAG ausnimmt. So wurde vom OGH entschieden, dass Übersetzungsarbeiten für ein Übersetzungsbüro⁴³ ebenso wenig Heimarbeit darstellen wie die Übertragung von Diktat- aufnahmen auf einer vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Schreibmaschine zu Hause⁴⁴.⁴⁵ Dies könne nämlich nicht mehr unter die Formulierung „Waren herstellen, bearbeiten, ver- arbeiten oder verpacken“ subsumiert werden. Damit unterliegt schon allein wegen des von der Rsp judizierten Fokus des HeimAG auf manuelle Tätigkeiten die typischerweise in Form von Crowdwork erbrachte Arbeitsleistung nicht diesem Gesetz.⁴⁶ *Trost*⁴⁷ und *Warter* haben dies zu Recht kritisiert, wobei insbesondere letzterer eine weite Auslegung des Warenbegriffes schon *de lege lata* vertritt.

35 OGH 10 Ob S 332/99t, ZAS 2001/11.

36 VwGH 598/72, ZAS 1974, 106 (*Holzer*).

37 VwGH 606/66, Arb 8256.

38 OGH 10 Ob S 332/99t, ZAS 2001/11 (*Tomandl*) im Zusammenhang mit der Verweisung einer Arbeiterin auf Heimarbeit.

39 So zu Recht *Tomandl*, ZAS 2001, 91.

40 VwGH 598/72, ZAS 1974, 107 (*Holzer*).

41 So VwGH 598/72, ZAS 1974, 108 (kritisch *Holzer*).

42 So *Holzer*, ZAS 1974, 109.

43 VwGH 0835/72, VwGHSlg NF 8307.

44 VwGH 153/80, DRdA 1982, 220.

45 Siehe zu diesem Kriterium *Egger*, Telearbeit – ein neues Phänomen in der Arbeitswelt, DRdA 1987, 97 (101); *Trost*, Heim- arbeit – die ideale Arbeitsform der Zukunft?, DRdA 1992, 25 (28).

46 So auch *Risak*, ZAS 2015, 17; *Karl* in *Tomandl/Risak*, Neue Formen der Arbeit 100.

47 *Trost*, DRdA 1992, 29.

7.2 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen

Neben der Heimarbeit hat das österreichische Arbeitsrecht die Schutzbedürftigkeit bestimmter Selbständiger ebenfalls schon seit längerer Zeit erkannt und den sogenannten „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“, die „ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind“⁴⁸ einen gewissen Schutz zuerkannt. Konkret findet sich dieser Begriff zuerst im Arbeitsgerichtsgesetz 1946⁴⁹, das sich wiederum an das deutsche Arbeitsgerichtsgesetz 1926⁵⁰ anlehnt.⁵¹ In der Folge fanden nach und nach einzelne arbeitsrechtliche Normen auf diese Personengruppe Anwendung wie insbesondere die Haftungserleichterungen des DHG, das AÜG, der Diskriminierungsschutz des GIBG und das bereits erwähnte ASGG.⁵²

Für die Anwendung auf Crowdworksachverhalte stellt sich somit unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung die Frage, ob die CrowdworkerInnen in ihrer wirtschaftlichen Selbstbestimmung im Sinne der Entschluss- oder Entscheidungsfähigkeit auf ein Minimum beschränkt sind.⁵³ Typische von der Rsp herangezogene Kriterien sind insbesondere das Vorhandensein nur weniger GeschäftspartnerInnen (AuftraggeberInnen), keine nennenswerte eigene unternehmerische Struktur, die Konzentration auf die (eigene) menschliche Arbeitsleistung oder ein Wettbewerbsverbot.⁵⁴ Bei einem direkten Vertragsverhältnis zur Plattform werden diese Kriterien wohl idR erfüllt sein, besonders dann, wenn nur auf einer überschaubaren Anzahl von Plattformen gearbeitet wird. Ist die Plattform hingegen bloße Mittelsperson, so ist eine Einordnung als arbeitnehmerInnenähnliche Person gegenüber den CrowdsourcerInnen schwierig, da diese ja zumeist ständig wechseln. Aber auch hier kann damit argumentiert werden, dass gegenüber der Plattform eine starke wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt⁵⁵ bzw dass auch diesfalls die Tätigkeit der CrowdworkerInnen nicht direkt auf den Markt ausgerichtet ist⁵⁶, sodass sie gegenüber der Plattform als arbeitnehmerInnenähnlich anzusehen sind. Die Qualifikation als arbeitnehmerInnenähnlich darf aber darüber nicht hinwegtäuschen, dass diese Personengruppe im Wesentlichen des Schutzes des Arbeitsrechtes entbehrt und sie insbesondere keinen Mindestentgeltbestimmungen in Kollektivverträgen, Urlaubs- und Entgeltfortzahlungsregelungen sowie Kündigungsschutzbestimmungen unterliegt (zu den diesbezüglichen rechtspolitischen Forderungen siehe Beitrag „Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?“).

48 So zB die Definition in § 1 DHG.

49 BGBl 1946/170.

50 RGBl I 1926, 507.

51 Dazu *Wächter*, Wesensmerkmale der Arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 59; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 30.

52 *Karl* in *Tomandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 95; *Mazal*, Arbeitnehmerähnliche Selbständige, in *Mazal/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 106; *Warter*, Crowdwork 198.

53 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/140 ff; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ Rz 58.

54 So zB OGH 4 Ob 92/76, Arb 9518 – LKW-Frächter; 4 Ob 68/79, Arb 9829; siehe auch *Shubshizky*, Das Heimarbeitsverhältnis, RdW 1999, 87.

55 So offenbar *Karl* in *Tomandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 96.

56 *Warter*, Crowdwork 199.

8. Kollektive Rechtssetzung in der Gig-Economy

Am Ende der Behandlung grundsätzlicher arbeitsrechtlicher Fragen ist die kollektive Rechtssetzung in Form von Kollektivverträgen in der Gig-Economy anzusprechen. Eine naheliegende Lösung für die Problematik, dass die individuell verhandelten bzw von den Plattformen und/oder CrowdsourcerInnen vorgegebenen Entgelte sehr niedrig sind, ist der Zusammenschluss der CrowdworkerInnen und deren kollektives Verhandeln insbesondere von Entgeltbedingungen.

Sollten diese nicht als ArbeitnehmerInnen anzusehen sein, so besteht bislang noch keine gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zu einem kollektiven Aushandeln von Entgeltbedingungen. Eine Ausnahme stellt die Möglichkeit eines Gesamtvertrages für ständige freie MitarbeiterInnen⁵⁷ in Medienunternehmen bzw Mediendiensten dar, wodurch die Honorarbedingungen und Aufwandsersätze geregelt werden können. Anders ist dies zB in Deutschland, wo arbeitnehmerInnen-ähnliche Personen vom Tarifvertragsgesetz (§ 12a TVG) erfasst sind und generell Kollektivverträge mit Normwirkung abgeschlossen werden können.⁵⁸

In der Literatur wurde eine Ausweitung der Möglichkeiten kollektiver Rechtssetzung für arbeitnehmerInnen-ähnliche Personen auch in Österreich immer wieder diskutiert.⁵⁹ Europarechtlich ist dies freilich nicht ganz unproblematisch, da ein Zusammenschluss von Selbständigen, die Absprachen treffen, nicht unter einem bestimmten Preis anzubieten, als „Preiskartell für Arbeit“ angesehen und im Widerstreit mit dem Kartellverbot in Art 101 AEUV gesehen werden könnte. Der EuGH hatte in *FNV Kunsten*⁶⁰ dazu meines Erachtens nicht ganz eindeutig Stellung genommen.⁶¹ Damit ist meiner Meinung nach weiterhin die Frage offen, inwieweit Möglichkeiten der kollektiven Rechtssetzung Personen eröffnet werden können, die gerade nicht wie typische UnternehmerInnen tätig sind und bei denen in dieser Form wie bei ArbeitnehmerInnen ein Marktversagen ausgeglichen wird.⁶²

.....

57 Diese sind in § 16 JournalistenG – nicht unähnlich der Legaldefinition der arbeitnehmerInnen-ähnlichen Person – als an der inhaltlichen Gestaltung eines Mediums oder der Mitteilungen eines Mediendienstes journalistisch Mitwirkende definiert, sofern diese journalistische Tätigkeit ständig und nicht bloß als Nebenbeschäftigung ausgeübt wird, im Wesentlichen persönlich erbracht und über keine unternehmerische Struktur verfügt wird.

58 Dazu *Reinecke/Rachor* in *Däubler*, TVG⁴ (2016) § 12a Rz 20 ff.

59 *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 16; *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, 100; *ders*, Ist das ArbVG noch aktuell?, DRdA 2014, 511.

60 EuGH C-413/13, DRdA 2016/18 (*Grillberger*) = ZAS 2015/45 (*Mair*).

61 *Grillberger*, DRdA 2015, 167; *Mair*, ZAS 2015, 284; *Felten*, Arbeit und Soziales, in *Herzig*, Jahrbuch Europarecht 2015 (2016) 245 (249); *Reinecke/Rachor*, in *Däubler*, TVG⁴ § 12a Rz 14 mzn des deutschen Meinungsstandes; zuletzt *Rebhahn*, Neue Formen der Arbeit – Unionsrechtliche Aspekte, in *Tomandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 9.

62 So auch *Mosler*, DRdA 2013, 113.

9. Ergebnis

Die Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie sind sehr unterschiedlich und ihre Organisation variiert nicht nur in Details, weshalb sich kaum grundsätzliche Aussagen treffen lassen. Jedenfalls greift aber das in der Gig Economy bislang vorherrschende Postulat, dass hier nur Selbständige agieren würden, jedenfalls zu kurz.

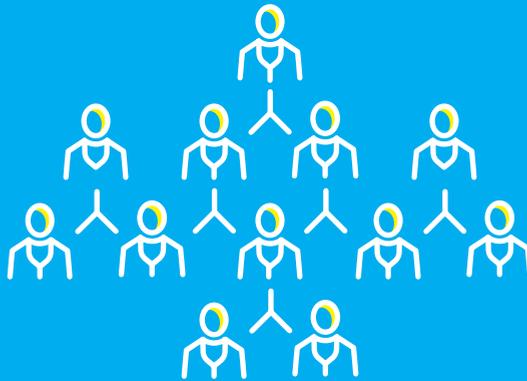
Nach der herkömmlichen arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise sind die dem Crowdwork zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse in zwei Schritten jeweils einzeln rechtlich zu analysieren: Zuerst sind die **VertragspartnerInnen** zu definieren und dann die zwischen ihnen bestehenden **Vertragsverhältnisse rechtlich einzuordnen**. In gar nicht so wenigen Fällen liegt meines Erachtens ein Arbeitsverhältnis in der Regel zur Plattform bzw bisweilen zu den CrowdsourcerInnen vor. Dies ist vor allem auf die hohe Kontrolldichte zurückzuführen, die bei der Leistungserbringung besteht, sowie auf die Möglichkeit der Disziplinierung durch die Bewertungssysteme und darauf, dass häufig auch eine ziemlich genaue Determinierung des arbeitsbezogenen Verhaltens stattfindet. In Kombination kann daher eine so starke Fremdbestimmung vorliegen, dass die Aufgabebearbeitung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und somit als **Arbeitsvertrag** zu qualifizieren ist. Hier stellt sich als weitere schwierige Frage, ob von einzelnen punktuellen Vertragsverhältnissen auszugehen ist oder von einem durchgängigen Arbeitsverhältnis.

In anderen Sachverhaltskonstellationen besteht hingegen wegen der Aufdröselung in einzelne Verträge die Gefahr, dass damit der Schutz des Arbeitsrechtes wegfällt, obwohl eine Gesamtbeurteilung eigentlich für eine ArbeitnehmerInnenqualifikation der CrowdworkerInnen sprechen würde. Dem kann durch eine Anwendung des **funktionalen ArbeitgeberInnenkonzeptes** nach *Prassl* begegnet werden.

Für jene Gruppe von CrowdworkerInnen, die jedenfalls als Selbständige anzusehen sind, greift letztlich zumeist nur der eingeschränkte Schutz als **arbeitnehmerInnenähnliche** Personen.

Virtuelles Crowd- work: Clickworker

Arbeitsrechtliche Qualifikation der Arbeit auf clickworker.de



Doris Lutz

Virtuelles Crowdwork – die Arbeit auf einem PC über eine Plattform – nimmt auch in Österreich deutlich zu. Derzeit befindet sich diese Arbeitsform in einer rechtlichen Grauzone. Die CrowdworkerInnen erbringen ihre Arbeit anscheinend oder scheinbar selbständig, unverbindlich und völlig flexibel. Dies soll im Folgenden anhand der österreichischen zivil- und arbeitsrechtlichen Parameter untersucht werden.

In diesem Kapitel soll das Geschäftsmodell einer sogenannten Microtasking-Plattform dargestellt und hinsichtlich seiner rechtlichen Einordnung untersucht werden. Diese verspricht „die Gewinnung und Bearbeitung tausender von Daten in kürzester Zeit und hoher Qualität“: „Unsere Cloud-Plattform kombiniert mit unserer Workforce von mehr als 800.000 Clickworkern weltweit macht es möglich“¹. Diese Untersuchung soll einerseits anhand eines konkreten Einstiegs der Verfasserin als Clickworkerin sowie der Evaluierung von Kommentaren aus Bewertungsplattformen und andererseits anhand der Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen **für ClickworkerInnen**² der Plattform geschehen.

Im Vordergrund stehen dabei die Bewertung der Vertragsbeziehungen und deren Einordnung in das österreichische Rechtssystem – insbesondere, ob es sich bei dieser Vertragskonstruktion um eine **selbständige** oder **unselbständige Tätigkeit** in Form eines oder mehrerer Arbeitsverträge handelt oder eine **andere Vertragsform**. Außerdem werden in einem weiteren Schritt die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen für ClickworkerInnen (AGB)** im Hinblick auf deren allfällige Sittenwidrigkeit untersucht.

Aus der Einordnung der Vertragsbeziehung ergeben sich in der Folge die betrachteten Themen Vertragsparteien, Registrierung, Qualitätskontrolle, Vertragsbeginn, -dauer und -beendigung, persönliche Abhängigkeit in Hinblick auf Arbeitsort, Arbeitsmittel und Arbeitszeit, (Mindest-)Entgelt sowie Risikotragung und Haftung(sprivilegierung).

1. Microtasking in der Gig-Economy

Beim **externen Crowdsourcing** wird mittels einer Crowdsourcing-Plattform eine zunächst beliebige Gruppe von Personen – die Crowd – angesteuert, die in unterschiedlicher Weise aufbereitete Aufgabenstellungen abarbeiten soll. Es besteht grundsätzlich zunächst weder ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Plattform-Unternehmen und CrowdworkerInnen noch zwischen KundInnen-Unternehmen und CrowdworkerInnen. Dabei kann zwischen virtuellem und analogem Crowdwork unterschieden werden, je nachdem, ob die Arbeit im Internet (und somit in der Regel auf dem Interface der Plattform) oder analog, dh physisch zB in der Wohnung des Kunden/der Kundin stattfindet. Vor allem beim virtuellen Crowdwork stellt sich für CrowdsourcerInnen die Frage, welche Art von Aufgaben an eine Crowd ausgelagert werden kann/soll. Dabei geht es um Prozesssteuerung, Kostenersparnis, Abdeckung von Kapazitätsschwankungen sowie Zerlegbarkeit und damit Eignung für die Abarbeitung im Rahmen eines internetmäßig vorgegebenen Prozesses. Aus der Praxis sind Aufgaben mit unterschiedlichem Komplexitätsgrad bekannt: einfache und komplexe Projekte sowie Makro- und Mikroaufgaben.³

In diesem Beitrag interessieren insbesondere die Mikroaufgaben bzw sogenannten „**Microtasks**“ oder „**Microjobs**“. Dabei handelt es sich in der Regel um einfache, repetitive Aufgaben, die

1 <https://www.clickworker.de/> (07.10.2016)

2 Es gibt auch Allgemeine Geschäftsbedingungen für KundInnen, die in diesem Beitrag aber außer Betracht bleiben.

3 *Felstiner*, Working the Crowd – Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry, in *Berkeley Journal of Employment and Labor* 31/2 (2011) 150.

gering entlohnt werden – meist im Cent- oder im ein bis zwei Euro-Bereich – und deren Abwicklung stark automatisiert bzw. standardisiert ist (wie etwa die Beschriftung und Beschreibung von Bildern).

Die Zerlegung größerer Aufgaben in kleinere Teilaufgaben erinnert an die Prinzipien des Scientific Management des Taylorismus. Auch dort wird die Arbeitsproduktivität durch Standardisierung und Zerlegung komplexer Arbeitsvorgänge in kleinere Einzeltätigkeiten – und damit auch durch stärkere Arbeitsteilung – gesteigert.⁴ Wenn diese Microtasks von weniger qualifizierten bzw. schneller einschulbaren CrowdworkerInnen unter Umständen effektiver und effizienter bearbeitet werden als von ArbeitnehmerInnen eines Unternehmens, können so Produktivitätssteigerungen erzielt werden.

Je nach Ausgestaltung der Aufgabenaufbereitung wird mehr oder weniger Konkurrenz zwischen den CrowdworkerInnen intendiert. Teilweise werden die Aufgaben in Form eines Wettbewerbs allen CrowdworkerInnen zur Verfügung gestellt, wobei nicht klar ist, wer letztlich den versprochenen Preis je abgearbeiteter Aufgabe erhält. Diesfalls haben CrowdworkerInnen ein hohes **Wettbewerbs-** und auch **Risikopotenzial** in Kauf zu nehmen.

Andere Plattformen bieten die Aufgaben gezielt bestimmten CrowdworkerInnen an; sobald ein/eine CrowdworkerIn mit der Abarbeitung der Aufgabe beginnt, wird diese für die übrigen CrowdworkerInnen gesperrt. Die versprochene Entlohnung steht bei auftrags- und insbesondere zeitgemäßer Abwicklung der Aufgabe dem/der exklusiv arbeitenden CrowdworkerIn zu. Diese Form des Crowdsourcing hat ein geringeres Wettbewerbspotenzial und bietet so für CrowdworkerInnen weniger Risiko, keinen Lohn zu erhalten.

2. Die Crowdwork-Plattform www.clickworker.com

2.1 Die Auswahl der Plattform

Clickworker (www.clickworker.com) wurde von den virtuelles Crowdwork anbietenden Plattformen deshalb ausgewählt, weil das Unternehmen seinen Sitz im deutschsprachigen Raum und infolgedessen auch für deutschsprachige CrowdworkerInnen (in der Folge auch ClickworkerInnen genannt) den Vorteil der leichteren Verständlichkeit hat. Es ist anzunehmen, dass diese Plattform die meisten deutschsprachigen Beschäftigten hat und damit auch für Österreich eine bedeutende Rolle in diesem Feld spielt.

⁴ Leimeister/Zogaj/Blohm, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in Benner, Crowdwork – zurück in die Zukunft? (2015) 21 f.

2.2 Die Organisation der Plattform

Das Unternehmen clickworker GmbH betreibt eine Internet-Plattform, auf der von KundInnen unterschiedliche „Lösungen“ für Aufgaben angeboten werden, die diese nicht innerhalb ihres Unternehmens bearbeiten können oder wollen. Diese Aufgaben werden für „ihre“ Crowd zur Abarbeitung aufbereitet und anschließend auf die Plattform gestellt. Dabei soll in zweierlei Richtung Geld fließen: Einerseits wird den CrowdworkerInnen ein Entgelt angeboten, sofern die Aufgaben auftragsgemäß abgearbeitet werden, andererseits wird von KundInnen ein zu vereinbarendes und an die Plattform zu entrichtendes Entgelt für die Auftragsabwicklung verlangt.

Nach Eigendarstellung der Plattform setzt diese nach dem Crowdsourcing-Prinzip auf das Know-how und die Leistung von **100.000 qualifizierten**, bei clickworker registrierten **ClickworkerInnen**, um Projekte für Unternehmen schnell, flexibel und effizient umzusetzen. Seit der Gründung des Unternehmens im Jahr 2005 bis zum Jahr 2016 stieg die Zahl der ClickworkerInnen auf **über 800.000**.⁵

Nach Daten einer Studie der Universität Herfordshire, FEPS, Ipsos Mori, UNI Europa und AK Wien verrichteten im Jahr 2015 in **Österreich 5 %** der Befragten wenigstens **einmal pro Woche Arbeit auf Plattformen**.⁶ Wie viele davon bei clickworker arbeiten, ist nicht feststellbar. Es gibt lediglich eine Eigenangabe bei clickworker, dass 2015 25 % der damals 700.000, also rund 175.000 EuropäerInnen (exklusive Deutschland), in der Plattform arbeiten: „*Geografisch verteilt sich unsere Crowd in etwa wie folgt: Ein Viertel unserer Clickworker kommt aus Deutschland, ein Viertel aus den USA, ein Viertel aus anderen europäischen Ländern und ein Viertel aus dem Rest der Welt (vorwiegend aus Kanada, Australien und den Ländern Südamerikas)*.“⁷ „*Mit der Vielfalt an Muttersprachen, Kenntnissen und Fähigkeiten unserer Clickworker können wir eine große Bandbreite an Aufgaben in zahlreichen Sprachen abdecken*.“⁸

Clickworker selbst stellt sein Geschäftsmodell folgendermaßen dar: „*Clickworker akquiriert Aufträge von großen und mittleren Unternehmen, speziell aus den Bereichen Medien, Internet, e-Commerce Branchen- und Adressverzeichnissen. Größere Aufträge (> 100.000 €) werden in Mikroaufträge (< 1 €) zerteilt und von den Clickworkern abgearbeitet. Für diese Dienstleistung wird ein Betrag erhoben, von dem ein Teil als Honorar an die Clickworker geht. Standardisierte Aufträge in den Bereichen Texterstellung und Umfragen können vom Kunden selbst online über den Self-Service-Marktplatz eingestellt werden*.“⁹

5 <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (10.11.2016).

6 http://www.uni-europa.org/wp-content/uploads/2016/09/crowd_working_survey_Austria.pdf (28.09.2016).

7 Die Eurofound Studie, New forms of employment (2015) 113, stellt hingegen beim virtuellen Crowdwork ein Verhältnis von einem Drittel Deutscher, einem Drittel aus anderen EU-Staaten und einem Drittel aus der restlichen Welt fest. <https://www.eurofound.europa.eu/de/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment> (05.01.2017).

8 <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (05.01.2017).

9 https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2015/03/Onepager_clickworker_DE2015.pdf?_ga=1.62633196.1319045382.1430224248 (10.11.2016).

3. Das Arbeiten auf clickworker

3.1 Die VertragspartnerInnen

Im unteren Bereich der Homepage befindet sich das Impressum, worin als für die Homepage verantwortliches Unternehmen die clickworker GmbH, Hatzper Straße 34, 45149 Essen, genannt ist. Ebenfalls ganz unten unter dem Stichwort „Team“ findet man (Stand 10.11.2016) die Geschäftsführung, Managing Director *Christian Rosenich* und Director of Sales *Georg Kresin*¹⁰. Diesen beiden Personen ist die Verantwortung für die Inhalte der Plattform als Geschäftsführer der GmbH zuzuordnen.

Bei den CrowdworkerInnen können folgende drei Gruppen unterschieden werden:

- › Personen, die auch andere Einkommensquellen haben und durch Clickwork nur etwas „**dazuverdienen**“ (Dazuverdienst),
- › Personen, für die Crowdwork die **einzige/wesentliche Einkommensquelle** darstellt (in der Regel gut Qualifizierte, für die Crowdwork eine **Übergangslösung** darstellt und schlechter Qualifizierte, für die es eine **dauerhafte Alternative zu Arbeitslosigkeit** darstellt),
- › Personen, die vom regulären Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind, zB wegen einer Behinderung oder sozialer **Ausgrenzung** (Integration).¹¹

Dieser Einteilung bedarf es vor allem für die rechtliche Deutung der Schutzwürdigkeit der Personengruppen, da diese möglicherweise in unterschiedlichem Ausmaß vorhanden ist, wie noch zu untersuchen sein wird.

Beim plattformbasierten Arbeiten können zwei Konstruktionen unterschieden werden, je nachdem, ob die Plattform oder der/die AuftraggeberIn des jeweiligen Microjobs VertragspartnerIn für die CrowdworkerInnen ist. Bei **Gesamtdienstleistungsplattformen** ist ausschließlich die Plattform Vertragspartnerin. AuftraggeberInnen bleiben im Hintergrund und sind für die CrowdworkerInnen nicht erkennbar. **Vermittlungsplattformen** stellen hingegen lediglich die technischen Rahmenbedingungen zur Verfügung, um AuftraggeberInnen und CrowdworkerInnen ein Vertragsverhältnis zu ermöglichen.¹²

Je nach Gestaltung ist den jeweiligen Plattformen mehr (Gesamtdienstleistungsplattformen) oder weniger (Vermittlungsplattformen) Verantwortung dafür zuzurechnen, was auf der Plattform abgewickelt wird, und entsprechend mehr oder weniger Steuerung der Arbeitsprozesse wird von der Plattform vorgegeben. Im ersten Fall ist Vertragspartnerin der ClickworkerInnen die Plattform, im zweiten ist es in der Regel der Kunde/die Kundin, wobei in dieser Konstruktion fraglich ist, inwieweit auch der Plattform Teilverantwortlichkeiten zurechenbar sind, da sie den Prozess der Abarbeitung der Aufgaben zumindest teilweise steuert.

Inhalt des Vertrages sind die auf die Plattform gestellten **Tätigkeiten**, die auf der Homepage in folgende zwei Modelle eingeteilt werden: „1) Die zur Verfügung stehenden Microjobs entstehen

10 <https://www.clickworker.de/ueber-uns/team/> (10.11.2016)

11 Vgl. *Risak*, Crowdwork, ZAS 2015, 13.

12 *Warter*, Crowdwork (2016) 111 ff.

*aus den Projekten unserer KundInnen, die wir in einzelne, in sich abgeschlossene **Microjobs** zerlegen und unseren Clickworkern zur Bearbeitung bereitstellen. 2) Des Weiteren stellen einige KundInnen kleinere **Texterstellung-Jobs** oder **Umfragen** selbständig über unseren Self-Service-Marktplatz ein. Auch diese Jobs stehen den Clickworkern online zur Bearbeitung zur Verfügung.“*

Im ersten Modell, in dem clickworker die Aufgaben in Microjobs zerlegt und diese den ClickworkerInnen zur Bearbeitung bereitstellt, kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass es sich um eine Vertragsbeziehung zwischen der Plattform selbst und den jeweiligen ClickworkerInnen handelt. Dies ist nach dem Wortlaut auch so intendiert: Die KundInnen, für die diese Microjobs letztlich bearbeitet werden, bleiben für die ClickworkerInnen unbekannt. Auch die Wahl des Begriffes „Kunden“ kann als Indiz dafür genommen werden, dass die Plattformbetreiberin keine direkte Beziehung zwischen Crowd und KundInnen wünscht.

Diese Interpretation wird von den AGB¹³ in § 1.1 gestützt, in welchen klargelegt wird, dass diese *„für alle Vertragsbeziehungen zwischen clickworker und den Clickworkern gelten.“* Eine Einschränkung dahingehend, dass auch KundInnen Vertragsbeziehungen zu ClickworkerInnen entfalten könnten, wurden nicht gefunden.

Aber auch im zweiten Modell, in dem kleinere Texterstellungsjobs und Umfragen von KundInnen selbständig in den Self-Service-Marktplatz eingestellt werden können, übernimmt die Plattform nach ihrer Diktion zwar nur eine Vermittlungsrolle, allerdings bleiben wesentliche Funktionen der Vertragsbeziehung im Einflussbereich der Plattform. Clickworker rekrutiert die Crowd und gestaltet die Arbeitsumgebung, schaltet die Aufgaben nur für jene ClickworkerInnen frei, die sich für die entsprechenden Aufgaben eignen – dh sie entscheidet über ihr eigenes Qualifikations- und Bewertungssystem, wer an der Bearbeitung der Microjobs teilnehmen kann – und sie wickelt letztlich auch die Bezahlung ab. Die KundInnen treten allenfalls in einer anonymisierten Form, wie zB *„eine Telekommunikationsfirma“* in den Aufgaben in Erscheinung. Aus diesem Grund ist meines Erachtens bei clickworker davon auszugehen, dass die zu beurteilende **Vertragsbeziehung** zwischen der **Plattform** und dem/der jeweiligen **ClickworkerIn** zustande kommt.¹⁴

Dieser Schluss wird von den AGB weiter unterstützt: Nach § 1 AGB treten ClickworkerInnen mit dem/der AuftraggeberIn überhaupt nicht in Kontakt.

Somit bleibt als Ergebnis festzuhalten, dass bei beiden Arten von Tätigkeiten, die auf clickworker angeboten werden, als Vertragspartnerin für die ClickworkerInnen lediglich die Plattform infrage kommt, da die KundInnen für die ClickworkerInnen – außer als Überschrift und anonymisiert bei der Beschreibung der jeweiligen Aufgabe – überhaupt nicht in Erscheinung tritt.

¹³ https://Workplace.clickworker.com/de/agreements/10123?_ga=1.96124508.1319045382.1430224248 (17.10.2016).

¹⁴ Vgl zu dieser Einordnung auch *Warter*, Crowdwork 82 ff.

3.2 Der Vertrag

Clickworker beschreibt „seine Crowd“ folgendermaßen: *„Unsere internationale Crowd besteht zurzeit aus über 800.000 Clickworkern. Clickworker sind Internetnutzer, die sich bei uns registrieren, um auf unserer Online-Plattform kleine Jobs (Microjobs) auf Honorarbasis zu bearbeiten. Die Clickworker bearbeiten die Jobs unabhängig und zeitlich flexibel von ihren eigenen Computern aus“*¹⁵ (Hervorhebungen von der Verfasserin). Mit dieser Beschreibung wird von clickworker als Plattformbetreiberin die Sicht dargelegt, dass das Geschäftsmodell wohl ein privatrechtliches sein soll, bei dem ClickworkerInnen einen Werkvertrag angeboten bekommen.

Die **AGB** von clickworker für den/die AuftraggeberIn und die ClickworkerInnen sind auf der Einstiegsseite nicht ganz einfach zugänglich. Sie sind nur entweder über die Clickworker-FAQs¹⁶ (Frequently Asked Questions) im unteren Bereich der Startseite der Homepage zu erreichen. Unter der Frage, ob man die AGB auch vor der Registrierung einsehen kann, findet sich ein Link auf diese, oder man wählt den Weg der Registrierung und „stolpert“ dort gewissermaßen über die Aufforderung, die AGB zu akzeptieren, falls man weiter zu den Aufträgen vordringen will.

§ 1.1 AGB regelt die Vertragsbeziehung zwischen der Plattform und den ClickworkerInnen mit den Worten, dass *„die clickworker GmbH (im Folgenden ‚clickworker‘) auf ihren Webseiten einen Bereich ‚Workplace‘ betreibt, auf dem angemeldete Teilnehmer (die ‚Clickworker‘) clickworker verschiedene Leistungen anbieten können.“*

Damit überhaupt Aufgaben angeboten werden, ist eine Registrierung notwendig sowie die einmalige **Einrichtung eines BenutzerInnenkontos** und dessen Freischaltung durch clickworker (§ 2.1 AGB). Ein Rechtsanspruch auf eine Freischaltung des BenutzerInnenkontos besteht allerdings nicht.

In § 1.2 AGB findet sich ein Passus, dass individuelle Absprachen zwischen clickworker und den ClickworkerInnen in jedem Fall Vorrang vor diesen AGB haben. Für den Inhalt derartiger Absprachen ist ein schriftlicher Vertrag bzw die schriftliche Bestätigung von clickworker maßgeblich. Diese Bestimmung erweckt den Eindruck, dass ClickworkerInnen die Möglichkeit haben, von den AGB abzugehen. Wie dies in der Praxis aussehen könnte, erhellte sich bei der Recherche auf der Plattform nicht, da man zuerst die Akzeptanz der AGB anklicken muss, um überhaupt einsehen zu können, welche Aufträge bereitgestellt werden. Möglicherweise können etablierte ClickworkerInnen im Verlaufe ihrer Karriere auf der Plattform Forderungen auf Abänderung der AGB gegenüber clickworker geltend machen – realistisch erscheint das freilich nicht.

Eine weitere Klausel in § 1.3 AGB lautet, dass clickworker mit einer sechswöchigen Vorankündigungsfrist berechtigt sei, die **AGB einseitig zu ändern**. Von der Änderung wird der/die ClickworkerIn per E-Mail informiert. Wenn er/sie nicht innerhalb von sechs Wochen ab Bekanntgabe widerspricht, wird die AGB-Änderung Gegenstand des zwischen dem/der ClickworkerIn und

¹⁵ <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (05.01.2017).

¹⁶ <https://www.clickworker.de/faq/> (11.10.2016).

der Plattform bestehenden Vertragsverhältnisses. Wenn ClickworkerInnen widersprechen, haben beide Seiten das Recht, das Vertragsverhältnis zu beenden.

§ 3 AGB ist mit „Angebote der Clickworker/Nutzung des Workplaces“ überschrieben. In § 3.1 AGB wird mit der Formulierung „clickworker stellt auf dem Workplace Projekte mit hierfür geltenden Konditionen vor (lediglich als eine ‚Einladung zum Angebot‘ – *invitatio ad offerendum*)“ dreifach unterstrichen, wie die Plattformbetreiberin ihren Part sehen will, nämlich als reine Einladung zum Angebot. Angebote der ClickworkerInnen müssen von clickworker nicht angenommen werden und im darauf folgenden Satz wird nochmals verdeutlicht, dass das Angebot von clickworker („die Einstellung von Projektbeschreibungen in den Workplace“) gegenüber den ClickworkerInnen nicht verbindlich sei.

Wovon es abhängt, ob man solche Einladungen zum Angebot erhält oder nicht, wird nicht offengelegt. Es ist also nicht vergleichbar mit einem Arbeitsverhältnis, bei dem zur Beendigung des Vertrages die Kündigung ausgesprochen wird, sondern es werden unter Umständen schlicht keine Aufgaben mehr auf das persönliche BenutzerInnenkonto gestellt. Der Grund für eine derartige Auftragsflaute wird dem/der ClickworkerIn nicht mitgeteilt.

Gemäß § 3.1 können ClickworkerInnen ein Angebot zur Abarbeitung der in ihrem BenutzerInnenkonto veröffentlichter Projekte zu den dortigen Konditionen stellen, allerdings nur zu diesen Projekten und nur zu den dortigen Konditionen.

§ 3.2 AGB schließt (theoretisch) einen Erfüllungsanspruch von clickworker gegenüber den ClickworkerInnen, dass diese ein Projekt gemäß den **vorgegebenen Konditionen** abarbeiten müssen, aus. Umgekehrt – und das wird in der Praxis wohl öfter vorkommen – wird hier auch die verpflichtende Abnahme der Leistung der ClickworkerInnen ausgeschlossen, sofern diese nicht den Konditionen entspricht; dies wird insbesondere bei Zeitüberschreitung der Fall sein.

Der erste Teil dieser AGB-Klausel, der offensichtlich die **Freiwilligkeit der Leistungserbringung** durch die ClickworkerInnen unterstreichen soll, kann meines Erachtens praktisch nicht nachvollzogen werden. Nach meinen Beobachtungen scheint es so, dass ClickworkerInnen, die von der Freiwilligkeit der Leistungserbringung ernsthaft Gebrauch machen und sehr sporadisch in der Plattform „vorbeischauen“, ob für sie etwas Interessantes dabei ist, in der Regel bald keine weiteren Aufträge mehr zugeteilt bekommen. Dies ist damit erklärbar, dass sie so – ohne die Qualität der Verfügbarkeit gerade für das schnellere Abarbeiten von Aufträgen als es mit eigenen, direkt angestellten MitarbeiterInnen des KundInnen-Unternehmens möglich ist – weder für die KundInnen noch die Plattform selbst als ClickworkerInnen interessant sind. Welche Aufträge in das persönliche Konto gestellt werden und welche insgesamt auf der Plattform zur Verfügung stehen, ist für Außenstehende nicht sichtbar.

Interessant sind die inneren **Widersprüche** in den §§ 3.1 und 3.3 AGB: Gemäß § 3.1 AGB stellt clickworker auf „dem Workplace Projekte mit hierfür geltenden Konditionen vor (lediglich als eine ‚Einladung zum Angebot‘ – *invitatio ad offerendum*). Nach der Freischaltung ihres Benutzerkontos können sich die Clickworker die Projekte ansehen, die ihrem Qualifikationsprofil entsprechen. Die Clickworker können clickworker zu diesen Projekten ihrerseits ein Angebot zur Abarbeitung des Projektes zu den Konditionen unterbreiten, die in der Projektbeschreibung angegeben sind. clickworker ist nicht verpflichtet, solche Angebote anzunehmen. Die Einstellung von Projektbeschreibungen in den

Workplace stellt daher kein verbindliches Angebot von clickworker dar.“ Nach § 3.3 AGB erfolgt die Auftragserteilung durch clickworker „ausschließlich gegenüber dem Clickworker, der das entsprechende Angebot abgegeben“ hat. „Die Weitergabe des Projektes und die Bearbeitung durch Dritte sind ausdrücklich untersagt, soweit dies nicht in der Projektbeschreibung ausdrücklich erlaubt wird“.

Weitere Macht-Ungleichgewichte sind hinsichtlich eines Mangels an Transparenz, Einfluss auf die Vertrags- und Arbeitsbedingungen und bei Abänderung derselben sowie bei den Elementen der persönlichen Abhängigkeit wie Arbeitszeit, -mittel und -ort zu erkennen.

Es gibt **kaum Transparenz** bei der Beurteilung, warum ein Benutzerkonto entweder freigeschaltet wird oder eben nicht. Auch wenn auf Freischaltung kein Anspruch besteht, wird dadurch für Personen, die ihre Arbeitskraft vermarkten wollen/müssen (für die daher Zeit Geld wert ist), eine Situation geschaffen, in der viel von dieser wertvollen Zeit vertan werden kann, wenn jedes Mal der „Workplace“ (also der virtuelle Arbeitsplatz) aufgesucht werden muss, um zu sehen, ob Aufgaben im Angebot sind.

Auch wenn das Aufsuchen des Arbeitsplatzes nicht bedeutet, dass eine physische Bewegung an einen bestimmten Ort vonnöten ist, gibt es sehr wohl etwa eine **örtliche Bindung** an Räume, in denen guter Internetzugang existiert sowie einen gewissen Zeit- und Konzentrationsaufwand, um an den virtuellen Arbeitsplatz zu gelangen.

ClickworkerInnen haben darüber hinaus **keinerlei Einfluss auf die Konditionen**, unter denen die Arbeit erbracht werden muss. Sie können sich **nicht vertreten** lassen und aufgrund der mangelnden Transparenz haben ClickworkerInnen keinerlei Kontrolle darüber, ob die Bewertung der Einhaltung der Konditionen korrekt erfolgt.¹⁷

Das **Ungleichgewicht** bei Änderungen der Vertragsbeziehung – einerseits die Absprachenotwendigkeit, wenn ClickworkerInnen Vertragsänderungen erreichen möchten, die schriftlich festzuhalten sind, und andererseits die einseitige Abänderungsmöglichkeit seitens clickworker, bei der sechsmonatiges Schweigen als Zustimmung gewertet wird – sowie die faktische Unmöglichkeit der ClickworkerInnen, sich gegen die Nichtzuteilung von Aufträgen zu wehren, sind meines Erachtens deutliche Indizien dafür, dass hier ein gewisses strukturelles Machtgefälle zwischen clickworker und ClickworkerInnen besteht.

Insgesamt allerdings sollen die AGB offensichtlich nahelegen, dass der Vertrag als ein zivilrechtlicher zwischen gleichberechtigten MarktteilnehmerInnen geschlossen wird. Zur Anwendung kämen dann die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen des ABGB, dem eher eine Ordnungs- als eine Schutzfunktion für schwächere VertragspartnerInnen innewohnt. Die darin enthaltenen Regelungen greifen für Personen, die ihre Arbeitskraft vermarkten müssen, zu kurz, was ursprünglich die Grundlage für die Herausbildung des Arbeitsrechts war. Dieses enthält

.....
¹⁷ „Wenn der Korrektor weniger von der Materie weiß als du selber, bist du verloren – und Korrektoren werden nicht besonders geprüft, ich habe einen meiner Texte selber zur Korrektur gekriegt und die von anderen Leuten, in den ersten zehn Tagen, nachdem ich mich bei Clickworker angemeldet habe. Und natürlich könnten Korrektoren, die selber Aufträge suchen, die Konkurrenz auf diese Weise rauskicken wollen.“ Kommentar von malocher am 29.06.10, <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> (10.11.2016).

im Gegensatz vielfältige Bestimmungen, die ArbeitnehmerInnen die Arbeitskraft erhalten und bestimmte Risiken ihres Lebens abfedern sollen. Für die Unterscheidung der Vertragstypologien Arbeitsvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag sind juristische Kriterien herausgearbeitet worden, die den Arbeitsvertrag charakterisieren. Dazu gehört vor allem die **persönliche Abhängigkeit** der ArbeitnehmerInnen von ihren ArbeitgeberInnen, die sich unter anderem am Weisungsrecht zu Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten ablesen lässt.¹⁸ Erkennbar ist eine solche Einbindung zB daran, dass ArbeitnehmerInnen einem **Zeitmanagement** des Betriebes unterworfen sind sowie dass sie die **Arbeitsmittel** gestellt erhalten und ihre Arbeit am **Betriebsstandort** oder einem vom/von der ArbeitgeberIn vorgegebenen Ort erbringen müssen.

Für die **Zeiterfassung** läuft bei Aufträgen, die nicht ausschließlich der Überprüfung der Eignung der ClickworkerInnen dienen sollen, in der oberen Leiste eine digitale „Sanduhr“, dh es wird dargestellt, wieviel Zeit noch übrigbleibt, um das ebenfalls in der Leiste ersichtliche **Honorar** (häufig im Cent-Bereich) zu lukrieren. Wenn die Zeitvorgabe überschritten wird, gilt die Aufgabe als nicht erfüllt und der/die jeweilige ClickworkerIn erhält dafür kein Entgelt.

Verbleibende Zeit für Auftragsbearbeitung und Entgelthöhe



Umfrage: Emotion analysis



Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

„Sie brauchen nur einen PC“ ist die das **Arbeitsmittel** betreffende Darstellung im Informationsvideo¹⁹ für die ClickworkerInnen. Die Ausstattung mit einem PC ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für ein Arbeiten auf clickworker. Wenn man die für die jeweiligen Aufträge angegebenen Fristen einhalten will, ist ein schnell arbeitender PC ebenso vonnöten wie ein belastbarer Internetanschluss. „Stürzt“ eine begonnene Auftragsbearbeitung wegen Netzwerkproblemen oder Ähnlichem ab, wird die Auftragsbearbeitung abgebrochen. Da der Microjob somit nicht fertig bearbeitet und abgeliefert werden kann, steht auch keine Bezahlung zu, obwohl gearbeitet wurde.

Auch die Plattform mit der Arbeitsoberfläche und dem ihr immanenten Workflow ist ein wesentliches Betriebsmittel für die Abarbeitung der Aufgaben. Dabei haben ClickworkerInnen – wenn überhaupt – nur einen äußerst geringen Gestaltungsspielraum.

¹⁸ *Rebhahn* in ZellKomm, rdb, § 1151 ABGB Rz 99 (06.01.2017).

¹⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=ckbQYVHdCZ0> (18.10.2016).

Der PC selbst dürfte in diesem Zusammenhang eine eher untergeordnete Bedeutung spielen. Er stellt das virtuelle Mobilitätserfordernis dar – vergleichbar dem Auto, das für AußendienstmitarbeiterInnen vorausgesetzt wird und als solches keinen Zweifel am Vorliegen eines Arbeitsvertrages generiert.

Hinsichtlich des **Arbeitsortes** ist folgendes anzumerken²⁰: Ein Argument, das die Werkvertragsidee stützen soll, besagt, dass man die Aufträge überall abarbeiten kann – das stimmt jedoch nur begrenzt. Der bereits genannte Aspekt, dass der Internetzugang stabil sein muss, schränkt mögliche Arbeitsorte in der Realität weitgehend ein. Weiters kann man sich die Aufgaben nicht auf den eigenen PC herunterladen und orts- sowie zeitunabhängig bearbeiten, sondern die Arbeit muss (ist sie erst einmal begonnen worden) auch innerhalb der vorgegebenen Zeitspanne beendet werden – und zwar auf dem Interface.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der PC wohl nur ein untergeordnetes Betriebsmittel darstellt. Wesentlich für die Einordnung des Vertrages erscheint vielmehr die Gebundenheit an Vorgaben der Plattform hinsichtlich Zeitvorgaben, Interface- und Internetanbindung. Aber es gibt noch weitere Indizien dafür, dass es sich bei Clickwork eher um eine abhängige Form des Arbeitens handelt.

3.3 Die Registrierung

Das Registrieren auf der Homepage bedeutet bei clickworker, dass – um überhaupt zu Aufträgen zu kommen – die **AGB anzuerkennen sind**. Nimmt man diesen Vorgang im juristischen Sinn ernst, ist zunächst erheblich Zeit aufzuwenden, um sich mit den AGB auseinanderzusetzen, ohne noch in Erfahrung bringen zu können, ob die Aufträge, die hinter der Registrierung warten (oder auch nicht), diesen Zeitaufwand überhaupt lohnen. Anders als in der realen Welt beim Bewerbungsverfahren für eine Stelle, sieht man nicht den Gesichtsausdruck der dort Beschäftigten, der KundInnen, bekommt außer der Navigation durch die Homepage keinen Eindruck vom Unternehmen als Ganzes.

Je nachdem, welcher Weg auf der Startseite gewählt wurde (prospektive Kunde/Kundin oder ClickworkerIn), werden unterschiedliche Informationen zur weiteren Registrierung angeboten.

.....

²⁰ In den 1990er-Jahren war der Hype um die Telearbeit von ähnlichen Fragestellungen auf Seiten der ArbeitnehmerInnen begleitet, wie dies jetzt wieder der Fall ist, in einer Zeit, in der es eine deutlich über 90%-Ausstattung mit mobilen Endgeräten gibt und sich auch die Techniken der Übertragung beschleunigt und verändert haben. Auch damals ging es um die Frage, wer welche Verantwortung übernehmen muss, wenn von zu Hause aus gearbeitet wird und welche rechtlichen Regelungen anwendbar sind. Da das Heimarbeitsgesetz vorwiegend für ArbeiterInnen konzipiert war, tat sich vor allem für Angestellten-tätigkeit eine (scheinbare) Lücke für dieses Segment auf. Sozialpartnerergebnis von Verhandlungen diesbezüglich war die Einigung darauf, dass es ohnehin sozial und gesundheitlich problematisch sei, wenn Arbeit nur von zu Hause aus erledigt wird, weshalb jene Unternehmen, für die Arbeit von zu Hause aus interessant war, ihre ArbeitnehmerInnen mit den nötigen Arbeitsmitteln ausstatten und im Wesentlichen die Geltung der Gesetze, die für Angestellte einzuhalten sind, auch für diese ArbeitnehmerInnen anwandten („alternierende Teleheimarbeit“). Aktuell ist die Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Einstufung der Arbeit von zu Hause aus von *Risak*, Home-Office I – Arbeitsrecht, ZAS 2016/36, 204, und *Brodil*, Home-Office II – Haftung bei entgrenzter Arbeit, ZAS 2016/37, 209.

Die **KundInnen** erhalten zunächst Überblick über mögliche von clickworker angebotene „Lösungen“, dh Dienstleistungen: Text (zB wird zum Bild eines Hockers eine Produktbeschreibung verlangt), Web-Recherche (zB Verifizierung von Adressen), Kategorisierung & Tagging (zB passende Stichwörter zu Fotos eingeben), Umfragen (zB Gewinnung von Marktdaten als Entscheidungsgrundlage), Produktdatenpflege (zB hinsichtlich Basis-Produktinformationen wie Farbe, Gewicht, Maßen, Artikelnummern oder Anreicherung der Produkte mit Detailinformationen hinsichtlich Wartung, Nährstoffzusammensetzung etc) und Mobile Crowdsourcing (zB Rückmeldungen von Personen, die Point-of-Sales-Kampagnen vor Ort fotografieren, bewerten und analysieren). Diese „Lösungen“ stellen die Grundlage für die den ClickworkerInnen auf ihren „Workplaces“²¹ (Arbeitsplätzen) zur Verfügung gestellten Aufgaben dar.

ClickworkerInnen werden mit folgenden Slogans ermuntert, sich zu registrieren: Als ClickworkerInnen werde **selbstbestimmt** und zeitlich **vollkommen flexibel** gearbeitet, es gebe **keine versteckten Kosten** oder Gebühren, einzig ein Computer mit Internetanbindung sei Voraussetzung, für das Microjobing sei **keine formale Qualifikation** erforderlich, eine **monatliche Auszahlung ab 10,- Euro** Guthaben würde nicht verfallen (dass überhaupt erst ab einem erarbeiteten Guthaben von 10,- Euro ausbezahlt wird, bleibt an dieser Stelle unerwähnt) und die Sicherheit der ClickworkerInnen-Daten werde ernstgenommen, diese würden nicht an Dritte weitergegeben.

In den FAQ ist unter der Frage, ob bei der Registrierung Namen und Adresse richtig angegeben werden müssen, unmissverständlich klargestellt, dass dies erforderlich sei. Konten mit fehlenden oder fehlerhaften Angaben würden geschlossen werden und gegebenenfalls können Nachweise zu Identität und Wohnsitz gefordert werden. Im Falle bewusst **falscher Angaben** kann das **Konto gesperrt**, ClickworkerInnen **von der Plattform ausgeschlossen** und erarbeitetes Geld nicht ausbezahlt werden. Die Begründung lautet: „*Da wir nur an diejenige Person auszahlen dürfen, die sich bei uns registriert hat*“²².

Bei der Eröffnung eines Paypal-Kontos für den Fall, dass ClickworkerInnen ihr Girokonto nicht bekanntgeben wollen, sind weitere AGB zu lesen und zu verarbeiten.²³

Dann werden umfangreiche Angaben über Sprachkenntnisse und Hobbies verlangt. Nach Abschluss all dieser Angaben, **sind** die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (**AGB**) **zu akzeptieren**. Wer die AGB in diesem Stadium der Registrierung lesen will, läuft Gefahr, dass der Anmeldeprozess unterbrochen wird.²⁴ Der/Die geschulte Internetplattform-NutzerIn wird also vor der Registrierung die Plattform nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen absuchen und kann bei den FAQ fündig werden.

21 Vgl § 1 AGB.

22 Es stellt sich die Frage, wer in diesem Zusammenhang die ermächtigende Instanz ist (arg: „auszahlen dürfen“).

23 Ob Junkmails von „Paypal Invo@KundInnenservice.de“ einige Tage nach der Registrierung in der Mailbox, die dazu auffordern, einen Link anzuklicken, um weiteren Betrug zu verhindern, dem Zufall geschuldet sind, bleibt im Dunkeln. Ebenso bleibt im Dunkeln, welchen Zweck sie verfolgen: Phishing, Trojaner oÄ.

24 In diesem Zusammenhang ist auch die Problematik der Sprachenunkenntnis beim Vertragsschluss und der AGB-Kontrolle relevant. Zur Problematik, dass bei globalem Angebot und nur deutsch und englisch verfassten AGB nicht gewährleistet werden kann, dass ClickworkerInnen die juristischen Feinheiten verstehen, wenn ihre Muttersprache zB Französisch ist, siehe *Temming*, Verstehen Sie Deutsch? Sprachenunkenntnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, 38, 1/2016, 38.

Ist die Angabe der verlangten Daten abgeschlossen, erhalten die CrowdworkerInnen ein E-Mail mit Link zugeschickt, der Zugang zu den ersten Aufträgen auf dem Interface verschafft. Ob allerdings eine Freischaltung erfolgt oder nicht und ob und welche Aufgaben zugeteilt werden, ist bis dahin nicht ersichtlich.

3.4 Aufgaben für ClickworkerInnen/Lösungen für KundInnen

Die ersten Aufträge sind wohl **Checks**, inwieweit es den neuen CrowdworkerInnen ernst ist, die Bedingungen der Plattform zu akzeptieren. In weiterer Folge besteht die Möglichkeit, sich für unterschiedliche Arten von Aufträgen zu qualifizieren: Es sind zB Texte zu Fotos zu erstellen, Produkte zu beschreiben, Web-Recherchen zur Richtigkeit von Adressangaben vorzunehmen, Produktdaten für Web-Shops einzugeben oder zu ergänzen usw.

Ein Selbsttest einer Registrierung und der Arbeit auf clickworker bietet folgenden Eindruck: Die konkrete erste angebotene Aufgabe ist die Teilnahme an einer Umfrage, was von einem „**Clickworker werben KundInnen**“-Programm gehalten werde. Abhängig von der Antwort kann die Umfrage vorzeitig beendet werden und man erhält, wenn man von einer solchen Aktion nichts hält, für die Antwort 0,01 Euro.

Eine nächste Aufgabe wäre *die Teilnahme an einem Survey über emotionalen Ausdruck* gewesen, bei der man sich mittels Webcam hätte filmen lassen müssen – selbstverständlich „*unter Einhaltung des Datenschutzes*“. Je Auftrag wären 0,40 Euro zu lukrieren gewesen.

Ein drittes Angebot lautete schließlich, neue **ClickworkerInnen** zu **akquirieren**. Es sollen Personen gefunden werden, die zumindest 10,- Euro auf clickworker ins Verdienen bringen; dann steht ein Entgelt von 5,- Euro zu.²⁵

In den FAQ heißt es zwar auf die Frage hin, ob das **Überspringen von Aufträgen** negative Auswirkungen für ClickworkerInnen habe, dass dem nicht so sei, solange weitere Aufträge zur Verfügung stehen. Allerdings werde beim Überspringen sichergestellt, dass erst einmal diese einzelnen (übersprungenen) Aufträge nicht wieder angeboten werden, zumindest nicht in den nächsten paar Minuten. Dadurch könne es passieren, wenn nur wenige Aufträge zur Verfügung stünden, dass unter Umständen **gar keine Aufträge mehr** angeboten würden.²⁶

Bei einem neuerlichen Einloggen besteht dann die Möglichkeit, sich bei einer Umfrage „**Kommunikation mit Mobilfunk-KundInnenservice**“ zu beteiligen. Diese Aufgabe dient der Überprüfung, ob ClickworkerInnen imstande sind, einen Aufgabentext genau zu lesen. Es geht nämlich nur sekundär um die Ideenkeation, die im Text als Aufgabe gestellt wird, sondern in erster Linie um das **Erfassen eines Codes**, der dann in ein bestimmtes Feld einzutragen ist.

.....
²⁵ Ein derartiges Video ist auf der clickworker-Homepage unter <https://www.youtube.com/watch?v=3nyaCTM0gBM&feature=youtu.be> (28.09.2016) einzusehen.

²⁶ „Normalerweise hat bei einem großen Projekt mit vielen Einzelaufträgen das Überspringen keinen für Sie wahrnehmbaren Nachteil, solange Sie noch weitere Aufträge zur Verfügung haben. Allerdings wird beim Überspringen sichergestellt, dass Sie erst einmal diesen einzelnen Auftrag nicht wieder angeboten bekommen, zumindest nicht in den nächsten paar Minuten. Dadurch kann es passieren, dass Sie, wenn Sie nur wenige Aufträge zur Verfügung haben, gar keine Aufträge mehr angeboten bekommen“ <https://www.clickworker.de/faq/> (10.11.2016)

Es ist zwar sehr ansprechend, dass die Begrüßung mittels „Hallo“ und Nennung des Vor- und Zunamens erfolgt sowie dass zu sehen ist, dass ca 850.000 ClickworkerInnen bei clickworker registriert und gerade etwa 10.000–20.000 aktiv sind, aber wenn keine Aufträge bereitgestellt werden, wird viel Zeit darauf verwendet, sich einzuloggen und nachzusehen, ob Aufträge geladen werden; Zeit, die letztlich unbezahlt bleibt. Je häufiger dieser Vorgang zu wiederholen ist, desto eingeschränkter die Freiheit, über die eigene Zeit zu disponieren, desto abhängiger werden ClickworkerInnen von der Plattform.

Clickworker stellt das selbst folgendermaßen dar: *„ClickworkerInnen erledigen Arbeiten, die der Computer nicht übernehmen kann, für die die Programmierung zu teuer ist oder das vorhandene Personal für eine schnelle Umsetzung nicht ausreicht. Dies ist besonders der Fall, wenn flexibel und in unregelmäßigen Zeitabständen große Mengen unstrukturierter Daten wie Texte, Produktdaten, Bilder oder Videos erstellt, bearbeitet, digitalisiert, übersetzt, klassifiziert oder recherchiert werden müssen.“*²⁷

Als **Lösung für KundInnen** stellt clickworker in Aussicht, dass mithilfe seiner Crowdsourcing-Plattform ein mit diesen Herausforderungen konfrontiertes Unternehmen von dem Know-how und der Leistung mehrerer tausend seiner ClickworkerInnen profitieren und die Arbeiten schneller und günstiger erledigen lassen kann, als es mit eigenen Mitteln möglich wäre. Zudem könne die Plattform flexibel, nur bei Bedarf, genutzt werden, das Unternehmen selbst habe einen sehr geringen administrativen Aufwand und bekomme qualitativ hochwertige, qualitätsgeprüfte Arbeiten im gewünschten Format.²⁸

3.5 „Qualifizierung“ = Test von Qualifikationen

Interessantere Aufgaben sind an sogenannte „Qualifizierungen“ geknüpft, die ebenfalls unter Zeitvorgaben zu absolvieren sind. Da der Test aber im Interface der Plattform abgenommen wird, ist anzunehmen, dass auch der Zeitfaktor eine Rolle bei der Bewertung des Testergebnisses spielt.

Will man sich zB als „**AutorIn deutscher Texte**“ qualifizieren, besteht das „Training“²⁹ aus Lückentexten, Multiple-Choice-Fragen zu Rechtschreibung und Zeichensetzung und einem Probetext zu einem vorgegebenen Thema von 150–250 Wörtern. Nach den ersten beiden Teilen wird mitgeteilt, ob eine Zulassung zum dritten Teil erfolgt.

27 https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2015/03/Onepager_clickworker_DE2015.pdf?_ga=1.130225743.1319045382.1430224248 unter der Überschrift „Aufgaben“(10.11.2016).

28 Ebenda unter der Überschrift „Lösungen“.

29 <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (05.01.2017).

Einstiegstest

clickworker Your virtual workforce. On Demand. Worldwide. FAQs | Kontakt | Logout

Mein Kontostand: 0,21 EUR (auszahlbar: 0,01 EUR)

Zurück zum Menü Verbleibende Zeit: unbegrenzt | WorkItem: #64776279 | Schritt: 6/16

Ihr Ergebnis wurde gespeichert.

Anleitung

Qualifizierung als Autor für deutsche Texte

Qualifizieren Sie sich als Autor für deutsche Texte

Bitte legen Sie das Autoretraining ab, um sich als Autor für deutsche Texte bei Clickworker zu qualifizieren. Bitte beachten Sie, dass die Qualifizierung nicht für Smartphones und Tablets optimiert ist. Eine Wiederholung aufgrund von dadurch auftretenden technischen Problemen ist nicht möglich.

Ergebnis: Sehr gut!

Die unten stehende Ansicht zeigt den Lückentext, wie Sie ihn ausgefüllt haben. Rot markierte Textteile enthalten entweder Rechtschreibfehler, Grammatikfehler oder es fehlen Satzzeichen. Sie haben 35 von 37 Lücken korrekt gefüllt. Wenn Sie Fragen zu diesem Lückentext haben, senden Sie bitte einen Screenshot von dieser Ansicht an help@clickworker.com

App ist die Kurzform des englischen Wortes "application", auf Deutsch Anwendung. Apps sind kleine Anwendungsprogramme, die Nutzer herunterladen und auf ihren Mobilgeräten, wie Ihrem Smartphone oder Tablet-PC installieren können. So kann man auch unterwegs schnell nachsehen, ob der Zug pünktlich kommt, eine alternative Strecke finden, um den endlosen Stau auf der Autobahn zu umgehen, oder herausfinden, was "Verspätung" auf Englisch heißt. Inzwischen gibt es für fast alle Lebenslagen eine mobile Anwendung: vom virtuellen Flaschenedöffner bis hin zu Navigationssystemen für Handies. Apps machen aber nicht nur den Alltag einfacher oder unterhaltsamer, auch immer mehr Unternehmen bieten Apps an, die zu Ihren Produkten passen. So bietet ein Pharmakonzern beispielsweise eine Pollenalarm-App zum Herunterladen an, während ein Autohersteller eine Autorennspiel-App entwickeln lässt.

Verlassen Weiter

Ein Trainingseffekt kann im Ausfüllen von Lückentexten nicht erkannt werden.

Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

Test-Mittelteil - Bewertung

clickworker Your virtual workforce. On Demand. Worldwide. FAQs | Kontakt | Logout

Mein Kontostand: 0,21 EUR (auszahlbar: 0,01 EUR)

Zurück zum Menü Verbleibende Zeit: unbegrenzt | WorkItem: #6477889 | Schritt: 13/16

Anleitung

Qualifizierung als Autor für deutsche Texte

Qualifizieren Sie sich als Autor für deutsche Texte

Bitte legen Sie das Autoretraining ab, um sich als Autor für deutsche Texte bei Clickworker zu qualifizieren. Bitte beachten Sie, dass die Qualifizierung nicht für Smartphones und Tablets optimiert ist. Eine Wiederholung aufgrund von dadurch auftretenden technischen Problemen ist nicht möglich.

Ihr Ergebnis im Teil I: Leider nicht ausreichend!

Sie haben 77.0% erreicht.
Das ist leider nicht genug, um weiter zu machen.

Verlassen Weiter

Allgemeine Geschäftsbedingungen für Clickworker Datenschutzbestimmungen für Clickworker

Ein 77%-Erfolg ist „nicht ausreichend“, um weitere Teile der „Qualifizierung“ angeboten zu bekommen.

Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

Im zweiten Teil werden Komma-, Bindestrich- Groß-, bzw Kleinschreib-Regeln mittels **Multiple-Choice-System** abgefragt. Es kann zB bei vier Sätzen jeweils mehrere richtige geben. Selbst wenn der oder die richtigen Sätze gewählt wurden, führt ein falscher Satz zu einem „nicht ausreichend“. Bei einer Erfolgsquote von 77 % bekommt man den dritten Teil der „Qualifizierung“ nicht mehr angeboten. Ganz abgesehen davon, dass auch die KorrektorInnen der deutschen Sprache nicht immer mächtig zu sein scheinen (siehe das „weiter zu machen“ in der folgenden Abbildung, das eigentlich „weiterzumachen“³⁰ zu schreiben wäre oder das „Hallo Name“ auf der Begrüßungsseite, dem das Komma fehlt, nur um Beispiele zu nennen).

Bei Rückkehr zur Auftragsliste, gibt es dort keinen Auftrag.

Bei neuerlicher Abfrage des Qualifizierungsergebnisses ergibt sich in der Folge eine interessante Diskrepanz. Plötzlich wurden aus den erreichten 77 % Erfolgsprozentsatz nur mehr 30 %.

Endgültige Bewertung

<h4 style="color: #f0e68c;">Qualifizierungen</h4> <p>Qualifizierungen Absolvierte Qualifizierungen</p>	<h4 style="color: #f0e68c;">Profil</h4> <p>Clickworker-Profil Kontaktdaten Benutzereinstellungen Forum</p>	<h4 style="color: #f0e68c;">Account</h4> <p>Zahlungsinformationen Kontoauszug Rechnungen Geschäftsbedingungen</p>
--	--	---

ingen

Titel	Status	In Prüfung seit	Beendet seit	Ergebnis	Wiederholbar ab
Qualifizierung als Autor für deutsche Texte	Abgeschlossen		20. Sep 16, 16:55	30% (Details)	Nein

Aus 77 % werden 30 %

Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

Clickworker stellt den Testvorgang folgendermaßen dar:

„Um die Qualität der Arbeitsergebnisse für unsere KundInnen sicherzustellen, ist es wichtig, dass die Clickworker, die die Jobs bearbeiten, für diese entsprechend qualifiziert sind. Aus diesem Grund müssen die Clickworker sich in einem ersten Schritt bei uns registrieren und entsprechende Angaben zu ihren Fähigkeiten, Kenntnissen und Interessen hinterlegen.“

Im zweiten Schritt absolvieren die Clickworker Online-Tests/Trainings, die ihre Eignung für die jeweiligen Aufgabenarten absichern. Alle zur Verfügung stehenden Jobs werden dann jeweils ausschließlich den hierfür qualifizierten Clickworkern zur Bearbeitung freigeschaltet. Die

³⁰ <http://www.duden.de/rechtschreibung/weitermachen> (18.10.2016).

anhaltende Qualifizierung der Clickworker wird durch die kontinuierliche Bewertung der Arbeitsergebnisse sowie weiterführende Tests/Trainings gewährleistet.³¹



Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

KundInnen gegenüber wird die Qualitätssicherung dahingehend präzisiert, dass auf der Plattform nach speziellen Qualitätsmanagement-Prinzipien wie zB der statistischen Prozesskontrolle, Audits und Peer-Reviews sowie einer permanenten Bewertung aller Arbeitsergebnisse gearbeitet wird. Für jede Aufgabe werden die ClickworkerInnen nach individuellen Fähigkeiten gesucht, die durch Trainings und Tests nachgewiesen und anschließend kontinuierlich bewertet werden. Folgende Maßnahmen sollen zu Spitzenleistungen führen:

- › Training der ClickworkerInnen
- › Kontinuierliches Rating
- › Jobvergabe nach Fähigkeiten
- › Stichproben
- › Injected Testing³²
- › 4-Augen-Prinzip

³¹ <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (10.11.2016).

³² In den FAQ wird injected testing unter der Frage „Ich wurde von der Qualitätssicherung aus einem Projekt ausgeschlossen. Warum?“ folgendermaßen beschrieben: „Bei einigen Projekten verwenden wir eingestreute Testfragen, um die Qualität Ihrer Antworten zu prüfen. Beantworten Sie zu viele dieser Testfragen falsch, erfolgt ein automatischer Ausschluss vom Projekt. Diese Testfragen wurden vorher von uns selbst bearbeitet, sodass wir bereits wissen, welche die korrekten Antworten sind. Wir verwenden nur solche Fragen als Testfragen, bei denen die gesuchten Antworten eindeutig zu finden sind.“

- › Peer-Review
- › Mehrheitsentscheid
- › Komplexes Workflow-Management
- › Plagiatsprüfung aller Texte
- › Qualitätskontrolle (Texte werden von KorrektorInnen überprüft)³³

Beispiel: AutorInnen-Test



Your virtual workforce.
On Demand. Worldwide.

[FAQs](#) | [Kontakt](#) | [Logout](#)

Mein Kontostand : 0,21 EUR (auszahlbar : 0,01 EUR)

➤ Zurück zum Menü
Verbleibende Zeit: unbegrenzt | Workitem: #64777036 | Schritt: 10/16

Anleitung

Qualifizierung als Autor für deutsche Texte

Qualifizieren Sie sich als Autor für deutsche Texte

Bitte legen Sie das Autoretraining ab, um sich als Autor für deutsche Texte bei Clickworker zu qualifizieren. Bitte beachten Sie, dass die Qualifizierung nicht für Smartphones und Tablets optimiert ist. Eine Wiederholung aufgrund von dadurch auftretenden technischen Problemen ist nicht möglich.

Wählen Sie bitte die richtige(n) Antwort(en) aus.

Es kann mehr als eine richtige Antwort geben.

Aufgabe:

- Hier kann man leicht herunter fallen
- Alle sollten pünktlich zurück kommen.
- Dieser Film wird ihn bekannt machen.
- Ich würde ihn gerne kennen lernen.

➤ Verlassen
➤ Weiter

[Allgemeine Geschäftsbedingungen für Clickworker](#) [Datenschutzbestimmungen für Clickworker](#)

Mittels Multiple-Choice-Verfahren wird getestet, ob der Duden internalisiert ist und zB „Rad zu fahren“ richtig geschrieben wird.

Quelle: Screenshot von clickworker im August 2016

Zusammenfassend können die zahlreichen **Tests von Qualifikationen** als ein herausstechendes Element des Arbeitens auf der Plattform clickworker angesehen werden. Dabei handelt es sich um Multiple-Choice-Tests, die zB Rechtschreibkompetenz abprüfen, um sich als AutorIn in deutscher Sprache oder Fremdsprachen für Texterstellungen oder Übersetzungen zu qualifizieren.

Die Tests sind **standardisiert** und jede Prüfsequenz wird mit der Rückmeldung des Ergebnisses, der Fehler und der Erklärungen, warum die Sequenz als falsch gewertet wurde, beantwortet. **Nicht transparent** ist die Umrechnung der Sequenzergebnisse in Prozentzahlen und ebenso wenig, ab welcher Prozentzahl ein Ausschluss für den weiteren Testteil erfolgt und der Test ist jedenfalls nicht wiederholbar.

.....

³³ <https://www.clickworker.de/so-funktioniert/> (10.11.2016).

3.6 Das Entgelt

In der „Arbeitshistorie“ ist ersichtlich, dass eine Negativantwort bei der Umfrage: Was halten Sie von einem „Clickworker werben KundInnen?“-Programm³⁴ 0,01 Euro einbringt. Die Umfrage „Ideen-Wettbewerb“, bei der ideale Angebote zur sozialen Vernetzung an einer Universität entwickelt werden sollen, gleichzeitig aber geprüft wird, ob die Aufgabenstellung richtig gelesen wurde, nämlich dass ein Bestätigungscode im Text herauszufinden und an vorgegebener Stelle einzutragen ist, bringt 0,20 Euro ins Verdienen.

§ 4 AGB regelt die „Verwaltung des Benutzerkontos“ und enthält die Regelungen zur Vergütung angebotener Leistungen. Gemäß dessen Z 1 erhalten ClickworkerInnen, sofern das Resultat der jeweiligen Projektbeschreibung entspricht und fristgerecht abgeliefert wurde, die in der Projektbeschreibung angebotene Vergütung auf das BenutzerInnenkonto – zunächst vorläufig – und nach erfolgter Abnahme durch clickworker endgültig gutgeschrieben. Das heißt, dass während der Zeit der Überprüfung der Qualität der Aufgabe der versprochene Betrag auf dem Benutzerkonto ausgewiesen ist und im Falle eines negativen Prüfergebnisses später auch wieder „verschwinden“ kann.

3.7 Gewährleistung und Rücktritt

Gemäß § 2.2 AGB sind ClickworkerInnen dafür verantwortlich, ihre angegebenen **Daten aktuell zu halten**. *„Kann clickworker auf Grund einer unterbliebenen erforderlichen Datenänderung nicht mit dem Clickworker in Kontakt treten, ist clickworker hierfür nicht verantwortlich.“* Unter § 3.2 AGB wird klargestellt, dass sich ClickworkerInnen dazu verpflichten, über die Daten und Projektbeschreibungen, die zur Abarbeitung eines Projektes übermittelt werden, gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren und diese Informationen ausschließlich für die Leistungserbringung gegenüber clickworker zu nutzen. Insbesondere hat die Leistungserbringung so zu erfolgen, dass **Dritte** hierbei **keine Einsicht** in die übermittelten Daten und Projektbeschreibungen nehmen können. Diese Verpflichtungen bestehen auch nach Abschluss eines Projektes fort. Verstößen ClickworkerInnen schuldhaft hiergegen, behält sich clickworker die Geltendmachung von **Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen** vor.

Liefern ClickworkerInnen die entsprechenden Leistungen **fristgerecht** ab, wird ihnen wie bereits dargelegt die in der Projektbeschreibung genannte **Vergütung** auf ihr Benutzerkonto **vorläufig** gutgeschrieben. Eine Abnahme der Leistung ist hiermit noch nicht verbunden. Die abgelieferten Resultate werden im Folgenden durch clickworker **überprüft**. Zeigen sich hierbei Mängel, besteht eine **dreitägige Frist zur Nacherfüllung**. Schlägt diese Nacherfüllung fehl oder wird sie verweigert, **tritt clickworker von dem entsprechenden Vertrag zurück**. Eine **Vergütung** erfolgt in diesem Fall **nicht**. In speziellen Einzelfällen gibt es keine Möglichkeit der Nachbesserung, wenn Projekte zu einem bestimmten Zeitpunkt final fertig gestellt werden müssen. In diesem

.....
³⁴ Sensibilisiert durch Ausschluss aus der „Qualifizierung zum deutschen Autor“ – eigentlich „...zur deutschen Autorin“ – könnte man die Frage stellen, wofür das Fragezeichen nach „KundInnen“ steht und wo der Bindestrich geblieben ist.

Fall ist eine ausdrückliche Projektzusatzvereinbarung in den entsprechenden Projektbeschreibungen enthalten.

Erfolgt die **Abnahme** durch clickworker (innerhalb von **sieben Tagen** nach Ablieferung der Leistung), wird den ClickworkerInnen die in der Projektbeschreibung genannte **Vergütung endgültig** auf ihr Benutzerkonto gutgeschrieben und gemäß § 4.2 AGB einmal wöchentlich ausbezahlt.

4. Die rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse auf clickworker

Die rechtliche Einordnung der vertraglichen Beziehungen auf Plattformen weist aus mehreren Gründen einen hohen Komplexitätsgrad auf. Einerseits handelt es sich um ein dreipersonales und gewissermaßen auch aufgespaltenes Vertragsverhältnis, bei dem Plattform und AuftraggeberIn nicht als einheitlicher/einheitliche Auftrag- bzw ArbeitgeberIn auftreten. Andererseits ist die Tätigkeit selbst durch Atomisierung der Aufgaben schwer greifbar und findet bei clickworker noch dazu grenzüberschreitend (Österreich – Deutschland) statt. Als Vorfrage ist daher hinsichtlich der anwendbaren Rechtsordnung zu klären, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, da in diesem Fall ClickworkerInnen der Schutz nicht entzogen werden darf, der ArbeitnehmerInnen aufgrund des ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen ArbeitgeberIn und ArbeitnehmerIn in Österreich zugestanden wird (dazu ausführlich Beitrag „Crowdwork mit Auslandsbezug“). In Österreich haben sich die Gerichte zwar bislang noch nicht mit den rechtlichen Aspekten von Crowdwork auseinandergesetzt, allerdings ist der OGH schon seit Jahren mit Fragen der (Re-)Qualifikation von Scheinselbständigen³⁵ befasst und hat dazu Kriterien entwickelt, die auch in unserem Fall des virtuellen Crowdwork zur Anwendung kommen können.³⁶ Dabei können auch US-amerikanische Entscheidungen unterstützen, die sich bereits mit diesem Thema beschäftigt haben.

4.1 Der kalifornische Fall „CrowdFlower“

Spezifisch zum Thema Crowdwork hat die kalifornische Sammelklage mehrerer CrowdworkerInnen, *Christopher Otey et al* gegen *CrowdFlower*³⁷, einen gewissen Bekanntheitsgrad erlangt, mit der ein Bundesrichter am 02.07.2015 einen modifizierten Vergleich über 585.507 US-Dollar genehmigte. Die Klage war auf nicht gezahlten Mindestlohn gerichtet, der nach dem

.....
³⁵ Interessant in diesem Zusammenhang die kartellrechtliche Freistellung für kollektivvertragliche Regelungen zugunsten Scheinselbständiger niederländischer AushilfsmusikerInnen durch den EuGH C-413/13, *Mair*; ZAS 2015, 281.

³⁶ So zuletzt zum generellen Vertretungsrecht VwGH 14.10.2015, 2013/08/0226; 19.10.2015, 2013/08/0185; zur sanktionslosen Ablehnung: VwGH 01.10.2015, Ro 2015/08/0020; 17.12.2015, 2013/08/0222; zur Prüfung anhand vertraglicher Vereinbarungen: VwGH 18.08.2015, 2013/08/0121 und zur Pflichtversicherung trotz Gewerbeberechtigung: VwGH 02.09.2015, RA 201/08/0078 vgl auch *Tomandl*, Die Rechtsprechung des VwGH zum Dienstnehmerbegriff mwN.

³⁷ <http://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2012cv05524/260287/226/0.pdf?ts=1435915507> (05.10.2016).

Fair Labor Standards Act (FLSA) eigentlich zugestanden wäre. Der FLSA schützt allerdings nur „employees“ (**ArbeitnehmerInnen**) und nicht „independent contractors“ (**Selbständige**).³⁸

Die Argumente der klagenden CrowdworkerInnen waren folgende: Die CrowdworkerInnen der Plattform CrowdFlower seien für dieses Unternehmen gleichermaßen essentiell wie die ArbeitnehmerInnen für andere Unternehmen. Es wurde zwar zugestanden, dass die einzelnen Zuordnungskriterien keine vollkommen eindeutige Zuordnung zulassen, in dem Sinn, dass nicht nur für die eine oder nur für die andere Kategorie Kriterien vorlägen. Die gesamte Kontrolle über den Arbeitsprozess läge jedoch beim Unternehmen. Die Ähnlichkeit zum Arbeitsverhältnis läge darin, dass das Unternehmen die Erfolgsraten der einzelnen CrowdworkerInnen messen und nachverfolgen sowie Feedback geben könne. Es könne sie aber auch von bestimmten Arbeiten ausschließen. Dies alles habe Ähnlichkeit mit einem Arbeitsverhältnis.

Die Argumente des Plattform-Unternehmens waren insbesondere, dass die Personen, die auf der Plattform tasks abarbeiten, nicht als ArbeitnehmerInnen betrachtet werden können, weil weder deren zeitlicher Aufwand noch die lose Beziehung für ein Arbeitsverhältnis spreche. Die klagenden CrowdworkerInnen hätten in zwei Jahren weniger als 20 Stunden Aufgaben für das Unternehmen bearbeitet und in diesem Zeitraum auch Aufträge für viele andere AuftraggeberInnen erledigt. Es sei auch keine für ein Arbeitsverhältnis typische Beziehung zwischen den CrowdworkerInnen und dem Plattform-Unternehmen entstanden. Man habe sich nie getroffen, kenne die Namen der CrowdworkerInnen nicht und es fehle jegliche Kontrolle über sie. CrowdworkerInnen können frei entscheiden, wo, wann und für welche Projekte sie arbeiten wollen.

Die **vergleichsweise Erledigung** dieses Rechtsstreites hat zwar den CrowdworkerInnen Entgelt-nachzahlungen gebracht, aber keine Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen.

4.2 Österreichisches Recht

4.2.1 Die VertragspartnerInnen

Zunächst ist die Frage zu klären, wer bei der Arbeit auf clickworker die VertragspartnerInnen sind. Grundsätzlich handelt es sich bei dieser Plattformarbeit um ein **dreipersonales Verhältnis**, weil einerseits die **Plattform** Aufgaben erledigt bzw erledigen lässt, die **KundInnen** beauftragen, und zum anderen bedient man sich bei der Aufgabenerledigung einer **Crowd** (der ClickworkerInnen), der die in kleine Einheiten zerlegten Aufgaben zur Bearbeitung angeboten werden. In einem zweiten Segment stellen KundInnen kleinere Aufgaben unmittelbar auf den „Self-Service-Marktplatz“ der Homepage, die ebenfalls von ClickworkerInnen abgearbeitet werden können. Siehe dazu Abschnitt „Die VertragspartnerInnen“.

Für das erste Segment, in dem **clickworker ClickworkerInnen** KundInnen-Aufträge zur Bearbeitung anbietet, nachdem der Antrag auf ein Benutzerkonto anerkannt wurde, und der/die

³⁸ Schröder/Schwemmlé, Gute Arbeit in der Crowd? http://www.input-consulting.com/download/end_Schroeder-Schwemmlé_Jahrbuch.pdf (05.10.2016).

ClickworkerIn von einem/einer clickworker-MitarbeiterIn als geeignet bewertet worden ist, dürfte die Einordnung als **zweipersonales Vertragsverhältnis** zwischen clickworker und ClickworkerInnen klar sein.

Es gibt zwischen KundInnen und ClickworkerInnen keinerlei Kommunikation. Das Arbeitsergebnis wird auf der Plattform und für diese nach den von ihr aufgestellten Bedingungen erbracht. Dort erfolgt die Qualitätskontrolle durch von clickworker ausgewählte MitarbeiterInnen und – bei bedingungskonformer Erbringung der Leistung – die Bezahlung. Auch die AGB schließen eine direkte Vertragsbeziehung zwischen KundInnen und ClickworkerInnen aus.

Damit es zu einem direkten Vertragsverhältnis zwischen den CrowdworkerInnen (ClickworkerInnen) und den CrowdsourcerInnen (KundInnen) kommt, ist es wesentlich, dass die Plattform, über die in der Regel alle Kommunikation abgewickelt wird, in jeder Phase der Transaktion als Vertreterin des Crowdsourcers/der Crowdsourcerin auftritt und nach außen hin in dessen/deren Namen und Rechnung handelt.³⁹

Ein solch unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen **KundInnen** und ClickworkerInnen, bei dem die Plattform nur vermittelt, wäre grundsätzlich im zweiten Segment denkbar, in dem kleinere Texterstellung-Jobs oder Umfragen selbständig auf den **Self-Service-Marktplatz** gestellt werden. Da aber die Plattform **clickworker** auch in diesen Fällen die **gesamte Abwicklung** der Aufgaben über den Workflow der Plattform **übernimmt**, kommt meines Erachtens auch hier der Vertrag zwischen clickworker und den ClickworkerInnen zustande.

Geht man hingegen von unklaren Beziehungen zwischen den Beteiligten aus, überzeugen die Überlegungen von *Prassl* und *Risak* zur Triangulierung und Atomisierung von Vertragsverhältnissen.⁴⁰ Dem Risiko, dass durch solche Konstruktionen willkürlich der Schutz des Arbeitsvertragsrechts ausgehebelt werden kann, kann ein **funktionales Konzept des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin** begegnen, das danach fragt, wer die fünf von *Prassl*⁴¹ herausgearbeiteten ArbeitgeberInnenfunktionen erfüllt. Angewendet auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies:

1. **Begründung und Beendigung** des Arbeitsverhältnisses: Diese Funktion wird von clickworker erfüllt, da die Plattform das BenutzerInnenkonto einrichtet (§ 2 AGB) und beendet (§ 2.7 AGB) sowie steuert, welche Aufträge auf dem Workplace angezeigt werden (§ 3 AGB);
2. **Recht auf Arbeit, dh auf Leistungserbringung und deren Ergebnisse**: Auch diese Funktion liegt klar bei clickworker, da in § 5 der AGB ein Recht an Projektergebnissen konstatiert wird und zwar ein zeitlich, räumlich und inhaltlich unbeschränktes Nutzungsrecht für sämtliche Rechte an der für clickworker erbrachten Leistung;
3. **Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung** des Arbeitsentgelts: Auch diese Funktionen übt die Plattform clickworker aus, indem dort unter den von clickworker vorgeschriebenen Konditionen „zum Angebot eingeladen“ (§ 3.1 AGB), keine Abnahme von Leis-

³⁹ *Risak*, What's law got to do with it? in Kurswechsel 2/2016, 36.

⁴⁰ *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit&Co, Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork, in Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol 37/ 3 (2016) 619 ff.

⁴¹ The Concept of the Employer (2015).

tungen der ClickworkerInnen garantiert (§ 3.2 AGB) und erst ab einem Guthaben von 10,- Euro Entgelt ausbezahlt wird (§ 4.2 AGB);

4. **Management des unternehmensinternen** Markts im Sinne der Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren, einschließlich der Möglichkeit zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind: Da clickworker die Plattform und den dortigen Workflow konfiguriert hat, KundInnenaufgaben in der Regel in kleinere Aufgabeneinheiten aufspaltet und alle Arbeiten auf dieser Plattform und im dortigen Workflow abgearbeitet werden müssen, um bei Beurteilung der erbrachten Leistungen als qualitativ entsprechend und fristgerecht zu einer Entlohnung zu führen, ist auch in diesem Punkt nicht an der ArbeitgeberInnenfunktion von clickworker zu zweifeln;
5. **Management des unternehmensexternen** Markts, dh die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens und die Tragung des unternehmerischen Risikos: Die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens liegt bei clickworker laut Impressum auf der Homepage bei der Geschäftsführung der Plattform. Das unternehmerische Risiko ist allerdings zu einem erheblichen Teil auf die ClickworkerInnen überwälzt.

Das bedeutet, dass **clickworker alle Steuerungsfunktionen** innehat und die **ClickworkerInnen** lediglich das **Risiko** tragen sollen. In Anbetracht der Tatsache, dass in dem in diesem Kapitel bearbeiteten Segment der Fokus auf dem Microjob-Segment liegt, kann man meiner Meinung nach davon ausgehen, dass es sich bei diesem Beschäftigtenkreis um Personen handelt, die ihre **Arbeitskraft verkaufen** und daher so **schützenswert** sind, wie ArbeitnehmerInnen durch das Arbeitsrecht. Von den beiden von *Prassl* und *Risak* vorgeschlagenen Lösungsansätzen – Ausweitung des Geltungsbereiches Arbeitsrechts auch für diese Gruppe oder Einführung einer Zwischenkategorie – spricht meiner Meinung nach viel für die **Ausweitung des Geltungsbereiches**, da keine substantziellen Unterschiede zwischen „echten“ ArbeitnehmerInnen und diesen schutzwürdigen Beschäftigten bestehen, die ebenso wie jene ihre Arbeitskraft verkaufen müssen und auf die AGB und die Art der Abarbeitung der Aufgaben – außer, dass sie zwischen Zuhause, einem Internetcafé oÄ wählen können, wo sie „am liebsten“ arbeiten möchten – so gut wie keinen Einfluss haben.

4.2.2 Werkvertrag oder Dienstvertrag?

Grundsätzlich können die meisten Tätigkeiten an sich sowohl im Rahmen eines Arbeitsvertrags (eines freien Dienstvertrags) als auch eines Werkvertrags erbracht werden. Lange Zeit galten geringer qualifizierte Tätigkeiten im Zweifel als im Rahmen eines Arbeitsvertrags erbracht.⁴² Die Entwicklungen im Bereich der Ein-Personen-Unternehmen zeigen zumindest faktisch eine andere Entwicklung. Jedenfalls kommt es bei der Beurteilung, ob es sich um einen Arbeitsvertrag handelt, darauf an, ob bei der Ausübung der Tätigkeit die **Selbstbestimmung** der Arbeitenden gemindert oder ausgeschlossen wird.

⁴² *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 77.

Nach § 1151 ABGB liegt ein **Werkvertrag** immer dann vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Dabei sind vor allem zwei Aspekte von besonderer Bedeutung: (1.) die **Selbständigkeit** und (2.) die **Erfolgsverbindlichkeit**.⁴³

Für einen **Arbeitsvertrag** ebenso wie für einen **freien Dienstvertrag** wird hingegen eine **Dienstleistung** auf eine **gewisse Zeit** verlangt, dh es wird eine gattungsmäßig umschriebene Leistung wiederkehrend erbracht. ArbeitnehmerInnen schulden deshalb auch nur **sorgfältiges Bemühen**, nicht aber einen Erfolg.⁴⁴ Der Unterschied zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeit zeigt sich beim Umstand, der den **Entgeltanspruch** auslöst. Beim Werkvertrag ist es das Erbringen und Gelingen des Werkes, beim Arbeitsvertrag und freien Dienstvertrag ist es grundsätzlich das sorgfältige Leisten und unter Umständen sogar das bloße Anbieten der geschuldeten Dienste.⁴⁵

In der Folge wird das Arbeiten auf clickworker dahin untersucht, ob ein Ziel- oder ein Dauerschuldverhältnis vorliegt und ob im Falle eines Dauerschuldverhältnisses die Leistung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt.

4.2.3 Ziel- oder Dauerschuldverhältnis?

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es im vorliegenden Vertragsverhältnis nur auf das **Ergebnis** ankommt oder ob der **Prozess dahin** wichtig ist. Bei **Zielschuldverhältnissen**, die zB durch Abschluss eines Werkvertrages intendiert sind, findet ein **einmaliger Leistungsaustausch** statt, dessen Umfang bei Vertragsabschluss bereits feststeht und **mit der Erfüllung endet**.⁴⁶

Hingegen ist der Leistungsaustausch beim **Dauerschuldverhältnis**, das zB mittels Arbeitsvertrag vermittelt wird, **auf Dauer** oder zumindest längere Zeit angelegt. Bei dieser Vertragsform werden **immer neue Aufgaben** gestellt und erledigt. Arbeitsvertrag und freier Dienstvertrag können allerdings auch nur für ganz kurze Zeit abgeschlossen werden, unter Umständen auch nur für Stunden oder einen Tag.⁴⁷ Bei dieser Vertragsform muss ein **Ende gesetzt** werden.

Vorderhand lassen die AGB und FAQ-Antworten auf der clickworker-Homepage ein Bild entstehen, das für ein Zielschuldverhältnis spricht. Die Architektur des Crowdwork hat den Microjob im Auge, der angeboten wird und angenommen werden kann – oder auch nicht. Wird der Microjob von einem/einer CrowdworkerIn angenommen, kommt in der Regel ein Vertrag zustande, wenn nicht, dann eben nicht.

Wenn CrowdworkerInnen nur wenige Aufträge annehmen (können), bekommen sie in der Folge jedoch keine interessanten oder lukrativeren Aufträge mehr in ihre Aufgabenbox gestellt – für Plattform und KundInnen ideal. Die Situation der Beschäftigten bleibt bei dieser Betrachtungsweise allerdings völlig außer Acht.

.....
⁴³ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 135.

⁴⁴ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 135.

⁴⁵ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 75.

⁴⁶ *Barta*, Online-Lehrbuch Zivilrecht, https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap6_0.xml?section-view=true;section=4 (24.01.2016).

⁴⁷ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 77a.

Aus der Perspektive der Beschäftigten wirkt sich diese Einfachheit und Belastungsfreiheit für Plattform und KundInnen umgekehrt proportional aus. Je weniger Aufträge, desto schneller müssen CrowdworkerInnen um diese „rennen“ – was in der digitalen Welt bedeutet: ständig vor dem Bildschirm sitzen und möglichst alles, was bereitgestellt wird, annehmen. Um also für clickworker ins „Geschäft“ zu kommen, zählt nicht die Abarbeitung eines einzelnen Microjobs, sondern die Summe der im Sinne der Plattform bzw deren KundInnen abgearbeiteten Einzelaufträge.

In diesem Sinne ist meiner Meinung nach Crowdwork sehr wohl auf eine Dauerverpflichtung der CrowdworkerInnen ausgerichtet.

4.2.4 Persönliche Abhängigkeit

Im Falle eines Dauerschuldverhältnisses ist zu fragen, ob die Arbeit in persönlicher Abhängigkeit geleistet wird oder nicht, dh dass sie hinsichtlich der Arbeitsleistung selbständig ist.

Freilich bedeutet **Selbständigkeit niemals vollkommen freie Gestaltung**, denn jede Verpflichtung zur Arbeitsleistung bringt eine gewisse Abhängigkeit mit sich. Gleichwohl lässt sich nicht leugnen, dass Art und Weise dieser Abhängigkeit sehr verschieden sind, dass der/die **unselbständige ArbeitnehmerIn in ganz anderer Weise abhängig** ist als der/die selbständige UnternehmerIn.⁴⁸

Macht der Vertrag das gesamte oder auch das wesentliche Entgelt vom Erreichen eines Erfolgs abhängig, so ist dies ein Indiz gegen einen Arbeitsvertrag, allerdings schließt es das Vorliegen eines Arbeitsvertrags nicht aus, falls die Elemente, die für persönliche Abhängigkeit sprechen, insgesamt **überwiegen**.⁴⁹

4.2.5 Elemente persönlicher Abhängigkeit

4.2.5.1 Vertretungsmöglichkeit

Persönliche Abhängigkeit zeigt sich unter anderem darin, dass die Arbeit persönlich zu erbringen ist und Vertretung nicht zugelassen wird⁵⁰.

Die Geschäftsbeziehung mit clickworker lässt **keine Vertretung** zu. In § 3.2 Abs 3 AGB wird ClickworkerInnen mit Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen gedroht, falls sie Dritten Einsicht in Daten und Projektbeschreibungen geben, die zur Abarbeitung eines Projektes übermittelt werden. Das schließt jegliche Möglichkeit einer Vertretung bei der Leistungserbringung aus.

Darüber hinaus ist die Vertretungsklausel in den FAQ nur in Zusammenhang mit Familienmitgliedern angesprochen. Die Frage, ob mehrere Mitglieder desselben Haushalts auf clickworker aktiv sein dürfen, wird dahingehend beantwortet, dass diese Berechtigung auf drei Mitglieder

.....
⁴⁸ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts⁷ (1963) 3 f.

⁴⁹ OGH 4 Ob 124/79, DRdA 1982, 207 (*Rabofsky*).

⁵⁰ OGH 4 Ob 116/84, DRdA 1986/23 (*Csebrenyak*); 26.06.1997, 8 ObA 2158/96b; 8 Ob A 26/99b, Arb 11.901; ua.

beschränkt ist, um Betrugsversuche zu minimieren. Werden mehr Benutzerkonten gefunden, die eindeutig einem Haushalt zuordenbar sind, werden diese dauerhaft geschlossen. Clickworker gibt damit implizit zu erkennen, dass die **Auftragsabarbeitung** eindeutig **einzelnen Personen** und deren Benutzerkonto **zuordenbar** sein soll.

4.2.5.2 Ablehnungsmöglichkeit

Relevant für die Frage, ob persönliche Abhängigkeit vorliegt, ist der Umstand, ob Arbeitende tatsächlich frei in der Annahme von Arbeitsaufträgen sind. Das ist zB der Fall, wenn vergleichbare Arbeitende – aus einem Pool – **wiederholt Arbeitsanfragen ablehnen** und gleichwohl **weiter angefragt werden**.⁵¹

Zwar ist in den AGB und den FAQ immer wieder darauf hingewiesen, dass die Erbringung der Leistung völlig freiwillig ist und **Aufträge**, die auf dem Benutzerkonto erscheinen, nicht abgearbeitet werden müssen bzw **abgelehnt werden können**.⁵² Es wird in den FAQ aber auch darauf hingewiesen, dass es bei einer „geringen Anzahl von erfüllten Aufträgen“ und bei „Nichterfüllung einzelner Aufträge“⁵³ passieren könne, dass **in der Folge keine Aufträge mehr** zur Bearbeitung auf das BenutzerInnenkonto gestellt werden.

Jedenfalls sind in Bewertungsplattformen zu clickworker in einigen Kommentaren Inkongruenzen mit dem zugesicherten **Ablehnungsrecht** zu erkennen:

„Dann gibt es Rechercheaufträge, aber mir waren unter den ersten ca. zehn zwei begegnet über Firmen, die gar nicht existieren – da waren Adressen aus irgendwelchen Anschriftenverzeichnissen vorgegeben, hinter denen gar keine Firmen aus dem betreffenden Tätigkeitsgebiet standen. Man kann solche Aufgaben straffrei überspringen, aber bis man sich darüber im Klaren ist, dass es da eben nichts zu schreiben gibt, ist die Zeit weit überzogen, die man bräuchte, um auf einen merkbaren Stundenlohn zu kommen.“⁵⁴ „Insgesamt fand ich die Auswahl an Aufgaben zu klein...“⁵⁵

Da die **Kriterien für die Zurverfügungstellung von Aufträgen auf dem BenutzerInnenkonto wie auch deren Vorenthaltung nicht offengelegt** werden, ist meines Erachtens eine Unternehmensstrategie denkbar, ClickworkerInnen zunächst eher wenige Aufträge zu geben, um sie zur schnellen Abarbeitung zu motivieren und in der Folge jene ClickworkerInnen mit mehr Aufträgen auszustatten, die diese schnell abarbeiten. Hinter einer solchen Strategie stünde dann

51 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 96a, 141 f; OGH 8 Ob A 15/98h, DRdA 1999/44 (*Kraff*); 04.09.2002, 9 ObA 89/02g. Der Umstand, dass zwischen zwei befristeten Arbeitsverträgen ein zeitlicher Abstand liegt, schließt die Beurteilung der aneinandergereihten Verträge als einheitliches Arbeitsverhältnis nicht aus, wenn sich der Sache nach der zweite Vertrag (oder die folgenden Verträge) als Fortsetzung des (der) vorangegangenen erweisen, zuletzt OGH 8 Ob A 13/14s, infas 2014, A 79.

52 Die Ablehnungsklausel ist allerdings nur beachtlich, wenn das Ablehnungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt (OGH 8 Ob A 86/03k, infas 2004, A 24).

53 Gemeint ist wohl, dass die auf BenutzerInnenkonto/Workplace/Arbeitsplatz zugewiesenen Aufgaben nicht abgearbeitet werden – von Einladung zum Angebot der Abarbeitung ist hier keine Rede.

54 Kommentar von malocher am 29.06.10, <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> (12.10.2016).

55 Kommentar von Teberian, 22.05.2015 <http://www.geldthemen.de/forum/paidmailer-paid4click-und-bonusportale-f33/clickworkercom-erfahrungen-t5930.html> (12.10.2016).

sehr wohl eine Absicht, ClickworkerInnen nicht nur zu einer Mindestarbeitsleistung zu motivieren, sondern auch massiven ökonomischen Druck dahingehend auszuüben, dass ein gewisses Arbeitspensum zu absolvieren ist, um weiterhin an Aufträge zu kommen. Dies spricht gegen die Vorstellung von einem gleichberechtigten Gegenüber, das frei ist, sich für einen Besuch auf der Plattform und der Stellung von Angeboten zu entscheiden.

4.2.5.3 **Arbeitsort**

Wesentlich für die Fremdbestimmung bei der Arbeit ist auch die Bestimmung und Kontrolle über den **Arbeitsort**.⁵⁶ Allerdings kann sich ein Arbeitsort auch beim Arbeitsvertrag schon aus den Sacherfordernissen (notwendiger Leistungsort) ergeben und daher auch bei Werkvertrag und freiem Dienstvertrag keine diesbezügliche Freiheit vorliegen (zB ist ein Haus auf einem bestimmten Grundstück zu bauen). Somit ist dessen Bedeutung – wie auch jene der anderen Elemente – eine relative.

Auch die **Wohnung der ArbeitnehmerInnen** kann vereinbarter Arbeitsort sein. Insbesondere im Zusammenhang mit virtueller internetbasierter Arbeit ist eine dortige Leistungserbringung auch durch das Einloggen überprüfbar. Freilich kann dabei auch eine freie Wahl des Arbeitsortes vereinbart sein. Ebenso ist die Pflicht zur Teilnahme an bestimmten Sitzungen (zB Redaktionskonferenzen) ein Indiz für einen **Arbeitsvertrag**.⁵⁷ Das Fehlen der genannten Pflichten spricht daher (falls es überhaupt einen vorherbestimmten Arbeitsort gibt) gegen einen Arbeitsvertrag. Insbesondere bei Arbeitenden, die vorwiegend mit dem **Computer arbeiten** und über diesen mit der Arbeitsorganisation des Vertragspartners/der Vertragspartnerin kommunizieren, **verliert** der konkrete **Arbeitsplatz** zunehmend **an Bedeutung**. Dies **spricht** aber **nicht jedenfalls gegen** einen **Arbeitsvertrag**.⁵⁸

Im Zusammenhang mit dem plattformbasierten Arbeiten wie es auch bei clickworker stattfindet, liegt neben dem physischen Arbeitsort auch ein virtueller vor. Dies ist der virtuelle Raum, in dem die Arbeit verrichtet wird, nämlich das Interface, das zum Abarbeiten der Microjobs zu benutzen ist, und der von Seiten der Plattform vorgegeben wird. Es ist ja nicht so, dass die ClickworkerInnen ein Dokument herunterladen können, dieses offline an ihrem Computer bearbeiten und dann wieder hochladen – sie arbeiten vielmehr online auf der Oberfläche der Plattform und somit an einem **vorgegebenen virtuellen Arbeitsplatz**, der Kontrollmöglichkeiten bietet, die über jene an einem physischen Arbeitsplatz bisweilen weit hinausgehen. Dies spiegelt sich auch in der Terminologie von clickworker wieder, wo von einem „Workplace“ (zu Deutsch eben einem Arbeitsplatz) die Rede ist. Damit erscheint der Umstand, dass ein bestimmter Platz im Internet aufzusuchen ist, dessen *workflow* vollkommen fremdbestimmt ist, der Bindung an einen physischen Ort gleichwertig und bietet meiner Meinung nach so ein wesentliches Kriterium dafür, die Arbeit auf der Plattform als Arbeitsverhältnis anzusehen.

⁵⁶ „Zielortreiseleiterentscheidung“ OGH 14 Ob A 46/87, Arb 10.697; *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 64.

⁵⁷ *Rebbahn*, in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 103, 146.

⁵⁸ OGH 9 Ob A 88/97, DRdA 1998/16 (*Hoyer*); vgl OGH 9 ObA 219/89, infas 1990, A 26; 9 ObA 108/88, infas 1989, A 3; *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 103, 146; grundlegend OGH 4 Ob 39/70, Arb 8764 – Werbefilm.

4.2.5.4 Arbeitszeit

Wesentlich für die Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag ist auch die Frage nach der **Fremdbestimmung** hinsichtlich des Umfangs und der Lage der Arbeitszeit. Besteht hinsichtlich der Zeiteinteilung eine große Freiheit, die über jene bei der Gleitzeit nach § 4b AZG hinausgeht,⁵⁹ spricht das gegen einen Arbeitsvertrag. In erster Linie kommt es somit darauf an, dass Arbeitende nicht nur die Lage und das tägliche Arbeitsvolumen bei einer durchschnittlich zu erreichenden Arbeitszeit selbst festlegen können, was ja auch bei der Gleitzeit möglich wäre, sondern dass diese unter Umständen auf das Ausmaß der Arbeitszeit **überhaupt** einen wesentlichen Einfluss haben. Ohne eine konkrete umfangmäßig bestimmte Arbeitsverpflichtung kann nämlich kein Arbeitsvertrag vorliegen.⁶⁰

Arbeitsortungebundene Möglichkeiten, Arbeit zu erbringen, haben freilich den Fokus von der Anwesenheitskontrolle in Richtung der Kontrollmöglichkeit über **technische Mittel** und die **Erwartungshaltung der ständigen Verfügbarkeit** verschoben. Selbst eine Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit schließt die Zuordnung zu einem Arbeitsvertrag nicht aus, wenn die Dienstleistenden verpflichtet werden, ihre Arbeitskraft innerhalb des zur Verfügung gestellten Rahmens einzusetzen oder zur Verfügung zu stellen.⁶¹ Daher kann die erforderliche arbeitszeitliche Bindung auch dann vorliegen, wenn der Vertrag nur die **ungefähre Dauer** angibt und die genaue Dauer sich aus der Erledigung der Arbeitsaufgabe ergibt.

Die Abarbeitung einzelner Aufgaben, die über eine Plattform vergeben werden (der Microjobs), kann **punktuell** und in **kurzer Dauer** erfolgen. Ebenso sind Formen der stunden-, tage-, wochen- und monatelangen Abarbeitung immer neuer Aufgaben auf der gleichen oder auf verschiedenen Plattformen vorstellbar. Dabei stellt sich die Frage, wie viele übernommene **Aufgaben zusammenzurechnen** sind und ob Suchzeiten zur Auftragsbearbeitung gehören.

Clickworker schließt für sich gemäß § 3.2 AGB eine Verpflichtung zur Abnahme der Leistung von ClickworkerInnen aus, wenn diese „*nicht den Konditionen entspricht, die in der Projektbeschreibung angegeben sind, und somit mangelhaft*“ ist. Insbesondere wird eine Überschreitung der zu ihrer Abarbeitung vorgegebenen Zeit als Mangel festgeschrieben. Fragwürdig ist eine solche Konstruktion dann, wenn die Nichteinhaltung vorgegebener Zeit in jedem Fall den ClickworkerInnen angerechnet wird.

Wäre es ein echter Werkvertrag, handelte es sich um ein Fixgeschäft, bei dem die Einhaltung des Ablieferungsdatums essentiell wäre. Bei einem derartigen Vertrag könnten ClickworkerInnen aber die Art und Weise, wie sie das Werk erstellen, selbst bestimmen. Im Falle der Plattformarbeit ist jedoch **nicht** in erster Linie der **Ablieferungstermin** im Vordergrund, **sondern** das **Zeitausmaß**, das für die Aufgabenerledigung zur Verfügung steht. Wird ein Auftrag angeklickt, beginnt die Zeit zu laufen – die ClickworkerInnen sind hier im Hinblick auf Ausmaß und Lage der

⁵⁹ Dazu ausführlich *Risak/Jöst/ David/Patka*, Praxishandbuch Gleitzeit² (2014).

⁶⁰ Vgl dazu *Risak*, Möglichkeiten der Arbeitszeit-Flexibilität für ArbeitgeberInnen, in *Tomandl/Risak*, Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 60 ff. Dort werden die Hintergründe der Flexibilität beleuchtet und daraus Schlüsse hinsichtlich Gesamt- oder Einzelbetrachtung und hinsichtlich Einordnung als Arbeits- oder freier Dienstvertrag gezogen.

⁶¹ *Risak*, Vertrauensarbeitszeit – ein nach dem AZG gangbares Arbeitszeitmodell?, *ecolex* 2005, 888.

Arbeitszeit gar nicht mehr frei. Außerdem können sie die weiteren Bedingungen, unter denen die Aufgaben abgearbeitet werden, nicht selbst bestimmen. ClickworkerInnen sind davon abhängig, dass es keine Netzausfälle gibt, dass der Server der Plattform nicht langsamer arbeitet, als die geistige Leistung erbracht werden kann, dass die Aufgabenstellungen keine Fehler enthalten etc.⁶²

Außerdem gibt es darüber hinaus einige Hinweise dafür, dass, wer sich wirklich nach freiem Gutdünken auf der Plattform bewegt und damit vermutlich der Plattformbetreiberin oder ihren MitarbeiterInnen, die die Aufträge verteilen, signalisiert, dass er/sie die Freiwilligkeit ernst nimmt und wirklich nur Zuverdienst im Auge hat und sich längere Plattformbesuchspausen oder Freiheit in der Abarbeitung herausnimmt keine, sehr wenige und/oder weniger „attraktive“ Aufträge zugeteilt bekommt, sowohl was die Bezahlung als auch die Komplexität des Inhaltes betrifft.⁶³

Zumindest ein Kommentar auf einer Bewertungsplattform sprach sich positiv über die freie Arbeitszeiteinteilung aus. Einschränkend wird erwähnt, dass *„nach der Auftragsannahme selbstverständlich die Abgabefristen einzuhalten sind. Grundsätzlich war das Arbeiten rund um die Uhr möglich“*.⁶⁴

4.2.6 Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die überprüften Kriterien der **persönlichen Abhängigkeit** (keine Vertretungsmöglichkeit, sehr beschränkte Ablehnungsmöglichkeit, Bindung an den virtuellen Ort, Kontrollmöglichkeit über das Einloggen auf der Plattform, die Beobachtungsmöglichkeit des Arbeitens auf der Plattform, die Beurteilung der Arbeit mittels Rating, Verpflichtung zur Einhaltung des vorgegebenen *workflow* und begrenzte Arbeitszeitgestaltungsmöglichkeit) in Kombination mit den **Machtungleichgewichten** in der Vertragsaushandlung meines Erachtens gegenüber den Elementen der Selbständigkeit (Vertretungsmöglichkeit durch Familienmitglieder, Ablehnung von Aufträgen führt zu Angebotsreduktion, keine Einbindung in eine betriebliche Organisation und begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich Ort, Zeit und Art der Auftrags erledigung, Benutzung des eigenen PC) deutlich **überwiegen** und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass es sich um ein **Arbeitsverhältnis** handelt.

⁶² <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> (12.10.2016).

⁶³ Die meisten Kommentare auf Bewertungsplattformen berichten über Schwierigkeiten mit clickworker, insbesondere ein angemessenes Entgelt zu erhalten, dh es geht nicht nur um ein lockeres „Zuverdienst“, sondern um „Stundenlohn“. Da clickworker einen durchschnittlichen Erlös von 9,50 Euro pro Stunde in Aussicht stellt (vgl Kommentar von malocher am 29.06.10, <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> [12.10.2016]), wird auf diese Größenordnung häufig Bezug genommen. Die positiven Meldungen scheinen von ClickworkerInnen zu stammen, die ClickworkerInnen werben – das ist zB explizit ersichtlich bei WürstOnAir, am 22.5.2015 <http://www.geld-themen.de/forum/paidmailer-paid4click-und-bonusportale-f33/clickworkercom-erfahrungen-t5930.html> (10.11.2016), der ersucht, einen bestimmten Link zu wählen, um auf Clickworker zuzugreifen.

⁶⁴ Bewertung 3 vom 19.08.2014 <http://www.erfahrungen.com/mit/clickworker-com/> (12.10.2016).

4.3 Folgefragen bei der Annahme eines Arbeitsverhältnisses

Wenn diese Annahme zutrifft, müssen weitere Fragen der Einordnung des Vertragsverhältnisses geprüft werden, nämlich, ob hier die Abarbeitung der einzelnen Aufgabe jeweils ein einzelnes kurzes Vertragsverhältnis darstellt oder doch die Arbeitseinsätze als Ganzes zusammen betrachtet werden müssen.

4.3.1 Arbeit nach Konsensprinzip (bzw Arbeit auf Abruf)

Bei **Arbeit nach Konsensprinzip** liegt zumeist ein Rahmenvertrag vor, der Dienstleistende dazu verpflichtet, bei Bedarf konkrete Dienstleistungen zu erbringen. Über die konkrete Dienstleistung muss im Einzelfall Konsens erzielt werden.⁶⁵

Bei Rahmenverträgen, die AuftragnehmerInnen verpflichten, bei Bedarf der AuftraggeberInnen, konkrete Dienstleistungen zu erbringen, hängt es davon ab, ob die einzelnen Dienstleistungen **rechtlich für sich allein** bestehen können oder ob es zu einer „Verdichtung“ der einzelnen Dienstleistungen derart kommt, dass von einem einheitlichen, durchgehenden Rechtsverhältnis (insbesondere Arbeitsverhältnis) gesprochen werden kann. Die **Verdichtung** kann sich aufgrund der Regelmäßigkeit, der Häufigkeit, der Integration in den Betrieb, des Verpflichtungsgrades und des inneren Zusammenhangs der Dienstleistung ergeben.⁶⁶

Offensichtlich beabsichtigt clickworker, in den AGB naheulegen, dass hier Arbeit nach Konsensprinzip vorliegt, wonach Arbeitseinsätze nur geschuldet werden, wenn beide Parteien darüber später im Einzelfall Konsens erzielen.

In § 3.1 der AGB ist es den ClickworkerInnen grundsätzlich freigestellt, ob sie die Aufträge, die in ihr Benutzerkonto gestellt werden, abarbeiten wollen („*Einladung zum Angebot*“ seitens clickworker vs „*Angebot zur Abarbeitung des Projektes*“ seitens clickworker) und in § 3.2 AGB wird nochmals explizit ein „*Erfüllungsanspruch von clickworker gegenüber dem Clickworker*“ ausgeschlossen.

Im Unterschied zur Ablehnungsmöglichkeit besteht hier **von vornherein keine Verpflichtung zu arbeiten**. Die Rahmenabrede will ihrem Wortlaut nach nur die Rechtsfolgen regeln, falls es zu einem Konsens über einen einzelnen Arbeitseinsatz kommt. Bezahlt werden sollen nur die tatsächlichen Einsätze. Fraglich ist jedoch, ob „Arbeit nach Konsensprinzip“ stets einen Arbeitsvertrag ausschließt.

Falls bei der Durchführung der einzelnen Arbeitseinsätze die **Elemente der Fremdbestimmung** (Bindung an Ort, Zeit und/oder arbeitsbezogenes Verhalten) **überwiegen**, ist zu fragen, ob deshalb ungeachtet der Rahmenabrede ein durchgehender Arbeitsvertrag vorliegt, weil der Ausschluss der Arbeitspflicht nicht ausreichend ernst gemeint ist, oder die Kettenregel (dazu sogleich) eingreift.

65 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 86, 135 mwN.

66 OGH 8 Ob A 116/04y, DRdA 2005/33, 417 (*B. Schwarz*) = ZAS 2006/13, 78 (*Schrank*); *Risak* in *Tömandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 66.

Soweit das Weisungsrecht für die Abgrenzung relevant ist, kommt es primär auf die **Befugnis zu Weisungen** an und nicht auf das tatsächliche Ausüben dieses Rechts. Es genügt die „**stille Autorität des Dienstgebers/der Dienstgeberin**“⁶⁷. Die fehlende Selbstbestimmung zeigt sich aber auch in einer **Kontrollbefugnis** des Vertragspartners/der Vertragspartnerin. Ein Vertragsverhältnis sollte meiner Meinung nach nur dann nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden, wenn der/die VertragspartnerIn zumindest den gleichen Freiheitsgrad und die gleichen Kapital- und Kreditmöglichkeiten, wie ein kleines Dienstleistungsunternehmen bei der Erbringung seiner Dienstleistung aufweist.⁶⁸

Im Ergebnis liegt zwar dem Anschein nach keine durchgängige Arbeitsverpflichtung vor, aber zumindest ein Druck dadurch, dass nur bei regelmäßiger Arbeit gute Aufträge in den Workplace gestellt werden und daher von clickworker ein regelmäßiges Arbeiten intendiert ist.

4.3.2 **Befristung oder durchgängiges Vertragsverhältnis?**

Entscheidendes Charakteristikum der **befristeten Arbeitsverträge** ist, dass sie automatisch nach Ablauf der Befristung enden, ohne dass es einer Kündigung bedarf. In der Praxis werden befristete Arbeitsverhältnisse eher für **kurze Zeit** abgeschlossen. Eine Mindestdauer eines solchen befristeten Vertrages ist gesetzlich nicht festgeschrieben⁶⁹; deshalb ist zu prüfen, ob es sich beim Abarbeiten von Aufgaben (Microjobs) auf der Plattform um derartige befristete Dienstverhältnisse handelt.

Die einzelnen Microjobs, die in die Aufgabenbox der jeweiligen BenutzerInnenkonten gestellt werden, können meines Erachtens als derartige befristete Arbeitsverhältnisse angesehen werden, da die vertragliche Bindung – zumindest im Sinne der AGB – jedenfalls nach Abarbeitung des jeweiligen Jobs enden soll.

Da diese Vertragsgestaltung allerdings viele Nachteile für ArbeitnehmerInnen hat (kein Kündigungsschutz, keine Zusammenrechnung der Dienstzeiten für die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängigen Ansprüche), vermutet die Rsp⁷⁰ im Falle einer mehrmaligen Befristung (sogenannte **Kettenbefristung**), dass Arbeitsverhältnisse nur zum Zweck der Umgehung von zwingenden Normen befristet abgeschlossen werden. Eine Aneinanderreihung von mehreren befristeten Arbeitsverhältnissen wird nur in den Fällen zugelassen, in denen wirtschaftliche oder

.....

67 Dies bedeutet, dass der/die Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation eingebunden ist, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ substituiert werden. Hier spielt die Qualifikation des Dienstnehmers/der Dienstnehmerin bzw der von ihm/ihr ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich – unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen – mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert. Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (unter Umständen auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen. Vgl *Steiger*, Geschäftsführer als freier Dienstnehmer nach § 4 Abs 4 ASVG, taxlex 3/2016, 79, zu VwGH 2013/08/0185 und taxlex 2/2015, 61.

68 Welche Chancen und Risiken die Selbstbestimmung bei der Arbeitszeit enthalten, verdeutlicht *Risak*, Entgrenzte Arbeit: Wunsch, Alptraum oder arbeitsrechtliche Realität, DRdA 2015, 9.

69 *Risak*, ZAS 2015, 17.

70 OGH 8 Ob A 2347/96x, OGH 8 Ob A 277/01w, vgl auch *Rebhabn* in ZellKomm² § 1151, Rz 98, 142.

soziale Gründe dies rechtfertigen.⁷¹ Diese Gründe können nicht generalisiert werden, sondern müssen in jedem einzelnen Fall geprüft werden.⁷² Für die Annahme eines durchgehenden Arbeitsvertrages ist jedenfalls eine gewisse Dichte der Arbeitseinsätze erforderlich.⁷³

Auch die EU-Richtlinie 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge⁷⁴ verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeglichen Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse zu verhindern. Nach österreichischem Recht sind daher Kettenarbeitsverträge ohne sachliche Begründung in Hinblick auf die vereinbarten Befristungen **teilnichtig** und daher als ein zusammenhängendes, unbefristetes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Handelt es sich um **punktueller Arbeitsverträge** wie bereits untersucht wurde, ist somit zu prüfen, ob allenfalls eine **sachliche Rechtfertigung für die Befristung** vorliegt. Dies wäre dann der Fall, wenn der/die Arbeitende eine echte Wahlmöglichkeit haben will, wenn zB Studierende, PensionistInnen, behinderte Personen, Arbeitslose oder Personen, die ein anderweitiges Einkommen haben und ausschließlich fallweise ein Zusatzeinkommen anstreben, echte Wahlmöglichkeiten haben, wiederholt **Arbeitsanfragen ablehnen** können und gleichwohl **weiter angefragt werden** wollen. Wenn seitens der Plattform eine derartige Arbeitssituation (nicht nur laut AGB, sondern auch real) vorläge, könnte unter Umständen von wiederholt befristeten kurzen Arbeitsverhältnissen ausgegangen werden. Auch wirtschaftliche Gründe (zB zeitlich begrenzte Finanzierung einer Stelle aus Drittmitteln) können an sich eine sachliche Rechtfertigung darstellen. Die Überwälzung des typischen Unternehmerrisikos durch Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge ist jedoch unzulässig.⁷⁵

Sind die Einzeleinsätze befristete Arbeitsverträge, so könnte allerdings auch – trotz einer beachtlichen Rahmenabrede⁷⁶ ohne Arbeitspflicht – ein **durchgehender Arbeitsvertrag** entstehen, wenn das **wiederholte Befristen gegen das Verbot von Kettenarbeitsverträgen** verstößt.⁷⁷

Bei virtuellem Crowdwork werden Tätigkeiten häufig in Microtasks aufgespalten, die zumeist in extrem kurzen Zeiteinheiten abgewickelt werden können. Da viele Aufgaben allerdings nur ganz geringe Entgelthöhen versprechen, ist es sehr **unwahrscheinlich**, dass ClickworkerInnen sich nur **für Minuten auf die Plattform** begeben, um Cent- oder einstellige Eurobeträge zu erwirtschaften. Aber auch, wenn man davon ausgeht, dass es sich beim einzelnen Microjob um eine Befristung handelt, bleibt zu prüfen, ob die Aneinanderreihung einzelner, auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsverträge im Einzelfall durch besondere soziale, wirtschaftliche bzw

71 *Risak*, Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung, DRdA 2014/34 zu OGH 8 Ob A 50/13f; vgl auch *Mosing*, Die fallweise Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht, ZAS 2014, 244, und die Kriterien, die gegen ein durchgehendes Arbeitsverhältnis sprechen: Unregelmäßigkeit der Beschäftigung, sanktionslose Ablehnungsmöglichkeit und Vorschlagsrecht für Arbeitseinsätze arbeitnehmerseitig, wirtschaftliche Unabhängigkeit, längere Nichtbeschäftigungs- als Beschäftigungszeiten, keine Periodizität.

72 *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151, Rz 58 (19.10.2016).

73 *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151, Rz 73 (19.10.2016).

74 ABl L 175/43.

75 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 Rz 95.

76 Vgl *Friedrich*, Rahmendienstvertrag und Arbeitszeit, ASoK 2006, 12.

77 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 98, 142.

organisatorische oder technische Gründe gerechtfertigt ist, weil sonst die **Gefahr der Umgehung** zwingender, ArbeitnehmerInnen schützender Rechtsnormen durch ihre ArbeitgeberInnen und einer darin zum Ausdruck kommenden **rechtsmissbräuchlichen Gestaltung** von Arbeitsverträgen besteht.⁷⁸ Die Aneinanderreihung darf nicht zum Ziel haben, das (typische) UnternehmerInnenrisiko auf die ArbeitnehmerInnen zu überwälzen.⁷⁹ Hängt die Beauftragung von den der Plattform erteilten Aufträgen ihrer KundInnen ab und richtet sich die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich am Bedarf der Plattform, zeigt sich darin, dass das Beschäftigungsrisiko auf die CrowdworkerInnen überwälzt wird.

Im Ergebnis kann man in der Abarbeitung einzelner Microjobs nur dann befristete Arbeitsverträge sehen, wenn sie punktuell erfolgen und die ClickworkerInnen selbst ein Interesse daran haben, sich ihrerseits nicht länger zu binden als für die Abarbeitung des jeweiligen Auftrags. Sobald aber die **Abarbeitung von Aufträgen** eine gewisse **Dichte und Regelmäßigkeit** erreicht und über **längere Zeit** erfolgt, – insbesondere auch dann, wenn mit dieser Art von Arbeit ein nicht unwesentlicher Teil des Lebensunterhalts ins Verdienen gebracht wird – muss meiner Meinung nach von einem durchgängigen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Dies einerseits wegen der Aneinanderreihung von Aufträgen und andererseits, weil in diesem Fall keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für eine schier endlose Kette von befristeten Microjobs erkennbar sind. Auch TelearbeitnehmerInnen erhalten eine Aufgabe nach der anderen über Telekommunikationsmittel und arbeiten sie über diese ab. Auch bei dieser Arbeitsform ist es für ArbeitgeberInnen möglich, einzuschätzen, wie viele ArbeitnehmerInnen sie mit welchem Arbeitszeitvolumen für die vorhandenen Aufträge beschäftigen können. Warum sollte man von PlattformbetreiberInnen nicht Ähnliches erwarten können? Es wäre dann Vereinbarungssache zwischen **PlattformbetreiberInnen** und **ClickworkerInnen**, die **Arbeitszeitverpflichtung im Vorhinein festzulegen** und um die für beide Seiten nötige Flexibilität der Abarbeitung bei den Aufträgen zu erreichen, könnte man sich des Arbeitszeitmodells „**Gleitzeit ohne Kernzeit**“ bedienen, weil dies innerhalb des Rahmens größtmögliche Zeitsouveränität gewährleistet. Die Beendigung einer solchen Vertragsbeziehung würde sich dann nach den einschlägigen kollektivvertraglichen Bestimmungen richten.

4.3.3 Arbeit auf Abruf

Unter Arbeit auf Abruf wird üblicherweise die Abrede verstanden, wonach sich jemand dazu **verpflichtet, innerhalb einer Rahmenzeit auf Abruf des Vertragspartners/der Vertragspartnerin Arbeit zu leisten**. Dabei soll nur geleistete Arbeit bezahlt werden, die Zeit des Zur-Verfügung-Stehens soll hingegen nicht honoriert werden. Damit verschieben die ArbeitgeberInnen das Risiko der unproduktiven Zeiten, dh dass gerade keine Arbeit da ist, auf die ArbeitnehmerInnen. Rechtlich wird das zumeist so konstruiert, dass keine Arbeitsverpflichtung bestehe und es ArbeitnehmerInnen freistehe **Arbeitsangebote sanktionslos abzulehnen**⁸⁰ bzw, wie im Fall von clickworker, dass ClickworkerInnen für einzelne Microjobs ihrerseits Arbeitsangebote machen.

78 OGH 8 Ob A 13/14s, infas 2014, A 79.

79 OGH 9 Ob A 118/14i, Arb 13.213 .

80 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 192, 182.

Fraglich ist bei diesen Konstruktionen immer, inwieweit die ArbeitnehmerInnen/ClickworkerInnen Arbeitsangebote tatsächlich sanktionslos ablehnen bzw inaktiv bleiben können.

Die Rsp erachtet gewisse Formen der Arbeit auf Abruf als **unzulässig** und zwar dann, **wenn** sowohl eine **Mindesteinsatzzeit fehlt** als auch **Bereitschaftszeit nicht bezahlt** wird.⁸¹ Dies wird aus den Materialien zu § 19c AZG⁸² abgeleitet, wo diese Arbeitsform explizit als unzulässig adressiert wird. Auch die abgeschwächte Variante, nämlich die Arbeit nach dem Konsensprinzip wurde als mit den Wertungen der §§ 19c und 19d AZG unvereinbar angesehen.⁸³ Einerseits ist bei Teilzeitarbeit Erfordernis, dass Lage und Dauer der Arbeitszeit vereinbart werden, andererseits sind vertraglich vereinbarte Weisungsrechte der ArbeitgeberInnen hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit in § 19c Abs 2 bzw § 19d Abs 2 u 3 AZG eingeschränkt auf sachlich gerechtfertigte Änderungen und jene, die keine berechtigten Interessen der ArbeitnehmerInnen beeinträchtigen. Darüber hinaus müssen sie zwei Wochen im Vorhinein bekannt gegeben werden. Daraus leitete der OGH⁸⁴ in der richtungweisenden Entscheidung im Fall *Peek & Cloppenburg* ab, dass der Vertrag eine Mindesteinsatzzeit festlegen müsse. Werde eine solche nicht vereinbart, so ergäbe sich diese aus dem von dem/der ArbeitnehmerIn **bei Vertragsabschluss zu erwartenden Arbeitszeitvolumen**. Wurde Arbeit auf Abruf unzulässigerweise praktiziert, so gebührt eine angemessene – deutlich geringere – Entlohnung dafür, dass ArbeitnehmerInnen während der Bereitschaft bereit sein müssen, auf Abruf tätig zu werden.⁸⁵

Im Unterschied dazu besteht bei der vorher beschriebenen Rahmenabrede mit Vereinbarung für den Fall, dass man sich auf einzelne Arbeitsaufträge einigt, der rechtliche Unterschied darin, dass bei Arbeit auf Abruf unzweifelhaft die **Pflicht zu leisten** besteht, während diese **bei Rahmenabreden** grundsätzlich **fehlt**. Die Rahmenabrede begründet aber dann einen Arbeitsvertrag, wenn die Parteien dies wollen.⁸⁶ Auch im *Peek & Cloppenburg*-Fall war im Vertrag eigentlich eine Rahmenabrede getroffen worden, obwohl das Arbeitszeitmodell „Arbeit nach Bedarf“ hieß, wurde explizit Rufbereitschaft ausgeschlossen. Jeder Arbeitseinsatz sollte im Einvernehmen vereinbart werden. Die gelebte Praxis war aber so gestaltet, dass die Arbeitgeberin von den ArbeitnehmerInnen erwartete, dass sie für Arbeitsaufträge zur Verfügung stehen.

Insofern steht und fällt die **Beurteilung der Verträge** auf clickworker mit der Einschätzung der **gelebten Praxis**, wie **frei** oder **fremdbestimmt** ClickworkerInnen wirklich sind, sobald sie ein Benutzerkonto eröffnet haben und sich ernsthaft für Aufträge interessiert und qualifiziert gezeigt haben. Dies kann aufgrund von fehlender Empirie hinsichtlich der tatsächlichen Praxis des Anbietens der Arbeitsaufträge über die einzelnen Workplaces nicht abschließend beurteilt werden.⁸⁷

81 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 193.

82 ErlAB 622 BlgNR 20. GP 7.

83 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 194.

84 OGH 8 Ob A 116/04y, DRdA 2005/33, 417 (*B. Schwarz*) = ZAS 2006/13, 78 (*Schrank*).

85 *Obereder/Trenner*, Zuschläge zum Entgelt bei (teil)nichtigen Arbeitszeitvereinbarungen, ASoK 2005, 310. Dieser Ansatz dürfte aber wegen des mit BGBl I 2007/61 eingeführten Zuschlages für Mehrarbeit überholt sein.

86 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 196, 182 f.

87 Wegen des Fehlens von empirischen Daten über die Arbeitsrealitäten auf clickworker wäre dazu vertiefende Forschung wünschenswert.

Wenn sich dabei herausstellt, dass nur jene ClickworkerInnen regelmäßig mit Aufträgen versorgt werden, die häufig auf der Plattform aktiv sind, dann liegt eine Parallele zu den vom OGH⁸⁸ bereits umschriebenen Arbeitskraft-Poollösungen nahe. Das Ablehnungsrecht bzw die Möglichkeit, inaktiv zu bleiben, ist demnach nicht mehr frei, wenn damit gerechnet werden muss, dass bei dessen Ausübung in Zukunft keine oder weniger Aufträge angeboten werden.

Clickworker würde in diesem Fall ja mit einer **regelmäßigen Aktivität** rechnen und ein **Unterschreiten** auch **sanktionieren**. Es läge dann ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vor, bei dem das vereinbarte Arbeitszeitvolumen mit den einzelnen ClickworkerInnen in Summe dem Auftragsvolumen der KundInnen entspricht. Diesen Zeiteinsatz erwartet die Plattform ja auch und ebenso die KundInnen, die an einer schnellen Bearbeitung ihrer Aufträge interessiert sind.

4.3.4 Gleitzeit

Es bleibt allerdings fraglich, ob sich clickworker wirklich von einzelnen ClickworkerInnen ein gewisses Volumen an Arbeitszeit erwartet oder einfach die günstige Nachfragsituation gegenüber dieser Arbeitsform nutzt. Diese Frage ist wegen mangelnder Transparenz der Zuteilungen von Aufträgen relativ schwer aus der Perspektive der ClickworkerInnen zu beantworten. Allerdings sprechen Plausibilitätsargumente für die Annahme, dass ein gewisses Ausmaß an Arbeitszeit von ClickworkerInnen erwartet wird.

Clickworker erledigt nämlich für seine KundInnen Aufträge, die diese mit eigenem Personal nur schlechter, langsamer oder kostenintensiver erledigen könnten. Sowohl in Hinblick auf die Geschwindigkeit und die Kosten in Relation zur für die Abarbeitung benötigten Zeit, ist clickworker nur dann in der Lage, gegenüber der Selbstbearbeitung der KundInnen (bzw durch deren ArbeitnehmerInnen) zu reüssieren, wenn es gelingt, möglichst **zeitnah** eine **gewisse Menge Arbeitseinsatz** in gewünschter Qualität liefern zu können – und zwar verlässlich.

Da eine jederzeitige Kompensation von x Stunden Arbeitszeitausfall von n ClickworkerInnen exakt durch den y Stunden Arbeitseinsatz von anderen o ClickworkerInnen notwendig ist⁸⁹, werden – so meine Vermutung – automatisch den ClickworkerInnen, die die **meiste Arbeitsbereitschaft** (und entsprechende Qualifikation) aufweisen, die **meisten Aufgaben** auf das Benutzerkonto gestellt werden. Da auch die ClickworkerInnen von dieser Logik ausgehen werden, ist zu erwarten, dass die meisten, die darauf angewiesen sind, ihre Arbeitskraft im Netz zu verkaufen, auch versuchen, möglichst viele Microjobs abzuarbeiten. Daher kann meines Erachtens von einer entsprechenden Erwartungshaltung bei clickworker ausgegangen werden. Die Schwierigkeit wird bei diesem Geschäftsmodell darin liegen, die Erwartungshaltung zu quantifizieren und dann auf die einzelnen ClickworkerInnen herunterzubrechen. Dies wird vermutlich nur durch Quantifizierung des Arbeitszeitvolumens möglich sein, das zur Erfüllung der Aufträge der KundInnen erforderlich ist.

.....
⁸⁸ *Rebbahn* in ZellKomm, rdb, § 1151 ABGB Rz 92; VwGH 17.12.2002, 99/08/0008.

⁸⁹ Die Summen der Arbeitsausfallzeiten und der Ersatzarbeitseinsatzzeiten müssen identisch sein (x=y), die Zahl der ClickworkerInnen, die ausfallen (n) kann von jener, die einspringen (o), differieren. In diesem Fall müssen dann die Zeiten für die einzelnen Microtasks ebenfalls differieren (also: $x^1n^1 \neq y^1o^1$, $x^2n^2 \neq y^2o^2$, $x^3n^3 \neq y^3o^3 \dots$).

Dabei spielen darüber hinaus auch Kostenaspekte bei der BenutzerInnenkontowartung und Betreuung durch clickworker-MitarbeiterInnen eine wesentliche Rolle.

In der Folge stellt sich dann die Frage, ob es sich bei der flexibilisierten Arbeitszeitform auf der Plattform unter Umständen um eine **Gleitzeitvereinbarung** handeln könnte. Die Antwort auf diese Frage ist insofern von Bedeutung, als Gleitzeit jene Form der Arbeitszeitflexibilisierung ist, bei der die ArbeitnehmerInnen innerhalb eines vereinbarten Rahmens selbst bestimmen können, wann sie wieviel arbeiten wollen. Gesetzlich sind dafür in § 4b AZG nur wenige Parameter vorgeschrieben, die erfüllt werden müssen, sodass diese Arbeitszeitform sogar bei Fehlen einer Betriebsratskörperschaft im Betrieb auf einzelvertraglicher Ebene (schriftlich) vereinbart werden kann (Abs 2 leg cit).

Dass ArbeitnehmerInnen Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit selbst bestimmen können, schließt Rücksicht auf Erfordernisse des Betriebes nicht grundsätzlich aus.⁹⁰ Festzulegen sind nach Abs 3 leg cit lediglich die Gleitzeitperiode (in welchem Durchrechnungszeitraum geglitten werden darf), der Gleitzeitrahmen (die Zeitspanne zwischen frühestmöglichem Arbeitsbeginn und spätest möglichem Arbeitsende), das Höchstausmaß der Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben bzw -schulden und die fiktive Normalarbeitszeit (eine Tagesarbeitszeitfiktion, falls Dienstverhinderungsgründe eintreten). Nach den öffentlich zugänglichen Informationen – insbesondere den AGB – dürften derartige Vereinbarungen jedoch nicht abgeschlossen werden, weil ja davon ausgegangen wird, dass ClickworkerInnen selbständig seien.

Nach § 3.2 Abs 2 AGB werden „Leistungen nicht mehr angenommen, wenn der von clickworker mitgeteilte Zeitraum zur Leistungserbringung überschritten wird⁹¹.“ Einzige, die Zeitsouveränität der ClickworkerInnen einschränkende Größe, bezogen auf den einzelnen Microjob, ist nach dieser Bestimmung die **Frist**, innerhalb deren der Auftrag abgearbeitet sein muss. Bei Beantwortung der Frage in den FAQ „Wie lange habe ich zur Bearbeitung einer Aufgabe Zeit?“ heißt es: „Bei jeder Aufgabe wird auf der Bearbeitungsseite die ‚Verbleibende Zeit‘ angezeigt. Sie sollten den Auftrag auf jeden Fall beenden, bevor die Zeit auf Null herunterläuft. Sobald dies geschieht, wird der Auftrag abgebrochen und geht Ihnen verloren“. Das bedeutet, dass ClickworkerInnen nur so lange zeitsouverän sind, solange sie nicht „angeboten“ haben, den Auftrag zu erledigen. Ab diesem Moment läuft die Stoppuhr. Die Antwort auf die Frage „Muss ich immer alle angezeigten Aufträge bearbeiten?“ geht noch einen Schritt weiter: „Nein. Sie arbeiten nur so lange an einem Projekt, wie Sie Lust dazu haben und können jederzeit abbrechen. Alle Aufträge, die Sie bis zu diesem Zeitpunkt erfolgreich bearbeitet und eingereicht haben, werden vergütet (vorbehaltlich einer ggf. später noch erfolgenden Qualitätsprüfung). **ACHTUNG:** Es ist nicht möglich, laufende Aufträge zwischenspeichern.“ In diesem Passus wird klar, dass die Plattformbetreiberin sehr wohl davon ausgeht, dass ClickworkerInnen bis zum „Ende der Lust“ viele Aufträge bearbeitet haben werden (arg „alle“)

Geht man also davon aus, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt und ein bestimmtes Arbeitszeitvolumen erwartet wird, spricht viel dafür, anzunehmen, dass diesen Arbeitsverhältnissen – trotz gegenteiliger Darstellung in den AGB -- eine **Gleitzeitvereinbarung** zugrunde liegt.

.....
⁹⁰ Pfeil in ZellKomm² §§ 3–4c AZG Rz 44 f.

Insoweit es keine explizite Vereinbarung dazu gibt, könnte man im Sinne **lückenschließender Vertragsauslegung** eine solche annehmen, wie dies in der Rs *Peek & Cloppenburg*⁹¹ der Fall war. Dies würde in rechtlicher Konsequenz bedeuten, dass ClickworkerInnen ihre Arbeitszeit aufzeichnen, dies der Plattformbetreiberin zu Kenntnis bringen müssten und es bei Quartalsdurchrechnung nach § 19d AZG sogar zu einem Mehrarbeitszuschlag (25 %) kommen kann, wenn mehr als der erwartbare Durchschnitt gearbeitet wird.

4.3.5 Entgelt

Ein Entgelt bestimmt sich natürlich ebenfalls unterschiedlich, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Beschäftigung handelt. Grundsätzlich wird in beiden Fällen **im Zweifel Entgeltlichkeit** vorliegen (§ 1152 ABGB), Unentgeltlichkeit kann jedoch vereinbart werden. Allerdings kann die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit oder die eines nicht angemessenen Entgelts gesetz- oder sittenwidrig sein.⁹²

Macht der Vertrag das gesamte oder auch das wesentliche Entgelt vom Erreichen eines Erfolgs abhängig, so ist dies grundsätzlich ein Indiz gegen einen Arbeitsvertrag, allerdings schließt es das Vorliegen eines Arbeitsvertrags nicht aus, falls die **Elemente**, die für **persönliche Abhängigkeit** sprechen, insgesamt überwiegen. Die Vereinbarung dieser **Erfolgsabhängigkeit** ist dann **nichtig**.⁹³

Bei clickworker ist dies meines Erachtens der Fall, da das Entgelt von der bedingungskonformen Abarbeitung der übernommenen Aufgabe abhängig gemacht wird, jedoch die Art der Abarbeitung der Aufgabe überwiegend von der Plattform gesteuert wird.

Bei einer Einschätzung als Arbeitsverhältnis müsste entweder der **Kollektivvertragslohn** oder, soweit ein solcher nicht vorhanden ist, weil zB für die Tätigkeit kein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt, ein **angemessenes Entgelt** bezahlt werden. Da die Firma clickworker ihren Sitz in Deutschland hat und nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, haben ArbeitnehmerInnen gemäß § 7 AVRAG iVm § 3 Abs 2 LSDB-G mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, zwingend Anspruch auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das **am Arbeitsort vergleichbaren ArbeitnehmerInnen von vergleichbaren ArbeitgeberInnen** gebührt.

Wird ein unangemessenes Entgelt vereinbart, ist dieses zwar nicht per se unzulässig.⁹⁴ Die Abrede ist allerdings insoweit unwirksam, als sie gegen ein Mindestentgelt verstößt, das in Kollektivvertrag, Satzung oder Mindestlohntarif festgelegt oder sittenwidrig ist (dafür ist allerdings die Einstufung als Arbeitsvertrag nötig, siehe Abschnitt „Ergebnis“).

Da es auf der Plattform wahrscheinlich keine klare Trennung der Tätigkeiten in einzelne Betriebsabteilungen gibt, findet gemäß § 9 Abs 3 ArbVG jener Kollektivvertrag Anwendung,

.....
⁹¹ OGH 8 Ob A 116/04y, DRdA 2005/33, 417 (B. Schwarz) = ZAS 2006/13, 78 (Schrank).

⁹² *Rebhahn* in ZellKomm² § 1152 Rz 2.

⁹³ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 76.

⁹⁴ OGH 9 Ob A 2267/96i, ZAS 1997/21 (E. Steininger).

welcher für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die **maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung** hat. Da sich für die ClickworkerInnen nicht erhellt, für welchen Bereich dies bei clickworker zutrifft, könnte zB – soweit clickworker auf Anfrage nicht bereit wäre, dies transparent zu machen – eine rechtliche Klärung mit einer Feststellungsklage angestrebt werden.

Infrage kommen zB die Mindestentgelte nach dem (Rahmen-) **Kollektivvertrag für Angestellte im Handwerk und Gewerbe**. Als Einstufung könnte die Verwendungsgruppe I zur Anwendung kommen. Diese gilt für Angestellte, die schematische oder mechanische Arbeiten verrichten, die als einfache Hilfsarbeiten zu werten sind, zB EDV-mäßige Erfassung und Sicherung von Daten und Texten während der Anlernzeit (höchstens jedoch für die Dauer von drei Monaten). Für diese Personen ist im ersten und zweiten Verwendungsgruppenjahr ein monatliches Mindestgrundgehalt von 1.238,46 Euro (Stand Dezember 2016) vorgesehen. Für TexterInnen könnte auch Verwendungsgruppe II zur Anwendung kommen, die für Angestellte gilt, die einfache, nicht schematische oder mechanische Arbeiten nach gegebenen Richtlinien und genauer Arbeitsanweisung verrichten, für die in der Regel eine kurze Einarbeitungszeit erforderlich ist. Für diese wäre dann im 1. und 2. Verwendungsgruppenjahr ein monatliches Mindestgrundgehalt von 1.424,80 Euro (Stand Dezember 2016) zu zahlen. Dieses Mindestgrundgehalt steht für eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 39,5 Stunden zu.

Auf **clickworker gibt** die Plattform den **Lohn einseitig** – und weit unter dem genannten Kollektivvertrags-Lohn – **vor**: zB 0,01 Euro für die Beantwortung einer Frage, 0,20 Euro oder 0,40 Euro für die Beteiligung an Umfragen, 2,00 bis 3,00 Euro für Übersetzungen usw. Worauf diese Beträge basieren, erschließt sich den ClickworkerInnen nicht. Eine Möglichkeit zur Verhandlung des Preises ist auf der BenutzerInnenoberfläche nicht vorgesehen. Es soll nicht die Zeit, sondern die korrekt nach den vorgeschriebenen Bedingungen abgearbeitete Aufgabe entlohnt werden. Vorbereitungszeiten, das ergebnislose Besuchen der Homepage, um nachzusehen, ob Aufträge hereingekommen sind, Recherchen etc können so nicht in Rechnung gestellt werden.

Dies alles soll wohl nahelegen, dass es sich um selbständige Arbeit handelt, bei der die ClickworkerInnen frei sind, ein Angebot der Abarbeitung einzubringen. Wie bereits (Abschnitte „Der Vertrag“ sowie „Gewährleistung und Rücktritt“) dargelegt, spricht jedoch vieles dafür, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, das den dargestellten kollektivvertraglichen Mindestlohnbestimmungen unterliegt. Diese nehmen auf die gearbeitete Arbeitszeit Bezug und es sind daher alle für die Auftrags erledigung aufgewandten Zeiten zu berücksichtigen und nicht nur die Zeit auf dem Interface selbst. Meiner Meinung nach kämen jedenfalls **Recherchezeiten** (wie zB das Suchen nicht gängiger Begriffe in Lexika), Wartungszeiten für die IT-Ausrüstung sowie Zeiten des Wartens auf Aufträge (meines Erachtens ist es Aufgabe der Plattform, nicht mehr ClickworkerInnen in ihrer Aufmerksamkeit zu binden als die Auftragslage hergibt) hinzu. In der Regel wird eine **Teilzeitvereinbarung** vorliegen, da – auch unter Einbeziehung zusätzlicher Zeiten – wohl zumeist dennoch durchschnittlich weniger als die kollektivvertragliche Wochenarbeitszeit gearbeitet wird.

Clickworker widerspricht auf den Bewertungsplattformen nicht den dort vielfältig geäußerten Vorwürfen, dass die Bezahlung äußerst schlecht sei. Tenor der Kommentare auf den Plattformen ist,⁹⁵ dass das auf clickworker in Aussicht gestellte **Einkommen von 9,50 Euro in der Regel nicht erzielbar** sei.

Dafür werden vielfältige **Gründe** angeführt: Der Server ist sehr langsam. Für Neulinge stehen nur Aufträge zwischen 0,01 und 0,32 Euro zur Verfügung. Außerdem ist vom Erlös ArbeitgeberInnen- und ArbeitnehmerInnen-Anteil zur Sozialversicherung⁹⁶, Krankentgeltfortzahlung, Urlaubsentgelt etc abzuziehen. KorrektorInnen unterliegen keiner Kontrolle und können Texte einfach ablehnen.⁹⁷ Änderungswünsche waren unklar definiert, Textannahmen wurden verweigert.⁹⁸ Antworten zu Anfragen zu solchen Problemen kommen mit mindestens eintägiger Verzögerung, wiederholte Tests für die Texterstellung kosten sehr viel Zeit. Erzielbar sind 2,00 bis 3,00 Euro pro Stunde bzw pro Text, im besten Fall 6,15 Euro pro Stunde.⁹⁹ Zumeist sind aber die erzielten Erlöse nur auf die Stücke und nicht auf Zeit bezogen, weshalb sich kein reales Bild ergibt, außer, dass die Bezahlung zu niedrig sei.

Clickworker antwortet einem britischen Kommentator, der die Arbeit auf clickworker als *pure exploitation* (reine Ausbeutung) bezeichnet: „*Minimum wage doesn't apply to global online freelance work and it never has (...) Pay rates vary between clients, sometimes it can seem low, other times the pay can be rather lucrative. This is why we give the option to work on what you want to. You are right though that we have people registered with us in different parts of the world where the cost of living is very different to the UK, who may find the pay you mention more than acceptable and we are happy to support them with a chance for some extra money. I hope you can understand this style of global working and find work more to your liking in the future.*“¹⁰⁰

Jedenfalls ist bei der Beurteilung, ob eine Bezahlung, die auf clickworker zu erzielen ist, fair ist, zu berücksichtigen, dass die Beschäftigten der Plattformen derzeit völlig selbstverantwortlich für Beiträge zur Sozialversicherung, Abführung von Steuern sowie die finanzielle Absicherung von Risiken der Krankheit, Erholungsnotwendigkeit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit etc sind und somit von der erzielten Bezahlung noch Abschläge vorgenommen werden müssen, um diese mit einem Entgelt aus einem Arbeitsverhältnis vergleichbar zu machen.

.....
⁹⁵ Kommentar von malocher am 29.06.10, <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> (12.10.2016)

⁹⁶ Die ClickworkerInnen sehen sich anscheinend auch selbst als persönlich abhängige ArbeitnehmerInnen, allerdings wird nach derzeitiger Konstruktion des Vertragsverhältnisses ein solcher Abzug nicht vorgenommen.

⁹⁷ Kommentar von relay am 25.03.2012, <http://www.urbia.de/archiv/forum/th-2684130/clickworker-com-hat-jemand-erfahrung.html> (10.11.2016).

⁹⁸ Gastautor, 19.08.2014, <http://www.erfahrungen.com/mit/clickworker-com/#bewertungen> (10.11.2016).

⁹⁹ Arlonia, 16.11.2010, <http://www.erfahrungen.com/mit/clickworker-com/#bewertungen> (12.10.2016).

¹⁰⁰ Aktiver Mitarbeiter aus Großbritannien, 25.07.2016, <https://www.glassdoor.at/Bewertungen/clickworker-Bewertungen-E445474.htm> (12.10.2016). Übersetzung der Autorin: „Es besteht kein Mindestlohn für globale Online-Freelancer-Arbeit (...). Die Bezahlung variiert entsprechend den KlientInnen, manchmal können sie niedrig erscheinen, zu anderen Zeiten kann die Bezahlung ziemlich lukrativ sein. Deshalb eröffnen wir die Möglichkeit, das zu arbeiten, was Sie wollen. Sie haben allerdings recht, dass wir Leute in unterschiedlichen Teilen der Welt registriert haben, wo sich die Lebenshaltungskosten sehr von jenen in Großbritannien unterscheiden, und die Bezahlung, die Sie erwähnen, mehr als annehmbar finden und glücklich sind, dass wir sie mit einer Chance auf einen Zusatzverdienst unterstützen. Ich hoffe, Sie können diesen Stil globalen Arbeitens verstehen und in Zukunft eine eher Ihrem Geschmack entsprechende Arbeit finden.“

5. Abgrenzungen – Alternative rechtliche Beurteilung der Vertragsverhältnisse

Wird trotz aller vorgebrachter Argumente das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint, so stellt sich die Frage, ob eine Leistungserbringung arbeitnehmerInnenähnlich oder auf Basis eines freien Dienstvertrages oder eines Werkvertrages erfolgt. Unabhängig von der vertraglichen Grundlage können ClickworkerInnen unter Umständen als arbeitnehmerInnenähnliche Personen angesehen werden und so in den Genuss zumindest einiger arbeitsrechtlicher Schutznormen kommen.

5.1 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen

ArbeitnehmerInnenähnliche Personen sind keine ArbeitnehmerInnen, auf sie sind jedoch kraft gesetzlicher Anordnung einige arbeitsrechtliche Bestimmungen anzuwenden, wie insbesondere das DienstnehmerInnenhaftpflichtgesetz (DHG), das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG), das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) und das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG). Die Einordnung als arbeitnehmerInnenähnliche Person hängt davon ab, ob die Tätigkeit trotz des Fehlens persönlicher Abhängigkeit in **wirtschaftlicher Unselbständigkeit** ausgeübt wird (so die Definition in § 5 Abs 3 ASGG u § 1 Abs 3 Z 2 GIBG). Diese wurde früher primär darin gesehen, dass die Arbeit in wirtschaftlicher Abhängigkeit von den Einnahmen von einem/einer oder wenigen bestimmten VertragspartnerInnen zur Bestreitung des Lebensunterhalts geleistet wird.¹⁰¹ Nach neuerer Judikatur werden weitere Kriterien in einer Gesamtbetrachtung releviert, wie zB dass der wirtschaftliche Erfolg dem/der VertragspartnerIn zukommt, dass ein eigenes Unternehmen fehlt, dass eine Ein- und Unterordnung in die Arbeitsorganisation des Vertragspartners/der Vertragspartnerin vorliegt, die die eigenen Dispositionsmöglichkeiten verringert.¹⁰²

Wären ClickworkerInnen als arbeitnehmerInnenähnlich anzusehen, wäre damit noch keine Aussage für den **Vertragstypus** getroffen, die Leistungen könnten dann auf Basis eines **freien Dienstvertrages** oder **Werkvertrages** erbracht werden (dazu sogleich).

Wenn der Einstufung der Vertragsverhältnisse auf clickworker als Arbeitsvertrag nicht gefolgt wird, ist meines Erachtens zumindest ArbeitnehmerInnenähnlichkeit gegeben, da ja der wirtschaftliche Erfolg der Plattform zugutekommt, der Kontakt zu den KundInnen unterbunden wird, den jeweiligen ClickworkerInnen eine eigene unternehmerische Struktur fehlt, sie in die Arbeitsorganisation über Interface und Workflow eingebunden sind und die Dispositionsmöglichkeit auf die Abarbeitung von Aufgaben auf dem Benutzerkonto reduziert sind.

.....
¹⁰¹ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 123, 156.

¹⁰² ArbeitnehmerInnenähnlichkeit kommt nach den konkreten Umständen in Betracht zB bei HandelsvertreterInnen (OGH 9 Ob A 12/91, ecolex 1991, 414; 9 Ob A 173/89, Arb 10.790), TankstellenpächterInnen (OGH 8 Ob A 57/06z, SZ 2006/112; 9 Ob A 207/97z, SZ 70/161), FranchisenehmerInnen (OGH 4 Ob 68/79, EvBl 1980/64; 8 Ob A 57/06z, SZ 2006/112; anders OGH 9 Ob S 4/89, ARD 4105/4/89; vgl auch OGH 29.5.1996, 9 Ob A 2044/96w; 9 Ob A 54/07t, ARD 5904/5/2008) sowie Durchführen von Frachtaufträgen mit eigenem LKW (OGH 4 Ob 92/76, Arb 9518); zitiert nach *Rebbahn* in ZellKomm², 1151 ABGB, Rz 125b, 157f.

5.2 Freier Dienstvertrag

Ein **freier Dienstvertrag** liegt dann vor, wenn eine Dienstleistung in Form eines Dauerschuldverhältnisses verpflichtend erbracht werden muss, aber all jene Abgrenzungskriterien, die für die **persönliche Leistungsverpflichtung** der ArbeitnehmerInnen beschrieben wurden (siehe Abschnitt „Die VertragspartnerInnen“), **nicht** vorliegen, wie Bindung an Arbeitszeiten, einen Arbeitsort, die Möglichkeit, den Arbeitsablauf selbst zu gestalten, und die selbst gewählte Gestaltung auch jederzeit wieder zu ändern. Auf die wirtschaftliche Abhängigkeit wird hingegen nicht abgestellt.¹⁰³ Allerdings muss eine Pflicht zur Leistung bestehen¹⁰⁴, sonst handelt es sich um eine unverbindliche Rahmenabrede, die letztlich die Vertragsinhalte festlegt, die dann gelten sollen, wenn ein Microjob zu erledigen ist.

Anknüpfend an die in den vorigen Kapiteln dargelegten Gründe lässt sich zusammenfassend festhalten, dass bei der Vertragskonstruktion von clickworker – auch wenn es eine relative Gestaltungsfreiheit bei der Arbeitszeit und dem Arbeitsort gibt, realiter der verpflichtende Arbeitsablauf auf dem Interface sowie die nicht vorhandene Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitsablaufes **keine wirklichen Freiheitsgrade** im Vertragsverhältnis erkennen lassen, die eine Einordnung als freier Dienstvertrag rechtfertigen würde. Das bedeutet, dass meiner Meinung nach bei ClickworkerInnen ein Arbeitsverhältnis vorliegt, in dem alle Komponenten des Arbeitsrechts zu beachten wären.

5.3 Werkvertrag

Ein **Werkvertrag** liegt nach § 1151 ABGB vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Voraussetzung dafür, dass es sich um einen Werkvertrag handelt, ist dass der/die VertragspartnerIn wirklich **selbständig** ist und den **Erfolg** verbindlich zusagt. WerkunternehmerInnen organisieren ihre Arbeit selbständig, mit **eigenen Mitteln** und können sich in der Regel dabei auch **vertreten** lassen. WerkunternehmerInnen schulden einen Erfolg, wofür das Werk im Vorhinein individualisiert und konkretisiert sein muss.¹⁰⁵ Der VwGH¹⁰⁶ hat im Zusammenhang mit der Sozialversicherungspflicht erkannt, dass gegen einen Werkvertrag insbesondere die fehlende Verpflichtung zu einer *geschlossenen Einheit* und die fehlende Gewährleistungsgauglichkeit des *Erfolgs* sprechen, wenn dieser **auch von einem/einer anderen MitarbeiterIn abhängt**. Außerdem sollen das **Fehlen** einer **unternehmerischen Gestaltungsfreiheit** aufgrund enger Vorgaben, die dem/der Verpflichteten primär Risiken und kaum Chancen geben,

.....
¹⁰³ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 128, 199.

¹⁰⁴ Vgl die Kritik von *Schrammel*, Naht das Ende des freien Dienstvertrages? – Tendenzen in der neueren Rechtsprechung des VwGH, ASoK, 2016, H 10, 362, an der VwGH-Judikatur, die aus meiner Sicht realitätsnah, das Erbringen von Hilfsarbeiten in der Regel als Arbeit in persönlicher Abhängigkeit und den Vertrag folglich als Dienstvertrag wertet. Hilfsarbeiten sind ja nur im Rahmen einer Hierarchie vorstellbar und unternehmerischem Handeln grundsätzlich wesensfremd.

¹⁰⁵ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB, Rz 136, 163; vgl auch *Tomandl*, Die Rechtsprechung des VwGH zum Dienstnehmerbegriff, ZAS 2016/46, 261; VwGH 2397/79, Arb 9876.

¹⁰⁶ Montagearbeiten an einer Lüftungsanlage: VwGH 93/08/0092, ARD 4653/35/95; Arbeiten auf einer Baustelle: VwGH 96/08/0350, DRdA 1999/396; zu einer vergleichbaren Tätigkeit siehe auch OGH 9 Ob A 54/97z, DRdA 1998/3 (*Mazal*); *Müller*, Dienstvertrag oder Werkvertrag? – Überblick über die Rspr des VwGH zu § 4 ASVG, DRdA 5, 367 (373).

das Arbeiten *für einen/eine AuftraggeberIn* und nicht *für den Markt* bei Vereinbarung eines Konkurrenzverbots Indizien dafür sein, dass es sich um keinen Werkvertrag handelt.

Bei den vertraglichen Beziehungen mit clickworker sind solche Indizien durchaus vorhanden. Zum einen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Zerlegung in Microtasks nicht genau den Effekt hat, dass die Erfüllung der Leistung von der Erfüllung auch durch andere ClickworkerInnen Voraussetzung für die erfolgreiche Abarbeitung des KundInnenauftrags darstellt. Im Falle, dass die Erfüllung der Leistung von der Erfüllung auch durch andere ClickworkerInnen abhängt, liegt jedenfalls kein Werkvertrag vor (stark von einem/einer anderen MitarbeiterIn abhängig). Dann kann man davon ausgehen, dass es sich um einen Arbeitsvertrag handelt, bei dem clickworker alle arbeitsrechtlichen Schutznormen einzuhalten hätte.

Solange diese Zusammenhänge aber für die einzelnen ClickworkerInnen intransparent bleiben, entzieht sich der einzelne ClickworkerInnen-Vertrag einer Überprüfung und es ist auch nicht überprüfbar, ob die Nicht-Bezahlung einer Leistung davon abhing, dass andere ClickworkerInnen nicht erfüllt haben und daher der KundInnenauftrag nicht bedingungskonform abgearbeitet werden konnte oder weil die eigene Leistung mangelhaft war.

Es wäre daher anzustreben, die Plattformen zu verpflichten, diese **Bedingungen transparent zu machen**. Dies könnte auch durch die Aufstellung einer **widerleglichen Vermutung** erfolgen, dass **im Zweifel Arbeitsverträge** zur Plattform vorliegen – es läge dann an der Plattform, das Gegenteil zu beweisen – nämlich, dass ein freier Dienstvertrag oder Werkvertrag vorliegt.

Zum anderen lassen die Projekte insbesondere durch die Zeitvorgaben und die Notwendigkeit diese am virtuellen Workplace zu erfüllen, sehr wenig Gestaltungsfreiheit in der Abarbeitung selbst, außer dass zB der eigene Laptop hierhin oder dorthin gestellt werden kann. Das bedeutet meines Erachtens, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei den Vertragsverhältnissen auf clickworker um Werkverträge handelt.

6. Ergebnis und Ausblick

Rechtlich tritt beim Arbeiten auf der Plattform www.clickworker.de grundsätzlich die **Plattform clickworker GmbH als Vertragspartnerin** der ClickworkerInnen auf. Die AuftraggeberInnen/KundInnen bleiben hingegen für die ClickworkerInnen unbekannt und es besteht keine direkte vertragliche Beziehung zu ihnen. Wie aus den AGB hervorgeht, würde clickworker es offensichtlich vorziehen, Werkverträge mit den ClickworkerInnen zu schließen und die einzelnen Arbeitsergebnisse mittels eines von der Plattform vorgegebenen Preises zu bezahlen.

Tatsächlich kommt es clickworker aber offensichtlich auch auf den Arbeitsprozess selbst an und es werden diesbezügliche Vorgaben gemacht (zeitlich: vorgegebene Zeitspannen, Intransparenz, wann Aufträge in das Benutzerkonto kommen; örtlich: Arbeit nur auf dem virtuellen *Workplace*, der physische Arbeitsort muss eine sichere Internetverbindung garantieren, das Sitzen vor dem PC ist meiner Meinung nach sogar eine viel gravierendere Einschränkung des Bewegungsfreiraumes bei der Arbeit als das Einfinden in einem Büro, wo man zB zum fachlichen Austausch in ein Nachbarbüro gehen kann). In Kombination mit der Kontrollmöglichkeit, sowohl was

die Zeit der Anwesenheit am *Workplace* als auch die Aktivitäten dort betriff, überwiegen meines Erachtens die wesentlichen Elemente der persönlichen Abhängigkeit, weshalb es sich um ein **Arbeitsverhältnis** handelt.

Trotz der Intention der Plattform, nur eine Rahmenabrede zu treffen, und dann nur, falls es zu einem Konsens über einen einzelnen Arbeitseinsatz kommt, ein Entgelt zu bezahlen, liegt meiner Meinung nach in der Realität ein **durchgängiges Arbeitsverhältnis** vor. Die ClickworkerInnen müssen sich auf der Plattform als aktiv zeigen, da sie sonst keine Aufträge mehr erhalten und sie werden bewertet, ohne zu wissen, wer bewertet und nach welchen Kriterien. Ich habe aufgezeigt, welche Diskrepanz es bei der Bewertung der Deutschkenntnisse im Test im Verhältnis zum Supportteam gibt. Wenn dieses Supportteam auch die Arbeitsleistungen selbst bewertet, ist eine objektive, nachvollziehbare Bewertung meiner Meinung nach nicht sichergestellt. Damit überwiegen die Elemente der Fremdbestimmung (Bindung an das Interface, ständige Verfügbarkeit, um an Aufträge zu gelangen und Arbeit über einen ganz bestimmten Workflow, keine Möglichkeit, sich vertreten zu lassen), der Ausschluss der Arbeitspflicht ist meines Erachtens nicht ausreichend ernst gemeint. Die „stille Autorität“ der Plattform und die Kontrollmöglichkeiten auf dem Interface ergänzen dieses Bild.

Bei Einordnung der Verträge als Arbeitsverträge, handelt es sich um eine Art Arbeit auf Abruf, die in dieser Form zumindest in Österreich nicht zulässig ist. Nach den anzuwendenden §§ 19 ff AZG sind Ausmaß und Lage der Arbeitszeit mit den jeweiligen ClickworkerInnen zu vereinbaren. Sinnvoll könnte dabei eine Gleitzeitvereinbarung ohne Kernzeit sein. Im Falle der Interpretation als Rahmenvereinbarung, bei der man sich auf einzelne Arbeitseinsätze einigen muss, bejahte der OGH im Fall *Peek & Cloppenburg* zumindest einen Anspruch auf Abgeltung der unzulässigen Arbeitszeitgestaltung und der besonderen Dispositionsmöglichkeit des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.¹⁰⁷

Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hat als wichtigste Konsequenz, dass die Plattform nicht frei in der Festsetzung der Entgelthöhe ist, sondern aufgrund des Benachteiligungsverbotens gemäß § 7 AVRAG iVm § 3 Abs 2 LSD-BG den ClickworkerInnen der österreichische Kollektivvertragslohn vergleichbarer ArbeitnehmerInnen zusteht.

Sollten die in diesem Kapitel angeführten Überlegungen *de lege lata* verworfen werden, bleibt der Appell an die Gesetzgebung, einerseits für das Feld des virtuellen Crowdworks die widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses einzuführen und den in diesem Bereich schutzwürdigen Beschäftigten die für die Erhaltung der zu verkaufenden Arbeitskraft unerlässlichen arbeits- und sozialrechtliche Standards zu schaffen.

¹⁰⁷ OGH 8 Ob A 116/04y, DRdA 2005/33, 417 (B. Schwarz) = ZAS 2006/13, 78 (Schränk).

Transportdienstleistungen: Uber



Matthias Balla

„The application of the traditional test of employment – a test which evolved under an economic model very different from the new ‘sharing economy’ – to UBER’s business model creates significant challenges. Arguably, many of the factors in that test appear outmoded in this context. Other factors, which might arguably be reflective of the current economic realities (such as the proportion of revenues generated and shared by the respective parties, their relative bargaining power, and the range of alternatives available to each), are not expressly encompassed by the (traditional) test. It may be that the legislature or appellate courts may eventually refine or revise that test in the context of the new economy. It is conceivable that the legislature would enact rules particular to the new so-called ‘sharing economy.’*“

1. Wer bzw was ist UBER?

UBER wurde 2009 als Limousinenservice von *Garrett Camp* und *Travis Kalanik* in San Francisco gegründet und hatte 2013 einen Umsatz von 213 Millionen Dollar¹. Der Wert des Unternehmens wird auf etwa 17 Milliarden US-Dollar geschätzt², in einer aktuellen OECD-Studie gar auf 51 Milliarden US-Dollar³. Mittlerweile ist UBER weltweit an 502 Standorten vertreten.⁴ Der Name rührt aus dem deutschen Wort „Über“ her, das eine bessere Version einer Sache bezeichnet wie zB *Nietzsches* „Übermensch“. Ursprünglich hieß das Unternehmen in Anlehnung daran auch *UBERCab*. Damit sollte schon im Namen die besondere Qualität des angebotenen Taxiservice (*cab*) ausgedrückt werden. Als 2011 eine Unterlassungsaufforderung hinsichtlich des Namens seitens der *San Francisco Metro Transit Authority & the Public Utilities Commission of California* erging, wurde der Name auf „UBER“ verkürzt.⁵

Der Unternehmensgegenstand von UBER besteht nach eigener Auffassung darin, als Online-Plattform Fahrdienstleistungen zu vermitteln. UBER ist damit Ausdruck der Entwicklung der Wirtschaft von traditionellen „Pipeline-Märkten“ hin zu „Plattform-Märkten“⁶. Die Vermittlung erfolgt online über Computer oder eine Smartphone-Applikation. KundInnen übermitteln einen konkreten Beförderungswunsch. UBER vermittelt einen/eine FahrerIn, wobei die Abgeltung der Fahrt online mittels einer Kreditkarte oder eines Online-Bezahlservice erfolgt⁷.

1.1 Welche Formen von UBER gibt es weltweit?

UBER bietet unter unterschiedlichen Markennamen verschiedene Formen von Fahrdienstleistungen an:

Unter UBERPop werden Fahrdienstleistungen von Fahrern, die ihren Privat-PKW benützen, vermittelt. Unter UBERX bietet UBER die Fahrdienstleistungen durch Vermittlung von Mietwagenunternehmen an. Bei UBERBlack handelt es sich um einen Limousinenservice. Weltweit werden in einzelnen Städten noch weitere Dienstleistungen wie UBERTaxi, UBERSUV angeboten. In den USA, Kanada und Australien bietet UBER unter der Marke UBEREats auch einen Essenslieferservice an⁸.

* Justice *Chen* in US District Court for the Northern Circuit of California 11.03.2015, C-13-3826 EMC – Douglas O’Connor et al vs UBER Technologies Inc et al – <http://www.rstreet.org/wp-content/uploads/2015/03/UBER-summary-judgment.pdf> (06.12.2016).

1 *Thorsten Schröder*, Die UBER-Flieger, in *Zeit Online* vom 12.02.2014 (27.12.2016).

2 *Deutscher Taxi- u. Mietwagenverband E.V.*, Schwarzbuch UBER, http://www.bzp.org/Content/MELDUNGEN/2014/_doc/Schwarzbuch_UBER30042015.pdf (27.12.2016).

3 *OECD*, New Form of Work in the Digital Economy (2016) 7; verfügbar unter http://www.oecd-ilibrary.org/it/science-and-technology/new-forms-of-work-in-the-digital-economy_5jlnwkl820x-enjsessionid=25vou7x25df46.x-oecd-live-03 (06.12.2016).

4 www.UBER.com/cities/ (06.12.2016).

5 <http://www.rewindandcapture.com/why-is-it-called-UBER/> (07.12.2016).

6 *Simon Schumich*, Sharing Economy – Die Ökonomie des Teilens aus Sicht der ArbeitnehmerInnen (2016), 27.

7 www.UBER.com/ride/ (04.08.2016); die Information wurde mittlerweile gelöscht.

8 [https://de.wikipedia.org/wiki/UBER_\(Unternehmen\)](https://de.wikipedia.org/wiki/UBER_(Unternehmen)) (27.12.2016).

1.2 Welche Formen von UBER treten in Österreich auf?

In Österreich bietet UBER zurzeit UBERX, UBERblack und UBERVan an. UBER arbeitet in allen diesen Fahrdienstleistungen mit Mietwagenunternehmen zusammen, an die UBER potenzielle KundInnen vermittelt. Seit Mitte Dezember 2016 bietet UBER in Wien auch UBEREats an.⁹ Seinen Unternehmenssitz hat UBER in Amsterdam.¹⁰ Der folgende Beitrag beschränkt sich auf die Darstellung der UBER-Modelle, die die Personenbeförderung zum Inhalt haben.

2. Der Sachverhalt: Wie wird die Dienstleistung konkret abgewickelt?¹¹

Die Abwicklung der Transportdienstleistung wird in einem zumeist dreipersonalen Verhältnis abgewickelt. Die Plattform UBER kommuniziert online über das Internet mit den einzelnen FahrerInnen und KundInnen bzw kommunizieren diese bisweilen direkt miteinander. Die Kommunikation erfolgt dabei in der Regel über eine Applikation, die von UBER entwickelt wurde (in der Folge kurz: UBER-APP).

2.1 Fahrtabwicklung aus KundInnensicht

KundInnen laden die UBER-APP auf ihr Smartphone oder registrieren sich am Computer bei UBER.com¹². Im nächsten Schritt registrieren sie sich als NutzerInnen und geben die sie betreffenden Daten sowie eine gültige Kreditkarte oder einen Online-Bezahldienst bekannt und erteilen im Voraus UBER die Inkassovollmacht, alle zukünftig fälligen Fahrtentgelte automatisch einzuziehen.¹³

Sobald sie die APP starten, können KundInnen UBER durch Eingabe von Abhol- und Zielort einen Fahrtwunsch bekannt geben. UBER ermittelt auf Wunsch einen vorläufigen Fahrtpreis und – sofern die Bestellung aufgegeben wurde – den Vornamen eines Fahrers/einer FahrerIn, der/

.....
⁹ *Lauffer*, Fahrradboten: Essenzustellung unter prekären Verhältnissen, Der Standard vom 03.01.2017, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenzustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (23.01.2017).

¹⁰ Rechnung von UBER B.V., ausgestellt am 28.06.2016.

¹¹ Hinweis zu den Sachverhaltsquellen: Die Angaben zum Sachverhalt resultieren in weiten Teilen auf den Richtlinien, die UBER weltweit für seine FahrerInnen aufgestellt und auf seiner Homepage veröffentlicht hat. Es handelt sich dabei insbesondere um mehrere Versionen der „Driver Deactivation Policy“, aber auch um Datenschutzerklärungen für verschiedene Beteiligte und andere Informationstexte. Aus den umfangreichen Regeln lassen sich konkrete Rückschlüsse auf die interne Organisationsabwicklung der Dienstleistung und auf das Vertragsverhältnis zu den FahrerInnen ableiten. Mittlerweile hat UBER aber seine Homepage so umorganisiert, dass auf die zuvor genannten Informationen von außen stehenden Personen nun nicht mehr zugegriffen werden kann. Zwar konnten im Zuge der Recherche die Inhalte der maßgeblichen Quellen zum Zeitpunkt der Abfrage gesichert werden, allfällige Änderungen bzw Aktualisierungen können aber mangels Zugang nicht mehr berücksichtigt werden. Inwieweit diese Maßnahme mit der für UBER abschlägigen Entscheidung des englischen *Employment Tribunal* in der *Rs Aslam* ua vs *UBER B.V.* ua in Zusammenhang steht, kann nicht beurteilt werden.

¹² <https://get.uber.com/sign-up/> (27.12.2016).

¹³ www.UBER.com/legal/terms/at/ (27.12.2016).

die bereit wäre, die Transportfahrt zu übernehmen, sowie Details zum Fahrzeug¹⁴. Wird dann eine konkrete Bestellung aufgegeben, so wird auf dem Handydisplay angezeigt, wo auf der Karte sich der/die FahrerIn befindet und wann er/sie voraussichtlich am Abholort eintrifft.

Am Abholort angelangt, steigt der Kunde/die Kundin zu und die Transportfahrt wird abgewickelt. Am Zielort steigt der Kunde/die Kundin aus und UBER belastet automatisch die im Zuge der Registrierung angegebene Kreditkarte mit dem Fahrtpreis¹⁵. In der Folge erhält der Kunde/die Kundin ein E-Mail¹⁶, in welcher auf einer Karte die konkret zurückgelegte Fahrtroute veranschaulicht wird sowie das Datum und die Anfangs- bzw Endzeit der Fahrt. Neben der Angabe des Vornamens des Fahrers/der Fahrerin und dessen Foto werden die KundInnen aufgefordert, eine Bewertung des Fahrers/der Fahrerin auf einer Skala von 5 Sternen abzugeben.

Das E-Mail enthält außerdem einen Link, über welchen KundInnen die Rechnung herunterladen und ausdrucken können. Auf dieser Rechnung¹⁷, ausgestellt von UBER, scheint erstmals der konkrete vollständige Name des Fahrer/der Fahrerein auf, der/die die Fahrt durchgeführt hat.

2.2 *Fahrtabwicklung aus FahrerInnensicht*

FahrerInnen erhalten von UBER ebenfalls eine Applikation zur Verfügung gestellt. Sobald sie bereit sind, einen Transportauftrag zu übernehmen, wird diese gestartet. Dann erhalten die FahrerInnen allfällige, in der Nähe des Standortes befindliche Angebote von KundInnen übermittelt.¹⁸ Bestätigen die FahrerInnen die Annahme eines dieser Angebote, so wird ihnen die Fahrtroute zu den jeweiligen KundInnen von UBER angegeben.¹⁹ Am Bestellort angekommen, steigen diese zu. Mit Bestätigung der Aufnahme der jeweiligen KundInnen erhalten die FahrerInnen von UBER die Route angegeben, die zum von den KundInnen bestellten Zielorten führt.²⁰ Der/Die FahrerIn transportiert die KundInnen zum Bestimmungsort und bestätigt die Abwicklung der Transportfahrt. Nach Abschluss der Fahrt wird er/sie aufgefordert, auf einer Fünf-Sterne-Skala den Fahrgast zu bewerten und ein Feedback darüber zu geben, wie die Fahrt verlaufen ist. Laut Angaben von UBER soll dieses Zwei-Wege-System der Bewertung beide Beteiligten auf ihre Verantwortlichkeit für ihr eigenes Verhalten hinweisen²¹.

3. *Die Zulassung als UBER-FahrerIn*

Um als FahrerIn für UBER zugelassen zu werden, ist es erforderlich, ein Verrechnungskonto einzurichten. Neben der Vorlage der Fahrberechtigung müssen FahrerInnen einer Überprüfung

14 <https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (27.12.2016).

15 <https://www.uber.com/de-AT/ride/how-uber-works/> (27.12.2016)

16 Persönliche Erfahrung des Verfassers bei einer Fahrt am 05.07.2016.

17 Persönliche Erfahrung des Verfassers bei einer Fahrt am 05.07.2016.

18 <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (27.12.2016).

19 <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (27.12.2016).

20 <https://www.uber.com/de-AT/drive/partner-app/> (27.12.2016).

21 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar. Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 55.

des Leumunds zustimmen, umfangreiche Informationen zum zu benützenden Fahrzeug (Nachweis über eine bestehende Versicherung und die Erfüllung der Zulassungskriterien) vorlegen.²²

Außerdem müssen die FahrerInnen eine Datenschutzerklärung abgeben, in der sie zustimmen, dass alle Daten zur Person und Fahrzeug von UBER erfasst werden. Hinzu tritt das Einverständnis der FahrerInnen, dass UBER Zugang zu den persönlichen Kontakten im Adressbuch auf dem für die APP zu benutzenden Handy erhält, um so „Interaktionen“ über die UBER-Serviceleistungen zu ermöglichen.²³ UBER speichert sämtliche Standortinformationen des Smartphones sowie Geräteinformationen. UBER registriert nicht nur alle Transaktionsinformationen, die im Zusammenhang mit der Transportleistung stehen, sondern auch sämtliche Daten über getätigte Anrufe bzw SMS-Daten sowie Nutzungs- und Präferenzinformationen über die Interaktion der FahrerInnen mit der Plattform.²⁴ Gemäß der abgegebenen FahrerInnen-Erklärung ist UBER nicht nur berechtigt, diese Daten zu registrieren, sondern kann sie auch in die USA und andere Länder transferieren und dort weiterverarbeiten. UBER kann diese Daten unter bestimmten Voraussetzungen auch an Dritte weitergeben.²⁵

4. Die UBER-FahrerInnen-Richtlinien

Alle UBER-FahrerInnen müssen sich Richtlinien²⁶ unterwerfen, die die generellen Voraussetzungen der Nutzung der APP und die konkreten Verhaltensanordnungen betreffend die Abwicklung der Fahrten reglementieren. Die Nichteinhaltung dieser Richtlinien ist mit einer vorübergehenden oder dauernden Deaktivierung des Zugangs zur APP sanktioniert.

Neben der Verpflichtung zu gesetzeskonformen Verhalten, dem Verbot von Alkohol und sonstigen Drogen und dem Waffenverbot unterliegen alle FahrerInnen einem sogenannten Qualitätsbewertungssystem. Dieses System orientiert sich an drei Kriterien: an der KundInnenbewertung, an der Stornierungsquote und an den Akzeptanzraten der FahrerInnen.

4.1 Die KundInnenbewertung

Wie bereits oben angeführt, bewerten sich FahrerInnen und KundInnen wechselseitig mithilfe eines Fünf-Sterne-Ratings. Um dauerhaft Fahrten vermittelt zu bekommen, dürfen FahrerInnen nicht unter eine bestimmte Durchschnittsbewertung fallen. Dieser Durchschnittswert ist je nach Region bzw Stadt unterschiedlich, da UBER davon ausgeht, dass es kulturelle Unterschiede im Bewertungsverhalten der KundInnen gibt. Abgestellt wird auf den Durchschnittswert der letzten 500 Fahrten bzw aller Fahrten, sofern bisher weniger als 500 Fahrten durchgeführt

22 <https://www.UBER.com/legal/privacy/driversnon-us/de/> (05.07.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar. Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 40 ff.

23 <https://www.UBER.com/legal/privacy/driversnon-us/de/> (05.07.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

24 <https://www.UBER.com/legal/privacy/driversnon-us/de/> (05.07.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

25 <https://www.UBER.com/legal/privacy/driversnon-us/de/> (05.07.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

26 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

wurden. UBER möchte mit der Begrenzung auf die letzten 500 Fahrten den FahrerInnen die Möglichkeit einräumen, ihr Service im Laufe der Zeit zu verbessern.²⁷

4.2 Die Stornierungsquoten

Das zweite Kriterium der Qualitätsbewertung betrifft eine allfällige Stornierung durch FahrerInnen, nachdem eine Fahrtanfrage durch die KundInnen bereits angenommen wurde. Was die möglichen Ursachen für eine solche nachträgliche Stornierung durch die FahrerInnen sein könnten, kann nur vermutet werden. Möglicherweise wird den FahrerInnen das konkrete Fahrtziel der KundInnen erst angezeigt, nachdem sie den Auftrag bereits angenommen haben²⁸. UBER geht davon aus, dass sich wiederholte Stornierungen durch FahrerInnen negativ auf die Zuverlässigkeit des Systems auswirken und dass hochwertige FahrerInnen in der Regel eine Stornoquote von unter 5 von 100 Fahrten haben.²⁹

4.3 Das Akzeptanz-Rating

Ab dem Moment, ab dem ein/eine FahrerIn die APP startet und sich somit als bereit meldet, erwartet UBER, dass er/sie die einlangenden Fahrtanfragen auch annimmt. Hohe Akzeptanzraten bei den angebotenen Fahrtanfragen sind für UBER ein wichtiger Teil eines „zuverlässigen, hoch qualitativen Services“. Wenn FahrerInnen es konsequent unterlassen, Reiseanträge zu akzeptieren, werden sie von UBER darauf hingewiesen, dass sie Gefahr laufen, ihren Zugang zu verlieren. Sollte sich ihre Akzeptanzrate nicht verbessern, müssen sie damit rechnen, dass ihre Zugangsberechtigung vorübergehend gesperrt wird³⁰.

4.4 Die Sicherheitsbestimmungen

Jede Transportfahrt wird von UBER mittels GPS-Tracking überwacht. Dies erlaubt es auch Angehörigen von KundInnen, die Transportfahrt via Internet in Echtzeit mitzuverfolgen. Ein umfangreiches System des Pre-Screenings bei der Auswahl der FahrerInnen dient ebenfalls der KundInnensicherheit.³¹ Die konkreten Modalitäten der Aufnahme, Auswahl oder Einschulung der FahrerInnen lassen sich aus den Richtlinien nicht ablesen, es ist aber zu vermuten, dass UBER eine persönliche Kontaktaufnahme durchführt, um zu überprüfen, ob FahrerInnen und Fahrzeuge den vorgegebenen Richtlinien entsprechen.

27 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar. Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 37 und 55.

28 Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 67.

29 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

30 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar. Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 51 f.

31 <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

4.5 Die Bestimmung des Fahrtpreises

Was das Transportentgelt betrifft, so erfolgt keine direkte Transaktion zwischen KundInnen und FahrerInnen. Die Verrechnung erfolgt via Kreditkarte oder eines sonstigen Bezahlsystems der KundInnen und wird von UBER abgewickelt. Den FahrerInnen ist es untersagt, die Bezahlung der Fahrt bar abzuwickeln. Auch die Festsetzung des Transporttarifs erfolgt nicht direkt zwischen FahrerInnen und KundInnen, sondern wird von UBER festgelegt. Das von den KundInnen zu entrichtende Entgelt für die Fahrt richtet sich nach der Distanz der Fahrtstrecke sowie der aktuellen Marktlage. Die Höhe des von UBER festgelegten Tarifs ist damit nicht fix, sondern ein variabler Preis. UBER hat dafür einen Algorithmus namens *surge pricing* entwickelt. Dieser beobachtet, wie viele Fahrten zu einer bestimmten Uhrzeit in einer bestimmten Gegend gebucht werden. Steigt die Nachfrage, steigt der Preis für die Fahrten, und dies bekommen die FahrerInnen mitgeteilt.³² Die Preissteigerungen sollen mehr FahrerInnen motivieren, Fahrten durchzuführen. Dies kann, wie sich zu Silvester in den USA gezeigt hat, dazu führen, dass die Fahrten zum Zehnfachen des üblichen Fahrtpreises angeboten werden.³³

Gleichzeitig hat UBER sich in den Vertragsbedingungen auch vorbehalten, im Bedarfsfall die Tarife – auch unabhängig von der Nachfrage – nach eigenem Ermessen zu senken. So wurden im Oktober 2015 in Paris die Fahrtpreise von UBER um 25 % reduziert.³⁴

4.6 Das Entgelt für UBER

UBER ist für die Zurverfügungstellung der digitalen Infrastruktur am Umsatz mit einem prozentuellen Anteil zwischen 20 und 30 % beteiligt. Auch diese Umsatzbeteiligung ist nicht endgültig fixiert, sondern kann je nach Region auch einer gewissen Veränderung unterliegen. Dies insofern als die Beteiligung zu Beginn höher ist, jedoch, je mehr Fahrten abgewickelt werden, im Lauf der Zeit sinkt – als Anreiz für die FahrerInnen, möglichst viele Fahrten abzuwickeln. Aber auch die Umsatzbeteiligung kann von UBER im Bedarfsfall erhöht werden.³⁵

4.7 UBER-„Perks“

Neben den soeben in den Hauptpunkten dargestellten FahrerInnenrichtlinien hat UBER ein umfangreiches Angebot an sogenannten „Sozialleistungen“ etabliert, aus welchem „treue“ UBER-FahrerInnen wählen können. UBER bietet nicht nur kostenlos eine EC-Karte³⁶ an, über die die Entgeltzahlungen abgewickelt werden, sondern vermittelt auch günstige Rabatte bei

32 Strube, „Unused value is wasted value“ – Von der Sharing Economy zur Gig Economy, in *Stary*, Digitalisierung der Arbeit (2016) 52 (56).

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://www.UBER.com/drive/partner-app/> (04.08.2016); die Information wurde mittlerweile gelöscht.

TelefonanbieterInnen und bietet auch eine UBER-Partner-Fuel-Card inklusive Kreditkartenfunktion an, mithilfe der die FahrerInnen vergünstigt tanken können. UBER offeriert außerdem den Zugang zu attraktiven Rabatten seiner PartnerInnen zur Fahrzeuginstandhaltung und bei Reifenkauf.³⁷

UBER kooperiert in den USA mit Krankenversicherungen, die für UBER maßgeschneiderte Angebote anbieten, bei denen auch die Angehörigen des Fahrers/der Fahrerin gleich mitversichert werden können. UBERs KooperationspartnerInnen bei KFZ-Versicherungen bieten spezielle Versicherungsangebote für „FahrerInnengemeinschaften“ an, wo mehrere UBER-FahrerInnen ein Fahrzeug abwechselnd nutzen.³⁸

Nicht zuletzt bietet UBER mithilfe seiner PartnerInnen auch einen vereinfachten Zugang zum kreditfinanzierten Autokauf an.³⁹

5. Die rechtliche Zuordnung der handelnden Personen

5.1 Wer sind die Vertragsparteien der Personenbeförderung?

UBER wickelt seine Dienstleistungen weltweit in zwei verschiedenen Formen ab. Es existieren einerseits Unternehmensmodelle, in denen UBER mit Beförderungsunternehmen (Mietwagenunternehmen) zusammenarbeitet (UBERX, UBERBlack und UBERVan), die die Fahraufträge mithilfe FahrerInnen abwickeln. Daneben arbeitet UBER im Modell UBERPop direkt mit privaten FahrerInnen zusammen, die die KundInnen mit ihrem eigenen PKW befördern.

Seitens UBER wird festgehalten, dass es sich bei dem Unternehmensgegenstand lediglich um eine via mobilem Internet verfügbare Vermittlung von Transportfahrten zwischen den FahrerInnen bzw den MietwagenunternehmerInnen, die ihre Fahrdienste anbieten, und den potenziellen KundInnen, die eine Transportfahrt benötigen⁴⁰, handelt.

5.2 Alternative Ansätze zum UBER'schen Erklärungsmodell

5.2.1 Drei VertragspartnerInnen – drei Verträge

Was den Beförderungsvertrag selbst betrifft, argumentiert UBER, nicht Vertragspartei zu sein⁴¹. Die FahrerInnen bzw Beförderungsunternehmen (in der Folge mit dem Begriff „Beförderer/Beförderinnen“ umschrieben) erbringen die Leistung für die KundInnen, mit denen sie

.....
³⁷ <https://www.UBER.com/de/driving-perks/> (12.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

³⁸ <https://www.UBER.com/de/driving-perks/> (12.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

³⁹ <https://get.UBER.com/cl/financing/> (16.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

⁴⁰ <https://www.uber.com/legal/term/at> (29.12.2016).

⁴¹ <https://www.uber.com/legal/terms/at> (27.12.2016).

im eigenen Namen einen Vertrag schließen. Im Zuge dessen erbringt auch UBER verschiedene Tätigkeiten; diese wurden von UBER vorweg mit den Beförderern/Beförderinnen vereinbart, sollen aber nur als Gehilfentätigkeiten für diese verstanden werden.

Im Rahmen dieser Betrachtung stehen zwei Rechtsverhältnisse im Fokus: der Kooperationsvertrag zwischen UBER und den Beförderern/Beförderinnen einerseits und der Transportvertrag zwischen den Beförderern/Beförderinnen und den KundInnen andererseits.

Aber diese Betrachtungsweise ist unvollständig. Sie lässt nämlich die Beziehung zwischen UBER und den KundInnen außer Betracht. Besteht nicht auch ein Vertragsverhältnis zwischen UBER und den KundInnen, zumindest als NutzerInnen der Applikation? In den Geschäftsbedingungen der APP hält UBER ausdrücklich fest, dass UBER den KundInnen lediglich die Nutzung einer Technologieplattform ermöglicht, mit der Beförderungsdienstleistungen organisiert und geplant werden.⁴²

Indem UBER die Technologieplattform steuert, tritt UBER meines Erachtens gegenüber den KundInnen als Organisator der Beförderungsdienstleistung auf. Was den konkreten Umfang der Dienstleistung betrifft, ergibt sich zunächst kein klares Bild. In den AGB beharrt UBER darauf, lediglich Vermittler zu sein und darüber hinaus keine eigenverantwortliche Dienstleistung zu erbringen⁴³. Betrachtet man jedoch die tatsächliche Abwicklung der laufenden Fahrtanfragen, so ergibt sich aus KundInnensicht ein anderes Bild:

Geben KundInnen Fahrtanfragen ein, werden nicht etwa als „Dritte“ deklarierte Personen sichtbar, sondern „UBER-FahrerInnen“, die sich in der Nähe des Abholortes befinden. UBER gibt KundInnen dann am Display die vorgeschlagene Fahrtroute, den Tarif sowie das vorläufig kalkulierte Entgelt bekannt, ohne darauf hinzuweisen, dass dabei das Angebot an eine dritte Person übermittelt wird. Auch bei der Entgegennahme der Akzepts der KundInnen, der Bekanntgabe der Beförderer/Beförderinnen oder der Übermittlung des abgebuchten Fahrtentgelts an die KundInnen deklariert sich UBER nicht als Gehilfe einer dritten Person. Nur wenn KundInnen dem im Abrechnung-E-Mail enthaltenen Link folgen, erhalten sie auf dem ausgedruckten Abrechnungsbeleg den Hinweis, dass die Beförderung auf Namen und Rechnung einer dritten Person durchgeführt wurde.

All diese Tätigkeiten sind Leistungen, die weder intentional noch funktional aus dem typischen Zweck eines Vermittlungsvertrages resultieren, sondern gehen weit darüber hinaus. Durch die Fülle dieser Handlungen, die die konkrete Abwicklung der Fahrt betreffen, und die mangelnde Offenlegung als GehilfInnenentätigkeit setzt UBER meines Erachtens gegenüber den KundInnen ein Erklärungsverhalten, das für objektive BetrachterInnen den Beförderungsdienstleistungsvertrag von einem bloßen Vermittlungs- auf einen Abwicklungsvertrag hinaus erweitert.

Ich werde diese Argumentation in der Folge bei der Beurteilung des UBER'schen Geschäftsmodells unter konsumentenschutzrechtlichen Gesichtspunkten durch Verweis auf vergleich-

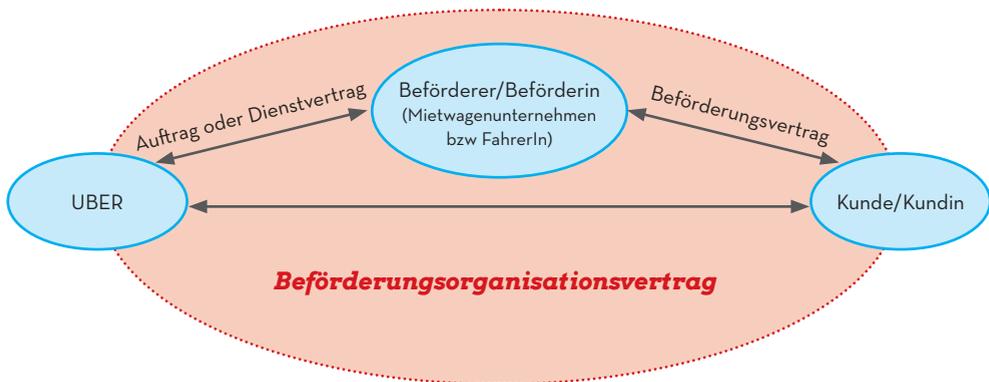
.....
⁴² AGB, 2. Dienstleistungen, <https://www.UBER.com/legal/terms/at/> (27.12.2016).

⁴³ AGB, 2. Dienstleistungen, <https://www.UBER.com/legal/terms/at/> (27.12.2016).

bare Entscheidungen des OGH zum Themenkomplex Reisebürovermittler oder Reiseveranstalter noch weiter ergänzen.

Es liegt also neben dem Vertrag zwischen UBER und den Beförderern/Beförderinnen sowie dem Beförderungsvertrag zwischen Beförderern/Beförderinnen und KundInnen ein dritter Vertrag vor. Dieser besteht zwischen UBER und den KundInnen – ich bezeichne ihn als Beförderungsorganisationsvertrag.

Dieser Beförderungsorganisationsvertrag umfasst nicht nur Vermittlungstätigkeiten, sondern auch administrative Abwicklungstätigkeiten außerhalb der unmittelbaren Beförderung der Person, wie etwa die Vorauswahl von infrage kommenden Beförderern/Beförderinnen, die Übermittlung von Angebot und Annahme, die Festsetzung des Tarifs, die Berechnung der Fahrtroute bzw des Entgelts und schließlich die Abwicklung der Zahlungsmodalitäten.



Quelle: eigene Darstellung

In der Folge soll auf mögliche Einwände gegen diese Ansicht eingegangen werden:

5.2.1.1 Einwand: Kein Entgelt für UBER aus dem Beförderungsorganisationsvertrag

Dieser Umstand spricht nicht gegen das Vorliegen des Vertragsverhältnisses, da auch eine bloß einseitige Verpflichtung denkbar wäre. Hinzu kommt, dass UBER über die Beteiligung am Transportentgelt des Fahrers/der Fahrerin auch mit dem Beförderungsorganisationsvertrag eindeutig finanzielle Interessen verfolgt.

5.2.1.2 Einwand: Beförderung erfolgt im Namen der FahrerInnen bzw Beförderungsunternehmen

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Beförderungsorganisationsvertrag Dienstleistungen enthalten kann, die der „Organisator“ UBER im eigenen Namen erbringt, sowie andere Verpflichtungen, die er bloß vermittelt. Der Umstand, dass in einem bestimmten Zeitraum der Abwicklung ein Beförderungsvertrag (FahrerIn) und ein Organisationsvertrag (UBER) parallel laufen, offenbart meines Erachtens keinen Widerspruch, der der Grundannahme entgegenstehen würde.

5.2.1.3 Einwand: UBER handelt nur im Auftrag

Gegen diesen Einwand lässt sich argumentieren, dass UBER seine Dienstleistungen zwar in den formalen Anschein einer Gehilfentätigkeit für die FahrerInnen bzw Beförderungsunternehmen kleidet, diese Aufträge aber nicht auf Anordnungen der FahrerInnen, sondern aus Vertragsbedingungen resultieren, die UBER selbst für die Zusammenarbeit mit den FahrerInnen aufgestellt hat und die daher indirekt auf Verfügungen von UBER zurückzuführen sind. Hinzu kommt, dass UBER gegenüber KundInnen nicht offenlegt, dass diese Tätigkeiten die vertraglichen Verpflichtungen einer dritten Person erfüllen.⁴⁴

5.2.1.4 Einwand: UBER erteilt keine Weisungen

Auch dieser Umstand ist nicht stichhaltig. Er ist lediglich dadurch begründet, dass sämtliche relevanten Umstände der Beförderungsleistung bereits vorweg in den Richtlinien des „Vermittlungsvertrags“ von UBER determiniert sind, sodass keinerlei Notwendigkeit für zusätzliche Weisungen UBERs mehr besteht.

Die Beförderer/Beförderinnen werden von UBER bzw der APP zum Abholort ihrer KundInnen geleitet, sie befördern die Person entsprechend der von UBER bzw der APP festgelegten Fahrtroute zum Zielort, für die Dienstleistung wird ein Tarif von UBER bestimmt und der Fahrtpreis entsprechend von UBER den KundInnen verrechnet. Für abweichende Modalitäten wie zB einer anderen Festlegung von Fahrtpreis, Tariffhöhe, Direktbezahlung besteht keinerlei Dispositionsmöglichkeit durch die FahrerInnen, wollen sie nicht in Konflikt mit den von UBER festgelegten Vertragsbedingungen geraten.

5.3 Handeln der FahrerInnen im eigenen Namen als Verschleierungsfunktion

Der Umstand, dass die Beförderer/Beförderinnen den Beförderungsvertrag im eigenen Namen abwickeln und als VertragspartnerInnen der KundInnen auftreten, soll meines Erachtens nur verschleiern, dass – gemessen an den tatsächlichen Gestaltungsmöglichkeiten betreffend die Abwicklung des Transportauftrags – UBER sämtliche relevanten Entscheidungen trifft (Auswahl der KundInnen, Festlegung der Fahrtroute, Berechnung des Fahrtpreises, Verrechnung und Inkasso mit den KundInnen). Ob und in welcher Höhe sich ein wirtschaftlicher Erfolg realisiert, wird im überwiegenden Ausmaß durch UBER und nicht von dem Beförderer/der Befördererin bestimmt, trotz des Umstands, dass UBER formal sich lediglich als Gehilfe tarnt.

Nehmen die FahrerInnen die von UBER „vermittelten Verdienstmöglichkeiten“ an, geht dies mit der Aufgabe nahezu sämtlicher Dispositionsmöglichkeiten über die vertragliche Gestaltung der „offerierten Fahrtanfrage“ für die Beförderer/Beförderinnen einher. Die Erwerbsmöglichkeit, die UBER den Beförderern/Beförderinnen vermittelt, ist von UBER so weit determiniert, dass

.....
⁴⁴ Eine Ausnahme besteht bei der Ausfolgung des Rechnungsbelegs, siehe Abwicklung aus KundInnensicht, Fußnote 16.

hier nicht mehr die bloße Vermittlung einer dritten Person hinsichtlich einer Abschlussmöglichkeit vorliegt, sondern ein komplett ausgestalteter Fahrauftrag.

Dem wahren wirtschaftlichen Gehalt⁴⁵ entsprechend, tritt UBER hier meines Erachtens nicht mehr als bloßer Vermittler, sondern als Auftraggeber auf.

5.4 Das versteckte Rechtsverhältnis Beförderungsorganisation

Vor dem Hintergrund des aus der digitalen UBER-APP den KundInnen offerierten Beförderungsorganisationsvertrags können die Beförderer/Beförderinnen meines Erachtens klarer funktional als GehilfInnen von UBER ausgemacht werden, auch wenn sie diese Tätigkeit dadurch ausüben, dass sie den Transportvertrag mit KundInnen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung schließen. Zugespitzt formuliert kann man festhalten, dass dort, wo UBER im Innenverhältnis sich als bloßer Gehilfe der Beförderer/Beförderinnen geriert, das Unternehmen in Bezug auf den Beförderungsorganisationsvertrag zu den KundInnen als sein eigener Subgehilfe fungiert.

Der Verdacht liegt nahe, dass durch die gewählte Vertragskonstruktion sämtliche materiellen Risiken, die mit der Vertragserfüllung einhergehen, bequemer auf die Beförderer/Beförderinnen verlagert werden können.

Mit dem Beförderungsorganisationsvertrag zu den KundInnen (einem Dienstleistungsvertrag, ähnlich einem Organisationsvertrag eines Reisebüros) offeriert UBER via APP, an jedem gewählten Standort innerhalb kürzester Zeit die Organisation der Abwicklung der spontanen Beförderungswünsche der KundInnen durchzuführen. Die Beförderer/Beförderinnen fungieren im Zuge der Abwicklung als GehilfInnen von UBER.

5.5 Das Verhältnis zwischen FahrerInnen und UBER

In Österreich erklärt UBER, nicht direkt mit den FahrerInnen selbst vertraglich verbunden zu sein, sondern durch Verträge mit Beförderungsunternehmen (Mietwagenunternehmen) die Fahrtanfragen abzuwickeln, die FahrerInnen als DienstnehmerInnen beschäftigen.⁴⁶ Liegt zwischen FahrerInnen und Beförderungsunternehmen tatsächlich ein Beschäftigungsverhältnis vor, steht die ArbeitnehmerInneneigenschaft außer Streit.

Dabei stellt sich aufgrund der umfassenden organisatorischen Steuerung der Abwicklung der Beförderungsfahrten durch UBER die Frage, inwieweit hier nicht bereits Umstände vorliegen, die auf das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung schließen lassen.

Bejaht man diesen Umstand, hat dies für UBER die rechtliche Folge, dass UBER als Beschäftiger iSd § 14 AÜG für die gesamten den überlassenen FahrerInnen für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden DienstgeberInnen- und DienstnehmerInnenbeiträge zur Sozialversicherung als Bürge (§ 1355 ABGB) haftet.

⁴⁵ Zum Grundsatz des wahren wirtschaftlichen Gehalts siehe *Kozak*, LSD-BG (2016) § 2 RZ 1 ff.

⁴⁶ *Berger*, Uber: „Wollen das Taxi-Monopol brechen“, Kurier vom 04.04.2014, <https://kurier.at/chronik/wien/uber-wollen-das-taxi-monopol-brechen/83.633.299/> (11.07.2016).

Aber auch im Falle von UBERX, UBERBlack und UBERVan könnten die Vertragsverhältnisse zu den Beförderern/Beförderinnen zu hinterfragen sein, sofern die Transportfahrten von Ein-Personen-Unternehmen (EPU) abgewickelt werden.

Kommt man zum Ergebnis, dass es sich im Fall von UBERPop im Verhältnis FahrerIn und UBER um ein Dienstverhältnis handelt, dann wird wohl aufgrund des massiven Verhandlungsungleichgewichts zwischen beiden PartnerInnen und der organisatorischen Übermacht von UBER auch bei den Unternehmensmodellen UBERX, UBERBlack und UBERVan die Frage zu prüfen sein, ob nicht auch hier die behauptete unternehmerische Selbständigkeit des Beförderungsunternehmens zu hinterfragen wäre.

Die Frage einer möglichen Scheinselbständigkeit kann natürlich nicht generell beantwortet werden, sondern wird jeweils streng anhand der vorliegenden Umstände im Einzelfall geprüft werden müssen.

6. Welche gewerberechtlichen Vorschriften gelten für UBER und die PartnerInnenunternehmen in Österreich?

6.1 Problem der grenzüberschreitenden Dienstleistung

Ein Grundproblem, das mit sämtlichen Phänomenen der digitalisierten Arbeitswelt einhergeht, ist die territoriale Entgrenztheit der beteiligten Personen bzw die Überschreitung nationaler Grenzen betroffener Staaten. Die Europeaniederlassung von UBER, UBER B.V., hat ihren Sitz in den Niederlanden (Amsterdam).⁴⁷ Die angebotenen UBER-Fahrten werden allerdings in den jeweiligen Nationalstaaten, so auch in Österreich, abgewickelt.

Die Vermittlung der FahrerInnen scheint in der APP auf dem Handy der KundInnen in Österreich auf und auch die Fahrt wird in Österreich abgewickelt. Die Vermittlung und die Abwicklung der Dienstleistung werden von UBER und den beteiligten Unternehmen selbständig und in der Absicht erzielt, daraus einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Daher fällt die Dienstleistung in den Anwendungsbereich der österreichischen gewerberechtlichen Vorschriften.

6.2 Problem der verbundenen Tätigkeit

Fraglich ist, ob man beide Elemente als Teil einer verbundenen Tätigkeit (Gesamtleistung) bewertet. Dies hätte zur Folge, dass die gewerberechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Gesamtleistung von beiden Beteiligten erfüllt werden müssen. Betrachtet man die Vermittlung und die Abwicklung der Personenbeförderung aber als funktional selbständige Leistungen, dann

.....
⁴⁷ Gemäß dem Impressum ist dies UBER B.V., eine in den Niederlanden gegründete und im Handelsregister Amsterdam unter der Nummer 56317441 eingetragene, private Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Vijzelstraat 68, 1017 HL, Amsterdam, Niederlande; vgl <https://www.UBER.com/de-AT/legal/terms/at/> (07.12.2016).

sind auch die gewerberechlichen Zugangsvoraussetzungen getrennt zu beurteilen, sodass jeder/jede Beteiligte jeweils nur die gewerberechlichen Vorschriften betreffend die eigene Leistung erfüllen muss, um seine/ihre Dienstleistung in rechtlich zulässiger Form gewerbsmäßig anbieten zu können.

Grundsätzlich lassen sich entsprechend der österreichischen gewerberechlichen Regelungen sowohl die Vermittlung als auch die Abwicklung der Personenbeförderung unter zwei getrennte Tatbestände subsumieren:

Die Vermittlung von Personenbeförderungen unterliegt § 126 GewO, der die Gewerbeberechtigung für **Reisebüros** regelt. Die Durchführung der Personenbeförderung selbst ist unter den Tatbestand des **Gelegenheitsverkehrs-Gesetz** (GelverkG)⁴⁸ zu subsumieren.

Handelt es sich bei der Personenbeförderung um Taxigewerbefahrten, dann ist die Vermittlung dieser Fahrten vom Tatbestand des Reisebürogewerbes ausgenommen. Es handelt sich bei der Vermittlung von Taxifahrten gemäß § 126 Abs 2 Z 4 GewO um kein reglementiertes, sondern um ein freies Gewerbe.

Wie bereits in Abschnitt „Der Sachverhalt: Wie wird die Dienstleistung konkret abgewickelt?“ dargelegt, beschränkt sich jedoch die Tätigkeit von UBER nicht auf eine reine Vermittlungstätigkeit, wie sie seit jeher von Taxitelefonzentralen ausgeübt wird, sondern greift weit in den Bereich der Abwicklung der Personenbeförderung ein, weshalb meines Erachtens die Tätigkeiten von UBER und der Beförderer/Beförderinnen nicht mehr als funktional abgetrennte Tätigkeitsbereiche angesehen werden können.

Dies bedeutet, dass sich die Fragen der gewerberechlichen Zuordnung der Tätigkeit sowohl für UBER als auch für die kooperierenden FahrerInnen in gleicher Weise gemeinsam stellen.⁴⁹

6.3 Infrage kommende Regelungen

Die gewerberechlichen Vorschriften für die Personenbeförderung sind in Österreich nicht nur durch Bundesgesetze geregelt, sondern auch in einer Vielzahl von Regelungen der einzelnen Bundesländer festgelegt. Der Einfachheit halber wird in den folgenden Prüfungsschritten bei der Anwendung länderspezifischer Regelungen ausschließlich auf die gesetzlichen Regelungen des Bundeslandes Wien abgestellt. Dies ist auch insofern zweckmäßig als UBER derzeit nur in Wien operiert.⁵⁰

6.3.1 Das Gelegenheitsverkehrs-Gesetz

Die näheren Bestimmungen zur nichtlinienmäßigen Personenbeförderung werden in Österreich im Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelverkG) geregelt. Dieses gilt als *lex specialis* zur Ge-

.....
⁴⁸ Bundesgesetz über die nichtlinienmäßige gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 – GelverkG), BGBl I 112/1996 idF BGBl I 63/2014.

⁴⁹ AA *Mahr/Dechant*, Taxischeck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016, 398 ff.

⁵⁰ <https://www.UBER.com/de-AT/cities/> (07.12.2016).

werbeordnung, deren Bestimmungen zur Anwendung kommen, insoweit dieses Gesetz keine besonderen Bestimmungen trifft (§ 1 Abs 2 GelverkG).

Bei der Personenbeförderung handelt es sich um ein reglementiertes Gewerbe. Das Gewerbe darf nur aufgrund einer ausgestellten Konzession ausgeübt werden. Für die über UBER angebotene Personenbeförderung mit PKW kommen zwei Tatbestände des GelverkG in Betracht:

- › das Mietwagengewerbe oder
- › das Taxigewerbe.

6.3.2 Gelten die Regeln des Mietwagengewerbes?

a. Spontaner oder geplanter Beförderungswunsch des Kunden/der Kundin

Gemäß der Judikatur des VwGH ist das Mietwagengewerbe dem Bedürfnis nach der Beförderung eines geschlossenen TeilnehmerInnenkreises aufgrund besonderer Aufträge zu dienen bestimmt und wird erfahrungsgemäß zur Durchführung von Fahrten auf längere Dauer mit entfernteren Fahrtzielen in Anspruch genommen. Hingegen liegt das Wesen des Taxigewerbes darin, dass PKW zur Durchführung meist kurzer Fahrten innerhalb eines enger umgrenzten Gebietes im Bedarfsfall bereitgehalten werden.⁵¹

Daraus kann meines Erachtens abgeleitet werden, dass Mietwagenfahrten eher einem fix vorweg geplanten Reisewunsch der KundInnen entsprechen, während Taxifahrten einem eher spontanen kurzfristigen Beförderungswunsch über einen örtlich überschaubaren Bewegungsraum Rechnung tragen. Entsprechend dieser Wertung wären UBER-Fahrten nicht dem Mietwagengewerbe zuzurechnen.

b. Bestimmter Start- und Endpunkt der Beförderung

Eine weitere Abgrenzung besteht darin, dass der Gegenstand des Mietwagengewerbes ein Werkvertrag ist, bei dem für die Festlegung des Entgelts die Reichweite der Entfernung, über welche die Beförderungsleistung zu erbringen ist, maßgebend ist. Steht der Endpunkt der Reisebeförderung im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht fest, ist die Tätigkeit nicht unter den Tatbestand des Mietwagengewerbes, sondern des Taxigewerbes zu subsumieren.⁵²

Da in unserem Fall KundInnen im Zuge der Fahrtanfrage (dh bereits vor Fahrtantritt) Start- und Endpunkt ihres Reisewunsches bekannt geben, spricht dieser Umstand dafür, dass UBER-Fahrten als Mietwagenfahrten anzusehen wären. Die Beförderung durch UBER trägt durch die jederzeitige Verfügbarkeit am Mobiltelefon zwar einerseits erkennbar einem spontanen Beförderungsbedürfnis der NutzerInnen der UBER-APP Rechnung, andererseits steht der Start- und Endpunkt der Reise bereits bei Erteilung des Fahrauftrages fest. Aus der vorliegenden Judikatur des VwGH kann daher für unseren Fall kein Anhaltspunkt für eine eindeutige Zuordnung abgeleitet werden.

.....
⁵¹ VwGH 26.03.1993, Ra 92/03/0113.

⁵² VwGH 15.12.1993, Ra 93/03/0032; 26.04.1995, Ra 94/03/0289; 21.10.2014 Ra 2014/03/0003.

c. Bestimmtes oder bestimmbares Entgelt?

Die vom VwGH als unabdingbar notwendig erachtete Konkretisierung von Start- und Zielort bei Auftragserteilung beim Mietwagenvertrag erfüllt meines Erachtens aber nur dann ihren Zweck, wenn anhand ihrer Festlegung der gebührende Mietpreis ebenso fixiert wird. Im Sinne einer geplanten, auf längere Dauer mit entfernteren Fahrtzielen gerichteten Reisebewegung wird ein lediglich bestimmbarer Mietpreis regelmäßig wohl nicht den Intentionen der WerkbestellerInnen (also der KundInnen) entsprechen.

Relevant ist dieser Umstand allerdings nur dann, wenn aus der Rechtsordnung abgeleitet werden kann, dass dieses Interesse (ein vorweg fixiertes Entgelt) auch rechtlich geschützt ist.

§ 13 Abs 3 GelverKG verweist auf die Taxi-, Mietwagen- und Gästebetriebsordnungen, die durch den jeweiligen Landeshauptmann/die jeweilige Landeshauptfrau durch Verordnung zu erlassen sind. Die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagenbetriebsordnung enthält in ihrem § 36 Regeln, die eine Verwechselbarkeit des Mietwagenfahrzeugs mit einem Taxi unterbinden sollen. Insbesondere ist die Verwendung von Messinstrumenten zur Preisbestimmung im Mietwagengewerbe ausdrücklich untersagt. Indem die Gesetzgebung dem/der jeweiligen GewerbeinhaberIn in der Betriebsordnung mithilfe des Verbots der entsprechenden Messinstrumente die nachträgliche Preisbestimmung untersagt, unterbindet sie eine sukzessive Entgeltbemessung. Sie trägt dadurch dem oben angeführten Interesse der KundInnen nach einem vorweg fixierten Entgelt Rechnung.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass eine flexible Entgeltregelung im Mietwagengewerbe nicht zulässig ist, denn sie würde den Einsatz von Messinstrumenten erforderlich machen, den die Gesetzgebung hierfür ausdrücklich untersagt.⁵³ Wenn daher im Zusammenhang mit dem Mietwagengewerbe von „besonderen Aufträgen (Bestellungen)“ gesprochen wird, können damit meines Erachtens nur Fahrtvereinbarungen gemeint sein, in denen der zu zahlende Fahrtpreis bereits vor Antritt der Fahrt feststeht.

Da jedoch der Fahrtpreis, den UBER im Auftrag der Beförderer/Beförderinnen abrechnet, sich erst im Zuge der Abwicklung der Fahrt, abhängig von der zurückgelegten Fahrtroute konkretisiert⁵⁴, lässt sich die Dienstleistung, die UBER und die kooperierenden Beförderer/Beförderinnen anbieten, nicht unter den Tatbestand des Mietwagengewerbes subsumieren⁵⁵.

Neben der Verpflichtung zu vorweg zu vereinbarenden Aufträgen bestehen noch eine Reihe weitere Verpflichtungen für MietwagenbetreiberInnen, wie etwa ein Verbot der spontanen Fahrgastaufnahme bzw ein Gebot zur Auftragserteilung in der Betriebsstätte der MietwagenunternehmerInnen oder zur Rückkehrpflicht in die Betriebsstätte nach Ausführung des Fahrauftrags.

.....

⁵³ *Brauneis*, Fahrdienstvermittler von Mietwagen – noch ist nicht alles gesagt, ÖJZ 2016, 750.

⁵⁴ *Petropoulos*, UBER and the economic impact of sharing economy platforms, Bruegel Blog vom 22.02.2016 <http://bruegel.org/2016/02/UBER-and-the-economic-impact-of-sharing-economy-platforms/> (08.12.2016).

⁵⁵ AA *Mahr/Dechant*, Taxischreck Online-Fahrdienstvermittler, ÖJZ 2016, 398 ff.

6.3.3 Gelten die Regeln des Taxigewerbes?

Beim Taxigewerbe handelt es sich gemäß § 3 Z 3 GelverkG um die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden.

Im Gegensatz zum Mietwagengewerbe steht beim Taxigewerbe der TeilnehmerInnenkreis, der die Personenbeförderung in Anspruch nimmt, nicht vorweg fest. Entsprechend der Definition in § 3 Z 3 GelverkG ist für das Taxigewerbe auch charakteristisch, dass die Personenkraftwagen auch durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden können.

Was den Bestellvorgang betrifft, erklärt sich die aus heutiger Sicht veraltet erscheinende gesetzliche Umschreibung des Mediums, mithilfe dessen Fahrtbestellungen fernmündlich abgewickelt werden, aus dem vorherrschenden Stand der Technik zum Zeitpunkt der Formulierung der Gesetzesbestimmung. Wesentlich ist offenbar, dass die jeweiligen FahrtbestellerInnen eine Fahrtanfrage auch aus der Ferne abgeben können, was erforderlich macht, dass sich die FahrerInnen erst zum Aufenthaltsort der KundInnen begeben müssen, um die Fahrt abzuwickeln. Ob die Fahrtbestellung fernmündlich via Telefon oder fernschriftlich via Internet abgegeben wird, ist meines Erachtens nicht wesentlich.

Im Rahmen einer teleologischen Interpretation von § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG lässt sich daher auch die digital vermittelte Dienstleistung von UBER unter den Tatbestand des Taxigewerbes subsumieren.

Im **Ergebnis** handelt es sich bei den von UBER und den kooperierenden FahrerInnen angebotenen Dienstleistungen meines Erachtens um **Tätigkeiten des Taxigewerbes** und nicht des **Mietwagengewerbes**, weil das gebührende Entgelt nicht vorweg fix vereinbart wird, sondern sich sukzessive anhand der zurückgelegten Fahrtstrecke bestimmt⁵⁶ und weil die Fahrtbestellungen einem auch spontan entspringenden Reisebedürfnis entsprechend mittels digitaler Zusatzfunktionen von Fernmeldeeinrichtungen bei UBER bestellt werden.

Da es sich beim Taxigewerbe um ein konzessioniertes Gewerbe gemäß § 2 GelverkG handelt, darf das Gewerbe ohne Vorliegen einer solchen Konzession nicht betrieben werden. Sollte eine solche Konzession nicht vorliegen, müssten UBER und die kooperierenden FahrerInnen befürchten, dass ihnen die Abwicklung der Personenbeförderung jederzeit behördlich untersagt werden kann.

6.3.4 Konsequenzen der Taxigewerbe-Zugehörigkeit

a. Unzulässigkeit der gewerblichen Tätigkeit

Als reglementiertes Gewerbe ist die Erteilung einer Konzession gemäß § 5 GelverkG von mehreren besonderen Voraussetzungen wie der Zuverlässigkeit, der finanziellen Leistungsfähigkeit, der fachlichen Eignung und einer tatsächlichen und dauerhaften Niederlassung abhängig. Die kom-

.....
⁵⁶ Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, Aslam ua vs UBER B.V. ua, Rz 18.

missionelle Überprüfung der fachlichen Eignung und die Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit der jeweiligen AntragstellerInnen sind in einer eigenen Berufszugangsverordnung⁵⁷ zum GelverkG geregelt.

Ohne vorliegende Konzession ist die Ausübung des Taxigewerbes gemäß § 5 iVm § 339 GewO weder für UBER noch für die FahrerInnen zulässig, selbst für den Fall, dass die ausübende Person die besonderen Voraussetzungen des Gewerbes erfüllen würde.

Was die FahrerInnen als GewerbeinhaberInnen des Mietwagengewerbes betrifft, die unberechtigt das Taxigewerbe ausüben, kann die Gewerbebehörde⁵⁸ gemäß §§ 345 und 360 GewO die Ausübung der inkriminierten Tätigkeit untersagen. Die Behörde kann außerdem gemäß § 366 GewO Verwaltungsstrafen verhängen. Den Umstand der rechtskräftigen verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung kann die Behörde in der Folge zum Anlass nehmen, die Gewerbeberechtigung für das Mietwagengewerbe zu entziehen. Besteht eine rechtskräftige Bestrafung wegen schwerwiegender Verstöße gegen die Vorschriften über die Personenbeförderung, liegt keine Zuverlässigkeit der betreffenden GewerbeinhaberInnen iSd § 5 Abs 3 GelverkG mehr vor. Diese Zuverlässigkeit stellt aber eine notwendige Voraussetzung auch für die Ausübung des Mietwagengewerbes dar und kann daher eine Entziehung der Konzession für das Mietwagengewerbe zur Folge haben.

b. Niederlassung in Österreich

Dieser Punkt betrifft UBER insofern, als gemäß § 6 GelverkG für die Erteilung einer Konzession bei juristischen Personen und Personengesellschaften des Handelsrechts erforderlich ist, dass sie ihren Sitz oder eine nicht nur vorübergehende Niederlassung in Österreich haben. Will UBER B.V. mit derzeitigem Sitz in den Niederlanden in Österreich eine Konzession erlangen, muss UBER in Österreich eine Niederlassung eröffnen. Zwar sieht die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG eine Reihe von Erleichterungen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen vor. Die von UBER ausgeübte Tätigkeit des Taxigewerbes stellt aber eine Verkehrsdienstleistung dar und diese sind von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen (Art 2 Dienstleistungsrichtlinie).

Bei Zuwiderhandeln könnten die Verwaltungsbehörden gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO Verwaltungsstrafen bis zu 3.600,- Euro verhängen und UBER sowie den kooperierenden FahrerInnen die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit untersagen.

c. Besondere Verpflichtungen der Taxiunternehmen

Das Gewerbe des Taxiunternehmens kann infolge der dichten staatlichen Regulierung als Teil des öffentlichen Verkehrs qualifiziert werden. Die jeweiligen TaxibetreiberInnen können zu einem behördlich garantierten Preis ihre Dienstleistung anbieten, haben aber zahlreiche zusätzliche Verpflichtungen zu erfüllen, die aus der Gefährlichkeit des Straßenverkehrs und den erhöhten Sicherheitsanforderungen gegenüber der zu befördernden Person resultieren.

.....
⁵⁷ Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr über den Zugang zum mit Kraftfahrzeugen betriebenen Personenbeförderungsgewerbe (Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr – BZP-VO), BGBl 889/1994 idF BGBl II 459/2010.

⁵⁸ Dies ist für Wien das jeweils am Standort der gewerbetreibenden Person zuständige Magistratische Bezirksamt.

Dazu seien folgende zwei Verpflichtungen beispielhaft angeführt:

Damit ein auf das jeweilige Gemeindegebiet gleichmäßig verteiltes Angebot an Beförderungsmöglichkeiten aufrechterhalten werden kann, gilt für die GewerbeinhaberInnen gemäß den geltenden Betriebsordnungen⁵⁹ eine Beförderungspflicht. Gleichzeitig dürfen die Taxiunternehmen mit den von ihnen eingesetzten Fahrzeugen das öffentliche Parkraumangebot nicht belasten, sondern müssen verpflichtend nachweisen, dass sie für jedes eingesetzte Fahrzeug über einen privaten Abstellplatz verfügen.⁶⁰

d. Unzulässiger Einsatz nicht befähigter FahrerInnen

Im Rahmen der Ausübung des Taxigewerbes tritt hinzu, dass nicht nur die Gewerbeberechtigten eines Befähigungsnachweises bedürfen, sondern entsprechend der Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr (VO des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr gemäß § 13 GelverkG) auch die eingesetzten FahrerInnen.⁶¹ Sie müssen einen von der Behörde ausgestellten Ausweis vorweisen, der sie berechtigt, als TaxilenkerIn tätig zu sein. Auch für die Ausstellung dieses Papiere müssen die FahrerInnen unter anderem vor einer behördlichen Prüfungskommission entsprechende Fachkenntnisse wie etwa ausreichende Ortskenntnisse darlegen.

Verfügen die FahrerInnen über keine entsprechende TaxilenkerInnenberechtigung, kann die Gewerbebehörde gemäß § 345 Abs 5 GewO den Einsatz dieser Personen untersagen bzw gemäß § 15 Abs 1 Z 5 GelverkG iVm § 4 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr 1994 Verwaltungsstrafen in der Höhe von jeweils bis zu 7.267,- Euro verhängen.

e. Unzulässigkeit des UBER-Preismodells gemäß der geltenden Taxitarifordnungen

Die weitreichendste Konsequenz, die UBER und die kooperierenden FahrerInnen betrifft, ist die Unzulässigkeit der flexiblen Preisbestimmung durch das von UBER entwickelte *Surge-pricing*-Modell (siehe dazu näher in Abschnitt „Die Bestimmung des Fahrtpreises“). Im Bereich des Taxigewerbes wird das Transportentgelt nämlich gemäß § 14 GelverkG in zahlreichen Bundesländern durch VO des/der jeweiligen Landeshauptmanns/Landeshauptfrau festgelegt, so auch in Wien durch den Wiener Taxitarif.⁶²

Regelungszweck der Tarifordnungen ist es, einen einheitlichen Marktpreis innerhalb des Gewerbebereichs festzusetzen. Dieser liegt im Interesse der KundInnen, da er diese vor überhöhten Preisen schützt; auf der anderen Seite liegt er aber auch im Interesse der Verkehrsunternehmen, da er die Markteintrittshürden aller MitbewerberInnen vereinheitlicht und diese vor BilligstbieterInnen schützt, welche versuchen, den Markt zu unterwandern. Die Tarifordnungen haben absolut zwingende Wirkung, dh Abweichungen sind nach oben und unten unzulässig.

Die Verrechnung von über der amtlichen Tarifordnung liegenden Entgelten durch UBER-KooperationspartnerInnen ist daher genauso rechtswidrig wie eine allfällige Unterbietung, da der

.....
⁵⁹ § 24 Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung; § 10 Abs 4 GelverkG.

⁶⁰ § 5 Abs 1 GelverkG.

⁶¹ §§ 2 ff Betriebsordnung für den nicht linienmäßigen Personenverkehr – BO 1994, BGBl Nr 951/1993 idF BGBl II Nr 165/1993.

⁶² VO des Landeshauptmannes von Wien, in Kraft seit 01.12.2012, ABl 2012/42.

Tarif amtlich fixiert ist. Die Rechtswidrigkeit der vertraglichen Entgeltbestimmung erstreckt sich meines Erachtens – geltungserhaltend interpretiert – auf den übersteigenden Differenzbetrag. KundInnen, denen ein überhöhtes Entgelt verrechnet wurde, könnten daher unter Hinweis auf den geltenden amtlichen Tarif den Beförderungsvertrag bekämpfen. Da die Vermeidung eines überhöht vereinbarten Entgelts unzweifelhaft vom Schutzzweck der behördlichen Verbotsnorm erfasst ist, ist der Beförderungsvertrag teilnichtig. Die KundInnen können infolge ungültiger Rechtsgrundlage – soweit das Entgelt die amtliche Tariffhöhe übersteigt – selbiges bereicherungsrechtlich rückfordern.

f. Das UBER-Preismodell in Hinblick auf die Bestimmungen des Kartellgesetz

Da UBER für alle kooperierenden Verkehrsunternehmen den Transporttarif festlegt, könnte man auch die Frage stellen, ob hier nicht ein kartellrechtswidriges Verhalten nach § 1 Abs 4 Kartellgesetz (KartG) im Sinne einer verbotenen Preisabsprache zwischen MarktteilnehmerInnen vorliegt. Dies würde aber bedingen, dass von den beteiligten Unternehmen ein Verhalten gesetzt wird, das den freien Wettbewerb über den angebotenen Preis verzerrt. Da aber der Taximarkt dadurch charakterisiert ist, dass von den Organen der staatlichen Verwaltung ein einheitlicher Marktpreis verordnet wird, ist ein Preiswettbewerb von vornherein ausgeschlossen. Es kann daher meines Erachtens mangels Wettbewerbsmöglichkeit keine Wettbewerbsverzerrung vorliegen. Das Preismodell von UBER ist also nicht tatbestandsmäßig im Sinne des KartG.

Anders wäre die rechtliche Situation zu beurteilen, würde die Personenbeförderung als Tätigkeit im Sinne des Mietwagengewerbes qualifiziert. In diesem Gewerbe besteht keine amtlich verordnete Preisregelung. Infolge dessen könnte unter Umständen eine verbotene Preisabsprache zwischen den einzelnen UBER-FahrerInnen im Sinne des Kartellgesetzes argumentiert werden, mit der Behauptung, die FahrerInnen würden ihre Preise durch die Unterwerfung unter den Preisalgorithmus von UBER kartellieren.

g. Unzulässigkeit der ausschließlich unbaren Abrechnung des Transportentgelts und der Unterlassung der Offenlegungspflichten

Abgesehen von den umfangreichen Betriebsvoraussetzungen hinsichtlich der technischen Anforderungen bzw den zwingenden Vorgaben hinsichtlich der optischen Kennzeichnung der Taxifahrzeuge, haben FahrerInnen gemäß § 28 der Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung (WrTaxiBO)⁶³ auch so viel Wechselgeld mit sich zu führen, dass auf einen 50-Euro-Schein herausgeben werden kann. Dies impliziert meines Erachtens die gewerberechtliche Verpflichtung, dass GewerbeinhaberInnen über die von ihm/ihr eingesetzten FahrerInnen Fahrgästen grundsätzlich die bare Abrechnung des Transportentgeltes zwingend zu ermöglichen haben.

h. Unzulässige Verwendung nicht geeichter Messgeräte

Unabhängig von der fehlenden Gewerbeberechtigung besteht das Problem, dass UBER bei der Messung der Fahrtroute ein Navigationssystem einsetzt, dessen ordnungsgemäße Funktion und Richtigkeit weder durch die KundInnen überprüft werden kann noch durch die Behörden ge-

.....
⁶³ VO des Landeshauptmannes von Wien LGBl 36/2000 idF LGBl 14/2007 und LGBl 36/2011.

prüft wurde. Gemäß § 8 Abs 1 Z 1 Maß- und Eichgesetz (MEG)⁶⁴ handelt es sich bei dem Navigationssystem, das UBER gemeinsam mit den beteiligten Transportunternehmen einsetzt, zweifellos um ein „Messgerät zur Bestimmung der Länge (...)“. Mithilfe des Navigationssystems prüft UBER nämlich die Distanz der zurückgelegten Fahrtroute. An der Richtigkeit der Messung haben nicht zuletzt die KundInnen ein rechtlich geschütztes Interesse, weil sich daran maßgeblich die Höhe des Werkentgelts bestimmt, das ihnen in Rechnung gestellt wird. Sämtliche der dargestellten Elemente erfüllen den Tatbestand des § 8 Abs 3 Z 4 MEG, weshalb das Navigationssystem der Eichpflicht unterliegt.⁶⁵

Diese Vorlage an die Eichämter zur Überprüfung ist gemäß § 15 Z 2 MEG alle zwei Jahre zu wiederholen (Nacheichpflicht).

7. Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte

7.1 Die Wettbewerbspraktiken der mit UBER kooperierenden FahrerInnen

Die Missachtung des amtlichen Tarifes durch die FahrerInnen könnte bei einer Unterschreitung auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als rechtswidrig anzusehen sein, da sie den Wettbewerb mit den regulären Taxiunternehmungen am Markt verzerrt. Durch Fahrtangebote zu günstigeren Konditionen könnten die mit UBER kooperierenden FahrerInnen sich ungerechtfertigte Vorteile im Sinne einer nicht unerheblichen Wettbewerbsbeeinflussung⁶⁶ im KundInnenwettbewerb sichern und dadurch den Tatbestand der unlauteren Geschäftspraktik gemäß § 1 UWG erfüllen.⁶⁷

Vorausgesetzt, dass die Nichtbeachtung der Taxitarifordnung nicht durch die Argumentation einer vertretbaren Rechtsansicht gerechtfertigt werden kann⁶⁸, könnten konkurrierende Taxiunternehmen unter Berufung auf die von ihnen zu tragenden Wettbewerbsnachteile gemäß § 14 iVm § 18 UWG gegen die FahrerInnen eine Klage auf Unterlassung der von der Tarifordnung abweichenden Entgeltbemessung einbringen.

7.2 Die Wettbewerbspraktiken UBERs

7.2.1 Bestimmung des Fahrtentgelts durch UBER

Unter der Annahme, dass die Tätigkeiten der beteiligten Beförderungsunternehmen als Tätigkeiten des Taxigewerbes iSd § 3 Abs 1 Z 3 GelverkG anzusehen sind, könnten potenzielle MitbewerberInnen auch gegenüber UBER wegen Mitwirkung an der wettbewerbswidrigen

.....
⁶⁴ BGBl 152/1950 idF BGBl I 148/2015.

⁶⁵ AA *Mahr/Dechant*, ÖJZ 9/2016, 398 ff.

⁶⁶ OGH 15.09.2005, 4 Ob 113/05d.

⁶⁷ Siehe dazu ausführlich *Brauneis*, ÖJZ 2016, 752.

⁶⁸ Näheres dazu *Wiebe*, Wettbewerbs- u Immaterialgüterrecht (2016)³ 321 f.

Handlung⁶⁹ Ansprüche auf Unterlassung erheben – dies selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Nichtbeachtung der Taxitarifordnung nicht durch die Argumentation einer vertretbaren Rechtsansicht gerechtfertigt werden kann.

7.2.2 Intransparente Darlegung des/der konkreten Fahrers/Fahrerin durch UBER

Wie aus dem oben dargestellten Sachverhalt hervorgeht, ergibt sich ein widersprüchliches Bild der von UBER erbrachten Dienstleistung. Einerseits tritt gegenüber den KundInnen immer nur UBER auf, andererseits argumentiert UBER in den Nutzungsvereinbarungen der APP, diese Fahrdienstleistung lediglich zu vermitteln. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit es sich hier nicht möglicherweise um eine irreführende Geschäftspraktik von UBER und seinen kooperierenden FahrerInnen gemäß § 2 UWG handelt. Die Vermittlung erfolgt nämlich über eine von UBER betriebene APP am Handy der KundInnen bzw via Internet über die Homepage von UBER. Nach der Übermittlung von Abholort und Ziel der Fahrt wird den KundInnen ein/eine UBER-FahrerIn angeboten. Dieses Angebot erfolgt ohne Hinweis auf irgendein sonst an der Transaktion beteiligtes Unternehmen. Die KundInnen übermitteln auch die Annahme des Angebots an UBER selbst.

Alle relevanten Details der Personenbeförderung werden über UBER abgewickelt. UBER inkassiert das Entgelt und übermittelt auch die Abrechnung. Erst nach Ende der Fahrt und lediglich unter der Voraussetzung, dass der Kunde/die Kundin den konkreten Abrechnungsbeleg herunterlädt, erfährt er/sie den wahren Namen des konkreten Beförderungsunternehmens. Dieser Hinweis sowie die Information in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Nutzungsvereinbarung der UBER-APP sind die einzigen Anhaltspunkte, aus denen für KundInnen ersichtlich ist, dass UBER offenbar nicht Vertragspartner der Auftragsfahrt ist, sondern dass der Beförderungsvertrag offenbar mit einer dritten Person abgeschlossen wurde.

Diese beiden Hinweise vermögen meines Erachtens den weit überwiegenden Gesamteindruck nicht auszuschließen, weil blickfangartig herausgestellte Angaben stärker ins Gewicht fallen als im Kleingedruckten enthaltende, aufklärende Hinweise.⁷⁰

Einerseits erweckt UBER gegenüber den DurchschnittsverbraucherInnen den Eindruck, diese würden mit UBER als einem Transportunternehmen kontrahieren. UBER profitiert dadurch vom Vertrauen der KundInnen, die annehmen, immer mit dem gleichen Vertragspartner abzuschließen, und daher aus der Erfahrung vergangener Dienstleistungen irrigerweise vertrauensbildend annehmen, sie würden mit dem bereits vertrauten Unternehmen UBER einen weiteren Beförderungsvertrag schließen.

Andererseits profitiert das jeweils kooperierende Beförderungsunternehmen, das noch nie mit dem/der betreffenden Kunden/Kundin kontrahiert hat, in einer meines Erachtens unlauteren Weise vom Vertrauen des Kunden/der Kundin, das er/sie irrigerweise UBER entgegenbringt. Im

⁶⁹ Zum Begriff des Störers allgemein *Brauneis* ÖJZ 2016, 752 mit Verweis auf OGH 13.09.1999, 4 Ob 155/99v.

⁷⁰ Siehe auch OGH 4 Ob 68/13y, ÖBl 2014, 7.

Glauben, einen Fahrauftrag an UBER gegeben zu haben, schließt der Kunde/die Kundin jedoch einen Beförderungsvertrag mit einer dritten Person, deren konkrete Identität sich ihm/ihr erst im Zuge der Rechnungslegung offenbart.

Meiner Meinung nach könnte dadurch der Tatbestand der irreführenden Geschäftspraktik gemäß § 2 UWG erfüllt sein, aus dem eine Handlung unlauteren Wettbewerbs abgeleitet werden kann. Liegen wettbewerbswidrige Handlungen vor, so können MitbewerberInnen und Verbände gemäß § 14 UWG Unterlassungsklagen gegen den Wettbewerbsverstoß erheben⁷¹.

8. KonsumentInnenschutzrechtliche Gesichtspunkte

8.1 Der internationale Sachverhalt

UBER bietet seine Dienstleistungen grenzüberschreitend KonsumentInnen bzw VerbraucherInnen an. Da die Beförderung der KonsumentInnen in Österreich abgewickelt wird, ist gemäß den Regelungen der EU-VO 593/2008 (Rom I-VO) zu prüfen, welchen nationalen Rechtsnormen die VerbraucherInnenverträge mit den KundInnen unterliegen.

Soweit es sich bei den KundInnen um VerbraucherInnen handelt, dh dass die Beförderung ihrer Person nicht ihren beruflichen oder gewerblichen Zwecken zugeordnet werden kann, kommt Art 6 Rom I-VO zur Anwendung. Dieser legt das Recht jenes Staates als maßgeblich fest, in dem der/die VerbraucherIn seinen/ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die von UBER abgeschlossenen Verträge fallen daher in den Anwendungsbereich des österreichischen Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes (FAGG)⁷² bzw subsidiär in den des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG).

Eine von den Vertragsparteien allfällig getroffene abweichende Rechtswahl gemäß Artikel 3 Rom I-VO darf den Parteien nicht den Schutz entziehen, den die gemäß Art 6 Rom I-VO zur Anwendung kommende nationale Regelung gewährt. Dies bedeutet, dass auch im Fall einer abweichenden Rechtswahl in den AGB die österreichischen Regelungen zur Prüfung des Sachverhalts heranzuziehen sind.

8.2 Informationspflichten von UBER

Da der Vertrag in jedem Fall außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten UBERs abgeschlossen wird, kommen die Regelungen des Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes (FAGG) zur Anwendung, welche im Verhältnis zu den Regelungen des KSchG als Spezialnormen zu betrachten sind.

⁷¹ Näheres dazu *Wiebe*, Wettbewerbs- u Immaterialgüterrecht (2016)³ 321 f.

⁷² Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG), BGBl I 33/2014 i d F BGBl I 83/2015.

Orientiert man sich nun an dem von UBER vertretenen Standpunkt, lediglich Vermittler von Personenbeförderungsdienstleistungen zu sein, dann gelten für das Unternehmen auch die Informationspflichten gemäß § 4 Abs 1 Z 1 FAGG. Diese verpflichten den/die UnternehmerIn vor Abschluss der Vereinbarung, die VerbraucherInnen über die wesentlichen Eigenschaften der Dienstleistung zu informieren.

Wie unter Abschnitt „Wer sind die Vertragsparteien der Personenbeförderung?“ dargestellt, erfahren die KundInnen erst nach Abschluss der Beförderungsleistung aus der zur Verfügung gestellten Rechnung den Namen der DienstleisterInnen, mit denen der Vertrag nach der von UBER intendierten Konstruktion abgeschlossen wurde. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Dienstleistung ist den KundInnen nur der Vorname und eine Telefonnummer der jeweiligen „UBER-FahrerInnen“ bekannt. Zu diesem Zeitpunkt ist also nicht bekannt, mit wem kontrahiert wird. Geht man vom Vorliegen eines bloßen Vermittlungsvertrags aus, dann stellt die Identität der Person, die als VertragspartnerIn „vermittelt“ wird, eine nicht unwichtige Information dar. Dies lässt sich auch aus § 4 Abs 2 Z 2 FAGG ablesen, der die Informationspflicht über die Person des Unternehmers/der Unternehmerin regelt. Stellt die Information über die Person des Unternehmers/der Unternehmerin im Vertrag mit den KonsumentInnen eine relevante Voraussetzung für die rechtskonforme Vertragsabwicklung dar, dann handelt es sich bei der Information über die Identität der zu vermittelnden Person unzweifelhaft ebenso um eine wesentliche Eigenschaft der Dienstleistung iSv § 4 Abs 1 Z 1 FAGG.

Die Verstöße gegen diese Informationspflicht sind gemäß § 19 Z 1 FAGG mit Verwaltungsstrafen bis zu 1.450,- Euro bedroht. Hinzutritt, dass die Verstöße mit Verbandsklage gemäß § 28a KSchG verfolgt werden können, wenn dadurch die allgemeinen Interessen der VerbraucherInnen beeinträchtigt werden.

Geht man allerdings davon aus, dass UBER über eine bloße Vermittlung hinaus schlüssig einen Beförderungsorganisationsvertrag mit den KundInnen abschließt, dann kommen UBER die Ausnahmestimmungen in § 1 Abs 3 Z 1 FAGG (Spezialnorm) und § 5a Abs 2 Z 13 KschG (generelle Norm) zugute, die die Verträge über die Beförderung von Personen von den obgenannten Informationspflichten ausnehmen.

Wie bereits oben zum Sachverhalt dargestellt, erbringt UBER eine Vielzahl von über die bloße Vermittlungstätigkeit hinausgehenden Handlungen, weshalb meines Erachtens schlüssig ein Beförderungsorganisationsvertrag vorliegt.

Der Beförderungsorganisationsvertrag, den UBER anbietet, lässt sich unter die Tatbestände des KSchG nicht direkt subsummieren. Das KSchG enthält in den §§ 31b ff Regeln für vergleichbare Dienstleistungen, und zwar für ReiseveranstalterInnen.

Deren Dienstleistung ist allerdings nur dann tatbestandsmäßig, sofern sie mehrere Arten von Dienstleistungen kombiniert umfasst (§ 31b Abs 2 KSchG). Neben der Beförderung im Sinne der Reisetätigkeit und der Betreuung vor Ort im Sinne von Unterbringungsleistungen kann auch die Organisation von FremdenführerInnendienstleistungen umfasst sein. Da UBER jedoch lediglich die Beförderung anbietet, erfüllt seine Dienstleistung nicht den Tatbestand des Reiseveranstalters/der Reiseveranstalterin.

8.3 VermittlerIn oder VeranstalterIn?

Die Dienstleistungen von ReiseveranstalterInnen enthalten in der Praxis jedoch bisweilen der Geschäftspraktik UBERs vergleichbare Konstruktionen, die darauf abzielen, zu verschleiern, ob das Reisebüro als bloßer Vermittler im Sinne eines Reisevermittlungsvertrags oder als Reiseorganisator als Schuldner der Leistungen auftritt. Der OGH⁷³ vertritt die Ansicht, dass bei der Frage, ob AnbieterInnen die Leistungen selbst schulden oder bloß infolge der Beschränkung auf die VermittlerInnenrolle für die Erlangung des Anspruchs Anderer haften, eine Beurteilung aus der Sicht eines/einer redlichen Erklärungsempfängers/Erklärungsempfängerin vorzunehmen ist.

Dabei ist von dem Auftritt der VertragspartnerInnen und somit von dem Gesamteindruck auszugehen.⁷⁴ Bemerkenswert ist auch, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein Reisebüro bloßer Vermittler oder Veranstalter ist, im Einzelfall (auch) auf die Prospektgestaltung Rücksicht genommen wird – auf die „VermittlerInnenklausel“ in den AGB kommt es gerade nicht an.⁷⁵ Diese Wertung der Gerichte liefert im Fall UBER, wo meines Erachtens kraft Anscheins von einem Beförderungsorganisationsvertrag auszugehen ist (siehe Abschnitt „Die rechtliche Zuordnung der handelnden Personen“) verwertbare Argumente.

Ausgehend von dem Eindruck, den KundInnen von der UBER-APP vermittelt bekommen, stellt sich über nahezu die gesamte Kausalkette der sich in der Beförderungsorganisation vollziehenden Handlungen UBER als Dienstleister der Taxifahrt dar: vom Bestellvorgang über die Fahrtabwicklung bis zum Info-E-Mail über die getätigte Verrechnung der Fahrt. Dem steht lediglich entgegen, dass die KundInnen im Zuge der erstmaligen Installation der APP auf dem Handy aus den AGB und im Zuge des Abrufs des Ausdrucks des Rechnungsbelegs von UBER darüber in Kenntnis gesetzt werden, dass UBER nicht der Beförderer der Taxifahrt ist.

Diese beiden Hinweise stehen in keiner direkten zeitlichen Nähe zum konkreten Abschluss des jeweiligen Beförderungsvertrages, weshalb aus der Sicht von redlichen ErklärungsempfängerInnen nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie von diesen regelmäßig wahrgenommen werden. Aus diesen Gründen ist daher meines Erachtens von einem Beförderungsorganisationsvertrag auszugehen.

Entstehen den KundInnen allfällige Nachteile aus der Taxifahrt, könnten sie der obigen Argumentation zufolge daher wählen, ob sie ihre Ansprüche gegenüber dem/der FahrerIn aus dem Beförderungsvertrag oder gegenüber UBER aus dem Beförderungsorganisationsvertrag heraus geltend machen.

⁷³ OGH 12.05.1982, 3 Ob 525/82.

⁷⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB⁴ (2000–2016) § 1166 Rz 55.

⁷⁵ *Krejci in Rummel*, ABGB⁴ (2000–2016) § 31b KSchG Rz 7.

9. UBER und die „UBER-FahrerInnen“ in Österreich – eine Prüfung aus arbeitsrechtlicher Sicht

9.1 Die Ausgangssituation:

Wie im Sachverhalt dargestellt, wickelt UBER in Österreich die Personenbeförderung unter den Labels UBERX, UBERBlack und UBERVan ab. UBER kooperiert hier nicht direkt mit Privatpersonen als FahrerInnen, sondern mit Mietwagenunternehmen. Die bei den Mietwagenunternehmen beschäftigten FahrerInnen führen die Personenbeförderung durch. In dieser Kooperationsvariante ist unbestritten, dass die beschäftigten FahrerInnen in einem Dienstverhältnis zu den jeweiligen Mietwagenunternehmen stehen.

Wie bereits angeführt, werden jedoch eine Vielzahl von Mietwagenunternehmen in Form von Ein-Personen-Unternehmen geführt. Bei solchen Unternehmen stellt sich meiner Meinung nach angesichts des massiven Verhandlungsungleichgewichts zwischen Auftraggeber UBER und den AuftragnehmerInnen die Frage, inwieweit die behauptete freie Unternehmenstätigkeit von einzelnen FahrerInnen unter der massiven Determination der Abwicklungsorganisation durch UBER nicht zu einer bloßen Scheinselbständigkeit verblasst und auch hier im Einzelfall möglicherweise Ansatzpunkte für ein verstecktes Dienstverhältnis vorliegen könnten.

9.2 Prüfungshypothese UBERPop in Österreich

In weiten Teilen der Welt wickelt UBER seine Dienstleistung nicht nur in Kooperation mit Mietwagenunternehmen ab, sondern bietet seine Dienste in direkter Kooperation mit Privatpersonen als FahrerInnen an. Angenommen, es gäbe UBERPop in Österreich, wie wäre das Vertragsverhältnis der FahrerInnen dann rechtlich zu beurteilen?

Aus der Sicht von UBER ergäbe sich keinerlei Unterschied. UBER würde sich wohl auf den Rechtsstandpunkt zurückziehen, das Unternehmen wäre lediglich eine digitale Vermittlungszentrale zwischen selbständigen FahrerInnen und KundInnen. Wie in anderen Ländern auch ginge dies mit einem Verlust jeglicher arbeitsrechtlicher Absicherung der FahrerInnen einher, sozialversichert wären sie allenfalls als Selbständige und müssten die Beiträge selbst tragen. Mit solchen Vorwürfen konfrontiert, rechtfertigt sich UBER üblicherweise, dass diese Risiken typischerweise mit jeder selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit einhergehen und deren Bewältigung im Verantwortungsbereich der jeweiligen FahrerInnen als unabhängige MarktteilnehmerInnen liegen.⁷⁶

Wie bereits angeführt, erachte ich den Verweis auf den bloßen Vermittlungsvertrag als ein Verschleiernsargument. Es soll lediglich davon ablenken, dass UBER sämtliche Aspekte der Dienstleistung kontrolliert – und damit nicht vermittelt, sondern konkrete Arbeitsaufträge anbietet. Die Vermittlung ist nicht Wesenselement des Vertragsverhältnisses, sondern der mit ihr einhergehende Auftrag, die Personenbeförderung entsprechend den Vorgaben von UBER

76 Siehe *Strube in Stary*, Digitalisierung der Arbeit (2016) 52.

abzuwickeln. Aus dem umfangreiche Gefüge an Vorgaben und Kontrollen, denen UBER-FahrerInnen unterworfen sind, und ihrer Funktion als Gehilfinnen für UBER im Beförderungsorganisationsvertrag gegenüber den KundInnen, ist aus meiner Sicht schlüssig ein Schuldverhältnis abzulesen.

Besteht nun dieses Schuldverhältnis zwischen einer Einzelperson und einem Unternehmen, dann sind die Umstände der Dienstleistung einer schärferen rechtlichen Beurteilung zu unterwerfen, als wenn es sich um einen Austausch von Dienstleistungen zwischen Unternehmen handelt. Infolge des massiven Ungleichgewichts an Verhandlungsmacht zwischen den Beteiligten muss der Sachverhalt daraufhin geprüft werden, ob nicht Umstände vorliegen, die auf die Umgehung eines Dienstvertragsverhältnisses schließen lassen.

9.3 Das Problem der grenzüberschreitenden Dienstleistung aus arbeitsrechtlicher Sicht

9.3.1 Die Anwendbarkeit unionsrechtlicher Kollisionsnormen

Maßgeblicher Umstand unseres Sachverhaltes ist, dass eine Vertragsbeziehung zwischen zwei VertragspartnerInnen zu prüfen ist, die ihren Sitz bzw Aufenthalt in unterschiedlichen Staaten der EU (UBER B.V. in den Niederlanden und die UBER-FahrerInnen in Österreich) haben. Für eine Prüfung der möglichen ArbeitnehmerInneneigenschaft der UBER-FahrerInnen, muss daher zunächst geklärt werden, welche staatliche Rechtsordnung als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist. Für Dienstverhältnisse beantwortet diese Frage die Rom I-VO als Kollisionsnorm. Daher muss zunächst geprüft werden, ob UBER-FahrerInnen vom ArbeitnehmerInnen-Begriff der Rom I-VO erfasst sind.

9.3.2 Unionsrechtliche ArbeitnehmerInnen-Begriffe

Falsch wäre es, unmittelbar auf das Begriffsverständnis der betroffenen Mitgliedsstaaten (hier Österreich und die Niederlande) zurückzugreifen. Abgesehen vom Umstand, dass eine solche Bezugnahme wahrscheinlich zu keinem eindeutigen Ergebnis führen würde, wäre sie unzulässig.⁷⁷ Gemäß der Judikatur des EuGH sind die ArbeitnehmerInnen-Begriffe des Unionsrechts autonom auszulegen, es sei denn, es wird in den jeweiligen Regelungen explizit auf das Arbeitsrecht des betroffenen Mitgliedstaats verwiesen (sogenannte „Qualifikationsverweisung“).⁷⁸ Dies ist bei der Rom-I VO nicht der Fall.⁷⁹ Siehe dazu ausführlich Beitrag „Crowdword mit Auslandsbezug“.

Bezogen auf den ArbeitnehmerInnenbegriff der Rom I-VO liegt noch keine Entscheidung des EUGH vor, der Gerichtshof hat jedoch in der Rs *Freiherr von Büllesheim*⁸⁰ zur EUGV-

77 *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht² (2011) Rz 12; *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht³ (2007) 215.

78 Siehe zB Art 2 Abs 2 Entsende-Richtlinie 1996/71/EG.

79 *Junker*, Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – der Arbeitnehmerbegriff des europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, 186.

80 EuGH 10.09.2015, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574.

VO (Brüssel Ia-VO) festgehalten, dass Arbeitsverträge eine dauerhafte Beziehung begründen, durch die ArbeitnehmerInnen in den Betrieb ihrer ArbeitgeberInnen eingegliedert werden.⁸¹ In Bezug auf den autonomen Begriff des Arbeitsvertrages könne angenommen werden, dass dieser eine Abhängigkeit der ArbeitnehmerInnen von ihren ArbeitgeberInnen voraussetzt.⁸² Überdies besteht aus Sicht des EuGH das wesentliche Merkmal darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisungen Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁸³

Eine Prüfung der soeben dargestellten Kriterien führt für das Fallbeispiel UBER zu folgenden Ergebnissen:

a. Arbeitsleistung für eine andere Person

Geht man wie in Abschnitt „Die UBER-FahrerInnen-Richtlinien“ argumentiert von dem Vorliegen eines Beförderungsorganisationsvertrags aus, dann erbringen die FahrerInnen im Rahmen dieses Vertrags eine Dienstleistung, die im Sinne des Erreichens des gewünschten Reisezieles eine Verpflichtung erfüllt, zu der sich die andere Person, nämlich UBER, gegenüber den KundInnen verpflichtet hat. Sie erbringen damit eine Arbeitsleistung für UBER. Auch das Merkmal der Erbringung der Leistungen nach den Weisungen einer anderen Person ist meiner Meinung nach erfüllt.

Wie ebenfalls bereits ausgeführt, ist die Arbeitsleistung der FahrerInnen in allen relevanten Gesichtspunkten durch UBER determiniert - angefangen von den Zulassungskriterien für das zum Einsatz kommende Fahrzeug, zur Verwendung des Routensystems UBERs, der Festlegung der konkreten Fahrtrouten, der Entgelthöhe bis hin zu den Zahlungs- und Abrechnungsmodalitäten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese Weisungen dadurch vorweggenommen wurden, dass sie bereits *ex ante* in den Geschäftsbedingungen von UBER festgelegt wurden.⁸⁴

b. Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses

Das Merkmal eines entgeltlichen Vertragsverhältnisses ist in unserem Sachverhalt jedenfalls erfüllt. Der Umstand, dass die Bezahlung im Wege einer Beteiligung am Umsatz erfolgt, steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht unbedingt entgegen. Dies hat der EuGH in einem anderen Fall, der Rs *Agegate Ltd*⁸⁵, festgehalten. Den allfälligen Einwand, dass entsprechend einer formalen Betrachtungsweise UBER am Erfolg der FahrerInnen und nicht diese am wirtschaftlichen Erfolg UBERs beteiligt sind, erachte ich in diesem Zusammenhang als nicht relevant. Wesentlich ist vielmehr, dass die betreffende Person für die von ihr ausgeübte Tätigkeit ein Entgelt erhält. Es ist ein bezeichnendes Kriterium der digitalen Dienstleistung, dass formalrechtliche Zuordnungskriterien keinen allein maßgeblichen Erkenntniswert mehr vermitteln. Relevant ist hier allein, dass die FahrerInnen ihre Tätigkeit abgegolten erhalten.

.....
⁸¹ Siehe EuGH, *Spies von Büllesheim*, Rz 39.

⁸² Siehe EuGH, *Spies von Büllesheim*, Rz 40.

⁸³ Siehe EuGH, *Spies von Büllesheim*, Rz 41.

⁸⁴ Ähnlich *Prasll/Risak*, UBER, Taskrabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 2016, 618 (634).

⁸⁵ EuGH 14.12.1989, C-3/87, *Agegate*, Slg 1989, 4459, Rz 36.

c. (Persönliche) Abhängigkeit der ArbeitnehmerInnen von den ArbeitgeberInnen

Betreffend die Abhängigkeit der FahrerInnen könnte eingewandt werden, dass sie ja nicht verpflichtet sind, die angebotenen Fahrtenanfragen anzunehmen. Dies ist aber schon dahingehend zu relativieren, dass wie in Abschnitt „Das Akzeptanz-Rating“ angeführt, UBER-FahrerInnen, die es konsequent unterlassen, Reiseanträge zu akzeptieren, von UBER darauf hingewiesen werden, dass sie Gefahr laufen, ihren Zugang zu verlieren.

Die behauptete „Unabhängigkeit“ wird insbesondere in einer aktuellen Entscheidung des englischen *Employment Tribunal* in der Rs *Aslam ua vs UBER B.V. ua*⁸⁶ infrage gestellt, da nach dem dortigen Sachverhalt von den FahrerInnen eine Reaktion auf die ihnen angebotenen Fahrten bei aktivierter UBER-APP innerhalb einer bestimmten Zeit erwartet wird. Andererseits besteht nur dann eine Arbeitsmöglichkeit für die FahrerInnen, wenn ein entsprechender Bedarf gegeben ist. UBER ist nur verpflichtet, einlangende Fahrtenanfragen zu vermitteln. Es besteht aber keine Erfolgshaftung für ausbleibende Fahrtenanfragen, insoweit handelt es sich um eine bedarfsorientierte Erwerbstätigkeit des Fahrers/der FahrerIn.

In der Rs *Levin* hatte der EuGH erkannt, dass auch jemand ArbeitnehmerIn im Sinne des Arbeitsrechts sein kann, wenn er/sie keinen Anspruch auf Beschäftigung hat.⁸⁷ In diesem Sachverhalt bestand zwar einerseits kein Recht auf Beschäftigung, andererseits aber auch keine Verpflichtung für die ArbeitnehmerInnen einem „Abruf“ ihres Arbeitgebers/ihrer Arbeitgeberin nachzukommen.⁸⁸ Diese Entscheidung belegt, dass der Umstand der Freiwilligkeit der Arbeitsleistung nicht dazu führen muss, die ArbeitnehmerInneneigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu verlieren. Die Abhängigkeit der ArbeitnehmerInnen muss also nicht unbedingt in einer bestehenden dauerhaften Verpflichtung bestehen, sondern kann auch aus anderen Umständen im Sinne einer funktionalen Unterordnung resultieren.

Die Umstände, die im vorliegenden Fall diese Abhängigkeit bewirken, liegen meines Erachtens einerseits in der umfassenden Kontrollunterworfenheit der FahrerInnen, sei es hinsichtlich der digitalen Überwachung der Fahrtroute des Fahrzeugs oder der Unterstellung unter das System der Qualitätskontrolle der KundInnenbewertung (dem *Rating*). Die KundInnen fungieren im letzteren Fall als QualitätskontrolleurInnen im Dienste von UBER.⁸⁹ Hier sind die FahrerInnen, von einem Bewertungssystem, das von UBER konzipiert, gesteuert und überwacht wird, von UBER abhängig. Ihr *Rating* entscheidet, in wieweit der/die FahrerIn von UBER auch zukünftig Aufträge erhält. Deshalb ist auch dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.

d. Eingliederung in den Betrieb der ArbeitgeberInnen

Bei diesem Punkt werden die Umwälzungen der Arbeitsorganisation durch die digitale Technik am augenfälligsten. Aus dem Sachverhalt ist ersichtlich, dass UBER über miteinander via Internet korrespondierende Handys die Logistik eines gesamten Unternehmens steuert, soweit

.....
⁸⁶ Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V. ua*, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-UBER-reasons-20161028.pdf> (07.12.2016).

⁸⁷ *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht³ (2007) 217.

⁸⁸ EuGH 26.02.1992, C-357/89, *Raulin*, Slg 1992 I-01027.

⁸⁹ Ähnlich *Risak*, What's Law got to do with it – (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, kurswechsel 2016/2, 32 (33).

die FahrerInnen sich via Handy arbeitsbereit melden, einlangende Transportaufträge entgegennehmen, ihre Fahrzeuge entlang den vorgegebenen Fahrtrouten steuern und den Abschluss der Beförderung übermitteln. Meiner Meinung nach kann kein Zweifel daran bestehen, dass die FahrerInnen in den Betrieb von UBER eingegliedert sind, wenngleich sich diese Eingliederung „lediglich“ dadurch realisiert, dass sie eine APP auf einem Mobiltelefon in ihrem Fahrzeug in Betrieb nehmen und die Fahraufträge entsprechend den Richtlinien von UBER abwickeln.

e. Ergebnis

Aufgrund der oben dargestellten Anhaltspunkte aus dem Sachverhalt erfüllt das Rechtsverhältnis zwischen UBER und den FahrerInnen den Tatbestand eines Dienstverhältnisses iSd Gemeinschaftsrechts. Entsprechend der Kollisionsnorm in Art 10 Rom I-VO kommt daher mangels Rechtswahl der Parteien jenes Recht zur Anwendung, in welchem der/die ArbeitnehmerIn gewöhnlich die Arbeit verrichtet. Aber auch eine abweichende Rechtswahl ist gemäß Art 10 Rom I-VO nur soweit wirksam, als dadurch der Schutz für den betroffenen/die betroffene ArbeitnehmerIn nicht verschlechtert wird.

Da die Arbeitsverrichtung in Österreich erfolgt, fällt das Rechtsverhältnis in den Anwendungsbereich der österreichischen Schutznormen, sofern es deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

9.4 Prüfung des Vertragsverhältnisses gemäß den österreichischen Tatbeständen

9.4.1 Infrage kommende Vertragstypen

Wie bereits angeführt, ist das Vertragsverhältnis zwischen UBER und den FahrerInnen wesentlich durch die konkreten Vorgaben und Kontrollen von UBER geprägt. Wie bereits auf europarechtlicher Ebene gilt es nun auch auf innerstaatlicher Ebene entsprechend der von Gesetzgebung und Rechtsprechung festgelegten Wertungen zu beurteilen, ob dieses Schuldverhältnis als Werkvertrag gemäß § 1153 ABGB zwischen selbständigen MarktteilnehmerInnen oder als ein Dienstvertrag gemäß § 1151 ABGB zu beurteilen ist.

9.4.2 Die Tatbestandselemente des Dienstvertrags

Nach § 1151 ABGB entsteht ein Dienstvertrag, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für eine andere Person verpflichtet. Als ArbeitnehmerIn im arbeitsvertraglichen Sinn gilt derjenige/diejenige, der/die kraft rechtsgeschäftlichen Willens zur Arbeitsleistung für eine andere Person in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁹⁰

a. Auf eine bestimmte Dauer angelegte Dienstleistung für eine andere Person

Problematisch könnte in diesem Zusammenhang sein, dass sich der das Schuldverhältnis tragende Umstand, der mit der Weiterleitung der Fahrtafrage einhergehende Abwicklungsauftrag, in die Rechtsnatur eines Zielschuldverhältnisses hüllt. Meines Erachtens ist dieser Umstand aller-

.....
⁹⁰ Radner in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (24. Lfg 2014) Kap I Rz 2.

dings zu relativieren, sobald diese Aufträge von den FahrerInnen wiederholt angenommen werden. Der Umstand, dass das Schuldverhältnis zwischen UBER und den FahrerInnen in Wahrheit auf eine dauerhafte Bindung ausgerichtet ist, lässt sich aber aus den von UBER festgelegten Richtlinien, wie in Abschnitt „Die UBER-FahrerInnen-Richtlinien“ dargelegt, deutlich ablesen.

UBER legt der KundInnenbewertung eine Durchschnittsbetrachtung bezogen auf die letzten 500 Fahrten zugrunde. UBER betrachtet diese Begrenzung auf die letzten 500 Fahrten als Entgegenkommen zugunsten der FahrerInnen, damit diese ihren Service „im Laufe der Zeit“ verbessern.⁹¹ Daraus lässt sich ablesen, dass UBER in einer generalisierenden Betrachtungsweise von einem Vielfachen an wiederholten Fahrtabwicklungen durch die FahrerInnen ausgeht. Auch die Grundannahmen UBERs betreffend die zulässigen Stornoquoten von unter 5 bei 100 Fahrten⁹² zeigen, dass das Schuldverhältnis regelmäßig durch eine nachhaltige Vertragsbeziehung mit dem/der jeweiligen FahrerIn geprägt ist.

In diesem Sinne hat auch ein englisches Employment Tribunal bereits entschieden, dass nicht jede einzelne Fahrt als punktuelles Vertragsverhältnis zu beurteilen ist, sondern der gesamte Zeitraum, wenn die UBER-APP aktiviert ist, als Arbeitsverhältnis zu bewerten ist.⁹³ Dies wird insbesondere auf das Geschäftsmodell von UBER zurückgeführt, das auf die Verfügbarkeit der FahrerInnen aufbaut⁹⁴ und danach sogar seine Preise bestimmt.

Nehmen daher FahrerInnen entsprechend den dargelegten Grundannahmen wiederholt Fahraufträge an, dann liegt meiner Meinung nach schlüssig ein auf Dauer angelegtes Vertragsverhältnis vor.

b. Die persönliche Abhängigkeit

Gemäß Lehre⁹⁵ und Rsp⁹⁶ lässt sich das Tatbestandsmerkmal der persönlichen Abhängigkeit aus mehreren Bestimmungselementen ablesen, wie Fremdbestimmung der Leistung, der persönlichen Dienstpflicht, der Weisungs- und Kontrollunterworfenheit, der disziplinierten Verantwortlichkeit, der Arbeit mit den Betriebsmitteln des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin sowie der Eingliederung in die Betriebsorganisation.

ba. Persönliche Dienstpflicht und Fremdbestimmung der Leistung

Die persönliche Dienstpflicht geht schon unmittelbar aus den Zulassungsvoraussetzungen für die UBER-FahrerInnen hervor.⁹⁷ Die Fremdbestimmung der Leistung zeigt sich darin, dass UBER die Kriterien festlegt, welche Fahrzeuge zum Transport zugelassen werden⁹⁸, anordnet, welches Navigationssystem verwendet wird, sowie die Fahrtrouten definiert, den Tarif festlegt,

⁹¹ <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

⁹² <https://www.UBER.com/legal/deactivation-policy/us/> (11.08.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

⁹³ Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 100.

⁹⁴ Zur Illustration wird in der Entscheidung (Rz 100) eine Zeile aus dem Gedicht von *John Milton*, *On his blindness* zitiert: „*They also serve who only stand and wait.*“ („Es dienen die, die nur dastehen und warten“; Übersetzung des Verfassers).

⁹⁵ *Krejevi* in *Rummel*, ABGB⁴ (2000–2016)§ 1151 Rz 37 ff; *Rebbahn* in *ZellKomm*² (2011) § 1151 Rz 80 ff, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

⁹⁶ So zB zuletzt OGH 9 Oba 40/16x, *ecolex* 2016/400.

⁹⁷ Siehe im Abschnitt „Die Zulassung als UBER-FahrerIn“.

⁹⁸ Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 44.

den Fahrtpreis errechnet sowie die Abrechnung des Entgelts mit den KundInnen abwickelt.⁹⁹ Damit ist das arbeitsbezogene Verhalten der FahrerInnen in einem solchen Maße determiniert, dass nur ein sehr geringer Spielraum für sie verbleibt. Deren Selbstbestimmung ist somit durch die Unterwerfung unter die Richtlinien zur Leistungserbringung so stark eingeschränkt, dass die Leistungserbringung im Wesentlichen fremdbestimmt erfolgt.

bb. Weisungs- und Kontrollunterworfenheit sowie diszipliniäre Verantwortlichkeit

Haben die FahrerInnen die übermittelten Fahraufträge zu den von UBER vorgegebenen Bedingungen angenommen, können sie über die Art und Weise der Abwicklung der Dienstleistung nicht mehr disponieren. Die Fahrtroute wird durch die UBER-APP vorgegeben, die auch für die KundInnen im Laufe der Fahrt immer sichtbar ist. Das Verhalten gegenüber den KundInnen ist durch Richtlinien bis hin zur Art des Grußes und der Verabschiedung determiniert, ebenso wie der Zustand des Fahrzeuges. Abgesehen von der Fragwürdigkeit des Arguments, die FahrerInnen hätten im Zuge der Auftragsübernahme die Dispositionsmöglichkeiten über die konkreten Abwicklungsmodalitäten im Zuge der Auftragsübernahme an UBER „delegiert“, ändert dieser Umstand nichts an den im Abwicklungsverhältnis faktisch nicht mehr vorhandenen Einflussmöglichkeiten.

Der Umstand der faktischen Weisungsunterworfenheit im Sinne einer Unterwerfung unter die generellen Weisungen in Form von Richtlinien ist erfüllt, wie fragwürdig er auch immer zustande gekommen sein mag. Auch am Bestehen der Kontrollunterworfenheit besteht angesichts der Fülle an vorliegenden Kontrollmechanismen von UBER¹⁰⁰ meines Erachtens kein Zweifel. Dabei üben auch die KundInnen durch das Rating-System Kontrollfunktionen aus, diese sind in diesem Sinne auf sie ausgelagert. Überdies sind die FahrerInnen auch disziplinar verantwortlich, dh sie haben zum Teil massive Konsequenzen bei Nichteinhaltung der generellen Weisungen von UBER zu erwarten. Dieser Umstand ist aus dem bereits angeführten Kontrollsystem, in das die KundInnen eingebunden sind, ablesbar, ebenso wie aus den von UBER festgesetzten Rücktrittsquoten, die – wollen die FahrerInnen nicht eine Sperre durch UBER riskieren – nicht überschritten werden dürfen.

bc. Eingliederung in die Betriebsorganisation und Arbeit mit Betriebsmitteln des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin

Wie bereits im Zuge der europarechtlichen Prüfung zuvor angesprochen, wird die Abwicklung der Beförderungsdienstleistung der FahrerInnen durch UBER in allen wesentlichen Aspekten digital gesteuert. Die FahrerInnen sind in die Betriebsorganisation von UBER eingegliedert, obwohl sie für die KundInnenbeförderung eigene Betriebsmittel einsetzen.

Grundsätzlich wird in der Lehre der Einsatz von eigenen Betriebsmitteln als Indiz gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses gewertet,¹⁰¹ dies kann aber durch das Vorliegen anderer Kriterien entkräftet werden. Die Indizwirkung ist daher in dem hier zu untersuchenden Fall zu relativieren. Einer konventionellen Sichtweise entsprechend geht mit der Eigentümerschaft an den

⁹⁹ So auch Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 92.

¹⁰⁰ Siehe im Abschnitt „Die Zulassung als UBER-FahrerIn“.

¹⁰¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB⁴ (2000–2016) § 1151 Rz 57.

Betriebsmitteln regelmäßig auch die Entscheidungsgewalt über ihre Disposition einher. Diese Schlussfolgerung muss jedoch meines Erachtens in jeden Einzelfall hinterfragt werden.

Der Fall UBER zeigt deutlich, dass sachenrechtliche Befugnisse über Betriebsmittel keine Rolle mehr spielen, da UBER, was den Einsatz der Fahrzeuge betrifft, sowohl die Auswahl der Fahrzeuge kontrolliert als auch ihren Einsatz in jedem maßgeblichen Aspekt der Vertragsabwicklung steuert. Diese faktische Verfügungsmöglichkeit und nicht die sachenrechtliche Befugnis über die Betriebsmittel ist meiner Meinung nach maßgeblich, um beurteilen zu können, ob eine relative Selbständigkeit oder eine persönliche Abhängigkeit der FahrerInnen gegeben ist. Diese faktische Verfügungsmacht von UBER über die Fahrzeuge der FahrerInnen indiziert daher ebenfalls die persönliche Abhängigkeit der Betroffenen.

c. Vertragliche Bindung

Im Akzeptanzrating von UBER offenbart sich das massivste Indiz sowohl für die Annahme eines auf Dauer angelegten Schuldverhältnisses als auch für die Annahme, dass die UBER-FahrerInnen ihre Dienstleistung überwiegend und regelmäßig in persönlicher Abhängigkeit erbringen. Diese Abhängigkeit wird in der Folge noch näher beurteilt. Das Akzeptanzrating zeigt klar, dass UBER nicht nur mit einer wiederholt erbrachten Dienstleistung der FahrerInnen rechnet, sondern auch, dass UBER-FahrerInnen mit Sanktionen (Sperrern) zu rechnen haben, wenn sie die „angebotenen“ Fahraufträge zu häufig ignorieren bzw ablehnen. Ein solches Akzeptanzrating ist einerseits auf eine dauerhafte Vertragsbeziehung ausgerichtet und kann gleichzeitig nur dort effizient funktionieren, wo eine persönliche Abhängigkeit der FahrerInnen besteht.

Es scheint, als solle dieses Rating FahrerInnen „motivieren“, auch dann Fahraufträge anzunehmen, wenn aufgrund des *Surge-pricing*-Modells die angebotenen, von UBER festgelegten Transporttarife nicht lukrativ genug sind, weil zu viele FahrerInnen potenziell für diese Fahrt infrage kommen. UBER sichert sich durch diese Maßnahme auch bei für die FahrerInnen ungünstigen niedrigen Fahrttarifen eine ausreichende Abnahmebereitschaft für einlangende Fahraufträge und somit eine schnelle Abwicklung der Fahraufträge für die KundInnen. Auf diesem Weg kann UBER auf Kosten seiner FahrerInnen durch niedrige Fahrttarife zusätzliche Marktanteile lukrieren.

d. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, sollte UBER in Österreich sein Geschäftsmodell auf die Vergabe der Fahraufträge an einzelne FahrerInnen umstellen, diese Personen als DienstnehmerInnen von UBER betrachtet werden können. Dies ist damit zu begründen, dass UBER sämtliche unternehmensrelevanten Vorgänge der Dienstleistung steuert und kontrolliert, sei es in eigener Person oder durch VertragspartnerInnen (KundInnen). Dieses umfangreiche Ordnungsgefüge begründet die persönliche Abhängigkeit und daher die DienstnehmerInneneigenschaft der FahrerInnen.¹⁰²

.....
¹⁰² So auch *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 18 ff.

Aber auch im Falle von UBERX, UBERBlack und UBERVan sowie UBERX, sind meines Erachtens schon jetzt die Vertragsverhältnisse dort zu hinterfragen, wo die Transportfahrten von EPU abgewickelt werden.

9.5 Grenzbereiche eines UBERPop-Dienstverhältnisses

9.5.1 Unterbrechung der Beschäftigung

Das Problem für die traditionelle Auffassung vom Dienstvertrag als ein Dauerschuldverhältnis besteht im Falle von UBER darin, dass UBER die auf Dauer ausgerichtete Vertragsbeziehung zu umgehen versucht, indem er den Anschein von losen, aufeinanderfolgenden Zielschuldverhältnissen erweckt.

UBER möchte die in konventionellen Denksystemen stets auf Vertrag beruhende Bindung zwar nutzen, um möglichst effektiv die FahrerInnenressourcen der Nachfrage entsprechend zur Gewinnoptimierung zu lukrieren, allerdings ohne die damit klassisch einhergehenden Fremdinteressen der FahrerInnen wahren zu müssen. Es wird dabei daher zum Schein auf eine offenkundige, einem Dauerschuldverhältnis entsprechende Vertragsbindung verzichtet, dieselbe aber durch ein ausgeklügeltes System an außervertraglichen Abhängigkeitssystemen und seine umfassende Marktmacht am digitalen Markt der Dienstleistungen ersetzt, um nicht den Zugriff auf die FahrerInnen zu verlieren.

Der Nachteil besteht nicht nur darin, in diesem Sachverhalt ein Dienstverhältnis festzumachen, sondern auch im Sinne klassisch-rechtlicher Denkmuster zu extrahieren, wann nun das Dienstverhältnis beendet und wann lediglich die Dienstleistung sistiert ist (im Sinne von Arbeitsbereitschaft, Urlaub, Krankheit oder Dienstverhinderung).

In den Datenschutzerklärungen UBERs wird unter anderem auch auf zahlreiche Supportdienstleistungen zur Unterstützung der UBER-FahrerInnen bei der Abwicklung der Beförderungsleistungen hingewiesen.¹⁰³ Dies indiziert, dass die Abwicklung der Fahrdienstleistung durch die UBER-FahrerInnen wohl nicht ohne vorangehende – und begleitende – Schulungsmaßnahmen auskommt. Dennoch ist theoretisch annehmbar, dass ein/eine UBER-FahrerIn lediglich ein einziges Mal einen Fahrauftrag annimmt und nach Abwicklung desselbigen jeden weiteren Kontakt zu UBER abbricht.

Meines Erachtens sind bereits im Rahmen der Abwicklung dieses einzigen Auftrags alle oben geprüften Dienstvertragsmerkmale verwirklicht. Analog zur Auflösung eines konventionellen Dienstverhältnisses in der Probezeit wird man auch in diesem Fall aus der lediglich kurzen Dauer des Vertragsverhältnisses nicht automatisch den Schluss ziehen können, es liege kein Beschäftigungsverhältnis vor. Entscheidend ist, dass das Vertragsverhältnis, wie oben dargelegt, auf Dauer, dh auf wiederholte, fortdauernde Beschäftigung ausgelegt ist.

.....
¹⁰³ <https://www.UBER.com/legal/privacy/driversnon-us/de/> (05.07.2016); der Link ist mittlerweile nicht mehr verfügbar.

Fraglich ist, wie der Sachverhalt zu beurteilen ist, wenn zwischen den Fahrtaufträgen Zeitfenster bestehen, in denen keine Dienstleistung erbracht wird. Geht man davon aus, dass das Ausbleiben der Dienstleistung die jeweilige Beschäftigung beendet, dann liegt in der nachfolgenden Wiederaufnahme eine wiederholte Beschäftigung vor. Die jeweilige Beendigung der dann als befristet anzusehenden Beschäftigung wäre allerdings unter dem Blickwinkel des EU-weit geltenden Verbots der wiederholten befristeten Beschäftigung zu beurteilen.

*Risak*¹⁰⁴ und das Employment Tribunal in der *Aslam*-Entscheidung¹⁰⁵ tendieren dazu, unter den gegebenen Umständen von wiederholt befristeten Dienstverträgen auszugehen. Meines Erachtens lässt sich die Frage nicht generell beantworten. Die Freiheit, zukünftige Fahrtaufträge entgegenzunehmen oder davon Abstand zu nehmen, kann den FahrerInnen eine auf ihre individuellen Bedürfnisse abgestimmte flexible Leistungserbringung ermöglichen. Aus diesem Blickwinkel kann diese Form der wiederholten Beschäftigung als im Interesse der FahrerInnen angesehen werden und läuft dann dem europarechtlichen Verbot des Missbrauchs von wiederholten Befristungen nicht zuwider.

Beruhet die vorläufige Abstandnahme von der fortgesetzten Dienstleistung jedoch nicht auf selbstgewählter Lebensplanung, sondern ist durch Krankheit, Unfall oder Erholungsschutz (Urlaub) begründet, dann würde eine derartig strukturierte Beschäftigung den geschützten Interessen der FahrerInnen zuwiderlaufen.

Die Entscheidung, ob ein durchgehendes oder ein wiederholtes befristetes Dienstverhältnis vorliegt, kann meiner Meinung nach nur mit Blick auf den jeweiligen Einzelfall von den Gerichten beurteilt und entschieden werden.

Wie diese Beschäftigungsform generell zu behandeln ist, ist hingegen eine Frage, die nur von der Gesetzgebung beantwortet werden kann. Festzuhalten ist, dass diese Form der Beschäftigung ein generelles Erwerbsschutzdefizit in Hinblick auf die klassischen Risikofaktoren, die zum Arbeitsausfall führen, generiert, nämlich Krankheit, Unfall und Alter.

9.5.2 Abgeltung von „Stehzeiten“

Anders als beim tageweisen Aussetzen der Dienstleistung ist die Sachlage bei den Stehzeiten zwischen den Fahrtaufträgen im Zuge eines Arbeitstages, oder exakter zwischen dem Auf- und Abdrehen der UBER-APP zu beurteilen. Sind diese als Ruf- oder Arbeitsbereitschaftszeiten zu werten? Gemäß der OGH-Rsp¹⁰⁶ sind Rufbereitschaftszeiten zwar grundsätzlich abzugelten, werden aber nicht in die Arbeitszeit eingerechnet. Das Charakteristikum der Rufbereitschaft besteht darin, dass ArbeitnehmerInnen ihren Aufenthaltsort insoweit frei wählen können, als sie im Fall eines einlangenden Arbeitsauftrags nur in absehbarer Zeit in der Lage sein müssen, den Arbeitsort aufzusuchen.¹⁰⁷ Oberflächlich betrachtet könnte man im Fall von UBER-FahrerInnen zum Schluss kommen, hier lägen nur Rufbereitschaftszeiten zwischen den Fahrtaufträgen vor.

.....
¹⁰⁴ *Risak*, Crowdwork – Erste rechtliche Annäherungen an eine „neue“ Arbeitsform, ZAS 2015/3, 11 ff.

¹⁰⁵ Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 121 ff.

¹⁰⁶ OGH 8 Ob A 321/01s, Arb 12.266.

¹⁰⁷ OGH 8 ObA 90/05a, ARD 5707/3/2006; 9ObA 74/07h, ASoK 2007, 404.

Da FahrerInnen die einlangenden Fahrtanfragen auf dem Handy mitgeteilt bekommen, können sie sich ja ortsungebunden bewegen.

Der knappe Zeitrahmen von wenigen Minuten, der zwischen Fahrtanfrage von KundInnen und Eintreffen der FahrerInnen an deren Abholort liegt, wird es aber regelmäßig erfordern, dass sich die FahrerInnen während der Stehzeiten bereits im Fahrzeug befinden. Nur dann wird es ihnen möglich sein, rechtzeitig bei den KundInnen einzutreffen. Aus diesem Grund sind auch die Stehzeiten von UBER-FahrerInnen zwischen den Fahraufträgen einer Arbeitsperiode als Arbeitszeiten anzusehen.¹⁰⁸

9.6 Weitere rechtliche Folgen eines UBERPop-Dienstverhältnisses

9.6.1 Haftung für Betriebsmittel und Vermögensschäden der Fahrgäste

Eine Konsequenz aus dem festgestellten Beförderungsorganisationsvertrag zwischen den KundInnen und UBER ist, dass UBER für von den FahrerInnen allfällig verursachte Schäden nicht bloß gemäß § 1315 ABGB für einen Besorgungshelfen, sondern gemäß § 1313a ABGB für einen Erfüllungshelfen und somit wie für eigenes Verhalten haftet.

Aus dem festgestellten Dienstverhältnis zwischen UBER und den FahrerInnen folgt auch, dass UBER sich nur begrenzt an den FahrerInnen regressieren kann. Der Rückgriff auf die FahrerInnen infolge Schäden, die im Rahmen der Dienstleistung entstanden sind, unterliegt den Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (§ 1 DHG).¹⁰⁹ Beruht die schädigende Handlung der FahrerInnen auf einer entschuldbaren Fehlleistung, dann ist gemäß § 2 Abs 3 DHG ein Rückgriff auf die FahrerInnen zur Gänze ausgeschlossen. Begleicht jedoch in diesem Falle der/die FahrerIn den Schadenersatzanspruch des Kunden/der Kundin kann er/sie sich gemäß § 3 Abs 2 DHG zur Gänze an UBER regressieren.

Hinzukommt, dass UBER aus seiner Stellung als Dienstgeber der UBER-FahrerInnen für deren Eigenschäden an den zur Verfügung gestellten Kraftfahrzeugen, welche im Zuge der Beförderung auftreten, analog zu § 1014 ABGB eine verschuldensunabhängige Risikohaftung trifft.¹¹⁰

Die oben dargestellten Konsequenzen würden somit zu einer massiven Verschiebung der wirtschaftlichen Risiken betreffend die Gefahrtragung bzw die Haftung für die beschäftigten FahrerInnen und eingesetzten Betriebsmittel hin zu UBER führen, sollte sich UBER entscheiden, mit der Abwicklung der Beförderungsdienstleistung nicht Unternehmen, sondern Privatpersonen zu beauftragen.

¹⁰⁸ So auch Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, Rz 100.

¹⁰⁹ Diese ist übrigens auch auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen anzuwenden, sodass sogar im Falle einer Ablehnung der Qualifikation von EPU-FahrerInnen als ArbeitnehmerInnen den betroffenen Beförderern/Beförderinnen dessen Schutz zusteht.

¹¹⁰ *Strasser in Rummel*, ABGB³ (2000–2016) §§ 1014, 1015 Rz 10; *Kerschmer*, Komm zu OGH 4 Ob 180/85, ZAS 1987, 86 = *Jabornegg*, DRdA 1988/6.

9.6.2 Verbot kilometerabhängiger Entgeltbemessung

Nach Art 10 VO 561/2006/EG ist es Verkehrsunternehmen untersagt, an die ihnen zur Verfügung gestellten FahrerInnen Entgelte in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke zu bezahlen. Diese Vorschrift dient EU-weit zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr. Dieses Verbot hat auch Eingang in das österreichische Arbeitszeitgesetz (AZG) gefunden. § 15c AZG verbietet deshalb, die Höhe des Entgelts oder auch nur von Entgeltbestandteilen an der zurückgelegten Strecke zu orientieren.¹¹¹ Während die Bestimmungen der VO 561/2006/EG gemäß Art 2 lediglich für die Personenbeförderung, die für die Beförderung von mehr als neun Personen (inklusive FahrerIn) bestimmt sind, gelten, geht der Anwendungsbereich des § 15c AZG darüber hinaus. Er erstreckt sich gemäß § 13a Abs 3 AZG auf das Lenken sonstiger Fahrzeuge und erstreckt sich damit auch auf alle von der VO 561/2006/EG nicht erfassten Beförderungen.¹¹²

Davon ausgehend, dass sich das Preisfindungsmodell von UBER *wesentlich auch an der zurückgelegten Fahrstrecke bemisst*, ist dessen Einsatz zur Bemessung des Entgeltanspruchs der FahrerInnen, die meines Erachtens als DienstnehmerInnen zu qualifizieren sind und damit dem AZG unterliegen, somit unzulässig.

9.6.3 Anwendbarkeit der kollektivvertragsrechtlichen Normen

Wie im Sachverhalt oben dargelegt, hat UBER keinen Sitz in Österreich. Infolge des hier vertretenen Vorliegens eines Dienstverhältnisses mit den FahrerInnen kommt daher § 7 AVRAG zur Anwendung. Beschäftigt ein/e ArbeitgeberIn ohne Sitz in Österreich ArbeitnehmerInnen mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, dann haben diese demnach Anspruch auf jenes Entgelt, welches vergleichbaren ArbeitnehmerInnen gebührt. Dieser Regel zufolge kommen jedenfalls aufgrund der taxigleichen Tätigkeit von UBER und seinen FahrerInnen jedenfalls die Entgeltbestimmungen des Kollektivvertrags betreffend das Taxigewerbe zur Anwendung. Geht man davon aus, dass aufgrund des hypothetischen Sachverhalts sich auch die Zurechnung der gewerberechlichen Tätigkeit ändert, dann untersteht das Dienstverhältnis jedenfalls den Bestimmungen des Kollektivvertrages für das Taxigewerbe. Eine Missachtung der gewerberechlichen Bestimmung kann dann an der Subsumtion des Beschäftigungsverhältnisses unter den Geltungsbereich des Kollektivvertrags nichts ändern.

Im Zuge der Überprüfung der Einhaltung der kollektivvertraglichen Entgeltbedingungen wird jedoch zu klären sein, welche Teile des Transportentgelts unter den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff fallen und welche Teile als Aufwandsersatz für die Zurverfügungstellung des Kraftfahrzeuges gewidmet anzusehen sind. Diese Frage kann nur im Anlassfall im Wege der Vertragsauslegung von den Gerichten entschieden werden.

.....
¹¹¹ Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ (2016) §§ 13–17c Rz 69.

¹¹² Heilegger in Heilegger/Klein, AZG⁴ §§ 13–17c Rz 9.

9.6.4 Sozialversicherungspflicht der FahrerInnen

a. Anwendungsbereich der nationalen Regelungen, Anmeldepflicht

Infolge des Umstands, dass UBER seinen Unternehmenssitz in Amsterdam hat, muss auch hier geprüft werden, welches nationale Recht zur Anwendung kommt. Die VO 883/04/EG zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt (idF kurz KoordinierungsVO), wonach sich bestimmt, welche nationale Rechtsordnung zur Anwendung kommt.

Nach Art 11 Abs 3 KoordinierungsVO unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Da die UBER-FahrerInnen entsprechend der hypothetischen Grundannahme ihre Tätigkeiten in Österreich ausüben, fällt das Beschäftigungsverhältnis in den Geltungsbereich des ASVG.

Gemäß § 33 Abs 1a ASVG¹¹³ hat UBER daher vor Aufnahme der Beschäftigung dem zuständigen Sozialversicherungsträger die Eckdaten (Name, Versicherungsnummer, Geburtsdatum, Tag der Beschäftigungsaufnahme sowie ob Teil- oder Vollversicherung vorliegt) zu melden. Die restlichen Daten sind gemäß § 34 Abs 2 ASVG¹¹⁴ im Zuge der jeweiligen monatlichen Beitragsgrundlagenmeldung (15. des Folgemonats der Beschäftigung) zu melden.

Unterschreitet das ausbezahlte Entgelt die monatliche Beitragsgrenze der geringfügigen Beschäftigung gemäß § 5 Abs 2 ASVG¹¹⁵ dann besteht lediglich eine Unfallversicherungspflicht des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin und damit die Pflicht zur Entrichtung einer Abgabe, die zur Gänze von diesem/dieser zu tragen ist. Wird die Grenze überschritten, so unterliegt das Beschäftigungsverhältnis der Vollversicherung im Sinne einer Unfall-, Kranken-, Pensions- und Arbeitslosenversicherungspflicht. Genauer zum Sozialversicherungsrecht siehe Beitrag „Sozialversicherung in der Gig-Economy“.

b. Fehlende zeitliche Ausrichtung des Beschäftigungsverhältnisses, Intransparenz der Entgeltregelung

Wie aus den dargestellten gesetzlichen Regelung ersichtlich, bestehen bei der Beurteilung der Reichweite des Sozialversicherungsschutzes und bei der Bestimmung der Sozialversicherungsbeiträge erhebliche Bewertungsprobleme. Zunächst steht infolge der „Freiwilligkeit“ der Annahme jedes einzelnen von UBER vermittelten Fahrauftrags durch die FahrerInnen vorweg nicht fest, ob das Beschäftigungsverhältnis im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung bleibt, oder diese überschreitet, wodurch eine Vollversicherungspflicht entsteht.

Zusätzlich besteht infolge der Intransparenz der Pauschalabgeltung durch UBER das Problem, festzustellen, welche Teile des Transportentgelts der Dienstleistung gewidmet sind und daher unter den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff gemäß § 49 ASVG fallen – und welche Entgeltbestandteile eine Aufwandsentschädigung für die Zurverfügungstellung des Fahrzeugs darstellen.

.....
 113 In Kraft mit 01.01.2017 aufgrund von § 689 Meldepflichtänderungsgesetz, BGBl I 2015/79.

114 In Kraft mit 01.01.2017 aufgrund von § 689 Meldepflichtänderungsgesetz, BGBl I 2015/79.

115 In Kraft mit 01.01.2017 aufgrund von § 689 Meldepflichtänderungsgesetz, BGBl I 2015/79.

Eine Klärung dieser komplexen Abgrenzungsfragen wird im jeweiligen Anlassfall nur retrospektiv durch die Verwaltungsgerichte erfolgen können.

9.6.5 Kündigungsrecht der FahrerInnen betreffend Personalbewertungs- und Kontrollsysteme von UBER

Die FahrerInnen stimmen im Rahmen ihrer Zulassung als UBER-FahrerInnen dem Zugriff und der Verwertung ihrer persönlichen Daten im Rahmen der umfangreichen Kontroll- und Bewertungssysteme durch UBER regelmäßig zu. Zur Frage inwieweit dieses System die Menschenwürde verletzt und daher generell unzulässig ist oder die Menschenwürde lediglich berührt, siehe Beitrag „Datenschutz in der Gig-Economy“.

Selbst wenn diese die Menschenwürde lediglich berühren, haben die UBER-FahrerInnen gemäß § 10 AVRAG die Möglichkeit, ihre Zustimmung jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist schriftlich zu kündigen. Diese Bestimmung stellt eine Umsetzung der europäischen Bildschirmarbeitsrichtlinie 90/270/EWG dar.¹¹⁶ Diese soll gewährleisten, dass die Einführung der obgenannten Maßnahmen ohne Zustimmung der betroffenen ArbeitnehmerInnen unzulässig ist.

Während die BildschirmarbeitsRL 90/270/EWG selbst aber FahrerInnen ausnimmt, gilt § 10 AVRAG ohne Einschränkungen für all jene ArbeitnehmerInnen, in deren Betrieben kein Betriebsrat eingerichtet ist. Zusätzlich statuiert § 10 AVRAG ein Rücktrittsrecht für jeden/jede einzelnen/einzelne ArbeitnehmerIn. Nehmen die UBER-FahrerInnen dieses Kündigungsrecht wahr, könnte UBER unter Umständen sogar gerichtlich dazu angehalten werden, die Registrierung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe der persönlichen Daten zukünftig zu unterlassen.

Würde UBER diese Kündigung zum Anlass nehmen, die Zusammenarbeit mit den jeweilig betroffenen FahrerInnen einzustellen, könnte diese Maßnahme gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG angefochten werden.¹¹⁷

Aus diesem Grund wäre die Kündigung UBERs (Einstellung der Zusammenarbeit – Sperre vom Zugang zum UBER-System) als verpönte Motivkündigung zu betrachten und daher gerichtlich anfechtbar. Zur Frage der Betriebsorganisation und der betrieblichen Mitbestimmung allgemein siehe Beitrag „Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie“.

¹¹⁶ Reissner in ZellKomm²(2011) § 10 AVRAG Rz 1.

¹¹⁷ Siehe Wölliger in ZellKomm²(2011) § 105 ArbVG Rz 126.

9.6.6 Verantwortlichkeit von UBER für die Einhaltung des AZG

Eine weitere wesentliche Konsequenz der Einordnung der FahrerInnen als ArbeitnehmerInnen für UBER bestünde darin, dass UBER für die Einhaltung der Ruhepausen gemäß § 15 AZG sowie für die Beachtung der Höchstgrenzen der Arbeitszeiten gemäß § 14a AZG und der Einsatzzeiten gemäß §16 AZG verantwortlich wäre.

9.6.7 Entgeltfortzahlung und Urlaub

Der Umstand des Bestehens eines Dienstverhältnisses würde UBER, wie jeden/jede ArbeitgeberIn dazu verpflichten, auch für Zeiträume, in denen die UBER-FahrerInnen an der Leistung ihrer Dienste verhindert sind, oder für Zeiten des Urlaubs das gemäß den gesetzlichen Bestimmungen gebührende Entgelt gemäß § 1155 ABGB, § 2 EFZG bzw § 6 UrlG fortzuzahlen. Geht man davon aus, dass sich die Beschäftigung der UBER-FahrerInnen im Rahmen von wiederholt befristeten Dienstverhältnissen vollzieht, ergeben sich für diese Entgeltfortzahlungsansprüche mangels (fortdauerndem) Bestand eines Dienstverhältnisses im Entstehungszeitpunkt des Anspruchs keinerlei Ansatzpunkte. Dieser Umstand offenbart damit aber auch das große Regelungsdefizit in der derzeitigen Rechtslage.

9.6.8 Zuständigkeit der Gerichte, Schiedsgerichtsbarkeit

Auch was die Zuständigkeit der Gerichte betrifft, muss infolge des grenzüberschreitenden Charakters des Dienstverhältnisses zunächst anhand der europarechtlichen Kollisionsnormen geprüft werden, in welchem Mitgliedsstaat der/die betroffene FahrerIn seine/ihre Klage einzubringen hat. Wie bereits angeführt, regelt die Abgrenzung der internationalen Zuständigkeit die EUGVVO (Brüssel Ia-VO). Für die Klagen gegen ArbeitgeberInnen enthält Art 21 eine ausschließliche Regelung.¹¹⁸ Neben dem Staat seines (Wohn-)Sitzes können ArbeitgeberInnen gemäß Art 21 Abs 1 lit b EuGVVO unter anderem auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die ArbeitnehmerInnen gewöhnlich ihre Arbeit verrichten. Siehe dazu ausführlich Beitrag „Crowdwork mit Auslandsbezug“.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Umstand, dass UBER zur Zeit lediglich einen Unternehmenssitz in Amsterdam hat, österreichische UBER-FahrerInnen nicht daran hindern würde, Klagen auf allfällig nicht erfüllte Ansprüche aus ihren Dienstverhältnissen bei den österreichischen Arbeits- und Sozialgerichten einzubringen.

¹¹⁸ Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht⁴ (2014) 517.

10. **UBER weltweit und die daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen**

10.1 **Weltweite Konflikte**

Einen ersten Sieg haben UBER-FahrerInnen bereits in Großbritannien errungen, wo sie vor einem Employment Tribunal am 28. Oktober 2016 in der Rs *Aslam ua vs UBER B.V.*¹¹⁹ ihre Anerkennung als *workers* festgestellt bekamen und ihnen so ein Anspruch auf Mindestlohn und Urlaub zusteht.¹²⁰ Diese Gerichtsentscheidung wird massive Auswirkungen auf die Rechtsstellung der UBER-FahrerInnen in Großbritannien haben.

Bereits im April 2016 hatte in Kalifornien ein Gericht UBER zu 100 Millionen US-Dollar Ausgleichszahlungen an die beschäftigten UBER-FahrerInnen verurteilt.¹²¹ In den USA waren allein 2015 über 50 Klagen bei Bundesgerichten anhängig, derzeit sind es etwa 70 Klagen.¹²²

Auch in Europa war der Markteintritt von UBER in mehreren Staaten konfliktreich.¹²³ In Frankreich wurden 2016 UBERPop-Manager von einem Gericht wegen illegaler Transportdienstleistungen zu Strafzahlung von 800.000 Euro verurteilt.¹²⁴ Auch in Deutschland, Spanien, Belgien und Ungarn wurden UBER-Dienste zum Teil gesperrt. Begründet wurde dies mit Verstoß gegen das Personenbeförderungsgesetz¹²⁵ bzw mit unlauterem Wettbewerb¹²⁶. Im Juli 2016 erklärte ein Gericht in Dänemark UBER-Fahrdienste ohne Lizenzen für illegal.¹²⁷

Diese Beispiele veranschaulichen, dass das Geschäftsmodell von UBER zum Teil auf sehr erbiterten Widerstand stößt, wobei zwei Wege des Umgangs mit diesem gewählt werden: Einerseits wird der rechtliche Status der FahrerInnen als Selbständige bestritten, andererseits wird mit gewerberechtlichen Argumenten der Betrieb des Fahrdienstes in bestimmten Formen überhaupt verboten.

119 Employment Tribunal 28.10.2016, 2202550/2015, *Aslam ua vs UBER B.V.* ua, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-UBER-reasons-20161028.pdf> (07.12.2016).

120 <https://www.ft.com/.../a0bb02b2-9d0a-11e6-a6e4-8b8e77dd083a> (29.12.2016).

121 <http://www.zdnet.de/88267187/uber-entschaedigt-klagende-fahrer-mit-bis-zu-100-millionen-dollar/> (29.12.2016).

122 *Schöchli*, Uber bangt um sein Erfolgsmodell, NZZ vom 31.08.2016, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/plattform-wirtschaft-uber-bangt-um-sein-erfolgsmodell-ld.113662> (29.12.2016).

123 *Schöchli*, Uber bangt um sein Erfolgsmodell, NZZ vom 31.08.2016, 9.

124 FAZ vom 09.06.2016, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/macht-im-internet/800-000-euro-uber-muss-in-frankreich-strafe-zahlen-14278176.html> (03.01.2017).

125 *Seibt*, Uber verliert vor Gericht – und nun?, Spiegel Online vom 06.06.2016, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/fahrdienst-uber-uberpop-bleibt-in-deutschland-verboden-a-1096768.html> (03.01.2017).

126 Gericht verbietet Uber in ganz Spanien, Spiegel Online vom 09.12.2014 mit Verweis auf die Quelle, Bos/dpa/AP, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/uber-gericht-verbietet-fahrdienstvermittler-in-ganz-spanien-a-1007527.html> (03.01.2017); Uber darf in Italien keine Taxis mehr betreiben, Tagesanzeiger vom 26.05.2015, <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/Uber-darf-in-Italien-keine-Taxis-mehr-betreiben/story/23147781> (03.01.2017).

127 *Urban*, „Uber in Dänemark vor Gericht“, Taxitimes vom 22.11.2016, <http://www.taxi-times.com/uber-in-daenemark-vor-gericht/> (03.01.2016).

10.2 Analyse

Das Unternehmenskonzept UBER veranschaulicht, wie weit die internetbasierte Digitalisierung sämtlicher Steuerungsprozesse eine grenzüberschreitende Arbeitsorganisation ermöglicht. Ihr Verhältnis zu nationalen, gesetzlichen Regelungen und Institutionen zeigt, dass das Geschäftsmodell nicht auf eine schrittweise Veränderung, sondern auf disruptive Innovation des Marktes ausgerichtet ist.¹²⁸ Bestehende, entgegenstehende nationale Marktstrukturen und Institutionen sollen nicht verändert, sondern verdrängt werden. Dabei profitiert das grenzüberschreitende Unternehmenskonzept vom gegenwärtigen Verharren der politischen Institutionen und AkteurInnen in nationalen Strukturen.

Das Unternehmenskonzept als eine auf die Digitalisierung bauende Organisation von Arbeit ist jedoch universell ausgerichtet und es wird darauf abgezielt, dieses in möglichst vielen Staaten zu etablieren. Das Unternehmens- und Organisationskonzept konstruiert ein in sich geschlossenes Verarbeitungs- und Produktionssystem, das eine solitäre, zentrale Überwachung sämtlicher relevanten Verarbeitungsabläufe von der Anmeldung in der APP über die Bestellung, FahrerInnenauswahl, Transportfahrt bis hin zur Abrechnung des Fahrtpreises durch UBER ermöglicht. Ohne die einzelnen Komponenten in die Unternehmensorganisation einzubinden, hat UBER damit eine möglichst weitgehende Kontrolle über alle Schritte der Organisation von Transportdienstleistungen.

UBER profitiert in seinem Wachstumsprozess von niedrigen Grenzkosten seines Produkts, nämlich der neuartigen, plattformbasierten Organisation von Transportdienstleistungen, die auf eine Vielzahl von vermeintlich selbständigen LeistungserbringerInnen aufbaut, die straff organisiert und in ihrer Leistungserbringung auch stark kontrolliert werden. Ab dem Zeitpunkt, in welchem die Entwicklungskosten des Geschäftsmodells refinanziert sind, kann UBER zu relativ niedrigen, weiteren Investitionskosten ein Vielfaches von potenziellen KundInnen und Arbeitskräften¹²⁹ bündeln. Diese niedrigen Grenzkosten lassen eine Ausrichtung auf expansives Wachstum vermuten, um weitere Märkte zu erschließen, dies zu möglichst kompetitiven Preisen auf Kosten der traditionellen KonkurrentInnen und der eingesetzten FahrerInnen.

Sollten keine Gegenstrategien entwickelt werden, ist mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Marktdominanz von UBER in dem Wirtschaftsbereich erwartbar, der bislang vom traditionellen Taxigewerbe bedient wurde. Durch die grenzüberschreitende zentralisierte Steuerung von UBER würden weite Teile des bislang durch regionale politische Institutionen regulierten – und dadurch gesteuerten – teilöffentlichen Verkehrsinfrastrukturwesens vom Funktionieren labiler, transnationaler Netzwerke abhängig.

Was die ArbeitnehmerInneninteressen betrifft, ermöglicht es die internetbasierte, digitale Arbeitsorganisation einem Unternehmen zum ersten Mal in der geschichtlichen Entwicklung, Arbeitskräfte durch lückenlose Kontrolle in einem bis dato noch nicht dagewesenen Ausmaß

¹²⁸ Staab, Falsche Versprechen – Wachstum im digitalen Kapitalismus (2016) 32.

¹²⁹ Laut OECD, New Forms of Employment in the Digital Economy 16, arbeiten in den USA 160.000 FahrerInnen, in Großbritannien 25.000 FahrerInnen und in Frankreich 14.000 FahrerInnen für UBER.

zu bündeln, ohne ihnen dadurch gleichzeitig Räume zur Emanzipation bzw Organisation ihrer Eigeninteressen (wie bislang im Betrieb in Form einer Fabrik, eines Geschäftes oder eines Büros) zu eröffnen, vielmehr wird der Wettbewerb unter den Beschäftigten angestachelt, um eine Verschränkung ihrer gemeinsamen Interessen zu torpedieren.

Auf diesem Weg kann UBER weltweit mehrere 10.000 FahrerInnen¹³⁰ an sich binden, die dafür notwendigen Kommunikationskanäle aber so steuern, dass diese nicht von den zahlenmäßig in der Übermacht befindlichen Arbeitskräften gleichzeitig zur wechselseitigen Interaktion und zur Stärkung ihrer Verhandlungsposition genutzt werden können.

10.3 Notwendige Strukturmaßnahmen

Für transnationale Unternehmenskonzepte müssen transnationale Regelungssysteme entwickelt werden, um eine Destabilisierung des Marktes und seiner TeilnehmerInnen sowie der nationalen politischen Institutionen und ihrer BürgerInnen zu verhindern. Die marktwirtschaftlichen Erscheinungsformen der digitalen Unternehmensplattformen müssen einer kritischen Analyse unterzogen werden in Hinblick auf die sich dadurch ergebenden ökonomischen und sozialen Risiken für ArbeitnehmerInnen, KonsumentInnen, BürgerInnen, aber auch MitbewerberInnen am Markt.

Dazu müssen die wirtschaftlichen und machtpolitischen Interessen, die Unternehmenskonzepte befördern, kritisch hinterfragt, die tatsächlichen ökonomischen Verteilungsprozesse sichtbar gemacht und rechtlich beurteilt werden. Auf die sich dabei eröffnenden rechtlichen Regelungsdefizite beim ArbeitnehmerInnenbegriff, bei den sozialen Sicherungssystemen der Krankheits-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, bei der Modernisierung des Gewerbe- und Wettbewerbsrechts, bei der staatenübergreifenden Einbringlichmachung von ArbeitnehmerInnen-Ansprüchen müssen auch auf internationaler Ebene legislative Antworten formuliert und zwischen den staatlichen Gemeinschaften koordiniert werden.

Um die durch die digitale Organisation bewirkte Isolation und Vereinzelung der MitarbeiterInnen von Internetplattformen zu durchbrechen, bedarf es einer durch die öffentliche Hand geförderten Einrichtung betriebsextern organisierter, plattformbasierter Formen der betrieblichen Mitbestimmung für die beschäftigten ArbeitnehmerInnen.

Die hier nur im Ansatz skizzierten Maßnahmen bedürfen einer noch weitergehenden Schärfung, umfassenderen Beurteilung und Ergänzung um einer fortschreitenden weltweiten Segmentierung der Arbeitsmärkte und einer zunehmenden Prekarisierung der Gruppe der unselbständigen Erwerbstätigen entgegenzuwirken. Der Verlust geordneter Marktstrukturen als Basis für nachhaltige Erwerbsbedingungen für diese Gruppen, die in ihrer Gesamtheit die staatlichen Gemeinwesen finanzieren und tragen, wird nicht ohne Konsequenzen für deren zukünftigen Fortbestand bleiben. Es müssen nachhaltige Ordnungskonzepte erst noch entwickelt werden, aber sie müssen bald gefunden werden. Die Zeit drängt.

.....
¹³⁰ Vgl. *OECD, New Forms of Employment in the Digital Economy* 16.

Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger

Jetzt persönliche Putzkraft finden



Johannes Warter

Die neue Arbeitsorganisation durch digitale Plattformen stellt das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen. Am praktischen Beispiel von Book a Tiger wird nachfolgend eine rechtliche Beurteilung vorgenommen, bei der die Probleme der herkömmlichen arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise augenscheinlich werden. Zudem werden auch vertragsrechtliche und zivilrechtliche Themen behandelt.

1. Sachverhalt

„BOOK A TIGER – Jetzt persönliche Putzkraft finden. Geschult, versichert und vertrauenswürdig.“ Bei diesem Spruch handelt es sich um einen Werbeslogan der Internetplattform Book a Tiger, bei der AuftraggeberInnen Reinigungskräfte für bestimmte Reinigungstätigkeiten für Privathaushalte und kleine Büros buchen können.¹

Book a Tiger ist somit ein Beispiel der sogenannten Plattform-Ökonomie (Gig-Economy), bei der Internetplattformen als (vermeintliche) Vermittlerinnen zwischen den Arbeitskräften und den AuftraggeberInnen auftreten, wobei *in concreto* eben nicht Fahrten wie bei *Uber* oder *Zimmer* wie bei *Airbnb*, sondern eben Arbeitskräfte im Allgemeinen und Putzkräfte im Besonderen vermittelt werden.

Ganz wesentlich für diese Art der Plattform-Ökonomie ist – und das schreibt ein anderer Anbieter ausdrücklich in seinen AGB: „Der Markplatz funktioniert nur, wenn das Engagement der Teilnehmer der Aktivität der Kunden entspricht oder diese übersteigt.“² Dass dies auf den Bereich der Reinigungskräfte zutrifft, ist aufgrund der niedrigen Qualifikationsanforderungen und der niedrigen Zugangsschwellen für diese Tätigkeit nachvollziehbar.

1.1 Allgemeines

Angeboten werden die Dienste von Book a Tiger bisher in Deutschland, der Schweiz, den Niederlanden und auch Österreich. Der angebotene Service ist in Österreich – zumindest derzeit – nur im Großraum Wien verfügbar.³

Eigentümerin der Plattform ist die BOOK A TIGER Austria GmbH, eine 100%ige Tochter der BOOK A TIGER Household Services GmbH mit Sitz in Berlin.⁴ GeschäftsführerIn und GründerIn sind *Claude Ritter* und *Nikita Fahrenholz*, die gemeinsam bereits die Plattform Lieferheld gegründet und aufgebaut haben. Komplettiert wird die Geschäftsführung durch *Ulrich Lewerenz*.⁵

1.2 Was macht die Plattform?

Im gesamten Prozess lassen sich drei beteiligte Personen identifizieren: Die AuftraggeberInnen, die Plattform und die Reinigungskräfte (siehe Abb 1). Um bei der Plattform als sogenannter

1 Abrufbar unter <https://www.bookatiger.com/at-de/> (29.09.2016).

2 Vgl Pkt 1.5 lit d sublit iii der AGB von *99designs*: „Der Markplatz funktioniert nur, wenn das Engagement der Designer der Aktivität der Kunden entspricht oder diese übersteigt.“, <https://99designs.at/legal/terms-of-use> (29.09.2016).

3 Neben Wien wird der Service auch für die Gemeinden Gerasdorf bei Wien, Korneuburg, Langenzersdorf, Maria Enzersdorf, Perchtoldsdorf, Schwechat, Seyring und Wiener Neudorf angeboten. Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/> (29.09.2016).

4 Firmenbuchauszug der Republik Österreich, Firmenbuchauszug FN 424565k, 20.09.2016.

5 Handelsregisterauszug Amtsgericht Charlottenburg, HRB 156833 B, 02.09.2016. Siehe auch <http://www.starting-up.de/news/gruender-der-woche/gruender-der-woche-book-a-tiger.html> (29.09.2016).

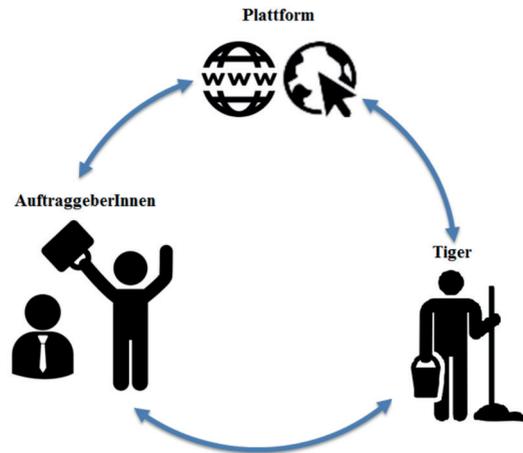
„Tiger“ aufgenommen zu werden, müssen die BewerberInnen einen mehrstufigen Aufnahmeprozess durchlaufen.

Die potenziellen Reinigungskräfte melden sich über die Homepage mithilfe eines Onlineformulars an und werden im Anschluss per Telefon befragt. Die Anmeldung kann aber auch über eine eigene App („BE A TIGER App“) durchgeführt werden.⁶

Darüber hinaus wird auf der Plattform angegeben, dass die BewerberInnen (in Deutschland) auch Testreinigungen absolvieren.⁷ Außerdem muss (in Österreich) eine Kopie des Personalausweises, des Gewerbescheines und eines polizeilichen Führungszeugnisses übermittelt werden. So soll seitens der Plattform sichergestellt werden, dass sowohl die Qualität als auch die Vertrauenswürdigkeit der Putzkräfte stimmt.

Mittlerweile wurde auch bereits berichtet, dass Book a Tiger Putzkräfte fest angestellt hätte. Ob ein derartiges Vorgehen auch in Österreich vorgenommen wird, bleibt offen.⁸

Abbildung 1: Am Prozess beteiligte Personen



Quelle: Anlehnung an Warter, Crowdwork 20

1.3 Angepriesene Vorteile für die „Tiger“ und die AuftraggeberInnen

Durch die Tätigkeit der Plattform ergeben sich einige Vorteile für die Reinigungskräfte: Die Plattform übernimmt die Kommunikation mit den KundInnen. Ebenso werden Marketing-Instrumente zentral von der Plattform gesteuert bis hin zum Ausstellen der Rechnung.⁹ Dem „Tiger“ obliegt letzten Endes nur mehr die Ausführung der Arbeit.

Zudem verfügen alle Reinigungskräfte (in Deutschland) über eine Betriebshaftpflichtversicherung, die die Plattformbetreiberin mit einem Versicherungspartner abgeschlossen hat.¹⁰ In Österreich ist keine derartige Haftpflichtversicherung vorgesehen.

6 Heiling/Kuba, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2/2016, 13 (15).

7 Vgl <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (29.09.2016); so auch Geschäftsführer Ritter im Interview mit *starting-up*, <http://www.starting-up.de/news/gruender-der-woche/gruender-der-woche-book-a-tiger.html> (29.09.2016).

8 Eine diesbezügliche Anfrage wurde von der BOOK A TIGER Austria GmbH nicht beantwortet.

9 Vgl Ritter im Interview mit *starting-up*, <http://www.starting-up.de/news/gruender-der-woche/gruender-der-woche-book-a-tiger.html> (29.09.2016).

10 Ritter im Interview mit *starting-up*, <http://www.starting-up.de/news/gruender-der-woche/gruender-der-woche-book-a-tiger.html> (29.09.2016).

Die AuftraggeberInnen andererseits können flexible Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ohne eine langfristige Vertragsbindung einzugehen. Eine gewisse Qualitätssicherung und Sicherstellung der Vertrauenswürdigkeit wird durch Zugangsbeschränkungen sowie Feedback- und Bewertungsmechanismen gewährleistet. Abschließend bietet die Haftpflichtversicherung (in Deutschland) auch Vorteile für die AuftraggeberInnen, die sich bei Schäden nicht an den Reinigungskräften schadlos halten müssen.

1.4 Der Vermittlungsprozess

Die Tiger selbst müssen sich, bevor sie tätig werden können, auf der Webseite von Book a Tiger registrieren. Dazu müssen sie verschiedene persönliche Daten in eine Oberfläche eingeben, wie Name, Adresse, E-Mail-Adresse und Telefonnummer. Darüber hinaus ist aber auch verpflichtend anzugeben, ob man EU-Bürger ist, welche Sprachen man spricht und ob ein gültiges Visum und eine aufrechte Arbeitsgenehmigung (falls erforderlich) vorliegen. Des Weiteren müssen potenzielle Tiger auch angeben, ob sie arbeitssuchend, StudentInnen, in Teilzeit oder Vollzeit beschäftigt sind.¹¹

Nach Absendung der Anmeldung wird der potenzielle Tiger im Rahmen eines Telefoninterviews befragt.¹² Abschließend wird der Account durch die Plattformbetreiberin freigeschalten. Dem Tiger werden danach diverse Arbeitsangebote zugesandt, die er/sie auf elektronischem Wege annehmen kann oder nicht.¹³

Die AuftraggeberInnen müssen sich bei Book a Tiger im Vergleich zu anderen Plattformen hingegen selbst nicht registrieren. Für sie genügt es, im Rahmen des Auftragsprozesses die notwendigen Daten, wie die Adresse der zu reinigenden Wohnung, den Termin sowie die Häufigkeit der Reinigung anzugeben und die AGB der Plattformen anzuklicken.

1.5 Der Bewertungsprozess

Nach erfolgter Reinigung kann die arbeitende Person von dem/der AuftraggeberIn bewertet werden. Dazu wird eine einfache Skalierung mithilfe von Sternen verwendet. Ebenso wird ein Textfeld für kurze Anmerkungen zur Verfügung gestellt.

Inwieweit dieser Bewertungsprozess Einfluss auf die weiteren Tätigkeitsmöglichkeiten der Reinigungskräfte hat, ist unklar.

In früheren Versionen konnten AuftraggeberInnen zwischen verschiedenen Klassen von Reinigungskräften (Classic, Premium etc) auswählen. Hierbei diente vermutlich die Anzahl der

¹¹ Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/professional/signup> (29.09.2016).

¹² *Heiling/Kuba*, Kurswechsel2/2016, 15; <https://www.bookatiger.com/at-de/professional/signup> (20.09.2016).

¹³ Trotz intensiver Internetrecherche, schriftlicher und mündlicher Anfragen sowie einer Anmeldung als Reinigungskraft, die allerdings nicht zu einer Freischaltung geführt hat, bleibt offen, ob Reinigungskräfte bei Annahme von Reinigungsangeboten eigenen AGB zustimmen müssen. Die rechtliche Beurteilung dieses Beitrags erfolgt unter der Annahme, dass keine eigenen AGB bestehen und angeklickt werden müssen.

Bewertungen in Kombination mit der Höhe der Bewertung als Kriterium, um „Premium“-Reinigungskräfte anbieten zu können.¹⁴

Die Abstufung zwischen normalen und professionellen Reinigungskräften ist in der neueren Version allerdings nicht mehr vorgesehen. Die Ratings dienen nunmehr vermutlich dazu, dass Reinigungskräfte mit niedrigen Ratings weniger bzw. keine Aufträge mehr angeboten bekommen.

„Je besser die Kundenbewertungen, desto positiver wird voraussichtlich Ihre Auftragslage sein – so können Sie die Höhe Ihres Zusatzverdienstes aktiv beeinflussen.“¹⁵

2. Rechtliche Beurteilung

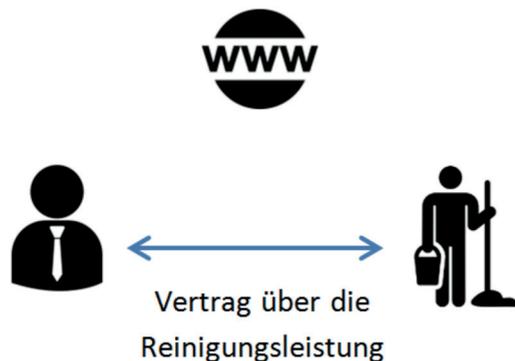
Aufbauend auf dem zuvor geschilderten Sachverhalt soll nun nachfolgend versucht werden, eine rechtliche Einordnung vorzunehmen. Dazu wird zunächst die Frage beantwortet: Wann kommt mit wem ein Vertrag zustande? Anschließend soll die Frage beantwortet werden, welcher Vertragstyp vorliegt.

2.1 Intendierte vertragsrechtliche Gestaltung

Wie die vertragsrechtliche Ausgestaltung aussehen soll, hat die Plattform Book a Tiger in ihren AGB ausdrücklich geregelt.

Die BOOK A TIGER Austria GmbH betreibt demnach eine Online-Vermittlungsplattform, über die AuftraggeberInnen haushaltsnahe Dienstleistungen buchen können. Es komme dabei allerdings nur ein Vertrag zwischen den AuftraggeberInnen und den Reinigungskräften zustande (Abb 2). Book a Tiger selbst biete hingegen keine Reinigungstätigkeiten an und trete ausschließlich als Vermittler auf. Book a Tiger vermittele auch keine eigenen MitarbeiterInnen.¹⁶

Abbildung 2: Intendierte Vertragsverhältnisse bei Book a Tiger



Quelle: eigene Darstellung

Book a Tiger trete mit Einverständnis der jeweiligen Reinigungskräfte als **Vertreterin** mit Abschlussvollmacht auf. Book a Tiger sei berechtigt, für die Reinigungskräfte Buchungsanfragen

¹⁴ So wird dies beispielsweise auf der Plattform *Amazon Mechanical Turk* gehandhabt; siehe *Wärter*, *Crowdwork* (2016) 60.

¹⁵ Siehe <http://www.nebenjob.de/geld-verdienen/geld-verdienen-reinigungskraft-book-a-tiger.html> (21.12.2016).

¹⁶ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1; § 2 Abs 1.

von AuftraggeberInnen entgegenzunehmen und nach Freigabe durch die Person zu bestätigen. Des Weiteren sei Book a Tiger berechtigt, Zahlungen für die Tiger in Empfang zu nehmen und diese weiterzuleiten. Book a Tiger könne auch Rechnungen und Zahlungsaufforderungen im Namen der Reinigungskräfte ausstellen.¹⁷

Abschließend komme der Dienstleistungsvertrag zustande, indem Book a Tiger nach Freigabe durch den/die DienstleisterIn die Buchungsanfrage gegenüber dem Kunden/der Kundin bestätigt.¹⁸

2.2 Zustandekommen der Vertragsverhältnisse

Durch die Prozessausgestaltung lässt sich der Prozess in zwei Phasen gliedern: Zunächst müssen sich die Tiger auf der Plattform registrieren. Erst in der zweiten Phase können sie angebotene Arbeiten annehmen und anschließend ausführen.

Durch die Prozessausgestaltung, dass zunächst eine Registrierung und erst anschließend die Bearbeitung der Aufträge erfolgen kann, lässt sich der Prozess in **zwei Phasen** gliedern: Zunächst müssen sich die Tiger auf der Plattform registrieren. Erst in der zweiten Phase können sie angebotene Arbeiten annehmen und anschließend ausführen.¹⁹

Abbildung 3: Zwei Phasen des Arbeitsprozesses auf Book a Tiger



Quelle: Anlehnung an Wärter, Crowdwork 103

2.2.1 Erste Phase – Registrierung

Der erste Schritt des Prozesses auf der Plattform ist, dass sich die Reinigungskräfte auf der Plattform registrieren müssen. Dazu werden verschiedene persönliche Daten, wie zB Name, Nationalität, Adresse usw in eine vorgegebene Oberfläche eingegeben.

¹⁷ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 3 Abs 1.

¹⁸ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 3 Abs 2.

¹⁹ Vgl Wärter, Crowdwork 103.

Das Absenden der Registrierung samt der persönlichen Daten stellt jedoch nur das Angebot für den Vertrag dar. Dieses Angebot wird nach dem Telefoninterview durch Freischaltung des persönlichen Accounts und etwaiger Verständigung per E-Mail seitens der Plattform angenommen. Die Angaben auf der Webseite der Plattform (zB „Jetzt als selbständige Reinigungskraft registrieren und profitieren!“²⁰) stellen ähnlich einem Katalog lediglich Einladungen zur Anbotstellung – in diesem Fall der Registrierung – dar. Sie sind unverbindliche Anpreisungen der einen Seite.²¹

Durch die übereinstimmenden Willenserklärungen bzw die Annahme durch Leistung (Freischalten des Accounts) kommt ein Vertragsverhältnis zwischen Book a Tiger und der Reinigungskraft zustande, dessen Inhalt die Weiterleitung von Aufträgen an die Reinigungskräfte ist. Pflichten zur Arbeitsleistung oder Zahlung eines Entgelts werden durch dieses Vertragsverhältnis jedoch noch nicht begründet.

Anders als bei den meisten anderen Plattformen muss bei der Registrierung auf Book a Tiger kein Kästchen über die Zustimmung zu den AGB sowie den Datenschutzbestimmungen angeklickt werden. Es wird somit bei der Registrierung nicht ausdrücklich auf die AGB Bezug genommen. Fraglich ist somit, ob die AGB überhaupt Vertragsbestandteil beim Registriervorgang werden (siehe Abb 4).

AGB werden grundsätzlich nicht von selbst Vertragsbestandteil, sie müssen vielmehr durch die Parteien vereinbart werden. Allerdings kann diese Vereinbarung auch stillschweigend erfolgen.²²

Es ist daher ausreichend, wenn der/die eine VertragspartnerIn vor dem Abschluss erklärt, dass er/sie nur zu den AGB kontrahiert und sich der/die andere PartnerIn daraufhin mit ihm/ihr einlässt. Ansonsten darf eine stillschweigende Unterwerfung des Kunden/der Kundin nur angenommen werden, wenn ihm/ihr deutlich erkennbar ist, dass der/die UnternehmerIn nur zu seinen/ihren AGB abschließen will. An die Annahme einer schlüssigen Erklärung ist ein strenger Maßstab zu legen.²³

Da im gesamten Registriervorgang keinerlei Bezug auf die AGB genommen wird und die AGB auch ausschließlich bei einer Buchung seitens der AuftraggeberInnen angeklickt werden müssen, die Tiger somit auch nie selbst mit den AGB konfrontiert werden (außer im Fall, dass sie selbst bei Book a Tiger eine Buchung einer Reinigungskraft vornehmen), ist meines Erachtens davon auszugehen, dass die AGB nicht Vertragsbestandteil des Vertragsverhältnisses der ersten Phase zwischen der Plattformbetreiberin und den Reinigungskräften werden.²⁴

²⁰ <https://www.bookatiger.com/at-de/professional/signup/?source=banner> (30.09.2016).

²¹ Vgl *Warter*, *Crowdwork* 108; Sonntag, Einführung in das Internetrecht², 304; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰¹ § 861 Rz 18 (Stand Juli 2013, rdb.at); *Kletečka* in *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 402; *Riedler* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar³ § 861 ABGB Rz 4 f; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 861 Rz 7.

²² *Kletečka* in *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 430 f.

²³ *Kletečka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 132.

²⁴ Trotz intensiver Internetrecherche, schriftlicher und mündlicher Anfragen sowie einer Anmeldung als Reinigungskraft, die allerdings nach wie vor nicht zu einer Freischaltung geführt hat, bleibt offen, ob Reinigungskräfte bei Annahme von Reinigungsangeboten eigenen AGB zustimmen müssen.

Abbildung 4: Screenshot der Webseiten-Oberfläche zur Registrierung für Reinigungskräfte

Jetzt als selbstständige Reinigungskraft registrieren und profitieren!
Einfach Kontaktdaten eingeben und wir rufen Sie in Kürze an!

Was BOOK A TIGER Ihnen bietet:

- ✓ Attraktive Vergütung, bis zu 15 € pro Stunde
- ✓ Täglich viele Auftragsangebote in Ihrer Stadt
- ✓ 100% flexibel – Sie entscheiden frei, wann, wo und wie viel Sie arbeiten
- ✓ Professioneller Telefonsupport, 7 Tage die Woche

Das sagen unsere Mitarbeiter:

 Ich schätze an meiner Tätigkeit bei BOOK A TIGER die engagierte Unterstützung, die ich erhalte und den angenehmen Kundenkontakt.
Natalie

Kontaktinformation

Anrede: *

Vorname: *

Nachname: *

E-Mail: *

Handy: *

Straße und Hausnummer: *

Postleitzahl: *

Ihr Profil

EU-Bürger?: *
 Ja Nein

Welche Sprache sprechen Sie? *

Haben Sie ein Visum / eine Arbeitsgenehmigung?: *
 Ja Nein

Befinden Sie sich derzeit in einem Angestelltenverhältnis? *

Wer hat Ihnen BOOK A TIGER empfohlen?

ANMELDUNG ABSENDEN

Quelle: <https://www.bookatiger.com/at-del/professional/signup/?source=banner> (30.12.2016)

Informationshalber sei darauf hingewiesen, dass die VertragspartnerInnen nach hM²⁵ und Rsp²⁶ darüber hinaus unter Anwendung eines normalen Sorgfaltsmaßstabs zumindest die Möglichkeit haben müssten, vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Für die arbeitenden Personen auf Book a Tiger wäre dies unproblematisch möglich. Die AGB von *Book a Tiger* sind auf der Homepage einzusehen und auch relativ einfach herunterzuladen.

2.2.2 Zweite Phase – einzelne Arbeitsaufträge

In einem nächsten Schritt wird nun die **zweite Phase**, somit die konkrete Abarbeitung der einzelnen angebotenen Reinigungstätigkeiten näher behandelt. Nachdem in der ersten Phase das

²⁵ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰¹ § 864a Rz 11; *Kletečka* in *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 431.

²⁶ StRsp OGH 17.06.1980, 4 Ob 562/79; zuletzt OGH 25.05.2016, 2 Ob 103/15h; siehe RIS-Justiz RS0014506.

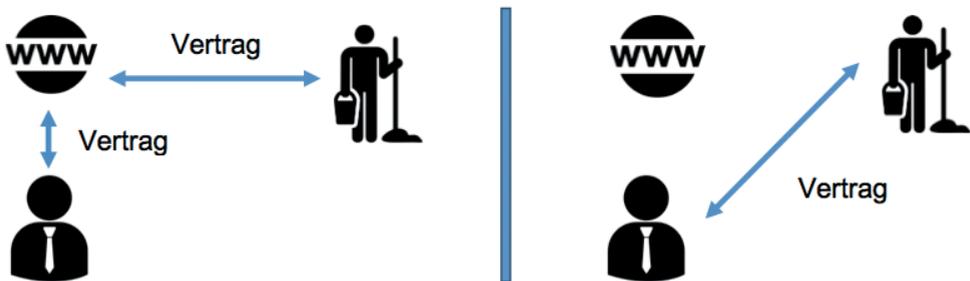
Vertragsverhältnis zwischen den Reinigungskräften und der Plattformbetreiberin mit dem Inhalt der Übermittlung von Reinigungsangeboten²⁷ entsteht, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, zwischen wem die einzelnen Reinigungsverträge der zweiten Phase zustande kommen. Dazu stehen grundsätzlich zwei verschiedene Möglichkeiten offen: Der Vertrag wird mit

- › der Plattformbetreiberin oder
- › den AuftraggeberInnen

geschlossen.

Bei der ersten Möglichkeit handelt es sich um eine reine Vertragskette (vgl Abb 5). Die vertraglichen Beziehungen spannen sich von den Reinigungskräften über die Plattformbetreiberin zu den AuftraggeberInnen, wobei jedoch hinsichtlich der einzelnen Reinigungsaufträge kein direktes Rechtsverhältnis zwischen den AuftraggeberInnen und den Reinigungskräften zustande kommt.

Abbildung 5: Vertragskette oder direktes Vertragsverhältnisse



Quelle: Anlehnung an Warter, Crowdwork 108

Bei der zweiten Möglichkeit handelt es sich um ein direktes Vertragsverhältnis zwischen den AuftraggeberInnen und den Reinigungskräften, bei dem die Plattformbetreiberin lediglich eine Vermittlungsposition einnimmt, so wie das auch in den AGB vorgesehen wäre.²⁸

2.2.2.1 Grundlagen

Ganz grundsätzlich kommt es für die rechtliche Beurteilung, wer nun genau VertragspartnerIn der Reinigungskräfte wird, auf die Frage an, wem genau eine Willenserklärung zuzurechnen ist. Dem ABGB wohnt dabei der allgemeine Grundsatz inne: Wer handelt, handelt für sich selbst. Damit ist gemeint, dass sich grundsätzlich jeder/jede sein/ihr eigenes Verhalten zurechnen lassen muss.²⁹

Will eine Person aber für eine andere Person tätig werden, ist dies durch Stellvertretung oder als Bote/Botin möglich. Voraussetzung für eine Stellvertretung oder eine Botenschaft ist jedoch

27 Siehe dazu näher in Abschnitt „Qualifikation der 1. Phase“.

28 AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1; § 2 Abs 1.

29 Kletečka in Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 622; Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992) 7; vgl Warter, Crowdwork 109.

eine Offenlegung derselben. Die Offenlegung muss nicht ausdrücklich erfolgen, im Rahmen der Vertrauensheorie genügt in beiden Fällen, wenn dem/der GeschäftspartnerIn erkennbar ist, dass der/die Erklärende nicht für sich selbst, sondern für jemand anderen handelt.³⁰ Wird nicht ausreichend offengelegt, dass das Geschäft für jemand anderen geschlossen wird, liegt ein Eigengeschäft vor, bei dem sich der/die Erklärende selbst verpflichtet.³¹

Wird ein Fremdgeschäft (ausreichend) offengelegt, hängt die Abgrenzung der Frage, ob jemand als VertreterIn oder als Bote/Botin eines/einer anderen anzusehen ist, nicht vom Willen des Geschäftsherrn ab, sondern richtet sich allein nach dem tatsächlichen Auftreten gegenüber dem/der GeschäftspartnerIn.³² Im Gegensatz zu einem Boten/einer Botin bildet der/die VertreterIn den Willen selbst, der Bote/die Botin hingegen übermittelt lediglich – als verlängerte Hand des Auftraggebers/der Auftraggeberin – dessen/deren Willen.³³

2.2.2.2 Problematik bei „Vermittlungsplattformen“

Weiters ist auszuführen, dass Vermittlungsplattformen meines Erachtens eine „janusköpfige“ Offenlegungspflicht trifft. Damit ist gemeint, dass für ein direktes Vertragsverhältnis zwischen den AuftraggeberInnen und den arbeitenden Personen beiden Parteien jeweils ausreichend offengelegt werden muss, dass die Plattform lediglich eine Vermittlungsfunktion einnimmt. Wird dies schon bei einer Partei nicht erfüllt, liegt ein Eigengeschäft vor, was meiner Meinung nach ein direktes Vertragsverhältnis ausschließt. Daran würde auch eine nachträgliche Offenlegung nichts ändern.³⁴

Wie bereits bei der intendierten Vertragsgestaltung dargestellt, muss darauf geachtet werden, dass die Selbstbeschreibung der Plattformen als reine „Marktplätze“ für Arbeitskraft nicht prüfungslos übernommen wird.³⁵ Andererseits dürfen in diesem Prüfungsstadium nicht inhaltliche Argumente das Ergebnis beeinflussen.

Plattformen sind oft nicht nur neutrale, technische Bindeglieder zwischen AuftraggeberInnen und Arbeitskräften, sondern definieren und koordinieren oftmals selbst die Arbeitstätigkeiten. Sie sind zentrale Playerin und beanspruchen den Arbeitsprozess vom Zugang bis zum Abschluss

.....
 30 OGH 4 Ob 6/02i, SZ 2002/145 = ÖBA 2004, 111 (Popp); vgl. Strasser in Rummel, ABGB³ § 1002 ABGB Rz 50, 53 ff; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1002 ABGB (Stand 01.06.2015, rdb.at) Rz 43, 56 ff; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1002 ABGB Rz 5 ff, Kletečka in Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 622, 695 ff.

31 OGH 08.11.1995, 3 Ob 120/95; Kletečka in Koziol-Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 200; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1002 ABGB Rz 5.

32 Kletečka in Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 697; Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ 755 ff; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1002 ABGB (Stand 01.06.2015, rdb.at) Rz 64; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1002 ABGB Rz 6; StRsp OGH 15.12.1980, 8 Ob 527/80; zuletzt OGH 28.09.2006, 4 Ob 127/06i = RIS-Justiz RS0019600.

33 Warter, Crowdwork 109; Kletečka, in Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 695 f; Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ 755 ff; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1002 ABGB (Stand 01.06.2015, rdb.at) Rz 56; Strasser in Rummel, ABGB³ § 1002 ABGB Rz 53; OGH 12.11.2009, 6 Ob 217/09v = RIS-Justiz RS0125520.

34 StRsp OGH 16.01.2001 4 Ob 323/00d; zuletzt OGH 14.08.2008 2 Ob 105/08t = RIS-Justiz RS0114656.

35 Vgl. Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984 (985).

in dominanter Weise zu bestimmen.³⁶ Diese inhaltlichen Argumente haben aber aus vertragsrechtlicher Sicht zunächst unberücksichtigt zu bleiben.³⁷

Vertragsrechtlich (!) kann es im Rahmen der Privatautonomie zunächst zu einem Ergebnis kommen, das nicht der tatsächlichen Machtausübung im Dreieck der Parteien entspricht. Die anschließende Lösung dieser schwierigen Frage und die Herstellung bzw Findung einer sachgerechten Beurteilung muss meiner Meinung nach aber erst in einem zweiten Schritt erfolgen und kann nicht im ersten vorweggenommen werden.

Im konkreten Einzelfall wird somit zunächst geprüft, ob die Plattform Book a Tiger den AuftraggeberInnen in ausreichendem Maße offenlegt, dass sie die Verträge nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der jeweiligen Putzkraft abschließt. Geschieht dies in einer Weise, bei der auch redliche ErklärungsempfängerInnen davon ausgehen können, dass die Erklärung der Putzkraft zuzurechnen ist (und nur dann), veröffentlicht die Plattform entweder als Botin oder als Vertreterin die Willenserklärung für die Reinigungskräfte.

2.2.2.3 Qualifikation in den AGB

Nun ist allerdings – wie bereits erwähnt – in den AGB ausdrücklich vorgesehen, dass der Dienstleistungsvertrag direkt zwischen den AuftraggeberInnen und den Reinigungskräften – und nicht etwa mit der Plattformbetreiberin – zustandekommen soll.³⁸ Fraglich ist somit, inwieweit eine Klarstellung in den AGB Einfluss darauf hat, wie ein/eine redlicher/redliche ErklärungsempfängerIn die Erklärung verstehen durfte.

Hierzu ist festzuhalten, dass bei der Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 914 f ABGB auch sämtliche die Willenserklärung begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind.³⁹ Ob jemand als VermittlerIn zu qualifizieren ist, bestimmt sich danach, welchen Eindruck ein/eine redlicher/redliche ErklärungsempfängerIn aufgrund der zurechenbaren Umstände gewinnen musste. Dies insofern, als dass das ABGB die Willentheorie ablehnt und der Vertrauens Theorie folgt.⁴⁰ Widersprüchliche Erklärungen gehen gemäß § 915 ABGB zu Lasten desjenigen/derjenigen, der/die sich ihrer bedient hat. Demnach schließt, wer als Reinigungsunternehmer auftritt, auch dann einen Reinigungsvertrag ab, wenn er/sie in den AGB darauf hinweist, er/sie sei nur VermittlerIn.⁴¹

.....
³⁶ Kocher/Hensel, NZA 2016, 984, 986.

³⁷ Wärter, Crowdwork 101, 111 ff mwN.

³⁸ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1: „(...) Der Dienstleistungsvertrag kommt zwischen dem Kunden und dem Reinigungsdienstleister zustande“. Siehe auch § 3 AGB: „Book a Tiger tritt im Einverständnis der jeweiligen Dienstleister als Vertreter mit Abschlussvollmacht auf und ist berechtigt, für den Dienstleister Buchungsfragen von Kunden entgegenzunehmen und nach Freigabe des Dienstleisters zu bestätigen. (...)“.

³⁹ Siehe zB OGH 30.05.2016, 6 Ob 87/16m.

⁴⁰ Kletečka in Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 459; Gschmitzer in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, Halbband 1² (1968) 73, 404.

⁴¹ Vgl hierzu vor allem die Ausführungen zur Abgrenzung von Reiseveranstaltung und Reisevermittlung, Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 31b KSchG Rz 10; Krejci in Rummel, ABGB³ § 31b KSchG Rz 7; OGH 29.1.2015, 6 Ob 22/14z; vvm. Siehe auch EuGH 09.11.2016, C-149, Wathelet. Zwar handelt es sich hier stets um VerbraucherInnengeschäfte, aber auch bei Plattformen wie Book a Tiger liegen oftmals VerbraucherInnengeschäfte vor. Darüber hinaus können diese Grundsätze auch auf andere Geschäfte übertragen werden, wenn auch der Maßstab sich ein wenig verschieben mag.

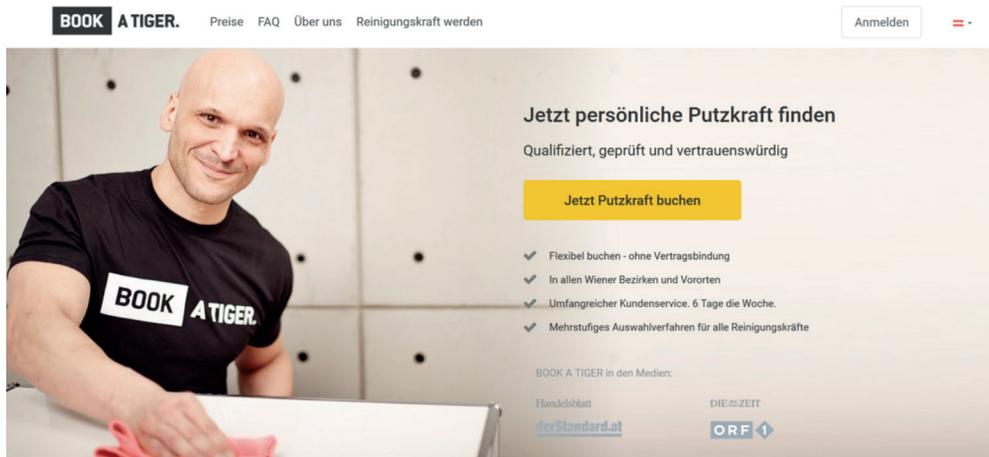
Unterlässt die Plattform eine deutliche Klarstellung, dass es sich um Fremdleistungen (und nicht um Leistungen von ErfüllungsgehilfInnen) handelt, haftet sie aufgrund der unterlassenen Offenlegung der VermittlerInnenstellung als Reinigungsunternehmen kraft Anschein.⁴²

2.2.2.4 Konkrete Prüfung

Sieht man sich zunächst die Startseite von Book a Tiger an (siehe unten Abb 6), so findet zunächst keine ausdrückliche Offenlegung, dass Book a Tiger lediglich eine Vermittlungsplattform sei bzw dass sie im Auftrag von selbständigen Putzkräften Aufträge vermittelt, statt.⁴³

Man könnte unter Umständen durch den Wortlaut der Überschrift „Jetzt persönliche Putzkraft finden“ argumentieren, dass sich aus dem Wort „finden“ eine Vermittlungstätigkeit der Plattform und daraus eine Offenlegung ableiten lassen könnte. Dies überzeugt meines Erachtens jedoch nicht, denn es wird zunächst in nächster Zeile beschrieben, dass die Reinigungskräfte „qualifiziert, geprüft und vertrauenswürdig“ seien. Darüber hinaus wird links an äußerst prominenter Stelle ein Bild von einer Reinigungskraft angezeigt, die ein T-Shirt mit der Aufschrift „Book a Tiger“ trägt.

Abbildung 6: Startseite von Book a Tiger



Quelle: Screenshot vom 20.10.2016 unter <https://www.bookatiger.com/at-del/>

Redliche ErklärungsempfängerInnen erhalten durch die Startseite von Book a Tiger nicht nur keinerlei klare Hinweise für eine Offenlegung, ihnen wird sogar vielmehr der Eindruck vermittelt,

⁴² Vgl zB OGH 1 Ob 80/11p, Zak 2011, 253 = RdW 2011, 595; OGH 7 Ob 524/93, SZ 66/69; OGH 29.01.2015, 6 Ob 22/14z.

⁴³ Vgl im Gegensatz dazu die Plattform www.fragfrida.at (20.10.2016), eine Vermittlungsplattform für BabysitterInnen, die bereits auf der Startseite ausdrücklich und klar an prominenter Stelle festhält, dass die Plattformbetreiberin lediglich eine Vermittlungstätigkeit ausübt.

dass eben genau keine Vermittlung durchgeführt werde, sondern Leistungen von Book a Tiger gebucht werden.

Auch beim anschließenden Buchungsvorgang wird zu keinem Zeitpunkt von einer Vermittlung gesprochen. Nach Eingabe der Adresse werden den AuftraggeberInnen die verschiedenen Optionen und Preise angezeigt (siehe Abb 7).

Abbildung 7: Buchungsvorgang auf Book a Tiger

The screenshot displays the 'Book a Tiger' booking process. At the top, it states 'Ein transparenter Preis: 15,90 € pro Stunde' and 'Keine feste Vertragslaufzeit.' Below this, three checkmarks highlight service benefits: 'Qualifiziert, geprüft und vertrauenswürdig.', 'Mehrstufiges Auswahlverfahren für alle Reinigungskräfte.', and 'Ein Festpreis und keine Anfahrtkosten.' A central section offers three service packages: 'BOOK A TIGER. Plus Wöchentlich', 'BOOK A TIGER. Basic Jede 2. Woche' (highlighted as 'SEHR BELIEBT'), and 'BOOK A TIGER. Test Einmalig'. Each package lists specific features like cleaning frequency and service quality. A right-hand sidebar shows a summary table for the 'Basic' package, including the start date (29.10.2016) and a total price of 0,00 € (including VAT). A 'Weiter zur Bezahlung' button is visible. At the bottom, a customer testimonial from Thomas (32) aus Wien praises the cleaning service.

BOOK A TIGER	Basic
Häufigkeit	Jede 2. Woche
Startdatum	29.10.2016
Zwischensumme	0,00 €
Gesamt	0,00 €
inkl. MwSt.	

Quelle: Screenshot vom 20.10.2016 unter <https://www.bookatiger.com/at-del/app/subscription/step2>

Auch bei der Auswahl der verschiedenen Angebote ergibt sich für redliche ErklärungsempfängerInnen kein Hinweis, dass sie in diesem Fall in ein direktes Vertragsverhältnis mit der jeweiligen Reinigungskraft treten würden. Gleiches gilt auch für die darauffolgende Oberfläche der Bezahlung.

Nach Abschluss des Bezahlvorganges erhält man von der Plattform eine Buchungsbestätigung mit einer Zusammenfassung der eingegebenen Daten. Wiederum ist kein Hinweis auf eine Vermittlungstätigkeit zu finden.

Kurze Zeit später erfolgt eine weitere Bestätigung, bei der der gebuchte Termin final bestätigt wird (vgl. Abb. 8). Diese ist beinahe identisch mit der ersten Bestätigung, ergänzt allerdings um den Zusatz, dass für den Auftrag eine bestimmte Reinigungskraft „gefunden“ wurde.

Durch das Verb „finden“ könnte möglicherweise wiederum auf eine Offenlegung der Vermittlungstätigkeit geschlossen werden.

Da es sich bei der eigenen Wohnung um eine für viele Menschen sensible Sache handelt, könnte aber ebenso argumentiert werden, dass die Plattformbetreiberin die AuftraggeberInnen vorab über den Namen der Reinigungskraft aufklären möchte, die sie entweder als SubunternehmerIn oder als angestellte ArbeitnehmerIn für den Auftrag „gefunden“ hat.

Abbildung 8: Buchungsbestätigung

BOOK A TIGER.

Sehr geehrte/r Frau/Herr Johannes Warter,

nochmals vielen Dank für Ihre Buchung.

Wir haben die Reinigungskraft M F für Ihren Auftrag gefunden.

Hiermit bestätigen wir Ihnen den gebuchten Termin am 23.04.2016 um 11:30 Uhr. Ihre Rechnung erhalten Sie innerhalb von 2 Tagen nach dem Reinigungsstermin. Anbei finden Sie alle Details zusammengefasst:

Auftragsdetails	Ihre Daten
Buchungsnummer: desg16uyr	Name: Johannes Warter
Datum: 23.04.2016	Adresse:
Uhrzeit: 11:30 Uhr	Telefon:
Dauer in Stunden: 2,5 Stunden	E-Mail:
Buchungsart: einmalig	Ihr Tiger
Gesamtpreis: 39,75 €	Name: M
Zahlungsmethode: Bar	Ihr Professional spricht: Englisch

[BUCHUNG ÄNDERN](#)

Quelle: Buchungsbestätigung für meine getätigte Buchung für den 23.04.2016

2.2.2.5 Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass im Gegensatz zu anderen Plattformen im Rahmen des Bestellprozesses bis auf die Wörter „finden“ und „gefunden haben“ keinerlei Hinweise außerhalb der AGB auf eine Tätigkeit lediglich als Vermittlungsplattform deuten.

Vielmehr dürfen meiner Meinung nach redliche ErklärungsempfängerInnen durch das Bild der Reinigungskraft mit einem Book-a-Tiger-T-Shirt mitsamt den Attributen „qualifiziert, geprüft, vertrauenswürdig“ sowie dem Logo und der Firma „Book a Tiger“, welches sich auf jeder Seite des Internetauftritts findet, ausgehen, dass es sich bei der Vertragspartnerin um die Plattformbetreiberin handelt, welche ihrerseits die Aufträge an ihre Reinigungskräfte weitergibt. Es wird keine deutliche Klarstellung vorgenommen, dass es sich um Fremdleistungen und nicht um Leistungen von Erfüllungsgehilfinnen handelt.

Durch die Unklarheitsregel ist die Willenserklärung meines Erachtens der Plattform zuzurechnen und es liegt dementsprechend ein Eigengeschäft vor.

2.2.3 Zustandekommen des Vertrages über die Reinigungsdienstleistung

In einem weiteren Schritt ist nun abzuklären, ob bzw wann ein Vertrag über die Reinigungstätigkeit mit der Reinigungskraft zustandekommt. Die Willenserklärung (Buchung) der AuftraggeberInnen wird nicht unverändert an die Reinigungskräfte übermittelt. Vielmehr wird dafür von der Plattform eine eigene Oberfläche erzeugt, in der beispielsweise auch ein anderer Preis angezeigt wird.⁴⁴ Ebenso enthalten sind Angaben über Dauer und Adresse der Reinigung. Die Reinigungskräfte können diese entweder per App oder mittels PC annehmen. Nach Zusage der Reinigungskraft wird die Buchungsanfrage gegenüber dem/der AuftraggeberIn bestätigt.

Unter Annahme, dass spezielle AGB für Reinigungskräfte nicht akzeptiert werden müssen, handelt es sich bei der Buchung der Reinigungsarbeiten meines Erachtens um ein verbindliches Angebot. Es ist zunächst auf der einen Seite ausreichend bestimmt, da sämtliche Informationen vom Preis bis hin zur Adresse und Dauer bereits in der Willenserklärung enthalten sind. Das Angebot kann durch bloßes Zustimmung des/der Annehmenden angenommen werden und ist deshalb auch hinreichend bestimmt.⁴⁵ Ebenso ist der Preis festgelegt und ein eindeutiger Bindungswille erkennbar. Eine derartige Interpretation wird auch von der Plattformbetreiberin vorgenommen.⁴⁶ Durch die Zusage der Reinigungskraft wird der Vertrag perfekt.

2.3 Zwischenergebnis

Durch den Registriervorgang kommt zwischen den Reinigungskräften und der Plattformbetreiberin ein unbefristetes Vertragsverhältnis über die Übermittlung von Reinigungsangeboten

.....
⁴⁴ Die Provision wird dabei von der Plattform einbehalten. In früheren Versionen war hingegen noch eine Barzahlung möglich, sodass die Plattform in diesen Fällen keine Provision erhielt.

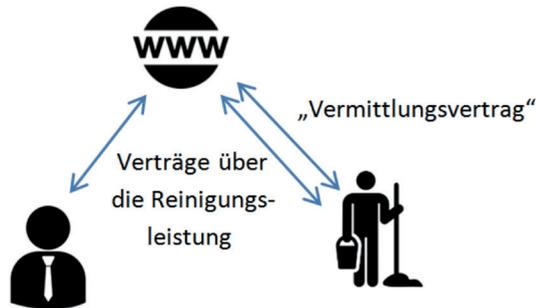
⁴⁵ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³ 121. Vgl. auch OGH 21.05.1992, 8 Ob 559/92 = RIS-Justiz RS0013965; OGH 15.11.1977, 5 Ob 649/77, zuletzt OGH 15.07.1981, 1 Ob 630/81 = RIS-Justiz RS0014006; ebenso RIS-Justiz RS0013981; OGH 4 Ob 343/72, SZ 45/102; *Gschntzer* in *Klang* IV/1² 53 ff.

⁴⁶ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 3 Abs 2: „*Ein Dienstleistungsvertrag kommt zustande, in dem Book a Tiger nach Freigabe des Dienstleisters die Buchungsanfrage gegenüber dem Kunden bestätigt.*“

zustande („Vermittlungsvertrag“, vgl Abb 9). Später werden einzelne Reinigungsangebote an die Reinigungskräfte übermittelt, die sie per App und PC annehmen können (Verträge über Reinigungsleistungen).

Die Buchung der einzelnen Reinigungstätigkeiten von den AuftraggeberInnen ist vertragsrechtlich mangels Offenlegung als Vertrag zwischen den AuftraggeberInnen und der Plattform einzustufen.

Abbildung 9: Vertragsverhältnisse auf der Plattform Book a Tiger



Quelle: eigene Darstellung

3. Qualifikation der Vertragsverhältnisse

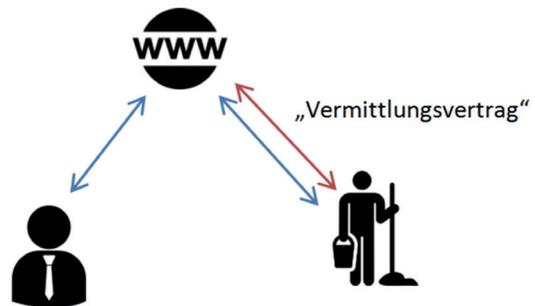
In einem nächsten Schritt soll nunmehr versucht werden, die Verträge rechtlich zu qualifizieren. Insbesondere die Frage, ob es sich bei dem unbefristeten „Vermittlungsverhältnis“ oder den einzelnen kurzen Reinigungsverträgen zwischen der Plattformbetreiberin und den Reinigungskräften um Arbeitsverträge, um freie Dienstverträge oder Werkverträge handelt, ist von großer Bedeutung, weil der Arbeitsvertrag nach wie vor der Angelpunkt des Arbeitsrechts ist und sämtliche arbeitsrechtlichen Schutznormen am Vorliegen eines Arbeitsvertrags anknüpfen.⁴⁷ Nach der herkömmlichen Beurteilungsweise müssen alle drei Vertragsverhältnisse getrennt voneinander geprüft werden.

3.1 Qualifikation der 1. Phase

In der ersten Phase registriert sich die Reinigungskraft auf der Plattform, wobei der Account nach Übermittlung der Unterlagen und Absolvierung des Telefon-Interviews von der Plattformbetreiberin freigeschaltet wird (siehe Abb 10).

Der in der ersten Phase mit dem Registrierungsprozess abgeschlossene Vertrag ist schon mangels Leistungspflicht kein Arbeitsvertrag. Er enthält weder eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung noch überhaupt ein Angebot zur Arbeit.⁴⁸

Abbildung 10: Beurteilung des Vermittlungsvertrags



Quelle: eigene Darstellung

⁴⁷ Vgl Pfeil in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1151 ABGB Rz 1 ff.

⁴⁸ Vgl Wäster, Crowdwork 166.

Vertragsinhalt ist vielmehr, dass die Plattformbetreiberin der Reinigungskraft konkrete Arbeitsangebote übermittelt, die dann per Internet oder App angenommen werden können.

Aus rechtlicher Sicht könnte zunächst die Frage gestellt werden, inwieweit hier die Plattformbetreiberin eine Pflicht trifft, auch gewisse Arbeitsangebote bereitzustellen.

Andenken könnte man in diesem Fall, ob nicht ein Auftragsvertrag oder ein Maklervertrag vorliegt. Der Unterschied dieser beiden Vertragstypen liegt darin, dass MaklerInnen in der Regel diejenigen Personen, die an einem Geschäftsabschluss interessiert sind, zusammenführen, ohne im Auftrag einer der beiden Vertragsparteien zu handeln. Wesentliches Abgrenzungskriterium ist die Tatsache, dass MaklerInnen keine **Pflicht** haben, tätig zu werden. Zudem sind MaklerInnen grundsätzlich unabhängig und unparteiisch.⁴⁹ Aus diesem Grund ist der Maklervertrag kein Auftragsvertrag und auch nicht eine Unterart des Auftrages, sondern ein im ABGB nicht geregelter Vertrag *sui generis*.⁵⁰ Der Auftrag hingegen begründet und beinhaltet die Verpflichtung des/der Beauftragten, für den/die AuftraggeberIn tätig zu werden.⁵¹

Überzeugender ist allerdings, dass es sich lediglich um einen **Rahmenvertrag** handelt, der grundsätzliche Bedingungen regelt. Entscheidend ist, dass keine pauschale Entlohnung mit Rücksicht auf einen Vertragsabschluss erfolgt. Die Reinigungskräfte müssen – meines Wissens – keine Vermittlungsgebühren zahlen, auch wenn sie keine Aufträge annehmen. Selbst wenn sie Aufträge annehmen, müssen sie nicht aktiv Vermittlungsprovisionen bezahlen, diese werden nämlich gleich von der Plattform einbehalten. Es herrscht vielmehr große Intransparenz über das Entgelt der Plattform, da die Plattform die Höhe der Entgelte sowohl gegenüber den AuftraggeberInnen als auch gegenüber den Reinigungskräften bestimmt, diese Berechnungen aber nicht für Dritte einsehbar sind. Die Reinigungskräfte erhalten den im Reinigungsauftrag angegebenen Preis. Was die Plattform von den AuftraggeberInnen verlangt, ist für sie nicht ersichtlich. Für die Reinigungskräfte selbst geht es nicht um die Auftragsvermittlung, sondern darum, Arbeitsangebote von der Plattform zu erhalten und diese für die Plattform auszuführen.

3.2 Qualifikation der 2. Phase: die einzelnen Reinigungsverträge

In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu prüfen, ob die einzelnen Arbeitsaufgaben als Arbeitsverträge iSd § 1151 ABGB zu qualifizieren sind oder ob es sich um Werkverträge (oder freie Dienstverträge) und dementsprechend um rechtlich selbständige Personen handelt (siehe Abb 11).

Beim ArbeitnehmerInnenbegriff handelt es sich nach hM⁵² um einen **Typusbegriff**. Nach diesem Konzept gibt es sowohl für den Arbeitsvertrag wie auch für den Werkvertrag gewisse Merk-

.....
⁴⁹ Schurr in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2006) § 1002 ABGB Rz 21.

⁵⁰ OGH 1 Ob 531/52, SZ 25/168.

⁵¹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 210; Strasser in Rummel, ABGB³ § 1002 ABGB.

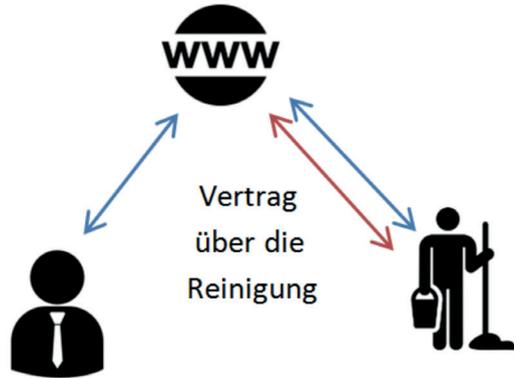
⁵² Tomandl, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff, ZAS 2008, 100 (101); Kietzabl, Arbeitsrecht I⁸ (2013) 23; Pfeil in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1151 ABGB Rz 14.

male, die beim jeweiligen „Kern“ des Typus voll verwirklicht sind.⁵³ Der Typusbegriff ist erfüllt, wenn die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nach der tatsächlichen Ausgestaltung in ihrer Intensität und Summe **überwiegen**.⁵⁴ Allerdings sind manche Elemente des Arbeitsvertrags, wie vor allem die persönliche Arbeitspflicht, für das Vorhandensein einer persönlichen Abhängigkeit derart entscheidend, dass ein Aufwiegen durch andere Merkmale kaum bis gar nicht möglich ist.⁵⁵

Ab welchem Grad an Abweichung ein Vertragsverhältnis so „untypisch“ geworden ist, dass es nicht mehr als Arbeitsvertrag angesehen werden kann, wird letztlich im Einzelfall durch die Gerichte geklärt.⁵⁶ Anhand der bislang entwickelten Kriterien soll nachfolgend eine Bewertung vorgenommen werden.⁵⁷

Dabei wird zunächst eine Einordnung nach der herkömmlichen Methode vorgenommen, die den Fokus auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin legt. Anschließend wird die von *Prassl/Risak*⁵⁸ entworfene Methode des/der funktionalen Arbeitgebers/Arbeitgeberin zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses angewendet.

Abbildung 11: Vertrag über die Reinigungsleistung



Quelle: eigene Darstellung

3.3 Qualifikation nach der herkömmlichen Methode

Nachfolgend soll eine Qualifikation nach der herkömmlichen Methode durchgeführt werden. Dabei werden die einzelnen Verträge über die Reinigungsleistungen zwischen der Plattformbetreiberin und der Reinigungskraft bewertet, ohne die Kontrollmaßnahmen, die aus dem „Vermittlungsvertrag“ oder der Prozessausgestaltung resultieren, zu berücksichtigen.

⁵³ Tomandl, ZAS 2008, 101.

⁵⁴ StRsp OGH 7 Ob 288/74, HS 9514g; zuletzt OGH 22.12.2015, 1 Ob 146/15z; vgl ebenso OGH 8 ObA 48/11h, ZAS 2012/85 = ARD 6283/6/2012; 8 ObA 58/14h, ARD 6427/7/2014; Pfeil/Risak in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 1151 ABGB Rz 10.

⁵⁵ Rebbahn in ZellKomm² (2006) § 1151 ABGB Rz 83.

⁵⁶ Tomandl, ZAS 2008, 101.

⁵⁷ Vgl Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, RdA 1992, 93 (95).

⁵⁸ Siehe hierzu Prassl, Die schwierige Suche nach dem Arbeitgeber im Englischen Recht, EuZA 2013 472–492; Prassl, The concept of the employer (2015); Prassl/Risak, Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal (CLLPJ) 2016, 619–651; Risak, Kurswechsel 2/2016, 32–41.

3.3.1 Regelung in den AGB bzw in den Erklärungen

Zunächst ist festzuhalten, dass auf die schriftliche Formulierung oder Bezeichnung des Vertrags nach stRsp⁵⁹ und hM⁶⁰ nicht allzu viel Wert gelegt wird. Vielmehr kommt es auf die tatsächliche Handhabung der Beziehung an. Lediglich in Grenzfällen kommt der Bezeichnung eine Indizwirkung zu.⁶¹

Die rechtliche Qualifikation ist den Vertragsparteien somit entzogen. Bestimmungen in den AGB wie, dass „die Dienstleistungen von selbständigen Reinigungskräften (...) auf eigene Rechnung ausgeführt“⁶² werden oder dass Book a Tiger ausschließlich selbständige DienstleisterInnen vermittelt⁶³, sind aus diesem Grund rechtlich unbeachtlich bzw haben sie lediglich Indizwirkung.

Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses und damit die Ableitung der Rechtsfolgen bleiben aber dennoch auch im Arbeitsrecht den Parteien überlassen und zwar indem die Parteien die Gestaltung ihrer Zusammenarbeit im Grunde selbst bestimmen können.⁶⁴ Die Qualifikation hängt im Übrigen auch nicht vom Stand der eingesetzten Technik ab, sondern allein davon, welche Vorstellungen die Vertragsparteien von deren Einsatz bei der Arbeitsgestaltung haben und wie diese in der Praxis umgesetzt werden.⁶⁵

3.3.2 Mindestdauer eines Arbeitsvertrags

Die Reinigungsleistungen der Reinigungskräfte dauern zwischen zwei und sieben Stunden. Eine derart kurze Zeit schließt allerdings nach hL⁶⁶ und der Rsp⁶⁷ das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht aus. Arbeitsverträge können auch nur für ein paar Stunden abgeschlossen werden. Wie auch schon bei anderen Formen plattformbasierten Arbeitens schließt die hM⁶⁸ auch bei sehr kurzen Vertragsverhältnissen ein Arbeitsverhältnis nicht grundsätzlich aus, wohl aber ist die Wahrscheinlichkeit einer persönlichen Abhängigkeit bei derart kurzen Zeitspannen geringer.⁶⁹

59 Statt vieler RIS-Justiz RS0111914, zuletzt OGH 30.03.2016, 4 Ob 37/16v; ebenso zuletzt OGH 25.09.2014, 9 Oba 103/14h = RS0014509.

60 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 61 ff, *Pfeil/Risak* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 1151 ABGB Rz 16; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1151 ABGB Rz 36 (Stand 01.06.2014, rdb.at); *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrags in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 76 f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 1151 Rz 6; *Kietzibl*, Arbeitsrecht I⁸ 20 f.

61 Vgl zB OGH 4 Ob 58/70, ZAS 1971, 138 (*Krejci*); 4 Ob 104/80, DRdA 1982, 191 (*Strasser*) = ZAS 1982,10 (*Tomandl*); zuletzt OGH 08.08.2002, 8 Oba 277/01w; *Pfeil/Risak*, in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 1151 ABGB Rz 16; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1151 ABGB Rz 36 (Stand 01.06.2014, rdb.at); *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz61 ff.

62 AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1. Unabhängig davon werden AGB nicht Vertragsbestandteil. Siehe hierzu die Ausführungen unter Abschnitt „Erste Phase – Registrierung“.

63 AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 2 Abs 2.

64 *Tomandl*, ZAS 2008, 100 ff; *Tomandl*, Wesensmerkmale 20 ff.

65 OGH 4 Ob 12/64, Arb 7935.

66 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 77a.

67 OGH 4 Ob 69/75, Arb 9422.

68 *Risak*, ZAS 2015, 17; *Warter*, Crowdwork 160 f; zu Deutschland *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht⁵ (2015) Rz 446w.

69 *Warter*, Crowdwork 161 mwN.

3.3.3 Persönliche Leistungspflicht

Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags ist zwischen der Pflicht zur persönlichen Arbeit und den Merkmalen persönlicher Abhängigkeit bzw. Unterordnung zu differenzieren, wobei beide Elemente erforderlich sind.⁷⁰

Beim Merkmal der Pflicht zur persönlichen Leistung ist auszuführen, dass die arbeitende Person sowohl zur Leistung als auch zur persönlichen Leistung verpflichtet sein muss.⁷¹

Hierzu ist zunächst darzulegen, dass es den Reinigungskräften grundsätzlich freisteht, ob sie Buchungsanfragen der Plattformbetreiberin annehmen oder ablehnen. Haben sie allerdings ein Reinigungsangebot angenommen, sind sie verpflichtet, zugesagte Reinigungsarbeiten auch auszuführen.

Nach der hM⁷² und Rsp⁷³ zur Arbeit nach dem Konsensprinzip bzw. fallweiser Beschäftigung ist die Mindestanforderung einer Leistungspflicht auch bereits dann erfüllt, wenn zugesagte Arbeiten auch erfüllt werden müssen. Damit liegt im Fall der einzelnen Reinigungsaufträge ein Vertragsverhältnis mit dem erforderlichen Mindestmaß an Leistungspflicht vor.

Darüber hinaus könnte des Weiteren auch argumentiert werden, dass durch die Reputationsmechanismen die Reinigungskräfte zur regelmäßigen Übernahme von Arbeitsangeboten gedrängt werden, indem die Anzahl an geleisteten Arbeiten bei der Verteilung von neuen Arbeitsangeboten einbezogen wird. Da dieser Verteilungsalgorithmus allerdings nicht für Außenstehende einsehbar ist und auch unklar ist, ob die Anzahl an erledigten Reinigungsleistungen überhaupt einbezogen wird, bleibt dies im konkreten Fall außer Betracht.

Unklar ist außerdem, ob die Reinigungskräfte auch zur **persönlichen Arbeitsleistung** verpflichtet sind. Eine persönliche Leistungspflicht ergibt sich meiner Meinung nach aus der persönlichen Anmeldung und den einzelnen Arbeitsangeboten, die nur an die einzelnen Reinigungskräfte adressiert sind. Des Weiteren würden auch die Ratingsysteme nicht funktionieren, könnten sich mehrere Personen unter einem Account abwechseln. Eine ausdrückliche Regelung fehlt jedoch.

Erfolgt die Durchführung zudem in starker organisatorischer Unterordnung, so ist zumindest denkbar, dass kurze befristete Arbeitsverträge vorliegen.

3.3.4 Organisatorische Unterordnung

Aus dem Tatbestandsmerkmal „für einen anderen“ des § 1151 ABGB werden verschiedene Merkmale des Typusbegriffs abgeleitet, nämlich insbesondere dass die Dienste **fremdbestimmt**, also in persönlicher Abhängigkeit, erbracht werden müssen.⁷⁴

70 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 85 ff, 99 ff.

71 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 85.

72 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 97; *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag³ (2013) 32; *Warter*, Crowdwork 170 ff.

73 VwGH 20.04.2005, 2001/08/0074; 19.06.1990, 88/08/0097.

74 *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 99 ff.

Bei den einzelnen Reinigungsaufträgen sind Zeit, Ort und Dauer der Reinigung vorbestimmt. Es werden keinerlei Vorgaben seitens der Plattformen gemacht, wie die Reinigungskräfte ihre Arbeit zu erledigen haben. Sie können den Ablauf der Reinigungstätigkeit grundsätzlich frei gestalten. Es finden auch keine sachlichen Weisungen *seitens der Plattformbetreiberin* statt. Die Arbeitsmittel werden nicht von der Plattformbetreiberin zur Verfügung gestellt.

Zwar versichert die Plattform gegenüber den AuftraggeberInnen, dass Book a Tiger *„im Rahmen der wirtschaftlichen und rechtlichen Kapazität darauf hinwirken wird, dass die Reinigung ordnungsgemäß und branchenüblich erfüllt wird“*.⁷⁵ Wie dieses „hinwirken“ über die Zugangskontrolle und Bewertungsmechanismen hinaus aussieht, bleibt allerdings offen.

Es könnte argumentiert werden, dass bei Reinigungstätigkeiten ohnehin **kein ins Gewicht fallender Gestaltungsspielraum** bleibt. So hat der VwGH in stRsp⁷⁶ bereits ausgeführt, dass bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die auf die Art der Arbeitsausführung keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben, bei Integration in den Betrieb das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit bejaht werden kann.

Eine Integration in den Betrieb *der Plattform* erfolgt allerdings meines Erachtens nicht. Der arbeitsrechtliche Betriebsbegriff stellt nicht auf den örtlichen Betrieb, sondern das damit verbundene Gefüge aus Weisungsgeflechten und organisatorischen Komponenten ab. Diese liegen allerdings – den einzelnen Reinigungsauftrag betrachtend – nicht in einem ausreichenden Maße vor, da Arbeitszeit und Arbeitsdauer sowie der Ort bereits im Arbeitsangebot vordefiniert sind, der einzelne Reinigungsvertrag auch nur für wenige Stunden besteht, keine inhaltlichen Weisungen der Plattform vorliegen und auch keine inhaltliche Vorprogrammierung⁷⁷ stattfindet. Möglicherweise liegt allerdings eine Eingliederung in den Betrieb der AuftraggeberInnen vor.

Dies muss meines Erachtens nämlich dann gelten, wenn die AuftraggeberInnen während der Reinigung anwesend sind (sein können), um Weisungs- und Kontrollrechte auszuüben. Hinsichtlich Weisungen wird zwar in den AGB von selbständiger Leistungserbringung gesprochen,⁷⁸ in der Praxis finden allerdings oft Gespräche und nähere Konkretisierungen der Arbeitsleistungen statt (siehe Abb 12).

Es könnte nun argumentiert werden, dass zwar die Plattformen selbst kein Weisungsrecht ausüben, aber den AuftraggeberInnen ein Weisungsrecht einräumen. Indiz dafür ist zB, dass die Plattform an prominenter Stelle (der Startseite) Erfahrungsberichte zeigt, in denen AuftraggeberInnen die Reinigungsleistung mit der Reinigungskraft „besprochen“ bzw diese „nach kurzer Absprache“ mit der Reinigung begonnen haben (siehe Abb 12).

⁷⁵ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 7 Abs 2.

⁷⁶ Zuletzt VwGH 03.11.2015, 2013/08/0153.

⁷⁷ Siehe zur These der Vorprogrammierung: *Warter*, Crowdwork 192.

⁷⁸ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1; § 2 Abs 2.

Abbildung 12: Screenshot der Startseite von Book a Tiger



Quelle: <https://www.bookatiger.com/at-de/putzfrau> (30.12.2016)

Erfolgt zudem eine Kontrolle durch die anwesenden AuftraggeberInnen liegt meiner Meinung nach eine betriebliche Eingliederung vor. Folgt man dieser Argumentation, ist eine Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit trotz der kurzen Dauer denkbar.

Zusätzlich könnte argumentiert werden, dass die AuftraggeberInnen selbst bei Abwesenheit eine Spezifizierung der Tätigkeiten vornehmen, da sie alleine die Arbeitsmittel zur Verfügung stellen.⁷⁹ Ein gewisser Spielraum bleibt insbesondere bei Abwesenheit der AuftraggeberInnen aber auch den Reinigungskräften.

Gerade bei mangelnder Anwesenheit im Betrieb stellt die **Berichtspflicht** nach Ansicht des OGH⁸⁰ einen starken Ausgleich dar. Die klassische Berichtspflicht findet allerdings nicht satt. Diese ist in der Gig-Economy auch nicht notwendig, da die Plattformbetreiberin ohnehin automationsunterstützt verarbeitet, welche Reinigungskraft wo welche Reinigungsarbeiten in welcher Qualität geleistet hat.

Diese „digitale Nacktheit“ hat aber nicht nur eine objektiv ergebnisrelevante, sondern auch eine subjektive Folge, nämlich dass sich die Reinigungskräfte bei Erbringung der Arbeitsleistung (wohl in einem geringen Maße) kontrolliert fühlen, was zu besseren, schnelleren und effizienteren Reinigungsleistungen führen soll.⁸¹

3.3.5 Zurverfügungstellung der Arbeitskraft

Der Unterschied ist, dass die Leistung beim Arbeitsvertrag – wie auch beim freien Dienstvertrag – nur gattungsmäßig umschrieben wird und die Beziehung rechtlich als Dauerschuldverhältnis zu beurteilen ist, während die WerkunternehmerInnen ein in sich geschlossenes Werk schulden und das Verhältnis als Zielschuldverhältnis zu bewerten ist.

Bei WerkunternehmerInnen steht bereits fest, welche Leistungen sie zu erbringen haben. Ihre Leistung erschöpft sich darin, die im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung zu erbringen.

79 Wenn die AuftraggeberInnen der Reinigungskraft ausschließlich einen Staubsauger zur Verfügung stellen, wird die Reinigungskraft wohl vor allem staubsaugen.

80 Statt vieler RIS-Justiz RS0107423.

81 *Wärter*, Crowdwork 178.

Der OGH meint zur Abgrenzung in stRsp⁸²:

„Während für den Arbeitsvertrag die Verfügung des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers innerhalb eines bestimmten Zeitraums, ohne dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers durch einen bestimmten Arbeitserfolg charakterisiert wäre, wesentlich ist, kommt es bei dem davon zu unterscheidenden Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung als eine in sich geschlossenen Einheit an. Entscheidend ist, ob nach dem Parteienwillen die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erreicht und entlohnt werden soll, oder ob die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges Ziel des Vertrages auf Grund der Entgeltzahlung ist.“

Folgt man der oben vertretenen Argumentation, dass die Weisungsrechte durch Gespräche und Kontrollen an die AuftraggeberInnen übertragen werden, dann stellen die Reinigungskräfte aus rechtlicher Sicht den AuftraggeberInnen ihre Arbeitskraft für Reinigungsleistungen für die bestimmte Dauer zur Verfügung, die diese mit eigenen Weisungen und Kontrollen konkretisieren und überwachen können. Selbst bei Abwesenheit kann meines Erachtens aufgrund der inhaltlichen Gestaltung durch die Bereitstellung der Reinigungsmittel sowie des ohnehin nicht ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraums und der Berichtspflicht von einer persönlichen Abhängigkeit gesprochen werden.

Da die Reinigungskräfte nur die Reinigung der entsprechenden Räumlichkeiten schulden, ist wohl von einer gattungsmäßigen Beschreibung auszugehen, die erst entweder durch die Bereitstellung der Mittel und Werkzeuge bzw durch Konkretisierungen oder ansonsten durch die Arbeitskraft selbst erfolgt (geringer Gestaltungsspielraum).

3.3.6 Ergebnis

Unter Anwendung der herkömmlichen Analyse Methode zur Feststellung der ArbeitnehmerInneneigenschaft gelangt man meines Erachtens zu dem Ergebnis, dass einige Argumente für eine Qualifikation als Werkvertrag, andere hingegen für ein Arbeitsverhältnis sprechen. Die Abgrenzungsfrage ist schwierig und nicht immer eindeutig lösbar.

Durch die Einräumung von Rechten zur Konkretisierung und Weisungen kann dennoch von einem Arbeitsverhältnis gesprochen werden. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit überwiegen meiner Meinung nach, vor allem aufgrund der Einräumung eines Weisungs- und Konkretisierungsrechts, durch die inhaltliche Gestaltung durch Bereitstellung der Betriebsmittel und Werkzeuge sowie durch die neue intensive Form der Berichtspflicht.

3.4 Probleme der herkömmlichen Beurteilungsweise

Die oben beschriebene herkömmliche (getrennte) Beurteilungsweise der ersten und zweiten Phase wird in Verbindung mit der Aufteilung der „ArbeitgeberInnenrolle“ auf zwei verschiedene Parteien dem tatsächlichen Lebenssachverhalt oder der tatsächlichen Lebensrealität der arbeiten-

.....
⁸² ZB OGH 10.01.1984, 4 Ob 164/83; zu weiteren Abgrenzungsentscheidungen siehe RIS-Justiz RS0021330.

den Personen in der Gig-Economy oft nicht gerecht⁸³ bzw spiegelt sie die tatsächlichen Verhältnisse nicht in ihrem tatsächlichen Ausmaß wider.

Bei Betrachtung der kurzen Verhältnisse werden nämlich andere, insbesondere langfristige Elemente nicht (ausreichend) berücksichtigt. Denn so sind zwar die einzelnen Vertragsverhältnisse auf kurze Zeit befristet, der Rahmenvertrag und damit das Verhältnis der Reinigungskräfte zur Plattform bleiben unbefristet aufrecht. Unbeachtet bleibt auch eine Kontrollausübung durch die Zugangsbeschränken bei der Registrierung. Bei Blick auf die einzelnen Reinigungsverhältnisse bleiben die Auswirkungen der Feedback- und Bewertungsmechanismen zudem größtenteils verborgen. Darüber hinaus dient das Rating auch dazu, eine gewisse Abhängigkeit zwischen den Reinigungskräften und der Plattform herzustellen, da ein einmal erreichtes hohes Rating nicht auf andere Plattformen übertragen werden kann.⁸⁴ Zudem ist die arbeitsrechtliche Beurteilung schwierig, da auch die AuftraggeberInnen ArbeitgeberInnenfunktionen ausüben.

Die herkömmliche Methode ignoriert damit die Komplexität der Machtverhältnisse, unter denen der arbeitenden Person nicht eine, sondern eben zwei Personen gegenüberstehen. Zudem führt die Fragmentierung der auf Dauer angelegten komplexen Beziehung insbesondere zur Plattform auf einzelne Vertragsverhältnisse zu einer verkürzten Sichtweise, wodurch der Schutz des Arbeitsrechts beliebig wird, da er durch mehr oder weniger originelle Vertragskonstruktionen vermieden werden kann. Aufgrund der Aufteilung der einzelnen Rollen in der Gig-Economy auf zwei verschiedene Parteien, besteht nach der herkömmlichen Methode das reale Risiko, dass am Ende kein Schutz vorgesehen ist, obwohl eine Schutzbedürftigkeit der arbeitenden Personen bestünde.⁸⁵

Um dieser verkürzten Sichtweise entgegenzutreten hat *Prassl*⁸⁶ eine alternative Betrachtungsweise vorgeschlagen: Das funktionale Konzept des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, welches dann gemeinsam mit *Risak* auf Gig-Economy-Sachverhalte angewendet wurde.⁸⁷

3.5 Beurteilung nach dem funktionalen Konzept des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin nach Prassl

Wie bei anderen Formen plattformbasierten Arbeitens bietet möglicherweise das von *Prassl* entwickelte funktionale ArbeitgeberInnen-Konzept bessere Ansätze, um eine sachverhaltsnahe Beurteilung zu finden als die herkömmliche Betrachtungsweise, insbesondere weil diese Methode flexibler auf multipersonale Verhältnisse reagiert und nicht versucht, Sachverhalte und Beziehungen in zweipersonale Einheiten herunterzubrechen.

83 *Risak*, What's law got to do with it? – (Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2/2016, 32 (38).

84 *Warter*, Crowdwork 60 f.

85 *Risak*, Kurswechsel 2/2016, 38.

86 Siehe hierzu *Prassl*, Die schwierige Suche nach dem Arbeitgeber im Englischen Recht, EuZA 2013 472–492; *Prassl*, The concept of the employer (2015).

87 *Prassl/Risak*, Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal (CLLPJ) 2016, 619–651; *Risak*, Kurswechsel 2/2016, 32–41.

Im Gegensatz zur herkömmlichen Methode wird bei diesem Konzept der Fokus nicht mehr auf die arbeitenden Personen gelegt, sondern auf die andere Seite dieser Vertragsverhältnisse: die ArbeitgeberInnen. Bei genauerer Betrachtung kristallisieren sich dabei nach Meinung von *Prassl* fünf wesentliche ArbeitgeberInnenfunktionen heraus:

1. Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen;
2. Recht auf Arbeit, dh Leistungserbringung und deren Ergebnisse;
3. Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Entgelts;
4. Management des unternehmensinternen Markts;
5. Management des unternehmensexternen Markts.

Da dieses System nicht an die vertraglichen Strukturen, sondern an den Sachverhalt gebunden ist, ist dieses System durch die Flexibilität in der Lage, den Schutzbereich des Arbeitsrechts auf schutzbedürftigen Personen auszudehnen, die jenen entsprechen, für die das Arbeitsrecht ursprünglich entwickelt wurde: nämlich für persönliche Arbeitsleistungen erbringende, fremdbestimmte Personen, denen es an Verhandlungsmacht fehlt, faire und lebenssichernde Arbeitsbedingungen durchzusetzen.⁸⁸

Dieses Konzept stellt zum einen fest, dass wenn ArbeitgeberInnenfunktionen überwiegend von der Plattform oder den AuftraggeberInnen ausgeübt werden, es sich bei der arbeitenden Person um einen/eine ArbeitnehmerIn handelt. Ebenso kann dieses Konzept zum anderen auch zu mehreren unterschiedlichen ArbeitgeberInnen führen, je nachdem ob sie oder eine andere Person eine der wesentlichen ArbeitgeberInnenfunktionen ausüben. Wird eine Funktion von einem/einer ArbeitgeberIn und nicht von dem/der ArbeitnehmerIn selbst ausgeübt, so sind die entsprechenden arbeitsrechtlichen Vorschriften von dem/der ArbeitgeberIn zu beachten – spezifisch begrenzt für den jeweiligen Bereich.⁸⁹

3.5.1 Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Die erste wesentliche Funktion eines Arbeitgebers/einer Arbeitgeberin ist, dass er/sie die Kontrolle über das Vorliegen eines Arbeitsvertrages hat. Von der Auswahl der ArbeitnehmerInnen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.⁹⁰

Auf den ersten Blick mag es scheinen, dass Book a Tiger relativ wenig Kontrolle über die einzelnen Reinigungsaufträge hat, insbesondere aufgrund der stets kurzen Arbeitsleistung der Reinigungskräfte.⁹¹

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass über diese kurzfristigen einzelnen Arbeitsaufträge hinaus auch eine langfristige Beziehung der Reinigungskräfte zur Plattform besteht. Diese (in der Regel) langfristige Beziehung wird wesentlich von der Plattform gesteuert von der Annahme der Registrierung nach erfolgreicher Übermittlung der geforderten Unterlagen sowie bestandemem

⁸⁸ *Risak*, Kurswechsel 2/2016, 39.

⁸⁹ *Risak*, Kurswechsel 2/2016, 39.

⁹⁰ Vgl. *Prassl/Risak*, CLLP] 2016, 636 ff.

⁹¹ Vgl. *Prassl/Risak*, CLLP] 2016, 636 f.

Telefoninterview bis hin zur Beendigung des Verhältnisses⁹², wenn Reinigungsarbeiten des Öfteren schlecht ausgeführt werden oder die Bewertung eine bestimmte Grenze unterschreitet.⁹³

3.5.2 Recht auf Arbeit

Bei der zweiten ArbeitgeberInnenfunktion geht es um das Recht auf Arbeit im Sinn eines Rechts auf die Leistungserbringung und deren Früchte.

Auch die zweite ArbeitgeberInnenfunktion wird von Book a Tiger erfüllt, da die Plattform die Provision direkt vom von den AuftraggeberInnen bezahlten Entgelt abzieht. Das System ist so ausgelegt, dass keine direkte finanzielle Transaktion zwischen den AuftraggeberInnen und den Reinigungskräften zustande kommt. Darüber hinaus nimmt die Plattform auch sämtliche Kommunikationsaufgaben und die Rechnungslegung wahr.⁹⁴

3.5.3 Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Entgelts

Bei der Bereitstellung der Arbeit und Bezahlung des Entgelts ist festzuhalten, dass die Reinigungskräfte die Arbeitsaufträge stets und ausschließlich über die Plattform erhalten. Hinsichtlich der Bezahlung ist auszuführen, dass die Plattform eine Provision erhält, und diese auch gleich vom bezahlten Entgelt einbehalten wird. Die Entgelthöhe wird ausschließlich von der Plattform festgelegt.⁹⁵

3.5.4 Management des unternehmensinternen Markts

Mit der vierten ArbeitgeberInnenfunktion sind die Koordination und Kontrolle der Produktionsfaktoren gemeint, einschließlich der Möglichkeit, zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind.⁹⁶

Die vierte ArbeitgeberInnenfunktion wird in Kombination aus der Plattform, den AuftraggeberInnen und der Reinigungskraft ausgeübt:

Es kommt nämlich in der Praxis häufig dazu, dass die AuftraggeberInnen eine Spezifizierung der Tätigkeiten vornehmen. Ebenso werden die Arbeitsmittel von den AuftraggeberInnen zur Verfügung gestellt, weshalb sie auch auf die inhaltliche Ausübung der Reinigung Einfluss haben.⁹⁷ Sind sie zudem bei der Reinigung anwesend, könnten sie zum einen Kontrollfunktionen ausüben und zum anderen auch nähere Bestimmungen und Anweisungen hinsichtlich des Arbeitsprozesses geben.⁹⁸ Ein gewisser Spielraum bleibt insbesondere bei Abwesenheit der AuftraggeberInnen auch den Reinigungskräften.

.....
⁹² Indem zB keine Arbeitsaufträge mehr angeboten werden.

⁹³ Vgl. Prassl/Risak, CLLPJ 2016, 638.

⁹⁴ Vgl. Prassl/Risak, CLLPJ 2016, 639.

⁹⁵ Vgl. Prassl/Risak, CLLPJ 2016, 639.

⁹⁶ Risak, Kurswechsel 2/2016, 39.

⁹⁷ Wenn die AuftraggeberInnen der Reinigungskraft ausschließlich einen Staubsauger zur Verfügung stellen, wird die Reinigungskraft wohl vor allem staubsaugen.

⁹⁸ Siehe dazu Abschnitt „Eingliederung der Arbeitskräfte“.

Die Plattform selbst hält zwar in den AGB mit den AuftraggeberInnen fest, dass sie nicht hinsichtlich der Durchführung der Reinigungsleistung hafte.⁹⁹ Das bedeutet aber nicht, dass die Plattform diese vierte Funktion gar nicht ausübt: So werden beispielsweise die einzelnen Arbeitspakete von der Plattform zusammengestellt bzw Anfragen der AuftraggeberInnen in Teilleistungen parzelliert.¹⁰⁰ Sind die AuftraggeberInnen mit der Qualität der Reinigungsleistung nicht zufrieden, sollten sie sich ausschließlich an die Plattform wenden.¹⁰¹ Noch wichtiger ist, dass die Plattform meines Erachtens eine Pflicht zur höchstpersönlichen Leistung vorsieht.¹⁰²

Darüber hinaus wird auch in den AGB festgehalten, dass Book a Tiger „im Rahmen der wirtschaftlichen und rechtlichen Kapazität darauf hinwirken wird, dass die Reinigung ordnungsgemäß und branchenüblich erfüllt wird“.¹⁰³ Ob damit zB die Feedback- und Bewertungsmechanismen oder darüber hinausgehende Maßnahmen gemeint sind, bleibt unklar.

Abschließend sei ausgeführt, dass die Plattform (1) die KundInnen um Feedback bittet, (2) relevante Leistungsanforderungen setzt und (3) darauf basierend Beendigungsentscheidungen trifft, indem „Low-performen“ keine Aufträge mehr übermittelt werden, wenn das Kundenfeedback enthüllt, dass Reinigungskräfte die von der Plattform gesteckten Leistungsanforderungen nicht erfüllen. Das sind typische Aufgaben eines Arbeitgebers/einer Arbeitgeberin.¹⁰⁴

3.5.5 Management des unternehmensexternen Markts

Die fünfte ArbeitgeberInnenfunktion behandelt das Management des unternehmensexternen Markts, dh es geht um die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens und die Tragung des Unternehmensrisikos.¹⁰⁵

Book a Tiger übt gleichermaßen die fünfte ArbeitgeberInnenfunktion aus: Sie ist die handelnde Akteurin, die die unternehmerische Aktivität in Aussicht auf potenziellen Gewinn setzt, währenddessen sie gleichermaßen auch die Risiken eines drohenden Verlustes trägt.¹⁰⁶ Gleichwohl sei an dieser Stelle aber angemerkt, dass das Risiko einer niedrigen Auftragslage zum Teil verlagert wird, da die Plattform die Reinigungskräfte bei Auftragsflaute nicht bezahlen muss.

Auf den ersten Blick mag man auch den Reinigungskräften eine gewisse unternehmerische Aktivität zugestehen, da die Entgelthöhe scheinbar von der individuellen Leistung der Reinigungskräfte abhängt: Je mehr Reinigungen sie durchführen, desto höher das Einkommen.¹⁰⁷

Dabei wird allerdings übersehen, dass der Fokus auf die **unternehmerischen Fähigkeiten** in Zusammenhang mit Gewinn oder Verlust gelegt werden muss. Die Möglichkeit, mehr zu arbeiten,

⁹⁹ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 7 Abs 1. Unklar ist ob dabei die Qualität der Reinigungsleistung gemeint ist oder dass die Plattform eine Haftung ausschließen will, dass der Auftrag überhaupt durchgeführt wird.

¹⁰⁰ Kocher/Hensel, NZA 2016, 984.

¹⁰¹ Siehe <https://www.bookatiger.com/at-de/faq> (30.12.2016).

¹⁰² Siehe hierzu die Ausführungen unter Abschnitt „Persönliche Leistungspflicht“.

¹⁰³ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 7 Abs 2.

¹⁰⁴ Vgl Prassl/Risak, CLLP] 2016, 640.

¹⁰⁵ Risak, Kurswechsel 2/2016, 39.

¹⁰⁶ Vgl Prassl/Risak, CLLP] 2016, 640.

¹⁰⁷ Vgl Prassl/Risak, CLLP] 2016, 640.

um dadurch das Einkommen zu erhöhen, hat nichts mit unternehmerischen Fähigkeiten zu tun und kann dementsprechend auch nicht als Kriterium bei der Abgrenzung verwendet werden.¹⁰⁸

Ein weiteres Element dieser Funktion ist die Akquirierung von KundInnen. Während bei anderen Plattformen die arbeitenden Personen, unter anderem durch finanzielle Anreize, animiert werden selbst ihre Dienstleistungen zu bewerben und KundInnen zu akquirieren,¹⁰⁹ tritt im Fall von Book a Tiger alleine die Plattform nach außen auf und bewirbt ihre Dienstleistungen. Dies trifft auch auf sämtliche Entscheidungen in Bezug auf Marketing und Werbung zu. Die Reinigungskräfte hingegen treten nicht nach außen auf. Die Plattform hat überdies die volle Kontrolle über das Branding. Sie versucht, „Book a Tiger“ als Marke bekannt zu machen, um länderübergreifend Dienstleistungen unter einem Mantel anbieten zu können.¹¹⁰

Der wichtigste Indikator der unternehmerischen Tätigkeit ist aber die Festsetzung des Preises. Dieser wird alleine von Book a Tiger bestimmt: zum einen nach außen gegenüber den AuftraggeberInnen, zum anderen aber auch gegenüber den Reinigungskräften. Ein Verhandlungsspielraum ist dabei nicht vorgesehen.

3.5.6 Ergebnis

Nach der Methode von *Prassl/Risak* kommt man zu dem deutlichen Ergebnis, dass sämtliche ArbeitgeberInnenfunktionen von der Plattform bzw die vierte Funktion auch von den AuftraggeberInnen bzw Reinigungskräften ausgeübt werden. Dementsprechend handelt es sich bei den Reinigungskräften nach dieser Methode klar um ArbeitnehmerInnen.

Der Kern dieses funktionalen Zugangs ist, festzustellen, welche spezielle Rolle verschiedene Elemente im relevanten Kontext spielen, statt auf das Vorliegen vordefinierter Kriterien abzustellen. Es geht nach diesem System eben nicht um das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen von Kriterien, sondern um die Ausübung spezifischer Funktionen, die wiederum die Verantwortlichkeit für diesen Bereich nach sich zieht, unabhängig davon, ob die Funktion in Kombination mit anderen Funktionen ausgeübt wird oder die ArbeitgeberInnenfunktionen auf verschiedene Parteien und Gesellschaften verteilt sind. Je nachdem, welche Funktion von welcher Partei ausgeübt wird, ist diese in weiterer Folge auch für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verantwortlich; so ist zB die Plattformbetreiberin für die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften verantwortlich, da die Preisbestimmung ausschließlich von ihr ausgeübt wird und allein in ihrer Kontrolle steht.¹¹¹

108 Vgl *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 640.

109 ZB bei der Plattform TaskRabbit, vgl *Vgl Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 645.

110 Vgl *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 641.

111 Reinigungskräfte von Book a Tiger müssen dementsprechend nach dem entsprechenden Kollektivvertrag entlohnt werden. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn die gewerbliche Tätigkeit ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung unbefugt ausgeübt wird. Siehe auch Abschnitt „Rechtsfolgen“.

3.5.7 Durchgängiger Arbeitsvertrag

Bejaht man das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, kommen möglicherweise nicht mehrere befristete Arbeitsverhältnisse, sondern ein durchgehendes Arbeitsverhältnis zustande.¹¹²

Hierzu werden zwei verschiedene Ansätze vertreten:

- › zum einen ein Verstoß gegen das Verbot von Kettenarbeitsverträgen und
- › zum anderen im Rahmen einer Interpretation des Parteienwillens des Rahmenvertrages ein durchgehendes Arbeitsverhältnis.¹¹³

Beiden Ansätzen ist gemeinsam, dass eine **ausreichende Dichte** an Arbeitseinsätzen vorliegen muss. Übersteigt die Dauer der Zeiten der Unterbrechung bei weitem die der Beschäftigung, ist schon aus diesem Grund das Vorliegen eines unzulässigen Kettenarbeitsvertrages zu verneinen.¹¹⁴ Eine ausreichende Dichte ist im Einzelfall bei Book a Tiger durchaus denkbar, zB wenn Reinigungskräfte mehrere Aufträge pro Woche durchführen.

Einerseits ist gerade bei der Gig-Economy die Flexibilität der arbeitenden Personen ein wesentliches Element. Ähnliche Beispiele wie zB bei Kinderbetreuung und Studium¹¹⁵, nur Studium¹¹⁶ oder Nebenerwerb¹¹⁷ wurden vom OGH bereits als sachliche Rechtfertigung und deshalb als kein Verstoß gegen das Verbot von Kettenarbeitsverträgen qualifiziert. Da diese Flexibilität auch bei Book a Tiger eine große Rolle spielt, liegt meiner Meinung nach auch hier wohl eine sachliche Rechtfertigung vor.

Dies lässt andererseits aber auch keine Interpretation des Parteienwillens des Rahmenvertrages für ein durchgehendes Verhältnis zu, weil davon auszugehen ist, dass kein durchgehendes Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn der Arbeitende selbst ein echtes Interesse an fehlender Bindung hat.¹¹⁸

Aus diesen Gründen liegt meines Erachtens in diesen Fällen kein durchgehendes Arbeitsverhältnis vor. Es handelt sich um befristete Einzelverträge.

3.6 Arbeitskräfteüberlassung

Durch das dreipersonale Verhältnis zwischen AuftraggeberInnen, der Plattformbetreiberin und den Reinigungskräften sowie durch die Tatsache, dass die Plattform nach eigenen Angaben Auftragsangebote an die Reinigungskräfte weiterleiten, stellt sich die Frage, ob nicht möglicherweise eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) vorliegt.

.....
¹¹² Siehe hierzu ausführlich *Wärter*, Crowdwork 193 ff mwN.

¹¹³ *Wärter*, Crowdwork 193 ff mwN.

¹¹⁴ StRsp OGH 8 ObA 50/13f, DRdA 2014, 346/34 (*Risak*); zuletzt OGH 28.04.2014, 8 ObA 13/14s; RIS-Justiz RS0110312.

¹¹⁵ OGH 27.02.2014, 8 ObA 8/14f.

¹¹⁶ OGH 8 ObA 82/13m, ecolex 2014, 631.

¹¹⁷ OGH 9 ObA 153/13k, ecolex 2014, 455 = *Tomandl*, ZAS 2015, 244; 8 ObA 50/13f, wbl 2014, 157/51.

¹¹⁸ *Rebbahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 96a.

Dabei ist zu erwähnen, dass das AÜG ganz bewusst den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung verwendet. Damit soll sichergestellt sein, dass vom Anwendungsbereich des AÜG nicht nur ArbeitnehmerInnen, sondern unter gewissen Umständen auch Arbeitskräfte erfasst sind, die ihre Tätigkeit auf Basis eines Werkvertrages ausüben.¹¹⁹

Wie insbesondere das Ergebnis der Analyse nach dem funktionalen ArbeitgeberInnensystem plakativ zeigt, sind Plattformen im Allgemeinen stets die zentrale Figur in der Gig-Economy. Anders als bei klassischen mittelbaren Arbeitsverhältnissen, für die das AÜG ursprünglich gedacht war – wo der/die BeschäftigterIn als zentrale Partei ein direktes Vertragsverhältnis mit der Arbeitskraft vermeiden will – ist es heute in der Gig-Economy gerade umgekehrt. „Vermittlungsplattformen“ wollen gerade ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem/der BeschäftigterIn und der Arbeitskraft herstellen, um eigene Risiken und Verpflichtungen möglichst gering zu halten.

Problematisch ist die Anwendung des AÜG meines Erachtens vor allem dann, wenn aus vertragsrechtlicher Sicht tatsächlich ein direktes Vertragsverhältnis vorliegt, weil dann die grundlegende Struktur einer Arbeitskräfteüberlassung nicht vorliegt.¹²⁰

Das Dilemma der Plattformen ist, dass sie auf der einen Seite ein direktes Vertragsverhältnis herzustellen versuchen, weil dann keine werkvertragliche Erfüllungspflicht (und Haftung) entsteht und meiner Meinung nach auch keine (zumindest keine direkte) Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Auf der anderen Seite wollen sie aber gerade auch nicht als bloße VermittlerInnen auftreten, sondern wollen selbst als **Marke einer Dienstleistung** wahrgenommen werden. Gute Leistungen der Reinigungskräfte sollen in erster Linie der Plattform zugutekommen und nicht den Reinigungskräften. Dies ist auch der Grund, warum Book a Tiger *keine* deutliche Klarstellung vornimmt, dass es sich um Fremdleistungen und nicht um Leistungen von ErfüllungshelfInnen oder ArbeitnehmerInnen handelt.¹²¹

Da nach der oben vertretenen Ansicht eine Vertragskette vorliegt, ist für die Anwendung des AÜG das Vertragsverhältnis zwischen den AuftraggeberInnen und der Plattform entscheidend: Handelt es sich hier um einen Werkvertrag oder um einen Dienstverschaffungsvertrag?

3.6.1 Eingliederung der Arbeitskräfte

§ 3 AÜG definiert die Überlassung von Arbeitskräften als „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“. Typisch – jedoch nicht zwingend – ist die Eingliederung der überlassenen Arbeitskraft in den Betrieb des Beschäftigers/der Beschäftigterin.¹²²

Zur Feststellung der typischerweise vorliegenden Eingliederung in den Betrieb des Beschäftigers/der Beschäftigterin und damit einer Arbeitskräfteüberlassung sieht § 4 Abs 2 AÜG eine beispielhafte Aufzählung vor, nach deren Elementen jedenfalls eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

.....
 119 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen gemäß § 3 Abs 4 AÜG; vgl zB *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² (2015) 783.

120 Vgl *Warter*, Crowdwork 246.

121 Siehe hierzu Abschnitt „Zustandekommen des Vertrages über die Reinigungsdienstleistung“.

122 *Schindler* in *ZellKomm*² § 3 AÜG Rz 1.

Die reine zivilrechtliche Anwendung und Interpretation von Bestimmungen des ABGB genügen nicht zur Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung.¹²³

Die in der Lehre umstrittene Frage, ob nun ein Element ausreicht oder nicht, ist im Fall von Book a Tiger nicht ausschlaggebend, da meines Erachtens mehrere Kriterien erfüllt sind. So arbeiten die Reinigungskräfte bei Book a Tiger ausschließlich mit den von den AuftraggeberInnen zur Verfügung gestellten Materialien (zB Reinigungsmittel, Wasser) und Werkzeugen (zB Staubsauger, Wischmob), weshalb § 4 Abs 2 Z 2 AÜG erfüllt ist.

Hinsichtlich Weisungen wird zwar in den AGB von selbständiger Leistungserbringung gesprochen,¹²⁴ in der Praxis finden allerdings sehr oft Gespräche und nähere Konkretisierungen der Arbeitsleistungen statt. Wie bereits die Ausführungen zum Arbeitsvertrag zeigten, liegt, wenn man die Meinung dieser Arbeit vertritt, durch die Einräumung von Weisungs- und Kontrollrechten eine Eingliederung in den Betrieb der AuftraggeberInnen vor.

Darüber hinaus kommt es nach Beginn des Einsatzes auf die tatsächliche Handhabung an. Eine überlassene Arbeitskraft hat oftmals keine genaue Kenntnis vom Inhalt dieses Vertrags. Sie vollführt stattdessen nur die tatsächliche Durchführung, die daher ausschlaggebend sein muss.¹²⁵ Das gilt auch für den Fall, dass sich das Einsatzunternehmen nicht an die vereinbarte Durchführung hält, indem es eigenmächtig der eingesetzten Arbeitskraft Weisungen erteilt.¹²⁶

Aus diesem Grund liegt meiner Meinung nach bei Book a Tiger regelmäßig eine Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG vor.

3.6.2 Arbeitskräfteüberlassung an Private

Im Rahmen einer Wortinterpretation des Anwendungsbereichs der §§ 1 Abs 1 und 3 Abs 1 AÜG ist nur von der Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte die Rede. Schon in § 3 Abs 2 AÜG wird der/die BeschäftigterIn aber als derjenige/diejenige definiert, der/die Arbeitskräfte eines Überlassers/einer Überlasserin für *betriebseigene Aufgaben* einsetzt.

Dies ist *in concreto* allerdings problematisch, da es sich bei einer Vielzahl der AuftraggeberInnen um Privatpersonen ohne jeglichen Betrieb handelt. Zwar ist der Betriebsbegriff des AÜG sehr weit und anders als der Betrieb iSd § 34 Abs 1 ArbVG zu verstehen, zumindest wird aber wohl auf eine organisatorische Einheit abgestellt werden müssen.¹²⁷ Auch eine solche ist bei Privatpersonen zu verneinen.

¹²³ Kallab, Zur Abgrenzung Werkvertrag – Arbeitskräfteüberlassung, DRdA-InfA 2015, 219 (220).

¹²⁴ AGB zur Nutzung von Book a Tiger: Abs 1; § 2 Abs 2.

¹²⁵ Schörghofer, Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertragserfüllung durch Gehilfen, eColey 2015, 588 (589), mwN.

¹²⁶ Den Schutz des Überlassers/der Überlasserin gegen Vertragsverletzungen des Beschäftigers/der Beschäftigterin auf dem Rücken der eingesetzten Arbeitskräfte zu gewährleisten, ist nicht mit dem Schutzgedanken des AÜG vereinbar. Siehe Schörghofer, eColey 2015, 589, mwN.

¹²⁷ Kallab, DRdA-InfA 2015, 220.

Allerdings ist die Wendung von den betriebseigenen Aufgaben nicht als Beschränkung auf Gewerbetreibende zu verstehen, sondern ebenso als Anknüpfungspunkt für die organisatorische Eingliederung, die bei einer privaten Haushaltsführung in gleichem Maße gegeben sein kann.¹²⁸

Somit wäre auch die Überlassung an Private immerhin grundsätzlich vom AÜG erfasst, was zweifellos im Interesse der überlassenen Arbeitskräfte und auch vom telos des Gesetzes unter diesem Blickwinkel zweifellos gedeckt ist. Diese Sicht hätte zur Konsequenz, dass auf die Privaten als BeschäftigterInnen etwa die Vorschriften über Fürsorgepflicht (§ 6 Abs 3 AÜG), das DNHG (§ 7 Abs 1 AÜG) und die Haftung als Bürge/Bürgin bzw Ausfallsbürge/Ausfallsbürgin Anwendung finden.¹²⁹

3.6.3 Rechtsfolgen

Fehleinordnungen können aber nicht nur arbeitsrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Da die Arbeitskräfteüberlassung ein eigenes Gewerbe ist (§§ 94 Z 72, 135 GewO 1994), führt dies neben der Anwendbarkeit der einschlägigen Kollektivverträge auch zu Verwaltungsstrafen (§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994).¹³⁰

3.7 Zusammenfassendes Ergebnis

Das Beispiel Book a Tiger zeigt, dass insbesondere die neue Arbeitsorganisation der Gig-Economy neue Herausforderungen an das Arbeitsrecht stellt. Die Analyse offenbart, dass besonders die herkömmliche Betrachtung zu schwierigen und möglicherweise nicht sachgerechten Ergebnissen und einer verkürzten Sichtweise führt, die der tatsächlichen Lebensrealität der arbeitenden Personen in der Gig-Economy nicht gerecht wird.

Das funktionelle ArbeitgeberInnensystem nach *Prassl* bietet hier eine Möglichkeit, eine sachverhaltsnahe Beurteilung zu finden. Ob dieser radikale Richtungswechsel bei der Qualifikation und Allokation von Verantwortlichkeiten notwendig und in anderen komplexen Fällen zielführend ist, wird die nähere wissenschaftliche Auseinandersetzung zeigen. In Fall von Book a Tiger zeigt sie jedoch sehr schön auf, dass eine herkömmliche Betrachtung in diesen Konstellationen oft zu kurztritt.

4. Zivilrecht

Neben dem Arbeitsrecht sieht auch das Zivilrecht bestimmte Instrumente vor, die unterlegene VertragspartnerInnen in gewissem Umfang schützen sollen. Aus zivilrechtlicher Sicht ist dabei vor allem die AGB-Kontrolle zu nennen. Es stellt sich die Frage, ob nicht einzelne der in den AGB vorgesehen Bestimmungen einer derartigen AGB-Kontrolle nicht standhalten. Da die

.....
 128 Treffend *Mazal*, Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG, ZAS 2005, 244 ff.

129 *Mazal*, ZAS 2005, 244 ff.

130 *Schörghofer*, *ecolex* 2015, 591.

AGB nach der oben vertretenen Meinung lediglich im Verhältnis zwischen AuftraggeberInnen und Book a Tiger gültig vereinbart werden, betrifft diese Analyse nicht die Verhältnisse zwischen den Reinigungskräften und der Plattform.

4.1 AGB-Kontrolle

In den AGB sind meines Erachtens mit einer Ausnahme keine Regelungen zum Nachteil der Reinigungskräfte vorgesehen.¹³¹ So sieht lediglich § 7 der AGB vor, dass sich die AuftraggeberInnen verpflichten, über das Angebot von Book a Tiger hinaus die Reinigungskräfte weder zu kontaktieren, zu beauftragen oder andere wirtschaftliche Beziehungen zu den Reinigungskräften zu unterhalten. Mit dieser Klausel sollte sichergestellt werden, dass die Plattformbetreiberin nach einer erstmaligen zufriedenstellenden Tätigkeit der Reinigungskräfte nicht weiter leer ausgeht, indem sich die AuftraggeberInnen außerhalb der Plattform mit den Reinigungskräften absprechen.

Im Gegensatz zu Deutschland¹³² ist in Österreich ein allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht allgemein anerkannt. Die Gesetze schützen daher nur bestimmte einzelne Rechte. Bei der Ermittlung der geschützten Interessen und der Intensität des Schutzes kommt den Grundrechten eine besondere Bedeutung zu.¹³³

In Bezug auf diese konkrete Klausel der AGB von Book a Tiger ist dabei vor allem an die Grundrechte auf Privatsphäre (Art 8 EMRK), Datenschutz (Art 1 DSGVO), Meinungsäußerungsfreiheit (Art 10 EMRK) sowie Freiheit der Erwerbsausübung (Art 6 StGG, Art 15 GRC) zu denken.¹³⁴ Rechtstechnisch erfolgt der Schutz der Persönlichkeitsrechte in Österreich auf verschiedenen Wegen. Unzulässige Abreden sind nach § 879 Abs 1 ABGB wegen Verstoß gegen ein Gesetz oder wegen Sittenwidrigkeit (teil-)nichtig.¹³⁵ Da diese Klauseln bei Crowdwork in den AGB normiert werden, kommt insbesondere auch § 879 Abs 3 ABGB in Betracht. Demnach sind gröblich benachteiligende Klauseln in AGB nichtig, wobei eine gröbliche Benachteiligung dann vorliegt, wenn eine nicht sachlich gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht vorliegt.¹³⁶

Ein derartiges weitläufiges Kontaktverbot wie in § 7 der AGB vorgesehen steht vor allem im Widerspruch zur Meinungsäußerungsfreiheit (Art 10 EMRK) sowie zur Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 15 GRC). Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht erkennbar, dient dieses Kontaktverbot ausschließlich dazu, die Provisionsansprüche der Plattform sicherzustellen.¹³⁷

Eine derartig umfassende Verschwiegenheitspflicht, wie sie von AuftraggeberInnen mit dieser Klausel verlangt wird, ist nicht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen. Aus diesen

.....
¹³¹ Im Übrigen werden die AGB nach der in diesem Beitrag vertretenen Meinung lediglich Teil des Vertrages zwischen den AuftraggeberInnen und der Plattformbetreiberin, siehe Abschnitt „Erste Phase – Registrierung“.

¹³² Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht wird in Deutschland aus den Art 2 Abs 1 GG iVm Art 1 Abs 1 GG abgeleitet. Siehe hierzu zB BGH 25.05.1954, 1 ZR 211/53; BVerfG, 05.06.1973 - 1 BvR 536/72.

¹³³ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 234, mwN.

¹³⁴ Vgl *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 234.

¹³⁵ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 235.

¹³⁶ *Kletečka* in *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 436.

¹³⁷ Vgl auch *Warter*, Crowdwork 278 f.

Gründen ist eine derartige Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und deshalb unwirksam. Darüber hinaus ist sie im Rahmen eines beweglichen Systems auch sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB.¹³⁸

5. Aspekte des internationalen Rechts

Abschließend ist in den AGB in § 11 sowohl eine Rechtswahl als auch eine Gerichtsstandsvereinbarung vorgesehen. Demnach sei ausschließlich deutsches Recht anwendbar (wobei die Vorschriften über das UN-Kaufrecht ausgeschlossen werden).¹³⁹ Als Gerichtstandort wird Berlin vereinbart.¹⁴⁰

5.1 Anwendbares Recht

Da die AGB nur für den Vertrag zwischen den AuftraggeberInnen und der Plattformbetreiberin vereinbart wurden, sind die AGB-Bestimmungen bezüglich des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstands auch nur auf diesen Vertrag anwendbar.

Auf Streitigkeiten aus der Vertragsbeziehung zwischen den Reinigungskräften und der Plattformbetreiberin ist – mangels Auslandsbezugs – österreichisches Recht anwendbar.

Bei Vertragsverhältnissen zwischen den AuftraggeberInnen und Book a Tiger liegt aufgrund der Rechtswahl eine Auslandsberührung gemäß Rom I-VO vor.¹⁴¹ Nach Art 3 Rom I-VO können die Parteien das anwendbare Recht frei wählen, dafür ausreichend ist auch ein Verweis in den AGB.¹⁴²

Da in der Regel ein Binnensachverhalt vorliegt, also dass auch der/die AuftraggeberIn seinen/ihren Sitz in Österreich hat, bleiben die bei objektiver Anknüpfung maßgeblichen zwingenden Bestimmungen unberührt.¹⁴³

Oftmals werden die AuftraggeberInnen auch als VerbraucherInnen im Sinne der Rom I-VO zu qualifizieren sein, was zur Folge hat, dass die Rechtswahl nur beschränkte Wirkung entfaltet. Zwar können die Vertragsparteien auch bei Vorliegen eines VerbraucherInnenvertrags das anzuwendende Recht frei wählen. Diese Rechtswahl darf aber gemäß Art 6 nicht dazu führen, dass den VerbraucherInnen jener Schutz entzogen wird, der ihnen aufgrund der zwingenden Bestimmung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts zustünde. Darüber hinaus ist ein

¹³⁸ Vgl. Warter, *Crowdwork* 278 f.; vgl. auch Däubler, *Internet und Arbeitsrecht*⁵ Rz 448 u. f.

¹³⁹ Siehe die AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 11 Abs 1: „Es ist ausschließlich deutsches Recht anwendbar. Die Vorschriften des UN-Kaufrechts werden ausgeschlossen.“

¹⁴⁰ Siehe die AGB zur Nutzung von Book a Tiger: § 11 Abs 2: „Sofern es sich bei dem Vertragspartner um einen Kaufmann, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder um ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen handelt, ist Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus Vertragsverhältnissen zwischen dem Endkunden und Book a Tiger Berlin.“

¹⁴¹ Deinert, *Internationales Arbeitsrecht* (2013) 6.

¹⁴² Verschraegen, *Internationales Privatrecht* (2012) Rz 400 ff.

¹⁴³ Art 3 Abs 3 Rom I-VO.

Günstigkeitsvergleich durchzuführen. Ist das Schutzniveau des gewählten (deutschen) Rechts höher, kommt dieses zur Anwendung.¹⁴⁴

5.2 Gerichtsstandsvereinbarung

Da die AGB zwischen den Reinigungskräften und Book a Tiger nicht vereinbart wurden, ist keine Gerichtsstandsvereinbarung vorgesehen, weshalb sich der Gerichtsstand nach der Jurisdiktionsnorm (JN) grundsätzlich nach dem Sitz der beklagten Partei richtet. Dies wäre bei einer Klage gegen Book a Tiger Wien. Allerdings normiert die JN eine Reihe besonderer Gerichtsstände. Von besonderem Interesse ist dabei vor allem der Erfüllungsgerichtsstand. Demnach wäre jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel die geschuldete Leistung erfüllt wurde oder hätte erfüllt werden sollen.

Da die Reinigungskräfte regelmäßig den VerbraucherInnenatbestand nicht erfüllen, können sie sich nicht auf diese VerbraucherInnengerichtsstände gemäß § 14 KSchG berufen.

Im Verhältnis zwischen den AuftraggeberInnen und Book a Tiger wurden die AGB wirksam vereinbart. Art 25 EuGVVO normiert allerdings Formvorschriften für Gerichtsstandsvereinbarungen. Gerichtsstandsvereinbarungen in den AGB – wie die vorliegende – erfüllen das Schriftlichkeitserfordernis des Art 25 lit a EuGVVO.¹⁴⁵

Auch bei der EuGVVO sind hinsichtlich VerbraucherInnen in Art 18 besondere Gerichtsstände vorgesehen. Die Klage eines Verbrauchers/einer Verbraucherin gegen den anderen/die andere VertragspartnerIn kann entweder vor den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet dieser/diese VertragspartnerIn seinen/ihren Wohnsitz hat, oder ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des anderen Vertragspartners/der anderen Vertragspartnerin vor dem Gericht des Ortes, an dem der/die VerbraucherIn seinen/ihren Wohnsitz hat.

Klagen des anderen Vertragspartners/der anderen Vertragspartnerin gegen den/die VerbraucherIn können nur vor den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der/die VerbraucherIn seinen/ihren Wohnsitz hat.

Von diesen Grundsätzen darf bei VerbraucherInnenverträgen gemäß Art 19 EuGVVO nur abgewichen werden,

- › wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird,
- › wenn sie dem/der VerbraucherIn die Befugnis einräumt, andere Gerichte anzurufen, oder
- › wenn sie zwischen einem/einer VerbraucherIn und dem/der VertragspartnerIn, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Mitgliedstaat haben, getroffen ist und die Zuständigkeit der Gerichte dieses Mitgliedstaats begründet, es sei denn, dass eine solche Vereinbarung nach dem Recht dieses Mitgliedstaats nicht zulässig ist.

¹⁴⁴ Verschmaegen, Internationales Privatrecht Rz 400 f.

¹⁴⁵ Vgl Czernich in Czernich/Kodek/Mayr, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 25 Rz 66 ff.

6. Resümee und Ausblick

Wie gezeigt, kommt den Reinigungskräften meines Erachtens auch nach der herkömmlichen Methode ein arbeitsrechtlicher Schutz zu, vor allem wenn AuftraggeberInnen während der Reinigungsleistung anwesend sind und Weisungen und Kontrollen ausüben. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Abgrenzung nach dieser Methode schwierig ist, da einige Merkmale für eine Qualifikation als Arbeitsvertrag, andere für eine als Werkvertrag sprechen.

Beurteilt man allerdings den Sachverhalt mithilfe des funktionalen ArbeitgeberInnenkonzepts nach *Prassl*, so sind die Reinigungskräfte klar als ArbeitnehmerInnen zu qualifizieren.

Im Fall von Book a Tiger hat die Arbeitsausgestaltung, dass auf kurze einzelne Reinigungsverträge abgestellt und auf konkrete Weisungen und Vorgaben der Plattform verzichtet wird, aber auch tatsächliche Nachteile für die unternehmerisch tätige Plattformbetreiberin. So hat die Plattformbetreiberin anfangs noch gedacht, dass es sich mit Putzkräften ähnlich verhalte wie mit einer Pizza: Egal wer sie bringt, Hauptsache sie kommt pünktlich und man kann sie online buchen und bezahlen.¹⁴⁶

Sie musste allerdings feststellen, dass sowohl die AuftraggeberInnen als auch die Tiger ein festes Arbeitsverhältnis bevorzugten. Es wird von einer Person, die in der eigenen Wohnung saubermacht – oft auch während man selbst nicht zu Hause ist – vor allem Qualität und Kontinuität erwartet. Das konnte die Plattform Book a Tiger mit der derzeitigen Ausgestaltung nicht gewährleisten. Aus diesem Grund wurden in Deutschland nunmehr bereits 500 Reinigungskräfte dauerhaft festangestellt.¹⁴⁷

Man sagt, Testmärkte hätten bereits ergeben, dass die Profitabilität mit klassischen Festangestellten gegenüber „Selbständigen“ sogar steigt – weil insgesamt weniger Leute eingearbeitet werden müssten, die dafür kontinuierlich Schichten übernehmen. Zudem stieg die KundInnenzufriedenheit und damit die Wiederbuchungsrate.¹⁴⁸

Dennoch forscht Book a Tiger an der Zukunft. So wird angedacht, Reinigungs-Roboter unter dem Label Book a Tiger zu bauen. Damit dürften die festangestellten ArbeitnehmerInnen dann wieder überflüssig werden.¹⁴⁹

.....
 146 Schröder, Eine Putzfrau ist keine Pizza, Handelsblatt vom 05.02.2016, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/book-a-tiger-eine-putzfrau-ist-keine-pizza/12927064.html> (10.10.2016).

147 Schröder, Eine Putzfrau ist keine Pizza, Handelsblatt vom 05.02.2016.

148 Schröder, Eine Putzfrau ist keine Pizza, Handelsblatt vom 05.02.2016.

149 Schröder, Eine Putzfrau ist keine Pizza, Handelsblatt vom 05.02.2016.

Essenszustellung: foodora

Eine arbeitsrechtliche Analyse des Beschäftigungsmodells



Thomas Dullinger

Foodora qualifiziert die Mehrheit seiner Beschäftigten als arbeitnehmerInnenähnliche freie DienstnehmerInnen. Dieser Beitrag untersucht das von *foodora* verwendete Beschäftigungsmodell und nimmt anschließend eine rechtliche Qualifikation desselben vor. Im dritten und abschließenden Abschnitt werden einige rechtliche Probleme, die sich den FahrradkurierInnen von *foodora* in der Praxis stellen (können), untersucht.

Die Bekanntheit von *foodora* ist in den letzten Monaten stetig gestiegen. Zu tun hat dies nicht nur mit zahlreichen Werbemaßnahmen des Unternehmens, sondern insbesondere auch mit der zunehmenden Präsenz seiner Fahrradkurieren/Fahrradkurierinnen (der sogenannten *Rider*) auf den Straßen Wiens. Vor allem in den inneren Bezirken Wiens begegnet man zu den einschlägigen Uhrzeiten laufend den Fahrradkurieren/Fahrradkurierinnen von *foodora* mit ihren markanten Jacken und Transportboxen.

Das Geschäftsmodell von *foodora*¹ ist es, Essen von trendigen Restaurants und Szenelokalen per FahrradbotInnen zu liefern. *Foodora* gibt sich selbst das Image eines modernen, jungen und urbanen Start-ups. Hinter dem rasant expandierenden Essenslieferanten steht in Österreich die Volo DS XXXVI 9 GmbH, eine Wiener Gesellschaft, die Teil der Rocket Internet Gruppe ist.²

Um das Essen in der selbst auferlegten Lieferzeit von unter 30 Minuten vom Restaurant zu den KundInnen zu befördern, beschäftigt *foodora* Zeitungsberichten³ zufolge rund 400 *Rider*, die mit ihren eigenen Rädern Essen aus Restaurants abholen und zu den KundInnen bringen. Bei den *Ridern* handelt es sich vorwiegend um Studierende. Nötig sind dafür neben einer gewissen Fitness ein eigenes Fahrrad und ein Smartphone mit Internetverbindung. Das Trikot bzw die Jacke und die Transportbox werden von *foodora* zur Verfügung gestellt.

1. Foodora aus KundInnensicht

Will man die Dienstleistungen von *foodora* nutzen, ist eine Registrierung auf der Website⁴ von *foodora* nötig. Nach der Registrierung muss man sich zuerst für ein Restaurant entscheiden, von dem man sich Essen liefern lassen möchte. Dabei stehen verschiedene Restaurants in einem Zwei-Kilometer-Radius rund um den Lieferort zur Verfügung. Nach der Restaurantwahl wählt man aus der Karte des Restaurants seine Speisen und Getränke. Der Mindestbestellwert beträgt meist 15 Euro, hängt aber vom gewählten Restaurant ab. Zusätzlich zu den Kosten der Speisen und Getränke fällt eine pauschale Liefergebühr in der Höhe von 3,50 Euro an. Bezahlt werden kann mit Kreditkarte, Sofortüberweisung oder PayPal. *Foodora* wirbt mit einer Lieferdauer von circa 30 Minuten, behält sich aber in den AGB⁵ auch eine Lieferung in bis zu zwei Stunden ab Zugang der Bestätigungsnachricht von *foodora* über das Zustandekommen des Dienstleistungsvertrages vor.

Interessant aus KundInnensicht ist, dass nach den AGB *foodora* nur für die Zustellung Vertragspartner der KundInnen wird. Für die Lebensmittelangebote übernimmt *foodora* lediglich die Vermittlung, Vertragspartner wird das anbietende Restaurant. Zivilrechtlich handelt es sich bei

1 Das *Foodora*-Konzept wurde 2014 in München entwickelt und verbreitet sich seither kontinuierlich (vgl wien.ORF.at, „Fast Food“: Essen auf Fahrrädern vom 03.04.2016, <http://wien.orf.at/news/stories/2765540/> [24.12.2016]).

2 Vgl Die Presse, Foodora: Das flotte Rennen um die faulen Esser, 17.07.2016, http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5051698/Foodora_Das-flotte-Rennen-um-die-faulen-Esser (03.01.2017).

3 Vgl Der Standard, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen vom 03.01.2017, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (03.01.2017).

4 <https://www.foodora.at/> (24.12.2016).

5 Vgl Punkt 4. (3) der AGB, <https://www.foodora.at/contents/terms-and-conditions.htm> (24.12.2016).

foodora bei dem Vertragsschluss mit dem Restaurant um eine Stellvertreterin oder eine Botin.⁶ Für die Vertragsbeziehung zum Restaurant gelten nicht die AGB von *foodora*, sondern die AGB des Restaurants.⁷

2. Foodora aus Sicht der Restaurants

Da eine Zustellung bei *foodora* 3,50 Euro kostet, ein *Rider* zwei bis drei Zustellungen in einer Stunde schafft und dabei 8–10 Euro verdient (siehe unten Abschnitt „Foodora aus FahrerInnen-sicht“), ist offensichtlich, dass sich *foodora* nicht bloß über die Zustellgebühr finanzieren kann. Es liegt nahe, dass auch ein Teil der über *foodora* erwirtschafteten Umsätze der Restaurants an *foodora* geht. Medienberichten zufolge handelt es sich um einen Anteil in der Größenordnung von 25–35 %.⁸ Für Restaurants gibt es trotzdem (mindestens) drei gute Gründe sich *foodora* für die Speisenzustellung zu bedienen: Erstens ist es eine Möglichkeit neue (Stamm-)KundInnen zu akquirieren, insbesondere weil *foodora* das Restaurant jenen vorschlägt, die innerhalb eines Umkreises von zwei Kilometern um das Restaurant essen wollen. Typischerweise wird es sich dabei um den Arbeitsplatz oder die Wohnung handeln. Zweitens ist es eine unkomplizierte Möglichkeit, an dem mittlerweile nicht mehr zu vernachlässigenden Sektor der Essenszustellung zu partizipieren, ohne einen eigenen Zustellservice aufbauen zu müssen. Und schließlich eignet sich die Teilnahme bei *foodora* auch dazu, Zeiten geringer Auslastung zu überbrücken. Es ist nämlich auch möglich, nur mittags oder nur abends zu liefern.

3. Foodora aus FahrerInnensicht

Um *Rider* bei *foodora* zu werden, muss man sich online durch Ausfüllen eines kurzen Fragebogens⁹ bewerben. Dabei werden neben selbstverständlichen Angaben (zB Name, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) beispielsweise auch Alter und seit wann man bereits in Wien lebt, erfragt. Auch, wie viele Stunden pro Woche man in etwa arbeiten möchte (10–15, 20–30 oder 31–40) und an welchen Wochentagen man üblicherweise Zeit hat, zu arbeiten, ist anzugeben.

Als unmittelbare Antwort auf das Absenden dieses Fragebogens bekommt man eine generierte E-Mail, die aber kaum weitergehende Informationen enthält. Erst bei dem darauffolgenden Telefongespräch mit einem/einer *foodora*-MitarbeiterIn erhält man erste genauere Informationen.

.....

6 Botenschaft liegt vor, wenn *foodora* bloß eine fremde Willenserklärung (des Restaurants) weiterleitet, ohne einen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden (Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 ABGB Rz 56). Stellvertretung liegt vor, wenn *foodora* einen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen bildet, um das Restaurant zu verpflichten (Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1002 ABGB Rz 25 f).

7 Vgl Punkt 1. und 2. der AGB.

8 Vgl wien.ORE.at, „Fast Food“: Essen auf Fahrrädern vom 03.04.2016, <http://wien.orf.at/news/stories/2765540/> (24.12.2016); Die Presse, Foodora: Das flotte Rennen um die faulen Esser, 17.07.2016; Der Standard, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen vom 03.01.2017, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> (03.01.2017).

9 https://www.foodora.at/ride4us?utm_source=foodora&utm_medium=website&utm_campaign=homepagebanner&utm_content=applynow (24.12.2016).

Die folgenden Darstellungen beruhen auf den Informationen der Unternehmens-Website, Zeitungsberichten, Stellenanzeigen von *foodora* und auf Gesprächen mit FahrerInnen, die für *foodora* arbeiten.

Grundsätzlich gibt es bei *foodora* **drei Beschäftigungsmodelle**:

- › Das Beschäftigungsmodell „freier Dienstvertrag“ steht allen offen. *Foodora* wirbt dafür mit bis zu 10 Euro Bezahlung pro Stunde plus Trinkgeld, flexiblen Arbeitszeiten („wann du willst, wo du willst“) und mit der Möglichkeit, in die zweite Gruppe aufzusteigen.¹⁰
- › Diese zweite Gruppe besteht aus „angestellten“ FahrerInnen. Diese werden von *foodora* als ArbeitnehmerInnen qualifiziert (haben Urlaubsanspruch, erhalten Sonderzahlungen etc) und haben bei der Arbeitszeiteinteilung weniger Flexibilität.
- › Abschließend gibt es auch noch „alte Selbständige“, die mit einem einschlägigen Gewerbe-schein für *foodora* fahren.

Für EinsteigerInnen sind nur das erste sowie das letzte Modell verfügbar. In die Gruppe der *Rider*, die einen Arbeitsvertrag mit *foodora* haben, kann man erst nach einiger Zeit aufsteigen, wenn „es passt“. *Foodora* betont jedenfalls, an langfristigen Beziehungen zu den *Ridern* interessiert zu sein, insbesondere in der kalten und nassen Jahreszeit.

Die Arbeitseinsätze werden in sogenannten **Schichten** organisiert. Dabei handelt es sich weniger um eine Schicht im engeren Sinn, sondern um eine Vielzahl an Diensten, die pro Tag zur Verfügung stehen und sich teilweise auch überschneiden können. So ist sichergestellt, dass zu jedem Zeitpunkt die nach der Prognose notwendigen *Rider* zur Verfügung stehen. Der einzelne *Rider* trägt im Internet in einem Schichtplan ein, wann er/sie Zeit hat, für *foodora* zu fahren. Durch diese Eintragung ist der *Rider* aber noch nicht für eine Schicht eingeteilt. Erst durch die Bestätigung von *foodora*, dass er/sie eine Schicht zugeteilt bekommt, wird der konkrete Arbeitseinsatz vereinbart. Der *Rider* kann somit grundsätzlich nicht einseitig festlegen, wann er/sie fahren wird. Ist eine Schicht überbucht – weil zu viele FahrerInnen ihre Bereitschaft, in dieser Zeit tätig werden zu wollen, bekannt gegeben haben –, wählt *foodora* jene *Rider* aus, die den Dienst bekommen. Die *Rider* haben auch das Recht, eine vereinbarte Schicht vor Beginn abzusagen, aber nur „aus guten Gründen“.¹¹ Erscheint ein *Rider* nicht zu seiner Schicht, wird die Zusammenarbeit mit ihm/ihr beim dritten Vorkommen beendet. Darüber hinaus haben die *Rider* laut ihrem Vertrag auch das Recht, sich vertreten zu lassen (zur Bedeutung dieser Befugnisse siehe Abschnitt „Vertretungsrecht“).

Vor Beginn des Dienstes kommen die *Rider* in der Regel in die Garage des Unternehmens in der Mariahilfer Straße in Wien, um dort die Transportbox abzuholen; diese ist am Ende des Dienstes dort auch wieder zurückzugeben. Am Beginn der Schicht müssen sich die *Rider* in einer App anmelden, über die der gesamte Zustellvorgang organisiert wird. Über diese App bekommen die einzelnen FahrerInnen ihre Zustellungen zugewiesen; die Möglichkeit, eine Zustellung abzuleh-

.....

¹⁰ Einem Zeitungsbericht (Der Standard, Fahrradboten: Essenszustellung unter prekären Verhältnissen vom 03.01.2017, <http://derstandard.at/2000050035297/Fahrradboten-Essenszustellung-unter-prekaeren-Verhaeltnissen> [03.01.2017]) zufolge will *foodora* sich von freien Dienstverträgen verabschieden und die alten „freien Dienstverträge“ sukzessive umstellen.

¹¹ *Foodora Riders Guide 4* (eine Broschüre für die *Rider*).

nen, besteht nicht. Der *Rider* muss dann innerhalb einer vorgegebenen Zeit (angezeigt in Form eines Countdown) bei dem Restaurant das Essen abholen und anschließend – wieder in einer vorgegebenen Zeit – das Essen an die KundInnen liefern. Dabei wird nicht nur darauf geachtet, dass die Zeit eingehalten wird, sondern auch, dass die *Rider*, wenn möglich, schneller fahren, als es der Countdown erfordern würde. Die App ermöglicht nicht nur die Zuteilung und Abwicklung von Lieferungen, sondern auch eine weitgehende Überwachung des Zustellungsprozesses. Neben einer genauen Ortung via GPS und einer genauen Protokollierung des Ablaufs der Zustellung wird beispielsweise auch die Geschwindigkeit erfasst. Dabei ist *foodora* darauf bedacht, die Durchschnittsgeschwindigkeit so hoch wie möglich zu halten, auch wenn der Countdown ein langsames Fahren erlauben würde. Die FahrerInnen sind verpflichtet, auch am Ende ihrer Schicht noch Lieferungen anzunehmen, die sich in ihrer Schicht nicht mehr ausgehen. Das führt dazu, dass die *Rider* teilweise erst eine Stunde nach Schichtende wieder zurück in die Garage kommen.

Die *Rider* erhalten für ihre Tätigkeit 4 Euro brutto pro Stunde und pro abgeschlossener Lieferung zusätzlich 1,24 Euro brutto. Dazu kommt noch eine Aufwandsatzpauschale von 0,76 Euro pro Lieferung für den Fahrradverschleiß. Diese ist aber jederzeit einseitig widerruflich. Geht man davon aus, dass ein *Rider* in einer Stunde im Durchschnitt zwei oder knapp über zwei Lieferungen schafft, liegt der Durchschnittsverdienst bei 8–10 Euro pro Stunde. Dieser Betrag ist aber nur erreichbar, wenn auch genügend Aufträge zur Verfügung stehen, so wie generell nur gearbeitet werden kann, wenn von *foodora* Dienste angeboten werden.

4. **Rechtliche Qualifikation des Beschäftigungsmodells**

Bevor ich mich der Bearbeitung einzelner Problemstellungen widmen kann, die diese Art der Beschäftigung typischerweise mit sich bringt, ist zu klären, wie diese Beschäftigungsverhältnisse rechtlich zu qualifizieren sind. Interessant sind hier vor allem jene Beschäftigungsverhältnisse, die von *foodora* nicht als Arbeitsverträge qualifiziert werden, also die „freien Dienstverträge“, die als Einstiegsmodell angeboten werden. Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob es sich bei den *Ridern* um ArbeitnehmerInnen oder doch zumindest um arbeitnehmerInnenähnliche Personen handelt. Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist zu untersuchen, ob die *Rider* den DienstnehmerInnenbegriff des ASVG erfüllen. Während diese beiden Begriffe in ihrem Kern weitgehend ident sind, ergeben sich am Rand gewisse Unterschiede. Dieses Auseinanderfallen des arbeitsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriffes auf der einen Seite und des sozialversicherungsrechtlichen DienstnehmerInnenbegriffes auf der anderen Seite hat seine Ursachen sowohl in den anwendbaren Rechtsvorschriften selbst (zB die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Sozialrecht gemäß § 539a ASVG, Entgeltlichkeit als Voraussetzung im Sozialversicherungsrecht) als auch darin, dass zwei unterschiedliche Höchstgerichte für die Definition der Begriffe zuständig sind.¹²

.....
¹² Vgl dazu zB *Blasina*, Dienstnehmer freier Dienstnehmer Selbständiger (2007) 37 ff. Die ArbeitnehmerInnen-Definition (§ 1151 ABGB) wurde weitestgehend vom OGH entwickelt, während die DienstnehmerInnen-Definition (§ 4 Abs 2 ASVG) vom VwGH entwickelt wurde.

4.1 Arbeitsrechtliche Qualifikation

Für die Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften ist grundsätzlich Voraussetzung, dass die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbracht wird.¹³ Das Arbeitsrecht kennt verschiedene ArbeitnehmerInnenbegriffe; die wichtigsten sind der individualarbeitsrechtliche ArbeitnehmerInnenbegriff des § 1151 ABGB und der betriebsverfassungsrechtliche ArbeitnehmerInnenbegriff des § 36 ArbVG. Im Rahmen dieses Beitrags interessiert primär der individualrechtliche Begriff.

ArbeitnehmerIn iSd § 1151 ABGB ist nur, wer sich vertraglich zur Arbeit in persönlicher Abhängigkeit für eine andere Person verpflichtet.¹⁴ Notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung ist, dass der/die ArbeitnehmerIn zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist.¹⁵ Erforderlich ist, dass es einerseits überhaupt eine Pflicht zur Arbeitsleistung gibt und andererseits, dass diese Pflicht in der Regel¹⁶ persönlich erfüllt werden muss. Unter diesem Gesichtspunkt werden das Recht der ArbeitnehmerInnen, sich vertreten zu lassen und/oder Aufgaben abzulehnen, diskutiert. Auch die Arbeit nach Konsensprinzip, bei dem es für jeden Arbeitseinsatz einer eigenständigen Abrede bedarf, fällt hierunter.¹⁷ Nur wenn die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung bejaht werden kann, ist es sinnvoll, sich mit den anderen Aspekten der persönlichen Abhängigkeit zu befassen.

a. Vertretungsrecht

Das Recht, sich bei Erbringung seiner Dienstleistung vertreten zu lassen, ist in der Praxis ein häufiger Grund, warum die persönliche Arbeitspflicht in Zweifel gezogen wird. Auch im vorliegenden „Freien Dienstvertrag“ von *foodora* findet sich eine Bestimmung, die es den *Ridern* erlaubt, sich „bei Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung jederzeit durch qualifizierte dritte Personen vertreten [zu] lassen“. Kann sich der/die Arbeitende jederzeit beliebig vertreten lassen, ohne deshalb Sanktionen befürchten zu müssen, ist er/sie in der Verfügung über seine/ihre Arbeitskraft nicht mehr so stark beschränkt, dass man sie/ihn als ArbeitnehmerIn qualifizieren könnte. Denkt man diese Befugnis nämlich fort, so kann sich der/die Arbeitende auch während der Arbeit jederzeit entschließen, den Arbeitsplatz zu verlassen und VertreterInnen weiterarbeiten zu lassen. Diesfalls ist die/der Arbeitende während der Arbeit in ihrer/seiner Bestimmungsfreiheit nicht beschränkt.¹⁸

Weil in der Vergangenheit die Möglichkeit, eine Qualifikation der Arbeitenden als ArbeitnehmerInnen durch Einräumung eines Vertretungsrechts zu verhindern, vielfach missbraucht wurde, hat die Judikatur einige Grundsätze entwickelt, anhand derer ein vereinbartes Vertretungsrecht zu prüfen ist. Nur wenn es diesen Grundsätzen entspricht, ist es geeignet, die persönliche Arbeitspflicht und damit eine Qualifikation als Arbeitsvertrag zu verhindern. So fordert der OGH zutreffender Weise, dass sich die Arbeitenden **generell und ohne Rücksprache mit ihren**

¹³ Vgl. *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2017, in Druck) § 1151 ABGB Rz 2, 4.

¹⁴ Vgl. *Kietaihl*, Arbeitsrecht I⁹ 18; OGH 24.06.2016, 9 OBA 40/16x mwN.

¹⁵ Vgl. *Kietaihl*, Arbeitsrecht I⁹ 24; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 85 mwN.

¹⁶ Nur ausnahmsweise Vertretung schadet nicht (vgl. *Kietaihl*, Arbeitsrecht I⁹ 24; vgl. § 1153 ABGB).

¹⁷ Vgl. zu diesen Gestaltungsmöglichkeiten allgemein *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 85 ff.

¹⁸ Vgl. *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilsch*, Kommentar zum ABGB – Klang Kommentar³ § 1151 ABGB Rz 28, 30.

VertragspartnerInnen vertreten lassen können müssen.¹⁹ Ein Vertretungsrecht bloß bei Krankheit oder nur bei Zustimmung der VertragspartnerInnen ist daher nicht geeignet, die Qualifikation als ArbeitnehmerIn auszuschließen. Die Vertretungsklausel in den Verträgen von *foodora* wird diesen Anforderungen (zumindest) ihrem Wortlaut nach gerecht.

Der OGH verlangt darüber hinaus aber auch, das vertraglich eingeräumte Vertretungsrecht müsse entweder **tatsächlich genutzt** werden oder es müsse zumindest bei objektiver Betrachtung **zu erwarten gewesen sein, dass es genutzt würde**.²⁰ Diese Anforderung an ein Vertretungsrecht beruht auf der Überlegung, dass ein bloß zum Schein vereinbartes Vertretungsrecht nicht beachtlich ist, weil der wahre Wille der Parteien diesem nicht entspricht. Bei der objektiven Betrachtung kommt es auf die gesamte Lebenssituation der Arbeitenden an. So können andere Verpflichtungen wie zB ein anderes Beschäftigungsverhältnis, ein Studium oder Obsorgepflichten für die **Ernsthaftigkeit des Vertretungsrechts** sprechen. Ebenso, dass der Wunsch nach einem Vertretungsrecht von dem/der Arbeitenden selbst kommt. Auch wenn andere Beschäftigte sich wiederholt ohne Sanktionen vertreten lassen konnten, spricht dies für die Ernsthaftigkeit des Vertretungsrechts.²¹ Das Vertretungsrecht ist dagegen unwirksam, wenn entweder die Tätigkeit selbst vertretungsfeindlich ist (zB die Tätigkeit als GeschäftsführerIn), andere Bestimmungen im Vertrag gegen eine Möglichkeit zur Vertretung sprechen (zB eine umfassende Geheimhaltungspflicht) oder es sich um Beschäftigte in einer besonderen Vertrauensstellung handelt.²²

Für *foodora* lässt sich das Vertretungsrecht nicht abschließend beurteilen. Es kommt hier primär auf die gelebten Rechtsverhältnisse der *Rider* an. Es gibt aber einige Gründe, diesem Vertretungsrecht zumindest skeptisch gegenüberzustehen. Einerseits ist eine Nutzung des Vertretungsrechts aufgrund der Ausgestaltung der Tätigkeit unwahrscheinlich. Die *Rider* können ihre Einteilung in die jeweiligen Schichten in einem sehr hohen Ausmaß beeinflussen. Es spricht einiges dafür, dass drohende Kollisionen mit anderen Verpflichtungen eher auf diese Weise geregelt werden als durch Vertretungen. Es gibt auch die Möglichkeit, seine Schichten mit anderen KollegInnen zu tauschen, falls (kurzfristig) eine Terminkollision entstehen sollte. Diese Möglichkeit wird zwar genutzt, begründet aber kein **generelles** Vertretungsrecht, weil dabei keine beliebigen VertreterInnen zum Einsatz kommen, sondern nur andere Beschäftigte von *foodora*.²³ Andererseits ist unklar, wie eine solche Vertretung technisch funktionieren soll. Eigentlich bräuchten ErsatzfahrerInnen einen eigenen Zugang zu der von *foodora* verwendeten App. Ob das mangels Vertragsbeziehung zu *foodora* überhaupt gewünscht wird, ist fraglich; ebenso, ob sich so ein Zugang ausreichend schnell herstellen lässt. Zwar besteht auch die Möglichkeit, einfach den Zugang des zu vertretenden *Riders* zu verwenden, dem stehen aber wohl datenschutzrechtliche Überlegungen entgegen.

.....
¹⁹ Vgl. *Schrammel* in Klang³ § 1151 Rz 30; *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 91; OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d; 29.1.2015, 9 ObA 139/14b.

²⁰ Vgl. OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d mwN; 24.6.2016; 13.11.2003, 8 ObA 86/03k mwN; *Rebbahn*, Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis, WBl 1998, 277 (286 f).

²¹ Vgl. *Schrammel* in Klang³ § 1151 ABGB Rz 28, 30; *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 92.

²² Vgl. VwGH 2013/08/0185 ecolex 2016/195 (*Dullinger*).

²³ Vgl. *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 91.

b. Arbeit nach Konsensprinzip

Aufgrund der Art der Schichtenteilung könnte in Betracht gezogen werden, dass hier eine sogenannte „Beschäftigung nach Konsensprinzip“ vorliegt. Darunter versteht man ein Beschäftigungsmodell, bei dem die **Pflicht zu den jeweiligen Arbeitseinsätzen erst durch Konsens im Einzelfall** entsteht. Meist gibt es eine „Rahmenvereinbarung“, die die Arbeitseinsätze näher ausgestalten soll, wenn es zu einem Konsens kommt. Den Arbeitenden (und auch den VertragspartnerInnen) steht es somit frei, einzelne Angebote für Arbeitseinsätze (nicht) anzunehmen.²⁴

Zu unterscheiden ist das Konsensprinzip von Beschäftigungsformen, bei denen nur die **Lage der Arbeitszeiten** einem späteren Konsens vorbehalten wird. Der Unterschied ist, dass in diesem Fall das Ausmaß der Arbeitszeit geregelt ist oder zumindest ein **Mindestausmaß** festgelegt wurde. Erfasst das Konsenserfordernis nur die Lage der einzelnen Arbeitseinsätze, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass dies die Qualifikation als Arbeitsvertrag ausschließt.²⁵ Einerseits, weil die Arbeitenden in diesem Fall eine Arbeitspflicht trifft, andererseits, weil das Arbeitsrecht Arbeitszeitmodelle kennt, in denen ArbeitnehmerInnen sogar einseitig die Arbeitszeiten definieren können (so zB bei der Gleitzeit nach § 4b AZG), ohne dass damit die Qualifikation als ArbeitnehmerIn verhindert würde.²⁶

Nach der vertraglichen Gestaltung liegt bei *foodora* jedenfalls ein Modell vor, das nur die Lage der Arbeitszeit betrifft. Schon beim Ausfüllen des Bewerbungsbogens wird man darauf hingewiesen, dass man mindestens zehn Stunden pro Woche fahren müsse²⁷ und auch im Vertrag findet sich eine durchschnittlich pro Monat zu erbringende Stundenanzahl. Aufgrund der mindestens zu erbringenden Stundenanzahl ist es dem einzelnen *Rider* gar nicht möglich, nach Belieben Einsätze abzulehnen. Es liegt vielmehr eine Leistungspflicht für dieses Mindestausmaß vor.

Nach meinem Kenntnisstand ist es aber so, dass ein Unterschreiten der Mindestarbeitszeit durch *foodora* ohne erkennbare Konsequenzen geduldet wird. Fraglich ist, ob auch hier – unter Berufung auf den wahren Parteiwillen – das gelebte Rechtsverhältnis beachtlich ist. Eine andere Möglichkeit wäre eine schlüssige Vertragsänderung nach Abschluss des Vertrages. Beide Instrumente werden von der Judikatur dazu verwendet, festgestellte Diskrepanzen zwischen der vertraglichen Vereinbarung und dem tatsächlich gelebten Vertragsverhältnis zu erfassen.²⁸ Relevant ist dies deshalb, weil ohne Mindestarbeitszeit bei *foodora* tatsächlich eine Beschäftigung nach Konsensprinzip vorliegen könnte.

Das Konsenserfordernis wäre aber auch dann nur beachtlich, wenn es *tatsächlich* beachtet wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass dies der Fall ist. Es kommt darauf an, ob der einzelne *Rider* tatsächlich frei die Zustimmung verweigern kann.²⁹ Geht man davon aus, dass ein Unterschreiten der vertraglichen Mindestarbeitszeit sanktionslos möglich ist und FahrerIn-

24 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 94.

25 So auch OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

26 Vgl OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

27 Vgl https://www.foodora.at/ride4us?utm_medium=ats&utm_source=greenhouse&utm_campaign=foodora.contents (24.12.2016).

28 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 62 f.

29 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 96.

nen nur nach ihren Wünschen eingeteilt werden, dann wird diese Voraussetzung gegeben sein. Mit anderen Worten, das Konsenserfordernis wird tatsächlich beachtet. Auch die Tatsache, dass *foodora* viele Studierende beschäftigt – die typischerweise ein Interesse an flexiblen Arbeitszeiten haben –, stützt diese Annahme.³⁰

Es gibt aber auch dann noch Konstellationen, die ein **sanktionsloses Beachten des Konsensprinzips** infrage stellen könnten. Einerseits bei jenen FahrerInnen, die in ein „echtes Arbeitsverhältnis“ aufsteigen möchten. Hier ist es naheliegend, dass diese mit dem Konsenserfordernis nicht so frei umgehen werden, um ihre „Beförderung“ nicht zu gefährden. Ob diese Überlegung gerechtfertigt ist, lässt sich mit den zur Verfügung stehenden Informationen nicht beurteilen. Andererseits gibt es aber auch noch einen anderen Punkt, der gegen die Verwirklichung eines reinen Konsenssystems spricht: Trägt man sich in den Dienstplan ein, weiß man nie, ob man die Schicht auch bekommen wird. Will man sichergehen, dass man eine bestimmte Mindestbeschäftigung hat, muss man sich tendenziell in mehr Schichten eintragen, als man eigentlich absolvieren will. Das führt dazu, dass *foodora* bei der Zuteilung der Schichten relativ frei über seine *Rider* verfügen kann. Darüber hinaus verlangt *foodora* von seinen *Ridern*, dass sie pro Woche zumindest eine Abendschicht am Wochenende fahren.³¹

Meines Erachtens führt das **Nicht-Sanktionieren bei Unterschreitung der vereinbarten Arbeitszeit** aber **nicht zum Wegfall der Mindestarbeitsverpflichtung**. Ein Scheingeschäft, das man durch Anwendung des wahren Willens der Parteien auflösen könnte, liegt wohl nicht vor. Scheingeschäfte werden in aller Regel geschlossen, um ein verbotenes oder zumindest verpöntes Geschäft zu verschleiern oder gewisse Rechtsfolgen zu verhindern.³² Außerdem liegt es auf der Hand, dass es nur zu einem Scheingeschäft kommen wird, wenn sich jene Partei, die den Vertrag aufgrund ihrer wirtschaftlichen Macht gestalten kann, einen Vorteil daraus erhofft. Für *foodora* ist die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit aber grundsätzlich negativ, da sie eher zu einer Qualifikation als Arbeitsvertrag führt als eine Gestaltung ohne Mindestarbeitszeit. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass diese Bestimmung zum Schein vereinbart wurde.

Auch zu einer nachträglichen schlüssigen Änderung des Vertrages wird es in der Regel nicht kommen. Das (auch mehrmalige) Tolerieren von Unterschreitungen der Mindestarbeitszeit wird man wohl nicht als Zustimmung zur Vertragsänderung verstehen können. Einerseits ist *foodora* nicht zu unterstellen, die Möglichkeit bei Bedarf auf die Mindestarbeitszeit zu bestehen, aufgeben zu wollen.³³ Andererseits handelt es sich um eine durchschnittlich zu erbringende Stunden-

.....

30 Geht man davon aus, dass hier Arbeit nach Konsensprinzip vorliegt, so wäre für die rechtliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses entscheidend, ob man jeden Arbeitseinsatz für sich beurteilt (so zB OGH 28.08.1997, 8 ObA 2347/96x) oder das Gesamtverhältnis (so wohl OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g). Im ersten Fall ist eine Qualifikation der Einzelverträge als Arbeitsverträge noch möglich und im Falle einer unzulässigen Kettenbefristung sogar ein durchgehendes Arbeitsverhältnis gegeben. Im zweiten Fall kommt ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht mehr in Betracht, weil es an der Leistungspflicht mangelt. Der OGH ist aber auch bei einer Gesamtbetrachtung schon zu dem Ergebnis gekommen, dass ein durchgehendes Arbeitsverhältnis vorliege, weil die Vereinbarung des Konsenserfordernisses als Umweggeschäft nichtig gewesen sei (OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y).

31 Vgl *Foodora Riders Guide* 5. Bei diesen Schichten handelt es sich um die intensivsten Schichten.

32 Vgl *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 916 ABGB Rz 4.

33 In einem „Hinweis zur Abrechnung“ wird eine „Strafgebühr“ erwähnt, die für Monate ohne Leistungserbringung zu bezahlen ist. Im Vertrag findet diese Strafgebühr allerdings keine Deckung und es ist auch keine Höhe angegeben. Trotzdem

zahl pro Monat, ohne dass ein Durchrechnungszeitraum angegeben wäre. Somit könnte man wohl ohnehin erst nach einem Jahr überhaupt feststellen, ob die Mindestarbeitszeit unterschritten wurde. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass es auch bei ArbeitnehmerInnen mit einer Gleitzeitvereinbarung wiederholt zu einem Unterschreiten der Arbeitszeit kommen kann. Das führt in der Regel aber nur dazu, dass die Zeit einzuarbeiten ist oder vom Gehalt abgezogen wird, aber nicht zu einer Vertragsanpassung auf ein niedrigeres Stundenausmaß.³⁴

Das Beschäftigungsmodell von *foodora* stellt aus all diesen Gründen **keine Beschäftigung nach Konsensprinzip** dar. Zwar haben die Beschäftigten einen hohen Einfluss auf die Lage der Arbeitszeit, aber nicht auf das Mindestausmaß der Beschäftigung. Es steht ihnen nicht frei, Arbeitseinsätze nach Belieben abzulehnen, weil sie damit gegen die vertragliche Verpflichtung der Mindestarbeitszeit verstoßen würden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es den Beschäftigten bei *foodora* in der Regel mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit nicht an einer **persönlichen Arbeitspflicht** mangeln wird. Es ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die übrigen Anforderungen an ein Arbeitsverhältnis vorliegen.

c. Persönliche Abhängigkeit

Die zentrale Bestimmung für den ArbeitnehmerInnenbegriff ist § 1151 Abs 1 ABGB:

„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“

Die hM hat aus der Formulierung „für einen anderen“ geschlossen, dass nur eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in der Lage ist, einen Arbeitsvertrag zu begründen.³⁵ Aus der Formulierung „auf eine gewisse Zeit“ folgt, dass ein Arbeitsverhältnis nur ein Dauerschuldverhältnis und kein Zielschuldverhältnis sein kann. Liegt keine persönliche Abhängigkeit vor, so handelt es sich gegebenenfalls um einen freien Dienstvertrag.³⁶ Liegt ein Zielschuldverhältnis vor, so wird es sich dabei in der Regel um einen Werkvertrag handeln.³⁷

Bei dem Beschäftigungsmodell von *foodora* handelt es sich zweifellos um ein **Dauerschuldverhältnis**. Es wird im Vertrag kein Werk, zu dessen Herstellung die *Rider* verpflichtet sind und mit dessen Fertigstellung der Vertrag erfüllt wäre, vereinbart.³⁸ Selbst bei Betrachtung jeder einzelnen Schicht für sich würde sich daran nichts ändern. Ein Werkvertrag ist daher auszuschließen.

.....
spricht die Androhung einer Strafgebühr gegen eine konkludente Vereinbarung, die Mindestarbeitszeit zu beseitigen, macht sie doch deutlich, dass *foodora* keinen Vertrag ohne Arbeitspflicht will.

³⁴ Vgl. *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ (2015) § 4b AZG Rz 88 f.

³⁵ Vgl. *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 55 ff, 80 mzn.

³⁶ Vgl. zB OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x; *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 74 ff. Die Judikatur fordert teilweise aber, dass auch bei einem freien Dienstvertrag zumindest eine Leistungspflicht vorliegen muss; OGH 20.02.2002, 9 ObA 296/01x mwN.

³⁷ Vgl. *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 74 ff.

³⁸ Vgl. *Rebhahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 134 f.

Für die Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag kommt es auf das Vorliegen der **persönlichen Abhängigkeit** an. Dabei kommt es insbesondere auf organisatorische Unterordnung und damit auf die fehlende Selbstbestimmung bei der Arbeitsleistung an. Bloße wirtschaftliche Abhängigkeit vermag die persönliche Abhängigkeit nicht zu ersetzen.³⁹ Die persönliche Abhängigkeit gliedert sich in die persönliche Leistungspflicht, die jedenfalls notwendig ist (dazu oben im Abschnitt „Vetretungsrecht“), die Unterwerfung unter betriebliche Ordnungsvorschriften, Weisungsgebundenheit, Kontrollunterworfenheit und die diszipliniäre Verantwortlichkeit.⁴⁰ Diese Merkmale müssen aber nicht kumulativ vorliegen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn sie bei einer Gesamtbetrachtung nach der Methodik des beweglichen Systems ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.⁴¹ In der Judikatur finden sich folgende oder ähnliche Formulierungen:

„Die für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechenden Merkmale sind vor allem die Weisungsgebundenheit des zur Arbeitsleistung Verpflichteten, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten, die persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Einbindung der Dienstleistung in ein betriebliches Weisungsgefüge, einschließlich der Kontrollunterworfenheit und die Beistellung des Arbeitsgeräts durch den Dienstgeber. Davon unterscheidet sich der freie Dienstvertrag besonders durch die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu gestalten, also ohne Bindung an bestimmte Arbeitszeiten und jene Weisungen, die für den echten Arbeitsvertrag prägend sind, und die selbst gewählte Gestaltung jederzeit wieder zu ändern.“⁴²

Grundlage für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses ist der wahre Wille der Parteien, soweit er die rechtliche und faktische Beziehung zwischen den Parteien betrifft. Eine Möglichkeit, die Qualifikation des Vertrages durch die Parteien vorzunehmen, besteht aber nicht.⁴³ Für die Ermittlung des wahren Willens der Parteien ist ein schriftlicher Vertrag der Ausgangspunkt, aber nicht alleine entscheidend. Mit zunehmender Dauer der Vertragsbeziehung kommt es nach der Judikatur dann auf das gelebte Rechtsverhältnis an.⁴⁴

Die *Rider* unterliegen in Bezug auf den **Arbeitsort** einer sehr weitgehenden Weisungsbefugnis ihres Vertragspartners. Sie werden mithilfe der App durch Wien dirigiert, ohne Einfluss auf den Ort ihrer Tätigkeit zu haben. Nach der Judikatur zur „Natur der Sache“⁴⁵ ist das aber nur beschränkt als Hinweis auf persönliche Abhängigkeit zu deuten, weil bei BotInnen und ZustellerInnen Vorgaben betreffend den Arbeitsort in der Regel in der Natur der Tätigkeit liegen.⁴⁶ Auch bei der **Arbeitszeit** finden sich gewichtige Elemente einer Fremdbestimmung. Einerseits

.....
³⁹ Vgl zB OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

⁴⁰ Vgl *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹ 24 ff.

⁴¹ Vgl zB OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

⁴² OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

⁴³ Vgl *Rehbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 61 mwN.

⁴⁴ Vgl *Rehbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 62. Dogmatisch kann dies so gedeutet werden, dass die faktische Handhabung ein Indiz für den wahren Parteiwillen bei Vertragsabschluss darstellt. Auch eine schlüssige Vertragsänderung kommt in Betracht.

⁴⁵ Vgl zB OGH 05.05.1999, 9 ObA 10/99g; 10.07.2008, 8 ObA 55/07g; vgl dazu *Rehbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 101 ff.

⁴⁶ So auch VwGH 03.04.2001, 96/08/0023.

sind die *Rider* am eigentlichen Ende der Schicht noch verpflichtet, Aufträge anzunehmen. Kommt kein Auftrag, hat man sich die Zeit zwar freigehalten, wird aber nicht bezahlt. Kommt ein Auftrag, muss man ihn annehmen, obwohl er sich in der Schicht nicht mehr ausgeht. Andererseits führt das Schichtsystem von *foodora* wie oben gezeigt dazu, dass *foodora* über die *Rider* weitgehend wie über ArbeitnehmerInnen verfügen kann. Diese beiden Elemente sind gewichtige Indizien für eine persönliche Abhängigkeit.

Entscheidend ist meines Erachtens aber die **umfassende Bestimmung der Arbeitsabläufe** durch *foodora* mittels der zu verwendenden App. Dem einzelnen *Rider* verbleibt für seine Leistungserbringung keinerlei Gestaltungsspielraum. Jedes Detail wird von der App bzw durch Weisungen vorgegeben. Im *foodora Riders Guide* werden die *Rider* beispielsweise dazu aufgefordert, „*darauf zu achten was du tust und wie deine Taten auf die Öffentlichkeit wirken.*“⁴⁷ Neben anderen persönlichen Weisungen sind die *Rider* auch verpflichtet, einen Helm zu tragen⁴⁸ und gibt es detaillierte Regelungen zum Umgang mit KundInnen.⁴⁹

Durch die App bieten sich auch umfassende **Kontrollmöglichkeiten**. Neben einer Ortung via GPS werden auch Geschwindigkeiten und die einzelnen Stationen des Zustellprozesses erfasst. Diese Kontrollen gehen über bloße Kontrollen des Arbeitsergebnisses, die auch bei freien Dienstverträgen vorkommen, hinaus. Es kommt auch zu Ermahnungen, wenn beispielsweise die Durchschnittsgeschwindigkeit zu niedrig ist. Dagegen ist das einzige gewichtige Indiz, das für Selbstbestimmung spricht, der Einfluss auf die Lage der Arbeitszeiten. Dass dies allein nicht geeignet ist, die Qualifikation als Arbeitsvertrag zu verhindern, wird schon bei Betrachtung mancher Gleitzeitmodelle deutlich. Vielmehr ist hier auch die Kontrolle der Arbeitszeit (durch die App) relativierend, da sie nicht nur der Abrechnung dient, sondern sicherstellen soll, dass immer ausreichend FahrerInnen zur Verfügung stehen.⁵⁰

Auch die **Einordnung in die Arbeitsorganisation** des Leistungsempfängers spricht für das Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit.⁵¹ Die *Rider* sind nicht nur durch die Verwendung der App in die Arbeitsorganisation eingebunden, sondern auch durch die Einteilung in Gruppen, die jeweils einem *RiderCaptain* unterstehen, und die Teilnahme an Whatsapp-Gruppen zu verschiedenen Organisationszwecken.⁵² Dass es sich bei diesen Gruppen nicht um rein private Gruppen befreundeter ArbeitskollegInnen handelt, ist schon daran ersichtlich, dass auch Vorgesetzte in diesen vertreten sind und die Kommunikation meist dienstliche Themen betrifft.

Dass die *Rider* ihre eigenen **Betriebsmittel** in Form ihrer Fahrräder verwenden, ist höchstens ein schwaches Indiz gegen einen Arbeitsvertrag. Erstens bezahlt *foodora* für die Verwendung der eigenen Räder eine Aufwandsentschädigung, zweitens handelt es sich dabei um ein Betriebsmittel, das nicht allzu teuer ist und meist wohl nicht extra angeschafft wurde.⁵³

47 Foodora Riders Guide 2.

48 Foodora Riders Guide 6.

49 Foodora Riders Guide 9.

50 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 105; OGH 24.06.2016, 9 ObA 40/16x.

51 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 107.

52 *Foodora* spricht in einer Stellenanzeige für einen Operation Intern von einer „funktionierende[n] Riderhierarchie“.

53 Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 114 mwN.

Insgesamt ist meines Erachtens aus den vorliegenden Informationen insbesondere aufgrund der sehr hohen Kontrolldichte, der detaillierten Regelung des Arbeitsablaufs, der disziplinierten Verantwortlichkeit und der Einbindung in eine betriebliche Organisationsstruktur von einer persönlichen Abhängigkeit und damit **ArbeitnehmerInneneigenschaft** der *Rider* auszugehen. Entscheidend ist es, zu sehen, dass durch die Verwendung der App in Verbindung mit dem dislozierten Tätigwerden der *Rider* gewisse klassische Erscheinungsformen von persönlicher Abhängigkeit überlagert bzw. verdeckt werden. Zu einem anderen Ergebnis wird man für jene *Rider* kommen müssen, die das Vertretungsrecht regelmäßig nutzen und sich von Fremden vertreten lassen.

4.2 Sozialrechtliche Qualifikation

Aufgrund des Auseinanderfallens des individualarbeitsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriffs und des sozialversicherungsrechtlichen DienstnehmerInnenbegriffs ist für alle sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen auch zu untersuchen, ob die *Rider* den DienstnehmerInnenbegriff des § 4 Abs 2 ASVG erfüllen. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob eine Pflichtversicherung als dienstnehmerInnenähnliche Person (§ 4 Abs 4 ASVG) oder auch nach dem GSVG vorliegt. In der Praxis sind der ArbeitnehmerInnenbegriff und der DienstnehmerInnenbegriff aber in fast allen Fällen deckungsgleich.⁵⁴ Der VwGH betont in seiner Judikatur regelmäßig, dass sich die beiden Begriffe im Ergebnis entsprechen würden.⁵⁵ Für die *Rider* von *foodora* ist meines Erachtens kein Grund ersichtlich, warum vom arbeitsrechtlichen Ergebnis abweichend kein Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs 2 ASVG vorliegen sollte. Zu den Fragen des Sozialversicherungsrecht siehe eingehend Kapitel „Sozialversicherung in der Gig-Economy“.

5. Einzelprobleme

Nach der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses der *Rider* als Arbeitsvertrag möchte ich jetzt noch auf einige einzelne Problemstellungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung bei *foodora* eingehen.

5.1 Was gilt als Arbeitszeit?

Die *Rider* müssen sowohl vor als auch nach der Schicht in die Garage kommen, um die Transportbox abzuholen bzw. zurückzubringen. Nur in Ausnahmefällen kann diese mit nach Hause genommen werden. *Foodora* erkennt nur die Zeiten zwischen Schichtbeginn und Schichtende als Arbeitszeit an. Endet ein Zustellvorgang nach dem offiziellen Ende der Schicht, wird auch die Zeit zwischen Schichtende und Beendigung der Zustellung als Arbeitszeit anerkannt, nicht jedoch der Rückweg in die Garage.

.....
⁵⁴ Vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm (168. Lfg) § 4 ASVG Rz 66, 87 ff.

⁵⁵ Vgl. VwGH 31.01.2007, 2005/08/0176; 18.01.2012, 2008/08/0276.

Als Arbeitszeit gilt die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen (§ 2 AZG). Das AZG lässt aber offen, was zur Arbeit gehört. Die Judikatur geht davon aus, dass jedenfalls Wegzeiten von und zur Arbeit nicht als Arbeitszeit anzusehen sind.⁵⁶ Die Wege zur und von der Garage werden somit zu recht nicht in die Arbeitszeit miteinbezogen. Anders ist der Weg vom letzten Kunden zurück in die Garage zu beurteilen. Weil *foodora* auf diesem Weg noch über die Zeit des *Rider* verfügt, liegt hier Arbeitszeit vor.⁵⁷ Erst wenn der *Rider* die Transportbox abgegeben hat, kann er wieder selbst frei über seine Zeit verfügen und liegt keine Arbeitszeit mehr vor.

5.2 Haftung für Schäden

Da es sich bei der Tätigkeit der *Rider* um eine gefahrgeneigte Tätigkeit handelt, ist es von besonderem Interesse, wer für eventuelle Schäden einzustehen hat. Es ist zwischen der Schädigung von *foodora* bzw VertragspartnerInnen von *foodora* einerseits und der Schädigung von Dritten bzw dem Vermögen der *Rider* selbst zu unterscheiden. Bei der ersten Gruppe von Schäden kommt das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG) zur Anwendung, weil ArbeitnehmerInnen ihre ArbeitgeberInnen unmittelbar schädigen (zB die Transportbox zerstören) oder ihre ArbeitgeberInnen mittelbar schädigen, indem sie Dritte schädigen, denen ihre ArbeitgeberInnen dadurch zum Schadenersatz verpflichtet werden (Erfüllungsgehilfenhaftung gemäß §1313a ABGB).⁵⁸ Der Schaden ist nach den Bestimmungen des DHG zwischen *foodora* und *Rider* aufzuteilen. Zur zweiten Gruppe gehören beispielsweise Schäden an den privaten Rädern der *Rider* oder Schadenersatzpflichten gegenüber Dritten aufgrund von Verkehrsunfällen. Das DHG ist in diesen Konstellationen nicht anwendbar, weil *foodora* weder unmittelbar noch mittelbar geschädigt wird. Beschädigt der *Rider* sein/ihr eigenes Vermögen oder fügt er/sie einem „unbeteiligten“ Dritten Schaden zu, so liegt in aller Regel kein vom DHG erfasster Fall vor.

Die Judikatur wendet auf solche Fälle § 1014 ABGB analog an, mit dem Ergebnis, dass ArbeitgeberInnen verschuldensunabhängig für solche Schäden ihrer ArbeitnehmerInnen einzustehen haben (sogenannte Risikohaftung der ArbeitgeberInnen).⁵⁹ Die *Rider* setzen die Fahrräder im Interesse von *foodora* ein. *Foodora* erspart sich durch den Einsatz der privaten Räder die Zurverfügungstellung von eigenen Rädern und eine Leistungserbringung ohne Fahrräder ist bei diesem Geschäftsmodell nicht denkbar. In aller Regel wird es sich auch um einen „arbeitsadäquaten“ Schaden handeln und sich in der Schädigung eine typische Betriebsgefahr verwirklichen.⁶⁰ Wird der *Rider* durch einen Unfall selbst schadenersatzpflichtig, so hat sich nach Ansicht der Rsp wirtschaftlich gesehen der Schaden in seinem Vermögen verwirklicht. Auch in diesen Fällen greift daher nach der Rsp § 1014 ABGB analog ein.⁶¹ Trifft den/die ArbeitnehmerIn ein Verschulden

⁵⁶ Vgl *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 2 AZG Rz 34.

⁵⁷ Vgl *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II⁹ 159; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 2 AZG Rz 10 ff, 15 e contrario.

⁵⁸ Vgl *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II⁹ 222 ff, 229 f.

⁵⁹ Vgl OGH 31.05.1983, OGH 4 Ob 35/82; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 1014 ABGB Rz 3 ff.

⁶⁰ Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 1014 ABGB Rz 5 f.

⁶¹ Vgl OGH 24.05.1989, 9 Ob A 139/89; *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 1014 ABGB Rz 10 f.

an der Schädigung, so ist nach der Judikatur das DHG analog anzuwenden und eine entsprechende Teilung der Schadentragung vorzunehmen.⁶²

Bei einer entschuldbaren Fehlleistung (das ist der unterste Bereich der leichten Fahrlässigkeit) hat der/die ArbeitgeberIn den gesamten Schaden zu tragen (§ 2 Abs 3 DHG). Bei Fahrlässigkeit hat das Gericht festzusetzen, wer welchen Teil des Schadens zu tragen hat, wobei es bei leichter Fahrlässigkeit möglich ist, ArbeitgeberInnen den gesamten Schaden tragen zu lassen (§ 2 Abs 1 DHG). Bei der Verteilung des Schadens hat das Gericht vor allem auf den Grad des Verschuldens und insbesondere auch auf die mit der Tätigkeit verbundene Verantwortung, die Höhe des Entgelts im Vergleich zu dem eingegangenen Wagnis, den Grad der Ausbildung, auf die Bedingungen der Dienstleistungserbringung und auf die Gefahreneigtheit der Tätigkeit Bedacht zu nehmen (§ 2 Abs 2 DHG). Die hohe Gefahreneigtheit in Verbindung mit dem Zeitdruck, dem die *Rider* unterliegen, wird in vielen Fällen zu einer eher weitgehenden Ersatzpflicht von *foodora* führen.⁶³

5.3 Kontrolle der Rider

Die enorme Kontrolldichte, der die *Rider* unterliegen, könnte auf arbeitsrechtliche Bedenken stoßen. Gemäß § 96 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der ArbeitnehmerInnen, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, der Zustimmung des Betriebsrates. In Betrieben ohne Betriebsrat ist die Zustimmung jedes/jeder einzelnen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin erforderlich wie ausreichend (§ 10 AVRAG). Nur Kontrollmaßnahmen und Kontrollsysteme, die die Menschenwürde nicht einmal berühren, bedürfen keiner Zustimmung. Kontrollmaßnahmen und Kontrollsysteme, die die Menschenwürde verletzen, sind auch mit Zustimmung unzulässig. Bei der App handelt es sich jedenfalls um eine Kontrollmaßnahme bzw ein Kontrollsystem, weil sie eine von *foodora* veranlasste, auf Dauer angelegte Vorkehrung ist, die es konkret ermöglicht, ArbeitnehmerInnen zu überwachen.⁶⁴ Ob und in welcher Weise die Daten ausgewertet werden, ist dabei nicht entscheidend.⁶⁵ Fraglich ist, ob die Menschenwürde berührt oder gar verletzt wird. Ein Berühren der Menschenwürde kann sich aus Gegenstand, Art, Intensität oder den Umständen der Kontrolle ergeben.⁶⁶ Ein Berühren der Menschenwürde liegt insbesondere vor, wenn ArbeitnehmerInnen in einer hohen, gerade noch akzeptablen Intensität das dauernde Gefühl einer potenziellen Überwachung gegeben wird.⁶⁷ Nach der Judikatur kommt es dabei auf eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der ArbeitnehmerInnen und den Interessen des Betriebsinhabers bzw der Betriebsinhaberin an.⁶⁸ Wesentlich sind damit auch mögliche Alternativen und die Bedeutung der Kontrollen für die BetriebsinhaberInnen. Hier wäre das Interesse von *foodora*

⁶² Dazu *Beer*, Risikohaftung bei Verschulden des Arbeitnehmers, *ecolex* 1991, 44.

⁶³ Vgl *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 1014 ABGB Rz 16 mwN.

⁶⁴ Vgl *Reissner* in *ZellKomm*² § 96 ArbVG Rz 22; *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmerdatenschutz und Mitarbeiterkontrolle (2014) 24, 191 f.

⁶⁵ Vgl *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmerdatenschutz und Mitarbeiterkontrolle 192.

⁶⁶ Vgl *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmerdatenschutz und Mitarbeiterkontrolle 26 mwN.

⁶⁷ Vgl *Reissner* in *ZellKomm*² § 96 ArbVG Rz 24 mwN.

⁶⁸ Vgl OGH 13.06.2002, 8 ObA 288/01p; 20.03.2015, 9 ObA 23/15w.

an einer Standortermittlung für die Zustellung mit den Interessen der ArbeitnehmerInnen an Privatsphäre abzuwägen. Jedenfalls mitbestimmungspflichtig ist die Maßnahme, wenn es andere Möglichkeiten für *foodora* gibt, die die Persönlichkeitsrechte der ArbeitnehmerInnen weniger belasten würden.⁶⁹ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass Kontrollsysteme, die zu einer Kontrolle durch GPS führen, in der Regel der Mitbestimmung unterliegen.⁷⁰ Eine abschließende Beurteilung der Frage, ob die Menschenwürde durch die verschiedenen Funktionen der App berührt wird, ist nur mit genauerer Kenntnis der App möglich. Da es bei *foodora* keinen (für die *Rider* zuständigen) Betriebsrat gibt, müssten die *Rider* selbst der Überwachung zustimmen.

5.4 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub

Da die *Rider* nach der hier vertretenen Ansicht in der Regel als ArbeitnehmerInnen zu qualifizieren sind, haben sie auch Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auf bezahlten Urlaub.

Auf die *Rider* ist in der Regel das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) anwendbar, weil es sich bei ihnen um ArbeiterInnen handelt. Sie erbringen nämlich weder kaufmännische oder höhere, nicht kaufmännische Dienste noch Kanzleiarbeiten. Vielmehr überwiegt die rein manuelle Tätigkeit, die keiner fachlichen Durchdringung oder besonderer Fähigkeiten oder Kenntnisse bedarf.⁷¹ Gemäß § 2 EFZG haben ArbeiterInnen, wenn das Arbeitsverhältnis noch keine fünf Jahre gedauert hat, Anspruch auf sechs Wochen Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit pro Jahr, wenn sie die Verhinderung nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt haben und die ArbeitgeberInnen ohne Verzug (§ 4 Abs 1 EFZG) verständigt haben. Wurde die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arbeitsunfall verursacht, beträgt der Anspruch acht Wochen pro Arbeitsunfall (§ 2 Abs 5 EFZG). Die Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts erfolgt gemäß § 3 Abs 2 und 3 EFZG nach dem Ausfallsprinzip. Es ist also darauf abzustellen, was der *Rider* verdient hätte, wäre er nicht arbeitsunfähig gewesen.⁷² Für leistungsbezogene Entgelte ist auf den Durchschnitt der letzten 13 Wochen abzustellen (§ 3 Abs 4 EFZG). Bei schwankenden Überstunden bzw Mehrstunden kommt es primär auf eine schon vorhandene Arbeitszeiteinteilung an. Gibt es diese nicht, ist auf eine Durchschnittsbetrachtung in einem repräsentativen Zeitraum abzustellen.⁷³

Die *Rider* haben als ArbeitnehmerInnen auch Anspruch auf bezahlten Urlaub im Ausmaß von fünf Wochen pro Jahr (§ 2 Abs 1 UrlG). Für die Berechnung des Urlaubsentgelts gilt das oben zur Entgeltfortzahlung Gesagte sinngemäß (§ 6 UrlG).⁷⁴

.....
⁶⁹ Der OGH hat hier zB den Zugriff auf gesammelte Daten nur im Verdachtsfall und in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat genannt (OGH 13.06.2002, 8 Ob A 288/01p).

⁷⁰ Vgl *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmerdatenschutz und Mitarbeiterkontrolle 193 mwN.

⁷¹ Vgl zum Angestelltenbegriff *Drs* in ZellKomm² § 1 AngG Rz 14 ff.

⁷² Vgl *Drs* in ZellKomm² § 3 EFZG Rz 2 ff.

⁷³ Vgl *Drs* in ZellKomm² § 3 EFZG Rz 10.

⁷⁴ Vgl *Reissner* in ZellKomm² § 6 UrlG Rz 5 ff.

5.5 Unterschiede bei den zu leistenden Abgaben

Abschließend möchte ich noch kurz auf den Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen einer Qualifikation als ArbeitnehmerIn und einer Qualifikation als freier/freie DienstnehmerIn aus abgabenrechtlicher Sicht eingehen.

Im **Sozialversicherungsrecht** gibt es keine bedeutenden Unterschiede zwischen DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 2 ASVG und dienstnehmerInnenähnlichen freien DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 4 ASVG. Weder was die Meldepflicht betrifft noch was die Beitragshöhe und die Person des Beitragsschuldners betrifft.⁷⁵ Nur im Vergleich zu einer Versicherung nach dem GSVG würden sich hier bedeutende Unterschiede ergeben (andere Beitragsätze und insbesondere alleinige Beitragstragung durch die Arbeitenden, außerdem müssen die Arbeitenden die Beiträge selbst abführen).

Auch für die meisten **anderen lohnabhängigen Abgaben** macht es keinen Unterschied, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag oder als dienstnehmerInnenähnlicher freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 ASVG qualifiziert wird. So fallen der Beitrag zur betrieblichen Vorsorge, der Zuschlag nach dem Insolvenz-Entgeltversicherungsgesetz, die Arbeiterkammerumlage und die Kommunalsteuer bei beiden Vertragstypen an.⁷⁶ Es gibt aber Abgaben, die für oder von ArbeitnehmerInnen zu leisten sind, die freie DienstnehmerInnen nicht treffen. So sind freie DienstnehmerInnen vom Beitrag zur Wohnbauförderung (1 %) ausgenommen und die U-Bahn-Steuer in Wien trifft ebenfalls nur DienstnehmerInnen.⁷⁷ Gewichtigere Abweichungen gibt es, wenn man nicht einen freien Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 ASVG mit einem Arbeitsvertrag vergleicht, sondern einen „echten“ freien Dienstvertrag, der nicht dem ASVG unterliegt.

Der entscheidende Unterschied in steuerrechtlicher Hinsicht betrifft die Frage, wer für das Abführen der **Einkommensteuer** verantwortlich ist. Bei DienstnehmerInnen haben die jeweiligen DienstgeberInnen die Lohnsteuer einzubehalten und an das zuständige Finanzamt abzuführen.⁷⁸ Bei freien DienstnehmerInnen haben diese selbst für die Versteuerung ihrer Einkünfte zu sorgen (auch dienstnehmerInnenähnliche freie DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 4 ASVG).

⁷⁵ Vgl *Rebbahn* in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 47 f.

⁷⁶ Vgl § 1 Abs 1 und 1a BMSVG; § 1 Abs 1 IESG; § 10 Abs 1 Z 7 AKG; § 2 lit a KommStG 1993.

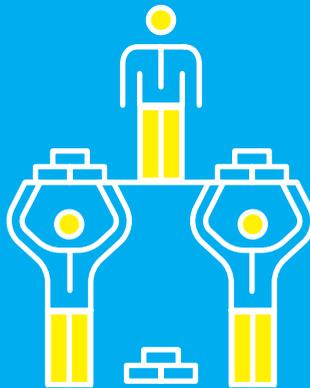
⁷⁷ § 2 Bundesgesetz über die Einhebung eines Wohnbauförderungsbeitrages; § 2 Gesetz über die Einhebung einer Dienstgeberabgabe (Landesgesetz Wien).

⁷⁸ Die Lohnsteuerpflicht richtet sich nach dem steuerrechtlichen DienstnehmerInnenbegriff (§ 47 Abs 2 S 1 EStG), der aber im Wesentlichen ident mit dem arbeitsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff ist. Ist dieser erfüllt, so liegt automatisch auch eine Pflichtversicherung als DienstnehmerIn gemäß § 4 Abs 2 ASVG vor (§ 4 Abs 2 S 3 ASVG).

6. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die *Rider* von *foodora* sind meines Erachtens trotz vereinbartem Vertretungsrecht und der Vertragsbezeichnung als „freier Dienstvertrag“ in der Regel als ArbeitnehmerInnen zu qualifizieren. Anderes gilt lediglich für jene *Rider*, die sich regelmäßig vertreten lassen. Durch die Qualifikation als ArbeitnehmerIn kommt das gesamte Arbeitsrecht zur Anwendung, das für die meisten Einzelprobleme der *Rider* adäquate Lösungen kennt.

Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform- Ökonomie



Hannes Schneller

Die Gig- und Plattform-Ökonomie orientiert sich nicht an den bisherigen Betriebs- oder Unternehmensgrenzen. Auch versucht sie in aller Regel zu vermeiden, dass Arbeitsverhältnisse entstehen. Zwei zentrale Konstanten des Mitbestimmungsrechts scheinen zu fehlen: der örtliche Bezugsrahmen Betrieb sowie der personelle Bezugsrahmen und Geltungsbereich, der die „im Rahmen des Betriebs“ beschäftigte Belegschaft erfasst.

Wie dieses Kapitel jedoch zeigt, bestehen schon nach geltendem Recht einige arbeitsrechtliche Handlungsspielräume, um den **Kollektiven** der betroffenen Beschäftigten und ihren kollektiv-arbeitsrechtlichen Repräsentanten (Betriebsrat, Gewerkschaft, Arbeiterkammer) Instrumente zur Mitgestaltung der Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen in die Hand zu geben. Das zentrale Gesetz der österreichischen Mitbestimmung, das Arbeitsverfassungsgesetz 1974 (ArbVG), wurde zwar in einer Phase des Übergangs von der Industrie- zur Dienstleistungswirtschaft geschaffen, die weitsichtig gewählten Formulierungen der rund 30 Mitwirkungs-Paragrafen des ArbVG ermöglichen aber dennoch gewisse Anwendungen auf die unterschiedlichen Organisationsformen der digitalen Arbeitswelt.

Auf der Grundlage des bestehenden Rechts („de lege lata“) werden diese Mitbestimmungsansprüche jedoch nicht ausreichen. Es bedarf einer Anpassung des kollektiven Arbeitsrechts an die gegenwärtigen und künftigen Erscheinungsformen sowie Mechanismen der Gig-Economy. Diese wird ja über technisch rasch veränderbare Internet-Plattformen organisiert und abgewickelt. De lege ferenda, aus der rechtspolitischen Zukunftsperspektive also, sind zentrale Fragen:

- › In welchen **Räumen der Arbeitsorganisation** sollen RepräsentantInnen für welche Gruppen von Beschäftigten zuständig sein?
- › Welche **kollektiven Rechtsansprüche**, also Mitwirkungsrechte, sind für die Interessenvertretung der im World Wide (!) Web beschäftigten „Belegschaften“ erforderlich?
- › Wie kann die **Entwicklung** vom Betriebsrat zum **Plattformrat** gelingen?

1. Von der Fabrikordnung 1848 zur Gigwork-Vereinzlung

Die geltende **Betriebsverfassung**, der größte Teil des ArbVG also,¹ regelt die „**Befugnisse der Arbeitnehmerschaft**“ sowie das Wahl- und Organisationsrecht ihrer **Vertretungsorgane** (Betriebsrat, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung, Europäische Belegschaftsvertretung und einige weitere). Gleich nach dem Ende des 2. Weltkriegs wurde dieser Rechtsbereich nach dem Vorbild der 1896 und 1919 geschaffenen Mitwirkungsgesetze (vor allem Bergbau-Betriebsvertretung 1896, Betriebsrätegesetz 1919, Einigungsämter- und KollV-Gesetz 1920) wieder eingesetzt in Gestalt des Kollektivvertragsgesetzes 1947 und des Betriebsrätegesetzes 1947. Diese beiden kollektiv-arbeitsrechtlichen Gesetze wurden schließlich zusammengeführt, erweitert und kodifiziert im ArbVG 1974.² Was aber waren die Vorläufer dieser „republikanischen“ Gesetze gewesen?

Während der Revolution von 1848 hatte sich das „Gesamtdeutsche Parlament“ in der Frankfurter Paulskirche mit einem **Gesetzentwurf für eine Fabrikordnung** befasst; das war vermutlich die weltweit erste staatliche Mitbestimmungs-Initiative. Die unterste Stufe sollte ein *Fabrikausschuss* bilden, der paritätisch aus FabrikarbeiterInnen und WerkmeisterInnen (ein/eine VertreterIn aus jeder Abteilung, beide gewählt von den ArbeitnehmerInnen) sowie dem/der InhaberIn der Fabrik zusammengesetzt sein. Zu den Aufgaben des Fabrikausschusses hätte es gehört, bei

¹ § 33 bis § 134b, inklusive der Europäischen Betriebsverfassung bis § 263 ArbVG 1974.

² Zur Geschichte des ArbVG vgl. *Cerny* in *Gableitner/Mosler*, ArbVR³ (2015) 31 ff.

Streitigkeiten zu schlichten, eine Fabrikordnung (Vorläufer der heutigen Betriebsvereinbarungen) zu erarbeiten und die Krankenunterstützungskasse zu verwalten. Von den Fabrikausschüssen gewählte *Fabrikräte* sollten auf Ebene der Gewerbebezirke agieren. *Fabrikschiedsgerichte* sollten der Beilegung von Streitigkeiten dienen. Diese Pläne blieben jedoch Makulatur; sie wurden im Zuge der ab 1850 einsetzenden *Reaktion* nicht mehr weiter verfolgt.³

Seit 1919 waren jedenfalls „der *Betrieb*“, subsidiär „das *Unternehmen*“ sowie „der innerstaatliche *Konzern*“ die zentralen **Organisationsräume** für die „*selbstverwaltete Vertretung*“ der Belegschaft. Diese drei Anknüpfungspunkte – die letztlich physisch, örtlich und organisatorisch identifizierbar sind – wurden nun das nach dem Typus der Fabrik oder der Verwaltungsstelle (Kanzlei, „Bureau“ o.Ä) verortete Denkmuster für die Idee der kollektiven Interessenvertretung.⁴

1.1 Die betriebsverfassungsrechtliche Einbeziehung von Randbelegschaften

Die Zuständigkeit der betrieblichen Interessenvertretung für ihre „KollegInnen außerhalb des Betriebs“ (Außendienst, Montage, sonstige dauerhafte Abwesenheit vom Betrieb) ist grundsätzlich gegeben, sofern diese Personen in **die betriebliche Organisation eingegliedert** bleiben. Der Status als betriebsverfassungsrechtlicher/betriebsverfassungsrechtliche ArbeitnehmerIn und Betriebsbelegschaftsmitglied (§ 36 Abs 1 ArbVG) bleibt nach stRsp trotz weit entferntem Arbeitsort gewahrt, wenn Weisungen, Kontrolle und andere Merkmale der persönlichen Abhängigkeit oder der organisatorischen Eingliederung vom Betrieb ausgehend erfolgen; insbesondere, wenn die Personalverwaltung und die Lohnverrechnung, zB eines Außendienstmitarbeiters/einer Außendienstmitarbeiterin, weiterhin aus dem inländischen Betrieb abgewickelt werden.⁵ Der Geltungsbereich eines Sozialplans (dh einer für den österreichischen Betrieb abgeschlossenen Betriebsvereinbarung) erfasst auch im Ausland tätige ArbeitnehmerInnen des Betriebs, solange sie nur organisatorisch Teil desselben sind.⁶

Für zuarbeitende Arbeitskräfte in **Heimarbeitsverhältnissen** ist seit der Stamfassung des ArbVG 1974 deren Einbeziehung in den „Schutzraum“ des Betriebs vorgesehen gewesen, obwohl diese im Regelfall **freie DienstnehmerInnen** oder **WerkvertragsnehmerInnen** sind.⁷ Bei entsprechender Kontrolldichte und disziplinärer Unterworfenheit gegenüber dem/der ArbeitgeberIn (AuftraggeberIn) oder Intermediär (bis 2009 im HeimAG als „Mittelperson“ geregelt) können sie jedoch auch „echte ArbeitnehmerInnen“ sein.⁸

3 Näher zur Geschichte der Mitbestimmung siehe *Müller-Jentsch* auf der Website der Hans-Böckler-Stiftung, http://www.boeckler.de/20376_20381.htm (17.10.2016).

4 Siehe dazu *Risak*, Individuelles und Kollektives im Betrieb, in *Kietztaibl/Schörghofer/Schrammel*, Rechtswissenschaft und Rechtskunde (2014) 129 (133).

5 Näher zu Judikatur und Lehre siehe im Abschnitt „Geltendes Recht: Kollektive Mitwirkung in der Gig-Economy“.

6 OGH 02.06.2009, 9 Oba 54/09w; *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, ArbVR⁵ (2015), § 36 Rz 18; *Tömandl* in *Tömandl*, ArbVG § 36 Rz 10. Nähere Ausführungen unter Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“.

7 Vorausgesetzt sie sind nicht Gewerbetreibende. Näher *Trost*, Heimarbeit, DRdA 1992, 25; *Ritzberger-Moser/Widorn*, Heimarbeitsgesetz (1995) 39 f. Zum betriebsverfassungsrechtlichen Status siehe *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 36 Rz 11; *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, ArbVR⁵ (2015), § 36 Rz 22 f; *Tömandl* in *Tömandl* (Hg) ArbVG § 36 Rz 14 f.

8 *Ritzberger-Moser/Widorn*, Heimarbeitsgesetz (1995) 13 und 17 f; näher siehe Abschnitt „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“.

Mit Aufkommen der **Tele(heim)arbeit** ab den 1980er Jahren⁹ wurden gewisse Mitbestimmungsrechte hinsichtlich der IT-unterstützten Aufzeichnung, Verarbeitung und Übermittlung von „personenbezogenen Arbeitnehmerdaten“ gestärkt, und zwar durch die „Technologie-Novelle 1986“ des ArbVG.¹⁰ Diese führte zur Ergänzung des § 91 ArbVG (Informationsanspruch des Betriebsrats), vor allem aber zur Einführung wichtiger EDV-Betriebsvereinbarungspflichten (neuer § 96a ArbVG: Notwendige BV bei Personaldatensystemen und Personalbeurteilungssystemen; § 91 Abs 2 ArbVG: Informations-, Überprüfungs- [und Beratungs-]Rechte des Betriebsrats hinsichtlich automationsunterstützter Datenverarbeitung der BetriebsinhaberInnen).¹¹ Tele-Heim-ArbeitnehmerInnen können uU auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, etwa auf Grundlage eines konkludent geschlossenen Arbeitsvertrags, beschäftigt werden.¹²

1988 wurde das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) eingeführt, womit das seit langem bekannte Phänomen der „Zeitarbeit“ bzw **Leiharbeit** endlich reguliert wurde. Allerdings geschah das nur im vertragsrechtlichen und haftungsrechtlichen Bereich. Die betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeiten wurden von der Gesetzgebung offen gelassen, aber von der Rsp anhand des „eingliederungsbezogenen“ ArbeitnehmerInnenbegriffs der Betriebsverfassung dann doch (teilweise) geklärt: Überlassene *Arbeitskräfte* (diese sind nicht notwendigerweise ArbeitnehmerInnen, sie können auch arbeitnehmerInnenähnliche Personen sein¹³) gehören ab einer gewissen **Intensität der Eingliederung in die Organisation** des Betriebs des BeschäftigerInnenunternehmens auch der dortigen Betriebsbelegschaft an. Gleichzeitig gehören sie der Belegschaft des ÜberlasserInnenbetriebs an. Sie haben ja schon nach einigen Gesetzesbestimmungen zwei ArbeitgeberInnen (vgl §§ 5–7 und § 14 AÜG). Näheres siehe im Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“.

Neben den (Tele-)HeimarbeiterInnen und den überlassenen Arbeitskräften sind in der Praxis weitere zuarbeitende Randbelegschaften zu beobachten:

- › **Fallweise Beschäftigte** (zB tageweise; siehe Abschnitt „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“);
- › **Saison-ArbeitnehmerInnen** (vgl § 53 Abs 5 und Abs 6 ArbVG: passives Wahlrecht auch bei kürzerer als sechsmonatiger Beschäftigung);
- › **AbeitnehmerInnen mit „Rahmenarbeitsvertrag“** (nicht aber jene mit einer bloßen „Rahmenkonditionen-Vereinbarung“¹⁴; näher Abschnitt „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“);

9 Damalige Begriffe und Prognosen (1987): „elektronische Heim- oder Fernarbeit, informationstechnisch gestützte Heimarbeit und Teleheimarbeit sind neue, gleichbedeutende Ausdrücke für eine sich langsam abzeichnende Trendwende zur Verrichtung von Arbeit aus der Ferne mithilfe von Kommunikationssystemen [...] ins Treffen wird eine beachtliche Sachkostenreduktion (Gebäudekosten, Gerätekosten: nicht wenige Haushalte verfügen schon über Telefon, Farbfernseher mit Btx-Anschluß und Personalcomputer) geführt“ (Egger, DRdA 1987, 97).

10 BGBl 394/1986.

11 Siehe dazu auch den Beitrag „Datenschutz in der Gig-Economy“; weiters *Melzer-Azodanloo*, Telearbeit in Österreich, juridikum 2007, 152.

12 OGH 4 Ob 12/64, Arb 7935; VwGH 82/08/0154, infas 1985, 25. Näher *B. Gruber*, Arbeitnehmerschutz bei Teleheimarbeit, ZAS 1998, 65, und besonders ausführlich *Wärter*, Crowdwork (2016) 203 ff.

13 Vgl zum Begriff der „Arbeitskraft“ neben § 3 Abs 4 AÜG auch § 1 DHG und § 50 ASGG.

14 OGH 27.02.2014, 8 ObA 8/14f und 8 ObA 50/13f, ZAS 2014/51 (*Ogriseg*) = DRdA 2014/34 (*Risak*); näher *Mosing*, Die fallweise Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht, ZAS 2014/41.

- › „**AbeitnehmerInnen auf Abruf**“¹⁵, also in einem „**Arbeitskräftepool**“ befindliche Personen, die nach einer Vorabentscheidung des EuGH ¹⁶und der darauf fußenden Leitentscheidung des OGH aus 2004¹⁷ sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis (in der Regel Teilzeit) befinden.

Die zuletzt genannten Gruppen sind auch arbeitsvertraglich (nach dem ArbeitnehmerInnenbegriff des Individualarbeitsrechts¹⁸) an den/die BetriebsinhaberIn gebunden. Hingegen fallen nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut (§ 36 Abs 1 ArbVG) **HeimarbeiterInnen auch bei fehlender vertragsrechtlicher ArbeitnehmerInnen-Eigenschaft** unter den betriebsverfassungsrechtlichen (dh kollektiv-arbeitsrechtlichen) ArbeitnehmerInnenbegriff hinsichtlich des HeimarbeitgeberInnenbetriebs. Näheres dazu unter Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“.

Es ist übrigens völlig rechtskonform und unbestritten, dass ein/eine ArbeitnehmerIn den Belegschaften mehrerer Betriebe angehören kann, etwa bei Teilzeitbeschäftigung mit mehreren Arbeitsplätzen (so insbesondere bei jenen „*working poor*“, die sich nur mit mehreren Jobs über Wasser halten können) oder auch bei überlassenen ArbeitnehmerInnen, die sowohl der Belegschaft des ÜberlasserInnen- als auch jener des BeschäftigerInnenbetriebs angehören¹⁹. Ob neben letzteren auch **HeimarbeiterInnen zu den Belegschaften zweier Betriebe** zählen können, wurde bis dato von Lit und Rspr nicht näher geprüft; völlig auszuschließen ist es jedenfalls nicht. Zu denken wäre hier – analog der Zuordnung von überlassenen Arbeitskräften sowohl zum ÜberlasserInnen- als auch zum BeschäftigerInnenbetrieb – an den Betrieb des Auftraggebers/der Auftraggeberin gemäß § 2 Z 2 HeimAG plus einen allfälligen weiteren Betrieb an ihrer im Sinne von § 2 Z 1 HeimAG „*selbst gewählten Arbeitsstätte*“ (zB gemietete Räumlichkeiten in einem Co-Working-Space, welche den unter Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“ dargestellten Betriebs-Kriterien entsprechen).

1.2 ArbeitnehmerInnenähnliche Personen: Arbeitsrechtlicher Teilschutz

In zumindest fünf Regelungsbereichen des österreichischen Arbeitsrechts werden „*arbeitnehmerInnenähnliche Personen*“ entweder gänzlich (§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG: prozessuale Gleichstellung mit ArbeitnehmerInnen im arbeitsgerichtlichen Verfahren) oder teilweise unter den Schutz des Arbeitsrechts gestellt. Was das Schadenersatz-Haftungsprivileg des DHG (§ 1 Abs 1), den Antidiskriminierungsschutz des GIBG (§§ 1, 16), die Restriktionen bei der Arbeitskräfteüberlassung (§ 3 Abs 4 AÜG) und bei der Ausländerbeschäftigung (§ 2 Abs 2 lit b AuslGB) betrifft,

.....
¹⁵ Siehe Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“ zum vom OGH in 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 417 (*B. Schwarz*) für arbeitsrechtlich ungültig (nichtig) erklärten Bedarf-Konsens-Prinzip („Rahmen-Beschäftigungsvertrag“) und zu anderen („Rahmenkonditionsvereinbarungen“) Formen fallweiser Beschäftigung, Ausführlicher *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 Rz 94 ff.

¹⁶ EuGH 12.10.2004, C-313/02 – *Peek&Cloppenburg*.

¹⁷ OGH 8 ObA 116/04y, DRdA 2005, 417 (*B. Schwarz*).

¹⁸ Siehe dazu *Rebhahn*, in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 55 ff mwN.

¹⁹ OGH 9 ObA 63/87, DRdA 1988, 54; 9 ObA 22/91, Arb 10.908 ua; *Obereder* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Kap XV Rz 41.

erfolgt **in den genannten Gesetzen** eine auf den jeweiligen sachlichen Bereich bezogene **Gleichstellung mit ArbeitnehmerInnen**.²⁰

Gekennzeichnet ist die ArbeitnehmerInnen-Ähnlichkeit dadurch, dass zwar kein Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt, die Kriterien **fremdbestimmter Arbeit** und wirtschaftlicher Abhängigkeit bzw **wirtschaftlicher Unselbständigkeit** jedoch einen besonderen Schutz dieser Personen oder des Arbeitsmarktes²¹ erfordern. Diese Personen sind trotz vertragsrechtlicher Selbständigkeit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise Unselbständige und stehen deshalb den ArbeitnehmerInnen näher als dem/der ArbeitgeberIn bzw UnternehmerIn.²²

1.3 Zwischenergebnis: (Gig-)Work in Progress

Diese kurze Darstellung der betriebsverfassungsrechtlichen Berücksichtigung von „Randbelegschaften“ und „arbeitnehmerInnenähnlichen Personen“ kann zu *GigworkerInnen* und *Crowdsourcers* (in der „Crowd“ mit outgesourcten Arbeitsschritten beschäftigte Personen) überleiten. Denn diese Personengruppen könnten, jedenfalls ab einer gewissen Intensität der Eingliederung in die Betriebsabläufe des/der „Arbeit[ver]gebers/Arbeit[ver]geberin“ oder „der Plattform“ zur Betriebs-Belegschaft im Sinne des kollektiven Arbeitsrechts dazugehören. Entscheidend ist letztlich, ob diese zuarbeitenden Personen durch **Eingliederung in die Arbeitsorganisation jenes Rechtssubjekts**, das die Arbeitsleistungen entgegennimmt und **ökonomisch verwertet** (mit oder ohne Erwerbs- bzw Gewinnabsicht²³), vergleichbare Interessen wie die übrigen ArbeitnehmerInnen des Betriebs haben.²⁴

Von „externen DienstleisterInnen im Betrieb“ (WerkunternehmerInnen oder angestellten ArbeitnehmerInnen [ErfüllungsgehilfInnen] von WerkunternehmerInnen), die mangels Eingliederung in die Betriebsorganisation nicht zur Belegschaft zählen würden, unterscheiden sich die zuarbeitenden CrowdworkerInnen insofern, als sie „*kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers* (hier: das Arbeiten vergebende Unternehmen) *abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer* (hier sinngemäß, je nach rechtlicher Gestaltung: die Plattform oder die einzelnen CrowdworkerInnen) *zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken*“ (vgl den so formulierten Beurteilungsmaßstab für Differenzierungen von Arbeitskräfteüberlassung und Fremddienstleistung im Betrieb, § 4 Z 1 AÜG, wo eingangs auch auf den „*wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts*“ abgestellt wird). Der OGH hat vor allem in einer einschlägigen Entscheidung vom 25.08.2014²⁵ klargestellt, dass Materialprüf Tätigkeiten, ebenso wie Zwischen- und Endkontrollen oder Verpackung und Versand zu den vielen notwendigen Schritten eines (kohärenten) Produktionsablaufs gehören; die MitarbeiterInnen der im „BestellerInnen-Unternehmen“ tätigen Material-

20 Näher *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/419 ff.

21 Durch die im AuslBG und AÜG erfolgte Einbeziehung in das Angebot an Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt, zum Zweck des Schutzes inländischer Arbeitsplätze bzw der Stammbetriebschaft des BeschäftigterInnenbetriebs (vgl § 3 Abs 2 AÜG).

22 OGH 4 Ob 106/55, Arb 6300; näher siehe *Löschnigg* Arbeitsrecht¹² Rz 4/150 f.

23 Vgl § 34 Abs 1 letzter HS ArbVG.

24 Siehe die Gesetzgebungsmaterialien zu § 36 Abs 1 ArbVG in Abschnitt „Der Betriebsbegriff des ArbVG“.

25 OGH 8 OBA 7/14h, ZAS 2015/44 (*Sacherer*).

prüffirma wurden daher nicht als WerkunternehmerInnen-ErfüllungsgehilfInnen, sondern als überlassene Arbeitskräfte beurteilt, die bei entsprechender Eingliederung in die Betriebsorganisation des Bestellers/der Bestellerin bzw des Auftraggebers/der Auftraggeberin auch zu dessen/deren Belegschaft zählen.

Es stellen sich schon nach dieser kurzen Darstellung der Entwicklung des Schutzbereichs von Individualarbeitsrecht und Betriebsverfassung zwei Fragen:

- › Sind diverse Formen des *Crowd-* und *Gigwork* etwas grundsätzlich anderes als „*Heimarbeit oder Arbeitskräfteüberlassung auf Abruf*“?
- › Welche kollektiv-arbeitsrechtlichen Unterschiede bestehen, wenn Arbeiten von Arbeitskräften der „potenziellen, abrufbaren Belegschaft“ (*Arbeitskräftepool*) außerhalb der Betriebsstätte geleistet werden?

2. **Geltendes Recht: Kollektive Mitwirkung in der Gig-Economy**

2.1 **Ziele der Betriebsverfassung**

Ausgangspunkt für Überlegungen zu betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsansprüchen²⁶ in Gig-Economy-Strukturen (dh via Web-Plattformen) soll das bestehende **Grundprinzip der Belegschaftsmitwirkung** – nämlich Interessenwahrnehmung durch Belegschaftsorgane zwecks Interessenausgleich und „Betriebsfrieden“²⁷ – sowie der folgende Gedanke sein:

Wenn der österreichische Gesetzgeber für den Fall unternehmensinterner oder konzerninterner „Ausschreibungen“ und Vergaben von Arbeitsschritten (*Microtasks*) den Belegschaftsvertretungs-Organen diverse Mitwirkungsrechte²⁸ zur Verfügung stellt, dann liegt die Vermutung einer *ratio legis* nahe, dass **auch externe Task-Vergaben der kollektiven Mitwirkung nicht gänzlich entzogen** sein sollen. Die Organe der Betriebsbelegschaft (diese wird im ArbVG meist „Arbeitnehmerschaft“²⁹ genannt) sind im Wesentlichen auf vier Ebenen zu wählen, nämlich im Betrieb (Betriebsrat oder Angestellten- und Arbeiterbetriebsrat; Betriebsausschuss), im Unternehmen (Zentralbetriebsrat), im Konzern (Konzernvertretung) und bei Unternehmen oder Konzernen, deren Betriebsstruktur sich auf zwei oder mehrere EU-Mitgliedstaaten erstreckt (Europäische Belegschaftsvertretung, insbesondere Euro-Betriebsräte). Die §§ 38 und 39 ArbVG sind Ziel- und

.....
²⁶ Nach den – oder nach dem Vorbild der – §§ 89 bis 112 ArbVG und weiteren Mitbestimmungsnormen im AZG, UrIG usw; aber unter Umständen auch nach einschlägigen KollV, denen VergeberInnenunternehmen (CrowdsourcerInnen) unterworfen sind.

²⁷ Vgl vor allem die §§ 38 und 39 ArbVG zu den Zielen, Zwecken und Grundsätzen der „Betriebsverfassung“.

²⁸ Siehe Abschnitt „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“.

²⁹ Vgl die §§ 38–40 ArbVG sowie die Überschrift vor den Mitwirkungsbestimmungen der §§ 89–112: „Befugnisse der Arbeitnehmerschaft“.

Programmnormen, sie schreiben die umfassende und interessenausgleichende Aufgabenwahrnehmung der Belegschaftsorgane fest.³⁰

Dabei sind aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht zumindest **folgende Arten der Crowdsourcing-Organisation** und Task-Abwicklung zu unterscheiden:

- › *Internes Crowdsourcing im Betrieb oder Unternehmen* (zB innerhalb eines Metallindustrie-Unternehmens wird eine Intranet-Plattform eingerichtet; alle sich für geeignet haltenden ArbeitnehmerInnen können sich um *Microtasks* bewerben, sofern es ihre Beschäftigung erlaubt);
 - Variante: *internes Crowdsourcing im Konzern*, dh auch ArbeitnehmerInnen aus Schwester- oder Tochterunternehmen (die teilweise Betriebsräte aufweisen; die EWR-weit zum Teil im Euro-Betriebsrat repräsentiert sind) können sich um die ausgeschriebenen *Tasks* bewerben;
- › *externes Crowdsourcing in offener Form*: Ein Unternehmen vergibt über einen Intermediär (der im Internet als „Plattform“ auftritt) *Tasks*, wobei die CrowdworkerInnen wissen, wem ihre Arbeitsergebnisse zukommen und ihnen die Kontaktaufnahme mit diesem „Vergeber“ (Arbeit[ver]geber) nicht untersagt wird;
- › *externes Crowdsourcing in verdeckter Form*: Die Plattform als Intermediärin darf nicht „verraten“ in welchen Firmen und Betrieben (die unter Umständen einen Betriebsrat aufweisen) die Arbeitsergebnisse ankommen;
- › eventuell als weitere Formen: *Kombinationen* der soeben genannten Gigwork-Phänomene.³¹

Die am stärksten mitbestimmbare Form des Crowdsourcing, nämlich die interne Vergabe bzw Verlagerung von Arbeitsaufgaben innerhalb eines Unternehmens über dessen unternehmensinterne Plattform, kann durchaus mit externem Crowdsourcing kombiniert werden, wie das folgende Beispiel zeigt.

30 „Aufgaben

§ 38. Die Organe der Arbeitnehmerschaft des Betriebes haben die Aufgabe, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern.

Grundsätze der Interessenvertretung

§ 39. (1) Ziel der Bestimmungen über die Betriebsverfassung und deren Anwendung ist die Herbeiführung eines Interessenausgleiches zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes.

(2) Die Organe der Arbeitnehmerschaft des Betriebes sollen bei Verwirklichung ihrer Interessenvertretungsaufgabe im Einvernehmen mit den zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer vorgehen.

(3) Die Organe der Arbeitnehmerschaft haben ihre Tätigkeit tunlichst ohne Störung des Betriebes zu vollziehen. Sie sind nicht befugt, in die Führung und den Gang des Betriebes durch selbständige Anordnungen einzugreifen. [...]“

- 31 Zu den unterschiedlichen Phänotypen der Gig-Economy siehe insbesondere Kapitel „Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?“. Sollten sich in Zukunft weitere Formen etablieren, wäre es umso wichtiger, dass die unerlässlichen Gesetzesanpassungen – siehe Kapitel „Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?“ – im Abstraktionsgrad ihrer Formulierungen auch künftige Phänomene so weit als möglich erfassen. Umgehungen der kollektiven Mitwirkungsansprüche durch „neue Technik“ und/oder „neue Arbeitsorganisation“ sollen pro futuro möglichst ausgeschlossen sein.

2.2 Fallbeispiel

Ein Hersteller von Kfz-Teilen in Oberösterreich (Firma CarComponents – CC GmbH, eine 100%ige Tochter der deutschen CC Holding AG) beabsichtigt die Katalogisierung, die technische Beschreibung sowie die Übersetzung des Produktkatalogs in acht marktrelevante EU-Sprachen primär an die „firmeninterne Crowd“ auszulagern.³² Darüber hinaus wird eine zusätzliche Arbeitsvergabe an ArbeitnehmerInnen von Konzernunternehmen und teilweise auch an „die externe Crowd“ überlegt. In den drei Werken in OÖ werden mehr als 20.000 Einzelbestandteile und Komponenten erzeugt und/oder verarbeitet. Bisher sind diese Katalogisierungs- und Übersetzungsarbeiten von 30 Angestellten der Zentrale in Linz (in den Bereichen *Procurement/Einkauf* sowie *Logistik* beschäftigt) bearbeitet worden. Zehn von ihnen sollen weiterbeschäftigt werden, um die Qualitätskontrolle der über die Plattform einlangenden Text- und Bilddateien vorzunehmen. Für die anderen 20 „werde man schauen, ob man im Unternehmen oder Konzern weiterhin für sie Verwendung findet“ meint der für dieses Crowdsourcing-Projekt zuständige Manager.

Über eine „noch zu beauftragende Crowdworking-Plattform“ will man die Übersetzung und Produktebeschreibung in weitere 12 relevante Sprachen vergeben. Mit den intern und extern an die Crowd vergebenen Arbeiten sollen aktuelle und potenzielle KundInnen „in 20 Sprachräumen, also rund 95 % unseres Marktes“ abgedeckt werden, sagt der Finanzgeschäftsführer beim monatlichen Beratungsgespräch zur Zentralbetriebsratsvorsitzenden, die gleichzeitig Betriebsratsvorsitzende des Betriebs „Zentrale Linz“ ist.

Einige Wochen später beauftragt die CC GmbH die Gigwork-Plattform „GW Ltd.“ („gigworks.com“; laut Impressum der Website in *Dublin* ansässig) mit der externen Ausschreibung sowie Abwicklung der Übersetzungs- und Beschreibungsarbeiten.

Rechtsfrage: **Welche Mitgestaltungsmöglichkeiten** und Mitwirkungsrechte stehen dem Zentralbetriebsrat und dem Betriebsrat zur Verfügung, um sämtliche **betroffenen Arbeitsplätze möglichst dauerhaft und ohne Qualitätsverlust zu schützen?**

Um die Möglichkeiten des Zentralbetriebsrats und der betroffenen Betriebsräte in diesem Beispiel zu erörtern, müssen die Basisbegriffe „Betrieb“, „BetriebsinhaberIn“ und „ArbeitnehmerIn im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn“ unter dem Aspekt der Gig-Economy näher betrachtet werden.

³² In der ca 1.500 ArbeitnehmerInnen umfassenden Belegschaft finden sich zahlreiche KollegInnen mit den Muttersprachen Polnisch, Englisch, Ungarisch, Italienisch, Spanisch, Bosnisch/Kroatisch/Serbisch (BKS) ua.

2.3 Der Betriebsbegriff des ArbVG

2.3.1 Elemente des Betriebsbegriffes

In ständiger Judikatur³³ wird die Feststellung einer Arbeitsorganisationseinheit als „Betrieb“ (§ 34 ArbVG) unter Heranziehung von **sechs Elementen** vorgenommen. Dieses Arbeitssystem muss eine eigenständige „Identität“ im Sinne von Alleinstellungsmerkmal(en) erlangen, um als „Betrieb“ die **Basis der kollektiv-arbeitsrechtlichen Mitwirkung** bilden zu können.

Bei der rechtlichen Prüfung ist im Sinne eines „**beweglichen Systems**“ vorzugehen, weshalb, kurz gesagt, nicht alle Elemente deutlich erkennbar vorliegen müssen, sondern das Fehlen einiger der sechs „Wesenselemente des Betriebs“³⁴ durch das umso deutlichere Zutagetreten anderer kompensiert werden kann. Nach ihrer Bedeutung in der Rsp gereiht sind diese Elemente:

- **Betriebs(ablauf)organisation** in Einheitlichkeit (Zusammengehörigkeit) und arbeitstechnischer Selbständigkeit;
- **Betriebszweck**, technischer Sachzusammenhang, der letztlich in der Erzielung der Arbeitsergebnisse erkennbar wird;
- **Betriebsmittel**, die zur Erreichung dieses Betriebszwecks vor allem diesem Betrieb ablauforganisatorisch zugeordnet sind;
- **Belegschaft** des Betriebs, dh zugeordnete Beschäftigte, die zur Zweckerreichung (mit Betriebsmitteln) eingesetzt werden;
- **BetriebsinhaberIn**, das Rechtssubjekt, welches über die Arbeitsstätte verfügen kann; das können nach der Rsp bei einem „*Gemeinschaftsbetrieb*“ auch mehrere RechtsträgerInnen sein³⁵;
- **Dauercharakter und Standort** des Betriebs (das Standort-Kriterium rückt – so der OGH³⁶ – aufgrund des vermehrten Einsatzes „moderner IT-Kommunikationsmittel“ zunehmend in den Hintergrund).

Bei diffizileren Abgrenzungsfragen zieht die Rsp den zentralen Normzweck heran: Im Zweifel ist die Arbeitsorganisationseinheit „Betrieb“ dort anzunehmen, wo eine **wirksame Interessenvertretungstätigkeit** und Aufgaben-Wahrnehmung iSd §§ 89 ff ArbVG durch die Belegschaftsvertretung **tatsächlich möglich** ist.³⁷

In unserem Beispiel hat die CC GmbH drei „Werke“ in Oberösterreich. Ob jedem dieser Standorte eigenständige Betriebsqualität zukommt oder es sich um bloße Arbeitsstätten handelt (und damit alle drei Arbeitsstätten zusammengenommen einen einheitlichen Betrieb bilden), ist vor allem danach zu beurteilen, ob die Ablauforganisation der Arbeiten, die Zuteilung von Arbeits-

33 OGH 9 ObA 152/07d, DRdA 2009, 144 (*Mayr*) – ASFINAG; 9 ObA 193/95, DRdA 1996/22 (*Runggaldier*) – *Austro-Control*; ua.

34 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 34 Rz 8.

35 OGH 8 Ob 15/95, RdW 1996, 71; VwGH 27.05.1991, 90/19/0089; ua. Näheres im Abschnitt „Ziele der Betriebsverfassung“.

36 OGH 26.03.1997, 9ObA88/97z; OGH 02.06.2009, 9 ObA 54/09w; näher *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ (2015) § 34 Rz 47.

37 OGH 27.09.1995, 9 ObA 143/95; näher *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 34 Rz 11 ff.

mengen und -schritten, die Arbeitszeit- und Urlaubseinteilung sowie die Personalressourcen-Planung in gewisser Selbständigkeit vorliegt. Eine für das jeweilige Werk zuständige „Betriebsleitung“ ist hierfür ein starkes Indiz, denn über diese weisungsbefugten ManagerInnen kann die Arbeitsorganisation selbständig einheitlich geleitet werden.

Da für jedes Werk ein Betriebsrat und auf Ebene des Unternehmens von den Mitgliedern aller drei Betriebsräte ein Zentralbetriebsrat gewählt wurde – und diese Wahlen unangefochten blieben – ist die Existenz von drei Betrieben zumindest für die laufenden Funktionsperioden rechtlich abgesichert. Die Betriebsratskörperschaften und eine Zentralbetriebsratskörperschaft existieren rechtmäßig und sind allgemein nach § 38 sowie konkreter nach den §§ 89 ff ArbVG (und einigen weiteren Mitwirkungsregelungen, zB im AZG) dazu berufen, die Befugnisse der Belegschaft auszuüben.

Wo befinden sich nun die örtlich-sachlichen und vor allem persönlichen Grenzen dieser Betriebe? Denn die in diesem Beispiel angeführte „externe Crowd“ – aber auch die „konzernweite interne Crowd“³⁸ – wird ihre „Gigs“ vielfach außerhalb Österreichs abarbeiten. Hier gilt, dass auch **im Ausland tätige Beschäftigte iSd § 36 ArbVG** als ArbeitnehmerInnen eines inländischen Betriebs angesehen werden können, wenn sie trotz der ständigen räumlichen Trennung organisatorisch in den inländischen Betrieb eingegliedert sowie weisungsgebunden und berichtspflichtig sind. Auch unselbständige ausländische Betriebsteile eines in Österreich gelegenen Betriebs bleiben betriebsverfassungsrechtlich Bestandteil des österreichischen Betriebs.³⁹

Wir werden darauf noch unter Abschnitt „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“ beim betriebsverfassungsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff, der in § 36 ArbVG geregelt und durch eine recht umfangreiche Judikatur abgesichert ist, zurückkommen.

Zur **Rechtsdurchsetzung** oder Klärung der Fragen, ob denn überhaupt ein Betrieb vorliegt bzw ob eine bloße Arbeitsstätte so umfangreich ist, dass ihr Betriebsqualität zukommen sollte, ist in § 34 Abs 2 ArbVG eine besondere Legitimation zur Feststellungsklage und in § 35 ArbVG die Möglichkeit einer Rechtsgestaltungsklage auf „Gleichstellung“ vorgesehen.

2.3.2 Wer ist BetriebsinhaberIn?

Der/Die BetriebsinhaberIn ist von zentraler Bedeutung in der Betriebsverfassung, denn er/sie ist der/die wirtschaftliche und soziale GegenspielerIn der Belegschaft und ihrer Organe. Ihm/Ihr gegenüber sind die Mitwirkungsbefugnisse auszuüben. Gemäß § 34 Abs 1 kann eine physische oder juristische Person oder Personengemeinschaft BetriebsinhaberIn sein.⁴⁰ Als BetriebsinhaberIn ist anzusehen, wer als physische oder juristische Person **über die Arbeitsstätte verfügen** kann und daher auch in der Lage ist, durch zweckentsprechenden Einsatz der vorhandenen technischen und immateriellen Mittel **Arbeitsergebnisse zu verfolgen**. Der/Die InhaberIn

.....
³⁸ Die Praxis hat in internationalen Konzernen gezeigt, dass sich hauptsächlich KonzernmitarbeiterInnen aus „Billiglohnländern“, etwa aus Indien, an Plattformausschreibungen und damit verbundenen „unbezahlten Vorarbeiten“ beteiligen.

³⁹ OGH 26.03.1997, 9 Oba 88/97z; 02.06.2009, 9 Oba 54/09w; näheres siehe *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 34 Rz 47.

⁴⁰ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 Rz 14 ff.

kann EigentümerIn, PächterIn oder aus einem sonstigen Rechtstitel Verfügungsberechtigt sein. Er/Sie muss mit dem/der arbeitsvertraglichen ArbeitgeberIn sämtlicher ArbeitnehmerInnen der Betriebsbelegschaft nicht ident sein!⁴¹ Für die Betriebsverfassung ist nur bedeutsam, dass die ArbeitnehmerInnen dem/der BetriebsinhaberIn arbeitsorganisatorisch so zugeordnet sind, dass sie von diesem/dieser zur Verfolgung der Arbeitsergebnisse eingesetzt werden können.⁴²

Auch mehrere selbständige physische oder juristische Personen können gemeinsam BetriebsinhaberIn sein – dann liegt ein **Gemeinschaftsbetrieb** vor.⁴³ Wird von rechtlich selbständigen Unternehmen oder UnternehmerInnen ein einheitlicher gemeinsamer Betriebszweck verfolgt, und zB über eine gemeinsame oder einheitlich gesteuerte und koordinierte Geschäftsführung die budgetäre und arbeitsorganisatorische Steuerung harmonisiert, dann kann ein sogenannter Gemeinschaftsbetrieb (Betrieb der von mehreren BetriebsinhaberInnen getragen wird) vorliegen.⁴⁴

In unserem Beispiel ist wohl unstrittig die CC GmbH Betriebsinhaberin des Betriebs Linz und der weiteren beiden Betriebe in Oberösterreich. Sie vergibt aber gemeinsam mit der Plattformbetreiberin „GW Ltd.“ Arbeiten und beide Unternehmen organisieren somit die technische Arbeitsorganisation (Arbeitsablauforganisation). Es könnten hier möglicherweise die österreichische Arbeit(ver)geberin und jene juristische Person, welche die Plattform betreibt, die in Irland ansässige *Limited Company* also, als gemeinsame Betriebsinhaberinnen (beachte das *verbum legalium* „Personengemeinschaft“ in § 34 Abs 1 ArbVG) des **Gemeinschaftsbetriebs Linz/Internet(plattform)** (nicht: Linz/Dublin) anzusehen sein.⁴⁵ Denn zumindest die gemeinsame Zweckverfolgung mit einem gemeinsam ausverhandelten Budget für „Beschreibungs- und Übersetzungsarbeiten der Crowd“ wurde zwischen den beiden Unternehmen vereinbart, die Arbeitsergebnisse werden von beiden (Gemeinschafts-)Betriebsinhaberinnen kontrolliert. Die Ablauforganisation der Arbeiten kann wohl hinsichtlich Auftragspezifizierung, Zuteilung, Entgegennahme, Kontrolle der Arbeiten uÄ in gemeinsamer Koordination und Abwicklung vom österreichischen Unternehmen (ein Rechtsträger des Betriebs) mit dem irischen Unternehmen (eventuell ein weiterer Rechtsträger des Betriebs) beeinflusst und gestaltet werden.

41 Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG, § 34 Rz 8 und Rz 10.

42 OGH 23.02.1994, 9 Ob A 311/93; näheres bei Gableitner in Gableitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 34 Rz 17.

43 Vgl Gableitner in Gableitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 34 Rz 19 ff; Windisch-Graetz in ZellKomm² § 34 Rz 18 f.

44 OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95; VwGH 27.05.1991, 90/19/0089; ua.

45 Auch in Deutschland ist der Gemeinschaftsbetrieb anerkannt und wird in stRsp folgendermaßen definiert: Wenn mehrere UnternehmerInnen ausdrücklich eine rechtliche Vereinbarung über die einheitliche Leitung des gemeinsamen Betriebs geschlossen hatten oder sich diese Vereinbarungen aus den Umständen des Einzelfalls ergibt (BAG 1998, NZA 98, 723), dann ist von einem Gemeinschaftsbetrieb auszugehen. Mit der **Novelle 2001 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes 1972** (BetrVG) wurde in § 1 Abs 2 BetrVG zusätzlich eine Legalvermutung normiert, wonach einerseits bei **gemeinsamer Zweckverfolgung** durch mehrere UnternehmerInnen in einem Betrieb ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt und andererseits nach der Spaltung eines Unternehmens zwischen abgespaltenen bzw dem absplattend Unternehmen dann ein einheitlicher Gemeinschaftsbetrieb bestehen bleibt, wenn sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs nicht wesentlich ändert (näher siehe Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG¹⁵ [2016] § 1 Rz 88 ff).

2.4 Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG

2.4.1 Grundsätzliches

Der Begriff der ArbeitnehmerInnen im Sinne der Betriebsverfassung wird in § 36 ArbVG vorgegeben und setzt nicht notwendigerweise das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (Dauer-schuldverhältnis; Arbeitsvertrag) mit den jeweiligen BetriebsinhaberInnen voraus. Vielmehr ist die **Eingliederung in die Organisation des Betriebs maßgeblich**, denn § 36 Abs 1 ArbVG lautet: „Arbeitnehmer im Sinne des II. Teiles [Betriebsverfassung] sind alle **im Rahmen** eines Betriebs **beschäftigten** Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters.“ (Hervorhebung vom Autor).

Irrelevant für den betriebsverfassungsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff ist, ob es sich um Haupt- oder Nebenerwerb handelt, wie umfangreich die Arbeitszeit ist, wie häufig oder regelmäßig gearbeitet wird uÄ.⁴⁶ Nach dem vertragsrechtlichen Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“⁴⁷ ist die Benennung des Vertragsverhältnisses nicht maßgeblich, es zählt der „wahre wirtschaftliche Gehalt“ des Vertragsverhältnisses (dh der tatsächliche Vertragsvollzug) ja schon kraft ASVG.⁴⁸ Der ArbeitnehmerInnenbegriff des § 36 ArbVG setzt nicht den Bestand eines Arbeitsvertrags, sondern vielmehr das Vorliegen eines **faktischen Beschäftigungsverhältnisses** voraus, das durch persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber dem/der BetriebsinhaberIn gekennzeichnet ist.⁴⁹ Manche Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts setzen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags voraus, für andere wiederum, wie etwa für jene betreffend den ArbeitnehmerInnenschutz, genügt die faktische Eingliederung in den Betrieb.⁵⁰

Der Statusbegriff „betriebsverfassungsrechtliche ArbeitnehmerInnen“ stellt also nicht auf einen Arbeitsvertrag unmittelbar mit BetriebsinhaberInnen ab, sondern umfasst ab einem gewissen Grad der Organisationseinbindung auch **überlassene Arbeitskräfte**, „Delegierte“ (zB **dienstzugewiesene** Beamte und Vertragsbedienstete oder Angestellte der Konzernmutter) und ähnliche in die Betriebsorganisation eingebundene, zuarbeitende Personen.⁵¹ Allerdings sollten diese Personen ein unselbständiges Beschäftigungsverhältnis zu einem/einer delegierenden oder sonst wie zuarbeitenden ArbeitgeberIn haben. Freie DienstnehmerInnen oder gar WerkvertragsnehmerInnen sind, von HeimarbeiterInnen abgesehen (dazu gleich unten), nach herrschender Ansicht nicht Teil der Betriebsbelegschaft.⁵²

Überlassene Arbeitskräfte (Leiharbeitskräfte) haben betriebsverfassungsrechtlich einen gespaltenen Status, sie gehören der Belegschaft der ÜberlasserInnen (VerleiherInnenbetriebe), aber unter Umständen auch jener der BeschäftigerInnen (EntleiherInnenbetriebe) an. Dies wird in stRsp dann angenommen, wenn BeschäftigerInnen wesentliche ArbeitgeberInnenfunktionen

⁴⁶ Strasser in *Jabornegg/Strasser/Resch*, ArbVG § 36 Rz 9.

⁴⁷ „Eine falsche Bezeichnung schadet nicht.“

⁴⁸ Siehe dazu Kapitel „Sozialversicherung in der Gig-Economy“.

⁴⁹ VwGH vom 26.1.1961, Arb 7322; siehe auch *Gableitner*, in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 36 Rz 3.

⁵⁰ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 34 Rz 1.

⁵¹ *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*² § 36 Rz 8; *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 36 Rz 14 ff.

⁵² Dazu und zum Reformpotenzial *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, 100.

wie zB Arbeitszeiteinteilung, Urlaubseinteilung, Erteilung von Weisungen usw faktisch ausüben. Weitere Voraussetzung ist, dass die Überlassung an die BeschäftigterInnen für längere Zeit (im Zweifel: zumindest sechs Monate) geplant ist. In der Praxis werden von den Betriebsratskörperschaften der typischen EntleiherInnenunternehmen (BeschäftigterInnenunternehmen) die Leiharbeitskräfte meist nach Ablauf einer sechsmonatigen faktischen Beschäftigung auf die WählerInnenliste für die Betriebsratswahlen gesetzt, und zwar sowohl hinsichtlich des aktiven als auch des passiven Wahlrechts. Diese Praxis deckt sich jedenfalls mit der höchstgerichtlichen Judikatur.⁵³

Es könnte nach diesem kurzen Blick auf den betriebsverfassungsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff formuliert werden, dass ein „Beschäftigungsverhältnis“ etwas anderes, weiteres (und primär arbeitstechnisches) ist als ein „Arbeitsverhältnis“. Denn selbst Beschäftigte, die aufgrund eines **mangelhaften Arbeitsvertrags** (zB Mangel der Geschäftsfähigkeit; Nichtigkeit des Arbeitsvertrags wegen Gesetzesverstoßes oder Sittenwidrigkeit) kein wirksames Arbeitsverhältnis haben, bleiben „im Rahmen des Betriebs“ arbeitstechnisch/organisatorisch eingesetzte und „verwendete“ Personen, also betriebsverfassungsrechtliche ArbeitnehmerInnen gemäß § 36 Abs 1 ArbVG.⁵⁴

2.4.2 HeimarbeiterInnen und Betriebsverfassung

a. Grundsätzliches

HeimarbeiterInnen sind kraft ausdrücklicher Anordnung des § 36 Abs 1 ArbVG ebenfalls ArbeitnehmerInnen des Betriebs. Seit der HeimAG-Novelle 1975 kennt zwar das HeimAG den Begriff des „**regelmäßig beschäftigten** Heimarbeiters iSd § 27 HeimAG 1960“ nicht mehr; für den Bereich der Betriebsverfassung blieb aber die frühere Differenzierung weiterhin von Bedeutung (Art III der HeimAG-Novelle BGBl 303/1975).⁵⁵ Bis zur ArbVG-Novelle 2010 verwiesen einige betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen auf § 27 HeimAG (alt), dieser lautete: „Für Heimarbeiter, die bei einer Person, die Heimarbeit vergibt, in den letzten 39 Wochen durch mindestens 13 Wochen oder in den letzten 78 Wochen durch mindestens 26 Wochen beschäftigt waren und in diesen 13 beziehungsweise 26 Wochen eine Arbeitsleistung erbracht haben, die nach Dauer oder Menge der eines Werkstattgehilfen entspricht, gelten neben den Vorschriften dieses Bundesgesetzes folgende Sonderbestimmungen: [...]“ (BGBl 105/1961). Als „regelmäßig beschäftigt“ gelten HeimarbeiterInnen demnach, wenn sie zumindest **ein Drittel der Arbeitszeit oder Arbeitsmenge** eines/einer durchschnittlichen Betriebsarbeiters/Betriebsarbeiterin (Gehilfen/Gehilfin) für den/die Arbeit(ver)geberIn, also AuftraggeberIn, leisten. Im Zweifel wird wohl die Saison

⁵³ OGH 9 Oba 63/87, ZAS 1988, 95; 9 Oba 22/91, DRdA 1991, 352; Windisch-Graetz in ZellKomm² § 36 Rz 8.

⁵⁴ Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG (1975) 219–222; Gahleitner in Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 36 Rz 4.

⁵⁵ Die Übergangsbestimmung (Rechtswahrungs-Bestimmung) des Art III lautet wörtlich: „Durch das Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes bleibt der Begriff des **regelmäßig beschäftigten Heimarbeiters** (§ 27 des Heimarbeitsgesetzes 1960) hinsichtlich der §§ 49 Abs. 1, 50 Abs. 2, 52 Abs. 1, 117 Abs. 4, 124 Abs. 6, 125 Abs. 3 und 126 Abs. 4 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974, unberührt.“ Die Regierungsvorlage führt dazu aus: „Zu Artikel III: Die Neufassung des § 27 bringt eine Erweiterung des Kreises jener Heimarbeiter, die Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall haben, mit sich. Da die im Arbeitsverfassungsgesetz vorgenommene Fixierung der **betriebsverfassungsrechtlichen Stellung der Heimarbeiter beibehalten** werden soll, muß der **Begriff des ‚regelmäßig beschäftigten Heimarbeiters‘** des derzeitigen § 27 für den Bereich des Arbeitsverfassungsgesetzes **weiter in Geltung** bleiben“ (ErlRV 1482 BlgNR 13. GP 14).

(bei Saisonbetrieben) oder aber das Geschäftsjahr (Bilanzjahr; allenfalls Kalenderjahr) als Beobachtungszeitraum heranzuziehen sein.

Grundsätzlich waren seit Inkrafttreten des ArbVG 1974 sämtliche HeimarbeiterInnen als ArbeitnehmerInnen im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn anzusehen und zwar im Betrieb ihrer AuftraggeberInnen (ArbeitgeberInnen; definiert in § 2 Z 2 HeimAG), **obwohl sie** gemäß § 2 HeimAG ohne Gewerbeschein in ihrer eigenen Wohnung oder selbstgewählten Arbeitsstätte von ihren AuftraggeberInnen **im Regelfall mittels freien Dienstvertrags oder Werkvertrags beschäftigt werden**. Nur in Ausnahmefällen sind sie „echte“ (in persönlicher Abhängigkeit beschäftigte) ArbeitnehmerInnen.⁵⁶

Was war nun der Grund, dass diese spezielle „Randgruppe der Belegschaft“ ab 1974 unabhängig vom vertraglichen Status (Arbeitsvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag) in den ArbeitnehmerInnenbegriff der Betriebsverfassung einbezogen wurde? Die Vorgängergesetze des ArbVG, das Kollektivvertragsgesetz 1947 und vor allem das BRG 1947 enthielten noch einen engeren ArbeitnehmerInnenbegriff. Erst mit Inkrafttreten des ArbVG **per 01.07.1974** war die **Einbeziehung von HeimarbeiterInnen** erfolgt. Nach *Floretta/Strasser*⁵⁷ bringe § 36 Abs 1 ArbVG insofern eine Änderung gegenüber der früheren Rechtslage, als die HeimarbeiterInnen nun grundsätzlich zu den ArbeitnehmerInnen gerechnet würden. Gegenüber den bloß deklarativ erwähnten Lehrlingen stelle die nunmehr erstmals in den betriebsverfassungsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff aufgenommene Gruppe der HeimarbeiterInnen eine **konstitutive Erweiterung** des Kreises der im Rahmen eines Betriebs beschäftigten Personen dar.

Trotz ihres im Regelfall nicht vorhandenen ArbeitnehmerInnen-Status im vertragsrechtlichen Sinn sind sie in die Betriebsverfassung als „ArbeitnehmerInnen“ einbezogen und es gelten für sie einige Bestimmungen schon bei bloß oberflächlichem Bezug zum Betrieb, also sogar bei unregelmäßiger Beschäftigung bzw. Beauftragung (zB Teilnahmerecht an Betriebsversammlungen; Möglichkeit des Einbeziehens in Betriebsvereinbarungen). **Einige Bestimmungen des ArbVG** kommen für HeimarbeiterInnen aber nur bei engerem Betriebsbezug zur Anwendung.⁵⁸ Sie sind seit 1974 nur im Fall „regelmäßiger Beschäftigung“ aktiv wahlberechtigt zur Betriebsratswahl und zur Wahl weiterer Organe der ArbeitnehmerInnenschaft; außerdem sind sie diesfalls in den Betriebsversammlungen nicht nur teilnahme- sondern auch stimmberechtigt. Es musste diese „Regelmäßigkeit“ auch vorliegen, damit sie auf diverse Schwellenzahlen (Größe des Betriebsrats,

.....

⁵⁶ So ging etwa der OGH in 4 Ob 12/64, Arb 7935, von der Rechtsansicht ab, dass wegen des Fehlens der höchstpersönlichen Dienstleistungspflicht kein Arbeitsverhältnis vorliege. Das Höchstgericht qualifizierte Vereinbarungen, nach denen die Arbeit in der Wohnung verrichtet wird, als Arbeitsverhältnis, wenn bestimmte Arbeitsstunden einzuhalten sind und eine Kontrolle durch den/die ArbeitgeberIn vorliegt, die einem/einer Betriebszugehörigen entsprechend stattfindet. So auch VwGH 82/08/0154, infas 1985, 25; zitiert nach *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² Rz 4/158 und besonders ausführlich dargestellt bei *Warter*, Crowdwork 203 ff.

⁵⁷ Kommentar zum ArbVG (1975) 217.

⁵⁸ Näher siehe *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, ArbVR⁵, § 36 Rz 22 f; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 14 f; vgl auch *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (2008), § 49 Rz 4; Regelmäßige Beschäftigung bei Heimarbeitern: Im Fall von Heimarbeitsverhältnissen knüpft das Gesetz die Stimmberechtigung nach wie vor an das Vorliegen der regelmäßigen Beschäftigung iSd § 27 HeimAG. Die Definition der regelmäßigen Beschäftigung in § 27 HeimAG wurde zwar durch die Novelle zum HeimAG vom 28.04.1975, BGBl 1975/303, beseitigt, für die begriffliche Abgrenzung im ArbVG ist sie aber weiterhin zu beachten (vgl Art III BGBl 1975/303). Für die Beurteilung der regelmäßigen Beschäftigung iSd § 49 ArbVG muss wie bei den sonstigen Voraussetzungen der Tag der Belegschaftsversammlung herangezogen werden.

Freistellungsgrenzen) angerechnet werden konnten. Für die Grundfrage, ob überhaupt ein Betriebsrat zu wählen ist (ab fünf im Betrieb beschäftigten ArbeitnehmerInnen), blieben sie immer außer Betracht, egal ob regelmäßig oder unregelmäßig beschäftigt. Das passive Wahlrecht kam und kommt ihnen selbst bei regelmäßiger Beschäftigung nicht zu.⁵⁹

Mit der 2011 in Kraft getretenen Novelle des ArbVG, BGBl I 2010/101, blieb zwar der ArbeitnehmerInnenbegriff des § 36 ArbVG („*einschließlich [...] der Heimarbeiter*“) unverändert, aber es wurden nun sämtliche Gesetzespassagen, in denen auf die **Voraussetzung „regelmäßig beschäftigte Heimarbeiter** iSd § 27 HeimAG 1960“ abgestellt gewesen war, **ersatzlos aus dem Gesetzestext des ArbVG gestrichen**: § 49 Abs 1 (Stimmrecht in der Betriebsversammlung nur bei „Regelmäßigkeit“), § 50 Abs 2 (Berechnung der ArbeitnehmerInnen-Zahl für die Anzahl der Mandate des Betriebsrats), § 52 Abs 1 (aktives Wahlrecht bei der Betriebsratswahl), § 117 Abs 4 (Berücksichtigung für die Berechnung der ArbeitnehmerInnen-Zahl hinsichtlich Freistellungsgrenzen), §§ 124 Abs 6, 125 Abs 3, 126 Abs 4 (Stimmrecht, Schwellenzahl-Berücksichtigung und aktives Wahlrecht hinsichtlich Jugendversammlung und Jugendvertrauensrat). Allerdings **blieb der gänzliche Ausschluss der HeimarbeiterInnen vom passiven Wahlrecht zum Betriebsrat** (§ 53 Abs 3 Z 3) und zum Jugendvertrauensrat (§ 126 Abs 7 iVm § 53 Abs 3 Z 3 ArbVG) im Zuge der ArbVG-Novelle 2010 unverändert **bestehen**. Zur Streichung der Voraussetzung „*regelmäßig beschäftigt iSd § 27 HeimAG 1960*“ in den soeben genannten sieben Paragraphen führen die Gesetzgebungsmaterialien der ArbVG-Novelle 2010 aus: „*Durch diese Änderungen wird die obsolet gewordene Verweisung auf § 27 Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr.105/1961, gestrichen. Heimarbeiter zählen damit generell als Arbeitnehmer im Sinn des Betriebsverfassungsrechtes.*“⁶⁰

b. Weiterhin bestehende Relevanz der dauernden Beschäftigung

Bedeutet das nun, dass sämtliche HeimarbeiterInnen, ganz gleich ob sie nur äußerst selten und für sehr kurze Zeit (zB einige Minuten pro Monat) für den AuftraggeberInnenbetrieb arbeiten oder ob ihre Arbeiten regelmäßig geleistet werden und von großer (Weiterverarbeitungs-)Relevanz für den ArbeitgeberInnenbetrieb sind, den StammarbeitnehmerInnen „im Betrieb vor Ort“ völlig gleich gestellt wurden (vom passiven Wahlrecht abgesehen)? Ich denke nicht, dass der Gesetzgeber der ArbVG-Novelle BGBl I 2010/101 derartiges beabsichtigte.⁶¹ Denn dem eingangs zitierten, seit 1975 bestehenden **Art III der HeimAG-Novelle BGBl 303/1975** (siehe auch die Materialien, zitiert in FN 54) wurde ja mit der ArbVG-Novelle 2010 **nicht formell derogiert**, das heißt Art III wurde nicht ausdrücklich aufgehoben bzw außer Kraft gesetzt. Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Übergangsbestimmung materiell derogiert wurde, weil sie mit den nunmehrigen Bestimmungen des ArbVG, die ja die Unterscheidung „regelmäßig“ von „nicht regelmäßig“ im Gesetzeswortlaut nicht mehr enthalten, sinnvollerweise nicht mehr in Einklang gebracht werden kann und somit die jüngere und speziellere Norm (BGBl I 2010/101) die ältere Norm des Art III der HeimAG-Novelle BGBl 303/1975 im Hinblick auf Sinn und

⁵⁹ Dazu die ErlRV 840 BlgNR 13. GP 74: „Der Sonderstellung der Heimarbeiter wird durch ausdrücklichen Ausschluss vom passiven Wahlrecht Rechnung getragen.“

⁶⁰ ErlRV 901 BlgNR 21. GP 5.

⁶¹ AA Löschnigg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG, § 52 Rz 10. Wohl für die weiterhin bestehende Beschränkung beim aktiven Wahlrecht Windisch-Graetz in ZellKomm² § 36 Rz 6.

Zweck der Gesetzgebung (dh bezogen auf den *telos* des ArbVG in seiner seit 2011 geltenden Fassung) sachlich-materiell überlagert und beseitigt hätte.

Für eine „materielle Derogation“ müsste eine später erlassene Rechtsnorm mit der früher erlassenen in (unauflösbarem) Konflikt stehen,⁶² sodass vom Willen der Gesetzgebung auszugehen wäre, nur noch die jüngere Norm in Geltung zu belassen. Nun hatte aber § 27 HeimAG, auf den im ArbVG bis 31.12.2010 mehrfach (an sieben Stellen) verwiesen wurde, schon seit 1975 keine Bedeutung mehr, weil damals auch für unregelmäßig beschäftigte HeimarbeiterInnen die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eingeführt wurde und im Zuge dessen die Unterscheidung von regelmäßig/unregelmäßig beschäftigt aufgehoben worden war.⁶³ Der Verweis „iSd § 27 HeimAG 1960“ war also rund 35 Jahre lang (von 01.07.1975⁶⁴ bis 31.12.2010) ins Leere gegangen, er hatte aber dennoch seinen Zweck erfüllt und auch zum Ausdruck gebracht: Nach den Gesetzesmaterialien (siehe FN 54) sollte die **betriebsverfassungsrechtliche Stellung** der HeimarbeiterInnen so **wie seit 01.07.1974** (ArbVG-Inkrafttreten) **fixiert** bleiben.

Meines Erachtens sprechen starke teleologische Erwägungen dafür, dass auch die per 01.01.2011 erfolgten Streichungen der Verweise auf den längst nicht mehr „sinnvollen und passenden“ § 27 HeimAG nichts am weiter bestehenden gesetzgeberischen Willen ändert, nur regelmäßig (dh mit zumindest einem Drittel der „durchschnittlichen Betriebsarbeitszeit oder -menge“; siehe Abschnitt „HeimarbeiterInnen und Betriebsverfassung“) beschäftigte HeimarbeiterInnen mit dem aktiven Betriebsrats-(und Jugendvertrauensrats)-Wahlrecht und mit Stimmrecht in der Betriebsversammlung (Jugendversammlung) auszustatten sowie bei bestimmten Schlüsselzahlen zu berücksichtigen. Trotz des geänderten (um den Verweis auf § 27 HeimAG reduzierten) Wortlauts der §§ 49, 50, 52, 117 und 124–126 ArbVG ist festzustellen, dass die seit rund 40 Jahren bestehende Vorschrift des Art III BGBl 303/1975 und die neueren Normen der ArbVG-Novelle 2010 nicht denselben Tatbestand aufweisen und auch die angeordneten Rechtsfolgen nicht unvereinbar sind. Es wären aber „Unvereinbarkeit der Rechtsfolgen“ und „gleicher Tatbestand“ die notwendigen Voraussetzungen, um von einer inhaltlichen Außerkraftsetzung („materieller Derogation“) des Art III BGBl 303/1975 ausgehen zu können.⁶⁵

Bei nur sehr vereinzelt und kurzen, nicht dauerhaften Zuarbeiten durch HeimarbeiterInnen im weiteren Sinne wäre es zudem unverständlich und mit dem *telos* der Betriebsdemokratie nicht

62 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 495 f.

63 Noch die Regierungsvorlage (1482 BlgNR 13. GP 5 und 22) hatte sehr wohl diese Unterscheidung in § 27 Abs 1 HeimAG vorgesehen (mit dem Zusatz, dass schon bei drei Wochen innerhalb der letzten dreizehn Wochen ebenfalls Regelmäßigkeit gegeben gewesen wäre), aber im BGBl wurde § 27 HeimAG ohne jegliche Einschränkung verlautbart. Mit der HeimAG-Novelle 1992, BGBl I 836/1992, erhielt der zwischenzeitlich durch mehrere Novellen veränderte § 27 die Bezeichnung „§ 25“, womit **ab 01.01.1993** die sieben Verweise auf „im Sinne des § 27 [...] regelmäßig beschäftigt“ **noch absurder** wurden. Vgl den IA 420/A BlgNR 18. GP 1 und AB 842 BlgNR 18. GP 3.

64 Inkrafttreten gemäß Art V Abs 1 BGBl 303/1975.

65 *Kletečka in Koziol/Welser*³ Bd 1, 37. Hier wurde aber gerade kein neuer Tatbestand geschaffen, sondern bloß ein Verweis aus den im Übrigen unveränderten Tatbeständen entfernt, weil die Gesetzgebung diesen Verweis fälschlich für „obsolet“ hielt (auf die Bedeutung des Art III BGBl 303/1975 hatte der Gesetzgeber vermutlich vergessen). Die oben zitierten Gesetzesmaterialien aus 2010, die von „*obsolet gewordene Verweisung auf § 27 Heimarbeitsgesetz 1960*“ sprechen, sind zwar Quelle für die historische Interpretation (die gegenüber der teleologischen Interpretation weder vorrangig noch nachrangig ist) der Streichungen in sieben ArbVG-Paragrafen, teleologische Erwägungen führen meines Erachtens aber zu einem Ergebnis „contra Gesetzesmaterialien“.

vereinbar, wenn eine unüberschaubar große Zahl an „externen ZuarbeiterInnen“ Betriebsversammlungen und Betriebsratswahlen stark beeinflussen oder gar dominieren könnte.⁶⁶ Somit steht meines Erachtens trotz der seit 2011 entfallenden Verweise auf § 27 HeimAG (alt) in den sieben erwähnten Passagen des ArbVG der Art III der HeimAG-Novelle BGBl 303/1975 weiterhin in Geltung. Die (damalige) historische Absicht des Gesetzgebers (siehe FN 55), nämlich die Unterscheidung von „regelmäßig“ und „unregelmäßig“ beschäftigten HeimarbeiterInnen, hat – am Gesamtelos der Betriebsverfassung orientiert – nach wie vor ihre Berechtigung.⁶⁷

Zu betonen ist dabei aber, dass diese Unterscheidung nur für Wahlrecht, Stimmrecht und Schlüsselzahlen bedeutsam ist. **Für die Ausübung der Mitwirkungsrechte** betreffend die HeimarbeiterInnen war und ist **diese Differenzierung ohne Relevanz**: Der Betriebsrat ist berufen, **sämtliche HeimarbeiterInnen** mitzuvertreten (vgl § 36 Abs 1 ArbVG), egal in welchem Umfang, in welcher Arbeitsdichte oder Arbeitsfrequenz sie für BetriebsinhaberInnen (AuftraggeberInnen bzw Arbeit[ver]geberInnen) tätig sind.

c. Gründe für die bloße Teil-Gleichstellung von HeimarbeiterInnen

Warum **differenziert** nun das ArbVG bei dieser disloziert arbeitenden „Randbelegschaft“, die im Regelfall keine Arbeitsverträge hat, in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht **in vierfacher Weise** (keinerlei Berücksichtigung/unregelmäßige Beschäftigung/regelmäßige Beschäftigung/volle Gleichstellung mit vertragsrechtlichen ArbeitnehmerInnen) und etabliert somit partielle Gleichstellungen mit der sich in „Normalarbeitsverhältnissen“ befindenden Stammebelegschaft der AuftraggeberInnen? Die Gesetzgebungsmaterialien der Stammebelegschaft des ArbVG, wo ja HeimarbeiterInnen erstmals zum Kollektiv der betrieblich Beschäftigten hinzugenommen wurden, treffen zu dieser Frage einige Erläuterungen, vor allem hinsichtlich Homogenität der Interessen.⁶⁸ Ein Mindestmaß an Beschäftigung und damit Bedeutung für die arbeitstechnische Betriebsorganisation ist aber meines Erachtens Voraussetzung für „volles“ (der Stammebelegschaft gleichgestelltes) Stimmrecht in Betriebsversammlungen, für das aktive Wahlrecht und für die Be-

.....

⁶⁶ Als weiteres teleologisches und vor allem logisch-systematisches Argument der Interpretation jener sieben Gesetzesstellen des ArbVG, aus denen der wörtliche Verweis auf § 27 HeimAG (alt) beseitigt wurde, ist anzuführen, dass als Voraussetzung für das aktive Betriebsrat-Wahlrecht in § 52 Abs 1 ArbVG die Beschäftigung an zwei Stichtagen gegeben sein muss: am Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstands sowie am Tag der Betriebsratswahl. Die Zufälligkeit, dass ein/eine sehr selten beschäftigter/beschäftigte HeimarbeiterIn, die zB bloß an vier Halbtagen pro Jahr für ihren/ihre AuftraggeberIn arbeitet, an diesen beiden Tagen ihre „Halb-Arbeitstage“ hatte und nun aktiv wählen darf, kann als *argumentum ad absurdum* für die Auslegung der §§ 49, 50, 52, 117 und 124–126 ArbVG ins Treffen geführt werden. Ebenso absurd wäre ein Freistellungsanspruch des Betriebsrats gemäß § 117 Abs 1 ArbVG bei beispielsweise 30 StammarbeitnehmerInnen im Betrieb, aber 125 bloß sehr selten zuarbeitenden HeimarbeiterInnen.

⁶⁷ Das deutsche BetrVG regelt in § 5 Abs 1, dass ArbeitnehmerInneneigenschaft und aktives (§ 7) sowie passives (§ 8) Wahlrecht für jene HeimarbeiterInnen besteht, „die in der **Hauptsache** für den Betrieb arbeiten“. Bestimmend ist dafür das Verhältnis der Tätigkeit für den fraglichen Betrieb zur Tätigkeit für andere Betriebe (*Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, BetrVG¹⁵ § 7 Rz 34).

⁶⁸ „Arbeitnehmer im Sinne des § 36 Abs 1 sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch Heimarbeiter. [...] Die zweifellos vorhandene Sonderstellung der Heimarbeiter **rechtfertigt nicht deren Ausnahme von der Betriebsverfassung, da ihre Interessen im grundsätzlichen nicht von den Interessen der übrigen Arbeitnehmer abweichen**. Auf ihre Sonderstellung wird durch Beschränkung des Stimmrechts in der Betriebsversammlung (§ 49 Abs 1) und des aktiven Wahlrechts (§ 52 Abs 2), Ausschluss vom passiven Wahlrecht § 53 Abs 3 Z 3 ArbVG) und in der Weise Bedacht genommen, dass Heimarbeiter grundsätzlich nicht auf die für die Zahlengrenzen relevanten Beschäftigungszahlen angerechnet werden.“ (Hervorhebungen nachträglich hinzugefügt; ErlRV 1482 BlgNR 13. GP 69 und 143; AB 1544 BlgNR 13. GP 143); siehe auch *Lindmayr*, Handbuch der Arbeitsverfassung (2015) 60; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36, nach dem Gesetzestext.

rücksichtigung bei Größe und Freistellungsgrenzzahlen des Betriebsrats und Jugendvertrauensrats.

Grund und Normzweck für die „selektive“ Teil-Gleichstellung von HeimarbeiterInnen mit StammarbeitnehmerInnen des Betriebs kann meines Erachtens nur sein, dass die betrieblichen Vertretungsorgane, allen voran der Betriebsrat, eine entsprechende Größe (Mitgliederstärke) und entsprechende Kompetenzen und Aufgaben (zB Anregungen der regelmäßigen HeimarbeiterInnen in der Betriebsversammlung entgegennehmen) haben sollen, wenn die betriebliche „Stammebelegschaft“ relativ klein, die Zahl der disloziert zuarbeitenden HeimarbeiterInnen aber relativ groß ist. Motiv der Gesetzgebung (des ArbVG 1974 sowie der HeimAG-Novelle 1975) für die Beibehaltung der Differenzierung regelmäßig/unregelmäßig könnte zudem gewesen sein, dass ebenso wie bei den überlassenen Arbeitskräften eine gewisse Dauerhaftigkeit (und Kalkulierbarkeit) der Beschäftigung und der zugeliferten Arbeitsmengen vorhanden sein müsse, um das Organ Betriebsrat entsprechend „zu vergrößern“. Ein weiterer Normzweck ist der Ausklammerung aus § 53 ArbVG (passives Wahlrecht) zu entnehmen: Selbst HeimarbeiterInnen mit engen Bezug zum Betrieb (da regelmäßig beschäftigt) sollen an der internen Willensbildung und Mandatsermittlung der „vor Ort“ arbeitenden Stammebelegschaft nicht als Organmitglieder teilnehmen können. Wählbar soll nur jemand sein, der/die als Gegenüber des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin im Betrieb regelmäßig anwesend ist – und das, von Saisonbeschäftigten abgesehen,⁶⁹ seit zumindest sechs Monaten (vgl § 53 Abs 1 Z 2 ArbVG).

d. Parallelen und Unterschiede zwischen Crowd- und HeimarbeiterInnen

Auf den ersten Blick fallen virtuelle CrowdworkerInnen, die wie im obigen Beispiel mit *taggen* (katalogisieren, beschreiben) und mit dem Übersetzen von Kfz-Komponenten beschäftigt sind, nicht unter den HeimarbeiterInnenbegriff. Denn es müssten gemäß § 2 Z 1 HeimAG „Waren“ hergestellt, be- oder verarbeitet bzw verpackt werden. Zu bedenken ist dabei jedoch, dass die Rspr sowohl hinsichtlich des Warenbegriffs als auch punkto manueller Tätigkeit mitunter großzügig war und sowohl das Adressieren von Briefumschlägen als auch das Zusammenfassen von Adressen als Gegenstand der Heimarbeit anerkannte.⁷⁰ Der VwGH legt den Begriff „Waren“ zwar so weit aus, dass **minderqualifizierte Schreibaarbeiten** unter den **Geltungsbereich des HeimAG** subsumiert werden können, qualifizierte Tätigkeiten wie Übersetzungsarbeiten jedoch nicht.⁷¹

Seit vielen Jahren (beginnend mit der StGB-Novelle BGBl 1987/605) sind aber zB Softwareprogramme und digitalisierte Informationen zumindest strafrechtlich den „Sachen“ (§§ 285 ff ABGB) gleichgestellt (vgl §§ 126a und 126b StGB), weshalb sich die Frage stellt, warum das durch simple *clicks* und ohne höhere intellektuelle Leistung erfolgende Bearbeiten, Testen und Verbessern von Software oder Websites nicht den gleichen Tätigkeiten an „Waren“ entsprechen

⁶⁹ Vgl § 53 Abs 5 und Abs 6 ArbVG.

⁷⁰ VwGH 606/66, Arb 8256; VwGH 0598/72, VwSlg 8406 (A); siehe auch FN 7 und 35.

⁷¹ VwGH 27.10.1972, 0835/72; eingehend *Ritzberger-Moser/Widorn*, HeimAG 1960 (1995) 15 ff; *Tomandl* in *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 15; besonders ausführlich *Warter*, Crowdwork 203 ff (226).

soll. Auch der Warenbegriff des Unternehmensrechts (§§ 373 ff UGB) erfasst „Energie“ oder „Standardsoftware“.⁷²

Zurück zu unserem Ausgangsfall: Auf die Frage, welche Mitwirkungsrechte für die InhaberInnen sämtlicher betroffener Arbeitsplätze (im Betrieb Linz und auf der Internet-Plattform) bestehen, kann in Anbetracht der uneinheitlichen, fast schon kautelarischen Judikatur zum HeimarbeiterInnenbegriff keine abschließende Antwort gegeben werden. Sicher ist aber: Für die Stammebelegschaft in Linz kann vom örtlichen Betriebsrat jedenfalls über die §§ 89–91 und 108–110 ArbVG einiges an Mitgestaltung bei der geplanten Arbeitsorganisations-Änderung bewirkt werden. Ob darüber hinaus der Betriebsrat auch **zugunsten der „KollegInnen im Cyberraum“ mitbestimmen** und mitgestalten kann, ist meines Erachtens zumindest bei einigen spezifischen Mitwirkungsrechten zu bejahen. So können nach meinem Dafürhalten gemäß §§ 98 und 99 ArbVG Empfehlungen für die Anzahl der CrowdworkerInnen und deren Qualifikationsanforderungen abgegeben werden, kann sich der Betriebsrat mit dem/der BetriebsinhaberIn über einzelne Engagements beraten, die ja über die Plattform „GW Ltd.“ vermittelt werden und können nach § 89 ArbVG **Kontrollen der Entgelte** oder der **Meldungen zur Sozialversicherung** vorgenommen werden. Sicher ist das mangels einschlägiger und klarer Rsp aber nicht.

2.4.3 Mittelbare Arbeitsverhältnisse und Betriebsverfassung

In der Lehre⁷³ wird vertreten, dass zB MusikerInnen, die in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis zu einer Kapellmeisterin stehen oder Ziegelerbeiter, deren unmittelbares Arbeitsverhältnis mit einem „Ziegelmeister“ besteht, dann dem Betrieb der Arbeitsergebnis-VerwerterInnen angehören, wenn das Rechtsverhältnis des Kapellmeisters oder der Ziegelmeisterin mit dem/der BetriebsinhaberIn ein ausreichend stabiles ist, sodass man von einer engen Bindung an dessen/deren Betrieb sprechen kann. Gigworker können also durchaus mit der Crowd einer Musikkapelle oder mit extern zuarbeitenden MitarbeiterInnen verglichen werden; Zwischenmeisterin ist hier die plattformbetreibende juristische Person, die ja in der Regel ein stabiles Rechtsverhältnis zu den ArbeitvergeberInnen haben wird. Unter Heranziehung dieses Arguments können CrowdworkerInnen daher auch zum Betrieb von CrowdsourcerInnen zugeordnet werden, wobei für das aktive Wahlrecht und Stimmrecht meines Erachtens analog das Regelmäßigkeits-Beschäftigungsausmaß (siehe Abschnitt „HeimarbeiterInnen und Betriebsverfassung“) heranzuziehen wäre.⁷⁴

2.4.4 Arbeitskräftepool und Betriebsverfassung

Fallweise beschäftigte Personen sind nach den §§ 471a ff ASVG jene, die in unregelmäßiger Folge tageweise bei denselben DienstgeberInnen beschäftigt werden, sofern dies für einen

72 *Zöchling-Jud in Torggler*, UBG², § 381 Rz 2, zitiert nach *Warter*, Crowdwork 229 ff.

73 *Floretta/Strasser* aaO 222. Vgl zu diesen „Gruppenarbeitsverhältnissen“ auch *Löschnigg*, AR¹² 221 f.

74 Bei nur sehr vereinzelt und kurzen, nicht dauerhaften Zuarbeiten wäre es unverständlich und mit dem Telos der „Betriebsdemokratie“ nicht vereinbar, wenn eine unüberschaubar große Zahl an „externen ZuarbeiterInnen“ Betriebsversammlungen und Betriebsratswahlen stark beeinflussen oder gar dominieren könnte.

kürzeren Zeitraum als eine Woche vereinbart ist.⁷⁵ Gegenstand der Rsp waren in den letzten Jahren vor allem der wegweisende Fall *Peek & Cloppenburg*,⁷⁶ wo es um sogenannte „Bedarfsarbeitsverträge“ bzw Arbeit auf Abruf ging, der Fall einer Expeditarbeiterin aus einem Pool von 43 Personen⁷⁷ sowie mehrere Fälle von fallweisen KellnerInnen-Arbeiten auf Abruf, welche die gleiche Diskothek in der Steiermark betrafen.⁷⁸ Aber schon die Rechtssache eines fallweise, aufgrund eines Rahmenarbeitsvertrags immer wieder engagierten Detektivs⁷⁹ hatte gewissermaßen eine „Bedarf-Konsens-Vereinbarung“ als Grundlage gehabt und war – noch vor der umfassenden Einbeziehung freier Dienstverhältnisse und neuer Selbständiger in die Sozialversicherung im Jahre 1998 – zu einem gewissen Präjudiz für nachfolgende Entscheidungen zu Arbeit auf Abruf oder Rahmenarbeits(konditionen)vereinbarungen geworden.

Der OGH differenziert in diesen Fällen (zwei Entscheidungen, nämlich die Vorlage-Entscheidung aus 2002⁸⁰ und die Entscheidung 2004⁸¹ zum damals etwa 800 Personen umfassenden Pool des Bekleidungshauses *Peek & Cloppenburg*, betrafen den gleichen Fall) danach, ob eine bloße Rahmenkonditionen-Vereinbarung vorliegt und praktiziert wird, oder aber ein Rahmenarbeitsvertrag. Zu unterscheiden ist nach der Rsp, ob die Pool-ArbeitnehmerInnen selbst gewählt – und ohne Sanktion bei Ablehnung – nur sporadisch zur Abdeckung von Belastungsspitzen aus dem Pool abgerufen werden (= Rahmenkonditionenvereinbarung), oder ob sie **zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs** in gewisser **Regelmäßigkeit** eingesetzt werden (= Rahmenarbeitsverhältnis). Das Höchstgericht war aber nicht mit der Frage befasst, inwieweit die auf Abruf bereitstehenden ArbeitnehmerInnen im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn zur Belegschaft der fallweise abrufenden BetriebsinhaberIn zählen.

Meines Erachtens wird auch hier zwischen Unregelmäßigkeit und Regelmäßigkeit der tatsächlichen Einbindung in die Betriebsorganisation zu differenzieren sein, analog dem 1975 außer Kraft gesetzten, für das ArbVG aber gemäß Art III BGBl 303/1975 noch immer geltenden § 27 HeimAG (alt). Anknüpfungsfähig ist dafür meines Erachtens die oben in Abschnitt „HeimarbeiterInnen und Betriebsverfassung“ dargestellte „13 aus 39 Wochen-“ bzw „26 aus 78-Wochen-Regelung“: Etwa ein Drittel des Arbeitszeitumfangs eines/einer typischen Stammarbeitnehmers/Stammarbeitnehmerin wäre vorauszusetzen⁸², um diese Pool-ArbeitnehmerInnen auch bei Betriebsratswahlen aktiv mitwählen zu lassen. Für die (stimmrechtslose) Teilnahme an Betriebsversammlungen und die **Ausübung der meisten Mitwirkungsrechte** gegenüber den jeweiligen BetriebsinhaberInnen wäre jedoch, analog der Regelung in § 36 Abs 1 ArbVG betreffend HeimarbeiterInnen, **keine Mindestbeschäftigungs-Dichte**, dh kein regelmäßiges Abrufen ihrer

75 Zu sozialversicherungsrechtlichen Aspekten dieser Beschäftigungsform siehe Kapitel „Sozialversicherung in der Gig-Economy“. Diese Bestimmung tritt freilich am 31.12.2017 außer Kraft.

76 OGH 08.08.2002, 8 ObA 277/01w, DRdA 2002, 505 (*Mosler*); 8 ObA 116/04y, DRdA 2005/33 (*Schwarz*).

77 OGH 8 ObA 87/10t, Arb 13.011.

78 OGH 8 ObA 32/13h, 8 ObA 50/13f, 8 ObA 8/14f; 9 ObA 153/13k, 9 ObA 154/13g; wenn auch in den Diskothek-Fällen nach einem gewissen „Dienstplan“, der aber seitens der Arbeitskräfte problemlos verändert werden konnte. Wie *M. Friedrich* (ASoK 2006, 12), *Ogriseg* (ZAS 2014/51) und *Mosing* (ZAS 2014/41) festhalten, differenziert der OGH nach der „Dichte“ der tatsächlichen Inanspruchnahme der ArbeitnehmerInnen, also nach der Frequenz der Arbeitseinsätze.

79 OGH 28.08.1997, 8 ObA 2347/96x.

80 OGH 8 ObA 277/01w, DRdA 2002/48 (*Mosler*).

81 OGH 8 ObA 116/04y, DRdA 2005/33 (*Schwarz*).

82 Dies ist in Unternehmen, die typischerweise viele Teilzeitbeschäftigte im Stammpersonal führen, gar nicht so viel.

Arbeitskraft aus dem Pool, Voraussetzung. Hingegen wäre das passive Wahlrecht zum Betriebsrat von Pool-MitarbeiterInnen, selbst bei mehr als sechsmonatiger Beschäftigung im Rahmen des Betriebs (§ 53 Abs 1 Z 2 ArbVG) meines Erachtens nur dann gegeben, wenn Arbeitszeit oder Arbeitsmenge der Pool-Arbeitskräfte zu mindestens einem Drittel jener der BetriebsarbeitnehmerInnen entsprechen.⁸³ Aus dem Pool der über Linz und Dublin koordinierten sowie der so organisierten Crowd wären dann bloß die Intensiv-CrowdworkerInnen im Betrieb Linz aktiv wahlberechtigt.

2.4.5 ArbeitnehmerInnen in Betriebsteilen (Arbeitsstätten) im Ausland

Grundsätzlich gilt das Territorialitätsprinzip, weshalb die §§ 33 ff ArbVG nur für inländische Arbeitsstätten, Betriebe, Unternehmen und Konzerne Anordnungen treffen können.⁸⁴ Was aber die Zugehörigkeit ausländischer Arbeitsstellen oder einzelner im Ausland beschäftigter ArbeitnehmerInnen zu einem inländischen Betrieb betrifft, sind zwei höchstgerichtliche Entscheidungen von Bedeutung.

Die Entscheidung OGH 9 ObA 88/97z⁸⁵ betraf Außendienstmitarbeiter im Ausland: „Wesentlich für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 36 Abs 1 ArbVG erfüllt sind, ob also ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebes beschäftigt ist, ist in welchem Ausmaß eine Eingliederung in den Betrieb erfolgt. Es gibt in vielen Betrieben Beschäftigte, die außerhalb des Betriebes tätig sind (zB die angestellten Reisenden etc.). Solche Personen zählen trotz der ständigen räumlichen Trennung vom Betrieb zu den Arbeitnehmern im Sinne des II. Teiles des ArbVG. Die Forderung des Gesetzes nach **Beschäftigung im Betrieb darf in diesem Fall nicht lokal gedeutet werden** (Strasser, Handkommentar 222 f). Zu prüfen ist jeweils, ob der betreffende Arbeitnehmer, wenn er nicht am Betriebsort tätig ist, in einer so engen Beziehung zum Betrieb steht, daß er als dem Betrieb noch zugehörig betrachtet werden kann, ob er ungeachtet seiner außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch als **Glied der betrieblichen Organisation** gesehen werden kann.

Dabei ist zu beachten, daß unter Berücksichtigung der nunmehr zur Verfügung stehenden **Kommunikationsmöglichkeiten** eine **organisatorische Eingliederung disloziert tätiger Dienstnehmer in viel weiterem Umfang möglich ist als in der Vergangenheit**, als die Kontaktaufnahme auf größere Entfernungen wesentlich schwerer möglich war. Dies zeigt auch der vorliegende Fall. Die Auslandsmitarbeiter führen mehrmals wöchentlich mit ihrem Vorgesetzten Gespräche über alle wesentlichen Fragen ihrer Tätigkeit, eine Kommunikation, die, abgesehen vom persönlichen Kontakt, vermutlich nicht anders ablaufen würde, wenn sie im Bereich des Betriebsstandortes tätig wären. Der Umstand, daß es sich um ausländische Staatsbürger handelt, die ihre Tätigkeit im Ausland verrichten und persönlich nur selten in den Betrieb kommen, ändert nichts daran, daß es sich bei den betroffenen

.....
⁸³ Im Unterschied zu HeimarbeiterInnen sind Pool-ArbeitnehmerInnen ja tatsächlich (fallweise) vor Ort im Betrieb tätig; deshalb muss die Analogie zu § 27 HeimAG (alt) bzw ein Analogieschluss aus Art III BGBl 303/1975 hier meines Erachtens anders ausfallen.

⁸⁴ Strasser in *Jabornegg/Resch/Strasser*, ArbVG § 33 Rz 17.

⁸⁵ OGH 9 ObA 88/97z, DRdA 1998, 183 (*Hoyer*); siehe auch *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht³ § 34 Rz 47 und § 36 Rz 18; *Kallab* in *ZellKomm*² § 49 Rz 3 f.

Mitarbeitern um Angehörige des Betriebes der beklagten Partei im Sinne des § 36 ArbVG handelt.“ (Hervorhebungen nachträglich hinzugefügt)

In der Entscheidung des OGH 9 ObA 54/09w wird unter Bezugnahme auf die soeben zitierte Entscheidung weiter vertieft: *„Dabei ist jeweils zu prüfen, ob der betreffende Arbeitnehmer in einer so engen Beziehung zum Betrieb steht, dass er als dem Betrieb noch zugehörig betrachtet werden und ob er ungeachtet seiner außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch als Glied der betrieblichen Organisation gesehen werden kann. In dem Zusammenhang ist zu beachten, dass unter Berücksichtigung der nunmehr zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten eine organisatorische Eingliederung disloziert tätiger Dienstnehmer in viel weiterem Umfang möglich ist als in der Vergangenheit, als die Kontaktaufnahme auf größere Entfernungen wesentlich schwerer möglich war [...]. Der Kläger erhielt für seine Arbeitstätigkeit im Ausland auch Aufwandsersatz und Diäten, die über das Werk in Graz abgerechnet wurden. Sowohl die **Lohnverrechnung** als auch **sämtliche Personalangelegenheiten** in Bezug auf den Kläger wurden über das Werk in Graz abgewickelt. Angesichts dieses Sachverhalts [...] [ist] der Kläger (im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn) als Arbeitnehmer des Betriebs der Beklagten in Graz anzusehen (§ 36 ArbVG)“.* (Hervorhebungen nachträglich hinzugefügt)

Auf unseren Fall übertragen ist jedenfalls festzuhalten, dass der Betrieb Linz in Zusammenhang mit der Beschäftigung der externen CrowdworkerInnen über die in Irland ansässige Plattform nicht lokal, sondern vielmehr arbeitsorganisatorisch zu betrachten ist. Weisungen, Zielvorstellungen (Projektbeschreibung) und Arbeitsvorgaben der CC GmbH werden in der Regel von der Plattform weiterkommuniziert; sie ist insofern „Anwerberin“ und Kommunikationsmedium (sowie Transport-Dienstleisterin für digitale Arbeitsergebnisse) im Auftrag der Stammbetriebsinhaberin. Sollten nicht ohnehin beide Unternehmen als gemeinsame Betriebsinhaberinnen des um den virtuellen Raum erweiterten Linzer Betriebs sein (siehe Abschnitt „Wer ist BetriebsinhaberIn?“), dann könnten zumindest die entsprechend häufig oder umfangreich zuarbeitenden CrowdworkerInnen (die „Regelmäßigkeit“ wäre anhand von Arbeitsmenge oder Arbeitszeit zu beurteilen) zur Belegschaft des Linzer Betriebs zu zählen sein.

Denn die CrowdworkerInnen arbeiten ja nicht einmal im Ausland, sondern befinden sich (vielfach) bloß dort, mitsamt den technischen Geräten und sonstigen Betriebsmitteln, die sie zum Komponenten-Beschreiben (*taggen*) oder zum Übersetzen einsetzen. Der Raum, in dem sie arbeiten, ist aber weder in Irland noch in Österreich noch im Aufenthaltsstaat der einzelnen CrowdworkerInnen zu verorten. „Digitale Nomaden“ arbeiten in geografisch nicht festzumachenden digitalen Räumen; ihre Zuarbeiten (Arbeitsergebnisse) kommen in unserem Fall eindeutig im Betrieb Linz an, wo sie dann von der Arbeitvergeberin und Betriebsinhaberin CC GmbH verwertet werden können.

Alternativ könnte sich ein Betrieb „Plattformarbeiten für die CC GmbH“ abzeichnen, da hier punkto Arbeitsorganisation, Betriebsmittel und Betriebszweck eine gewisse Abgeschlossenheit und Eigenständigkeit besteht, wenn zB 50 CrowdworkerInnen aus verschiedenen Staaten am selben Projekt arbeiten. Das Projekt, gekennzeichnet durch die Arbeitsaufträge und deren Ergebnis-Rückführung nach Österreich wäre dann unter Umständen als Betrieb zu betrachten, zumindest wenn es eine gewisse Dauerhaftigkeit und „Einheitlichkeit der Arbeitsorganisation“ auf-

weist. Die bereits dargestellten Rechtsbehelfe der §§ 34 Abs 2 und 35 ArbVG (Feststellungsklage oder Rechtsgestaltungsklage, ob/dass ein Betrieb vorliegt) könnten sich als nützlich erweisen.

Falls sich eine mindestens fünf Personen umfassende Crowd in einen gemeinsamen Co-Working-Space (Mieträumlichkeiten, typischerweise für Soloselbständige oder Kreative angeboten) einmietet, dann könnte – vor allem bei entsprechender Bedeutung des Standorts für die Organisation bzw Koordination der Gig-Tasks – hier der Betrieb zu verorten sein. Dies umso eher, wenn diese Crowd in gewisser Dauerhaftigkeit und in arbeitsorganisatorischer Einheitlichkeit am gleichen Projekt (= Betriebszweck) arbeitet.

2.5 Mitwirkungsrechte zur Vertretung von Belegschaft und Randbelegschaft (Arbeitskräftepool)

Zu untersuchen ist nun, wie sich der Betriebsrat – und „betriebsübergreifend“ der Zentralbetriebsrat, die Konzernvertretung oder der Europäische Betriebsrat (§§ 113, 171 ff ArbVG) – für die Belegschaft einsetzen können. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie sich die Organe der Arbeitnehmerschaft, je nach Zuständigkeitsebene, für die über die Plattform zuarbeitenden Belegschaftsgruppen engagieren könnten.

Die CC GmbH beschäftigt deutlich mehr als 300 ArbeitnehmerInnen und hat daher gemäß § 29 GmbHG einen **Aufsichtsrat**, in dem der Zentralbetriebsrat ein Drittel der Sitze innehat; von wenigen Ausnahmen abgesehen haben die ArbeitnehmerInnen-VertreterInnen im Aufsichtsrat die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung der GmbH entsandten KapitalvertreterInnen (§ 110 Abs 3 ArbVG). Allerdings sitzen die Unternehmens-EignerInnen (hier: die CC Holding AG in Deutschland, die sämtliche Gesellschaftsanteile in der Generalversammlung der österreichischen GmbH hat) bei Struktur- und Organisationsentscheidungen vor allem aus folgendem, verfassungsrechtlich abgesicherten Grund am längeren Hebel: Es bestehen für die ArbeitnehmerInnen-VertreterInnen sowohl auf Betriebsebene (ArbVG) als auch im Aufsichtsrat (hier sind vor allem das GmbHG und UGB maßgeblich) wegen der bloßen Drittel-Repräsentation von ArbeitnehmerInnen-VertreterInnen keine „Veto“-Möglichkeiten oder Unterlassungsansprüche⁸⁶ nach dem kollektiven Arbeitsrecht oder dem Gesellschaftsrecht. Das Arbeitsrecht ist hier meist schwächer als die Grundrechte jeder UnternehmerIn auf Freiheit des Eigentums (an Produktionsmitteln) und auf Erwerbsfreiheit.⁸⁷ Beim Crowdsourcing und ähnlichen webbasierten Arbeitsformen der Gig-Economy wäre nun aufgrund der Verfügungsmacht des Eigentümers/der Eigentümerin (hier: CC Holding AG, BRD) zu befürchten, dass VergeberInnen-Belegschaften sowie Plattform-Belegschaften (Gigworker-Pools auf Abruf) noch geringere Mitgestaltungsmöglichkeiten und durchsetzbare Mitwirkungsrechte vorfinden könnten. Ein genauer Blick in den Katalog an kollektiven Mitbestimmungsrechten, aber auch in

.....
⁸⁶ Lediglich § 111 Abs 2 ArbVG sieht für den Fall eines laufenden Branchen-Schlichtungskommissions-Verfahrens aufgrund Einspruchs des Betriebsrats ein maximal vierwöchiges Stillhaltegebot des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin vor, falls dieser/diese eine Betriebsstilllegung plant.

⁸⁷ Näher siehe *Öblinger*, Verfassungsrechtliche Probleme der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen (1982); *Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung (1984).

die Möglichkeiten der Vorab-Prüfung zustimmungspflichtiger Geschäfte im Aufsichtsrat (§ 30j Abs 5 GmbHG),⁸⁸ zeigt hingegen, dass für die betroffene Belegschaft vor Ort, unter Umständen aber auch für die betroffene Randbelegschaft, einiges bewirkt werden kann.

Sollten in unserem Ausgangsfall der Betriebsrat Linz und der Zentralbetriebsrat bloß ihre (Stamm-)WählerInnen vor Augen haben und die zuarbeitende **Crowdbelegschaft völlig ignorieren**, wären sie **schlecht beraten**. Denn durch Lohndumping-Druck (es entsteht über die Plattform eine nicht kollektivvertraglich gebundene, zweite Entgeltlinie), durch allfällige Qualitäts- und Kompetenzverluste für das Unternehmen und den Standort, durch Daten-Auslagerung auf die Plattform und weitere Begleiterscheinungen des Crowdsourcens (Erhöhung des Arbeitsdrucks, Qualitätskontrolldruck auf verbleibende ArbeitnehmerInnen) kann eine Gefährdung der Zukunftsperspektive der Standorte in Oberösterreich entstehen.⁸⁹

2.5.1 Mitwirkungsrechte zugunsten der Stammebelegschaft des Betriebs Linz

Der/Die BetriebsinhaberIn (hier: das unternehmensintern bevollmächtigte Management des Betriebs Linz) hat den Betriebsrat bereits **am Beginn des Planungsstadiums** über die beabsichtigte Änderung der Arbeits- und Betriebsorganisation sowie Einführung neuer Arbeitsmethoden (§ 109 Abs 1 Z 4 und Z 5) zu **informieren**. Über geplante Betriebsänderungen, Betriebsübergänge, Arbeitsorganisationsänderungen und andere Planungen, die relevant für Arbeitsverträge oder Arbeitsplätze sein können⁹⁰, sind sodann auf Verlangen des Betriebsrats **Beratungsgespräche** anzuberaumen und im Sinne des Gesetzeszwecks zu führen. Unter „Beginn der Planung“ ist jenes Stadium zu verstehen, in dem der/die BetriebsinhaberIn (hier: die GeschäftsführerInnen bzw sonstige zuständige ManagerInnen der CC GmbH) die Veränderungsmaßnahme „Crowdsourcing von Arbeiten“ (= neue Arbeitsmethode bzw gravierend veränderte Arbeits- und Betriebsorganisation) ernsthaft in Erwägung zieht und zu deren Vorbereitung die ersten konkreten Schritte setzen will. Nur wenn der/die ArbeitgeberIn bzw der/die BetriebsinhaberIn **am Beginn der Planung** gewisser Crowdsourcing-Maßnahmen den Betriebsrat ausführlich informiert, geforderte Unterlagen übermittelt und mit dem Betriebsratsgremium bzw dem/der Betriebsratvorsitzenden darüber Gespräche führt, wird dem gesetzlichen **Fälligkeit**szweck entsprochen.⁹¹ Der Betriebsrat muss die Möglichkeit haben, eine **Stellungnahme** (zB die Beurteilung möglicher Auswirkungen auf die Arbeits- und Entgeltbedingungen der StammarbeitnehmerInnen in Linz, über soziale Abfederungsmaßnahmen im Fall von Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen, über Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Crowdwork-Bezahlung, vor allem aber Alternativvorschläge enthaltend) zur geplanten Maßnahme abzugeben (§ 109 Abs 1 Satz 1 ArbVG).

.....
⁸⁸ Es liegen zwar meines Erachtens die zustimmungspflichtigen Maßnahmen der „Veränderung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik“ gemäß § 30j Abs 5 Z 8 GmbHG oder bei groß angelegtem Crowdsourcing auch die „Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten“ (Z 7 leg cit) vor, mit bloß einem Drittel der Stimmen können aber die ArbeitnehmerInnen-VertreterInnen im Aufsichtsrat gegen die Mehrheit der deutschen Mutter-Stimmen nichts verhindern.

⁸⁹ *Klebe*, Workers of the crowd unite?, in *Benner*, Crowdwork – Zurück in die Zukunft (2015) 278 ff.

⁹⁰ EU-rechtlich vgl insbesondere Art 4 RL 2002/14/EG, Art 7 RL 2001/23/EG und Art 2 RL 98/59/EG.

⁹¹ *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 108 Rz 38; *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht³ § 108 Rz 27, § 109 Rz 5; in diesem Sinne auch OGH 9 Oba 135/09g, ZAS 2012/17 (*Grünanger*) – *Mystery Flyer*.

Die Judikatur hat dazu Leitsätze entwickelt. Insbesondere in der OGH-Entscheidung 9 Ob A 135/09g („*Mystery-Flyer*“)⁹² wurden bestimmte Anforderungen an die **Tiefe und Genauigkeit der Informationen** betont. Reichen die speziellen Informationsrechte der hier aufgrund der geplanten Arbeitsorganisationsänderungen relevanten §§ 108 f ArbVG nicht aus, um dem Betriebsrat die Interessenvertretung zu ermöglichen, dann sei auf die allgemeine Informations-Rechtsgrundlage des § 91 ArbVG zurückzugreifen; dazu führt der OGH Folgendes näher aus:

- › Der/Die BetriebsinhaberIn muss den Betriebsrat über alle Angelegenheiten informieren, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der ArbeitnehmerInnen im Sinne möglicher **Auswirkungen** berühren.
- › Die **Konkretheit der Anfrage** beeinflusst die Informationspflicht des Betriebsinhabers/der Betriebsinhaberin: Je mehr die Anfrage spezifiziert ist, desto genauer muss die Information sein.
- › **Zweck der Informationsrechte** ist es ganz allgemein, der Belegschaft zu ermöglichen, auf betriebliche Entwicklungen zu reagieren, diesbezügliche Auswirkungen abzuklären und Vorschläge zu erstatten. Insbesondere soll der/die BetriebsinhaberIn nicht aus Überraschungseffekten, Zeitnot, Desorientierung der ArbeitnehmerInnen oder auch „vollendeten Tatsachen“ Vorteile ziehen können.
- › Die Inhalte der Information müssen von dem/der BetriebsinhaberIn den Umständen nach angemessen (im Sinne eines branchenadäquaten betriebswirtschaftlichen Standards) gestaltet werden, dh die **Thematik vollständig abhandeln und aufschlussreich** sein. Die Information muss in einer Weise geboten werden, die dem Betriebsrat eine nachhaltige Kenntnis der dargelegten Inhalte eröffnet. Sie muss für den jeweiligen Zusammenhang rechtzeitig erfolgen.
- › Auf Verlangen sind dem Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 108 Abs 1 ArbVG).

Im Zusammenhang mit der Diskussion (das ArbVG spricht von „Beratung“ oder „Anhörung“) über die Möglichkeiten einer abweichenden Gestaltung oder über **Alternativen** zum geplanten Crowdsourcing stehen die personellen und wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte nach §§ 98 f (Vorschläge und Beratung zum Personalbedarf, zur Personaleinstellung etc), § 108 Abs 1 u 3 sowie § 110 ArbVG (Mitwirkung an der Personalplanung in Form von Alternativ-Personalplänen, Investitionsplan-Besprechungen, Analysen von Quartals- und Jahresbilanzen hinsichtlich alternativer Kostenreduktionsmöglichkeiten auf Betriebs- und Aufsichtsratsebene etc; einschlägige Unterlagen sind dem Betriebsrat auf Verlangen auszuhändigen) zur Verfügung.

Da das Auslagern von Arbeiten erfahrungsgemäß zu Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen führen kann, könnte gemäß § 101 ArbVG eine **verschlechternde Versetzung** auch gegen den Willen der betroffenen ArbeitnehmerInnen vom Betriebsrat beeinsprucht werden – falls sie für mehr als 13 Wochen geplant ist. Der/Die BetriebsinhaberIn könnte dann nur mittels erfolgreicher Klage die geplante Versetzung durchsetzen. Auf diese Weise könnten ArbeitnehmerInnen, die sich (unter Druck gesetzt oder tatsächlich freiwillig) für die intern crowdgesourcten Arbeiten

.....
 92 OGH 9 Ob A 135/09g, ZAS 2012/17 (*Grünanger*); siehe auch *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR³, § 91 Rz 8 ff.

melden, gewissermaßen vor sich selbst geschützt⁹³ werden. Die kollektive Ablehnungsmöglichkeit des Betriebsrats (falls die crowdgesourceten Tätigkeiten als „verschlechternd“ einzustufen sind) bewirkten hier, ganz im ursprünglichsten Sinn der kollektiven Interessenbündelung, eine solidarische Sperrwirkung zum Schutz der Gesamtbelegschaft. Was alternative Formen der Organisation von Arbeitsläufen konkret betrifft, kann der Betriebsrat gemäß § 109 Abs 1 ArbVG schriftliche oder mündliche Vorschläge, Forderungen (nach sozialen Abfederungsmaßnahmen), Kosten-Nutzen-Analysen uÄ vorlegen. Der Betriebsrat oder der Zentralbetriebsrat wird dazu umso fundierter in der Lage sein, je häufiger und tiefergehend er in unternehmerische Entscheidungsprozesse eingebunden ist, was bei der CC GmbH neben den Informations- und Beratungsgesprächen nach §§ 108 f ArbVG wohl über die Mitwirkung im Aufsichtsrat gemäß § 110 ArbVG der Fall ist. Bei aufsichtsratslosen Unternehmen wird dies aber wohl nur über den **Einspruch gegen die Wirtschaftsführung** gemäß § 111 ArbVG bewerkstelligt werden können.

Weitere Alternativvorschläge kann der (Zentral-)Betriebsrat daraus entwickeln, dass er nach § 95 ArbVG (Ausbildungsvorschläge, **Schulungs- und Weiterbildungs-Planung**, Schulinrichtungen und deren Ausbildungspläne mitgestalten usw) in Beratungen über die Aus- und Weiterbildung des Personals am Standort Linz treten kann, um mit besser geschultem Personal die Arbeitsschritte (und Arbeitsplätze) von der Plattform wieder zurück nach Linz zu holen. Aber auch betreffend die zuarbeitende Belegschaft auf der Plattform (siehe gleich unten Abschnitt „Mitwirkungsrechte zugunsten der Randbelegschaft auf der Plattform“) kann vom Betriebsrat Information und Beratung hinsichtlich ihres Ausbildungsbedarfs oder ihrer Qualifikationsanforderungen insbesondere auf Basis von § 98 ArbVG verlangt werden. Diese Mitwirkung bei Maßnahmen der betrieblichen Aus- und Weiterbildung wird durch die Betriebsvereinbarungstatbestände des § 97 Abs 1 Z 5 u 19 ArbVG flankiert. Was die ArbeitnehmerInnendatenverwendung, allfällige Beurteilungsmechanismen oder Kontrollen digitaler Art betrifft, aber auch bei Stückentgelt aufgrund von Datenerfassungsverfahren, sind die §§ 96 und 96a ArbVG zu beachten (näheres siehe Kapitel „Datenschutz in der Gig-Economy“).

Das lokale, österreichische Management kann sich in diesem Zusammenhang nicht mit bereits gefällten Entscheidungen seitens der deutschen **Konzernzentrale** rechtfertigen. Das bezweckt § 108 Abs 2 ArbVG, wonach der/die BetriebsinhaberIn der innerbetrieblichen ArbeitnehmerInnenvertretung über geplante Maßnahmen seitens des herrschenden Unternehmens bzw gegenüber dem beherrschten Unternehmen „Aufschluss zu geben“ und zu beraten hat. Alternativvorschläge des Betriebsrats müssen auch in „absolutistisch“ geleiteten Konzernen diskutiert werden.

Nach § 108 Abs 2a ArbVG sind **geplante Betriebs(teil)übergänge** zwischen BetriebsinhaberIn und Betriebsrat zu beraten und BetriebsinhaberInnen haben jedenfalls über den Grund für die „**Outsourcing“- oder Crowdsourcing-Maßnahme**, die sich daraus ergebenden Folgen für die ArbeitnehmerInnen sowie über „*die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen [sozialen] Maßnahmen*“ zu informieren. Ob allerdings das geplante Linzer Crowdsourcingprojekt ein Betriebsteilübergang sein könnte, wird davon abhängen, ob auch nennenswerte immaterielle Betriebsmittel (*Know-how* uÄ) an einen/eine anderen/andere RechtsträgerIn, hier die Plattform-

.....
⁹³ Weil individuelles Nachgeben und Verzichten mittelbar zu kollektiven Verschlechterungen führen könnte.

betreiberin GW Ltd., übergehen. Denn unter Betriebs(teil)übergang ist nach stRsp des EuGH und des OGH die **betriebsmittel-verstärkte Auslagerung** von (Teil-)Geschäftstätigkeiten und deren Weiterbetrieb durch einen „Erwerber“ zu verstehen.⁹⁴

2.5.2 Mitwirkungsrechte zugunsten der Randbelegschaft auf der Plattform

Schon nach der **Überwachungs- und Kontrollaufgabe** des Betriebsrats gemäß § 89 ArbVG besteht meines Erachtens die Möglichkeit, den vertragsrechtlichen und **sozialversicherungsrechtlichen Status** jedes Clickworkers/jeder Clickworkerin zu überprüfen: Der Betriebsrat hat das Recht, die Bezüge aller ArbeitnehmerInnen im Sinne des § 36 ArbVG, die Einhaltung von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen, aber auch des Beschäftigungsvertrags,⁹⁵ und weiters die Einhaltung von ArbeitnehmerInnenschutz- und Sozialversicherungsvorschriften zu überwachen. Das Vertretungsorgan kann nicht nur beim Arbeitsinspektorat oder bei Sozialversicherungsträgern intervenieren, sondern auch seine überbetriebliche freiwillige oder gesetzliche Interessenvertretung (Gewerkschaft, Kammern für ArbeiterInnen und Angestellte) auf einen unklaren Vertragsstatus oder Ähnliches aufmerksam machen (§ 89 iVm § 92 Abs 2 ArbVG). Zu beachten kann dabei § 15 HeimAG (Beschränkung der Vergabe von Heimarbeit an im Betrieb Beschäftigte) sein: AuftraggeberInnen dürfen an die in ihrem Betrieb beschäftigten DienstnehmerInnen und Lehrlinge nur insoweit zusätzliche Heimarbeit ausgeben, als durch die Betriebsarbeitszeit plus Heimarbeitszeit die Grenzen der Normalarbeitszeit⁹⁶ nicht überschritten werden.

Der Betriebsrat hat Informations- und Beratungsrechte betreffend die **Personalplanung** sowie den Personalbedarf (§ 98 und § 108 Abs 1 ArbVG), und kann auch eine besondere Information (Beratung) noch vor der **Einstellung** von neuen Beschäftigten verlangen (§ 99 Abs 3 ArbVG). Betitelt ist § 99 ArbVG zwar mit „Mitwirkung bei der Einstellung von Arbeitnehmern“, aber mangels Gewissheit, ob es sich bei den künftig zuarbeitenden CrowdworkerInnen um ArbeitnehmerInnen oder andere Beschäftigungsformen handeln wird, besteht meines Erachtens dieser Anspruch auf „besondere Information und Beratung“ gemäß § 99 Abs 3 hinsichtlich des Vertragsstatus der CrowdworkerInnen umso mehr.

Welche **weiteren Mitwirkungsrechte** für die „unternehmensexterne Crowd“ (Konzern-MitarbeiterInnen oder gänzlich externe, über die Plattform angeworbene CrowdworkerInnen) bestehen, wird davon abhängen, ob diese Personen analog oder unmittelbar als HeimarbeiterInnen (regelmäßig oder bloß fallweise beschäftigt; zur Differenzierung siehe Abschnitt „HeimarbeiterInnen und Betriebsverfassung“) bzw als überlassene Arbeitskräfte zu betrachten sind. Im Sinne einer Gesamtanalogie können zumindest Teile des HeimAG oder des AÜG auf CrowdworkerInnen

⁹⁴ Ausführlich *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 41 ff.

⁹⁵ Erst nach Einsicht in die Verträge mit den CrowdworkerInnen kann deren rechtlicher Beschäftigungsstatus überprüft werden. Ob der Betriebsrat in Arbeitsverträge Einsicht nehmen kann, ist strittig; siehe dazu *Auer-Mayer* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ § 89 Rz 7.

⁹⁶ Nicht Höchst- oder Gesamtarbeitszeit; vgl §§ 3 und 4 AZG: Nach dem – mittels Kollektivvertrag allerdings flexibilisierbaren – Grundprinzip bilden acht Stunden täglich und 40 Stunden wöchentlich die Normalarbeitszeit.

anzuwenden sein, denn der Gesetzeszweck⁹⁷ und die Prinzipien der betriebsverfassungsrechtlichen Einbeziehung von Randbelegschaften sind meines Erachtens für Gig- und CrowdworkerInnen typischerweise durchaus vergleichbar. Somit sind im Wege einer **Gesamt- oder Rechtsanalogie** aus einer Reihe von Gesetzesbestimmungen (nicht nur des HeimAG und des AÜG) Regeln für das vom Gesetzgeber nicht bedachte (meines Erachtens liegt eine echte Lücke vor) Phänomen des Gig- und Crowdwork zu ermitteln.⁹⁸ Diese Analogie hat vor allem den Zusammenhang mit dem Betriebsverfassungsrecht zu berücksichtigen, das für den crowdsourcenden Betrieb gilt (vgl auch die unter den Abschnitten „Der Betriebsbegriff des ArbVG“ sowie „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“ zitierten Gesetzgebungsmaterialien).

3. Erforderliches Recht: Kollektive Mitwirkung in der Gig-Economy

3.1 Anpassung der Betriebsverfassung an Arbeitsorganisationsformen der Informationsgesellschaft

Sollte sich der gegenwärtige Betriebs- oder Gemeinschaftsbetriebsbegriff nicht ohnehin auf die Stammebelegschaft plus die zuarbeitende Crowdbelegschaft erstrecken, dann ist meines Erachtens der Gesetzgeber dringend gefordert. Denn angesichts der digitalen Arbeitswelt dürfen die absoluten Grundbegriffe des kollektiven Arbeitsrechts (Betrieb, ArbeitnehmerIn, Ordnungsvorschriften usw) nicht versteinern, sondern im Gegenteil: Die Gesetzgebung hat bereits 1974 einen ziemlich elastischen Rahmen⁹⁹ für die Ausübung kollektiver und solidarischer Mitwirkungsansprüche kreiert. Diese Elastizität gilt es zu bewahren, um nach dem Wandel von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft auch in der Informationsgesellschaft, trotz ständig weiterentwickelter Informations- und Kommunikationstechnologien, effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu können.¹⁰⁰

Von großem Wert wäre in diesem Zusammenhang eine **Umgehungsschutz-Regelung**, wie sie das AÜG in Gestalt seines § 4 enthält (siehe Abschnitt „Zwischenergebnis: (Gig-)Work in Progress“). Nach dem „wahren wirtschaftlichen Gehalt“ sollte anhand typisierter Unterscheidungsmerkmale oder -kriterien eine gesetzliche Vermutung darüber statuiert werden, wer als wirtschaftlich stark abhängige Person („Arbeitskraft“ wenn schon nicht ArbeitnehmerIn) zur Belegschaft zählt und wer als „am Aufträge-Markt selbständig und unternehmerisch agierende/r AnbieterIn“ nicht des Schutzes der Betriebsverfassung bedarf.

.....

97 Die Betriebsverfassung zielt ganz allgemein auf eine Abschwächung der „Alleinherrschaft“ der BetriebsinhaberInnen beim Arbeitsvollzug ab und möchte eine (bescheidene) Demokratisierung des Arbeitslebens herbeiführen (*Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, Einleitung XLVI und XLVII); dies gilt für prekarierte Randbelegschaften zumindest ebenso wie für relativ stabilisierte Stammebelegschaften.

98 *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005) 67 f. Siehe die Abschnitte „Die betriebsverfassungsrechtliche Einbeziehung von Randbelegschaften“, „Der Betriebsbegriff des ArbVG“ sowie „Der ArbeitnehmerInnenbegriff des ArbVG“.

99 Nicht nur beim Betriebs- und ArbeitnehmerInnenbegriff, sondern auch bei vielen weit formulierten Mitwirkungs- und speziell bei Betriebsvereinbarungstatbeständen.

100 Vgl *Cerny in Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht⁵ Einleitung 43 f mwN.

3.2 Der Arbeitskräftebegriff des ArbVG, des AÜG und des HeimAG erfasst auch CrowdworkerInnen

Wie schon zuvor dargelegt, spricht vieles dafür, im Wege einer Gesamt- oder Rechtsanalogie die für Heim- und LeiharbeiterInnen geltenden Schutzvorschriften und Geltungsbereiche auch auf viele Formen von Gig- und Crowdwork auszudehnen. Nur jene „extern zuarbeitenden Personen“, die ein hohes Maß an tatsächlicher Selbstbestimmtheit in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht aufweisen, und die über wesentliche eigene Betriebsmittel (Hardware und vor allem auch einschlägige Software) selbständig verfügen können, wären wohl als selbständig tätige WerkunternehmerInnen, somit tatsächlich als zuarbeitende DienstleistungsunternehmerInnen zu betrachten.

3.3 Erforderliche Mitwirkungsrechte hinsichtlich der Vertretung von Arbeitskräftepools

Spezielle Mitwirkungsansprüche für fallweise Beschäftigte (die im Unklaren darüber sind, in welcher Intensität, Dauer und Form sie künftig von ihren ArbeitgeberInnen engagiert werden) können an dieser Stelle nur angedeutet werden:

- › Die Zeit der Arbeitsbereitschaft und frustrierte Aufwendungen (etwa bei Beteiligung an einem Wettbewerb¹⁰¹ oder einer Ausschreibung über die Plattform) sind ihnen branchen- und ortsangemessen im Sinne von § 1152 ABGB zu ersetzen. Kollektiv überwacht und durchgesetzt werden könnte dies vor allem durch eine Erweiterung der Überwachungsbefugnisse des Betriebsrats (§ 89 ArbVG) in dem Sinn, dass sich diese nicht nur auf ArbeitnehmerInnen des Betriebs, sondern auch auf sonstige wirtschaftlich abhängig Beschäftigte erstreckt.
- › Zumindest die Ausgangs- und Basisansprüche auf Information und Beratung (vgl Art 27 EU-GRC) müssen auch für CrowdworkerInnen gegeben sein. Auch Art 28 EU-GRC bzw Art 11 EMRK, nämlich das gewerkschaftliche Koalitionsrecht, das ja traditionell (und historisch betrachtet ausschließlich) an Betriebsbelegschaften anknüpft, darf nicht ignoriert werden.
- › Auch die Informations-, Beratungs- und Interventionsrechte der Belegschaft sollten klar und deutlich auch auf zuarbeitende Randbelegschaften erstreckt werden; es kann nicht sein, dass wie schon nach der Einführung des AÜG 1988, der Gesetzgeber zwar individualrechtlich Klarstellungen schafft,¹⁰² aber die kollektivarbeitsrechtliche Klarstellung bis heute scheut.
- › Regelungsstreitigkeiten sind vor die Schlichtungsstelle zu bringen, bevor die ordentliche Gerichtsbarkeit mit unklaren Zugehörigkeiten zur Betriebsbelegschaft konfrontiert wird. Ein erzwingbarer Betriebsvereinbarungstatbestand über den Umfang der Betriebsbeleg-

.....

101 ArbeitnehmerInnen schulden nach einhelliger Ansicht das Bemühen um Arbeitsergebnisse, nicht aber den Erfolg; daher sind ihre Wettbewerbs-Vorarbeiten nach der jeweils für den Betrieb oder das Unternehmen geltenden, lohngestaltenden Vorschrift abzugelten. Vgl *Warter, Crowdwork*, 267.

102 Die mittlerweile auch gemeinschaftsrechtlich aufgrund der Leiharbeits-RL 2008/104/EG nötig wären.

schaft – ähnlich den Betriebsgrenzen-Überprüfungsmöglichkeiten des § 34 Abs 2 und des § 35 ArbVG – wäre hier hilfreich.

- › Überwachungs- und Einsichtsrechte hinsichtlich des vertraglichen und sozialversicherungsrechtlichen Status aller Belegschaftsangehörigen sollen vorrangig von jenem Vertretungsorgan ausgeübt werden, das ohnehin für die Stammebelegschaft zuständig ist und leichteren Zugang zu den Betriebsaufwand-Informationen sowie zur Personalverwaltung hat. Solidarischer Rechtsschutz für alle Belegschaftsgruppen kann effizient wohl nur von einer einzigen, kompetenten Vertretungskörperschaft ausgeübt werden.
- › Wenn CrowdworkerInnen von AuftraggeberInnen und/oder KundInnen bewertet werden, dann sind persönliche Schutzrechte¹⁰³ und Datenschutz-Mitwirkungsrechte vonnöten. Die §§ 96 Abs 1 Z 3 und 96a ArbVG sind schon aus diesem (verfassungsrechtlich nahegelegten Datenschutzanspruch) auch auf die Randbelegschaft anzuwenden. Der Betriebsrat muss aktuell erkennen können, ob und welche Informationen über CrowdworkerInnen als Verhaltens- und Leistungsdaten ermittelt, aufgezeichnet und ausgewertet werden. Näheres siehe Kapitel „Datenschutz in der Gig-Economy“.

4. Ergebnis

Es drängen sich bei Betrachtung des Phänomens des Crowdsourcing von Arbeit, ganz gleich ob es in virtueller Form oder bei Haushalts- bzw Transportdienstleistungen betrieben wird, mehrere Fragen auf: Wo und wie sind die Grenzen für die Basisbegriffe Betrieb und ArbeitnehmerIn im Sinne des Betriebsverfassungsrechts zu ziehen, um in der zunehmend digitalisierten Arbeitswelt und insbesondere bei der Arbeit im virtuellen Raum Mitbestimmungsrechte gewährleisten zu können? Kann der österreichische Betriebsrat auch für externe oder extrem kurzzeitig und vielfach nur punktuell beschäftigte Arbeitskräftegruppen (arbeitnehmerInnenähnliche Belegschaften) zuständig sein? Muss eine gewisse Dichte und Dauer an Gigs – unter Umständen in Kombination mit Elementen des funktionalen ArbeitgeberInnen-Konzepts (siehe Kapitel „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“) – vorliegen, damit sich der Betriebsrat für CrowdworkerInnen einsetzen kann? Wenn der faktische, betriebseingliederungsbezogene ArbeitnehmerInnenbegriff des § 36 ArbVG maßgeblich ist, warum können dann nicht auch arbeitnehmerInnenähnliche Personen und fallweise Beschäftigte davon erfasst sein?

Zu diesen und anderen Fragen habe ich versucht, Antworten zu finden oder zumindest Lösungsmöglichkeiten auszuloten (insbesondere über Gesamtanalogien aus verwandten Rechtsentwicklungen zur Einbeziehung von Randbelegschaften). Zudem wurde versucht, die Möglichkeiten einer Interessenvertretung und selbstverwalteten Organisation aller von Crowdsourcing-Projekten betroffenen Beschäftigten und Belegschaften einer kollektiv-arbeitsrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

Die Digitalisierung der Arbeitswelt 4.0 führt uns dabei gewissermaßen an die historischen Wurzeln des kollektiven Arbeitsrechts zurück. Ebenso wenig wie die vielzitierte und vielwiderlegte

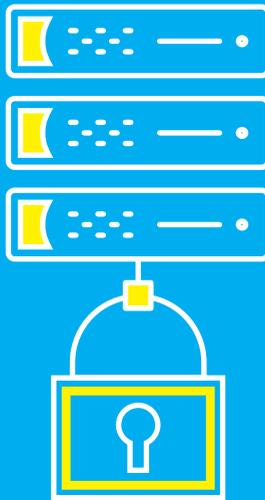
.....
¹⁰³ § 16 ABGB wäre insoweit zu konkretisieren.

„unsichtbare Hand des Marktes“ wird eine „unsichtbare Hand der Plattformökonomie und des Gigwork-Arbeitsmarktes“ zu Interessen ausgleichenden Mechanismen und Ergebnissen führen können. Gerade in stark vereinzeln und durch grobe Ressourcen- und Machtungleichgewichte gekennzeichneten Arbeitsmärkten bedarf es klarer rechtlicher Absicherungen der schwächeren VertragspartnerInnen; und zwar nicht nur im Vertrags-Rahmenrecht, sondern auch in ihren gemeinsamen, also kollektiven Interessenpositionen. Zufriedenstellende Verhandlungsmöglichkeiten sind in der gegenständlichen, digital geprägten Wirtschafts- und Arbeitsform rar; eine von beiden Vertragsseiten gewollte Übereinkunft über die Arbeitsbedingungen und das Entgelt (sowie annexe Aspekte wie Sozialversicherung, Steuern und Abgaben, Nebenkosten der Arbeit usw), also Privatautonomie im Wortsinne, wird wohl nur selten anzutreffen sein.

Vertragsfreiheit innerhalb von (kollektiv gestalteten) Rahmen-Regulatorien wäre hingegen ein Lösungsansatz, der sich im Arbeitsrecht kontinentaleuropäischer Prägung seit Jahrzehnten bewährt hat: Der Mittelweg zwischen völliger Verrechtlichung und völliger Privatautonomie gewissermaßen. Es bedarf zeit- und technikgemäßer Rechtsgrundlagen, um diesen goldenen Mittelweg zwecks „Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes“ iSd § 39 Abs 1 ArbVG weiterhin beschreiten zu können.

Datenschutz in der Gig-Economy

Spezifische Datenschutz-Problemlagen bei CrowdworkerInnen



Wolfgang Goricnik / Thomas Riesenecker-Caba

Neben den in diesem Band behandelten wirtschaftlichen, sozialen, soziologischen und rechtlichen Problemfeldern der Gig-Economy erscheint die Bearbeitung des rechtlichen Unter-Themas „Datenschutz“ auf den ersten Blick exotisch. Tatsächlich können aber einige der schon aufgezeigten strukturellen Problematiken für CrowdworkerInnen (auch) dort verortet werden. Dementsprechend soll dieses Kapitel ausgewählte Datenschutz-Probleme in Bezug auf CrowdworkerInnen näher darstellen und auch datenschutzrechtliche Lösungsmöglichkeiten entwickeln. Dies soll in der Form einer getrennten technischen und datenschutzrechtlichen Darstellung erfolgen. Damit kann auch der Fragestellung nachgegangen werden, ob trotz der Vielgestaltigkeit der plattformbasierten Abwicklung von Dienstleistungen die als überprüfenswert erachteten datenschutzrechtlichen Aspekte der Stellung der CrowdworkerInnen auf grundsätzlich ähnliche Problematiken hinauslaufen. Das würde nämlich dafür sprechen, dass Crowdwork auch ein spezifisch datenschutzrechtliches Strukturproblem aufweist.

1. Technische Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Anwendungsfälle (Riesenecker-Caba)

Das letzte Jahrzehnt war geprägt von einer Vielzahl an technischen (Weiter-)Entwicklungen, die das Privat- und Berufsleben der Menschen nachhaltig verändert haben.

An erster Stelle ist hier jedenfalls das **Internet als neuer Markt- und Arbeitsplatz** (e-Services, Cloud-Computing) zu nennen. Dank schnellerer Breitbandverbindung können in kürzerer Zeit Daten verarbeitet und übermittelt werden, wodurch die **Zusammenarbeit über Ort- und Zeitgrenzen hinweg** verbessert werden konnte und neue Geschäftsmodelle (durchaus auch disruptiver Art) entstanden. Aber auch im Bereich der elektronischen „sozialen“ Interaktion der Menschen – begünstigt durch die massive Verbreitung mobiler Endgeräte (Smartphones, Tablets, Wearables) – werden einerseits **soziale virtuelle Netzwerke** gebildet und Informationen in Gruppen geteilt (**Sharing**) und wird andererseits die gestiegene Kommunikationsbereitschaft vor allem jüngerer Personen zur Herausbildung **neuer Formen der Bewertung** von Dienstleistungen und Produkten in Bewertungsplattformen (*digital reputation mechanism*) herangezogen.

Auch abseits menschlicher Interaktion wurde der Datenaustausch in Informations- und Kommunikationssystemen massiv vorangetrieben. **Neue Kommunikationsstandards** wie das Internetprotokoll IPv6 ermöglichen es, den bisher beschränkten Adressierungsraum in eine neue Dimension zu erweitern (bei IPv4 mit 2^{32} [das sind ca 4,3 Milliarden] auf 2^{128} [das sind ca 340 Sextillionen] mögliche IP-Adressen), und dank der **Vernetzung von smarten Endgeräten** wird dem *Internet der Dinge/Dienste* neben rasanten Wachstumsraten auch großes Veränderungspotenzial in unternehmerischen Prozessen prognostiziert. Die Gartner Group¹ schätzt, dass 2020 schon 21 Milliarden Geräte (aller Art) bis hin zu einfachen Gegenständen (zB Werkstücke) vernetzt sein werden. Diese Geräte bzw Gegenstände können dank ihrer Sensorik Betriebszustände bzw Umgebungsdaten erheben und übermitteln, um so betriebliche Prozesse dank besserer Datenlage zu beschleunigen und teilweise oder ganz zu automatisieren. Verarbeitet werden diese Datenberge in sogenannten **Big-Data-Systemen**, die es nicht nur ermöglichen, strukturierte (aus relationalen Datenbanken) und unstrukturierte (zB Bilder) Daten miteinander zu verbinden, sondern daraus auch – so der Wunsch der EntwicklerInnen – **Prognosen zukünftigen Verhaltens** (*predictive analytics*) abzuleiten.

In der Folge werden auf Basis dieser technischen Entwicklungen und Gestaltungsmöglichkeiten technische Grundlagen **ausgewählter Anwendungsfälle von Crowdwork** im Rahmen der „Gig-Economy“ näher beschrieben, bevor anschließend daraus resultierende datenschutzrechtliche Aspekte beleuchtet und bewertet werden.

¹ <http://www.tinyurl.com/jcxw7cp> (20.09.2016).

1.1 Uber

Uber versteht sich als **Anbieter einer Technologie-Plattform**, „die es Benutzern der mobilen Anwendungen oder Webseiten von Uber (jeweils eine ‚Anwendung‘) als Teil der Dienstleistungen ermöglicht, von unabhängigen Drittanbietern dieser Dienstleistungen, einschließlich unabhängiger Drittbeförderungsanbieter und unabhängiger Drittlogistikanbieter, die einen Vertrag mit Uber oder mit bestimmten mit Uber verbundenen Gesellschaften haben (unabhängige Leistungsanbieter‘), angebotene **Beförderungs- bzw. Logistikdienstleistungen** zu organisieren und zu planen.“²

Um als Anbieter einer Dienstleistung die Plattform nutzen zu können,³ werden vorab, während und nach der Dienstleistung Informationen (auch **personenbezogene Daten der FahrerInnen**) manuell oder automationsunterstützt **erhoben**.

Laut Datenschutzerklärung für (Nicht-US-)FahrerInnen⁴ können dazu **Stammdaten** wie „Name, E-Mail, Telefonnummer, Postanschrift, Profilbild, Zahlungsangaben, Kraftfahrzeugzulassungsinformationen, Versicherungsinformationen, fahrerscheinbezogene Informationen und andere Informationen gehören, die Sie uns gegebenenfalls vorlegen möchten.“⁵ Aber es wird auch die Möglichkeit geboten „einer **Leumundprüfung** zustimmen“. Die hier **suggestierte Freiwilligkeit** besitzt jedoch in der Praxis keine Bedeutung, denn ohne An-/Abgabe dieser Informationen werden mögliche FahrerInnen nicht in die Plattform aufgenommen.

Neben den Stammdaten verpflichten sich diese Dienstleister, Informationen in den *folgenden generellen Kategorien*⁶ während der Dienstleistungserbringung über die Uber-Plattform zur Verfügung zu stellen:

- › **Standortinformationen:** „Sobald die Uber-App mithilfe des von Ihrem mobilen Betriebssystem (Plattform) verwendeten Berechtigungssystems die Erlaubnis erhält, auf Standortdienste zuzugreifen, erfassen wir den präzisen Standort Ihres Geräts, wenn die App im Vorder- oder Hintergrund läuft. Wir können Ihren ungefähren Standort auch aus Ihrer IP-Adresse ableiten.“⁷
- › **Kontaktangaben:** Kontaktangaben des Adressbuchs, auf dem die Uber-App installiert ist
- › **Transaktionsinformationen:** Art der geleisteten Serviceleistung, das Datum und die Uhrzeit, zu der die Serviceleistung ausgeführt wurde, den berechneten Betrag, die zurückgelegte Strecke und andere zugehörige Transaktionsdetails.
- › **Nutzungs- und Präferenzinformationen:** Informationen, wie die Uber-Webseite genutzt wird
- › **Geräteinformationen** des mobilen Endgeräts

2 <https://www.uber.com/legal/terms/at/> (15.07.2016).

3 Wie schon in anderen Kapiteln angeführt, können in Österreich Privatpersonen keine Dienstleistungen über Uber anbieten, siehe insbesondere Kapitel „Transportdienstleistungen: Uber“.

4 <https://www.uber.com/legal/privacy/drivers-non-us/de/> (07.10.2016) – in Kraft seit 15.07.2015.

5 <https://www.uber.com/legal/privacy/drivers-non-us/de/> (07.10.2016).

6 Die Datenschutzerklärung dürfte an mehreren Stellen bewusst vage formuliert sein, um mögliche Implikationen mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen im Vorhinein zu verhindern.

7 <https://www.uber.com/legal/privacy/drivers-non-us/de/> (07.10.2016).

- › **Anruf- und SMS-Daten** zur Kommunikation zwischen NutzerInnen und FahrerInnen
- › **Log-Informationen**

Schlussendlich, und dies stellt eine wesentliche Veränderung zur bisherigen Praxis des Angebots von Transportdienstleistungen dar, haben KundInnen die Möglichkeit, ihre **Zufriedenheit** mit dem Service **online zu bewerten** und diese Angaben sind auch für Dritte (zB andere KundInnen) einsehbar. Aber auch FahrerInnen haben die Möglichkeit, Feedback zu KundInnen abzugeben; sollten diese gegen die AGB verstoßen, können sie von Uber ausgeschlossen werden.⁸ Uber sieht in seiner „Datenschutzerklärung für (Nicht-US-)Fahrer“ auch vor, diese Daten in die USA und in andere Länder zu übermitteln, um diese dort für eigene Zwecke weiterzuverarbeiten.⁹

NutzerInnen der Dienstleistung werden folgende Informationen zur Verfügung gestellt: „*Namen, persönliche Fotos, Fahrzeugfotos, Fahrzeugzulassungen, Fahrzeugmarken und -modelle, den genauen oder ungefähren Standort, die von Nutzern eingereichte Durchschnittsbewertung sowie bestimmte Kontaktangaben (in Abhängigkeit von Ihrem Standort und geltendem Recht).*“¹⁰

1.2 clickworker

Die clickworker GmbH ist eine der AnbieterInnen, die nach dem **Crowdsourcing-Prinzip** Aufträge von KundInnen abarbeitet. Dazu werden größere Aufträge automationsunterstützt in Mikroaufträge (< 1 Euro) zerteilt, über die eigene Plattform angeboten und von sogenannten ClickworkerInnen¹¹ erledigt. Diese **Mikroaufgaben** (*microtasks*) sind in der Regel Tätigkeiten, die nicht automatisiert bearbeitet werden können.

„*Die Clickworker arbeiten unabhängig und zeitlich flexibel von ihrem eigenen Computer aus. Über eine Standard-Webbrowser-Benutzeroberfläche arbeiten Sie auf Honorarbasis in sich abgeschlossene Aufgaben ab. Diese wiederum sind zumeist Teile eines komplexen Projektes. Koordiniert und zusammengeführt werden die Projekte über die Technologie von clickworker, ein internetbasiertes Workflow-System. Beispiele sind die Verarbeitung unstrukturierter Daten in großen Mengen wie Texte, Bilder, Videos – speziell deren Erstellung, Kategorisierung, Ergänzung, Erfassung, Übersetzung, etc.*“¹²

Von potenziellen ClickworkerInnen sind im Bewerbungsverfahren neben der Angabe personenbezogener Daten auch einige Aufgaben zu erfüllen, um ihre **Eignung nachzuweisen**. Eine Unternehmenspräsentation aus dem Jahre 2016¹³ führt dazu folgenden fünfstufigen Qualitätsprozess aus:

8 <https://www.uber.com/de/drive/safety/> (20.09.2016).

9 <https://www.uber.com/legal/privacy/drivers-non-us/de/> (07.10.2016).

10 <https://www.uber.com/legal/privacy/drivers-non-us/de/> (07.10.2016).

11 Auf der Webseite <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (15.07.2016) ist die Zahl der Clickworker mit über 700.000 (diese Zahl wurde übrigens schon für 2014 genannt) angegeben, davon 25 % mit Hochschul-/Universitätsabschluss.

12 <https://www.clickworker.de/ueber-uns/> (15.07.2016).

13 <https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2016/02/Unternehmenspraesentation-2016.pdf> (15.07.2016).

1. Personalisierung & Registrierung der ClickworkerInnen (zB Name, Adresse, E-Mail-Adresse, Steuerinformationen etc), freiwillige Angaben zu Qualifikation, Ausbildung, Alter usw
2. Qualifizierung und Einstufung der ClickworkerInnen durch Testaufgaben, Online-Trainings und Bewertungen der Arbeitsergebnisse
3. Allokation der Jobs nach Qualifikation
4. Einsatz von diversen Qualitätsmanagement-Maßnahmen
5. Überprüfung der Arbeitsergebnisse

In der Plattform können **darüber hinaus** detaillierte Angaben über das Arbeitsverhalten nachvollzogen werden (**Präsenzinformationen** = Zeitpunkte und Dauer der Bearbeitung, aber auch präferierte Arbeitszeiten und -tage).

Eine der **Qualitätssicherungsmaßnahmen** beruht übrigens darauf, dass einzelne Jobs von mehreren ClickworkerInnen parallel bearbeitet werden (und **Ergebnisse** somit – in Teilbereichen auch automatisiert – **verglichen** werden können).

Über eine dokumentierte **Schnittstellenbeschreibung**¹⁴ können AuftraggeberInnen die Crowdsourcing-Plattform in ihre eigenen Anwendungen und Systeme integrieren.

„Durch die Integration können Sie Aufträge direkt über Ihr CMS, Ihren Blog oder jede beliebige andere Internetanwendung verwalten.“¹⁵

Über die API (application programming interface – Programmierschnittstelle) haben **KundInnen** automatisierten **Zugriff auf** den kompletten **Auftragsprozess** (zB Auftragsstatus oder Ergebnisse abrufen, Anzahl der ClickworkerInnen in einer Region abfragen).

Aus Datenschutzgründen sollen aber Informationen über individuelle ClickworkerInnen nicht über die Marketplace API, dh gegenüber AuftraggeberInnen, öffentlich gemacht werden können.¹⁶

1.3 Book a Tiger

Auch im Bereich der **haushaltsnahen Dienstleistungen** wird mit dem Uber-Prinzip – Anbieten von Dienstleistungen über eine Online-Vermittlungsplattform – gearbeitet. Anbieter wie „Helpling“ (die ihre Dienstleistungen jedoch nicht mehr in Österreich anbieten) oder „Book a Tiger“ ermöglichen es KundInnen, über die Vermittlungsplattform selbständige Reinigungskräfte („Dienstleister“), die auf eigene Rechnung arbeiten, zu buchen. Ein jeweiliger **Dienstleistungsvertrag** kommt dabei **zwischen dem Kunden/der Kundin und dem/der ReinigungsdienstleisterIn** zustande.¹⁷

¹⁴ Clickworker (2016), Clickworker Marketplace API. Application Programming Interface Description, https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2016/01/Mktplace_API_Reference.pdf (15.07.2016).

¹⁵ <https://www.clickworker.de/datenermittlung-via-api/> (20.09.2016).

¹⁶ Clickworker (2016), Clickworker Marketplace API. Application Programming Interface Description, https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2016/01/Mktplace_API_Reference.pdf, Seite 26 (15.07.2016).

¹⁷ <https://www.bookatiger.com/at-de/agb> (15.07.2016).

Um als Reinigungskraft Dienstleistungen anbieten zu können, bedarf es einer vorherigen Anmeldung über das Portal. Anzugeben sind dabei neben allgemeinen Angaben zur Person, Kommunikationsdaten, abrechnungsrelevante Daten und die gewerberechtliche Stellung (Gewerbeschein). In Folge wird *„ein mehrstufiges Auswahlverfahren mit jeder Putzfrau bzw. -mann durch[geführt]. Das heißt: persönliches Bewerbungsgespräch und **Strafregisterbescheinigung**“*.¹⁸

Ähnlich anderen Plattformen ist auch bei dieser Dienstleistung das **Feedback der KundInnen** von Bedeutung.

*„Ihre Zufriedenheit steht für uns an erster Stelle. Wir freuen uns daher über jegliches Feedback zum Auftrag. Bitte nutzen Sie hierfür das **Feedback-Formular**, das Sie im Anschluss an die Reinigung per E-Mail von uns erhalten. Sollten Sie mit der Reinigungsleistung unzufrieden sein, bitten wir Sie uns dies innerhalb von 48h nach der Reinigung mitzuteilen. Wir werden uns dann schnellstmöglich um Ihr Anliegen kümmern.“*¹⁹

Wie in der datenschutzrechtlichen Bewertung (siehe Abschnitt „Bewertung der CrowdworkerInnen“) noch ausgeführt wird, können mit der (negativen) Bewertung durch KundInnen, ohne die Möglichkeit entgegen bzw sich selbst „im rechten Licht“ darstellen zu können, Reputationsprobleme entstehen.

Andere Plattformen, wie zB die Plattform Airbnb, der Online-Marktplatz für das Buchen und Vermieten von Unterkünften, sehen demgegenüber übrigens sehr wohl die Möglichkeit der gegenseitigen Bewertung von GastgeberInnen und Reisenden²⁰ (ohne vorher das andere Resultat zu kennen) vor, was zwar auch keinem Stellungnahmerecht zu einer Bewertung entspricht, negative Bewertungen aber immerhin zu relativieren vermag.

1.4 Foodora

Foodora ist ein im Jahre 2014 in Berlin (als Teil der „Rocket Internet Gruppe“) gegründetes Portal zur **Vermittlung von Speisen- und Getränkelieferungen**²¹, das seit Juni 2015 auch in Wien aktiv ist. (Qualitäts-)Restaurants, die bisher über keine eigene Auslieferung verfügten, können über die Foodora-Plattform Speisen und Getränke anbieten und auf deren KurierfahrerInnen zurückgreifen. Foodora setzt **FahrradkurierInnen** ein, die mittels Foodora-App zum Restaurant und zum Kunden/zur Kundin gesteuert werden. FahrradkurierInnen, die bei Foodora arbeiten, müssen über ein GPS-fähiges Smartphone (Apple iPhone 4S oder Android 4.2 oder neuere Version) mit Internetflatrate und über ein Fahrrad verfügen.²² Gesteuert werden die KurierInnen, so berichten²³ diese, ausschließlich durch die App. Dabei wird jeweils nur der unmittelbar nächste Schritt angezeigt (zB anzufahrendes Restaurant). Erst nach dem Eintreffen

18 <https://www.bookatiger.com/at-de/> (15.07.2016).

19 <https://www.bookatiger.com/at-de/hilfe> (15.07.2016).

20 <https://www.airbnb.de/help/article/13/how-do-reviews-work> (20.09.2016).

21 <https://www.foodora.at/contents/terms-and-conditions.htm> (11.10.2016).

22 https://www.foodora.at/ride4us?utm_source=foodora&utm_medium=website&utm_campaign=homepagebanner&utm_content=applynow (11.10.2016).

23 <http://www.gruenderszene.de/allgemein/foodora-fahrer-interview> (11.10.2016).

beim Restaurant wird die KundInnenadresse angezeigt. Auf Grundlage der Fahrgeschwindigkeit (errechneter Durchschnittswert der vergangenen Fahrten) werden die KurierInnen für längere bzw. kürzere Distanzen zum Kunden/zur Kundin eingeteilt²⁴. Dieses Faktum führte aber auch dazu, dass KurierfahrerInnen – mit diesem Wissen ausgestattet –, langsamer fahren: „*Mein Ziel war es, die Geschwindigkeit immer unter 10 Stundenkilometer zu halten, weil ich dann viel kürzere Strecken bekommen habe, das war nicht so anstrengend und brachte mehr Trinkgeld.*“²⁵ Denn die im Hintergrund agierende vollautomatisierte Disponenten-Software prüft entsprechend und soll gewährleisten, dass zwischen Übernahme der Ware im Restaurant und der Zulieferung beim Kunden/der Kundin maximal 30 Minuten liegen. Foodora verfügt neben den im Rahmen der Bewerbung angegebenen Stammdaten der FahrradkurierInnen sohin letztlich auch über deren **genaue Tätigkeitsauswertungen**, da die Foodora-App laufend Informationen zur **zentralen Speicherung rückmeldet**.

1.5 Generation Open

IBM hat bereits vor Jahren mit seiner Strategie „Generation Open“²⁶ darauf hingewiesen, dass der Marktplatz Internet (bzw. die Cloud) einen Möglichkeitsraum zur Vernetzung interner MitarbeiterInnen und externer ExpertInnen zur gemeinsamen Bearbeitung von Aufträgen darstellt. Soziale **Kollaborationsplattformen** werden in der Zwischenzeit von allen großen IT-Playern angeboten und ermöglichen Vernetzung und Kommunikation abseits von Unternehmensgrenzen und über unterschiedliche Devices (PC, Tablets, Smartphones). Microsoft Skype for Business, Workplace by Facebook oder SAP Jam sind prominente Beispiele dafür. IBM bietet in der Zwischenzeit die Lösung **IBM Connections** an, „*auf deren Grundlage [...] Unternehmen die richtigen Personen einbinden, Innovationen beschleunigen und Ergebnisse erzielen kann*“²⁷. In all diesen Umgebungen können NutzerInnen ohne Orts- und Zeitgrenzen interagieren, Informationen austauschen und gemeinsame Aktivitäten planen und setzen. Dabei werden neben den **Stammdaten** der beteiligten Personen (wie Name oder E-Mail-Adresse) eine Vielzahl an **Kommunikations- und Inhaltsdaten** (wann werden Aufträge bearbeitet, wie lange dauert eine Antwort/Bearbeitung, welche Kommunikation – zB Chat – findet statt, wie lange dauert die Kommunikation bis zur Lösung eines Problems etc) verarbeitet. Diese Daten geben in ihrer Fülle ein umfassendes Bild über die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft der Beteiligten.

²⁴ <https://krautreporter.de/1503-abstrampeln-fur-foodora> (11.10.2016).

²⁵ <http://www.gruenderszene.de/allgemein/foodora-fahrer-interview/2> (11.10.2016).

²⁶ <https://www-935.ibm.com/services/au/gbs/consulting/workingintheopen.pdf> (15.07.2016); ausführlich beschrieben in Boes et al (2014), Cloudworking und die Zukunft der Arbeit, freier Download unter: https://www.researchgate.net/publication/272475518_Cloudworking_und_die_Zukunft_der_Arbeit (11.10.2016).

²⁷ <http://www-03.ibm.com/software/products/de/conn> (11.10.2016).

2. **Datenschutzrechtliche Aspekte der Stellung der CrowdworkerInnen (Goricnik)**

2.1 **Allgemeines**

Die **plattformbasierte Abwicklung von Dienstleistungen** bringt – unabhängig von ihrer vielfältigen konkreten Ausgestaltung – immer ein **Zusammenspiel dreier Player** mit sich:

Plattform / CrowdworkerIn / AuftraggeberIn (Kundschaft)

Zum Zustandekommen einer marktwerten Dienstleistung bedarf es im Rahmen dieses dreipersonalen (triadischen) Verhältnisses natürlich auch des **Austausches personenbezogener bzw. personenbeziehbarer Daten**, womit das Datenschutzrecht adressiert wird.²⁸ Denn einerseits dient eine tiefeschürfende Ermittlung möglichst vieler als brauchbar erachteter Kategorien von Daten sowohl der CrowdworkerInnen als auch der AuftraggeberInnen der Effizienz des Angebotes und der Erbringung der Dienstleistung. Andererseits kann die weitere Verarbeitung und allfällige Übermittlung dieser Daten (zB zu Zwecken der Evaluierung, der Hebung von Verbesserungspotenzialen, der Bewertung bzw. Bewerbung der Dienstleistung, zu Zwecken eines Performance Trackings zur Leistungsmessung oder auch zum Zweck der Information von Aufsichts- oder Steuerbehörden) natürlich auch mit **Datenschutzinteressen der Betroffenen** kollidieren.

Deshalb sollen im Folgenden drei dieser Konfliktfelder vor dem Hintergrund des geltenden **österreichischen Datenschutzgesetzes DSG 2000**²⁹ (mit seiner **unmittelbaren Drittwirkung** gegen Eingriffe durch private Rechtsträger)³⁰ näher beleuchtet werden, wobei jeweils auch ein **Ausblick** auf die **ab 25.05.2018** unmittelbar anwendbare **EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)**³¹ erfolgen soll (unbeschadet dessen, dass noch kein Entwurf der österreichischen

.....

28 So sind gemäß § 4 Z 1 DSG 2000 „personenbezogene Daten“ Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Für die Personenbeziehbarkeit reicht es aus, wenn der Bezug zwischen der Information und der Person mithilfe von Referenzdaten gegebenenfalls in mehreren Zwischenschritten möglich ist, zB indem Informationen aus einem Software-System in ein anderes über eine entsprechende Schnittstelle migriert werden; auch die (nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbundene) Nutzbarkeit von Zusatzwissen Dritter genügt dieser Definition. Weiters reicht dabei die bloße Möglichkeit der Zuordnung der Information zu einer Person aus, dass diese Information den Regelungen des Datenschutzes unterliegt (vgl. *Mittländer* in *Wedde* [Hrsg], Handbuch Datenschutz und Mitbestimmung [2016] Rz 123 f). Auch mit Gültigkeit der DS-GVO wird sich daran nichts ändern (vgl. Art 4 Z 1 DS-GVO: „identifizierbare natürliche Person“).

29 Das DSG 2000 besteht im Wesentlichen aus dem im Verfassungsrang stehenden „Grundrecht auf Datenschutz“ des § 1 DSG 2000 und dessen einfachgesetzlichem Teil insbesondere mit der näheren Ausgestaltung der Betroffenenrechte (auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung) und setzt es auch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 1995/281, 31, um.

30 Vgl. *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) 74 f mwN bzw zur Rechtslage nach der DSG-Novelle 2014 *Jahnel*, jusIT 2015/33.

31 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

Implementierung dieses neuen Datenschutz-Regimes, insbesondere dessen Öffnungsklauseln,³² vorliegt).

Ausgegangen wird jeweils davon, dass dabei wohl die **Plattform** als „**datenschutzrechtlicher Auftraggeber**“ iSd § 4 Z 4 DSG 2000³³ (entspricht künftighin dem „Verantwortlichen“ iSd Art 4 Z 7 DS-GVO) anzusehen sein wird, da sie die Entscheidung getroffen hat bzw trifft, diese Daten (im umfassenden Sinn) zu verwenden und sie damit als „**Herrin der Daten**“³⁴ fungiert und insbesondere, wenn sie so auch nach außen auftritt.³⁵

Um zur **Anwendung des DSG 2000 bei internationalen Sachverhalten** zu gelangen, muss gemäß § 3 Abs 1 leg cit weiters entweder von einer Verarbeitung der CrowdworkerInnen-Daten **für Zwecke** einer in **Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung** eines in- oder ausländischen Auftraggebers (mit oder ohne Sitz in einem EU-Mitgliedstaat) **oder** von einer **Verarbeitung** der CrowdworkerInnen-Daten **in Österreich** durch einen Auftraggeber ohne Sitz in einem EU-Mitgliedstaat ausgegangen werden;³⁶ (nur) letzterenfalls kommt es also auf den Standort der Server an, auf denen die Datenverarbeitung erfolgt. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass es sich beim Datenschutzrecht um öffentliches Recht handelt, sodass eine davon **abweichende Rechtswahl ausgeschlossen ist**.³⁷

32 So können etwa die Mitgliedstaaten gemäß Art 88 Z 1 DS-GVO durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

33 Dieser Begriff ist von dem des (vertragsrechtlichen) Auftraggebers der Dienstleistung strikt zu trennen, mit anderen Worten ist der (vertragsrechtliche) Auftraggeber datenschutzrechtlich ein Betroffener iSd § 4 Z 3 DSG 2000, dessen Daten von der Plattform verwendet werden. Auch der (vertragsrechtliche) Dienstleister (= CrowdworkerIn) ist datenschutzrechtlich ein Betroffener iSd § 4 Z 3 DSG 2000 (und kein „datenschutzrechtlicher“ Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000). Werden diese Betroffenen hingegen seitens der Plattform beauftragt bzw ersucht, Daten über den jeweils anderen Betroffenen zu ermitteln (zB über die Zahlungsmoral oder Seriosität des Auftraggebers bzw umgekehrt über die Servicequalität des Dienstleisters [siehe dazu Abschnitt „Bewertung der CrowdworkerInnen“]), wären sie diesfalls in diesem Umfang sogenannte „Ermittlungsdienstleister“ (vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² [16. Erg.-Lfg.] § 4 Anm 5, S 71; VwGH 2010/17/0003 RdW 2012/643).

34 Dazu näher *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (16. Erg.-Lfg.) § 4 Anm 5, und *Knyrim*, Datenschutzrecht³ (2015) 41 f. Da die Plattform auch eigene Marketing- und Verrechnungszwecke verfolgt (dazu näher Beitrag „Gig-Economy und Crowdwork – was ist das?“), kann also keinesfalls davon ausgegangen werden, dass sie (insbesondere im Sinne einer „Software-as-a-Service“-Lösung) bloß ein datenschutzrechtlicher Dienstleister des (vertragsrechtlichen) Auftraggebers oder des (vertragsrechtlichen) Dienstleisters (= CrowdworkerIn) wäre.

35 Diesen Aspekt des Außenauftrittes im Sinne des Interesses an einem effektiven Rechtsschutzsystem betont etwa die Entscheidung der DSK 16.10.2009, K121.533/0017-DSK/2009 (ua mit dem Kriterium der Inhaberschaft an der betreffenden Internet-Domain).

36 Siehe zu konkreten Abgrenzungsbeispielen *Knyrim*, Datenschutzrecht 36 f, und *Jahnel*, Datenschutzrecht 93 f. Vgl weiters EuGH 01.10.2015, C-230/14, *Weltimmo*, RdW 2015/613 = ZIR 2016/2, 168 (*Thiele*) zum Betreiben einer Website mit einer hauptsächlich auf einen anderen EU-Mitgliedstaat (als den Sitzstaat) ausgerichteten Tätigkeit als ein Beurteilungskriterium für das Vorliegen einer Niederlassung iSd Art 4 Abs 1 lit a DSRL 95/46/EG.

37 So auch *Geuer*, Die Niederlassung im datenschutzrechtlichen Sinne, ZIR 2013/3, 153 mwN.

Der (künftige) **räumliche Anwendungsbereich** der **DS-GVO** bezieht sich gemäß Art 3 Abs 1 leg cit (entsprechend Art 4 Abs 1 lit a DSRL 95/46/EG) auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese **im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung** eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters **in der Union** erfolgt, **unabhängig** davon, **ob die Verarbeitung in der Union** stattfindet.³⁸ Die DS-GVO wird aber überdies Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von **betroffenen Personen, die sich in der Union befinden**, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter finden, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, **ihr Verhalten zu beobachten**, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt (Art 3 Abs 2 lit b DS-GVO).³⁹

Den einzelnen Kapiteln vorangestellt werden soll auch die wichtige datenschutzrechtliche Aussage, dass eine **Zustimmung des Crowdworkers/der Crowdworkerin** zur Verwendung seiner/ihrer personenbezogenen Daten (in der Regel über die zustimmende Akzeptanz der AGB der Plattform) – ganz abgesehen von zivilrechtlichen Überlegungen zu den Voraussetzungen und zur Reichweite der Gültigkeit einer solchen Willenserklärung⁴⁰ – **nicht von der vorgelagerten (!) Prüfung der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit** der Datenverarbeitung iSd §§ 6 und 7 DSG 2000 **enthebt**.⁴¹ Insbesondere sind die **Grundsätze der Datensparsamkeit**⁴² und der **Verhältnismäßigkeit**⁴³ jedenfalls immer zu beachten bzw einzuhalten; werden sie verletzt, führt das zur Rechtswidrigkeit der konkreten Datenverwendung. Diese Aussage spielt insbesondere im Abschnitt „Kontrolle der CrowdworkerInnen“ eine große Rolle.

2.2 Bewertung der CrowdworkerInnen

2.2.1 Feedback bzw Rating ohne Möglichkeit der Stellungnahme

Haben KundInnen die Möglichkeit, ihre Zufriedenheit mit der Dienstleistung zu bewerten und können diese Angaben auch für Dritte auf der Plattform einsehbar sein,⁴⁴ kann diese **Feedback-Möglichkeit der Kundschaft** einerseits natürlich sowohl zur Evaluierung der Qualität der Dienstleistung und deren Verbesserung beitragen als auch der Bewertung der jeweiligen Crowd-

.....

³⁸ Gemäß ErwGr 22 setzt eine solche „Niederlassung“ die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung voraus. Die Rechtsform einer solchen Einrichtung, gleich, ob es sich um eine Zweigstelle oder eine Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, ist dabei nicht ausschlaggebend.

³⁹ Ob eine Verarbeitungstätigkeit der Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen gilt, sollte gemäß ErwGr 24 daran festgemacht werden, ob ihre Internetaktivitäten nachvollzogen werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einer natürlichen Person ein Profil erstellt wird, das insbesondere die Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet. Diese Voraussetzung scheint jedenfalls bei CrowdworkerInnen in der EU mit einem Online-Work-Mode (wie zB bei „ClickworkerInnen“ [dazu näher in Abschnitt „clickworker“]) gegeben.

⁴⁰ Dazu näher Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“.

⁴¹ Vgl DSK 16.11.2004, K120.951/0009-DSK/2004; *Jahnel*, Datenschutzrecht 52, 191; *Goricnik* in *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle (2014) 161.

⁴² Dazu näher etwa *Dohr/Pollner/Weiss/Knyrim*, DSG² (16.Erg.-Lfg.) § 6, S 98; Art 5 Abs 1 lit c DS-GVO spricht diesbezüglich vom Grundsatz der „Datenminimierung“.

⁴³ Dazu näher *Jahnel*, Datenschutzrecht 73.

⁴⁴ In aller Regel bieten Plattformen die Möglichkeit für die KundInnen, die erbrachte Dienstleistung zu bewerten (vgl *Heiling/Kuba*, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2/2016, 13 [20]. Siehe konkret Abschnitt „Uber“.

workerInnen dienen.⁴⁵ Andererseits haben die CrowdworkerInnen keine Möglichkeit, eine (aus welchen Gründen auch immer) unrichtige bzw unqualifizierte Bewertung (mitsamt ihrem daraus resultierenden Wettbewerbsnachteil) zu verhindern.⁴⁶

Im Regelfall bietet die Plattform auch **keine Möglichkeit**, dass der/die CrowdworkerIn eine eigene **Stellungnahme** zu seiner/ihrer Bewertung **abgibt** und sie dadurch relativiert bzw sie in das richtige Licht rückt;⁴⁷ was das bedeutet, führen anschaulich *Iranil/Silberman* am Beispiel der von Amazon betriebenen Plattform „Mechanical Turk“, einem System für hochgradig verteilte Mikroarbeit (*microtasks*), aus:⁴⁸

„Zu den Konsequenzen dieser Berufsrisiken gehören [...] geminderte ‚Approval Ratings‘. Letztere sind eines der wenigen Werkzeuge, mit denen Auftraggeber die Arbeiter ausfiltern können. Immer dann, wenn ein Auftraggeber eine erledigte Aufgabe eines Arbeiters zurückweist, sinkt dessen Bewertungsquote. Dies passiert unabhängig davon, ob die Arbeit nicht den Ansprüchen genügte oder ob der Auftraggeber lediglich nicht zahlen wollte. Wenn die Bewertungsquote unter einen bestimmten Schwellenwert sinkt, versteckt Amazon Aufgaben, die ein hohes Rating erfordern.“

Iranil/Silberman behandeln die fehlende Möglichkeit zum Re-Feedback an den bewertenden Auftraggeber (Kundschaft) unter dem Oberbegriff der „**Fairness**“.⁴⁹

2.2.2 Gebot der Datenverwendung nach Treu und Glauben

Das DSGVO 2016 spricht in diesem Zusammenhang von „**Treu und Glauben**“ als einem der **Grundsätze einer (erlaubten) Datenverwendung** (§ 6 Abs 1 Z 1 leg cit).⁵⁰ Dabei ist zu betonen, dass nicht nur Identifizierungsmerkmale und Informationen im engeren Sinn, sondern auch **Werturteile** und Vermutungen über bestimmte oder bestimmbar Personen als **personenbezogene Daten** anzusehen sind.⁵¹ Schließlich können auch Werturteile und (bloße) Mutmaßungen die Stellung bzw das Prestige einer Person genauso – wenn nicht durch die direkte Unüberprüfbarkeit sogar mehr! – beeinträchtigen.⁵²

Das Gebot von Treu und Glauben des § 6 Abs 1 Z 1 DSGVO 2016 verpflichtet den datenschutzrechtlichen Auftraggeber nun nicht nur zu einer Verarbeitung „richtiger“ Daten, sondern auch zu deren Vollständigkeit, wenn er sie denn verarbeitet, da entsprechende Datenlücken letztlich ebenfalls zu einem unrichtigen Verarbeitungsergebnis führen können.⁵³ In diesem Sinne sprach

.....
⁴⁵ Der „Preis“ dieser Bewertungsmöglichkeit für den Dienstleister ist natürlich die Einbindung in ein anstrengendes „System der permanenten Selbstbewährung“ (so schon *Risak*, What’s law got to do with it? Kurswechsel 2/2016, 32 [34]).

⁴⁶ Auf dieses Datenschutzproblem weist schon *Müller-Gemmeke*, Wir brauchen soziale Leitplanken in der neuen Arbeitswelt, in *Benner* (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft?* (2015) 355 (360) hin.

⁴⁷ Das ist etwas fundamental anderes als die Möglichkeit, ein eigenes Feedback zu KundInnen abzugeben, vgl Abschnitt „Uber“.

⁴⁸ *Iranil/Silberman*, *Turkopticon*, in *Benner* 131 (147 f).

⁴⁹ *Iranil/Silberman* in *Benner* 148.

⁵⁰ Vgl künftighin Art 5 Abs 1 lit a DS-GVO mit ua dem Grundsatz der „Verarbeitung nach Treu und Glauben“.

⁵¹ *Dohr/Polliren/Weiss/Knyrim*, DSC² (16.Erg.-Lfg.) § 4 Anm 2, S 68; *Jahnel*, Datenschutzrecht 128, der diesbezüglich das Datum „Arbeitseinstellung“ nennt.

⁵² Vgl *Goricnik*, *jusIT* 2009/82, 172 FN 35 mwN.

⁵³ So schon *Duschanek*, Arbeitsverhältnis und Datenschutz, ZAS 1983, 88.

auch die (frühere) DSK zum Gebot der Datenverwendung nach Treu und Glauben aus, dass das Führen wesentlich nachteiliger Informationen über Betroffene nur zulässig sei, wenn alle vernünftigerweise einsetzbaren Vorkehrungen getroffen werden, um die **Richtigkeit (und Vollständigkeit) der gespeicherten Daten** zu bewirken. Dazu sei insbesondere auch eine ausreichende Information der Betroffenen notwendig, damit diese ihre Rechte (gegenüber dem/der datenschutzrechtlichen AuftraggeberIn) durchsetzen können, zB eben auch durch die Ersichtlichmachung eines sogenannten „Bestreitungsvermerkes“ im Falle einer begründeten Bestreitung. Dies erfordere im übrigen auch das Gebot der sachlichen Richtigkeit der Daten iSd § 6 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000, das auch ein Gebot der Vollständigkeit von Informationen mitumfasse.⁵⁴ Mit Entscheidung vom 15.12.2005 schloss sich auch der OGH ausdrücklich dieser Auffassung an und bekräftigte, dass der Grundsatz der Datenverwendung nach Treu und Glauben eben auch die Möglichkeit des Betroffenen impliziere, sich gegen eine seiner Meinung nach nicht gerechtfertigte Datenverwendung zur Wehr zu setzen.⁵⁵

Die Auffangklausel von Treu und Glauben dient damit letztlich also der „Qualität der Daten“,⁵⁶ da bei einer **automationsunterstützten Datenverarbeitung** entsprechend hohe Maßstäbe anzulegen sind, weil das **Gefährdungspotenzial für den Betroffenen** ein höheres als bei bloß manuellen Daten (außerhalb einer Datei) ist, namentlich durch die leichte Abrufbarkeit „auf Tastendruck“ (noch einmal gesteigert durch die **Abrufbarkeit im Internet**), durch den **Kontextverlust** (zB durch die Ersichtlichmachung der Datenkategorie eines unterdurchschnittlichen Arbeitsergebnisses ohne – mangels entsprechender Datenkategorie – Ersichtlichmachung des Begleitdatums unklarer Vorgaben) wie auch durch den **Ausschluss des faktischen „Vergessens“**, dh insbesondere durch die lange währende negative Beeinflussung von Durchschnittswerten.⁵⁷

Was folgert daraus datenschutzrechtlich insbesondere für die Beifügung von (negativ gefärbten) Werturteilen – zB „unfreundliche Art“ bei einer persönlich erbrachten Leistung – über einen/eine CrowdworkerIn?

Der/Die CrowdworkerIn hat nach hier vertretener Ansicht unter Berufung auf das Gebot der **Datenverwendung nach Treu und Glauben** (und wohl auch als **vertragsrechtliche Nebenpflicht**) das **Recht**, zu verlangen, dass seine/ihre **Stellungnahme**, die ihm/ihr zB als Beweismittel für allfällige spätere rechtliche Auseinandersetzungen mit der Kundschaft oder einfach zur Relativierung der negativ gefärbten Beschreibung der eigenen Person zur Wiederherstellung seiner/ihrer Reputation dienen kann, in **gleicher Art und Weise** beim Feedback der Kundschaft **aufscheint**, um eine vollständige Gesamtinformation (als „Anhörung“ auch der gegenbeteiligten Partei) darzustellen.

.....
⁵⁴ DSK 23.11.2001, K095.014/021-DSK/2001. In diesem Sinne auch *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) 181, wonach die Richtigkeit der Daten auch dann nicht vorliegt, wenn aufgrund der nicht mitgespeicherten Datenumgebung der Informationsgehalt der Daten verändert wird, wenn also die Daten wegen des Kontextverlustes einen unrichtigen Eindruck erzeugen.

⁵⁵ OGH 6 Ob 275/05r ecoclex 2006/211; weiters OGH 6 Ob 247/08d jusIT 2010/49 (*Kastelitz/Leiter*).

⁵⁶ Siehe dazu näher *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Erl 1.1 zu dem § 6 DSGVO zugrunde liegenden Art 6 DSRL 95/46/EG.

⁵⁷ So schon *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis 36.

Noch spezifischer datenschutzrechtlich formuliert, hat der/die CrowdworkerIn mangels Feststellbarkeit der Richtigkeit bzw Unrichtigkeit der Daten, was bei einer subjektiven Bewertung die Regel sein wird, das Recht, unter Berufung auf § 27 Abs 7 DSGVO 2000 die Beifügung eines sogenannten „Bestreitungsvermerkes“⁵⁸ durch die Plattform zu verlangen.⁵⁹

Praktisch kann man sich diesen Vorgang etwa dergestalt vorstellen, dass zB unmittelbar beim Datenfeld der (zB numerischen) Bewertung des Crowdworkers/der Crowdworkerin jedenfalls auch ein **Textfeld** vorhanden sein müsste, in das sowohl die Kundschaft als auch der/die CrowdworkerIn (allenfalls unter dem Titel „**Bestreitungsvermerk im Sinne des § 27 Abs 7 DSGVO**“) Einträge tätigen können (zB seitens des Crowdworkers/der Crowdworkerin des Inhaltes, dass er/sie diese oder jene Sachverhaltselemente und/oder die daraus abgeleitete Wertung der Kundschaft in Abrede stellt).

2.2.3 Mangelnde Übertragbarkeit der Reputation als berufliches Mobilitätshemmnis

Der Vollständigkeit halber sei im Zusammenhang mit dem Thema der Bewertung der CrowdworkerInnen auch noch auf das Problem hingewiesen, dass mangels entsprechender technischer und rechtlicher Vorkehrungen (zB durch das Einholen einer diesbezüglichen Einwilligung der Kundschaft) diese „**digitale Reputation**“, die zu attraktiveren und besser bezahlten Aufträgen verhilft, grundsätzlich **nicht** auf andere Plattformen **übertragbar** ist, was die Mobilität der CrowdworkerInnen hemmt.⁶⁰

Art 20 DS-GVO sieht (künftig) zwar ein (neues) Recht auf Datenübertragbarkeit dergestalt vor, dass die betroffene Person das Recht hat, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen (= der bisherige datenschutzrechtliche Auftraggeber) bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten. Außerdem hat sie das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, aber eben nur unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person die Daten „bereitgestellt“ hat; diese Voraussetzung liegt sohin bei einer Bewertung durch eine Kundschaft nicht vor.

Abgesehen davon wäre eine Portabilität von Bewertungen wohl auch nur dann hilfreich, wenn über die andere Plattform ähnliche Dienstleistungen angeboten würden (eine numerische Bewertung und selbst lobende Beschreibungen einer einzelnen Kundschaft sind eben nicht mit dem Informationsgehalt eines qualifizierten Dienstzeugnisses zu vergleichen).

⁵⁸ Dazu näher *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (16.Erg.-Lfg.) § 27 Anm 21 f, und *Jahnel*, Datenschutzrecht 421 f.

⁵⁹ Die Plattform bleibt auch beim Einsatz eines sogenannten „Ermittlungsdienstleisters“ (hier der Kundschaft) verantwortlicher datenschutzrechtlicher Auftraggeber (vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² [16. Erg.-Lfg.] § 4 Anm 5, S 71).

⁶⁰ *Prassl/Risak*, Uber, TaskRabbit, and Co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork, in *Comparative Labour Law and Policy Journal* Vol. 37 (2016) 619 (627), betonen zutreffend die daraus resultierende verschlechterte (wirtschaftliche) Verhandlungssituation der CrowdworkerInnen.

2.3 Kontrolle der CrowdworkerInnen

Die **Ermittlung von Standortinformationen** (und deren auftragsbezogene Übermittlung an die Kundschaft) in Zusammenhang mit dem Anbot von Beförderungsleistungen (wie zB bei Uber, vgl Abschnitt „Uber“) oder die **Dokumentation des Arbeitsfortschrittes** des Crowdworkers/der Crowdworkerin können natürlich auch als Kontrollmittel eingesetzt werden. Insbesondere bei einem **Online-Work-Mode** (wie zB bei clickworker, vgl Abschnitt „Clickworker“) ist von einer **engmaschigen digitalen Kontrollierbarkeit** der Arbeitsaktivitäten der CrowdworkerInnen – auch seitens der Kundschaft⁶¹ – auszugehen.

Zur entsprechenden datenschutzrechtlichen Bewertung ist auf das allgemeine Vertragsrecht des 26. Hauptstückes des ABGB zurückzugreifen:

Bei „echten“ Arbeitsverträgen schuldet der Arbeitnehmer wegen seiner bloßen Verpflichtung zur grundsätzlichen Zur-Verfügungstellung seiner Arbeitskraft für bestimmte Zeiträume nur sein Bemühen, aber nicht den gewünschten Erfolg seiner Dienstleistung,⁶² sodass eine entsprechende Kontrolle durch den für die bloße Zur-Verfügungstellung der Arbeitskraft entgeltspflichtigen Arbeitgeber ein Wesenselement des „echten“ Arbeitsverhältnisses iSd 26. Hauptstückes des ABGB ist.⁶³ Für den Arbeitsvertrag ist das **Recht des Arbeitgebers** charakteristisch, **laufend zu kontrollieren**, ob der Arbeitnehmer die Bindungen – die aus Vertrag oder Weisung folgen – auch eingehalten hat. Zwar ist bei jedem Vertragstyp der Vertragspartner berechtigt, die Leistung des anderen zu kontrollieren.⁶⁴ Die Kontrollbefugnisse beim „echten“ Arbeitsvertrag erstrecken sich aber (auch) auf andere Elemente als bei einem Werk- oder freien Dienstvertrag, eben auf die persönliche Leistung zu bestimmter Zeit an bestimmtem Ort unter Einordnung in die fremde Arbeitsorganisation; diese – **intensiven – Kontrollbefugnisse** sind daher ein starkes **Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages**.⁶⁵ Ausreichend intensive Kontrollbefugnisse können – selbst bei verdünntem Weisungsrecht – die Qualifikation als Arbeitsvertrag auch allein tragen.⁶⁶

Demgegenüber **schuldet** der **Werkunternehmer** bei Werkverträgen iSd §§ 1165 ff ABGB **einen Erfolg** bzw Arbeitserfolg, **während Arbeitnehmer eben bloß ein „Wirken“ schulden**. Hauptpflicht des Werkunternehmers ist das vertragsgemäße Herstellen des körperlichen oder unkörperlichen Werkes. Wesentlich ist, dass die geschuldete Leistung nach den Umständen und Vorstellungen des anderen (Werkbesteller) herzustellen ist. Das Werk stellt das Ergebnis der vertragsgemäßen, zielgerichteten Tätigkeit des Unternehmers dar. Der Werkunternehmer schuldet dieses Ergebnis, nicht bloß das Bemühen darum. Tritt der geschuldete Erfolg nicht ein, so hat der

61 Im Fall der clickworker-Plattform wird zwar allgemein behauptet, dass der Datenschutz in Bezug auf die einzelnen ClickworkerInnen beachtet würde (https://www.clickworker.com/wp-content/uploads/2016/01/Mktplace_APL_Reference.pdf, S 26 [15.07.2016]) – vgl Abschnitt „Clickworker“ –, ob und wie weitgehend das aber auch eingehalten wird, bedürfte aber einer genauen informationstechnischen Überprüfung.

62 ZB *Spielbücherler* in *Floretta/Spielbücherler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 147.

63 Vgl *Spielbücherler* in *Floretta/Spielbücherler/Strasser*, Arbeitsrecht I, 52.

64 ZB OGH 9 Oba 10/99g = ASoK 1999, 277 (*Karl*).

65 *Rebbahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1151 ABGB Rz 86 (Stand 01.6.2014, rdb.at).

66 *Rebbahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1151 ABGB Rz 86 (Stand 01.6.2014, rdb.at).

Werkunternehmer nicht erfüllt und keinen Werklohnanspruch.⁶⁷ **Deshalb sind Kontrollen des Werkunternehmers grundsätzlich nur in Bezug auf das geschuldete Werk sachlich gerechtfertigt**, nicht aber in Bezug auf seine Aktivitäten zur Herstellung dieses Werkes.

Laufende und intensive Kontrollen der CrowdworkerInnen durch die Plattform und/oder die Kundschaft bewegen sich also – pointiert formuliert – rechtlich zwischen Skylla und Charybdis: Entweder stellt die engmaschige Ermittlung und weitere Verarbeitung von (personenbezogenen) Daten der Arbeitsaktivitäten der CrowdworkerInnen bzw deren Übermittlung an die Kundschaft schon gar **keinen Erlaubnistatbestand iSd § 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000** dar (weil nicht für die Erfüllung eines Werkvertrages erforderlich)⁶⁸ bzw ist sie – wegen der den berechtigten Zweck überschneidenden Datenermittlung – jedenfalls **unverhältnismäßig iSd § 7 Abs 3 DSGVO 2000**,⁶⁹ wofür die **Plattform als datenschutzrechtlicher Auftraggeber verantwortlich** zeichnet.⁷⁰ Oder dieses Kontrollausmaß könnte mit den (allenfalls) zugrunde liegenden Vertragsbedingungen (datenschutzrechtlich) zu rechtfertigen versucht werden, was aber nach dem Vorgesagten das Vorliegen eines „echten“ Arbeitsvertrages (mitsamt seiner persönlichen Abhängigkeit) zur Plattform und/oder zur Kundschaft indizieren würde (was idR nicht beabsichtigt ist).

Speziell zu **Standortdaten** der CrowdworkerInnen in Zusammenhang mit dem Anbot von Beförderungsleistungen ist anzumerken, dass auch diesfalls **reine Nützlichkeitsabwägungen keinen Erlaubnistatbestand** zur entsprechenden Datenverwendung darstellen: Nur in wenigen Fällen wird die Verwendung dieser Daten iSd **§ 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000** zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung erforderlich sein,⁷¹ zB allenfalls zur Kontaktierung eines/einer in der Nähe der Kundschaft befindlichen Crowdworkers/Crowdworkerin, aber nicht zu den genauen Modalitäten der Anfahrt im Auftragsfall. Würde darüber hinaus die **Berechtigung eines Kontrollinteresses** an einer effizienten Fahrleistung behauptet, würde sich aber wiederum die **grundsätzliche Vorfrage nach dem Typus des der Dienstleistung zugrunde liegenden Vertrages** stellen.⁷²

Diese Vorfrage stellt sich natürlich auch dann, wenn eine umfassende Verwendung von Kommunikations- und Inhaltsdaten auf **Kollaborationsplattformen** (vgl Abschnitt „Generation Open“) erfolgt und zwar unterschiedslos, ob es sich um (interne) ArbeitnehmerInnen oder externe MitarbeiterInnen (ohne zugrunde liegenden Arbeitsvertrag) handelt – egal, ob es sich um den Verwendungszweck der Vertragserfüllung oder den eines Kontrollinteresses handelt.

Wie schon im Abschnitt „Allgemeines“ ausgeführt, können diese datenschutzrechtlichen Anforderungen auch **nicht einfach durch eine Zustimmung des Crowdworkers/der Crowd-**

⁶⁷ *Rebbahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰² § 1151 ABGB Rz 107 (Stand 01.6.2014, rdb.at).

⁶⁸ Vgl entsprechend künftighin Art 6 Abs 1 lit b DS-GVO.

⁶⁹ Vgl künftighin Art 5 Abs 1 lit c DS-GVO (Grundsatz der „Datenminimierung“).

⁷⁰ Das Auslagern der Kontrolle seitens der Plattform an die Kundschaft ändert nichts an der Beibehaltung der datenschutzrechtlichen Auftragsberei­genschaft der Plattform (die KundInnen sind diesfalls datenschutzrechtliche Dienstleister); integrieren die KundInnen entsprechende personenbezogene Daten in ihre eigenen Anwendungen und Systeme (vgl Abschnitt „Clickworker“), werden (auch) sie selbst zu datenschutzrechtlichen Auftraggeber.

⁷¹ Vgl dazu allg *Rebbahn*, Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz (2009) 52.

⁷² In diesem Sinne schon *Rebbahn*, Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz 53, zur unterschiedlichen Kontrollbefugnis in Bezug auf freie Mitarbeiter einerseits und Arbeitnehmer andererseits.

workerin zur entsprechenden Verwendung seiner/ihrer personenbezogenen Daten (in der Regel über die zustimmende Akzeptanz der AGB der Plattform) **ausgehebelt** werden, da auch eine solche Zustimmung **nicht von der vorgelagerten (!) Prüfung der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit** der Datenverarbeitung iSd §§ 6 und 7 DSGVO **enthebt**.

Künftighin wird in diesem Zusammenhang auch das sogenannte „**Koppelungsverbot**“ des **Art 7 Abs 4 DS-GVO** eine wichtige Rolle spielen: Demnach muss bei der **Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig** erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind; Vertragsklauseln, die eine Einwilligung in die Verarbeitung entsprechender „nicht erforderlicher“ Daten vorsehen, bewirken künftighin in der Regel also **keine wirksame Zustimmung** zur Datenverwendung.⁷³

2.4 Übermittlung von CrowdworkerInnen-Daten an Behörden

Plattformen bewerben die angebotene Dienstleistung zum Teil auch mit dem Argument der „100%igen Legalität“ in dem Sinne, dass neben dem Erhalt einer „detaillierten Rechnung“ alle DienstleisterInnen (CrowdworkerInnen) „offiziell angemeldet“ seien.⁷⁴ Das entspricht dem beobachtbaren Trend bei Plattformen, zunehmend auch gesamtgesellschaftlich wünschenswerte Ziele als Attribute für die Bewerbung der Plattform zu verwenden.⁷⁵

Damit stellt sich datenschutzrechtlich die Frage, ob die Plattform entsprechende CrowdworkerInnen-Daten (insbesondere ohne deren Einwilligung) auch an Aufsichts- oder Steuerbehörden übermitteln darf.

§ 7 Abs 2 DSGVO 2000 bezieht sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die diesbezügliche Nicht-Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen der betroffenen CrowdworkerInnen:

Gemäß § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000 sind schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht-sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn überwiegende berechnete Interessen eines Dritten die Verwendung erfordern. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen sind aus dem Grunde dieses Abs 1 Z 4 leg cit insbesondere dann nicht verletzt, wenn die Verwendung der Daten für einen **Auftraggeber des öffentlichen Bereichs** eine **wesentliche Voraussetzung für die Wahrnehmung** einer ihm **gesetzlich übertragenen Aufgabe** ist (§ 8 Abs 3 Z 1 DSGVO 2000).⁷⁶

Die **Übermittlung** entsprechender **CrowdworkerInnen-Daten an Gewerbe- und Steuerbehörden sowie an Sozialversicherungsträger scheidet** sohin auch schon **de lege lata nicht am Datenschutzrecht** bzw könnte **de lege ferenda sogar** eine **entsprechende Meldeverpflichtung**

⁷³ So auch *Härtig*, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 96 f.

⁷⁴ Siehe beispielsweise <https://www.bookatiger.com/at-de/reinigungskraft/wien> (20.09.2016).

⁷⁵ *Heiling/Kuba*, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2/2016, 20.

⁷⁶ Vgl künftighin Art 6 Abs 1 lit e DS-GVO.

der Plattform vorgesehen werden, die mit dem Grundrecht auf Datenschutz des § 1 DSG 2000 wegen der entsprechenden Wahrung des öffentlichen Interesses kompatibel wäre.

Hervorzuheben ist, dass die im Vergleich mit anderen Wirtschaftsteilnehmer der „Old Economy“ **funktional ähnliche Besteuerung** von in der kollaborativen Wirtschaft Tätigen, die vergleichbare Dienstleistungen erbringen, mittlerweile auch eine **Stoßrichtung** ist, die auf der **„Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft“**⁷⁷ steht. Dort wird auch darauf hingewiesen, dass die **von der Europäischen Kommission „kollaborative Wirtschaft“ genannte Gig-Economy neue Möglichkeiten** eröffnet habe, **den Steuerbehörden** und den SteuerzahlerInnen bei ihren steuerlichen Verpflichtungen **zu helfen**. Dies gehe insbesondere auf die **besere Rückverfolgbarkeit** zurück, die durch die Vermittlung durch Online-Plattformen ermöglicht wird. In manchen Mitgliedstaaten sei es deshalb schon gängige Praxis, dass Vereinbarungen mit Plattformen über die Beitreibung von Steuern abgeschlossen werden. Es gebe auch Fälle, in denen die Steuerbehörden die durch Online-Plattformen ermöglichte Rückverfolgbarkeit für die Beitreibung von Steuern von den einzelnen Anbieter nutzen.

Ein **Beispiel** für die gute Zusammenarbeit zwischen den Steuerbehörden und Akteuren der kollaborativen Wirtschaft (in diesem Band „Gig-Economy“ genannt) stamme aus **Estland**: In Zusammenarbeit mit Plattformen für Mitfahrssysteme soll dort das Verfahren für Steuererklärungen für Fahrer vereinfacht werden. Transaktionen zwischen Fahrer und Kunden werden von der kollaborativen Plattform registriert. Diese schickt anschließend nur die für steuerliche Zwecke relevanten Daten an die Behörde, die dann ihrerseits die Steuerformulare für SteuerzahlerInnen im Voraus ausfüllt.

Der Grundgedanke bestehe darin, den Steuerzahler wirksam und mit möglichst geringem Aufwand bei der Erfüllung ihrer Steuerpflichten zu helfen.⁷⁸

Darüber hinaus betont die Europäische Kommission die Wichtigkeit, faire Arbeitsbedingungen und einen angemessenen und nachhaltigen VerbraucherInnen- und Sozialschutz sicherzustellen. Deshalb sollten Bürger und Unternehmen die für sie geltenden Regeln und Pflichten kennen, wie sie in dieser Mitteilung dargelegt werden. Die Mitgliedstaaten werden auch dazu aufgefordert, die Lage auf nationaler Ebene in ähnlicher Weise klarzustellen. Die Kommission sei bereit, mit den Mitgliedstaaten und den jeweiligen Behörden zusammenzuarbeiten, um sie dabei zu unterstützen.⁷⁹

3. Zusammenfassung

Wie aus der technischen und datenschutzrechtlichen Darstellung ersichtlich ist, ist die genaue Ausformung der plattformbasierten Abwicklung von Dienstleistungen zwar vielgestaltig,

77 Mitteilung der Kommission vom 02.06.2016, COM (2016) 356 (abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-356-DE-F1-1.PDF>).

78 Mitteilung der Kommission vom 02.06.2016, COM (2016) 356, 16.

79 Mitteilung der Kommission vom 02.06.2016, COM (2016) 356, 18.

die identifizierten problembehafteten bzw in der gegenständlichen Darstellung als überprüfenswert erachteten **datenschutzrechtlichen Aspekte der Stellung der CrowdworkerInnen** sind aber **strukturell ähnlich** gelagert, was dafür spricht, dass **Crowdwork auch ein spezifisch datenschutzrechtliches Strukturproblem aufweist**.

Der datenschutzrechtliche Teil dieses Beitrages hat sich deshalb auch zum Ziel gesetzt, entsprechende **Lösungsmöglichkeiten de lege lata** anzudenken.

Darüber hinaus und vor allem angesichts der ebenfalls ersichtlich gemachten Schwierigkeiten der datenschutzrechtlichen Navigation in dieser wirtschaftlichen Struktur, die vom Zusammenspiel dreier Player geprägt ist, ist aber vor allem (**neben** entsprechenden notwendigen **Initiativen auf europäischer Ebene**) **auch der österreichische Gesetzgeber** einerseits aus Gründen der Rechtssicherheit und andererseits aus Gründen des Schutzes bestehender traditioneller wirtschaftlicher Strukturen mit ihren eingespielten rechtsstaatlichen Abläufen **rechtspolitisch gefordert**, Klärstellungen und Präzisierungen der plattformbasierten Abwicklung von Dienstleistungen (auch in datenschutzrechtlicher) Hinsicht zu treffen.

Sozialversicherung in der Gig-Economy



Sarah Bruckner/Caroline Kramer

Der vorliegende Beitrag beschreibt, unter welchen Voraussetzungen CrowdworkerInnen nach österreichischem Recht sozialversichert sind, welche Ansprüche aus der Sozialversicherung ihnen zustehen und auf welche Weise und von wem die Versicherungsbeiträge zu entrichten sind. Aufgrund der speziellen Relevanz für die Gig-Economy wird ein besonderes Augenmerk auf geringfügige und fallweise Beschäftigung gelegt.

1. Viel Freiheit, wenig Sicherheit?

Bin ich nach österreichischem Recht sozialversichert? Bin ich überhaupt sozialversichert? Für CrowdworkerInnen ist es anders als für außerhalb der Gig-Economy Beschäftigte keineswegs einfach, Antworten auf diese Fragen zu bekommen. Trotz umfangreicher FAQ und AGB schweigen viele Plattformen zu Fragen der Sozialversicherung.¹ Auch die bislang veröffentlichte rechtswissenschaftliche Literatur greift dieses Thema kaum auf, da der Fokus meist auf zivilrechtliche Aspekte des Crowdwork gerichtet wird. Grund genug, sich mit dem „blinden Fleck“ Sozialversicherung in der Gig-Economy auseinanderzusetzen.

Aufgrund der technologischen Entwicklungen und des digitalen Wandels der Wirtschaft tun sich derzeit Defizite in der sozialen Absicherung auf, weil die bestehende Rechtslage nicht auf die neuen Beschäftigungsformen „zugeschnitten“ ist. Wenngleich der vorliegende Beitrag gegenwarts- und zukunftsbezogene Rechtsfragen behandelt, ist eingangs mit Blick auf die Vergangenheit festzuhalten, dass solcherart stattfindende Prozesse – nämlich nicht aufhaltbare gesellschaftliche Veränderungen, denen die rechtlichen Entwicklungen hinterherhinken – dem Sozialversicherungsrecht immanent sind und in dessen Geschichte bereits mehrmals vorgekommen sind. Bereits die Einführung der ersten Sozialversicherungsgesetze in Österreich erfolgte nicht synchron zu den Bedürfnissen des wachsenden Industrieproletariats, sondern zu einem Zeitpunkt, als das Elend in den Städten bereits unsägliches Ausmaß angenommen hatte und die ArbeiterInnenbewegung zunehmend stärker wurde. In Österreich gab es ab etwa 1775 erste Industrieansiedlungen, mit denen auch sofort die für diese Phase charakteristischen sozialen Missstände eintraten.² Es dauerte allerdings bis zum Ende des 19. Jahrhunderts, bis die ersten Sozialversicherungsgesetze in Österreich eingeführt wurden.

Da nunmehr die Digitalisierung der Arbeitswelt erneut einen gesellschaftlichen Wandel mit sich bringt, mit dem die Gefahr von Defiziten in der sozialen Absicherung einhergeht, dient die Auseinandersetzung mit sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen der Gig-Economy nicht nur dem Benennen konkreter Rechtsprobleme, sondern im besten Fall auch der Verkürzung der „Latenzzeit“ in Bezug auf allenfalls erforderliche Anpassungen im Sozialversicherungsrecht als Reaktion auf die teilweise bereits eingetretene Realität der digitalisierten Arbeitswelt.

2. Sozialversicherung für CrowdworkerInnen

2.1 System der Pflichtversicherung

Die österreichische Sozialversicherung umfasst die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung. Auch die Arbeitslosenversicherung zählt zum Sozialversicherungssystem, wobei diese im Gegensatz zu den anderen Versicherungszweigen nicht durch einen eigenen Versicherungsträger in Selbstverwaltung, sondern durch den Bund (Arbeitsmarktservice) abgewickelt wird. Es

¹ Heiling/Kuba, Arbeit für/durch die Plattform, Kurswechsel 2/2016, 21.

² Hofmeister, Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Österreich (1981) 49.

besteht ein System der Pflichtversicherung. Hinsichtlich der Sozialversicherung existiert keine Wahlmöglichkeit (Ausnahme: Arbeitslosenversicherung für selbständig Erwerbstätige).

Alle selbständig und unselbständig Erwerbstätigen sind in allen Versicherungszweigen von Gesetzes wegen versichert, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind. **Auch CrowdworkerInnen unterliegen der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung.** Ausgenommen sind CrowdworkerInnen, deren Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze (§ 5 Abs 2 ASVG³) liegt; diese unterliegen nur der Teilversicherung in der Unfallversicherung (§ 7 Z 3 ASVG).

Aufgrund des oftmals niedrigen Einkommens ist davon auszugehen, dass die Geringfügigkeitsgrenze in vielen Fällen nicht überschritten wird, wodurch keine umfassende sozialversicherungsrechtliche Absicherung gegeben ist. Die Tätigkeit als CrowdworkerIn stellt jedoch oft nicht die einzige Einkommensquelle dar. In diesen Fällen stellen sich Fragen zur Zusammenrechnung der Einkommen, die in Abschnitt „Geringfügigkeit“ behandelt werden.

Die Pflichtversicherung knüpft an das Vorliegen einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit an. CrowdworkerInnen müssen entweder der einen oder der anderen Gruppe zugeordnet werden, um deren soziale Absicherung jeweils anhand der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen darstellen zu können. In der zivilrechtlichen Literatur werden CrowdworkerInnen großteils als selbständig Erwerbstätige qualifiziert,⁴ jedoch gibt es auch differenzierte Ansätze, die auf die konkrete Art und Weise des Tätigwerdens der Plattform sowie auf die konkrete Art und Weise des Tätigwerdens der CrowdworkerInnen abstellen.⁵ Wenngleich Crowdwork als „moderne Heimarbeit“ betrachtet werden kann, so sind CrowdworkerInnen wegen des eingeschränkten Anwendungsbereiches des Heimarbeitsgesetzes dennoch nicht als HeimarbeiterInnen zu qualifizieren⁶, weshalb im Folgenden auf das Heimarbeitsgesetz nicht weiter eingegangen wird. Zu einer gänzlich alternativen Betrachtungsweise (funktionales DienstgeberInnenkonzept nach *Prassl/Risak*) siehe Abschnitt „Exkurs: Funktionales DienstgeberInnen-Konzept und Sozialversicherung“.

Der vorliegende Beitrag geht insbesondere auf die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung der CrowdworkerInnen, auch in Abgrenzung zum Zivilrecht, ein. Es erfolgt eine Zuordnung zu einer der drei Gruppen: 1.) echte DienstnehmerInnen 2.) freie DienstnehmerInnen 3.) selbständig Erwerbstätige. Ist der/die CrowdworkerIn selbständig erwerbstätig, so steht ihm/ihr je nach Geschäftsmodell entweder die Plattform oder der/die *RequesterIn* (Person, die eine Dienstleistung über eine Plattform anfordert) als AuftraggeberIn gegenüber. Ist der/die CrowdworkerIn echter/echte oder freier/freie DienstnehmerIn, so steht ihm/ihr je nach Geschäftsmodell entweder die Plattform oder der/die *RequesterIn* als DienstgeberIn gegenüber.⁷

3 Monatliche Geringfügigkeitsgrenze 2017: 425,70 Euro.

4 Zur deutschen Rechtslage: *Däubler*, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts? in *Benner* (Hrsg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2014).

5 Zur österreichischen Rechtslage: *Risak*, Crowdwork, ZAS 2015, 11 ff; *Warter*, Crowdwork (2016).

6 *Risak*, ZAS 2015, 17.

7 Während *Däubler* (zur deutschen Rechtslage) ein Vertragsverhältnis zwischen *RequesterIn* und CrowdworkerInnen in der Regel ausschließt (*Däubler* in *Benner*, Crowdwork – Zurück in die Zukunft? 246), vertreten *Risak* und *Warter* (zur österreichischen Rechtslage) die Ansicht, dass bei bestimmten Plattform-Modellen ein Vertragsverhältnis zwischen *RequesterIn* und CrowdworkerInnen besteht (*Risak*, ZAS 2015, 15; *Warter*, Crowdwork 115).

2.2 Zum DienstgeberInnen-Begriff nach § 35 ASVG

Der DienstgeberInnen-Begriff ist von großer Relevanz für die Feststellung der Pflichtversicherung nach ASVG. *Julcher* bezieht sich auf die Rechtsprechung des VwGH⁸: „**Ob ein die Pflichtversicherung auslösendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, ist immer nur in Bezug auf eine andere Person, nämlich den Dienstgeber iSd § 35 Abs 1 zu prüfen [...]. In einem die Pflichtversicherung feststellenden Bescheid muss daher auch ausgesprochen werden, welche konkrete Person der Dienstgeber des Beschäftigten ist, wobei die Dienstgeber-Eigenschaft voraussetzt, dass die betreffende Person Träger der einschlägigen Rechte und Pflichten sein kann, insoweit also zumindest teilrechtsfähig ist.**“⁹ Der VwGH lässt allerdings auch die Bezeichnung einer **nicht rechtsfähigen Entität** genügen, wenn dadurch kein Zweifel entsteht, welcher natürlichen oder juristischen Person die DienstgeberInnen- Eigenschaft zukommen soll.¹⁰

Nach *Julcher*¹¹ kann die DienstgeberInnen-Eigenschaft für sich alleine zwar – mangels rechtlichem Interesse oder rechtlicher Grundlage zur Feststellung – kein Gegenstand eines rechtsfeststellenden Bescheides sein.¹² **Die verbindliche Feststellung eines der Pflichtversicherung unterliegenden Beschäftigungsverhältnisses umfasst jedoch auch die verbindliche Feststellung der DienstgeberInnen-Eigenschaft.** So kann in diesem Fall die Eigenschaft als Beitrags-schuldnerIn nicht mit dem Argument der fehlenden DienstgeberInnen-Eigenschaft bekämpft werden.¹³ Wem diese Eigenschaft zukommt, unterliegt weder einer gemeinsamen Willenserklärung der VertragskontrahentInnen noch wird diese Frage nach dem in Erscheinung tretenden Sachverhalt bestimmt. Vielmehr definiert sich die DienstgeberInnen-Eigenschaft nach der im Gesetzeswortlaut des § 35 ASVG geforderten Berechtigung und Verpflichtung desjenigen/derjenigen, für dessen/deren Rechnung der Betrieb geführt wird.¹⁴ „*Maßgeblich sind dabei*“, so *Julcher*, „*stets die rechtlichen Verhältnisse, nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt.*“¹⁵

Im Zusammenhang mit der Frage, wem die Rolle des Dienstgebers/der Dienstgeberin zukommen kann, ist auf den Wortlaut des § 35 Abs 1 ASVG zu verweisen:¹⁶ **Die Einstellung durch Mittelspersonen bzw die Verweisung auf Leistungen Dritter anstelle des Entgelts, ändert an der DienstgeberInnen-Eigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten trägt, nichts.** Dies ist auch im Bereich des plattformbasierten Arbeitens zu beachten.

8 VwGH 16.11.2005, 2005/08/0096.

9 *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), *Der SV-Komm § 35 Rz 5.*

10 VwGH 23.01.2008, 2007/08/0223.

11 *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil*, *Der SV-Komm § 35 Rz 6.*

12 VwGH 22.06.1993, 92/08/0256.

13 VwGH 16.03.1999, 97/08/0001.

14 Vgl zB VwGH 02.04.2008, 2007/08/0240.

15 *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil*, *Der SV-Komm § 35 Rz 13.*

16 *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil*, *Der SV-Komm § 35 Rz 13.*

2.3 Sozialversicherung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Der vorliegende Beitrag behandelt die Sozialversicherung von CrowdworkerInnen ausschließlich nach österreichischem Sozialversicherungsrecht. Da in der Gig-Economy häufig grenzüberschreitende Sachverhalte anzutreffen sind, ist vorab stets die Frage zu klären, ob österreichisches Sozialversicherungsrecht anwendbar ist.

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten innerhalb des EWR (und Schweiz) ist das anzuwendende Sozialversicherungsrecht nach der VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (idF kurz KoordinierungsVO) zu ermitteln. Gemäß Art 11 Abs 3 lit a KoordinierungsVO unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. **Eine in Österreich ausgeübte Tätigkeit als Neuer Selbständiger/ Neue Selbständige gilt auch im Hinblick auf die in der KoordinierungsVO determinierten Regelungen als selbständige Erwerbstätigkeit, eine in Österreich ausgeübte Tätigkeit als freier/freie DienstnehmerIn gilt als Beschäftigung.**¹⁷ Der Sitz (Wohnsitz, Niederlassung oder Betriebsstätte) des/der DienstgeberIn ist für die Frage, welche nationale Rechtsordnung anwendbar ist, unerheblich.¹⁸ Ein/Eine CrowdworkerIn, der/die als DienstnehmerIn eines deutschen Unternehmens seine/ihre Tätigkeit ausschließlich von einem Computer an seinem/ihrer Wohnsitz in Österreich ausübt, unterliegt dem österreichischen Sozialversicherungsrecht.

Auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit Staaten außerhalb des EWR (und Schweiz) gilt der Grundsatz, dass das Sozialversicherungsrecht jenes Staates anwendbar ist, in dem die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Art 6 des *Abkommens zwischen der Republik Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika im Bereich der Sozialen Sicherheit*¹⁹ regelt, dass für eine Person, die im Gebiet eines Vertragsstaates unselbständig oder selbständig erwerbstätig ist, hinsichtlich dieser Erwerbstätigkeit ausschließlich die Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates gelten. Weiters ist festgelegt, dass dies auch dann gilt, wenn sich der Sitz des Dienstgebers/der Dienstgeberin im Gebiet des anderen Vertragsstaates befindet. Andere zwischenstaatliche Abkommen enthalten ähnliche Bestimmungen. Österreich hat im Verhältnis zu folgenden 18 Staaten außerhalb des EWR (und Schweiz) derzeit bilaterale Abkommen geschlossen: Australien, Bosnien- Herzegowina, Chile, Indien, Israel, Kanada, Republik Korea, Kosovo (teilweise suspendiert), Mazedonien, Moldau, Montenegro, Philippinen, Serbien, Tunesien, Türkei, USA, Uruguay.²⁰

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit Staaten, die nicht im Anwendungsbereich der KoordinationsVO liegen und mit denen Österreich auch kein bilaterales Abkommen abge-

17 Neumann in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 2 GSVG Rz 114.

18 Müller/Spiegel in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 3 Rz 58. Für die Frage, von wem Sozialversicherungsbeiträge einzulösen sind, wer also BeitragsschuldnerIn im Sinne des ASVG ist, ist der Sitz des Dienstgebers/der Dienstgeberin hingegen sehr wohl von Bedeutung. Siehe Abschnitt „Melde- und Beitragspflichten in der Sozialversicherung“.

19 BGBl Nr 511/1991.

20 Liste nach https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/0/9/1/CH3434/CMS1470041431373/abkommensuebersicht_1-7-2016.pdf (20.12.2016).

geschlossen hat, ist § 1 ASVG bzw § 1 GSVG maßgeblich, wonach bei einer Beschäftigung im Inland (§ 1 ASVG) bzw bei einer Erwerbstätigkeit im Inland (§ 1 GSVG) österreichisches Sozialversicherungsrecht anwendbar ist. In Bezug auf das Vorliegen einer Beschäftigung im Inland nimmt § 3 ASVG eine Konkretisierung vor. Die praktische Bedeutung von § 3 ASVG ist gering, da diese Bestimmung ausschließlich für jene Staaten gilt, die nicht im Anwendungsbereich der KoordinationsVO liegen und mit denen Österreich auch kein bilaterales Abkommen abgeschlossen hat.²¹ Gemäß § 3 Abs 1 ASVG gelten unselbständig Erwerbstätige als im Inland beschäftigt, wenn deren Beschäftigungsort im Inland gelegen ist. § 3 Abs 3 ASVG enthält einige Sonderbestimmungen, zB in Bezug auf ausländische Betriebe, die im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) unterhalten: DienstnehmerInnen solcher Betriebe gelten nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Tätigkeit von einem im Inland gelegenen Wohnsitz aus ausüben und sie nicht aufgrund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen. Freie DienstnehmerInnen solcher Betriebe gelten nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Tätigkeit von einem im Inland gelegenen Wohnsitz oder einer im Inland gelegenen Arbeitsstätte (Kanzlei, Büro) aus ausüben.

CrowdworkerInnen, die ihre Tätigkeit ausschließlich oder zumindest überwiegend in Österreich ausüben, unterliegen dem österreichischen Sozialversicherungsrecht. Dies gilt in der Regel auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (zB Plattform mit Firmensitz im Ausland).

2.4 Übersicht: Wann besteht Sozialversicherungs-Pflicht nach österreichischem Recht für CrowdworkerInnen?

Legende:

√ bedeutet: CrowdworkerIn (mit Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze) ist nach österreichischem Recht pflichtversichert (bei einem Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze nur Unfallversicherung).

	DienstgeberIn = Plattform in Ö	DienstgeberIn = <i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = echte DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö	√	√
CrowdworkerIn = freie DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö	√*)	√*)
	Plattform in Ö	<i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = selbständige Erwerbstätigkeit in Ö	√	√

.....
²¹ Müller/Spiegel in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 3 Rz 4.

	DienstgeberIn = Plattform im Ausland (VO [EG] 883/2004 oder Abkommen)	DienstgeberIn = <i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = echte DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö	√	√
CrowdworkerIn = freie DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö	√*)	√*)
	Plattform im Ausland (VO [EG] 883/2004 oder Abkommen)	<i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = selbständige Erwerbstätigkeit in Ö	√	√

	DienstgeberIn = Plattform im Ausland (§ 3 ASVG, § 1 GSVG)	DienstgeberIn = <i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = echte DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö **)	√	√
CrowdworkerIn = freie DienstnehmerInnen mit Beschäftigungsort in Ö ***)	√*)	√*)
	Plattform im Ausland (§ 3 ASVG, § 1 GSVG)	<i>RequesterIn</i> in Ö oder im Ausland
CrowdworkerIn = selbständige Erwerbstätigkeit in Ö	√	√

*) Bei einem freien Dienstverhältnis liegt eine Pflichtversicherung gemäß ASVG nur dann vor, wenn auf Seiten des Dienstgebers/der Dienstgeberin ein „Geschäftsbetrieb“ besteht (§ 4 Abs 4 Z 1 ASVG). Bei Plattformen wird in der Regel ein „Geschäftsbetrieb“ bestehen. Ist die Plattform die Dienstgeberin, so ist demnach der/die CrowdworkerIn pflichtversichert gemäß ASVG. Ist hingegen der/die *RequesterIn* der/die DienstgeberIn, so ist zu differenzieren: Besteht bei dem/der *RequesterIn* ein „Geschäftsbetrieb“, so ist der/die CrowdworkerIn pflichtversichert gemäß ASVG. Handelt es sich bei dem/der *RequesterIn* um eine Privatperson ohne „Geschäftsbetrieb“, so ist der/die CrowdworkerIn nicht pflichtversichert gemäß ASVG.

**) DienstnehmerInnen eines ausländischen Betriebes, der in Österreich keine Betriebsstätte unterhält, gelten nur dann als in Österreich beschäftigt, wenn sie ihre Tätigkeit von einem Wohnsitz in Österreich aus ausüben und sie nicht aufgrund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen.

***) Freie DienstnehmerInnen eines ausländischen Betriebes, der in Österreich keine Betriebsstätte unterhält, gelten nur dann als in Österreich beschäftigt, wenn sie ihre Tätigkeit von einem Wohnsitz oder einer Arbeitsstätte (Kanzlei, Büro) in Österreich aus ausüben.

3. Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung

3.1 Sozialversicherung als unselbständig Erwerbstätiger/ Erwerbstätige

3.1.1 CrowdworkerInnen als DienstnehmerInnen nach ASVG

DienstnehmerInnen sind gemäß § 4 Abs 1 Z 1 ASVG pflichtversichert. Sie unterliegen der Vollversicherung, dh sie sind kranken-, pensions- und unfallversichert. Außerdem unterliegen sie der Versicherung nach § 1 Abs 1 AIVG, sind also arbeitslosenversichert.

Der Begriff des Dienstnehmers/der Dienstnehmerin ist in § 4 Abs 2 ASVG definiert:

§ 4 Abs 2 ASVG idF BGBl 2012/17:

„(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.“

Dieser sozialversicherungsrechtliche DienstnehmerInnen-Begriff zieht den Kreis der AdressatInnen weiter als der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin:

§ 1151 Abs 1 ABGB: „Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; [...]“

Die Tatbestandselemente des Arbeitsverhältnisses gemäß § 1151 Abs 1 ABGB sind:

- › Erbringen von Diensten auf eine gewisse Zeit,
- › Verpflichtung auf vertraglicher Grundlage sowie
- › Fremdbestimmtheit – für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit.

Rechtsprechung und Lehre haben als wesentliches Element das **Erfordernis der persönlichen Erbringung der Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit** herausgearbeitet.²²

Sozialversicherungsrechtlich besteht darüber hinaus – zumindest dem Wortlaut nach – das **Erfordernis der wirtschaftlichen Abhängigkeit**. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist die in § 4 Abs 2 ASVG geforderte **Entgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses**, die der Möglichkeit der Unentgeltlichkeit nach § 1151 ABGB entgegensteht. Außerdem sind geringfügige Beschäftigungsverhältnisse nach § 5 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 2 ASVG nur zum Teil in die Sozialversicherung einbezogen, während eine solche Entgeltgrenze für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts kein Abgrenzungskriterium darstellt.²³

Eine Frage, die sich in diesem Zusammenhang in der Praxis oft stellt, ist die der Rolle der arbeitsvertraglichen Grundlage im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation des Dienstverhältnisses. Der arbeitsrechtlichen Vertragsgrundlage kommt in der Praxis freilich eine wesentliche Rolle zu. **Im ASVG ist jedoch die faktische Beschäftigung – unabhängig vom gültigen Zustandekommen des Vertrags – für das Bestehen und den Beginn einer Pflicht-**

22 *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 55; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1151, Rz 36.

23 *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 4 Rz 66.

versicherung von Bedeutung. § 4 Abs 2 ASVG verlangt keinen gültigen oder mangelfreien Vertrag. Es entspricht dem Schutzzweck des Sozialversicherungsrechts, den Eintritt der Pflichtversicherung auch dann zu bejahen, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich begonnen wurde, auch wenn die entsprechende Vereinbarung nicht zu einem gültigen Vertrag geführt hat. Die Pflichtversicherung knüpft an den Einstellungsakt an, ein rechtswirksamer Verpflichtungsakt ist nicht maßgeblich.²⁴ Darüber hinaus kommt es bei der Beurteilung von Sachverhalten auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform an.²⁵

Die in AGB auf CrowdworkerInnen-Plattformen vorgesehenen Formulierungen, die CrowdworkerInnen als unabhängige KontraktorInnen bezeichnen, sind rechtlich unbeachtlich. Sie haben lediglich Indizwirkung.²⁶

3.1.1.1 Krankenversicherung als DienstnehmerInnen

Unter der Voraussetzung, dass eine Pflichtversicherung in der Krankenversicherung eintritt (dh bei einem Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze²⁷), haben DienstnehmerInnen Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung²⁸. Diese bestehen in Geldleistungen (Krankengeld) und Sachleistungen (zB Krankenbehandlung).

Im Krankheitsfall haben DienstnehmerInnen üblicherweise ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber dem/der DienstgeberIn.²⁹ Zunächst zahlt daher der/die DienstgeberIn für zumindest sechs Wochen (bzw für die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses) das Entgelt in voller Höhe weiter, danach besteht für vier Wochen Anspruch auf die Hälfte des Entgelts (zu den Details siehe § 8 AngG, §§ 2 ff EFZG). Sobald der/die DienstgeberIn nur mehr die Hälfte des Entgelts zahlt, kann beim zuständigen Krankenversicherungsträger ein Antrag auf Krankengeld³⁰ gestellt werden. Wird keine Entgeltfortzahlung durch den/die DienstgeberIn geleistet, kann erst ab dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit Krankengeld bezogen werden. Krankengeld gebührt grundsätzlich nur, wenn der Versicherungsfall (Krankheit) während der aufrechten Pflichtversicherung, dh während des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses eintritt.³¹ Die Höhe des Krankengeldes richtet sich nach dem letzten vollen Erwerbseinkommen³² (brutto) vor Eintritt des Versicherungsfalles (der Erkrankung). Krankengeld gebührt bis zum 42. Tag der Krankheit in Höhe von 50 % und ab dem 43. Tag der Krankheit in Höhe von 60 % des letzten vollen Bruttomonatseinkommens.³³

Wird der/die versicherte CrowdworkerIn nach Ende der Pflichtversicherung erwerbslos, erstreckt sich gemäß § 122 Abs 2 Z 2 ASVG die sogenannte Schutzfrist in der Krankenversicherung auf

24 VwGH 04.12.1957, 1836/56.

25 Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 66.

26 Warter, Crowdwork 157.

27 Vgl § 5 Abs 2 ASVG.

28 Vgl § 117 ASVG.

29 Unter Entgelt ist nicht nur Lohn und Gehalt zu verstehen, sondern auch aliquotierte regelmäßige Überstunden oder Zulagen. Die Dauer der Entgeltfortzahlung hängt unter anderem von der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab.

30 Vgl § 138 ASVG.

31 § 122 ASVG normiert darüber hinaus weitere Tatbestände, bei deren Verwirklichung Krankengeld gebührt.

32 Vgl § 125 ASVG.

33 Vgl § 141 ASVG.

sechs Wochen, sofern die „Wartezeit“ erfüllt ist. Die Voraussetzung ist eine gewisse Mindestversicherungszeit. Innerhalb der letzten 12 Monate muss der/die CrowdworkerIn mindestens 26 Wochen pflichtversichert gewesen sein. Es reicht aber auch, wenn der/die CrowdworkerIn vor Ende des Beschäftigungsverhältnisses wenigstens sechs Wochen versichert war. Personen, deren Pflichtversicherung in der Krankenversicherung endet, haben sechs Wochen danach Anspruch auf Sachleistungen.³⁴ Tritt der Krankheitsfall innerhalb der ersten drei Wochen nach Ende der Pflichtversicherung ein, kann auch Krankengeld beantragt werden.³⁵

Gemäß § 122 Abs 3a ASVG sind über die Bestimmungen des Abs 2 hinaus Leistungen aus dem Versicherungsfall der Krankheit (Sachleistungen) zu gewähren, wenn Versicherungsschutz aufgrund einer Pflichtversicherung (oder einer Anspruchsberechtigung als Angehöriger/Angehörige) bestanden hat, die Erkrankung innerhalb von sechs Wochen nach dem Ende der Anspruchsberechtigung eintritt und kein anderer Anspruch auf Leistungen einer gesetzlichen Krankenversicherung gegeben ist. Das Vorliegen einer Mindestversicherungszeit wird in diesem Fall nicht vorausgesetzt!

Beispiel 1:

Ein/Eine CrowdworkerIn erhält für die Erledigung eines *task* im Rahmen eines Dienstverhältnisses (Dauer: ein Tag) von seiner/ihrer DienstgeberIn (zB *RequesterIn*) eine Geldleistung in Höhe von 500 Euro. Geht man davon aus, dass diese Geldleistung Entgelt iSd ASVG³⁶ darstellt, so ist der/die CrowdworkerIn für diesen einen Tag in der Krankenversicherung pflichtversichert. Wird der/die CrowdworkerIn an diesem Tag krank, so stehen ihm/ihr Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung (Krankengeld, Krankenbehandlung) auch über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus zu. Erkrankt der/die CrowdworkerIn nach Ende des Dienstverhältnisses, so greift die Schutzfrist in der Krankenversicherung.

Beispiel 2:

Ein/Eine CrowdworkerIn erhält für die Erledigung eines *task* im Rahmen eines Dienstverhältnisses (Dauer: ein Tag) von seinem/ihrer DienstgeberIn (zB *RequesterIn*) eine Geldleistungen in Höhe von 5 Euro. Geht man davon aus, dass diese Geldleistung Entgelt iSd ASVG darstellt, so tritt trotzdem KEINE Pflichtversicherung in der Krankenversicherung ein, da der/die CrowdworkerIn die Geringfügigkeitsgrenze iSd § 5 Abs 2 ASVG nicht überschreitet. In diesem Fall ist die Crowdworkerin nur in der Unfallversicherung teilversichert.³⁷ Bei Vorliegen mehrerer Dienstverhältnisse siehe Abschnitt „Geringfügigkeit“.

.....
 34 Betroffen sind insbesondere Personen, die erwerbslos geworden sind und (noch) keinen Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung haben.

35 § 122 Abs 2 Z 2 iVm §138 ASVG

36 Unter Entgelt sind die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der/die pflichtversicherte DienstnehmerIn aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus aufgrund des Dienstverhältnisses von dem/der DienstgeberIn oder von einem/einer Dritten erhält (...). (§ 49 Abs 1 ASVG)

37 Besondere Probleme ergeben sich seit 01.01.2017 durch den Wegfall der täglichen Geringfügigkeitsgrenze. Dadurch wird der Eintritt der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung erschwert.

3.1.1.2 Pensionsversicherung als DienstnehmerInnen

Bei einer Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses und einem Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze iSd § 5 Abs 2 ASVG sind DienstnehmerInnen in der Pensionsversicherung pflichtversichert.

Ein Anspruch auf eine österreichische Pensionsleistung besteht (vereinfacht gesagt) dann, wenn (in Österreich) genügend Beitragsmonate erworben wurden und das gesetzliche Pensionsantrittsalter erreicht wird.³⁸ Wann die Pension angetreten werden kann und wie die Pensionshöhe berechnet wird, hängt unter anderem vom Geburtsdatum des/der Versicherten ab. Es kommen unterschiedliche Rechtslagen zur Anwendung, je nachdem, ob jemand vor 1955 oder nach 1955 geboren wurde.

Für Personen, die bis 31.12.1954 geboren wurden, beträgt das Regelpensionsalter für Männer 65 Jahre und für Frauen 60 Jahre. Zum Pensionsstichtag (für die Alterspension) müssen mindestens folgende Versicherungszeiten erworben worden sein: 180 Beitragsmonate (15 Jahre) der Pflichtversicherung oder freiwilligen Versicherung oder 300 Versicherungsmonate (25 Jahre, dazu zählen zum Beispiel auch Zeiten des Arbeitslosengeld- oder Notstandshilfebezuges) oder 180 Versicherungsmonate (15 Jahre) in den letzten 360 Kalendermonaten (30 Jahre).

Für Personen, die ab 01.01.1955 geboren wurden, beträgt das Regelpensionsalter für Männer 65 Jahre und für Frauen 60 Jahre. Ab dem Jahr 2024 wird das Frauenpensionsalter stufenweise angehoben und dem Männerpensionsalter angeglichen. Ab 2033 gilt ein einheitliches Regelpensionsalter von 65 Jahren für Männer und Frauen. Zum Pensionsstichtag (für die Alterspension) müssen mindestens 180 Versicherungsmonate³⁹ (15 Jahre) erworben werden. Davon müssen mindestens 84 Versicherungsmonate (7 Jahre) aufgrund einer Erwerbstätigkeit erworben worden sein.

Wesentlich für den Erwerb eines Pensionsanspruches ist also das Erreichen einer ausreichenden Anzahl an Beitragszeiten aufgrund von Erwerbstätigkeit.

Jeder Kalendermonat, in dem mindestens Versicherungszeiten in der Dauer von 15 Tagen liegen, ist ein Versicherungsmonat in der Pensionsversicherung. Einzelne Tage der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung werden vereinfacht gesagt zu „Resttagemonaten“ zusammengefasst.⁴⁰

Die Pensionshöhe hängt von der Anzahl der Versicherungsmonate und der Einkommenshöhe ab. Seit der Einführung des Pensionskontos werden alle Beschäftigungszeiten für die Berechnung der Pension herangezogen. CrowdworkerInnen sind aufgrund der flexiblen Beschäftigungsstrukturen in besonderem Maße davon betroffen: Arbeitsunterbrechungen bzw Einkommen unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze und Teilzeitarbeit wirken sich negativ auf die Pensions(höhe) aus.

³⁸ Daneben gibt es die Möglichkeit vorzeitiger Pensionsantritte wegen langer Versicherungsdauer bzw aus gesundheitlichen Gründen.

³⁹ Versicherungszeiten nach dem ASVG gelten für Personen, die bis 31.12.1954 geboren sind. Für ab dem 01.01.1955 geborene Personen kommen diese Versicherungszeiten nur bis zum 31.12.2004 in Betracht, ab dem 01.01.2005 kommen die Normen über Versicherungszeiten nach dem APG zur Anwendung. Sind die nach alter Rechtslage anzuwendenden Wartezeitregelungen günstiger für den Versicherten/die Versicherte, so sind nach dem Günstigkeitsprinzip diese anzuwenden.

⁴⁰ Vgl § 231 ASVG.

3.1.1.3 Unfallversicherung als DienstnehmerInnen

Auch geringfügig beschäftigte DienstnehmerInnen müssen von ihren DienstgeberInnen beim zuständigen Versicherungsträger gemeldet werden. Demnach sind DienstnehmerInnen auch bei sehr geringem Einkommen in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert.

Leistungen aus der Unfallversicherung gliedern sich in Geld- und Sachleistungen.⁴¹ Zu den wichtigsten Leistungen der Unfallversicherung zählen die Unfallheilbehandlung (§§ 189 bis 194 und 197 ASVG) sowie die Versehrtenrente (§§ 203 bis 205a, 207 bis 210 ASVG). Die Unfallversicherung wird leistungspflichtig, wenn ein Versicherungsfall iSd § 174 ASVG eintritt (Arbeitsunfall oder Berufskrankheit). Jedenfalls muss es sich um einen Schaden an Körper oder Gesundheit handeln. Ein Arbeitsunfall, bei dem ein Sachschaden entsteht, der/die DienstnehmerIn aber keinen Gesundheitsschaden erleidet, ist sozialversicherungsrechtlich ohne Bedeutung.⁴²

Arbeitsunfälle sind Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen.⁴³ Dh die Leistungen der Unfallversicherung stehen nur dann zu, wenn ein Unfall tatsächlich als Arbeitsunfall anerkannt wird. Während der Nachweis dafür bei Unfällen am Firmengelände oder im Büro relativ leicht zu erbringen ist, stellt sich dies bei Unfällen zB auf dem Arbeitsweg (hier muss belegt werden, dass die gewählte Route die direkte und dienstlich notwendige war und nicht ein „privater Abstecher“ vorliegt) oder in der eigenen Wohnung (zB wenn die Arbeit von zu Hause aus am eigenen PC ausgeübt wird) schwieriger dar. Ein Arbeitsunfall liegt also vor, wenn sich unmittelbar bei der versicherten Beschäftigung ein Unfall ereignet und dieser nicht (kausal) auf private Ursachen zurückzuführen ist. Bei unfallversicherten DienstnehmerInnen ist dies anzunehmen, wenn der Unfall auf folgende Zurechnungskriterien zurückzuführen ist:⁴⁴

- › in Erfüllung des Dienstvertrages oder
- › bei Anordnung einer Tätigkeit durch den/die DienstgeberIn oder
- › während der Ausübung von dem Betrieb dienlichen Tätigkeiten,
- › bzw wenn der/die Versicherte das Vorliegen einer dieser Situationen vertretbar annehmen konnte.

Aber auch dann, wenn sich der Unfall nicht direkt bei der Ausübungshandlung der versicherten Beschäftigung ereignet, sondern kraft Ausstrahlungswirkung mit den Risiken der versicherten Tätigkeit in Zusammenhang steht, greift der Unfallversicherungsschutz. Denkbar sind zB Arbeitskollegen, KundInnen oder Dienstreisen.

Für CrowdworkerInnen ist die gesetzliche Unfallversicherung in zweierlei Hinsicht besonders relevant. Einerseits unterliegen sie – selbst bei geringem Einkommen – dem Versicherungsschutz. Auf der anderen Seite stellt sich insbesondere aufgrund des Tätigwerdens außerhalb eines Betriebes die Frage, inwieweit der Nachweis eines Arbeitsunfalles gelingen kann.

41 Vgl § 173 ASVG.

42 Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm §§174–177 Rz 7.

43 Vgl § 175 ASVG.

44 Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm §§174–177 Rz 21 ff.

Im Bereich des Crowdwork sind Unfälle, die sich in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der versicherten Tätigkeit (zB während der Erledigung eines *task* am Computer) ereignen und daher gemäß § 175 Abs 1 ASVG eine Leistungspflicht der gesetzlichen Unfallversicherung auslösen können, schwer festzumachen. Jedenfalls außerhalb des Schutzbereichs liegen „eigenwirtschaftliche Tätigkeiten“, also Unfälle im Zuge der Verrichtung von Tätigkeiten im alleinigen Privatinteresse des/der CrowdworkerIn die keinen Bezug zur versicherten Beschäftigung aufweisen. Dazwischen liegen Tätigkeiten, die sowohl betrieblichen als auch privaten Interessen dienen können⁴⁵. Diese liegen einzelfallbezogen unter Umständen außerhalb des Schutzbereiches der gesetzlichen Unfallversicherung. Wird ein Unfallversicherungsschutz angenommen, „*neigt die Judikatur eher dazu*“, die Sondertatbestände des § 175 Abs 2 ASVG „*als (ihrerseits eng auszu-legenden) konstitutive Ergänzungen der Generalklausel zu deuten.*“⁴⁶

3.1.2 CrowdworkerInnen als freie DienstnehmerInnen nach ASVG

Neben den echten DienstnehmerInnen bezieht das ASVG auch dienstnehmerInnen-ähnliche freie DienstnehmerInnen in die Pflichtversicherung ein. Dabei handelt es sich um Personen, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur entgeltlichen Erbringung von Dienstleistungen für einen/eine DienstgeberIn **im Rahmen dessen/deren Geschäftsbetriebes (also nicht im privaten Bereich)** verpflichtet, sofern sie die **Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen** und über **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel** verfügen (§ 4 Abs 4 ASVG).

Wie bereits ausgeführt, sind freie DienstnehmerInnen nur dann nach ASVG pflichtversichert, wenn auf Seiten ihrer VertragspartnerInnen ein Geschäftsbetrieb vorliegt.

Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut des § 4 Abs 4 Z 1 ASVG:

„Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich aufgrund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) [...]“

Laut Mosler ist diese Bestimmung „*rechtspolitisch nicht unproblematisch [...]. So ist der bei einem privaten Hauseigentümer mittels freiem Dienstvertrag beschäftigte Hausbetreuer nicht nach § 4 Abs 4 ASVG, sondern als Selbständiger nach GSVG versichert, auch wenn die Tätigkeit unter gleichen organisatorischen Rahmenbedingungen stattfindet und obwohl die sozialpolitische Schutzbedürftigkeit keine andere ist. Der offenkundige Zweck der Ausnahme, private DG nicht mit den administrativen Mühen des Melde- und Beitragsrechts der SV zu belasten, ist deshalb fragwürdig, weil dieselben DG nicht entlastet werden, wenn es sich um Dienstverhältnisse im privaten Bereich handelt. § 4 Abs 2 ASVG enthält nämlich keine entsprechende Ausnahmvorschrift.*“⁴⁷

.....
⁴⁵ § 175 ASVG: Konstellationen, in denen trotz eigenwirtschaftlichen Interessen eine geschützte Tätigkeit angenommen werden kann.

⁴⁶ Schratlbauer, UV-Schutz bei Wegunfall in der Mittagspause, ZAS 2016, 39.

⁴⁷ Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487.

In jüngeren Entscheidungen spricht der VwGH⁴⁸ von der Verpflichtung aus einem **freien Dienstvertrag** in der Form von gattungsmäßig umschriebenen Arbeiten, die von Seiten des Bestellers/der Bestellerin konkretisiert werden und wiederholt einige Zeit hindurch auszuführen sind.

Die Abgrenzung zu den unternehmerischen freien DienstnehmerInnen erfolgt insbesondere nach dem Kriterium der „wesentlichen Betriebsmittel“. Dieser Begriff ist nach den wirtschaftlichen Verhältnissen bei freien DienstnehmerInnen zu beurteilen.

Ein Betriebsmittel ist dann für eine (unternehmerische) Tätigkeit wesentlich, wenn

- › es nicht bloß ein geringwertiges Wirtschaftsgut ist,
- › es in das Betriebsvermögen aufgenommen ist oder
- › in erster Linie der betrieblichen Tätigkeit dient,
- › wenn es sich um ein Sachmittel handelt,

das für die konkrete Tätigkeit des/der freien Dienstnehmers/Dienstnehmerin wesentlich ist.⁴⁹

Im Bereich des plattformbasierten Arbeitens können zB Computer, PKW oder Reinigungsmaterialien als Betriebsmittel infrage kommen. Während Computer und PKW unter Umständen nicht in erster Linie der betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt sind, handelt es sich bei Reinigungsmaterialien üblicherweise um geringwertige Güter. *Know-how* ist jedenfalls nicht als Sachmittel zu qualifizieren.⁵⁰ Damit verfügen freie DienstnehmerInnen in den meisten Konstellationen der Gig-Economy über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel iSd § 4 Abs 4 ASVG und sind deshalb unter diesem Aspekt als dienstnehmerInnenähnlich anzusehen und somit ASVG-versichert.

Grundsätzlich sind freie DienstnehmerInnen, die nach ASVG versichert sind, sozialversicherungsrechtlich den echten DienstnehmerInnen gleichgestellt. Unternehmerische freie DienstnehmerInnen (die über wesentliche eigene Betriebsmittel verfügen) sind hingegen nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG versichert. Das Vorhandensein einer Gewerbeberechtigung (zB für Botendienste oder Reinigungsdienstleistungen; siehe Beiträge „Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger“ sowie „Essenzustellung: foodora“) bewirkt jedenfalls eine Pflichtversicherung gemäß GSVG. Eine Pflichtversicherung als freier/freie DienstnehmerIn ist in diesem Fall nicht möglich. Dies ergibt sich aus § 2 Abs 1 Z 1 GSVG, wonach Mitglieder der Wirtschaftskammern pflichtversichert sind gemäß GSVG. Da der Besitz einer Gewerbeberechtigung gleichzeitig eine Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer bewirkt, zieht dies eine Pflichtversicherung gemäß GSVG nach sich. Eine Pflichtversicherung als freier/freie DienstnehmerIn gemäß ASVG ist in diesem Fall ausgeschlossen, da diese subsidiär zur Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG ist (siehe § 4 Abs 4 lit a ASVG).

48 VwGH 25.04.2007, 205/08/0082.

49 VwGH 11.06.2014, 2012/08/0245: „Grundsätzlich wird ein Betriebsmittel dann für seine (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich sein, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einbergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist. Dabei ist stets vorausgesetzt, dass es sich um ein Sachmittel handelt, welches für die konkret in Rede stehende Tätigkeit des freien Dienstnehmers wesentlich ist.“

50 Tomandl, Die Rechtsprechung des VwGH zum Dienstnehmerbegriff, ZAS 2016, 267.

Freie DienstnehmerInnen sind wie echte DienstnehmerInnen zur persönlichen Dienstleistung auf (bestimmte oder unbestimmte) Zeit verpflichtet. Sie unterscheiden sich von echten DienstnehmerInnen dadurch, dass sie von ihren DienstgeberInnen nicht in jenem Ausmaß persönlich abhängig sind, das die echten DienstnehmerInnen auszeichnet. Im Falle des Vorliegens eines Dauerschuldverhältnisses mit persönlicher Arbeitspflicht muss das Vorliegen der persönlichen Arbeitspflicht, das zu einer Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit über die eigene Arbeitskraft führt, geprüft werden, um festzustellen, ob ein Dienstverhältnis oder ein freies Dienstverhältnis vorliegt.⁵¹ Näheres siehe unter Abschnitt „Abgrenzung echter Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/selbständige Erwerbstätigkeit“.

3.2.1.1 Krankenversicherung freier DienstnehmerInnen

Als freie DienstnehmerInnen sind CrowdworkerInnen bei Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze in der Krankenversicherung pflichtversichert. Auch ihnen stehen – wie echten DienstnehmerInnen – Geld- und Sachleistungen aus der Krankenversicherung zu. Bei Erkrankung eines/einer freien Dienstnehmers/Dienstnehmerin ergeben sich dennoch massive arbeitsrechtliche Unterschiede im Leistungsbezug. Während echte DienstnehmerInnen zunächst Anspruch auf Entgeltfortzahlung in voller Höhe durch ihre ArbeitgeberInnen haben, ist dies bei freien DienstnehmerInnen nicht der Fall. Sie können daher erst ab dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit gegenüber der zuständigen Krankenkasse einen Anspruch auf Krankengeld geltend machen.

Beispiel: Ein/Eine als freier/freie DienstnehmerIn beschäftigter/beschäftigte CrowdworkerIn erkrankt während seiner/ihrer versicherungspflichtigen Beschäftigung. Für die ersten drei Tage der Arbeitsunfähigkeit erhält er/sie KEINE Geldleistung.

Auch bei der Berechnung des Krankengeldes bestehen Unterschiede zu den echten DienstnehmerInnen. Bei freien DienstnehmerInnen ist die Bemessungsgrundlage aus dem Durchschnitt der drei letzten Beitragszeiträume (Kalendermonate) zu bilden. Liegen solche Beitragszeiträume nicht vor, so ist der laufende Beitragszeitraum (Kalendermonat) maßgebend.⁵²

Die Ausnahme für „private DienstgeberInnen“ nach § 4 Abs 4 Z 2 ASVG kann für CrowdworkerInnen problematisch werden, wenn eine vertragliche Beziehung zu einem/einer *RequesterIn* vorliegt, der/die den/die CrowdworkerIn im Privathaushalt (zB Reinigungskraft über Book a Tiger) beschäftigt. In diesem Fall kommt es auch bei Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze NICHT zum Eintritt der Vollversicherung nach ASVG.

3.2.1.2 Pensionsversicherung freier DienstnehmerInnen

An dieser Stelle wird auf die Ausführungen in Abschnitt „Pensionsversicherung als DienstnehmerInnen“ verwiesen.

51 Tomandl, ZAS 2016, 267.

52 Vgl § 125 ASVG.

3.2.1.3 Unfallversicherung freier DienstnehmerInnen

Besonderheiten für CrowdworkerInnen ergeben sich beim Versicherungsschutz bei häuslichen und nicht betrieblichen Arbeiten iSd § 175 Abs 2 Z 3 ASVG: Dieser besteht nicht bei Personen, deren Pflichtversicherung nur bei Tätigkeit im Betrieb des Dienstgebers/der Dienstgeberin eintritt, also bei Menschen, die als freie DienstnehmerInnen beschäftigt sind.⁵³

3.2 Sozialversicherung als selbständig Erwerbstätiger/ Erwerbstätige⁵⁴

Neue Selbständige und Selbständige mit Gewerbeschein unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung nach GSVG. Der Unfallversicherungsschutz ist im ASVG geregelt.

3.2.1 Selbständig Erwerbstätige mit Gewerbeschein

Natürliche Personen, die Mitglieder der Wirtschaftskammer sind, unterliegen der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG grundsätzlich unabhängig von der Einkommenshöhe. Da der Besitz einer Gewerbeberechtigung gleichzeitig eine Mitgliedschaft in der Wirtschaftskammer bewirkt, unterliegen CrowdworkerInnen mit Gewerbeberechtigung der Pflichtversicherung in der Kranken- und Unfallversicherung gemäß GSVG. Der Beitrag zur Unfallversicherung nach §§ 8 Abs 1 Z 3 lit a iVm 74 Abs 1 ASVG ist ein festgesetzter Betrag ebenfalls unabhängig von der Einkommenshöhe (2017: 9,33 Euro).

Eine Ausnahme von der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung besteht unter anderem für Kleingewerbetreibende iSd § 4 Abs 1 Z 7 GSVG, die sich – sofern in den letzten 60 Monaten nicht mehr als 12 Monate eine Pflichtversicherung im GSVG bestanden hat – auf Antrag von der Versicherungspflicht befreien lassen können, wenn sie die zwölfwache Geringfügigkeitsgrenze⁵⁵ nicht übersteigen. Ausnahmen sind unter bestimmten Voraussetzungen auch für Personen, die das Regelpensionsalter erreichen bzw das 57. Lebensjahr vollendet haben, sowie für BezieherInnen von Kinderbetreuungsgeld möglich. Eine weitere relevante Ausnahmebestimmung betrifft Personen, die das Ruhen ihres Gewerbes bei der Wirtschaftskammer angezeigt haben.

Die **Pflichtversicherung beginnt** gemäß §§ 6, 7 GSVG **mit** dem Tag der Erlangung einer die Pflichtversicherung begründenden **berufsrechtlichen Berechtigung** und endet mit dem Ende des Kalendermonats, in dem die die Pflichtversicherung begründende Berechtigung erloschen ist.

Eine **Gewerbeberechtigung nach GSVG** schließt jedoch eine **Pflichtversicherung als DienstnehmerInnen nach dem ASVG nicht aus**, wenn bei Ausübung der tatsächlichen Tätigkeit die

53 Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 175 Rz 236.

54 Auf genaue Ausführungen zu Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung wird in diesem Beitrag verzichtet. Sehr ausführlich und praxisnah: Korn, Werkverträge freie Dienstverträge⁷ (2016).

55 2017: 5.108,40 Euro.

Merkmale persönlicher Arbeit überwiegen.⁵⁶ Ein **Vorrang der GSVG-Versicherung besteht jedoch bei freien DienstnehmerInnen, die eine Gewerbeberechtigung besitzen.**⁵⁷

3.2.2 Neue Selbständige

Nach GSVG pflichtversichert in der Kranken- und Pensionsversicherung sind auch „*selbständig erwerbstätige Personen, die aufgrund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte im Sinne der §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, erzielen, wenn aufgrund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungsweig(en) eingetreten ist.*“⁵⁸

Unter die Pflichtversicherung als neue Selbständige fallen alle Personen, die – wie dem Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG zu entnehmen ist – Einkünfte aus Gewerbebetrieb iSd § 23 EStG oder selbständiger Tätigkeit iSd § 22 EStG erzielen und nicht bereits einer Pflichtversicherung nach GSVG (Erwerbstätige mit Gewebeschein) oder ASVG (insbesondere als dienstnehmerInnenähnliche freie DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 4 ASVG) unterliegen. Neue Selbständige sind unter anderem **Personen, die aufgrund eines freien Dienstvertrages tätig sind**, über **wesentliche Betriebsmittel** verfügen oder ihre **Tätigkeit im Wesentlichen nicht persönlich erbringen**, bzw Personen, deren **ArbeitgeberIn** im freien Dienstvertrag eine **Privatperson** ist. Auch Personen, die im Rahmen von Werkverträgen iSd § 1151 ABGB tätig werden, sind mit ihren selbständigen Einkünften aus betrieblicher Tätigkeit als neue Selbständige pflichtversichert, sofern nicht eine Pflichtversicherung als „alte“ Selbständige mit Gewerbeberechtigung vorliegt.⁵⁹

Der Eintritt der Pflichtversicherung neuer Selbständiger ist abhängig von der Überschreitung der Versicherungsgrenze (Gewinn im Kalenderjahr) nach § 4 Abs 1 Z 5 und 6 GSVG. „*Solange ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis nicht vorliegt, ist die Pflichtversicherung nur dann festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, daß seine Einkünfte aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeiten im Kalenderjahr die Versicherungsgrenze übersteigen werden. In allen anderen Fällen ist der Eintritt der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides oder eines sonstigen maßgeblichen Einkommensnachweises im nachhinein festzustellen.*“⁶⁰

Die Pflichtversicherung als neue Selbständige beginnt gemäß § 6 Abs 4 GSVG grundsätzlich mit dem Tag der Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit. Allerdings unter der Voraussetzung, dass die **Versicherungsgrenze überschritten** wird, bzw eine sogenannte **Überschreitungserklärung beim zuständigen Versicherungsträger abgegeben wird**. Die Versicherungsgrenze ist nunmehr einheitlich die zwölfwache Geringfügigkeitsgrenze nach ASVG (2017 somit 5.108,40 Euro).⁶¹

.....
⁵⁶ VwGH 02.09.2015, 2015/08/0078.

⁵⁷ § 4 Abs 4 lit a ASVG.

⁵⁸ § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.

⁵⁹ Vgl Korn, Werkverträge freie Dienstverträge⁷, 132 ff.

⁶⁰ § 2 Abs 1 Z 4 GSVG.

⁶¹ § 25 Abs 4 GSVG.

Neue Selbständige haben den Eintritt der Voraussetzungen für den Beginn und das Ende der Pflichtversicherung binnen eines Monats nach deren Eintritt dem/der VersicherungsträgerIn zu melden (§ 18 GSVG). Hat jedoch der/die Versicherte die erforderliche Meldung nicht innerhalb der Frist gemäß § 18 GSVG erstattet, beginnt die Pflichtversicherung bereits mit Beginn des Kalenderjahres, in dem die Einkünfte die Versicherungsgrenze übersteigen, es sei denn, der/die Versicherte macht glaubhaft, dass er/sie die betriebliche Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt begonnen hat.

Für neue Selbständige, die gemäß § 3 Abs 1 Z 2 GSVG freiwillig in die Krankenversicherung optieren, beginnt die Pflichtversicherung mit dem Tag der Antragstellung bei dem/der zuständigen VersicherungsträgerIn, sofern die Voraussetzungen (Unterschreiten der Versicherungsgrenze, Nichtvorliegen einer Pflichtversicherung nach GSVG oder einem anderen Bundesgesetz) vorliegen.

Die Pflichtversicherung endet gemäß § 7 Abs 4 GSVG mit dem letzten Tag des Kalendermonats, in dem die Beendigung der betrieblichen Tätigkeit erfolgt, die berufsrechtliche Berechtigung wegfällt oder der/die neue Selbständige erklärt, dass seine/ihre Einkünfte die Versicherungsgrenze nicht überschreiten werden.

Grundsätzlich geht die SVA (Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft) als zuständige Sozialversicherungsträgerin von einer kontinuierlichen Erwerbstätigkeit aus. In der Regel berücksichtigt sie Unterbrechungen der Tätigkeit während des Kalenderjahres nicht. Sie geht nur dann von einer tatsächlichen Beendigung der Erwerbstätigkeit aus, wenn die Einstellung der Tätigkeit endgültig ist. In Fällen bloß zeitweiser Untätigkeit, in denen keine Aufträge vorhanden sind, geht die SVA von einer bloß vorläufigen Beendigung aus, die Versicherungspflicht bleibt also aufrecht.⁶²

4. Geringfügigkeit

4.1 Allgemeines

CrowdworkerInnen mit einem Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze sind von der Vollversicherung ausgenommen; es besteht nur eine Teilversicherung in der Unfallversicherung. An dieser Stelle wird das Vorliegen von Geringfügigkeit bei unselbständig tätigen CrowdworkerInnen behandelt. Näheres zu selbständig tätigen CrowdworkerInnen siehe Abschnitt „Sozialversicherung als selbständig Erwerbstätige“.

Ein Beschäftigungsverhältnis gilt als geringfügig, wenn daraus im Kalendermonat kein höheres Entgelt als 425,70 Euro (Wert 2017) gebührt (§ 5 Abs 2 ASVG).⁶³

.....
⁶² Korn, *Werkverträge freie Dienstverträge*, 158 ff.

⁶³ Mit 01.01.2017 gehört die tägliche Geringfügigkeitsgrenze der Vergangenheit an. Ab diesem Zeitpunkt ist daher für die Beurteilung, ob ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, nur mehr die monatliche Geringfügigkeitsgrenze heranzuziehen.

Kein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag nur deshalb nicht übersteigt, weil die für mindestens einen Monat oder auf unbestimmte Zeit vereinbarte Beschäftigung im Laufe des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde.

Es ist zu prüfen:

- a) Für welchen Zeitraum wurde das Dienstverhältnis vereinbart? (mindestens für einen Monat oder kürzer)
- b) Wann beginnt oder endet das Dienstverhältnis?
- c) Wie hoch ist das im Kalendermonat gebührende Entgelt?

Ad a)

Bei CrowdworkerInnen, die Leistungen von kurzer Dauer (Microtasks) erbringen, sind in zivilrechtlicher Hinsicht kurze, befristete, zulässige Kettenverträge anzunehmen. Dies gilt auch für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung (Beginn und Ende der Pflichtversicherung).

Ad b)

Hier ist insbesondere beachtlich, ob ein (befristetes) Dienstverhältnis innerhalb eines **Kalendermonats** beginnt und endet. Wird die Kalendermonatsgrenze überschritten, ist jeder Kalendermonat hinsichtlich des Überschreitens der Geringfügigkeitsgrenze gesondert zu betrachten.

Ad c)

CrowdworkerInnen erhalten in der Regel Entgelt pro *task* (dh pro kurzem, befristeten Dienstvertrag). In den meisten Fällen wird die Erledigung des *tasks* (das Dienstverhältnis) kürzer als ein Kalendermonat dauern. Bei unbefristeten bzw für mindestens ein Monat⁶⁴ befristeten Dienstverhältnissen ist für die Feststellung des Vorliegens von Geringfügigkeit das vereinbarte Entgelt für den gesamten Kalendermonat maßgeblich („Hochrechnung“ auf das gesamte vereinbarte Monatsentgelt, vgl § 5 Abs 2 ASVG). Bei für kürzer als ein Monat befristeten Dienstverhältnissen ist für die Feststellung des Vorliegens von Geringfügigkeit nur das für die Dauer des Dienstverhältnisses vereinbarte Entgelt maßgeblich (keine „Hochrechnung“ auf das Monatsentgelt, vgl § 5 Abs 3 zweiter Satz ASVG).

Zusammenrechnung von Einkommen

Das Entgelt aus zwei oder mehreren geringfügigen Dienstverhältnissen (niemals aber das Entgelt aus einem vollversicherten Dienstverhältnis und einem geringfügigen Dienstverhältnis) ist gemäß §§ 471f ff ASVG zusammenzurechnen. Wenn deren monatliche allgemeine Beitragsgrundlagen insgesamt die Geringfügigkeitsgrenze übersteigen, kommt es zum Eintritt der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung, niemals jedoch zum Eintritt einer Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung. Einkommen aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit werden nicht zusammengerechnet.

.....
⁶⁴ „Zumindest für einen Monat vereinbart“ bedeutet: gesamter Kalendermonat von Monatserstem bis Monatsletzten (zB 01.06. bis 30.06.), bei Überschreitung der Kalendermonatsgrenze bemisst sich ein „Monat“ zB wie folgt: 07.02. bis 06.03. oder 17.11. bis 16.11.

4.2 Beispiele⁶⁵

4.2.1 Für kürzer als einen Monat vereinbarte Crowdwork-Tätigkeit (Dienstverhältnis)

Es ist immer jenes Entgelt heranzuziehen, das für die gesamte Dauer des Dienstverhältnisses gebührt bzw. gebührt hätte. Wird die Kalendermonatsgrenze überschritten, sind beide Kalendermonate hinsichtlich des Überschreitens der Geringfügigkeitsgrenze gesondert zu betrachten.

Beispiel:

Befristetes Dienstverhältnis (*task*) vom 03.08. bis 05.08. (kürzer als ein Monat). Das Entgelt beträgt 90,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Geringfügige Beschäftigung vom 03.08. bis 05.08., Unfallversicherung vom 03.08. bis 05.08., aber keine Kranken-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung.

Variante zum Beispiel:

Befristetes Dienstverhältnis (*task*) vom 31.7. bis 29.8., Entgelt im Juli (ein Tag) 50,- Euro. Entgelt im August 1.450,- Euro (29 Tage).

Lösung: geringfügig beschäftigt im Juli⁶⁶ und Pflichtversicherung vom 01.08. bis 29.08⁶⁷. Die Geringfügigkeitsgrenze wird im Juli nicht überschritten.

4.2.2 Mehrere befristete Crowdwork-Tätigkeiten (Dienstverhältnisse) bei demselben/derselben DienstgeberIn (Kettenverträge)

Liegen mehrere Dienstverhältnisse zum/zur selben DienstgeberIn vor, sind diese stets getrennt zu betrachten. Zu prüfen ist jedoch, ob durch diese geringfügige Beschäftigungen in einem Kalendermonat insgesamt die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wird.

Beispiel 1:

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn) vom 04.10. bis 10.10. (kürzer als ein Monat). Das Entgelt vom 04.10. bis 10.10. beträgt 174,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn) vom 18.10. bis 24.10. (kürzer als ein Monat). Das Entgelt vom 18.10. bis 24.10. beträgt 174,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

⁶⁵ Die folgende Darstellung entspricht zum Teil dem NÖDIS Beitrag (<http://bit.ly/2gyfTL6>; 30.01.2017). Sie wurde durch eigene Beispiele ergänzt und zusätzlich erläutert. Die Ergebnisse sind mit dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger abgestimmt.

⁶⁶ Keine Hochrechnung auf das für einen ganzen Kalendermonat vereinbarte Entgelt, da kein unbefristetes bzw. für mindestens einen Monat vereinbartes Dienstverhältnis vorliegt.

⁶⁷ § 11 ASVG.

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn) vom 29.10. bis 30.10. (kürzer als ein Monat). Das Entgelt vom 29.10. bis 30.10. beträgt 58,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Es liegen drei geringfügige Beschäftigungen vor und es wird auch insgesamt die monatliche Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten ($174+174+58=406$). Unfallversicherung vom 04.10. bis 10.10., vom 18.10. bis 24.10. und vom 29.10. bis 30.10., aber keine Kranken-, Pensions-, Arbeitslosenversicherung.

Beispiel 2:

Befristetes Dienstverhältnis vom 25.02. bis 07.03. (also kürzer als einen Monat). Entgelt in jedem Monat 350,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Geringfügige Beschäftigung vom 25.02. bis 07.03., Unfallversicherung vom 25.02. bis 07.03., aber keine Kranken-, Pensions-, Arbeitslosenversicherung.

4.2.3 Mehrere befristete Crowdwork-Tätigkeiten (Dienstverhältnisse) bei unterschiedlichen DienstgeberInnen

Liegen mehrere Dienstverhältnisse zu verschiedenen DienstgeberInnen vor, sind diese stets getrennt zu betrachten. Hinsichtlich des Überschreitens der Geringfügigkeitsgrenze sind diese jedoch gemeinsam zu bewerten.

Beispiel 1:

Unbefristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (nicht Crowdwork), Beginn 01.01., Ende 05.03. (einvernehmliche Lösung). Vereinbartes Entgelt für einen ganzen Kalendermonat 1.200,- Euro (über der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis (Crowdwork) zu DienstgeberIn B (Plattform/RequesterIn) vom 24.02. bis 26.02. (also kürzer als einen Monat), Entgelt 50,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Vollversicherung vom 01.01. bis 05.03.; Vollversicherte, die zusätzlich in einem geringfügigen Dienstverhältnis (hier: 50,- Euro) stehen, sind auch mit dem Einkommen aus dem geringfügigen Dienstverhältnis kranken- und pensionsversichert (§ 53a Abs 3 ASVG).

Beispiel 2:

Unbefristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (nicht Crowdwork), Beginn 01.01., Ende 05.03. (einvernehmliche Lösung). Vereinbartes Entgelt für einen ganzen Kalendermonat 1.200,- Euro (über der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis (Crowdwork) zu DienstgeberIn B (Plattform/RequesterIn) vom 02.03. bis 08.03. (also kürzer als einen Monat), Entgelt 200,- Euro (= unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Vollversicherung vom 01.01. bis 05.03. § 417f ASVG kommt nicht zur Anwendung, da sich diese Bestimmung nur auf mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bezieht. Hier wird die Geringfügigkeitsgrenze im Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A nur deshalb nicht überschritten, weil das Dienstverhältnis im Laufe des Kalendermonats endet. Dennoch sind Vollversicherte, die zusätzlich in einem geringfügigen Dienstverhältnis stehen, auch mit dem Einkommen aus dem geringfügigen Dienstverhältnis kranken- und pensionsversichert (§ 53a Abs 3 ASVG). Kranken- und Pensionsversicherung liegen für den gesamten Kalendermonat (01.03. bis 31.03.) vor.

Beispiel 2 Variante:

Unbefristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (nicht Crowdwork), Beginn 01.01., Ende 05.03. (eilvernehmliche Lösung). Vereinbartes Entgelt für einen ganzen Kalendermonat 1.200,- Euro (über der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis (Crowdwork) zu DienstgeberIn B (Plattform/RequesterIn) vom 07.03. bis 09.03. (also kürzer als einen Monat), Entgelt 200,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Vollversicherung vom 01.01. bis 05.03. § 417f ASVG kommt nicht zur Anwendung, da sich diese Bestimmung nur auf mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bezieht. Eine Beitragsvorschreibung nach § 53a Abs 3 ASVG kommt nicht in Betracht, weil die vollversicherte Beschäftigung vor dem Beginn der geringfügigen Beschäftigung endet. In diesem Fall ist die vollversicherte Person, die zusätzlich in einem geringfügigen Dienstverhältnis steht, mit dem Einkommen aus dem geringfügigen Dienstverhältnis nicht kranken- und pensionsversichert (§ 53a Abs 3 ASVG), da keine zeitliche Überschneidung vorliegt.

Beispiel 3:

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn), Beginn: 2.02., Ende 5.02., Vereinbartes Entgelt: 20,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn B (Plattform/RequesterIn), Beginn: 17.02., Ende 19.02., vereinbartes Entgelt: 20,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Lösung: Unfallversicherung von 02.02. bis 05.02. sowie von 17.02. bis 19.02, keine Kranken-, Pensions-, Arbeitslosenversicherung.

Beispiel 4:

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn) vom 04.10. bis 10.10. (kürzer als ein Monat). Das Entgelt vom 04.10. bis 10.10. beträgt 200,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

Befristetes Dienstverhältnis zu DienstgeberIn A (Plattform/RequesterIn) vom 18.10. bis 24.10. (also kürzer als ein Monat). Das Entgelt vom 18.10. bis 24.10. beträgt 200,- Euro (unter der Geringfügigkeitsgrenze).

die wesentlichen Elemente, die ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ausmachen (persönliche Arbeitspflicht, Vorschriften über Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten, sowie darauf bezogene Weisungs- und Kontrollunterworfenheit des/der Beschäftigten) vorliegen, lässt sich nur sehr schwer voraussagen.⁶⁹ Im Folgenden wird ein Überblick über die Rsp des VwGH gegeben.

5.1.1 Dienstleistung oder Werk?

Dienstleistungen als gattungsmäßig umschriebene Leistungen, die seitens der BestellerInnen laufend konkretisiert werden, stellen die konstante Zurverfügungstellung der Arbeitskraft in den Mittelpunkt, möglich ist dies sowohl in persönlicher Abhängigkeit als auch in Unabhängigkeit von dem/der BestellerIn.⁷⁰

Wenn Dienstleistungen abstrakt in einzelne zeitlich oder mengenmäßig beschränkte Abschnitte („Werke“ oder „Tasks“) zerlegt werden, ändert dies allein noch nichts am Vorliegen eines Dienstvertrages.⁷¹

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des VwGH, in der der Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das „Verspachteln von Ständerwänden zur Beseitigung von Unebenheiten und Stößen“, der nur für ein einziges Unternehmen arbeitete und von diesem montierte Gipskartonplatten verspachtelte, als Dienstnehmer qualifiziert wurde. **Die Frage, ob der Beschäftigte als selbständiger Subunternehmer zu qualifizieren sei, wies der Gerichtshof zurück, da der Beschäftigte über keine eigene betriebliche Organisation und, abgesehen vom benützten Werkzeug, über keine beachtenswerten Betriebsmittel verfügt und ausschließlich seine eigene Arbeitskraft eingebracht hatte.** *„Ein Werkvertrag müsste sich auf die entgeltliche Herstellung eines Werkes als eine individualisierte, konkretisierte und gewährleistungstaugliche Leistung beziehen, die eine in sich geschlossene Einheit bildet. Werden unter den vorliegenden Umständen (Fehlen einer eigenen betrieblichen Organisation und Beschränkung auf die Disposition über die eigene Arbeitskraft) laufend zu erbringende (Dienst-) Leistungen nur in (zeitliche oder nach Mengen definierte) Abschnitte zerlegt und zu „Werken“ erklärt, um diese zum Gegenstand der Leistungsverpflichtung zu machen, so ist dies bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) für die Beurteilung der Pflichtversicherung nicht maßgebend [...]“.*⁷²

Die kurze Dauer eines Vertragsverhältnisses (wie es für die Erbringung von Microtasks beim virtuellen Crowdwork üblich ist), schließt nicht aus, dass es sich dabei um ein Dienstverhältnis handelt.⁷³

Ein Werkvertrag als Zielschuldverhältnis liegt demgegenüber dann vor, wenn eine Verpflichtung besteht, eine genau umrissene Leistung, auf die sich das Interesse des Werkbestellers/der Werk-

69 Tomandl, ZAS 2016, 271.

70 VwGH 24.04.2014, 2012/08/0081.

71 VwGH 24.04.2014, 2013/08/0258.

72 VwGH 02.07.2013, 2013/08/0106.

73 VwGH 14.02.2013, 2011/08/0115.

bestellerin richtet, zu erbringen. Das Endprodukt steht im Mittelpunkt.⁷⁴ Das Vertragsverhältnis endet mit Erbringung der Leistung.⁷⁵

5.1.2 **Persönliche Arbeitspflicht**

Die persönliche Arbeitspflicht als Grundvoraussetzung für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit ist zu verneinen, wenn übernommene Dienste **ohne Sanktionen** durch den/die DienstgeberIn (Plattform, *RequesterIn*) **abgelehnt** werden können. *„Essenziell ist hier, dass bereits zugesagte Dienstleistungen jederzeit abgesagt werden können, der Auftraggeber also nicht verlässlich mit der Arbeitsleistung rechnen kann. Ein solches Ablehnungsrecht kommt somit nur (ausnahmsweise) dann in Betracht, wenn der Betrieb so organisiert ist, dass der DG jederzeit Ersatzkräfte heranziehen kann. Erforderlich ist demnach in der Regel ein entsprechend großer Arbeitskräftepool, wobei meist nur einfache Arbeiten einer jederzeitigen „Ersetzbarkeit“ zugänglich sein werden“*^{76, 77}

Der Arbeitskräftepool steht auf vielen Crowdwork-Plattformen zur Verfügung, auch die jederzeitige Inanspruchnahme anderer CrowdworkerInnen entspricht der Organisationsstruktur vieler Plattformen. CrowdworkerInnen haben aber häufig mit Sanktionen in Form von schlechter oder fehlender Reputation zu rechnen, wenn sie angebotene Tasks nicht annehmen (so zB bei Uber, Beitrag „Transportdienstleistungen: Uber“) bzw diese nicht innerhalb der vorgegebenen gewissen Zeitspanne bearbeiten (so zB bei Clickworker, Beitrag „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“), weshalb hier **nicht** von einer **sanktionslosen Ablehnung** gesprochen werden kann.

Ähnliches geht auch aus der Entscheidung des VwGH vom 01.10.2015 hervor⁷⁸: Wenn einer Dienstgeberin für einfache Aushilfsarbeiten ein Pool vergleichbarer Arbeitskräfte zur Verfügung steht, die jederzeit abrufbar sind und es nicht relevant ist, von welcher Person die Arbeiten verrichtet werden, wobei den Mitgliedern des Pools gestattet ist, jederzeit einzelne Arbeitsleistungen nach Gutdünken **sanktionslos ablehnen zu können** oder wenn diese Möglichkeit dem DienstnehmerInnen bekannt war, liegt kein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis vor.⁷⁹

Anders ist der Fall jedoch zu beurteilen, wenn innerhalb einer **Rahmenvereinbarung** angebotene Beschäftigungsmöglichkeiten abgelehnt werden können und daher von vornherein keine durchgängige Arbeitspflicht vorliegt. Können Beschäftigte selbst frei und sanktionslos entscheiden, ob sie die jeweils angebotene Arbeitsmöglichkeit annehmen, ist der Rahmenvertrag alleine noch kein (durchgehendes) Dienstverhältnis.⁸⁰

*„Bei einem abhängigen **Beschäftigungsverhältnis** iSd § 4 Abs 2 ASVG kommt – anders als im Falle einer Tätigkeit aufgrund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs 4 ASVG [...] – **in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht***

74 VwGH 29.04.2015, 2013/08/0196.

75 VwGH 20.05.1980, 2397/79.

76 VwGH 15.07.2013, 2013/08/0124.

77 *Auer-Mayer*, Abgrenzung Werkvertrag-Dienstvertrag-freier Dienstvertrag aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ZAS 2016, 130.

78 VwGH 01.10.2015, 2015/08/0020.

79 Vgl *Tomandl*, ZAS 2016, 264.

80 VwGH 21.12.2005, 2004/08/0066.

begründet, kein durchgehendes, jedoch eventuell ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis in Frage. Liegt keine (für ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis erforderliche) ausdrückliche oder iSd § 863 ABGB schlüssige Vereinbarung über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, dh über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbar Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen, vor, oder besteht zwar eine Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, die Übernahme ihm angebotener einzelner Aufträge abzulehnen, ist von nur einzelnen Beschäftigungsverhältnissen des Dienstnehmers mit dem Dienstgeber an den jeweiligen Beschäftigungstagen auszugehen, sofern die zur Rede stehenden konkreten Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden. Eine tatsächlich feststellbare periodisch wiederkehrende Leistung ist ein Indiz für die genannte schlüssige Vereinbarung (vgl das hg Erkenntnis vom 14. Februar 2013, 2012/08/0268).⁸¹

Für die Frage, ob sich CrowdworkerInnen im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem durchgehenden Beschäftigungsverhältnis befinden, ist darauf abzustellen, ob eine (schlüssige) Pflicht zum Tätigwerden bzw eine feststellbare, periodisch wiederkehrende Leistung vorliegt.

Ein weiteres Ausschlusskriterium persönlicher Arbeitspflicht ist die Möglichkeit, sich generell und jederzeit vertreten zu lassen.⁸² Nicht ausreichend ist dafür, dass sich mehrere bei dem/der VertragspartnerIn beschäftigte Personen gegenseitig vertreten können.⁸³

Ein solches generelles Vertretungsrecht ist im Bereich des plattformbasierten Arbeitens nicht anzunehmen, da CrowdworkerInnen Tasks in der Regel selbst ausführen. Übernehmen andere auf der Plattform registrierte CrowdworkerInnen diesen *task*, so ist nicht von einem generellen Vertretungsrecht auszugehen.

5.1.3 Persönliche Abhängigkeit

Bei Vorliegen persönlicher Arbeitspflicht wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob die Merkmale persönlicher Abhängigkeit überwiegen. Neben der Bindung an Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten, ist hier insbesondere auf Weisungs- und Kontrollbefugnisse hinzuweisen.⁸⁴ Während der Bindung an Arbeitsort und Arbeitszeit nur dann eigenständige Indizienwirkung für die Frage des Vorliegens persönlicher Abhängigkeit zukommen, wenn nicht aus der Art der Tätigkeit selbst eine solche Bindung folgt, kommt der Weisungs- und Kontrollbefugnis eine erhebliche Bedeutung zu.

„Bei Beurteilung der Weisungsgebundenheit kommt es in erster Linie nicht auf fachliche Weisungen, sondern auf die **Gebundenheit in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Ver-**

⁸¹ VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222.

⁸² VwGH 11.06.2014, 2012/08/0157.

⁸³ Auer-Mayer, ZAS 2016, 130.

⁸⁴ VwGH 14.10.2015, 2013/08/0226.

*halten an [...], weil Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden können, da sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser eigener fachlicher Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation entsprechend erweitert [...]. Das Fehlen von Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren spricht daher für sich genommen nicht gegen eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit [...]. Im Übrigen ist es aber gerade bei leitenden Angestellten häufig der Fall, dass eine Überwachung im Sinne des Weisungs- und Kontrollrechtes des Dienstgebers von diesem nicht stets nach außen erkennbar ausgeübt wird. In diesem Fall muss aber für den Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit der Ausübung des Weisungs- und Kontrollrechtes bestanden haben“.*⁸⁵

Für die Gig-Economy bekräftigt dies als ein weiteres Argument die Annahme des Vorliegens eines Dienstverhältnisses, da Plattformen häufig mit umfassenden Kontrollmechanismen ausgestattet sind, und damit für die ArbeitgeberInnen (wenn die PlattformbetreiberIn als solche verstanden werden) also zumindest die Möglichkeit eines Weisungs- und Kontrollrechtes besteht.

Wenn oben genannte Kriterien keine endgültige Einordnung möglich machen, kommen nach der Rsp folgende Hilfskriterien zur Anwendung: die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, Weisungsrechte in Bezug auf Arbeitsverfahren, Konkurrenzverbote oder die Art der Entgeltleistung.⁸⁶ „Die geschilderten Kriterien spielen dabei häufig dann eine Rolle, wenn eine Person nicht in eine Betriebsorganisation iES eingegliedert ist, sondern, wie etwa ein Vertreter, Außendienstmitarbeiter oder Taxifahrer, ‚im delegierten Aktionsbereich eines Unternehmens‘ (VwGH 2012/08/0261⁸⁷) tätig wird.“⁸⁸

Bei **dislozierten Beschäftigungsverhältnissen**, bei denen die Beschäftigten ihre Tätigkeit in Abwesenheit der DienstgeberInnen außerhalb der jeweiligen Betriebsorganisation ausüben, zeigt sich die persönliche Abhängigkeit regelmäßig in einer die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit oder durch persönliche Weisungen der DienstgeberInnen. „Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer solchen Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers – in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte – das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden“.⁸⁹

5.1.4 Wirtschaftliche Abhängigkeit

Wirtschaftliche Abhängigkeit liegt vor, wenn der/die Beschäftigte über keine eigenen Betriebsmittel verfügt, keine Verfügungsgewalt über die Unternehmensstruktur besteht und der wirtschaftliche Erfolg dem/der DienstgeberIn zugutekommt. **Wirtschaftliche Abhängigkeit ist**

85 VwGH 19.02.2014, 2013/08/0160.

86 VwGH 29.04.2015, 2013/08/0198.

87 VwGH 14.02.2013, 2012/08/0261.

88 Auer-Mayer, ZAS 2016, 132.

89 VwGH 25.06.2013, 2013/08/0093; so auch Tomandl, ZAS 2016, 265.

nicht gleichzusetzen mit Lohnabhängigkeit. Insbesondere bedeutet das Vorliegen einer hauptberuflichen Tätigkeit nicht, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit von einer Nebentätigkeit deshalb zu verneinen ist, weil auch aus der hauptberuflichen Tätigkeit ein Entgelt bezogen wird.⁹⁰

Wenn **Crowdwork als „Nebenbeschäftigung“** ausgeübt wird, **spricht das nicht gegen** das Vorliegen des Kriteriums der **wirtschaftlichen Abhängigkeit**.

„Spezifische Relevanz erlangt die wirtschaftliche Abhängigkeit allerdings, wenn die persönliche Abhängigkeit verneint und ein freier Dienstvertrag angenommen wird. Verfügt der Betroffene in einem solchen Fall über keine Gewerbeberechtigung und wird für einen von § 4 Abs 4 ASVG erfassten Auftraggeber tätig, hängt die Abgrenzung der Pflichtversicherung als freier DienstnehmerInnen iS des ASVG und ‚Neuer Selbständiger‘ iS des GSVG nach dem Gesagten davon ab, ob dieser die Arbeitsleistung im Wesentlichen persönlich und ohne wesentliche eigene Betriebsmittel erbringt.“⁹¹ Dazu siehe oben Abschnitt „Persönliche Abhängigkeit“.

5.2 Das Scheingeschäft und der wahre wirtschaftliche Gehalt

Die „Scheinselbständigkeit“ als Flucht aus dem Arbeits- und Sozialrecht ist kein neues Phänomen, soll aber im Kontext mit dem plattformbasierten Arbeiten nicht außer Acht gelassen werden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass zum Teil versucht wird, sozialversicherungsrechtliche Melde- und Beitragspflicht durch entsprechende Vertragsgestaltung auf die CrowdworkerInnen zu überwälzen. Dem begegnet die Judikatur mit der Bezugnahme auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt. **Auszugehen ist grundsätzlich von der vertraglichen Gestaltung**, für die die Vermutung der Richtigkeit spricht,⁹² sofern nicht Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Scheinvertragsverhältnisses vorliegen. Für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.⁹³ Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend. *Telos* dieser Bestimmung ist unter anderem die Sicherung der Beiträge in der Sozialversicherung – speziell im Umlagesystem.⁹⁴ Wenn also kein Vertrag vorliegt oder die tatsächliche Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses dem konkreten oder konkludenten Vertragsinhalt zuwiderläuft, dann ist iS der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise der tatsächliche Vollzug desselben maßgeblich. **Im Ergebnis kommt es also auf die tatsächlich gelebten Verhältnisse an.**

Die tatsächliche Abwicklung der Beschäftigungsverhältnisse von CrowdworkerInnen – und nicht der (schriftliche) Vertrag oder Bestimmungen in den AGB der Plattform – sind für die Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung maßgebend.

90 VwGH 31.01.2007, 2005/08/0177.

91 Auer-Mayer, ZAS 2016, 132.

92 VwGH 18.08.2015, 2013/08/0121.

93 Vgl § 539a Abs 1 ASVG.

94 Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 539a Rz 1.

Im Falle eines Zeitungskolporteurs, dem vertraglich die Berechtigung eingeräumt wurde, einzelne Arbeitsleistungen abzulehnen, entschied der VwGH, dass diese Befugnis mit dem tatsächlich gelebten straff organisierten Vertriebssystem nicht vereinbar gewesen wäre.⁹⁵

Vergleichbar ist die in den AGB der Crowdwork-Plattformen eingeräumte Möglichkeit, einzelne Tasks abzulehnen. Die Ablehnung von Arbeit hat im Rahmen des konkreten Geschäftsmodelles und des engmaschigen Bewertungssystems der Plattformen bisweilen erhebliche Konsequenzen für die Beschäftigten. In einem solchen Fall ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise von der Möglichkeit, eine derartige Befugnis tatsächlich in Anspruch nehmen zu können, nicht auszugehen.

Vereinbarungen, durch die die Anwendung des ASVG zum Nachteil der Versicherten im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden, sind unwirksam. § 539 ASVG steht jedoch einer Gestaltung der vertraglichen Beziehungen in Form eines freien Dienstvertrages bzw eines Werkvertrages nicht *per se* entgegen. *„Das Abstellen auf die tatsächliche und nicht auf die vertraglich vereinbarte Art der Beschäftigung hat Auswirkungen auch bei nichtigen Vereinbarungen. Sozialversicherungsrechtlich ändert diese Nichtigkeit nämlich nichts an der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, solange dieses tatsächlich durchgeführt wird. So kann etwa die Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Beschäftigten die Gesamtnichtigkeit des jeweiligen Vertrags zur Folge haben, dennoch besteht die Sozialversicherungspflicht, solange die Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit tatsächlich erfolgt, weil es bei der gebotenen Mitberücksichtigung der Verträge auf die darin zum Ausdruck kommende willentliche Gestaltung der Parteien ankommt [...], wenn die Beschäftigung entsprechend dieser willentlichen Gestaltung abläuft“* (VwGH 31. 1. 1995, 92/08/0213).⁹⁶

Während also isolierte Vereinbarungen mit dem Inhalt der Abbedingung versicherungs- bzw beitragsrechtlicher Bestimmungen unter den Anwendungsbereich des § 539 ASVG fallen, unterliegt die Gestaltung eines Vertragsverhältnisses, das eine ASVG-Versicherungspflicht von vornherein nicht begründet, allenfalls § 539a ASVG.

In den meisten Fällen ist jedoch davon auszugehen, dass kein Einvernehmen zwischen den VertragspartnerInnen über den Abschluss eines Scheingeschäfts vorliegt, sondern der Vertragsinhalt vielmehr von den (vertragsgestaltenden) DienstgeberInnen ausgeht, weshalb nicht von einem einvernehmlichen Scheingeschäft gesprochen werden kann, sondern vielmehr **unrichtig bezeichnete Dienstverträge** vorliegen. Die Intention der DienstgeberInnen ist in Wahrheit eine Intensität der Verfügbarkeit der Beschäftigten, die einem Dienstvertrag entspricht und nicht einem Werkvertrag.⁹⁷

⁹⁵ VwGH 31.01.1995, 92/08/0213.

⁹⁶ Tomandl, ZAS 2016, 263.

⁹⁷ Vgl Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 539a Rz 38.

5.3 Dauer des Beschäftigungsverhältnisses

5.3.1 Allgemeines

Bei CrowdworkerInnen, die Leistungen von kurzer Dauer (sogenannte *Microtasks*) erbringen, stellt sich die Frage, ob **jeder task ein befristetes Dienstverhältnis** darstellt oder ob während der Dauer des Zurverfügungstehens auf der Plattform ein durchgängiges Dienstverhältnis vorliegt. Wird ein/eine CrowdworkerIn über einen längeren Zeitraum immer wieder tageweise beschäftigt, sind in zivilrechtlicher Hinsicht in der Regel **kurze, befristete (zulässige!) Kettenverträge** anzunehmen.⁹⁸ Dies gilt auch für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung (Beginn und Ende der Pflichtversicherung). Diesfalls kommen (unter der Annahme, dass auch die anderen Voraussetzungen erfüllt sind) die Bestimmungen über die tageweise (fallweise) Beschäftigung (§§ 471a ff ASVG) zur Anwendung.

Liegt jedoch eine **Vereinbarung über ein durchgängiges Beschäftigungsverhältnis** vor, so finden die Regelungen über Beginn und Ende der Pflichtversicherung (§§ 10, 11 ASVG)⁹⁹ und Beitragszeitraum (§ 44 ASVG) Anwendung. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, stellt der VwGH¹⁰⁰ darauf ab, ob eine periodisch wiederkehrende Leistung, die im Vorhinein verbindlich festgelegt wurde (zB durch einen Dienstplan), vorliegt. Eine solche periodisch wiederkehrende Leistung kann ausdrücklich oder iSd § 863 ABGB schlüssig vereinbart werden. Darunter sind „*Vereinbarungen über eine im Voraus (schon vor dem Abschluss der jeweiligen Einzelverträge) bestimmte periodische Leistungspflicht des Dienstnehmers, dh über seine Verpflichtung, an bestimmten oder doch bestimmbar Tagen Arbeit zu leisten, und über eine korrespondierende Verpflichtung des Dienstgebers, den Dienstnehmer zu beschäftigen bzw. ihm zumindest Entgelt für im Voraus vereinbarte Beschäftigungen zu bezahlen*“¹⁰¹, zu verstehen. Wenn keine Vereinbarung über eine periodisch wiederkehrende Leistung vereinbart ist oder zwar eine „*Rahmenvereinbarung über grundsätzliche Verpflichtungen dieser Art, aber mit dem (durchgehende Beschäftigungsverhältnisse ausschließenden) Recht des Dienstnehmers, die Übernahme ihm angebotener einzelner Aufträge abzulehnen*“¹⁰², sind nur die reinen Beschäftigungszeiten als Beschäftigungsverhältnisse anzusehen. Dann kommen die Regelungen der §§ 471a–471e ASVG zur Anwendung.¹⁰³ Das ist nach *Mosler*¹⁰⁴ vor allem unter der Voraussetzung anzunehmen, dass angebotene Aufträge grundlos abgelehnt werden können und der Leistungszeitpunkt von den Beschäftigten weitgehend oder gänzlich selbst zu bestimmen ist.

5.3.2 Fallweise Beschäftigung

Von fallweiser Beschäftigung spricht man, wenn Personen **in unregelmäßiger Folge tageweise bei demselben/derselben DienstgeberIn beschäftigt** werden, sofern die Beschäftigung

98 *Risak*, ZAS 2015, 17.

99 § 471h ASVG bestimmt als Spezialnorm zu §§ 10, 11 ASVG wann die Pflichtversicherung beginnt bzw endet.

100 ZB VwGH 21.11.2001, 97/08/0395; 07.09.2005, 2002/08/0215.

101 VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222.

102 VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222.

103 VwGH 07.09.2005, 2002/08/0215.

104 *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 471c Rz 4.

für eine **kürzere Zeit als eine Woche** vereinbart ist. Dies wird bei CrowdworkerInnen in vielen Fällen zutreffen. Es gelten die Sonderbestimmungen der §§ 471a ff ASVG.¹⁰⁵ Wenn das Beschäftigungsverhältnis für eine Woche oder länger vereinbart ist, ist eine fallweise Beschäftigung ausgeschlossen, ebenso bei periodisch wiederkehrenden Arbeitseinsätzen (zB jede Woche ein Tag von 8.00 bis 12.00 Uhr). Eine Beschäftigung von mehreren Tagen hintereinander fällt auch dann nicht unter die §§ 471a ff ASVG, wenn das Beschäftigungsverhältnis weniger als eine Woche dauert.¹⁰⁶

Die Frage, ob die §§ 471a ff ASVG **auch für freie DienstnehmerInnen** iSd § 4 Abs 4 ASVG zur Anwendung kommen, bejaht *Mosler*. Zwar lässt der Begriff „fallweise beschäftigte Personen“ die Einbeziehung der freien DienstnehmerInnen zu, jedoch ist in § 471c ASVG nur von „Dienstnehmer“ die Rede. Beschäftigungsverhältnisse (auch geringfügig Beschäftigte) nach § 4 Abs 4 ASVG sind aber denen nach § 4 Abs 2 ASVG grundsätzlich gleichgestellt. Daher ist laut *Mosler* „im Zweifel davon auszugehen, dass nicht nur – soweit das ASVG keine Abweichungen vorsieht – die allg Bestimmungen zum Melde- und Beitragsrecht für freie DienstnehmerInnen gelten sondern auch die Meldevereinfachungen für fallweise Beschäftigte.“¹⁰⁷ Der VwGH¹⁰⁸ unterscheidet hingegen sehr wohl zwischen Dienstverträgen und freien Dienstverträgen: Bei einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG kommt – anders als im Falle einer Tätigkeit aufgrund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs 4 ASVG – in Fällen, in denen erst die Übernahme einer konkreten Arbeitsverpflichtung eine Arbeitspflicht begründet, kein durchgehendes, aber möglicherweise ein tageweises oder periodisch wiederkehrendes Dienstverhältnis infrage. Ist eine periodisch wiederkehrende Leistung tatsächlich feststellbar, so ist dies ein Indiz für eine schlüssige Vereinbarung.¹⁰⁹

Bei fallweise Beschäftigten ist jeder Arbeitstag als eigenständiges Dienstverhältnis zu betrachten. Nur dann, wenn das dem/der DienstnehmerIn im betreffenden Kalendermonat gebührende **Entgelt** die Geringfügigkeitsgrenze (den nach § 5 Abs 2 ASVG geltenden Betrag) übersteigt, kommt es zu einer Pflichtversicherung.¹¹⁰ Andernfalls sind fallweise Beschäftigte nur nach § 7 Z 3 ASVG in der Unfallversicherung pflichtversichert.

Die Beitragsgrundlagen (Entgelt) der geringfügigen (fallweisen) Beschäftigten in einem Kalendermonat werden zusammengerechnet. Übersteigt das tägliche Entgelt die tägliche Höchstbeitragsgrundlage¹¹¹, so wird dennoch maximal diese herangezogen.¹¹² **Übersteigt dieser Betrag die Geringfügigkeitsgrenze** (den nach § 5 Abs 2 ASVG geltenden Betrag), **so tritt eine Pflichtversicherung ein.** Diese beginnt mit dem ersten Tag der fallweisen Beschäftigung und dauert bis zum Ende des jeweiligen Kalendermonats (§ 471h ASVG).

¹⁰⁵ Die §§ 471a bis e ASVG treten am 31.12.2017 außer Kraft.

¹⁰⁶ *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 471c Rz 3.

¹⁰⁷ *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 471c Rz 5.

¹⁰⁸ VwGH 17.12.2015, 2013/08/0222.

¹⁰⁹ VwGH 04.08.2014, 2013/08/0272.

¹¹⁰ § 471c ASVG, RV SVÄG 2016.

¹¹¹ 2017: 166,- Euro.

¹¹² Siehe auch Abschnitt „Sozialversicherung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten“.

5.3.3 Beispiele

Beispiel 1:

10.01. Entgelt 200,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze (2017: 425,70 Euro)

15.01. Entgelt 200,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze

27.01. Entgelt 200,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze

Lösung: Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage von 166,- Euro wird an allen drei Tagen überschritten. Zählt man gemäß § 471f ASVG die Beitragsgrundlagen (nicht die Entgelte!) der drei Tage zusammen, ergibt sich ein Betrag von 498,- Euro, damit wird die Geringfügigkeitsgrenze überschritten und es tritt gemäß § 471h eine Pflichtversicherung von 10.01. bis 31.01. ein. Die Pflichtversicherung von 10.01. bis 31.01. wird erst im Folgejahr von der zuständigen Krankenkasse festgestellt. Dh diese ist nicht sofort, sondern erst nachträglich bei dem/der VersicherungsträgerIn vermerkt. Dennoch können Leistungen (zB Arztbesuch) sofort in Anspruch genommen werden. Dafür muss der/die DienstnehmerIn mit der zuständigen Krankenkasse Kontakt aufnehmen und die anfallenden Beiträge im Vorhinein leisten.

Beispiel 2:

05.01. Entgelt 100,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze (2017: 425,70 Euro)

06.01. Entgelt 100,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze

18.01. Entgelt 500,- Euro = über der Geringfügigkeitsgrenze

20.01. Entgelt 500,- Euro = über der Geringfügigkeitsgrenze

Lösung: Am 18.01. und am 20.01. tritt Vollversicherung ein. Eine Zusammenrechnung mit den geringfügigen Beschäftigungen (05.01. und 06.01.) findet nicht statt, weil sich die Regelung in § 471f ASVG nur auf mehrere geringfügige Dienstverhältnisse bezieht und nicht auf die Zusammenrechnung von einem vollversicherten Dienstverhältnisse mit einem geringfügigen. Hierfür gibt es eine Regelung in § 53a ASVG, aber nur für die überschneidenden Zeiträume des vollversicherten Dienstverhältnisses mit dem geringfügigen Dienstverhältnis.

Variiert man das Beispiel, indem am 18.01. und am 20.01. ein Entgelt von jeweils 150,- Euro verdient wird, entsteht eine durchgehende Pflichtversicherung in der Kranken-, Pensions- und Unfallversicherung von 05.01. bis 31.01.

Beispiel 3:

a) DienstnehmerIn 1 beschäftigt bei DienstgeberIn A

04.02., Entgelt 300,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze

17.02., Entgelt 150,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze

Lösung: Obwohl das Entgelt insgesamt 450,- Euro beträgt, tritt keine Vollversicherung ein. Die Beitragsgrundlagen der zwei Tage sind bis zur täglichen Höchstbeitragsgrundlage (166,- Euro) zusammenzurechnen ($166 \times 2 = 332$). Damit wird die monatliche Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten (keine Vollversicherung).

- b) DienstnehmerIn 2 beschäftigt bei DienstgeberIn A
 - 10.02., Entgelt 200,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze
 - 15.02., Entgelt 200,- Euro = unter der Geringfügigkeitsgrenze
 - 17.02., Entgelt 500,- Euro = über der Geringfügigkeitsgrenze

Lösung: Am 17.02. tritt Vollversicherung ein. Eine Zusammenrechnung mit den geringfügigen Beschäftigungen (10.02., 15.02.) findet nicht statt, weil sich § 471f ASVG nur auf mehrere geringfügige Dienstverhältnisse bezieht.

Vergleich Beispiel 3 a) und b):

Beträgt das Entgelt am 17.02. 200,- Euro, so kommt es zu einer Zusammenrechnung gemäß § 471f ASVG; in diesem Fall besteht eine Pflichtversicherung von 10.02. bis 28.02.

Beträgt das Entgelt am 17.02. 500,- Euro, so erfolgt keine Zusammenrechnung (des vollversicherten Einkommens mit dem geringfügigen Einkommen); eine Vollversicherung liegt in diesem Fall nur am 17.02. vor. Es besteht also ein (sozialpolitisch fragwürdiger) Gestaltungsspielraum.

6. Melde- und Beitragspflichten in der Sozialversicherung

6.1 Meldepflichten

Gemäß § 33 Abs 1 ASVG haben die **DienstgeberInnen die Anmeldung beim zuständigen Krankenversicherungsträger**, dessen Zuständigkeit sich in der Regel nach dem Beschäftigungsort richtet (§ 30 ASVG), **vorzunehmen**. Seit 01.01.2008 hat die Anmeldung gemäß § 33 Abs 1 und Abs 1a ASVG¹¹³ vor Arbeitsantritt zu erfolgen. Dies gilt mit Abweichungen auch für fallweise beschäftigte Personen (§§ 471a–471e ASVG). **Die Versicherungspflicht tritt aber unabhängig von der Erstattung von Meldungen oder deren Richtigkeit und Vollständigkeit bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen ein**. Die Abmeldung hat binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung zu erfolgen. Verstöße gegen die Meldepflichten sind gemäß § 111 ASVG zu sanktionieren. Gemäß § 4 Abs 3 AIVG gelten die An- und Abmeldungen arbeitslosenversicherungspflichtiger Personen zur gesetzlichen Krankenversicherung auch als Meldungen zur Arbeitslosenversicherung. Für freie Dienstverträge iSd § 4 Abs 4 ASVG gelten die gleichen Bestimmungen wie für echte Dienstverträge. Die Verpflichtung zur An- und Abmeldung der freien DienstnehmerInnen beim zuständigen Versicherungsträger trifft den/die DienstgeberIn. Hat der/die DienstgeberIn den Sitz im Ausland, so gelten mitunter abweichende Melde- und Beitragspflichten (siehe dazu Abschnitt „Exkurs: Funktionales DienstgeberInnen-Konzept und Sozialversicherung“). **Bei selbständiger Erwerbstätigkeit ist der/die CrowdworkerIn selbst meldepflichtig**.

.....
¹¹³ IdF BGBl I 2007/31.

6.2 Beitragspflichten

Der/Die DienstgeberIn hat die Versicherungsbeiträge abzuführen und ist berechtigt, den auf den/die Versicherten/Versicherte entfallenden Beitragsteil vom Entgelt abzuziehen (§ 60 ASVG).¹¹⁴ Der/Die DienstgeberIn haftet auch für die Abfuhr der Beiträge. Wird kein Dienstverhältnis angenommen, so trifft die Plattform bzw den/die *RequesterIn* keine Verpflichtung zur Beitragsabfuhr. Dieser Umstand trägt mitunter zur Wahl des Werkvertragskonstruktes bei. BeitragsschuldnerIn für DienstgeberInnen- und DienstnehmerInnen-Anteile ist ausschließlich der/die DienstgeberIn (§ 58 Abs 2 ASVG). Wesentliche Intention des sozialversicherungsrechtlichen DienstgeberInnen-Begriffs ist es, sicherzustellen, dass die Beitragspflichten (§ 58 ASVG) denjenigen/diejenige treffen, dem/der die Leistungen der Beschäftigten wirtschaftlich zugutekommen. **Wird ein Dienstverhältnis angenommen, so trifft die Beitragspflicht im Bereich des plattformbasierten Arbeitens entweder die Plattform oder den/die RequesterIn als DienstgeberIn. Wird kein Dienstverhältnis angenommen, so trifft die Beitragspflicht den/die selbständige CrowdworkerIn.**

7. Exkurs: Funktionales DienstgeberInnen-Konzept und Sozialversicherung

7.1 Allgemeines

Eine Sonderstellung in der zivilrechtlichen Literatur nimmt das von *Prassl/Risak* entwickelte Konzept des/der funktionalen Arbeitgebers/Arbeitgeberin (aufgrund des sozialversicherungsrechtlichen Kontextes an dieser Stelle „Konzept des/der funktionalen Dienstgebers/Dienstgeberin“) ein.¹¹⁵ Dieses Konzept bricht mit der klassischen zivilrechtlichen Dichotomie DienstnehmerIn/DienstgeberIn. **Crowdwork wird in der Regel über dreipersonale Verhältnisse (Plattform, CrowdworkerIn, RequesterIn)** erbracht. Das funktionale DienstgeberInnen-Konzept besagt, dass **nicht alle gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere Verpflichtungen, die den/die DienstgeberIn betreffen, nur eine Person treffen müssen.** Die DienstgeberInnen-Rechte und -Pflichten können je nach Funktion, die die betreffenden Personen in einem Mehrpersonenverhältnis erfüllen, unter Umständen auf zwei oder sogar mehrere Personen des Crowdwork-Verhältnisses aufzuteilen sein. Diesem Konzept zufolge erfüllen DienstgeberInnen jedenfalls fünf Funktionen:

1. Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses,
2. Recht auf Arbeit, dh auf Leistungserbringung und deren Ergebnisse,
3. Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts,

.....
114 Auch für die Abfuhr des Arbeitslosenversicherungs-Beitrages und des Sonderbeitrages (§ 2 Abs 1 und 2 AMPFG) gelten die Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung über den Abzug des Versicherungsbeitrages vom Entgelt.

115 *Risak*, What's law got to do with it?, Kurswechsel 2/2016, 32–41; *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, Comparative Labour Law & Policy Journal 2016, 618.

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

Dieser funktionelle Ansatz kann für jeden/jede CrowdworkerIn zu einer Reihe von potenziellen DienstgeberInnen führen, wobei nicht alle der gesamten Bandbreite an arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ausgesetzt sind, sondern nur jenen, die der Ausübung der jeweiligen DienstgeberInnen-Funktion entsprechen. Es zählt alleine die Ausübung einer bestimmten Funktion, um Verantwortung auszulösen – spezifisch begrenzt auf den jeweiligen Bereich.

Nach der derzeitigen Rechtslage schuldet der/die DienstgeberIn die auf den/die Versicherten/Versicherte entfallenden Beiträge und hat diese auch an den Versicherungsträger abzuführen (vgl § 58 ASVG). Im Geltungsbereich der KoordinierungsVO gilt dies auch dann, wenn keine Betriebsstätte in Österreich vorliegt. Außerhalb des Geltungsbereichs der KoordinierungsVO trifft hingegen den/die DienstnehmerIn die unmittelbare Beitragspflicht, wenn der/die DienstgeberIn seinen/ihren Sitz außerhalb des Geltungsbereichs der KoordinierungsVO hat (vgl § 53 Abs 3 lit b ASVG, zB Plattform mit Sitz in den USA, CrowdworkerIn in Österreich). Die Frage, wer dem/der CrowdworkerIn als DienstgeberIn gegenübertritt und wo die Betriebsstätte des/der jeweiligen Dienstgebers/Dienstgeberin liegt, spielt also eine wesentliche Rolle für die sozialversicherungsrechtlichen Melde- und Beitragspflichten.

*„Die Dienstgebereigenschaft ist ein Tatbestandselement sowohl für die Feststellung der Versicherungspflicht als auch für die Verpflichtung zur Entrichtung von Beiträgen. Sie kann aber nicht Gegenstand einer isolierten Rechtsfeststellung sein, weil dafür – anders als bei der Feststellung der Versicherungspflicht als Vorfrage in Bezug auf die Beitragspflicht – weder ein rechtliches Interesse noch eine besondere gesetzliche Grundlage besteht.“*¹¹⁶ Bescheidgegenstand kann aber des Bestehen einer Versicherungspflicht (§ 410 Abs 1 Z 1 ASVG) und die Haftung für Beitragsschulden (§ 410 Abs 1 Z 4 ASVG) sein. Es liegt also nahe, das rechtliche Interesse des/der Versicherten an der Einbeziehung in die Pflichtversicherung und die Abfuhr der entsprechenden Beiträge von einem (für den Bereich des plattformbasierten Arbeitens) zu sperrigen DienstnehmerInnenbegriff zu entkoppeln. Im Folgenden wird das funktionale DienstgeberInnen-Konzept anhand der sozialversicherungsrechtlichen Melde- und Beitragspflichten dargestellt.

7.2 Meldepflichten

Im Sinne des funktionellen DienstgeberInnen-Konzepts nach *Prassl/Risak* trifft in einem mehrpersonalen Verhältnis jene Person die Verpflichtung, die Meldung zur Sozialversicherung vorzunehmen, der die **Funktion „Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses“** zukommt.

.....
¹¹⁶ VwGH 16.03.1999, 97/08/0001.

Das ist im Falle des digitalen Crowdworks der/die BetreiberIn der Plattform, die sowohl bei Registrierung der (in Österreich tätigen) CrowdworkerInnen auf der Plattform als auch bei der Aufnahme einer konkreten Tätigkeit eine entsprechende Meldung an den zuständigen Sozialversicherungsträger erstatten muss.

7.3 Beitragspflichten

Im Sinne des funktionellen DienstgeberInnen-Konzepts trifft jene Person die Verpflichtung, die Versicherungsbeiträge abzuführen, die die Verpflichtung zur **Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts** trifft. Im Bereich des digitalen plattformbasierten Arbeitens sind dies die **Plattform-BetreiberInnen**, die sowohl die Bezahlung als auch die Auswahl und Vergabe von *tasks* an die einzelnen CrowdworkerInnen organisieren.

Dem entspräche auch eine analoge Anwendung des AÜG¹¹⁷: Der Überlasser ist der/die sozialversicherungsrechtliche DienstgeberIn des Leiharbeitnehmers/der Leiharbeiterin, wobei eine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung zwischen ArbeitnehmerIn und BeschäftigerIn fehlt.^{118, 119}

8. Arbeitslosenversicherung

8.1 Allgemeines

Die Arbeitslosenversicherung ist jener Zweig der Sozialversicherung, der vor Existenzproblemen aufgrund des Verlustes der Erwerbstätigkeit schützen soll. Wenngleich Crowdwork in Österreich bis dato nur einer kleinen Minderheit als einzige bzw wichtigste Einnahmequelle dient¹²⁰, ist die Frage der Existenzsicherung dennoch eine entscheidende. Darüber hinaus ist Crowdwork auch als Nebentätigkeit arbeitslosenversicherungsrechtlich von Relevanz.

Die wichtigsten Versicherungsleistungen bei Arbeitslosigkeit sind das Arbeitslosengeld und die Notstandshilfe. Die bedarfsorientierte Mindestsicherung ist keine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung und wird im Folgenden nicht behandelt. Es werden nunmehr drei Fragen behandelt:

1. Wann haben CrowdworkerInnen Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?
2. Ist Crowdwork eine zulässige Zuverdienstmöglichkeit für arbeitslose Personen?
3. Wann kommt es zu einer Rückforderung von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?

¹¹⁷ Vgl § 5 Abs 1 AÜG: Pflichten des AG, „insbesondere im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften“ werden durch die Überlassung nicht berührt.

¹¹⁸ *Julcher* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 35 Rz 34.

¹¹⁹ VwGH 17.01.1995, 93/08/0182.

¹²⁰ *Huus/Joyce*, Österreichs Crowdworkszene, https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/digitalerwandel/Oesterreichs_Crowdworkszene_2016.pdf (02.11.2016).

Da in Zusammenhang mit Crowdwork oft grenzüberschreitende Sachverhalte vorliegen (zB Plattform mit Sitz im Ausland), ist vorab stets zu prüfen, ob österreichisches Arbeitslosenversicherungsrecht überhaupt anwendbar ist (siehe Abschnitt „Sozialversicherung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten“).

Ebenso wie in den anderen Zweigen der Sozialversicherung gilt auch in der Arbeitslosenversicherung das **Prinzip der Pflichtversicherung, allerdings nur für unselbständig Erwerbstätige**. Seit 01.01.2009 steht die Arbeitslosenversicherung auch selbständig Erwerbstätigen offen. Diese können freiwillig die Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung wählen („opting in“)¹²¹, sie unterliegen jedoch *ex lege* nicht der Pflichtversicherung.

Da die arbeitslosenversicherungsrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich unselbständig und selbständig Erwerbstätiger sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, müssen CrowdworkerInnen entweder der einen oder der anderen Gruppe zugeordnet werden, um die Arbeitslosenversicherung betreffende Rechtsfragen beantworten zu können. **Das ALVG enthält keine eigenen Legaldefinitionen unselbständiger bzw selbständiger Erwerbstätigkeit, es verweist auf das ASVG und auf das GSVG**. Die Arbeitslosenversicherungspflicht (§ 1 ALVG) tritt ein, wenn drei Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

1. Vorliegen eines Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs 2 ASVG bzw eines freien Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs 4 ASVG,
2. Vorliegen einer gesetzlichen Krankenversicherung (...),
3. kein Ausnahmetatbestand (§ 1 Abs 2 ALVG).¹²²

Bei einem Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze (2017: monatlich 425,70 Euro) besteht demnach mangels Krankenversicherungspflicht auch keine Arbeitslosenversicherungspflicht. **Auch mehrfach geringfügig Beschäftigte, deren Gesamteinkommen die Geringfügigkeitsgrenze überschreitet, unterliegen nicht der Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung**, sehr wohl aber der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung (§ 53a Abs 3 ASVG; siehe Abschnitt „Geringfügigkeit“). Ob ein arbeitslosenversicherungspflichtiges (freies) Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, ist grundsätzlich vom Krankenversicherungsträger zu beurteilen. In dieser Frage ist das Arbeitsmarktservice (AMS) an einen rechtskräftigen Bescheid des Krankenversicherungsträgers gebunden.¹²³ Liegt kein Bescheid vor, so hat das AMS die Frage des Vorliegens eines arbeitslosenversicherungspflichtigen Dienstverhältnisses zu beurteilen.¹²⁴

Die freiwillige Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung von selbständig erwerbstätigen CrowdworkerInnen (§ 3 ALVG) ist möglich, wenn aufgrund der Erwerbstätigkeit eine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem GSVG vorliegt oder wenn gemäß § 5 GSVG (Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen beruflichen Vertretung [Kammer]) eine Ausnahme von der

.....
¹²¹ § 3 ALVG; Näheres dazu siehe *Pfeil in Pfeil* (Hrsg), Der Arbeitslosenversicherung-Komm § 3.

¹²² Darüber hinaus unterliegen noch bestimmte Personengruppen der Arbeitslosenversicherungs-Pflicht (§ 1 Abs 1 lit b bis h ALVG), wobei diese für das gegenständliche Thema ebenso wenig relevant sind wie die Ausnahmetatbestände, weshalb nicht näher auf diese eingegangen wird.

¹²³ VwGH 30.06.1998, 98/08/0129.

¹²⁴ VwGH 20.12.2000, 98/08/0269.

Pflichtversicherung besteht. De facto machen bis dato nur wenige selbständig Erwerbstätige von der Möglichkeit der freiwilligen Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung Gebrauch. Im Jahresdurchschnitt 2015 waren in Österreich rund 867 selbständig Erwerbstätige freiwillig nach ALVG versichert.¹²⁵ Der Eintritt in die freiwillige Arbeitslosenversicherung bewirkt eine Bindung für acht Jahre (§ 3 Abs 6 ALVG). Als Beitragsgrundlage für die Arbeitslosenversicherungs-Beiträge wird wahlweise ein Viertel, die Hälfte oder drei Viertel der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 48 GSVG herangezogen (§ 2 Abs 1 AMPFG).

Hinsichtlich der Einbeziehung selbständig Erwerbstätiger in die Arbeitslosenversicherung bestehen meines Erachtens mit *Pfeil* grundsätzlichen-systemische Einwände: Das Risiko für Selbständige, dass das Geschäft „schlecht läuft“, sei weit entfernt vom Risiko der Arbeitslosigkeit bei unselbständig Erwerbstätigen. Die Umverteilung des Risikos der selbständig Erwerbstätigen zu Lasten der gesamten Versicherungsgemeinschaft sei daher rechtspolitisch problematisch. Der verfassungsrechtliche Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ sei überschritten und das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Erfordernis der Bildung homogener Risikogemeinschaften sei verletzt worden.¹²⁶ Eine rechtliche Einordnung der CrowdworkerInnen als selbständig Erwerbstätige würde daher eine weitere Ausdehnung der bereits bestehenden Widersprüche (heterogene Risikogemeinschaft) in der Arbeitslosenversicherung zur Folge haben.

Die Beitragspflicht fällt unterschiedlich aus für unselbständig und selbständig tätige CrowdworkerInnen. Bei unselbständig Erwerbstätigen (echte und freie Dienstverhältnisse) ist der Arbeitslosenversicherungsbeitrag vom/von der Versicherten und vom/von der DienstgeberIn zu gleichen Teilen zu tragen (§ 2 Abs 1 iVm Abs 3 AMPFG); der/die DienstgeberIn muss den gesamten Arbeitslosenversicherungs-Beitrag (sowohl beim echten als auch beim freien Dienstverhältnis) abführen. Selbständig Erwerbstätige, die sich freiwillig in der Arbeitslosenversicherung versichern, haben den Arbeitslosenversicherungs-Beitrag zur Gänze allein zu tragen (§ 2 Abs 1 iVm Abs 5 AMPFG) und abzuführen.

8.2 Wann haben CrowdworkerInnen Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?

Um Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe beziehen zu können, müssen neben der Einhaltung verfahrensrechtlicher Schritte (Antragstellung beim AMS) fünf Voraussetzungen erfüllt sein. Diese Voraussetzungen gelten selbstverständlich auch für CrowdworkerInnen. Anspruch auf Arbeitslosenversicherungs-Leistungen haben Personen, die

- a) arbeitslos,
- b) arbeitsfähig,
- c) arbeitswillig und

.....
¹²⁵ Beantwortung der parlamentarischen Anfrage Nr 10072/J durch den BM für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, GZ: BMASK-431.004/0140-VI/B/1/2016 vom 17.10.2016 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/AB/AB_09635/imfname_566038.pdf (02.11.2016).

¹²⁶ *Pfeil* in *Pfeil*, Der Arbeitslosenversicherung-Komm § 3 Rz 6.

- d) verfügbar sind sowie
- e) die Anwartschaft erfüllt haben (oder einen unverbrauchten Restleistungsanspruch haben).

Ad a) Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG):

Gemäß § 12 Abs 1 AIVG gilt als **arbeitslos**, wer eine (unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) beendet hat und keine neue oder weitere (unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) ausübt. Ebenso gilt als arbeitslos, wer eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit mit einem **Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze** (§ 5 Abs 2 ASVG) ausübt (§ 12 Abs 6 lit a und c AIVG).

Arbeitslosigkeit als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenversicherungs-Leistungen ist aber noch weiter gefasst als der Begriff auf den ersten Blick nahelegt. Arbeitslos ist beispielsweise nicht, wer der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterliegt (§ 12 Abs 1 Z 2 AIVG). Damit sind selbständig erwerbstätige CrowdworkerInnen, die einer Pflichtversicherung gemäß GSVG unterliegen, vom Anspruch auf Arbeitslosenversicherungs-Leistungen ausgeschlossen (bei unselbständig Beschäftigten fällt das Ende der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung in der Regel ohnehin mit dem Ende der Beschäftigung zeitlich zusammen). Arbeitslos ist auch nicht, wer eine geringfügige Beschäftigung ausübt und zuvor bei demselben/derselben DienstgeberIn vollversichert beschäftigt war, wenn zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung nicht ein Zeitraum von mindestens einem Monat gelegen ist (§ 12 Abs 3 lit h AIVG). Bei Vorliegen bestimmter, in § 12 AIVG taxativ aufgezählter Lebenssituationen ist Arbeitslosigkeit und damit der Anspruch auf Arbeitslosenversicherungs-Leistungen ebenfalls ausgeschlossen (Mitarbeit im Familienbetrieb, Ausbildung, Freiheitsstrafe bzw Anhaltung, Sommerferien bei Lehrbeauftragten).

Wer Crowdwork auf Basis einer selbständigen Erwerbstätigkeit verrichtet, für den/die kann es mitunter schwierig sein, Arbeitslosigkeit nachzuweisen. Durch eine faktische Einstellung der Tätigkeit, zB aufgrund fehlender Aufträge, wird die Erwerbstätigkeit nämlich nicht beendet. Bei einem echten Dienstverhältnis hingegen kann die Beendigung zumeist aufgrund der Abmeldung von der Sozialversicherung auf einfache Weise nachgewiesen werden. Nach der Rsp des VwGH verlangt die Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit die Zurücklegung des Gewerbescheines oder die Anzeige des Ruhens des Gewerbes.¹²⁷ Bei neuen Selbständigen wird eine glaubwürdige Erklärung des/der Selbständigen gegenüber dem AMS ausreichen.¹²⁸ Die Last der substantiierten Glaubhaftmachung für eine Beendigung liegt ausschließlich bei dem/der Versicherten.¹²⁹

Bei einer vorübergehenden Nichtausübung der Tätigkeit kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob eine durchgehende oder eine beendete und wieder neu aufgenommene selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, (anders als bei echten und freien DienstnehmerInnen) nicht auf den/die VertragspartnerIn, sondern auf die Art der Tätigkeit an. Wird eine inhaltlich gleiche Tätigkeit für mehrere AuftraggeberInnen ausgeübt, so stellt die Beendigung der Tätigkeit für einen/eine

.....

¹²⁷ VwGH 30.09.1994, 93/08/0202.
¹²⁸ *Krapf/Keul*, Praxiskommentar zum AIVG¹², § 12 Rz 307.
¹²⁹ VwGH 25.06.2013, 2013/08/0035.

AuftraggeberIn noch keine Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit dar. Wird aber eine inhaltlich andere, von der zuvor ausgeübten klar unterscheidbaren Tätigkeit neu aufgenommen, so ist von einer Beendigung auszugehen.¹³⁰ Dies ist insofern erwähnenswert, als einige CrowdworkerInnen in Österreich einer großen Vielfalt von Tätigkeiten nachgehen.¹³¹

Ad b) Arbeitsfähigkeit (§ 8 AIVG):

Arbeitsfähig ist, wer nicht invalid bzw nicht berufsunfähig im Sinne der pensionsrechtlichen Bestimmungen des ASVG ist. Krankenstand oder Schwangerschaft schließen Arbeitsfähigkeit im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinn nicht aus.

Ad c) Arbeitswilligkeit (§ 9 AIVG):

Arbeitswillig ist, wer bereit ist, eine zumutbare Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis als DienstnehmerIn iSd des § 4 Abs 2 ASVG anzunehmen, sich nach- oder umschulen zu lassen, an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen, von einer sonst sich bietenden Arbeitsmöglichkeit Gebrauch zu machen und von sich aus alle gebotenen Anstrengungen zur Erlangung einer Beschäftigung zu unternehmen, soweit dies entsprechend den persönlichen Fähigkeiten zumutbar ist.

Darf das AMS Crowdwork-Tätigkeiten an arbeitslose Personen vermitteln? Muss die Bereitschaft, Crowdwork-Tätigkeiten anzunehmen, vorhanden sein, um als arbeitswillig im Sinne des AIVG zu gelten? Bei der Beantwortung dieser Fragen ist auf die Rechtsform des Crowdwork abzustellen. Arbeitswilligkeit bezieht sich gemäß § 9 Abs 1 AIVG explizit auf ein „Arbeitsverhältnis als Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG“. Damit ist klargestellt, dass keine Bereitschaft zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit und auch keine Bereitschaft zur Aufnahme eines freien Dienstverhältnisses¹³² verlangt wird. **Insoweit es sich um ein echtes Dienstverhältnis handelt, ist eine Zuweisung zu einer Crowdwork-Tätigkeit durch das AMS zulässig, sofern die Tätigkeit zumutbar ist.** Zumutbarkeit ist gemäß § 9 Abs 2 AIVG unter anderem dann gegeben, wenn die Tätigkeit den körperlichen Fähigkeiten der arbeitslosen Person angemessen ist, ihre Gesundheit und Sittlichkeit nicht gefährdet und angemessen entlohnt ist, wobei grundsätzlich eine zumindest den jeweils anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung entsprechende Entlohnung gemeint ist. Eine Vermittlung in eine geringfügig entlohnte Crowdwork-Tätigkeit ist nicht zulässig, in eine Teilzeittätigkeit hingegen schon (dazu gleich). Der dem AIVG primär zugrunde liegende Gesetzeszweck ist es, *„Arbeitsuchende (...) existenziell abzusichern und durch Vermittlung einer (...) zumutbaren Beschäftigung wieder in den Arbeitsmarkt einzugliedern und (...) so wieder in die Lage zu versetzen, (den) Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu bestreiten“*.¹³³

130 VwGH 15.11.2000, 96/08/0183.

131 Huus/Joyce, Österreichs Crowdworkszene, https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/digitalerwandel/Oesterreichs_Crowdworkszene_2016.pdf (02.11.2016).

132 BVwG 19.08.2015, L503 2108584-1.

133 Krappf/Keul, Praxiskommentar zum AIVG § 9 Rz 200.

Ad d) Verfügbarkeit (§ 7 AIVG):

Der Arbeitsvermittlung steht zur Verfügung, wer sich zur Aufnahme und Ausübung einer auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise angebotenen, den gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorschriften entsprechenden, zumutbaren versicherungspflichtigen Beschäftigung bereithält. Als solche gilt ein Arbeitsverhältnis mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von **mindestens 20 Stunden**. Personen mit Betreuungsverpflichtungen für Kinder bis zum vollendeten zehnten Lebensjahr oder behinderte Kinder, für die nachweislich keine längere Betreuungsmöglichkeit besteht, erfüllen die Voraussetzung auch dann, wenn sie sich für ein Arbeitsverhältnis mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von **mindestens 16 Stunden bereithalten** (§ 7 Abs 3 Z 1 iVm Abs 7 AIVG). **Das AMS kann auch eine Beschäftigung mit einer höheren Stundenanzahl vermitteln.** Die Bereitschaft des/der Arbeitslosen, eine Vollbeschäftigung anzunehmen, ist aber in Zusammenhang mit der Arbeitswilligkeit iSd § 9 AIVG und nicht bei der Prüfung der Verfügbarkeit zu beurteilen.¹³⁴ Nichtösterreichische StaatsbürgerInnen sind nur dann als verfügbar anzusehen, wenn ein berechtigter Aufenthalt mit Zugang zum Arbeitsmarkt vorliegt (§ 7 Abs 3 Z 2 AIVG).

Verfügbarkeit bezieht sich auf das „Bereithalten“ zur Annahme einer Beschäftigung im Umfang von mindestens 20 bzw 16 Stunden/Woche. Diese Anspruchsvoraussetzung ist erfüllt, wenn eine Beschäftigung jederzeit aufgenommen werden kann, ohne dass eine zeitliche Inanspruchnahme durch andere Dinge (Erwerbstätigkeit, Ausbildung, ehrenamtliche Tätigkeit, Kinderbetreuung, Pflege von Angehörigen) entgegensteht. **Wenn Crowdwork als Zuverdienst zu Arbeitslosenversicherungs-Leistungen verrichtet wird** (siehe Abschnitt „Beitragspflichten“), **ist daher nicht nur die Einkommenshöhe beachtlich, sondern auch der Zeitaufwand.** Wenn ein Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze erzielt wird, die Crowdwork-Tätigkeit aber so zeitintensiv ist, dass ein Bereithalten für die Aufnahme einer Beschäftigung im Umfang von 20 bzw 16 Stunden/Woche nicht mehr möglich ist, so ist keine Verfügbarkeit gegeben. Die EB zur RV des BGBl 1996/201 führen zur Verfügbarkeit aus, dass mit dieser Regelung verhindert werden sollte, dass Personen, die zB selbständig unter der Geringfügigkeitsgrenze erwerbstätig sind, von dieser Tätigkeit jedoch dermaßen in Anspruch genommen werden, dass eine Beschäftigungsaufnahme ausgeschlossen ist, Arbeitslosengeld erhalten.¹³⁵ Die Bereitschaft, die Crowdwork-Tätigkeit im Falle einer Vermittlung einer Beschäftigung durch das AMS jederzeit zu beenden, beseitigt somit nicht eine allenfalls mangelnde Verfügbarkeit. Im Gegensatz zur Arbeitswilligkeit (§ 9 AIVG), die sich auf die subjektive Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme bezieht, also auch auf die individuelle Bereitschaft, eine die Verfügbarkeit einschränkende anderweitige Inanspruchnahme im Vermittlungsfall erforderlichenfalls zu beenden, kommt es bei der Verfügbarkeit nur auf das Ausmaß der Tätigkeit während des Zeitraumes, für den Arbeitslosenversicherungs-Leistungen beansprucht werden, und nicht erst auf die anderweitige Inanspruchnahme im konkreten Vermittlungsfall, an.¹³⁶

.....
¹³⁴ VwGH 20.10.1999, 97/08/0485.

¹³⁵ *KrapflKeul*, Praxiskommentar zum AIVG § 7 Rz 165.

¹³⁶ VwGH 13.04.1999, 99/08/0005.

Ad e) Anwartschaft (§ 14 AIVG):

Bei der erstmaligen Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld ist die Anwartschaft erfüllt, wenn der/die Arbeitslose in den letzten 24 Monaten vor Geltendmachung des Anspruches (Rahmenfrist) insgesamt **52 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt** war („große Anwartschaft“). Handelt es sich jedoch um einen/eine Arbeitslosen/Arbeitslose, der/die das Arbeitslosengeld vor Vollendung des 25. Lebensjahres beantragt, ist die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld auch dann erfüllt, wenn der/die Arbeitslose in den letzten zwölf Monaten vor Geltendmachung des Anspruches (Rahmenfrist) insgesamt 26 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war (§ 14 Abs 1 AIVG).

Bei jeder weiteren Inanspruchnahme des Arbeitslosengeldes ist die Anwartschaft erfüllt, wenn der/die Arbeitslose in den letzten 12 Monaten vor Geltendmachung des Anspruches (Rahmenfrist) insgesamt **28 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt** war („kleine Anwartschaft“) oder die große Anwartschaft erfüllt wurde (§ 14 Abs 2 AIVG).

Ebenso kann die **Anwartschaft aufgrund einer selbständigen Erwerbstätigkeit** erworben werden, sofern es sich um Zeiten handelt, die der freiwilligen Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung unterliegen (§ 14 Abs 8 AIVG).

In vielen Fällen wird es nicht möglich sein, aufgrund einer Crowdwork-Tätigkeit die Anwartschaft für den Anspruch auf Arbeitslosengeld zu erwerben, weil die geforderten Zeiträume nicht erreicht werden oder weil keine freiwillige Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung erfolgt. Zeiten einer geringfügigen selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit sind ebenfalls keine Anwartschaftszeiten. Sofern Crowdwork auf Basis einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, sind diese Zeiten für das Erreichen der Anwartschaft aber dennoch von Bedeutung, da sie zur **Rahmenfristerstreckung** herangezogen werden können. Die Rahmenfrist, innerhalb derer die Anwartschaftszeiten liegen müssen, kann von 12 bzw 24 Monaten (§ 14 AIVG) auf einen längeren Zeitraum erstreckt werden, und zwar um Zeiträume einer der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterliegenden oder gemäß § 5 GSVG von der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung ausgenommenen Erwerbstätigkeit (§ 15 Abs 5 AIVG). Es kann so auf allenfalls vorhandene, länger als 12 bzw 24 Monate zurückliegende arbeitslosenversicherungspflichtige Beschäftigungszeiten, zurückgegriffen werden. Die Verlängerung kann in unbeschränktem Ausmaß erfolgen, wenn davor mindestens fünf Jahre arbeitslosenversicherungspflichtiger Beschäftigung liegen, ansonsten kann die Rahmenfrist um höchstens fünf Jahre erstreckt werden. Wird Crowdwork im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung ausgeübt, so können diese Zeiten ebenso zur Verlängerung der Rahmenfrist um höchstens fünf Jahre herangezogen werden (§ 15 Abs 1 Z 1 AIVG).

Arbeitslose, die den Anspruch auf Arbeitslosengeld erschöpft haben, haben Anspruch auf **Notstandshilfe** (§ 33 Abs 1 AIVG). Für die Notstandshilfe gelten im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen wie für den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Zusätzlich erfolgt eine Beurteilung der Notlage, bei der die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden, dh sowohl das eigene als auch das Einkommen des Ehegatten/der Ehegattin, eingetragenen Partners/Partnerin oder Lebensgefährten/Lebensgefährtin.

8.3 Ist Crowdwork eine zulässige Zuverdienstmöglichkeit für arbeitslose Personen?

Crowdwork-Tätigkeit, aus der ein Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze erzielt wird, schließt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) nicht aus und ist, sofern ausreichende Verfügbarkeit (§ 7 AIVG) gegeben ist, zusätzlich zum Bezug von Arbeitslosenversicherungs-Leistungen zulässig.

Geringfügigkeit kann bei einem echten Dienstverhältnis in der Regel auf einfache Weise nachgewiesen werden aufgrund der monatlichen Lohn- bzw Gehaltsabrechnung sowie der Anmeldung zur Sozialversicherung (keine Pflichtversicherung in der Pensions- und Krankenversicherung). Bei selbständiger Erwerbstätigkeit – sowie bei freien DienstnehmerInnen – wird das Einkommen hingegen nicht monatsweise, sondern in Bezug auf das gesamte Kalenderjahr festgestellt. Maßgeblich für den Anspruch auf Arbeitslosenversicherungs-Leistungen ist das Einkommen laut Einkommensteuerbescheid. Da der Einkommensteuerbescheid immer erst im Nachhinein vorliegt, müssen selbständig Erwerbstätige, um bereits vor dem Vorliegen des Einkommensteuerbescheides Arbeitslosenversicherungs-Leistungen beziehen können, dem AMS monatlich Einkommensnachweise vorlegen, anhand derer das Vorliegen von Geringfügigkeit vorläufig beurteilt wird (§ 36a Abs 7 AIVG). Stellt sich nachträglich aufgrund des Einkommensteuerbescheides heraus, dass Geringfügigkeit nicht vorlag, so sind allenfalls bereits bezogene Arbeitslosenversicherungs-Leistungen wieder zurückzubezahlen (siehe sogleich).

Ein **Zuverdienst** zu Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ist auch auf Basis einer **vorübergehenden Erwerbstätigkeit** zulässig. § 21a Abs 1 AIVG definiert Beschäftigungen, die für weniger als vier Wochen vereinbart wurden bzw selbständige Erwerbstätigkeiten, die weniger als vier Wochen lang ausgeübt werden, als vorübergehende Erwerbstätigkeit. Bei einer vorübergehenden Erwerbstätigkeit kann ein Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze erzielt werden, ohne dass die gesamte Leistung aus der Arbeitslosenversicherung für den jeweiligen Monat wegfällt, es kommt lediglich zu einer Anrechnung des Einkommens auf die Leistung.

Wer neben dem Bezug von Arbeitslosenversicherungs-Leistungen ein geringfügiges Einkommen erzielt, ist verpflichtet, dies dem Arbeitsmarktservice zu melden. Gemäß § 50 Abs 1 AIVG ist jede für das Fortbestehen und das Ausmaß des Anspruches auf Leistungen nach dem AIVG maßgebende Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitslosen ohne Verzug, spätestens jedoch binnen einer Woche seit dem Eintritt des Ereignisses anzuzeigen.

Wer neben dem Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung als CrowdworkerIn tätig ist, muss bei jedem Tätigwerden eine Meldung an das AMS erstatten! Eine einmalige Meldung zu Beginn ist nicht ausreichend.

Dies ergibt sich aus Rsp des BVwG und VwGH zu § 50 AIVG. Im Fall einer geringfügig beschäftigten Dienstnehmerin, die das geringfügige Dienstverhältnis dem AMS gemeldet hatte, hat das BVwG entschieden, sie habe die Meldepflicht gemäß § 50 AIVG verletzt, weil sie dem AMS die Leistung von Mehrarbeitsstunden nicht gemeldet habe. Es spiele keine Rolle, ob die Meldung nach Auffassung der Arbeitslosen den Leistungsanspruch zu beeinflussen vermag oder nicht. Es sei auch nicht beachtlich, ob sie erkennen konnte oder nicht, dass die Geringfügigkeitsgrenze

überschritten wird, „denn die Meldepflicht traf sie jedenfalls durch eine Steigerung ihre Arbeitszeit“.¹³⁷ Der VwGH hat die Entscheidung bestätigt.¹³⁸ Diese Rsp ist insofern bemerkenswert, als die Praktikabilität zu bezweifeln ist. Würden sämtliche arbeitslose Personen, die zusätzlich zum Bezug von Arbeitslosenversicherungs-Leistungen einer geringfügigen Beschäftigung nachgehen, dem AMS jede geleistete Mehrstunde melden, so wären die Telefonleitungen des AMS wohl heillos überlastet. Dennoch lässt sich aus der Rsp nur der Schluss ableiten, dass CrowdworkerInnen dem AMS jedes einzelne Tätigwerden melden müssen, um sich keine Meldepflichtverletzung gemäß § 50 AIVG zuschulden kommen zu lassen.

8.4 Wann kommt es zu einer Rückforderung von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung?

Stellt sich nachträglich heraus, dass eine Arbeitslosenversicherungs-Leistung zu Unrecht bezogen wurde (das ist dann der Fall, wenn nicht alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt waren), so ist die Zuerkennung rückwirkend zu widerrufen (§ 24 Abs 2 AIVG). Da die Vorhersehbarkeit der Einkommenshöhe aufgrund der auf Plattformen oft intransparent gestalteten Bestimmungen in vielen Fällen kaum gegeben ist, sind geringfügig (selbständig oder unselbständig) erwerbstätige CrowdworkerInnen, die parallel Arbeitslosenversicherungs-Leistungen beziehen, im Speziellen der Gefahr des Widerrufs der Arbeitslosenversicherungs-Leistung ausgesetzt, wenn nachträglich eine Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze festgestellt wird.

Wenn sich bei einem/einer geringfügig selbständig erwerbstätigen CrowdworkerIn, der/die parallel Arbeitslosenversicherungsleistungen bezieht, aufgrund des nachträglich vorgelegten Einkommensteuer- oder Umsatzsteuerbescheides ergibt, dass die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wurde, so trifft den/die CrowdworkerIn unabhängig von einem allfälligen Verschulden eine Rückzahlungsverpflichtung (§ 25 Abs 1 dritter Satz AIVG). Bei unselbständig geringfügig erwerbstätigen CrowdworkerInnen hängt die Rückzahlungsverpflichtung bei einer rückwirkend festgestellten Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze (beispielsweise aufgrund einer Entgeltnachzahlung) hingegen vom Verschulden ab. Gemäß § 25 Abs 1 erster Satz AIVG besteht eine Rückzahlungsverpflichtung, wenn der Bezug der Arbeitslosenversicherungsleistung durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt wurde oder wenn der/die arbeitslose Person erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Meldepflichtverletzungen (§ 50 AIVG) rechtfertigen jedenfalls eine Rückforderung.

Eine **Rückzahlungsverpflichtung** kann für maximal fünf Jahre¹³⁹ rückwirkend, gerechnet ab Kenntnis des maßgeblichen Sachverhaltes durch die regionale Geschäftsstelle des AMS auferlegt werden (§ 25 Abs 6 AIVG). Der Umfang der Rückforderung bei Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze fällt bei selbständig und unselbständig tätigen CrowdworkerInnen unterschiedlich aus:

.....

¹³⁷ BVwG 17.10.2014, W218 2009658-1.

¹³⁸ VwGH 23.12.2014, Ra 2014/08/0061.

¹³⁹ Ab 01.05.2017 wird der Rückforderungszeitraum auf drei Jahre verkürzt (SVÄG 2017).

Da sich der Einkommen- bzw Umsatzsteuerbescheid auf das gesamte Kalenderjahr bezieht, müssen selbständig erwerbstätige CrowdworkerInnen bei Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze die im gesamten Kalenderjahr (bzw ab Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit) bezogene Arbeitslosenversicherungs-Leistung zurückzahlen; eine monatsweise Betrachtung ist nicht möglich. Der Rückforderungsbetrag ist mit der Höhe des erzielten Einkommens „gedeckt“ (§ 25 Abs 1 dritter Satz AIVG).

Bei unselbständig tätigen CrowdworkerInnen wird hingegen auf einzelne Kalendermonate abgestellt. Wird die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, so ist im Falle von Verschulden die im jeweiligen Kalendermonat bezogene Arbeitslosenversicherungs-Leistung zur Gänze zurückzubezahlen. Der Rückforderungsbetrag ist nicht gedeckt. Unselbständig erwerbstätige CrowdworkerInnen, die parallel Arbeitslosenversicherungs-Leistungen beziehen, müssen darüber hinaus insbesondere auf § 12 Abs 3 lit h AIVG Acht geben. Arbeitslosenversicherungsleistungen sind gemäß dieser Bestimmung nämlich auch für Kalendermonate zu widerrufen, in denen die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten wurde – nämlich dann, wenn zuvor bei demselben/derselben DienstgeberIn eine vollversicherte Beschäftigung vorlag und wenn zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung nicht ein Zeitraum von mindestens einem Monat gelegen ist.

8.5 Beispiele

8.5.1 Für kürzer als einen Monat vereinbarte Crowdwork-Tätigkeit (Dienstverhältnis)

Beispiel im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.1)

Lösung: Für das betreffende Kalendermonat (01.08. bis 31.08.) liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Ein geringfügiges Dienstverhältnis während des Bezuges von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe ist zulässig. Das geringfügige Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Beispiel-Variante im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.1)

Lösung: Am 31.07. liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Von 01.08. bis 29.08. liegt keine Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor.

8.5.2 Mehrere befristete Crowdwork-Tätigkeiten (Dienstverhältnisse) bei demselben/derselben DienstgeberIn (Kettenverträge)

Beispiel 1 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.2)

Lösung: Für das betreffende Kalendermonat (01.10. bis 31.10.) liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Mehrere geringfügige Dienstverhältnisse während des Bezuges von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe sind zulässig, sofern die Geringfügigkeitsgrenze in Summe im Kalendermonat nicht überschritten wird. Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Beispiel-Variante im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.1)

Lösung: Am 31.07. liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Von 01.08. bis 29.08. liegt keine Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor.

Beispiel 2 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.2)

Lösung: Für die betreffenden Kalendermonate (01.02. bis 28.02. und 01.03. bis 31.03.) liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Ein geringfügiges Dienstverhältnis während des Bezuges von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe ist zulässig. Das geringfügige Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

8.5.3 Mehrere befristete Crowdwork-Tätigkeiten (Dienstverhältnisse) bei unterschiedlichen DienstgeberInnen

Beispiel 1 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.3)

Lösung: Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) liegt ab 06.03. vor.

Beispiel 2 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.3)

Lösung: Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) liegt ab 06.03. vor (siehe VwGH-Erkenntnis 2011/08/0190 vom 14.02.2013). § 12 Abs 3 lit h AIVG kommt nicht zur Anwendung, da es sich um zwei verschiedene DienstgeberInnen handelt.

Beispiel 2-Variante im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.3)

Lösung: Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) liegt ab 06.03. vor. § 12 Abs 3 lit h AIVG kommt nicht zur Anwendung, da es sich um zwei verschiedene DienstgeberInnen handelt.

Beispiel 3 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.3)

Lösung: Für das betreffende Kalendermonat (01.10. bis 31.10.) liegt Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor. Mehrere geringfügige Dienstverhältnisse während des Bezuges von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe sind zulässig, sofern die Geringfügigkeitsgrenze in Summe im Kalendermonat nicht überschritten wird. Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Beispiel 4 im Abschnitt „Geringfügigkeit“ (4.2.3)

Lösung: Die Zusammenrechnung der Entgelte (200 + 200 + 58) ergibt einen Betrag, der über der Geringfügigkeitsgrenze liegt. Von 04.10. bis 10.10., 18.10. bis 24.10. und 29.10. bis 30.10. liegt daher Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) nicht vor. Es handelt sich bei den befristeten Dienstverhältnissen jeweils um eine vorübergehende Erwerbstätigkeit gemäß § 21a AIVG. Für die verbleibenden Tage des Kalendermonats besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe, es erfolgt jedoch eine Anrechnung des Nettoeinkommens (458,- Euro). Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

8.5.4 Fallweise Beschäftigung

Beispiel 1 im Abschnitt „Dauer des Beschäftigungsverhältnisses“ (5.3.3)

Lösung: Die Zusammenrechnung der Entgelte (200 + 200 + 200) ergibt einen Betrag, der über der Geringfügigkeitsgrenze liegt. Am 10.01., 15.01. und 27.01. liegt daher Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) nicht vor. Es handelt sich bei den tageweisen Beschäftigungen jeweils um eine vorübergehende Erwerbstätigkeit gemäß § 21a AIVG. Für die verbleibenden Tage des Kalendermonats besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe, es erfolgt jedoch eine Anrechnung des Nettoeinkommens (600,- Euro). Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Im Folgejahr kommt es zu einer nachträglichen Feststellung der Pflichtversicherung von 10.01. bis 31.01. Diese nachträgliche Feststellung gemäß § 471f ASVG hat jedoch keine Auswirkung auf den Leistungsbezug. Es erfolgt weder ein Widerruf noch eine Rückforderung.

Beispiel 2 im Abschnitt „Dauer des Beschäftigungsverhältnisses“ (5.3.3)

Lösung: Am 18.01. und 20.01. kommt es von vornherein zu einer Vollversicherung, weshalb Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) an diesen Tagen nicht vorliegt. Für die Beurteilung der Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) erfolgt keine Zusammenrechnung der vollversicherten Beschäftigungen mit den geringfügigen Beschäftigungen. Es werden nur die Entgelte der geringfügigen Beschäftigungen vom 05.01. und 06.01. zusammengerechnet (100 + 100). Da die Summe aus den geringfügigen Beschäftigungen die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschreitet, liegt am 05.01. und 06.01. Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor.

Es handelt sich bei allen vier tageweisen Beschäftigungen jeweils um eine vorübergehende Erwerbstätigkeit gemäß § 21a AIVG. Es besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe mit Ausnahme des 18.01. und 20.01., es erfolgt jedoch eine Anrechnung des Nettoeinkommens (1.200,- Euro). Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Beispiel 3 a) im Abschnitt „Dauer des Beschäftigungsverhältnisses“ (5.3.3)

Lösung: Die Zusammenrechnung der Entgelte (300 + 150) ergibt einen Betrag, der über der Geringfügigkeitsgrenze liegt. Am 04.02. und 17.02. liegt daher Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) nicht vor (Achtung! Hier ist nicht wie bei der Sozialversicherung die tägliche Höchstbeitragsgrundlage maßgeblich). Es handelt sich bei den tageweisen Beschäftigungen jeweils um eine vorübergehende Erwerbstätigkeit gemäß § 21a AIVG. Für die verbleibenden Tage des Kalendermonats besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe, es erfolgt jedoch eine Anrechnung des Nettoeinkommens (450,- Euro). Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

Beispiel 3 b) im Abschnitt „Dauer des Beschäftigungsverhältnisses“ (5.3.3)

Lösung: Am 17.02. kommt es von vornherein zu einer Vollversicherung, weshalb Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) an diesem Tag nicht vorliegt. Für die Beurteilung der Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) erfolgt keine Zusammenrechnung der vollversicherten Beschäftigung mit den geringfügigen Beschäftigungen. Es werden nur die Entgelte der geringfügigen Beschäftigungen vom 10.02. und 15.02. zusammengerechnet (200 + 200). Da die Summe aus den geringfügigen Beschäftigungen die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschreitet, liegt am 10.02. und 15.02. Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG) vor.

Es handelt sich bei allen drei tageweisen Beschäftigungen jeweils um eine vorübergehende Erwerbstätigkeit gemäß § 21a AIVG. Es besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe mit Ausnahme des 17.02., es erfolgt jedoch eine Anrechnung des Nettoeinkommens (900,- Euro). Jedes einzelne Dienstverhältnis muss dem AMS gemeldet werden.

9. Resümee

Die erhöhte Flexibilität von Arbeitsbeziehungen auf einem potenziell globalen Arbeitsmarkt führt verstärkt zu instabilen Beschäftigungsverhältnissen. Es wird zunehmend schwieriger, Höhe und Dauer von Sozialversicherungsleistungen an Beschäftigungsperioden zu koppeln.

Durch die zunehmende Digitalisierung, Globalisierung und Diversifikation der Beschäftigungsformen wird der (österreichische) Arbeitsmarkt mit weitreichenden Herausforderungen – vor allem im Bereich des Arbeits- und Sozialversicherungsrechtes – konfrontiert. Neue Beschäftigungsformen, die nicht dem klassischen Normalarbeitsverhältnis der unbefristeten, arbeits- und sozialrechtlich abgesicherten Vollzeitbeschäftigung entsprechen oder als traditionelle selbständige Tätigkeit qualifiziert werden, nehmen an Bedeutung zu. Die Organisation von Arbeit und Arbeitsbeziehungen richtet sich neu aus. Teilzeitarbeit, geringfügige Beschäftigung, freie Dienstverträge und Arbeitskräfteüberlassung prägen zunehmend die Arbeitswelt. Die arbeits- und sozialrechtliche Abgrenzung zwischen unselbständiger Beschäftigung und Selbständigkeit wird unscharf.

Die soziale Absicherung abhängig Erwerbstätiger durch die Einbindung in ein bestehendes Sozialversicherungssystem steht – neben der rechtlichen Einordnung der CrowdworkerInnen – auch vor der Herausforderung, dass die einzelnen AkteurInnen beim plattformbasierten Arbeiten nicht an nationale Grenzen gebunden sind. Insbesondere bleibt die Frage der faktischen Rechtsdurchsetzung (Abfuhr der Versicherungsbeiträge) bei im Ausland ansässigen PlattformbetreiberInnen offen.

Die neuen Erwerbsformen in der Gig-Economy tragen neben dem Versprechen höherer Autonomie in der Erwerbsarbeit ebenso das Risiko der Prekarität in sich. Die Auslagerung von Arbeit an (schein)selbständige Arbeitskräfte mit atypischen Vertragsgrundlagen erscheint kaum als eine Arbeitsform, die ein existenzsicherndes Einkommen, geschweige denn eine ausreichende sozialstaatliche Absicherung gegen Risiken wie Alter, Krankheit und Arbeitslosigkeit in Aussicht stellt. Plattformen werben mit Vorteilen für AuftraggeberInnen, wie einer „24/7-Verfügbarkeit“ von

Arbeitskräften und der Möglichkeit, nur Arbeit zu bezahlen, die auch gefällt. Entgeltbestandteile für die Sozialversicherung müssen von AuftraggeberInnen nicht mitkalkuliert werden. Dieser Anreiz der Gewinnmaximierung gefährdet nicht nur die soziale Absicherung der/des Einzelnen, sondern auch die langfristige Erhaltung der sozialen Sicherungssysteme.

Wie sich in der Vergangenheit immer wieder gezeigt hat, verlieren neue Beschäftigungsformen als „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ an Attraktivität, sobald sie in bestehende Sicherungssysteme integriert werden. Als politischer Lösungsansatz diente bisher die Einbeziehung aller (atypisch) Erwerbstätigen in die Sozialversicherung mit dem Ziel, eine Erosion sozialer Sicherungssysteme zu verhindern. So wurden in den letzten Jahren erfolgreich Maßnahmen getroffen, um die Finanzierung solidarischer Sicherungssysteme zu gewährleisten. Zum Beispiel wurde der ArbeitnehmerInnenbegriff konkretisiert, der Begriff des freien Dienstvertrages neu gefasst und die neuen Selbständigen als „Auffangtatbestand“ eingeführt.

Auch für die Zukunft besteht die Herausforderung darin, ein solidarisches System sozialer Absicherung bei Einkommenslosigkeit, Krankheit und im Alter für alle Erwerbstätigen zu ermöglichen, damit die zunehmenden Anforderungen des digitalisierten Arbeitens bewältigt werden können.

Crowdwork mit Auslandsbezug

Anwendbares Recht und Gerichtsstände



Wolfgang Kozak

Gerade das plattformbasierte Arbeiten insbesondere in seiner virtuellen Form ermöglicht viel schneller und leichter als bei der traditionellen Arbeitsverrichtung das Entstehen internationaler Vertragsbeziehungen. Welches nationalstaatliche Recht bei einer solchen Beziehung zur Anwendung kommt, regelt das internationale Privatrecht; vor welchem Gericht geklagt werden kann, das internationale Gerichtsstandsrecht. Liegen Gerichtsstand und somit der Ort der Entscheidung und Vollstreckungsort in verschiedenen Staaten, sind internationale Abkommen zur Entscheidungsvollstreckung notwendig, dass Exekution geführt werden kann.

Zur Verdeutlichung der in diesem Beitrag angesprochenen Fragen sollen folgende **Beispiele** dienen (die Darstellung der Rechtsfolgen findet sich bei den jeweiligen Abschnitten):

Beispiel 1: A erbringt auf Basis eines Arbeitsvertrages Arbeitsleistungen für die Plattform *make your fortune*. Der Sitz der Arbeitgeberin liegt in London, Großbritannien. A erbrachte die geforderte Arbeitsleistung in Wien. A erhielt den Zuschlag für die Erstellung eines Bauplanes für 3D-Hobby-Drucker für eine Gegenleistung von 500 Euro. Als Rechtswahl wurde englisches Recht vereinbart, eine Gerichtsstandsvereinbarung lautete auf den ausschließlichen Gerichtsstand London. Nach Übersenden der fertigen Pläne kam kein Kontakt mehr mit der Plattform zustande, das vereinbarte Entgelt wurde nicht überwiesen.

Bei diesem Sachverhalt stellen sich nun die Fragen

- › nach dem anwendbaren Recht,
- › wo A ihren Anspruch einklagen kann bzw
- › wo eine eventuelle Exekution möglich wäre.

Noch komplizierter wird es, wenn der Sitz der Plattform als Vertragspartnerin und präsumptive beklagte Partei nicht in einem EU-Mitgliedstaat liegt. In diesem Fall sind die unionsrechtlichen Zuständigkeitsnormen nicht anwendbar. Es muss in den nationalen Rechtsordnungen nach einer Lösung gesucht werden. So unterscheiden sich die Rechtsfolgen zu obigem Sachverhalt bereits entscheidend, wenn der Sitz der Plattform in den USA, im Silicon Valley, statt in London liegt.

Beispiel 2: A erbringt Arbeitsleistungen auf Basis eines Arbeitsvertrages für die Plattform *make your fortune*. Der Sitz der Arbeitgeberin liegt im Silicon Valley, USA. A erbrachte die geforderte Arbeitsleistung in Wien. A erhielt den Zuschlag für die Erstellung eines Bauplanes für 3D-Hobby-Drucker für eine Gegenleistung von 500 US-Dollar. Als Rechtswahl wurde kalifornisches Recht vereinbart, eine Gerichtsstandsvereinbarung lautete auf den ausschließlichen Gerichtsstand in San José. Nach Übersenden der fertigen Pläne kam kein Kontakt mehr mit der Plattform zustande, das vereinbarte Entgelt wurde nicht überwiesen.

1. Was ist internationales Privatrecht?

Als internationales Privatrecht (IPR) werden jene Rechtsnormen bezeichnet, die bei internationalen Sachverhalten regeln, welches nationale Recht insgesamt oder in Teilbereichen zur Anwendung kommen soll.¹ Grundsätzlich sind bzw waren dies **Kollisionsnormen**, die dem nationalen Recht der jeweiligen Staaten entstammen bzw entstammten. Es herrschte daher Rechtszersplitterung. Die Europäischen Gemeinschaften (EG) setzten ab 1967 Initiativen, dieses Kollisionsrecht für die Mitgliedstaaten der mittlerweile zur Union gewordenen Gemeinschaft zu vereinheitlichen.² Der vorläufige Abschluss dieser **Vereinheitlichungstendenz** fand sich in der Erlassung einer Kollisionsnormenverordnung des Europäischen Parlaments und des Rates, der

¹ Vgl. *Czernich/Heiss*, EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Einleitung Rz 3.

² *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ Vor Art 1 EVÜ Rz 1 (Stand 01.01.2004, rdb.at).

sogenannten Rom I-Verordnung (in der Folge kurz Rom I-VO) die unmittelbar ihre Rechtswirkungen in den einzelnen Mitgliedstaaten entfaltet.³ Kollisionsnormen finden sich für alle Rechtsgebiete des Privatrechts. Da plattformbasiertes Arbeiten typischerweise unter die vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivilsachen eingeordnet wird, finden in weiterer Folge nur die in diesem Bereich maßgeblichen Kollisionsregeln Beachtung.

Trotz des nationenübergreifenden Phänomens des plattformbasierten Arbeitens kann aus Umfangsgründen in diesem Beitrag aber nur auf die Unionsrechtslage der Rom I-VO eingegangen werden. Ist ein/eine VertragspartnerIn außerhalb eines Mitgliedstaates der Union zu lokalisieren, ist zu prüfen, inwieweit die Kollisionsnormen der Rom I-VO weiterhin zur Anwendung kommen bzw sonstige völkerrechtliche Verträge oder drittstaatliche Kollisionsnormen zu beachten sind, die auch auf Recht außerhalb der Union verweisen können. Wie komplex sich solche Sachverhalte entwickeln können, zeigt auch die Tatsache von Staaten, die keine einheitliche Rechtsordnung haben, sondern sogenannte Mehrrechtsstaaten sind wie Großbritannien oder die USA. Zusätzlich stellt sich dann auch das Problem des Zugangs des Rechts, wenn Staaten kein international zugängliches Rechtsinformationssystem bieten, oder/und aufgrund verschiedener Rechtssysteme (zB dem *Case-law*-System) nur eine im Vergleich zu zentraleuropäischen Rechtsordnungen (zB von Österreich oder Deutschland) geringe Dichte von Gesetzen aufweisen.

2. Anwendung der unionsrechtlichen Kollisionsnormen

2.1 Vorliegen eines internationalen Sachverhaltes

Kollisionsnormen können grundsätzlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein staatsgrenzüberschreitender, also ein internationaler Sachverhalt vorliegt.⁴ Dies ist auch für den Anwendungsbereich der Rom I-VO ausdrücklich in dieser Weise normiert. Für das Vorliegen eines internationalen Sachverhaltes reicht es beispielsweise aus, dass der (Wohn-)Sitz der VertragspartnerInnen und der regelmäßige Arbeitsort in verschiedenen Staaten liegt. Hierbei kommt es jedoch auf den Ort der faktischen Arbeitsleistung an und nicht auf jenen Ort, an welchem diese wirksam wird. Auch unterschiedliche Staatsangehörigkeiten können eine ausreichende Auslandsberührung in vertraglichen Zivil- und Handelsrechtssachen darstellen,⁵ wobei zu beachten ist, dass bei Sachverhalten, die sich im selben Gerichtsstaat verwirklichen, keine Auslandsberührung im Sinne der unionsrechtlichen Kollisionsnormen gegeben ist.⁶ Einen Spezialfall stellt die Rechtswahl im Rahmen eines Vertrages dar, die zwar eine Anwendung der Kollisionsnormen begründet,⁷ aber bei ansonsten fehlendem Auslandsbezug nur eingeschränkte Rechtsfolgen (bei

³ Rom I-VO: VO (EG) 2008/593, ABl L 2008/177, 6; *Kühnleub/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 4.

⁴ Vgl zum EVÜ *Czernich/Heiss*, EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Art 1 Rz 5; Art 1 Abs 1 Rom I-VO.

⁵ *Verschraegen in Rummel*, ABGB³ Art 1 EVÜ Rz 2.

⁶ *Verschraegen in Rummel*, ABGB³ Art 1 EVÜ Rz 2.

⁷ Vgl *Ganglberger*, Der Übergang vom IPRG zum EVÜ bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug (2001) 123 f.

Vornahme eines Günstigkeitsvergleiches nur in Bezug auf die einzelnen Normen) auslöst. Dies wird als Rechtswahl bei reinem Inlandsbezug bezeichnet.

Ist eine ausreichende Auslandsberührung gegeben, dann sind die maßgeblichen Kollisionsnormen – insbesondere die Rom I-VO – zu beachten.

Rechtsfolge der unionsrechtlichen Kollisionsnormen ist die endgültige Zuweisung des Sachverhaltes an eine bestimmte Rechtsordnung. Sonstige innerstaatliche Kollisionsnormen konnten und können auch Rück- bzw Weiterverweisungen vorsehen. Aufgrund der Rechtszersplitterung von internationalen Privatrechten außerhalb des Unionsrechts kann zur geforderten Stärke der Auslandsbeziehung eines Sachverhaltes im Rahmen des internationalen Privatrechts von Drittstaaten keine generelle Aussage getroffen werden.

2.2 Räumlicher Geltungsbereich der Rom I-VO

Liegt ein ausreichender internationaler Bezug eines Sachverhaltes vor, muss jedoch, damit die Rom I-VO zur Anwendung kommt, der Sachverhalt in einem Mitgliedsstaat geltend gemacht (dh eingeklagt) werden, oder das IPR eines Drittstaates auf die Kollisionsnormen der Rom I-VO verweisen. Der Anwendung der Kollisionsnormen kommt daher in Bezug auf den Ort der Geltendmachung bzw der Rechtsbetrachtungen relativer Charakter zu. Ist die Rom I-VO anwendbar, kommt ihr ohne Gegenseitigkeitserfordernis gegenüber Drittstaaten eine universelle Geltung zu. Solange CrowdworkerInnen in einem EU-Mitgliedstaat klagen bzw geklagt werden, findet immer die Rom I-VO Anwendung.⁸ Festzuhalten ist, dass die Rom I-VO nicht auf die EWR-Staaten Island, Lichtenstein und Norwegen anzuwenden ist.⁹ Daher wird, falls Klage in diesen Staaten geführt wird, das anzuwendende Recht nicht nach dieser Unions-VO, sondern nach dem jeweils national anzuwendenden internationalen Privatrecht bestimmt.

2.3 Sachlicher Anwendungsbereich der Rom I-VO

Wie bereits unter Abschnitt „Was ist internationales Privatrecht?“ ausgeführt, regeln die Kollisionsnormen der Rom I-VO vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelsrechts-sachen. Grundsätzlich sind unter diesem Überbegriff alle jene Verträge zu subsumieren, die für eine Regelung plattformbasierten Arbeitens infrage kommen können.

2.4 Sondernormen für Arbeitsverträge

Die unionsrechtlichen Kollisionsnormen sehen unterschiedliche Regelungen für spezifische Vertragstypen und Geschäfte vor. Ansatzpunkt für diese Sonderregeln ist typischerweise das Ziel, regelmäßig schwächere VertragspartnerInnen vor Übervorteilung zu schützen. So wurde das

8 *Jan van Hein in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Einl Rom I-VO Rz 33; zu unterscheiden davon ist die Frage, ob in einem Mitgliedsstaat der Union überhaupt geklagt werden kann (siehe Abschnitt „Internationale Gerichtszuständigkeit“).

9 *Jan van Hein in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 1 Rom I-VO Rz 74.

Kollisionsrecht zB für VerbraucherInnen- und Arbeitsverträge spezifisch unter Beachtung des VerbraucherInnen- bzw ArbeitnehmerInnenschutzes ausgestaltet.¹⁰

Da die Anwendung der Sondernormen für VerbraucherInnen in gegenständlichem Zusammenhang auszuschließen ist,¹¹ bleibt das Vorliegen einer ArbeitnehmerInneneigenschaft zu prüfen, um feststellen zu können, ob die Sondernormen von Art 8 ff Rom I-VO zur Anwendung kommen. Der ArbeitnehmerInnenbegriff der Rom I-VO ist autonom, das bedeutet nur unter Beachtung des Unionsrechts einheitlich auszulegen.¹²

Das Unionsrecht selbst definiert jedoch keinen eigenen einheitlichen ArbeitnehmerInnenbegriff. Art 45 AEUV bzw dessen Vorgängerbestimmung verwenden lediglich den Begriff ArbeitnehmerIn in Bezug auf das Recht der Freizügigkeit. Es ist daher auf die Judikatur des EuGH zurückzugreifen, um eine Prüfungsmodalität bzw Begriffsdefinition für Inhalt und Reichweite festmachen zu können.¹³ *Junker* weist jedoch zu Recht darauf hin, dass eine einheitliche *Auslegung* des ArbeitnehmerInnenbegriffes noch nicht bedeutet, dass im Unionsrecht ein einheitlicher ArbeitnehmerInnenbegriff existiert.¹⁴ Es muss deshalb ermittelt werden, welche Auslegung im Zusammenhang mit welchem ArbeitnehmerInnenbegriff den unionsrechtlichen Sonderkollisionsnormen zugrunde liegt.

2.4.1 Unionsrechtlicher ArbeitnehmerInnenbegriff

Grundsätzliches: In letzter Zeit äußerte sich der EuGH zum ArbeitnehmerInnenbegriff der EuGVVO.¹⁵ Da dieser derselbe Begriff ist, wie er der Rom I-VO zugrunde liegt, kann auf diese Judikatur zurückgegriffen werden.¹⁶

Nach den Ausführungen des Gerichtshofes ist dann im Bereich des Kollisionsrechtes der ArbeitnehmerInnenbegriff erfüllt, wenn

- › Leistungen aufgrund von Weisungen durch eine bestimmte Zeit erbracht werden,
- › eine Vergütung als Gegenleistung bestimmt ist sowie
- › eine dauerhafte Beziehung zwischen den Beteiligten bestand, durch die eine Eingliederung in den Betrieb erfolgte.

Der EuGH weist darauf hin, dass gerade das Unterordnungsverhältnis im Einzelfall anhand „*aller Gesichtspunkte und aller Umstände, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen*“¹⁷

.....
¹⁰ Vgl bereits zum EVÜ *Czernich/Heiss*, EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Art 6 Rz 1.

¹¹ *Risak*, Crowdwork, ZAS 2015/3, 17.

¹² *Junker*, Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2/2016, 86; zuletzt EuGH 10.09.2015, Rs C-47/14, *Spies v. Büllesheim*, ECLI:EU:C:2015:574 Rz 36 f.

¹³ Vgl unter Anführung der Judikatur: *Windisch-Graetz* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 9 ff (Stand: August 2012, rdb.at).

¹⁴ *Junker*, EuZA 2016, 190.

¹⁵ EuGH, *Spies v. Büllesheim*.

¹⁶ *Junker*, EuZA 2016, 186; *Mankowski* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 18 Brüssel I-VO Rz 3.

¹⁷ EuGH, *Spies v. Büllesheim*, unter Verweis auf EuGH 09.07.2015, Rs C-229/14, *Balkaya*, ECLI:EU:C:2015:455 Rz 37 (zu Massenentlassungs-RL) und in weiterer Folge auf EuGH 11.11.2010, Rs 232/09, *Danosa*, ECLI:EU:C:2010:674 Rz 46 (zum Mutterschutz).

also in einem beweglichen System das Vorliegen einer unionsrechtlichen ArbeitnehmerInnen-eigenschaft geprüft werden muss.

Die Anforderungen, die an den ArbeitnehmerInnenbegriff im Rahmen des Kollisionsrechtes vom EuGH gestellt werden, gehen also über die Kernelemente der sogenannten „*Lawrie-Blum-Formel*“¹⁸ hinaus, da nun zusätzlich eine dauerhafte Beziehung bestehen muss, die zu einer Eingliederung in den Betrieb führt.¹⁹

Zu beachten ist, dass dieser Rückgriff des EuGH auf eine ältere Judikatur²⁰ zwei Elemente enthält (die durch die Konjunktion „und“ verbunden sind): (1.) Jenes der Eingliederung in den Betrieb, das jedenfalls funktional aufgefasst werden kann, sowie die (2.) Art der Beziehung des Arbeitsvertrages, die (für die Beurteilung der Zuständigkeit) den räumlichen Bezugspunkt der Tätigkeit definiert. In dieser Lesart ist der kollisionsrechtliche ArbeitnehmerInnenbegriff jedenfalls nicht enger als der österreichische aufzufassen. Und dieser würde, wenn man auf die virtuelle organisatorische Eingliederung in eine Plattform abstellt, auch in diesem Bereich zur Anwendung kommen, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Anwendung auf Crowdworksachverhalte: Damit die besonderen Kollisionsnormen für Personen des plattformbasierten Arbeitens zur Anwendung kommen, sind also folgende Sachverhaltselemente Voraussetzung:

- › Erbringung einer Leistung aufgrund eines Unterordnungsverhältnisses,
- › aufgrund einer Vergütung und
- › im Rahmen einer dauerhaften Beziehung,
- › die im Rahmen der (virtuellen) Eingliederung in den Betrieb (die Plattformorganisation) erfolgte.

In diesem Zusammenhang ist zusätzlich auf die zum österreichischen Betriebsverfassungsrecht hinsichtlich Betriebszugehörigkeit zu einem traditionellen Betriebsbegriff ergangene Judikatur bei internationalen Sachverhalten zu verweisen. So bleibt nach Rechtsansicht des OGH die Betriebszugehörigkeit bei einer Entsendung erhalten, wenn eine entsprechend enge Beziehung durch moderne Kommunikationsmittel aufrechterhalten wird.²¹ Umgelegt auf die Organisation plattformbasierten Arbeitens bedeutet dies, dass bei einer entsprechend engen Einbindung trotz dislozierter Einzelarbeitsplätze eine enge Beziehung und Eingliederung entstehen kann.

Inwieweit konkrete Sachverhalte wie zB die Leistungserbringung zu beurteilen ist, siehe Beitrag „*Virtuelles Crowdwork: Clickworker*“ und Beitrag „*Transportdienstleistungen: Uber*“.

Diese Rechtsauffassung ist hinsichtlich des Schutzelos der arbeitsrechtlichen Kollisionsnormen jedenfalls auch beim kollisionsrechtlichen ArbeitnehmerInnenbegriff zu beachten.²²

18 *Junker*, EuZA 2016, 189.

19 Ebenso *Junker*, EuZA 2016, 191.

20 EuGH 15.01.1987, Rs C-266/85, *Shenavai*, ECLI:EU:C:1987:11, Rn 16.

21 OGH 26.03.1997, 9 ObA 88/97z; *Kühneubl/Kozak* Arbeitnehmerentsendung, Rz 419 f.

22 Vgl Erwägung 35 der Rom I-VO.

2.4.2 Funktionaler ArbeitgeberInnenbegriff

Inwieweit sowohl der nationale traditionelle als auch der vom EuGH entwickelte ArbeitnehmerInnenbegriff die Entwicklung des plattformbasierten Arbeitens auffangen kann, ist noch nicht absehbar, da eine Weiterentwicklung dieses Begriffs höchstwahrscheinlich nur durch Richterrecht geschehen wird. Aufgrund der Auflösung traditioneller Arbeitsformen sollte aber bei der Annahme von ArbeitnehmerInneneigenschaft auf die geänderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedingungen Rücksicht genommen und der ArbeitnehmerInnenbegriff an die neuen Gegebenheiten angepasst werden, auch wenn dafür die traditionellen Prüfansätze aufgegeben bzw. überwunden werden müssen. Gerade traditionelle Betriebsbegriffe, die auf eine räumlich abgegrenzte Einheit,²³ eine Arbeitsstätte, abstellen, sind den neuen Anforderungen anzupassen. Gänzlich andere Ansätze bietet eine funktionale Betrachtungsweise für das **Feststellen der ArbeitgeberInneneigenschaft**, wie sie von *Prassl* entwickelt wurde.²⁴ Nach dieser Theorie wird auf folgende ArbeitgeberInnenfunktionen abgestellt:

- › Begründung und Beendigung des Vertragsverhältnisses,
- › Recht auf Leistungserbringung und Recht auf deren Ergebnisse,
- › Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts,
- › Management des unternehmensinternen Markts, in Form von Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren, einschließlich der Möglichkeit der Bestimmung der Art der Leistungserbringung,
- › Management des unternehmensexternen Marktes und Tragung des Unternehmerrisikos^{25, 26}

Die Ausübung dieser Funktionen begründet letztlich die ArbeitgeberInneneigenschaft und ermöglicht es, CrowdworkerInnen als ArbeitnehmerInnen anzusehen. Eine in diesem Sinne ergänzend vorgenommene Prüfung, um ArbeitnehmerInneneigenschaft iSd Kollisionsrechts feststellen zu können, würde dem Schutzzweck der Sonderkollisionsnormen jedenfalls entsprechen und kann daher zu einer befriedigenden Lösung wertvolle Beiträge leisten.

3. Anzuwendendes Recht bei Geltung der Rom I-VO

Typischerweise können sich internationale Sachverhalte bei einer plattformbasierten Arbeitsweise dadurch ergeben, dass sich die entgegennehmenden VertragspartnerInnen in einem anderen Staat als die leistungserbringenden befinden. Sachverhalte, in denen LeistungserbringerInnen eine internationale Reisebewegung tätigen, während sie plattformbasiert arbeiten, sind meines Erachtens von eher theoretischem Wert und werden daher nicht weiter untersucht. Ebenso können aus Gründen des beschränkten Umfangs dieses Beitrags nur Rechtslagen untersucht werden, denen die Rom I-VO zugrunde liegt.

.....
²³ Vgl. *Gableitner* in *Gableitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II⁵ (2015) § 34 Rz 1.

²⁴ *Prassl*, The Concept of the Employer (2015); für Crowdworksachverhalte angewendet in *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit, and Co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, *Comparative Labour Law and Policy Journal* 2016, 646 ff.

²⁵ Vgl. auch Anführung bei *Schörghofer*, Grenzfälle der Arbeitskräfteüberlassung – langfristige Überlassung, Payrolling und die Abgrenzung vom Werkvertrag (2015) 160.

²⁶ Zitiert nach *Risak*, What's law got to do with it, *Kurswechsel* 2/2016, 32 ff (38 f).

3.1 Anknüpfungsmerkmale nach der Rom I-VO für Individualarbeitsverträge

Welches Recht – unabhängig von einer getätigten Rechtswahl – anzuwenden ist (das sogenannte gesetzliche Vertragsstatut), wird durch Anknüpfungsmerkmale bestimmt. Neben dem gewöhnlichen Arbeitsort²⁷ ist die einstellende Niederlassung das zweite Anknüpfungsmerkmal,²⁸ welches die Rom I-VO vorsieht. Ist mit diesen keine sachgerechte Lösung zu erzielen, so ist die Ausweichklausel in Anwendung zu bringen.²⁹ Diese Merkmale sind ebenfalls autonom auszu-legen.³⁰

3.1.1 Der gewöhnliche Arbeitsort

Das Anknüpfungsmerkmal des gewöhnlichen Arbeitsortes stellt auf den Ort der regelmäßigen Leistungserbringung ab. Das bedeutet, dass die Feststellung, welches Recht als gesetzliches Vertragsstatut zur Anwendung kommt, unabhängig davon ist, wo das Arbeitsergebnis faktisch wirksam wird.

Wird beispielsweise laufend Arbeit an einem Computer in Österreich geleistet und der Arbeitserfolg nach Fertigstellung nach Belgien geschickt bzw sogar in einem Netzwerk auf einer in Belgien beheimateten Serverlösung online gearbeitet, liegt der gewöhnliche Arbeitsort trotz alledem in Österreich.³¹ Es kommt nämlich darauf an, wo ArbeitnehmerInnen sich bei der Arbeitserbringung physisch befinden. Dies ergibt sich aus Art 8 Abs 2 1. Fall Rom I-VO. Damit stellt im Fall von in Österreich arbeitenden CrowdworkerInnen das österreichische Recht das gesetzliche Vertragsstatut dar.

3.1.2 Die einstellende Niederlassung

Ist kein gewöhnlicher Arbeitsort feststellbar, so stellt die einstellende Niederlassung ein subsidiäres Anknüpfungsmoment dar (Art 8 Abs 3 Rom I-VO).³² Als Anknüpfungsmoment reicht hier eine bloße Betriebsstätte oder ein Betriebsteil aus. Regelmäßig wird aber dieser subsidiäre Anknüpfungsmoment durch die sogleich darzustellende sogenannte Ausweichklausel nach Art 8 Abs 4 Rom I-VO verdrängt werden.

3.1.3 Die Ausweichklausel der engeren Verbindung

Hier kommt im Wege der Einzelfallgerechtigkeit jenes Recht zur Anwendung, zu dem der Vertrag eine engere Verbindung aufweist, als dies nach den Anknüpfungsmomenten des gewöhnlichen Arbeitsortes und der einstellenden Niederlassung der Fall wäre. Die Prüfung, ob die Aus-

27 Art 8 Abs 2 Rom I-VO.

28 Art 8 Abs 3 Rom I-VO.

29 Art 8 Abs 4 Rom I-VO; EuGH 12.09.2013, Rs C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551 Rz 42.

30 Vgl dazu *Jan van Hein in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 8 Rom I-VO Rz 65.

31 *Jan van Hein in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 8 Rom I-VO Rz 41.

32 *Jan van Hein in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 8 Rom I-VO Rz 59.

weichklausel zur Anwendung kommt, ist jedenfalls regelmäßig und nicht nur in Ausnahmesituationen vorzunehmen.³³ Diese Rechtsansicht wurde vom EuGH in der Rs *Schlecker*³⁴ bestätigt. Für die Feststellung der engsten Beziehung sind nach der Rechtsansicht des EuGH sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen und maßgeblich sind.

Dazu gehören folgende wichtige Parameter:

- › das Land, in welchem von den ArbeitnehmerInnen Steuern und Abgaben aus ihrer Tätigkeit entrichtet werden,
- › das Land, in welchem die Sozialversicherung mit Renten-/Unfalls- und Erwerbsunfähigkeitsregeln gelegen ist,
- › das Land, das für jene Parameter maßgeblich ist, die mit der Bestimmung des Gehalts und den Arbeitsbedingungen zusammenhängen.

Vorstellbar wären im Rahmen der Gig-Economy-Sachverhalte, in welchen ArbeitnehmerInnen ihre Arbeitsorte international (zB je nach Jahreszeiten) selbständig wählen, sodass diese einen Hauptbezugspunkt zu Österreich dann nie verlieren, wenn der Lebens- und insbesondere Arbeitsmittelpunkt trotzdem weiterhin in Österreich liegt. Ob das Schwergewicht einer Arbeitsvertragsbeziehung noch in Österreich angenommen werden kann, wenn die gesamte Abwicklung des Arbeitsverhältnisses im Ausland stattfindet (sechsmonatiger Aufenthalt in Portugal über die Wintermonate), ist jedoch stark zu bezweifeln.

Bedeutung für die Beispiele 1 und 2: Da in beiden Beispielen der gewöhnliche Arbeitsort in Wien liegt, kommt als objektives Vertragsstatut österreichisches Recht zur Anwendung. Da aber eine Rechtswahl vorliegt, ist bei entstehenden Rechtsfragen eine Günstigkeitsprüfung vorzunehmen. So ist in Österreich kein allgemeiner, gesetzlicher Mindestlohntarif statuiert. Nach englischem³⁵ und kalifornischem³⁶ Recht gibt es aber einen staatlichen Mindestlohn. Würde das vereinbarte Entgelt diesen Mindestlohn unterschreiten, hätte A zumindest Anspruch auf den jeweiligen Mindestlohn.

3.2 Sonstige Anknüpfungsmerkmale nach der Rom I-VO

Liegt kein Individualarbeitsvertrag vor, so sind die Anknüpfungsmerkmale des Art 4 Rom I-VO anzuwenden. Dieser sieht je nach angeführtem Vertragstyp unterschiedliche Anknüpfungsmomente vor.³⁷ Ist kein vorgegebener Vertragstyp erfüllt, gibt es einen Auffanganknüpfungstatbestand.

In gegenständlichem Beitrag sind in den angeführten Kategorien nur Dienstleistungsverträge (Art 4 Abs 1 lit b Rom I-VO) bzw der Auffangtatbestand in Art 4 Abs 2 Rom I-VO von Bedeutung, wobei die autonome Auslegung zu beachten ist. Durch den Umstand, dass sowohl

.....
³³ *Kühtebll/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 165.

³⁴ EuGH, *Schlecker*, Rz 36, 39, 42.

³⁵ <https://www.gov.uk/national-minimum-wage-rates> (15.11.2016).

³⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Minimum_wage_in_the_United_States (15.11.2016).

³⁷ *Thorn* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 4 Rom I-VO Rz 22.

beim Auffangtatbestand als auch beim Dienstleistungsvertrag an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Dienstleistungserbringers/der Dienstleistungserbringerin bzw des Erbringers/der Erbringerin der charakteristischen Vertragsleistung angeknüpft wird, ist die Unterscheidung der Vertragsarten aufgrund der in diesem Falle gleichen Rechtsfolgen von überwiegend akademischer Bedeutung.³⁸

3.2.1 Dienstleistungsvertrag iSv Art 4 Abs 1 lit b Rom I-VO

In der Rs *Falco Privatstiftung*³⁹ führte der EuGH zu Art 5 Abs 1 EuGVVO aus, dass das Unionsrecht keinen einheitlichen Begriff des Dienstleistungsvertrages verwendet.⁴⁰ Die betreffende Bestimmung ist als eigener Begriff eng auszulegen. Demnach ist ein Vertrag, der lediglich die Nutzung am geistigen Eigentum gegen Entgelt einräumt, kein Dienstleistungsvertrag, da ein Dienstleistungsvertrag nur dann vorliegt, wenn jemand gegen Entgelt eine bestimmte Tätigkeit durchführt.⁴¹ Diese Ansicht bekräftigte der EuGH 2013 und stellte fest, dass eine Einlagerung von Waren einen Dienstleistungsvertrag darstellt.⁴²

3.2.2 Charakteristische Leistung iSv Art 4 Abs 2 Rom I-VO

Der Begriff der „charakteristischen Leistung“ eines Vertrages wird in der Verordnung nicht definiert. Es ist aber davon auszugehen, dass jene Leistung, die den Schwerpunkt des Vertrages bildet und diesen von anderen Austauschverträgen unterscheidet, als charakteristisch gelten kann.⁴³ Bei gegenseitigen Verträgen soll dies die Leistung sein, die nicht in Geld besteht.⁴⁴

Im Rahmen der Erbringung der auf einer Plattform akquirierten Arbeit ist also das Recht jenes Staates anzuwenden, in welchem der/die die Arbeit leistende VertragspartnerIn seinen/ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

3.3 Rechtswahl

Grundsätzlich geht die Rechtssetzung bei den Kollisionsnormen davon aus, dass die Vertragsparteien eine Rechtswahl treffen. Es herrscht also das Primat der Rechtswahl.

Hat dies bei sonstigen Verträgen zur Folge, dass jenes Recht, welches ohne Rechtswahl auf den Vertrag zur Anwendung käme, vollständig abgewählt wird, ist dies bei Arbeitsverträgen nicht der Fall. Da die Sonderkollisionsnormen Schutznormen für den verhandlungsschwächeren Teil (also typischerweise die ArbeitnehmerInnen sind), darf durch eine Rechtswahl diesem der Schutz des

38 Vgl die Einschätzung von *Thorn in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 4 Rom I-VO Rz 19.

39 EuGH 23.04.2009 Rs C-533/07, *Falco Privatstiftung*, ECLI:EU:C:2009:257.

40 EuGH, *Falco Privatstiftung* Rz 33 ff.

41 EuGH, *Falco Privatstiftung* Rz 29, 44.

42 Der Inhalt eines Lagervertrages besteht darin, Waren entgegenzunehmen, sie an einem sicheren Ort aufzubewahren und sie der anderen Vertragspartei in angemessenem Zustand zurückzugeben. EuGH 14.11.2013, Rs C-469/12, *Krejci Lager Umschlagbetriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2013:788, Rz 26.

43 Vgl *Thorn in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 4 Rom I-VO Rz 78.

44 Vgl noch zum EVÜ: *Verschraegen in Rummel*, ABGB³ Art 4 EVÜ Rz 16.

Niveaus des gesetzlichen Vertragsstatutes, also jenes Rechtes, welches ohne Rechtswahl zu Anwendung käme, nicht entzogen werden. Dieser Schutz bezieht sich auf Normen, die zwingend oder lediglich einseitig dispositiv sind.⁴⁵ Es muss also bei einer gültigen Rechtswahl bei einem Arbeitsverhältnis zwingend das gesetzliche Vertragsstatut festgestellt werden, um in einem Gruppenvergleich mit dem gewählten Recht feststellen zu können, welches die für die ArbeitnehmerInnen günstigere Rechtslage darstellt. Neben der Notwendigkeit einer komplexen Prüfung kann durch die Rechtswahl bei Arbeitsverträgen auch ein schwer festzustellendes Mischrecht entstehen.

3.4 Ergebnis

Unabhängig ob im Sinne der Rom I-VO ArbeitnehmerInneneigenschaft vorliegt oder nicht, ist bei plattformbasiertem Arbeiten davon auszugehen, dass der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts regelmäßig und typischerweise auch den gewöhnlichen Arbeitsort darstellt und daher faktisch die engste Beziehung zum Recht dieses Staates bildet. Der gravierende Unterschied zwischen ArbeitnehmerInnen und sonstigen LeistungserbringerInnen liegt darin, dass durch Rechtswahl lediglich ArbeitnehmerInnen nicht dem Schutz des gesetzlichen Vertragsstatuts entzogen werden können.

4. Internationale Gerichtszuständigkeit

Ebenso wie die Kollisionsnormen, die regeln, welches Recht auf einen Vertrag zur Anwendung kommt, hat die EU im Rahmen einer Verordnung die Gerichtszuständigkeit bei internationalen Sachverhalten geregelt, und zwar mit der EuGVVO (alt).⁴⁶ Diese ist mittlerweile novelliert worden (EuGVVO)⁴⁷ und seit 10.01.2015 in Kraft.

4.1 Internationaler Sachverhalt

Wie bei den Kollisionsnormen ist für die Anwendung der EuGVVO ein internationaler Sachverhalt Voraussetzung. Als Inlandssachverhalte sind also iSd EuGVVO jene anzusehen, deren relevante Sachverhaltselemente für die Bestimmung des Gerichtsstandes alle in einem Staat gelegen sind. Es kann also auch bei einem gewissen Auslandsbezug ein Binnensachverhalt vorliegen.⁴⁸ Geprüft werden kann dieses Element jedoch nur bei einer Festlegung des Klägers/der Klägerin auf einen bestimmten Gerichtsstand.⁴⁹

⁴⁵ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 184.

⁴⁶ VO EG/44/2001, ABl L 12 vom 16.01.2001, S 1–23 .

⁴⁷ VO EU/1215/2012, ABl L 351 vom 12.12.2012, S 1–32.

⁴⁸ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ (2009) Art 1 Rz 4.

⁴⁹ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 1 Rz 4a.

4.2 Räumlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Spiegelbildlich zur Rom I-VO ist die EuGVVO lediglich in Zivil- und Handelssachen anwendbar.⁵⁰ Die VO gilt für alle Mitgliedstaaten der Union inklusive Dänemark.⁵¹

Als weitere Voraussetzung für die Anwendung der EuGVVO muss aber der **(Wohn-)Sitz der beklagten Partei** (für Arbeitsrechtssachen ist auch eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin ausreichend) in einem Mitgliedstaat gelegen sein, sonst ist auch lediglich Drittstaatsbezug gegeben.⁵² Ohne Erfüllung dieser Voraussetzung kommen die Zuständigkeitsregeln der EuGVVO nicht zur Anwendung. Eine Klage in einem Mitgliedstaat der Union wäre dann nicht möglich, es sei denn, dass aufgrund nationaler Zuständigkeitsnormen eine Zuständigkeit der Gerichte des betreffenden Staates gegeben wäre.

Rechtsfolge Beispiel 1: Da der Sitz der Plattform in einem Mitgliedstaat gelegen ist, kommen die Zuständigkeitsnormen der EuGVVO zur Anwendung.

Rechtsfolge Beispiel 2: Da der Sitz der Plattform nicht in einem Mitgliedsstaat der Union gelegen ist, kommt die EuGVVO nicht zur Anwendung. Es sind daher die nationalen Rechtsvorschriften zu beachten.⁵³ A kann daher jedenfalls in Österreich am gewöhnlichen Arbeitsort und am Wohnsitz gemäß § 4 Abs 1 Z 1 lit a und c ASGG Klage einbringen.⁵⁴ Ob und wie Klage in den USA, Kalifornien eingebracht werden kann, richtet sich nach dem jeweilig anwendbaren Recht in den USA.

4.3 Sondernormen für Individualarbeitsverträge

Wie in der Rom I-VO bestehen Sonderregeln für die Bestimmung der Gerichtsstände für Individualarbeitsverträge. Der unionsrechtliche, autonom auszulegende ArbeitnehmerInnenbegriff der im Rahmen der EuGVVO und der Rom I-VO gleichen sich.⁵⁵ Es kann daher in der Behandlung im Rahmen des Gerichtsstandsrechts auf Abschnitt „Sondernormen für Arbeitsverträge“ verwiesen werden. Weiters muss es sich um Ansprüche aus einem Individualarbeitsvertrag handeln, damit die Sondernormen zur Anwendung kommen können. Dies umfasst auch alle aus dem Arbeitsverhältnis abgeleiteten Ansprüche, die auch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses (und somit auch vor dessen Beginn) aufgrund des Arbeitsvertrages entstehen können.⁵⁶

50 *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 1 Rz 1.

51 Vgl das Abkommen zwischen der Europäische Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 79/4 vom 21.03.2013.

52 *Mankowski* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Vorbem Art 2 Brüssel I-VO Rz 10 f und Art 18 Brüssel I-VO Rz 10 ff.

53 Vgl *Neumayr* in *ZellKomm*² § 4 ASGG Rz 6 (Stand 01.09.2011, rdb.at).

54 *Neumayr* in *ZellKomm*² § 4 ASGG Rz 9, 11.

55 Vgl noch zum EVÜ *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ (2009) Art 18 Rz 4; nunmehr Art 22.

56 Vgl noch zur EuGVVO (alt) *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 18 Rz 9c u 9d; nunmehr Art 21.

5. Zuständiges Gericht bei Geltung der EuGVVO neu

Im Weiteren werden, ebenso wie bei den Ausführungen zum europäischen Kollisionsrecht, nur jene Fälle näher dargestellt, bei denen die EuGVVO zur Anwendung kommt. Ebenfalls wird nur auf grundsätzliche Gerichtsstände eingegangen, Sonderregelungen für Streitgenossenschaften oder Widerklagen werden ebenfalls nicht behandelt.

5.1 Anknüpfungsmerkmale für Gerichtsstände bei Individualarbeitsverträgen

5.1.1 Klagen gegen ArbeitgeberInnen

Die EuGVVO unterscheidet bei diesen Sondernormen zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen. ArbeitgeberInnen können ArbeitnehmerInnen nur an deren gewöhnlichem Wohnsitz klagen.⁵⁷ Umgekehrt stehen den ArbeitnehmerInnen mehrere sogenannte Wahlgerichtsstände zu Verfügung, das bedeutet, dass sie sich für die Klageeinbringung zwischen mehreren an sich zuständigen (in verschiedenen Staaten gelegenen Gerichten) entscheiden können.⁵⁸ Für ArbeitnehmerInnen ist also die Möglichkeit des *forum shopping* gegeben.

Als **Wahlgerichtsstände** kommen folgende Gerichte in Betracht: das Gericht,

- › in welchem der/die ArbeitgeberIn seinen/ihren (Wohn-)Sitz hat,
- › der gewöhnliche Arbeitsort (des Arbeitsverhältnisses),
- › bei Nichtvorliegen eines gewöhnlichen Arbeitsortes: die einstellende Niederlassung,
- › die Zweigniederlassung.

Im Unterschied zu den Anknüpfungsmerkmalen der Rom I-VO stellt die EuGVVO **keine Ausweichklausel** zu Verfügung. Ein Abgehen von obigen Wahlgerichtsständen aufgrund eines Grundsatzes der engsten Beziehung ist also rechtlich nicht vorgesehen und daher nicht möglich.

5.1.2 Klagen gegen ArbeitnehmerInnen

Im Gegensatz dazu können (wie bereits angeführt) ArbeitgeberInnen – außer bei Widerklagen gegen von ArbeitnehmerInnen erhobene Klagen – diese nur an deren Wohnsitz, unabhängig vom gewöhnlichen Arbeitsort klagen. In diesem Fall bestimmt dann die *lex fori*, also das Recht des Gerichtsstaates, die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichtes.⁵⁹

⁵⁷ Art 20 EuGVVO alt, nunmehr Art 22; *Kozak*, Kein Wohnsitz im Inland, kein nationaler Gerichtsstand, RdW 2016, 259 ff.

⁵⁸ Noch zur EuGVVO (alt) *Czernich*, in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 19 Rz 1; *Mankowski* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Vorbem Art 2 Brüssel I-VO Rz 18.

⁵⁹ Noch zur EuGVVO (alt): *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 20 Rz 2.

Rechtsfolge Beispiel 1: Da der Sitz der Plattform in einem EU-Mitgliedstaat gelegen ist, kommen die Zuständigkeitsnormen der EuGVVO zur Anwendung. Da A Arbeitnehmerin ist, ist die Vereinbarung des ausschließlichen Gerichtsstandes London aufgrund der Anordnung der EuGVVO unwirksam. A kann also bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages Klage sowohl am gewöhnlichen Arbeitsort, also in Wien, als auch in London, am Sitz des Unternehmens einbringen.

5.2 Sonstiger Gerichtsstand aufgrund der EuGVVO

Liegt kein Arbeitsvertrag vor, so ist der allgemeine Gerichtsstand der (Wohn-)Sitz der beklagten Partei, wobei gerade bei Plattformen die Schwierigkeit darin liegt, herauszufinden, wer die Vertragspartei ist, die erfolgreich geklagt werden kann.⁶⁰ Der Wohnsitz selbst ist vom gewöhnlichen Aufenthalt einer Person zu unterscheiden.⁶¹ Grundsätzlich ist für die Feststellung, ob ein Wohnsitz im Sinne der EuGVVO vorliegt, das nationale Recht des Gerichtstaates anzuwenden, wenn sich der Wohnsitz der Partei in diesem befindet. Ist dies nicht der Fall so ist das nationale Recht des Mitgliedstaates anzuwenden, in welchem die Partei ihren Wohnsitz hat.⁶² Bei juristischen Personen und Gesellschaften ist der Wohnsitz nach Definition der EuGVVO der Ort, an dem sich entweder

- › der satzungsmäßige Sitz,
- › die Hauptverwaltung oder
- › die Hauptniederlassung befindet.

Dies kann dazu führen, dass diese Definition auch zu mehreren möglichen Gerichtsständen führt (Art 63 EuGVVO).⁶³

Als **Wahlgerichtsstand**, das ist jener Gerichtsstand, der KlägerInnen zum Einbringen der Klage zur Verfügung steht, ist, wenn keine Vereinbarung vorliegt, der Ort der Verpflichtungserfüllung vorgesehen bzw bei Dienstleistungsverträgen⁶⁴ der Ort, an dem die Dienstleistung erbracht wurde oder erbracht hätte werden müssen.⁶⁵ Die sonstigen Wahlgerichtsstände sind für den Bereich des plattformbasierten Arbeitens ohne Bedeutung.

Rechtsfolge Beispiel 1: Unterstellt man bei diesem Sachverhalt, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt, dann verändert sich das Ergebnis wie folgt: Da eine Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt, kann A lediglich in London klagen.

.....
⁶⁰ Noch zur EuGVVO (alt): *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 2 Rz 3; nunmehr Art 4 Abs 1.

⁶¹ Noch zur EuGVVO (alt): *Mankowski in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 2 Brüssel I-VO Rz 2.

⁶² Zur EuGVVO (alt): *Staudinger in Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 59 Rz 2 f; *Kozak*, RdW 2016, 259.

⁶³ Zur EuGVVO (alt): *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 60 Rz 4.

⁶⁴ Siehe Abschnitt „Sonstige Anknüpfungsmerkmale nach der Rom I-VO“. Diese Ausführungen gelten auch für die EuGVVO.

⁶⁵ Noch zur EuGVVO (alt): *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 5 Rz 41 f, 45; nunmehr Art 7 Z 1.

5.3 Gerichtsstandsvereinbarung

Auch hier unterscheidet die EuGVVO zwischen Arbeitsverträgen und sonstigen Verträgen:

- › In Arbeitsverträgen kann eine (internationale) Gerichtsstandsvereinbarung nur nach Entstehung der Streitigkeit vereinbart werden. Vor dem Entstehen einer Streitigkeit sind nur jene Vereinbarungen rechtswirksam, welche allein den ArbeitnehmerInnen zusätzliche Gerichtsstände einräumen.⁶⁶ Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann im Arbeitsverhältnis überdies nur schriftlich oder mündlich mit nachfolgender schriftlicher Bestätigung getroffen werden.⁶⁷ Eine Vereinbarung zusätzlicher Gerichtsstände durch ArbeitnehmerInnen erscheint jedoch ohne realistischen Anwendungsbereich. Lediglich, wenn gewöhnlicher Arbeitsort und Wohnsitzstaat des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin auseinanderfallen, könnte eine nachträglich getroffene Gerichtsstandsvereinbarung Erleichterungen bringen. Es ist dann jedoch fraglich, ob ArbeitgeberInnen einer solchen Vereinbarung zustimmen werden.
- › Außerhalb des Arbeitsverhältnisses können Gerichtsstandsvereinbarungen auch für zukünftige Rechtsstreitigkeiten vereinbart werden, was auch für eine Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gilt. Diese haben ausschließende Wirkung, es sei denn, es wurde etwas anderes vereinbart.

5.4 Ergebnis

Gerade im Bereich des Zuständigkeitsrechtes zeigt sich der gegenüber sonstigen Verträgen ausgebildete Schutz für ArbeitnehmerInnen in Arbeitsverträgen. So ist durch die zahlreichen möglichen Aktivgerichtsstände die Chance für diese erhöht, bei internationalen Sachverhalten Klage führen zu können. Sind die Voraussetzungen für die ArbeitnehmerInneneigenschaft hingegen nicht erfüllt, können die VertragspartnerInnen bei dem typischerweise vorliegenden Verhandlungsungleichgewicht dafür sorgen, dass bereits eine Klagsführung unabhängig von Durchsetzungsmöglichkeiten rechtskräftiger Urteile deutlich erschwert wird.

6. Vollstreckung von Urteilen

Im Bereich der Europäischen Union werden rechtskräftig ergangene Entscheidungen ohne zusätzliches Verfahren anerkannt (Art 36 Abs 1 EuGVVO). Wurde daher das Verfahren aufgrund Vorliegens eines gewöhnlichen Arbeitsortes zB in Österreich durch den/die ArbeitnehmerIn geführt und gewonnen, so ist es möglich, im Sitzstaat des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin (zB Deutschland) die Vollstreckung ebenfalls ohne weiteres Verfahren durchzuführen (Art 39 EuGVVO). Es ist daher bei den Gerichten des Vollstreckungsstaates das nationale Verfahren für

.....
⁶⁶ Noch zur EuGVVO (alt): *Czernich* in *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 21 Rz 2 f.

⁶⁷ Noch zur EuGVVO (alt): *Mankowski* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR² Art 21 Brüssel I-VO Rz 6; nunmehr Art 23.

eine Exekution einzuleiten.⁶⁸ Trotz dieser Erleichterung sind insgesamt internationale Verfahren aber ohne qualifizierte Vertretung selten erfolgreich zu führen, ebenso sind Vertretungspflichten vor den Gerichten nach den jeweilig nationalen Prozessrechten zu beachten.

Die Vollstreckbarkeit von (ausländischen) Urteilen in Drittstaaten ist davon abhängig, ob völkerrechtliche Vereinbarungen vorliegen, die eine solche ermöglichen, und die Materie der Vollstreckungsregelungen ist jedenfalls komplexer als jene innerhalb der Union.

Rechtsfolgen für die Beispiele 1 und 2: In Österreich selbst liegen keine Vermögenswerte der Plattform. Eine Vollstreckung muss also in den Ländern durchgeführt werden, wo Vermögenswerte vorhanden sind (also typischerweise am Sitz der Vertragspartnerin). Deshalb ist die Vollstreckung jedenfalls im internationalen Verfahren abzuwickeln. Zu beachten ist hierbei, dass die Streitwertsummen aus typischerweise geringfügigen Betragshöhen bestehen werden. Eine Kosten-/Nutzenbetrachtung wird bei geringen Beträgen daher regelmäßig dazu führen, dass die Exekutionsverfahren (bzw bereits die Leistungsverfahren) trotz bestehender Ansprüche nicht angestrengt werden.

7. Resümee

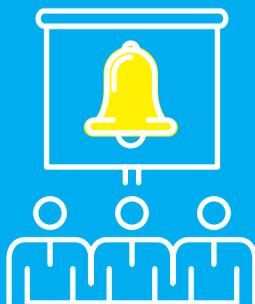
Wie auch im nationalen Recht ist das Schutzniveau im internationalen Kollisions- und Gerichtsstandsrecht für Arbeitsverträge deutlich höher. Gleichzeitig ist die Wahrscheinlichkeit bei plattformbasiertem Arbeiten, namentlich bei virtuellem Crowdwork, im Vergleich zum sonstigen Arbeitsrecht höher, dass sich internationale Sachverhalte verwirklichen. Aufgrund dieses eminenten Schutzniveauunterschiedes ist es auch beim unionsrechtlichen Kollisions- und Gerichtsstandsrecht sozialpolitisch unabdingbar, Personen, die plattformbasiert arbeiten, diesem Schutzniveau zu unterstellen. Unabhängig von Schutzniveaus liegt die besondere Gefährdung Einzelner im Rahmen der Gig-Economy und ihrer typischen staatenübergreifenden Erscheinungsform darin, dass selten Vermögenswerte in jenem Staat liegen, in welchem CrowdworkerInnen ihren Lebensmittelpunkt haben. Somit vervielfacht sich das Risiko – es handelt sich zumeist um nominell geringe –, Ansprüche im internationalen Rechtsweg durchzusetzen, da mit den Rechtsgängen jedenfalls ein nicht unerhebliches Kostenrisiko einhergeht, das im Rahmen einer wirtschaftlichen Risikobetrachtung oftmals zur Aufgabe der Durchsetzung offener Ansprüche führt. Ebenso wichtig wie die Anpassung eines ArbeitnehmerInnenbegriffes wäre es daher, das Kostenrisiko für abhängig tätige Personen im Rahmen der internationalen Rechtsdurchsetzung zu minimieren.

Bewegen sich diese Sachverhalte im Bereich der Europäischen Union, ist zumindest das Kollisionsrecht und Gerichtsstandsrecht einheitlich. Verwirklichen sich Sachverhalte mit Drittstaaten, ohne dass das internationale Privatrecht der Union zur Anwendung kommt, nehmen Durchsetzungsrisiken und Rechtsintransparenz nochmals stark zu.

⁶⁸ Zur EuGVVO (alt): *G. Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht*³ Art 38 Rz 2.

Gewerkschaftliche Organisations- strategien und alternative Kampfmaßnahmen

Rechtliche „Fallstricke“ und Lösungsansätze



Martin Müller

Crowdwork ist auch aus gewerkschaftlicher Sicht ein Phänomen, das gewisse Fragen der Organisation und des Aktivismus in neuem Licht erscheinen lässt. Darüber hinaus ist die Problematik des Vertretungsanspruchs für die Gruppe der CrowdworkerInnen aufzuwerfen, insbesondere dann, wenn diese nicht als ArbeitnehmerInnen im herkömmlichen Sinne anzusehen sein sollten. In diesem Beitrag werden Lösungsansätze für diese Problemstellungen in rechtlicher wie auch in organisatorischer Hinsicht diskutiert.

1. Problemaufriss

1.1 Entwicklung und Rahmenbedingungen für gewerkschaftliche Organisation

Gewerkschaftliche Organisation hat in Österreich eine lange Tradition. Je nach Betrachtungsweise geht die Geschichte der Gewerkschaften in Österreich auf das Revolutionsjahr 1848, auf das Koalitionsgesetz von 1870 oder gar auf die Knappschaften des Mittelalters zurück.¹

Die heutigen Gewerkschaften sind zweifellos ein Produkt der Industrialisierung und damit verbunden dem Entstehen eines Industrieproletariats. Die Industrialisierung führte dazu, dass hunderte, ja tausende Menschen an einem Ort zusammenkamen, die vor allem durch ihre soziale und ökonomische Situation miteinander verbunden waren. Sie verkauften ihre Arbeitskraft, da dies die einzige Möglichkeit war, zu überleben. Da das Angebot an Arbeitskräften regelmäßig die Nachfrage danach überstieg, reichte der für die Arbeitskraft erzielbare Preis in der Regel gerade einmal dazu, das eigene tägliche Überleben zu finanzieren. Wenn jedoch so viele Menschen, die dasselbe Schicksal teilen, auf engem Raum zusammenkommen und sich über dieses Schicksal austauschen können, dann ist es naheliegend, dass diese Menschen zum Ergebnis kommen, dass sie sich solidarisch zusammenschließen, um ihre Situation gemeinsam zu verbessern.

Lange Zeit sahen sich diese selbstorganisierten Zusammenschlüsse staatlichen Repressionen – bis hin zur Androhung langjähriger Gefängnisstrafen – ausgesetzt. Dies konnte jedoch nicht verhindern, dass es immer wieder zu solidarischer Organisation kam und die Zusammenschlüsse immer weitere Bereiche umfassten. Die Legalisierung von Gewerkschaften war letztlich Ausdruck dessen, dass es auf längere Sicht unmöglich ist, die Gründung derartiger Vereinigungen dauerhaft zu verhindern.

Bald zeigte sich auch, dass ein sehr wesentliches Ergebnis des Zusammenschlusses des Proletariats die Forderung nach einer Regelung von Mindestlöhnen war. Der Preis der Ware Arbeitskraft soll somit kartelliert und der Logik von Angebot und Nachfrage weitgehend entzogen werden. Und die VerkäuferInnen der Ware Arbeitskraft hatten auch ein wirksames Mittel zur Durchsetzung dieser Forderung – den Streik und sonstige Formen des Arbeitskampfes. Daher gab es schon lange vor der gesetzlichen Regelung der Kollektivverträge kollektive Tarifregelungen, die das Ergebnis der Selbstorganisation und des solidarischen Arbeitskampfes waren.

Erst mit Gründung der ersten Republik und der drohenden Gefahr des sozialrevolutionären Umsturzes wurden auch gesetzliche Instrumente geschaffen, um den sich so darstellenden Klassenkampf zu verrechtlichen. Das Kollektivvertragsgesetz², das Betriebsrätegesetz 1919³ und das Arbeiterkammergesetz 1920⁴ waren Ausdruck dieser Bestrebungen.

¹ Siehe dazu *Autengruber*, Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung von den Anfängen bis 1945 (2016); *Klenner/Pellar*, Die österreichische Gewerkschaftsbewegung. Von den Anfängen bis 1999² (1999).

² Gesetz über die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge, StGBI 16/1920.

³ Gesetz betreffend die Errichtung von Betriebsräten, StGBI 283/1919.

⁴ Gesetz über die Errichtung von Kammern für Arbeiter und Angestellte (Arbeiterkammern), StGBI 100/1920.

Vor allem die gewerkschaftliche Organisation in der zweiten Republik in einem einheitlichen, überparteilichen Gewerkschaftsbund (dem ÖGB) ist getragen vom Gedanken, die Gewerkschaften über die Betriebsratskörperschaften in den Betrieben zu verankern. Dieser Gedanke hatte zur Folge, dass die Gewerkschaften in großen Unternehmen und dem öffentlichen Sektor immer vergleichsweise gut organisiert waren. Die Bereiche, die für die Gewerkschaften erfahrungsgemäß immer schon schwierig zu organisieren waren, sind jene, in denen die Strukturen eher kleinteilig, die Beschäftigten eher vereinzelt sind. Erfahrungsgemäß ist dies in Kleinbetrieben und etwa im Dienstleistungssektor wie dem Gastgewerbe und dem Handel der Fall. Im Ergebnis bedeutet das allerdings auch, dass eher jene Beschäftigten erreicht werden, die sich in stabilen, langjährigen Beschäftigungsverhältnissen befinden als jene in kurzzeitiger, etwa saisonaler Beschäftigung. Es werden eher Vollzeitbeschäftigte als Teilzeitbeschäftigte erreicht. Und als ein Ergebnis all dieser Faktoren werden auch eher männliche als weibliche Beschäftigte angesprochen. So sind zum Beispiel nur 35,5 % aller Gewerkschaftsmitglieder Frauen.⁵

Auch der größte Teil der gewerkschaftlichen Mitbestimmungsstruktur stellt auf die betriebliche Organisation über Betriebsräte, Jugendvertrauensräte und Personalvertretungen ab. Wer kein Betriebsratsmitglied oder Mitglied der Personalvertretung oder des Jugendvertrauensrats ist, der/die hat nur wenig Chancen, in die gewerkschaftlichen Gremien gewählt zu werden und an der gewerkschaftlichen Willensbildung teilzuhaben.

1.2 Fallbeispiel: Güterverkehr

Als Beispiel für den Einfluss der äußeren Strukturen auf die gewerkschaftliche Organisation sei hier der Güterverkehr angeführt: Zum einen werden Güter mit der Bahn transportiert, wo es größere Organisationseinheiten gibt und vergleichsweise viele Personen in diesen Einheiten beschäftigt sind. Die Beschäftigten kommen bei der Arbeit immer wieder an zentralen Orten zusammen und kennen einander. Es gibt starke betriebliche Organisationsstrukturen über Personalvertretungen, Jugendvertrauensräte und Betriebsräte. Der gewerkschaftliche Organisationsgrad unter den Beschäftigten des Güterverkehrs auf der Schiene ist überdurchschnittlich hoch (derzeit über 85 %). Die VertreterInnen der Bahn-Beschäftigten sind in bedeutenden gewerkschaftlichen Positionen; im Dezember 2016 wurde beispielsweise der Konzernbetriebsratsvorsitzende der ÖBB, *Roman Hebenstreit*, zum Vorsitzenden der Verkehrs- und Dienstleistungsgewerkschaft *vida* gewählt.⁶

Zum anderen findet der Güterverkehr auf der Straße statt. Die Organisationseinheiten sind vergleichsweise klein. Manchmal besteht die Einheit aus nicht mehr als einem LKW. Die Beschäftigten kommen kaum miteinander in Kontakt und es gibt nur sehr selten betriebliche Organisationsstrukturen. Erfahrungsgemäß besteht in nur wenigen Speditionsbetrieben ein Betriebsrat – und wenn, dann eher in größeren Betrieben. Auch der gewerkschaftliche Organisationsgrad unter den Beschäftigten des Güterverkehrs auf der Straße ist erfahrungsgemäß unterdurch-

.....
⁵ http://www.oegb.at/cms/S06/S06_2.1.2/ueber-uns/wir-machen/oegb-in-zahlen (19.12.2016).

⁶ http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20161205_OTS0122/roman-hebenstreit-zum-neuen-vida-vorsitzenden-gewaehlt (19.12.2016).

schnittlich und beträgt derzeit etwa 20 %. Es findet sich kaum ein/eine LKW-FahrerIn unter den GewerkschaftsfunktionärInnen.

Dieses Beispiel soll vor Augen führen, dass die starke Fokussierung der Gewerkschaften auf die betriebliche Organisation ihre Stärken hat, aber in einigen Bereichen auch bisher schon ihre Schwächen offenbart.

1.3 Konkrete Problematiken in der Gig-Economy

Diese soeben beschriebene Problemlage verschärft sich, je einzelner die Betroffenen ihre Arbeit verrichten, je weniger sie in betriebliche oder betriebsähnliche Strukturen eingebunden sind. Nun ist gerade diese Vereinzelung eines der typischen Merkmale der internetbasierten, plattformbasierten Arbeit in der Gig-Economy. Gerade in diesem Bereich **fehlen klassische betriebliche Strukturen** oft gänzlich oder die Beschäftigten sind in diese nicht oder nur ganz am Rand eingebunden. Somit ist diese Gruppe schon alleine vom äußeren Setting für die Gewerkschaften schwer zu erreichen und auch nur schwer einzubinden.

Ein weiterer für die Gewerkschaften relevanter Aspekt ist die nach wie vor **unklare arbeitsrechtliche Stellung** der verschiedenen Beschäftigten im Bereich der plattformbasierten Arbeit in der Gig-Economy.⁷ So sind einige dieser Beschäftigten ganz eindeutig als ArbeitnehmerInnen zu qualifizieren. Andere sind wohl eindeutig Selbständige – obwohl sich auch diese Gruppe in durchaus prekären Verhältnissen befinden kann. Dazwischen finden wir eine nicht unbeachtliche Gruppe, die nicht eindeutig zuordenbar ist und wo sich die Beurteilung der Zuordnung unter Umständen sogar täglich ändern kann. Selbst ein alleiniges Abstellen auf das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit würde nicht immer zu einer befriedigenden und eindeutigen Lösung führen.

Nicht zuletzt betreiben viele CrowdworkeInnen ihre über Internetplattformen vermittelte Tätigkeit **nebenberuflich**. Auch das trägt dazu bei, dass der Leidensdruck prekärer Verhältnisse und der Wunsch, an diesen Verhältnissen etwas zu ändern, geringer ist als bei jenen Menschen, die ihr gesamtes Einkommen aus derartigen Beschäftigungen beziehen.

So stehen die Gewerkschaften vor der Herausforderung, wie sie mit einer nicht eindeutig als ArbeitnehmerInnen zu qualifizierenden Gruppe umgehen sollen. Diese Frage konnte auch bisher – bei Beschäftigten, die sich auch ganz ohne Computer und Internet in dieser unklaren Situation befinden – nur teilweise beantwortet werden.

1.4 Crowdwork im Gefüge der österreichischen Interessensvertretung

Das österreichische System der Interessensvertretung ist sehr stark durch die gesetzlichen und somit staatlich eingerichteten Interessensvertretungen geprägt. Dies findet nicht zuletzt auch

.....
⁷ Siehe dazu Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“.

darin Ausdruck, dass die Einrichtung selbstverwalteter SozialpartnerInnenorganisationen in der Bundesverfassung (Art 120a Abs 2 B-VG⁸) vorgesehen ist.

Somit stellen sich jedoch auch auf dieser Ebene gewisse Abgrenzungsfragen. Denn je nach Beantwortung dieser Fragen ergibt sich die Zugehörigkeit zu einer bestimmten gesetzlichen Interessensvertretung oder unter Umständen keine Zugehörigkeit zu einer **gesetzlichen Interessensvertretung**.

Selbständige, die der Gewerbeordnung (GewO) unterliegen sind gemäß § 2 Abs 2 WKG⁹ jedenfalls Mitglieder der Wirtschaftskammer. In den Arbeiterkammern sind gemäß § 10 Abs 1 AKG¹⁰ alle ArbeitnehmerInnen organisiert. Das Gesetz definiert diesen Begriff jedoch nicht genauer. Unbestreitbar fallen jedenfalls jene Personen darunter, die DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 2 ASVG sind. Weiters sind in § 10 Abs 1 Z 1 bis 7 AKG weitere Personengruppen genannt, die Mitglieder der Arbeiterkammern sind. Darunter etwa auch freie DienstnehmerInnen gemäß § 4 Abs 4 ASVG und HeimarbeiterInnen.

Die Gruppe der sogenannten „**neuen Selbständigen**“ gehört jedoch keiner der vorgenannten Gruppen an. Sie erzielt Einkünfte aus selbständiger Arbeit, ohne jedoch dem Gewerberecht zu unterliegen. Dadurch ergibt sich, dass sie weder der gesetzlichen Interessensvertretung der ArbeitnehmerInnen noch jener der gewerblichen Wirtschaft angehören. Es entsteht somit eine Lücke in der gesetzlichen Interessenvertretung.

Der **Österreichische Gewerkschaftsbund** (ÖGB) organisiert laut seinem Statut „*alle unselbständig Erwerbstätigen (ArbeiterInnen, Angestellte, öffentlich Bedienstete, einschließlich der in einem Lehr- oder ähnlichem Verhältnis stehenden Personen beiderlei Geschlechts)*“. Darüber hinaus werden folgende Personengruppen vertreten: „[...] *Angehörige sonstiger Berufsgruppen (wie zum Beispiel freischaffend, freiberuflich Tätige, atypisch oder prekär Beschäftigte), soweit sie von ihrer Tätigkeit her mit den unselbständig Erwerbstätigen vergleichbar sind, [...]*“.¹¹ Somit knüpft auch der ÖGB die Mitgliedschaft an ein einem Arbeitsverhältnis zumindest nahekommendes Beschäftigungsverhältnis. Selbständige Tätigkeit ist kein Anknüpfungspunkt für eine Mitgliedschaft im ÖGB.

Der arbeitsrechtliche Status spielt somit sowohl bei der gesetzlichen Interessensvertretung als auch bei der gewerkschaftlichen Organisation eine zentrale Rolle.

Daraus ergeben sich jedoch auch Fragestellungen in Zusammenhang mit kollektiver Entgeltfindung. So sind Kollektivverträge iSd §§ 2 ff ArbVG grundsätzlich dann anwendbar, wenn es sich um ArbeitnehmerInnen handelt. Ist dieser Status umstritten, so ist auch die Anwendung eines Kollektivvertrages schwer möglich.

Kollektive Entgeltvereinbarungen abseits des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG), also für Personengruppen, die nicht als ArbeitnehmerInnen anzusehen sind, sind mit wenigen Ausnahmen nicht vorhanden. Die Ausnahmen sind ausdrücklich gesetzlich geregelt und betreffen klar

8 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl Nr 1/1930 idF BGBl I 2/2008.

9 Wirtschaftskammergesetz 1998 BGBl I 103/1998 idF BGBl I 50/2016.

10 Arbeiterkammergesetz 1992 BGBl Nr 626/1991 idF BGBl I Nr 46/2014.

11 § 1 Abs 1 Statuten des Österreichischen Gewerkschaftsbundes 2009.

umgrenzte Gruppen in einer sehr speziellen Arbeitssituation. So gibt es Instrumente kollektiver Entgeltsetzung in §§ 17 ff JournG¹² (Gesamtverträge), §§ 34 ff HeimAG¹³ (Heimarbeitstarife) und §§ 43 ff HeimAG (Heimarbeitgesamtverträge). Beiden Gruppen, den „freien“ JournalistInnen wie auch den HeimarbeiterInnen ist gemein, dass sie zwar keine ArbeitnehmerInnen im engeren Sinn, jedoch in gewisser Weise ArbeitnehmerInnen ähnlich sind. Es ist interessant, dass selbst in Deutschland, wo seit 1974 in § 12a Tarifvertragsgesetz¹⁴ die generelle Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen (Kollektivverträgen nach österreichischer Terminologie) für arbeitnehmerInnenähnliche Beschäftigung besteht, sich diese wesentlich auf den Medienbereich beschränken.¹⁵ Dies zeigt, dass rechtliche Möglichkeit selbst noch zu keinen kollektiven Regelungen führen.

Besonders problematisch ist die Situation in dieser Hinsicht vor allem dann, wenn die Tätigkeit des Crowdworkers/der Crowdworkerin eindeutig unter das Gewerberecht fällt. Denn dann wäre er/sie gewerbetreibend und somit Mitglied in der Wirtschaftskammer. Denn Wirtschaftskammermitglied zu sein, heißt ja nicht gleichzeitig, ArbeitgeberIn zu sein. Der/Die RequesterIn ist jedoch in vielen Fällen auch Mitglied in der Wirtschaftskammer. Es ergibt sich die Situation, dass somit unklar ist, wer mit wem als wessen VertreterIn kollektive Entgeltvereinbarungen abschließen kann. Am wenigsten wohl die Wirtschaftskammer mit sich selbst. Zu möglichen Lösungen auf diese Fragen siehe die Beiträge „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“ sowie „Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?“.

2. Lösungsansätze

Nachdem die klassische Form gewerkschaftlicher Organisation und des auch betrieblich orientierten gewerkschaftlichen Kampfes im Bereich des internetbasierten, plattformorientierten Arbeitens in der Gig-Economy wohl nur eingeschränkt funktionieren wird, ist es notwendig, neue Organisations- und Kampfformen zu entwickeln.

Die in Folge vorgestellten Ideen sind als Beiträge zur beginnenden Diskussion zu verstehen.

2.1 Name-and-shame-Aktionen

Mit „*name and shame*“ (benennen und anprangern) werden Methoden bezeichnet, die das Ziel verfolgen, einzelne Personen oder Institutionen öffentlich bloßzustellen. Diese Methoden sind teilweise menschenverachtend und viele derartiger Aktionen sind aus meiner Sicht eindeutig abzulehnen. In gewissen Bereichen und in bestimmte Bahnen gelenkt, können derartige Ansätze jedoch durchaus sinnvoll sein.

.....

¹² Journalistengesetz StGBI 88/1920 idGF.

¹³ Heimarbeitgesetz 1960 BGBl 105/1961 idF BGBl I 44/2016.

¹⁴ Dazu *Reinecke/Rachor* in *Däubler*, Tarifvertragsgesetz^A (2016) § 12a Rz 7 ff.

¹⁵ Gemäß *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 174, handelt es sich bei 40 der 44 bestehenden Tarifverträge für arbeitnehmerInnenähnliche Personen um Firmentarifverträge in Rundfunk und Fernsehen.

Das Internet eignet sich durchaus als Ort für *Name-and-shame*-Aktionen und bietet dabei gleich mehrere Vorteile.

- › Zum einen ist dort das Erreichen einer größeren Öffentlichkeit wesentlich einfacher als über andere Medien. Die über das Internet veröffentlichten Informationen erreichen potenziell alle Menschen mit Internetanschluss. Dass sich nicht alle Personen, die die Möglichkeit haben, auch für diese Inhalte interessieren werden, liegt natürlich auf der Hand. Jedoch auch für die eigentliche Zielgruppe sind im Internet zugängliche Informationen leicht abrufbar.
- › Zum anderen können Inhalte sehr schnell und ohne großen technischen Aufwand verändert, ergänzt und aktualisiert werden. Das ist gerade dann, wenn während einer Kampagne durch immer mehr und neue Information der Druck erhöht werden soll, von unschätzbarem Vorteil. Werden diese Inhalte auch noch über soziale Medien wie Facebook und Twitter verbreitet, können diese in kurzer Zeit eine sehr große Reichweite erzielen, da sie von den UserInnen immer weiter geteilt und verbreitet werden.
- › Darüber hinaus bietet das Internet auch die Möglichkeit der aktiven Teilnahme der InformationsempfängerInnen. In Foren können CrowdworkerInnen selbst die Inhalte mitgestalten. Durch die aktive Teilnahme der Betroffenen erhalten entsprechende Plattformen auch größere Authentizität und Verbreitung.

Beispiele für *Name-and-shame*-Plattformen sind www.watchlist-praktikum.at und www.watchlist-prekar.at, beide Seiten betrieben von der Gewerkschaft GPA-djp.

Die **Plattform www.watchlist-praktikum.at** wurde im Jahr 2014 ins Leben gerufen. Seither haben nach Auskunft der GPA-djp bis Ende 2016 über 100.000 Personen auf die Seite zugegriffen.

Betroffene können sich über die Plattform anonym an die GPA-djp wenden und mitteilen, wie das Praktikum in einem bestimmten Unternehmen organisiert ist. Unter anderem werden auch Inserate für Praktika veröffentlicht, die aus ihrer Beschreibung ein Dienstverhältnis nahelegen. Dies dient dazu, Druck auf die betreffenden Unternehmen auszuüben. Denn in weiterer Folge können sich Betroffene auch an die GPA-djp wenden, die anhand eines Fragebogens das eventuelle Vorliegen eines Dienstverhältnisses prüft und die Informationen an die Gebietskrankenkasse zur Überprüfung weiterleitet. In über 350 Fällen führten die Meldungen über Missstände in Praktika zu Nachforderungen durch die Sozialversicherung. Auch konnten mit einigen Unternehmen Vergleiche geschlossen werden. In vielen Fällen wollen Betroffene allerdings aus Angst vor Nachteilen in der Zukunft keine rechtlichen Schritte einleiten.

Die **Plattform www.watchlist-prekaer.at** wurde im Jahr 2015 ins Leben gerufen. Seither haben nach Auskunft der GPA-djp bis Ende 2016 rund 25.000 Personen auf die Seite zugegriffen.

Auf dieser Plattform werden unter anderem Inserate von Unternehmen veröffentlicht, die BewerberInnen für prekäre Beschäftigungsverhältnisse suchen. Durch die Veröffentlichung soll den Unternehmen aufgezeigt werden, dass die GPA-djp derartige Beschäftigungsverhältnisse in der Regel als Umgehungsstrukturen zur Vermeidung echter Dienstverhältnisse sieht. Die Betroffenen haben auch die Möglichkeit, mittels eines Fragebogens anonym den Sachverhalt zu schildern, welcher von der Gewerkschaft der Gebietskrankenkasse zur Prüfung weitergeleitet

wird. Darüber hinaus bietet die GPA-djp den Betroffenen Beratung an. In vielen Fällen wollen allerdings auch hier prekär Beschäftigte aus Angst vor Nachteilen in der Zukunft keine rechtlichen Schritte einleiten.

Jedenfalls zeigen die Zugriffszahlen beider Seiten und das mediale Echo¹⁶ ein gewisses Interesse an diesen Themen. Auch die Wirtschaftskammer reagiert mit Stellungnahmen auf die Aktivitäten der GPA-djp¹⁷, was darauf schließen lässt, dass sie diese ernst nehmen.

2.2 Bewertungsplattformen

Eine weitere Möglichkeit der Nutzung des Internets ist es, den in der Gig-Economy Arbeitenden, den CrowdworkerInnen, eine Plattform zu bieten, auf der Crowdwork-Plattformen und die dort agierenden AnbieterInnen (RequesterInnen) bewertet werden können. Die CrowdworkerInnen können sich dort austauschen, von ihren Erfahrungen mit AnbieterInnen berichten und Bewertungen über sie abgeben.

Ein Beispiel für Selbstorganisation in diesem Bereich ist das Internet-Tool „**turkopticon**“ (turkopticon.ucsd.edu).¹⁸ Es ist ein kleines, von CrowdworkerInnen und AktivistInnen selbst programmiertes und weiterentwickeltes Programm, mit dessen Hilfe die CrowdworkerInnen die RequesterInnen auf der Plattform Amazon Mechanical Turk bewerten können. Denn im Regelfall werden ja auf den Plattformen nur die CrowdworkerInnen bewertet. Durch positive Bewertungen werden für die CrowdworkerInnen neue und unter Umständen qualifiziertere und besser bezahlte Aufgaben zugänglich. Dieses System ist aber einseitig und bisweilen willkürlich. Die CrowdworkerInnen haben in der Regel keine Möglichkeit, sich gegen schlechte Bewertungen zu wehren. Sie sind daher den Bewertungen der RequesterInnen ausgeliefert. Das Tool turkopticon möchte diese Logik umkehren und der einseitigen Bewertung durch die RequesterInnen etwas entgegensetzen. Mit diesem Tool haben nun die CrowdworkerInnen ein Instrument in der Hand, um vor einem Auftrag auch etwas über den/die RequesterIn zu erfahren, etwa Informationen zu Kommunikation und Zahlungsmoral des Gegenübers. Es dreht somit die Logik der Bewertung um. Dahinter steht natürlich auch der Gedanke, dass RequesterInnen – bereits die Möglichkeit einer schlechten Bewertung befürchtend – unter Umständen ihr Verhalten gegenüber den CrowdworkerInnen entsprechend verbessern.¹⁹

Ein weiteres Beispiel ist die von der deutschen Gewerkschaft IG-Metall betriebene **Plattform www.faircrowdwork.org**. Diese Seite bietet eine von ExpertInnen erstellte Bewertung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der in Deutschland bedeutendsten Crowdwork-AnbieterInnen.

16 So zB <https://kurier.at/wirtschaft/ausbeutung-von-praktikanten-wachlist-macht-dreiste-inserate-publik/109.245.198> (28.12.2016); <http://derstandard.at/2000008596099/Gewerkschaft-zu-Praktika-Problematik-groesser-als-befuerchtet> (28.12.2016); <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/3859714/OeGBPlattform-wachlistpraktikum-mit-17000-Zugriffen> (28.12.2016); <http://fm4.orf.at/stories/1760523/> (28.12.2016).

17 Siehe https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Fachverband-UBIT---Obmann-Harl-fordert-Rechtssicherheit-be.html (28.12.2016).

18 *Irani/Silberman*, Turkopticon, in *Brenner*, Crowdwork – Zurück in die Zukunft (2015) 131 ff.

19 *Irani/Silberman*, in *Brenner*, Crowdwork 151.

Weiters können CrowdworkerInnen die angebotene Vergütung mit anderen vergleichen; außerdem können die CrowdworkerInnen die Arbeitsbedingungen bewerten. Auch sehr umfassende Frequently Asked Questions (FAQ) werden geboten und schließlich gibt es auch ein Forum, in dem sich die CrowdworkerInnen austauschen können. Darüber hinaus bietet die IG-Metall eine Gratis-Telefonhotline für Rechtsberatung an. Die Seite befindet sich derzeit in Überarbeitung und soll im Frühjahr 2017 als Gemeinschaftsprojekt der IG-Metall mit anderen europäischen Gewerkschaften relaunched werden.

Ein großer Vorteil von Internet-Plattformen besteht zweifellos auch darin, dass damit eine Vernetzung der CrowdworkerInnen über die nationalen Grenzen hinweg möglich ist. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Angebote dann mehrsprachig sein müssen, da sie ansonsten bestimmte CrowdworkerInnen von vornherein von der Teilnahme ausschließen. Ebenso sind unterschiedliche Rechtslagen in den verschiedenen Staaten zu berücksichtigen. Eine Rechtsauskunft für den einen Staat muss für den anderen nicht gelten. Um Verwirrung und Verunsicherung zu vermeiden, muss hier mit äußerster Sorgfalt vorgegangen werden.

Zu Internetforen zum Meinungsaustausch siehe Abschnitt „Online-Betreuungsangebot“.

2.3 Einbeziehen der KonsumentInnen

Gewerkschaftsmitglieder sind nicht nur ArbeitnehmerInnen, die dadurch Druck erzeugen können, dass sie ihre Arbeitskraft zurückhalten. Sie sind auch KonsumentInnen, die dadurch Druck aufbauen können, dass sie ihr Kaufverhalten steuern.

Das bietet Gewerkschaften die Möglichkeit – auch in Zusammenarbeit mit anderen Organisationen der Zivilgesellschaft –, auf Probleme in bestimmten Branchen und Unternehmen hinzuweisen. Somit sind die Beschäftigten dieser Bereiche nicht auf sich alleine gestellt, sondern können in den KundInnen Verbündete sehen.

Prominentes Beispiel der jüngeren Vergangenheit ist hier die Kampagne der deutschen Gewerkschaft ver.di betreffend die Arbeitssituation beim Onlinehändler Amazon.²⁰ In der Auseinandersetzung um einen einheitlichen Tarifvertrag²¹ setzt ver.di ganz bewusst auch auf die Einbeziehung der KonsumentInnen. So wurde etwa ein Rücksendetikett gestaltet, das eine Solidaritätsbotschaft an die Beschäftigten und eine an den Geschäftsführer gerichtete Kritik an den Arbeitsbedingungen beinhaltete.²²

Eine denkbare und von ver.di auch bereits angewandte Variante dieser Aktion besteht darin, das Etikett nicht nur dann zu verwenden, wenn die Sendung tatsächlich nicht den Erwartungen entspricht und zurückgeschickt werden soll. So könnten Waren ausschließlich zu dem Zweck bestellt werden, um sie mit dem Aufkleber versehen zurückschicken zu können.²³ Dies würde dem Unternehmen gleich mehrfach auffallen. Denn zu den Rücksendekosten kämen die massiven

.....
²⁰ <https://www.amazon-verdi.de/> (19.12.2016).

²¹ <https://www.amazon-verdi.de/21> (19.12.2016).

²² <http://www.amazon-verdi.de/4606> (19.12.2016).

²³ <http://www.amazon-verdi.de/5177> (19.12.2016).

Unmutsäußerungen der KundInnen, die dazu noch Solidaritätserklärungen für die Beschäftigten enthalten, die somit Unterstützung in ihren Anliegen erfahren. Mittelfristig wird sich das betroffene Unternehmen die Frage stellen müssen, ob die Umsetzung der Forderungen der Beschäftigten – auch in Hinblick auf das Image in der Öffentlichkeit – betriebswirtschaftlich nicht die bessere Variante darstellt.

2.4 Gütesiegel

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, jene Unternehmen besonders zu benennen, die sich in Bezug auf die Arbeitsbedingungen positiv von anderen abheben. So könnten „Gütesiegel“ entwickelt und beworben werden, die die KonsumentInnen darauf hinweisen, dass bestimmte Unternehmen faire Arbeitsbedingungen bieten und auf bestimmte unerwünschte Praktiken verzichten. In Bezug auf fairen Handel²⁴, biologischen Landbau²⁵ oder umweltschonende Produktion²⁶ gibt es derartige Gütesiegel bereits. Ein Beispiel, wie dies auch in Bezug auf Arbeitsbedingungen funktionieren kann, ist die US-amerikanische Plattform www.fairhotel.org, die eine Smartphone-App anbietet, mit deren Hilfe Hotels gefunden werden können, die gute Arbeitsbedingungen bieten. So können sich KonsumentInnen auch bewusst dafür entscheiden, Waren und Dienstleistungen von jenen Unternehmen zu beziehen, die auch faire Arbeitsbedingungen bieten.

Selbstverständlich muss dabei auch bedacht werden, dass Gütesiegel alleine noch keine Garantie dafür bieten, dass die beworbenen Standards auch eingehalten werden. Die Organisationen, die diese Gütesiegel vergeben, müssen dies auch laufend überprüfen, wollen sie nicht Gefahr laufen, dass ihr Gütesiegel gleichsam wertlos wird.²⁷

Die Gewerkschaften haben über ihre Medien auch die Möglichkeit, die Gütesiegel speziell zu bewerben, um bei den Gewerkschaftsmitgliedern auch das Bewusstsein zu schaffen, dass diese auch als KonsumentInnen über Marktmacht verfügen. Dies bedeutet natürlich, dass auch von den Gewerkschaften eine entsprechende Qualitätskontrolle vorgenommen werden müsste. Ansonsten verlieren sie an Glaubwürdigkeit, wenn herauskommt, dass es nicht gelingt, beworbene Standards zu gewährleisten.

2.5 Verhaltenskodex für Unternehmen

In Deutschland haben die PlattformbetreiberInnen selbst erkannt, dass sie an ihrem Image arbeiten müssen. Sie haben sich eine Art Verhaltenskodex auferlegt, der unter www.crowdsourcing-code.de eingesehen und heruntergeladen werden kann. Darin verpflichten sich die unterzeichnenden Unternehmen und Verbände zu fairer Bezahlung, Einhaltung des Datenschutzes etc. Abgesehen davon, dass die angeführten Punkte selbstverständlich sein sollten, liegt

.....
²⁴ https://de.wikipedia.org/wiki/Fairer_Handel (19.12.2016).

²⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Bio-Siegel> (19.12.2016).

²⁶ https://de.wikipedia.org/wiki/Blauer_Engel (19.12.2016).

²⁷ Zur Kritik an Gütesiegeln vgl <https://utopia.de/stiftung-warentest-nachhaltigkeitssiegel-vertrauen-17737/> (19.12.2016).

das Problem bei jeder Art von Selbstverpflichtung darin, dass die Einhaltung nicht kontrolliert wird und die Verletzung der Selbstverpflichtung zu keinen Sanktionen führt. Derartige Erklärungen werden demgegenüber von PlattformbetreiberInnen jedoch oft als Argument zur Ablehnung gesetzlicher Regelungen verwendet. Sie meinen, dass diese Selbstverpflichtung reiche, um faire Bedingungen zu garantieren.

Das Problem mit derartigen Absichtserklärungen ist meines Erachtens jedoch offensichtlich. Weder sind Sanktionen vorgesehen, falls ein Unternehmen die Selbstverpflichtung nicht einhält noch kann die Einhaltung der selbstgegebenen Regeln überhaupt überprüft werden. Somit dienen derartige Kodizes meiner Meinung nach wohl eher der eigenen Imagepflege als der fairen Gestaltung von Arbeitsverhältnissen.

2.6 Online-Betreuungsangebot

Ein Problem im Bereich der vereinzelt und in der eigenen Wohnung arbeitenden Menschen ist zweifellos, dass diese für Gewerkschaften mit herkömmlichen Organisationsstrategien nur sehr schwer erreichbar sind.

Nun sind CrowdworkerInnen zwar physisch vereinzelt an unterschiedlichen Orten, zumeist wohl in ihren eigenen vier Wänden. Aber gleichzeitig befinden sie sich im virtuellen Raum des Internets. Und dort sind sie ansprechbar und erreichbar. Das ist ein Umstand, der auch dazu genutzt werden kann, diese Personen zu erreichen und ihnen Angebote zu machen. Hier ist zu erwähnen, dass die CrowdworkerInnen zu einem großen Teil auch schon über Internetforen vernetzt sind, die zum Teil von den Plattformen zur Verfügung gestellt werden, zum Teil auch selbstorganisiert sind. Diese Plattformen können auch von Gewerkschaften dafür genutzt werden, um auf das eigene Angebot aufmerksam zu machen.

Um diesen Personen ein sehr niederschwelliges Beratungs- und Betreuungs-Angebot zu bieten, ist es auch denkbar, für diese Beratung und Betreuung eigene Internet-Plattformen einzurichten. Anzudenken sind hier etwa offene Internetforen oder solche, die nur für registrierte CrowdworkerInnen zugänglich sind. Auch könnte der Zugang auf Mitglieder einer Gewerkschaft oder eines CrowdworkerInnen-Vereins eingeschränkt werden. Dort könnten etwa Fragen gestellt werden, die dann zum einen von der Community selbst oder aber auch von professionellen ModeratorInnen beantwortet werden können.

Offene Foren haben dabei den Vorteil, sehr viele Menschen zu erreichen, die von Diskussionen profitieren können, ohne sich auch daran zu beteiligen. Geschlossene Foren bieten demgegenüber die Möglichkeit, viel gezielter und individueller auf Problemstellungen einzugehen. Es ist auch zu vermuten, dass in geschlossenen Foren die Bereitschaft der Betroffenen größer sein wird, Probleme auch offen anzusprechen. Denn – trotz aller scheinbarer Anonymität im Internet – können in offenen Foren Probleme auftreten. Das kann beginnen mit unglücklich formulierten Darstellungen, durch die sich jemand zu Unrecht beschuldigt fühlt.²⁸ Das kann aber auch so weit

²⁸ Siehe dazu Beitrag „Rechtsprobleme alternativer Organisationsstrategien“.

gehen, dass durch gezielte und bewusste Provokationen versucht wird, die Diskussionen und Fragebeantwortung zu stören (*trolling*).

Je eingeschränkter der Zugang zu Beratungs- und Betreuungsplattformen gestaltet wird – etwa durch Anmelde- und Klarnamenpflicht bis hin zur kostenpflichtigen Mitgliedschaft –, desto schwieriger wird es, die CrowdworkerInnen zu erreichen. Je offener die Gestaltung erfolgt, desto schwieriger wird es, Beratung und Betreuung in guter Qualität anzubieten.

2.7 Unterstützung bei Selbstorganisation

Eine Möglichkeit der Unterstützung der CrowdworkerInnen durch die Gewerkschaften kann auch darin bestehen, sie bei der Selbstorganisation zu unterstützen. Dieser Gedanke birgt mehrere Vorteile:

Zum einen stellt sich erst gar nicht die Frage des arbeitsrechtlichen Status und somit der Zugehörigkeit zu einer gesetzlichen Vertretung der CrowdworkerInnen. Ob sie nun zur Zielgruppe gewerkschaftlicher Organisation gehören oder ob sie eher als Selbständige gelten, ist bei einer eigenen Vereinigung, die selbst nicht den Anspruch stellt eine „Gewerkschaft“ im herkömmlichen Sinne zu sein, völlig ohne Belang.

Zum anderen fallen auch die oben genannten stark betrieblich orientierten gewerkschaftlichen Strukturen nicht ins Gewicht. Es handelt sich um eine Organisation außerhalb dieser Strukturen.

Darüber hinaus bedeutet eine Organisation außerhalb der Gewerkschaften nicht, dass dies das Potenzial an Mitgliedern für die Gewerkschaften selbst verringern würde. Im Gegenteil: Vor allem jene CrowdworkerInnen, die unstrittig als ArbeitnehmerInnen zu qualifizieren sind, können über eine derartige Zielgruppenorganisation näher an die Gewerkschaft herangeführt werden und so auch als Mitglied gewonnen werden.

Im Konkreten wurde auch schon bislang Unterstützung bei der Selbstorganisation durch die Gewerkschaften in vielerlei Hinsicht gewährt. Schon bei der Gründung einer Organisation kann rechtliches und organisatorisches *Know-how* zur Verfügung gestellt werden. In weiterer Folge kann die Förderung auch in der zur Verfügungstellung von Räumlichkeiten, Material und auch Personal bestehen. Wichtig ist jedenfalls die starke Einbeziehung der Betroffenen selbst. Gerade die Selbstorganisation von Personen, die ihre gemeinsamen Interessen formulieren, birgt großes Potenzial, auch zu praxisgerechten Antworten und Lösungen zu kommen.

Unterstützung bei kollektiver Entgeltfindung kommt jedenfalls insoweit infrage, als die betroffenen CrowdworkerInnen als „ArbeitnehmerInnen“ oder als „Scheinselbständige“ zu qualifizieren sind.

3. Ergebnis und Ausblick

Insgesamt komme ich zum Ergebnis, dass Crowdwork die Gewerkschaften vor gewisse Herausforderungen stellt, wobei diese Herausforderungen jedoch in vielen Aspekten nicht neu sind.

Sie treten im Zusammenhang mit Crowdwork in neuer Erscheinungsform wieder an die Oberfläche. Ich habe versucht darzulegen, dass es eine ganze Reihe von Möglichkeiten gibt, auch innerhalb der jetzigen gewerkschaftlichen Strukturen Wege zu finden, um den Herausforderungen zu begegnen.

Insgesamt müssen sich die Gewerkschaften meiner Ansicht nach jedenfalls überlegen, ob eine sehr auf betriebliche Strukturen ausgerichtete Organisation auch noch dann passend ist, wenn diese immer kleinteiliger werden oder sogar ganz verschwinden.

Ich sehe jedoch auch Möglichkeiten, zumindest in manchen Bereichen von Crowdwork, auf rechtlicher Ebene zu reagieren. Es können Rahmenbedingungen geschaffen werden, die auch für CrowdworkerInnen faire Arbeitsbedingungen gewährleisten.

In diesem Zusammenhang möchte ich ausdrücklich auf die von *Warter*²⁹ vorgeschlagene Möglichkeit der Einbindung der (virtuellen) CrowdworkerInnen in das HeimAG hinweisen. Der Gedanke ist insofern spannend, als hierbei auf einen vorhandenen rechtlichen Rahmen aufgesetzt werden kann. Somit bedürfte es keinen weitreichenden Änderungen im Arbeitsrecht. Auch stünde dies im Einklang mit dem Übereinkommen über Heimarbeit der International Labour Organization (ILO).³⁰

Um einen möglichst breiten arbeitsrechtlichen Schutz gewährleisten zu können, wäre eine weitgehende Einbeziehung aller arbeitnehmerInnenähnlichen Beschäftigten wie der freien DienstnehmerInnen in das Arbeitsrecht, insbesondere auch das kollektive Arbeitsrecht, wünschenswert. Somit wäre auch dieser Bereich durch die Mindestentgeltregelungen der Kollektivverträge erfasst. Die Frage eigener Instrumente kollektiver Entgeltfindung würde sich in diesem Bereich nicht mehr stellen.

In Deutschland hat man sich dieses Problems seit den 1970er-Jahren in § 12a Tarifvertragsgesetz (TVG) angenommen. Hier wird normiert, dass die Regelungen für Tarifverträge auch für Personen anzuwenden sind, die „[...] *wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen* [...]“. Diese Bestimmung ist interessant, da in der Konsequenz jene Personen umfasst werden, die sich in arbeitnehmerInnenähnlichen Beschäftigungsverhältnissen befinden.

Leider ist diese Lösung nicht eins zu eins auf die österreichische Rechtslage anwendbar, da die Ausgangssituation eine andere ist: In Deutschland stehen nämlich auf beiden Seiten des Tarifvertrags freiwillige Verbände. Gesetzliche Interessenvertretungen fehlen im Wesentlichen. Die ArbeitgeberInnenverbände haben dabei ArbeitgeberInneninteressen zu vertreten. Die Mitglieder der ArbeitgeberInnenverbände sind auch tatsächlich ArbeitgeberInnen. Wie im Abschnitt „Crowdwork im Gefüge der österreichischen Interessensvertretung“ beschrieben, ist die Situation in Österreich durch die gesetzliche Interessensvertretung ein wenig anders. Die Wirtschafts-

.....
²⁹ *Warter*, Crowdwork (2016) 331 ff.

³⁰ Home Workers Convention 1996, Nr 177-C177; *Warter*, Crowdwork 344.

kammer vertritt die Interessen der gewerblichen Wirtschaft. Ihre Mitglieder sind zu einem Teil selbst ArbeitgeberInnen. Zum überwiegenden Teil sind sie jedoch selbst keine ArbeitgeberInnen; der Anteil der Ein-Personen-Unternehmen (EPU) betrug im Dezember 2015 bereits 58,9 %.³¹ Oft auch sind sie AuftragnehmerInnen anderer Mitglieder der Wirtschaftskammer. Ein von der Wirtschaftskammer geschlossener Kollektivvertrag kann aber immer nur arbeitgeberInnenseitig für Wirtschaftskammermitglieder gelten. Ansonsten würde ja die von § 4 Abs 1 ArbVG geforderte GegnerInnenunabhängigkeit verloren gehen. Dies ist im Verhältnis zu reinen ArbeitnehmerInnenorganisationen unproblematisch, da es zu keinen Überschneidungen der Zielgruppen kommt. Eine dem § 12a TVG nachgebildete Regelung müsste daher so gestaltet werden, dass sie nur für arbeitnehmerInnenähnliche Personen gilt, die selbst keine Mitglieder der Wirtschaftskammer sind.

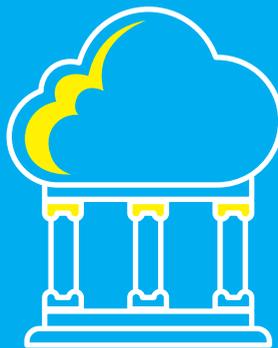
Alternativ könnte eine derartige Regelung vorsehen, dass derartige Vereinbarungen nur von freiwilligen Berufsvereinigungen auf beiden Seiten geschlossen werden können. Damit wäre das Problem aber nicht gelöst, sondern nur verschoben. Denn eine Regelung zwischen einer freiwilligen Organisation tatsächlich selbständiger CrowdworkerInnen und einer Organisation ihrer gewerblichen AuftraggeberInnen, würde gleichsam eine Vereinbarung zwischen Unternehmerverbänden darstellen. Dies scheint aber im Lichte des Kartellrechts fragwürdig.

Abschließend heißt das, dass eine weitgehende Einbeziehung arbeitnehmerInnenähnlicher CrowdworkerInnen in das Arbeitsrecht jedenfalls wünschenswert ist. Offen bleibt hier jedoch jedenfalls die Frage der Abgrenzung. Denn jene CrowdworkerInnen, die weniger arbeitnehmerInnenähnlich und mehr unternehmerInnenähnlich sind, sind meines Erachtens nur dann und nur insoweit miterfassbar, als sie wegen ihrer Schutzwürdigkeit in andere Schutzgesetze, wie etwa das HeimAG, miteinbeziehbar sind.

³¹ https://www.wko.at/Content.Node/Interessenvertretung/EPU/zahlen/Zahlen,_Daten,_Fakten.html (22.12.2016)

Rechtsprobleme alternativer Organi- sationsstrategien

**Rechtliche „Fallstricke“ und
Lösungsansätze bei internetbasierten
Plattformen zur Bewertung von
AuftraggeberInnen bzw zur Unter-
stützung von und zum Austausch
zwischen CrowdworkerInnen**



Thomas Majoros

Im Zusammenhang mit alternativen Organisationsstrategien, wie sie bei in der Gig-Economy Arbeitenden (den CrowdworkerInnen) angezeigt sind, stellen sich diverse Rechtsfragen: Die möglichen Haftungen der BetreiberInnen entsprechender (Bewertungs-/Unterstützungs-) Plattformen samt deren MitarbeiterInnen und UserInnen sowie mögliche Lösungsansätze.

1. Problemstellung

Virtuelle (internetbasierte) Plattformen können der **Bewertung** von AuftraggeberInnen durch deren AuftragnehmerInnen (CrowdworkerInnen), aber auch dem internen **Austausch** zwischen diesen oder deren **Unterstützung** (untereinander oder durch Dritte) dienen. Zu prüfen sind in all diesen Fällen mögliche Ansprüche betroffener (beispielsweise bewerteter) AuftraggeberInnen gegenüber den BetreiberInnen und UserInnen derartiger Plattformen. Rechtliche Risiken bestehen dabei sowohl für „interne“ (nur für Mitglieder zugängliche) als auch für mehr oder weniger öffentliche Plattformen; wenngleich diese bei letzteren weitaus größer sein werden. Auch Äußerungen in diversen anderen sozialen Medien (zB Facebook-Postings) können unerwartete Rechtsfolgen nach sich ziehen.

2. Persönlichkeitsschutz

2.1 Grundsätzliches

Potenzielle **Haftungen** sowohl der BetreiberInnen der erwähnten Plattformen (und allfälliger für diese tätigen journalistischen MitarbeiterInnen) als auch der jeweiligen UserInnen können zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur sein. Mögliche Folgen reichen von Unterlassungsansprüchen, Beseitigungsansprüchen, Ersatz des rechtswidrig und schuldhaft verursachten wirtschaftlichen Schadens, immateriellem Schadenersatz gemäß § 6 MedienG bis hin zu einer strafgerichtlichen Verurteilung.

2.2 Zivilrecht

2.2.1 Ehrenbeleidigung/Kreditschädigung (§ 1330 ABGB)

§ 1330 ABGB schützt das Rechtsgut der Ehre. Gemäß Abs 1 leg cit besteht Anspruch auf Schadenersatz, wenn jemandem durch **Ehrenbeleidigung** ein wirklicher Schaden oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist. Abs 2 leg cit behandelt die „**Kreditschädigung**“. Danach besteht Anspruch auf Schadenersatz (sowie Anspruch auf Widerruf und Veröffentlichung desselben), wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines/einer anderen gefährden und deren Unwahrheit er/sie kannte oder kennen musste.

Die **Ehrenbeleidigung** ist ein Angriff auf die Würde eines Menschen zB durch Beschimpfung, Kränkung und Verspottung.¹ Tatbestandsmäßig ist somit jedes der Ehre – verstanden als Personwürde iSd § 16 ABGB – nahe tretende Verhalten. Dabei geht es um die Einschätzung der Person durch ihre Umwelt, somit um ihre soziale Wertstellung innerhalb der Gemeinschaft. Das Recht auf Ehre zählt zu den absoluten Rechten und wirkt als solches gegen jedermann. Obwohl

¹ Reischauer in *Rummel* II³ § 1328a Rz 6 mwN.

zum Kernbereich der „Ehrenbeleidigung“ (§ 1330 Abs 1 ABGB) Beschimpfungen und Verspottungen iSd § 115 StGB zählen, ist strafgerichtliche Tatbestandsmäßigkeit nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer zivilrechtlichen Ehrenbeleidigung. Die Verbreitung einer unrichtigen Tatsache kann zugleich Ehrenbeleidigung sein; auch die Verbreitung einer richtigen Tatsache, wenn der/die Mitteilende den/die Betroffenen/Betroffene „*offensichtlich kränken oder schädigen will bzw die Interessen des/der anderen unnötig verletzt werden, also kein überwiegendes Informationsbedürfnis der Allgemeinheit oder doch des/der MitteilungsempfängerIn vorliegt.*“² Da es sich um eine herabsetzende Bewertung handelt, kann die Ehrenbeleidigung nicht durch einen „Wahrheitsbeweis“ gerechtfertigt werden. Zulässig ist jedoch eine angemessene und sachliche Kritik.³ Die Judikatur verlangt als Tatbestandsvoraussetzung des § 1330 Abs 1 ABGB, dass die ehrverletzende Äußerung der Umwelt (also nicht nur dem/der Verletzten selbst) zur Kenntnis gelangt, da eine Ehrverletzung nur vorliegen könne, wenn sich an der Einschätzung des/der Verletzten durch seine/ihre Umwelt etwas geändert habe.⁴

Eine **Kreditschädigung bzw Rufschädigung** iSd § 1330 Abs 2 ABGB liegt vor, wenn jemand unwahre Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines/einer anderen gefährden und deren Unwahrheit er/sie kannte oder kennen musste. Es handelt sich somit nicht um Werturteile (Abs 1 leg cit), sondern um Umstände, die einem Beweis zugänglich sind, über deren Wahrheit oder Unwahrheit somit gestritten werden kann. Dass diese Tatsachen auch ehrenrührig sind, ist nicht erforderlich.

Rechtsfolge: In beiden Fällen kann der Ersatz des Vermögensschadens (nicht jedoch eines ideellen Schadens)⁵ gefordert werden und ein (verschuldensunabhängiger) Unterlassungsanspruch⁶ geltend gemacht werden. Im Falle einer Kreditschädigung hat die Unrichtigkeit einer behaupteten Tatsache grundsätzlich der/die KlägerIn zu beweisen.⁷ Ist eine kreditschädigende Behauptung jedoch gleichzeitig auch als Ehrenbeleidigung anzusehen, obliegt dem/der KlägerIn nur hinsichtlich der Tatsachenverbreitung die Beweislast, während der/die Beklagte den Beweis für die Richtigkeit dieser Tatsachenbehauptungen zu erbringen hat.⁸

Äußerungen über AuftraggeberInnen auf den angeführten Plattformen, welche den Tatbestand der Ehrenbeleidigung und/oder Kreditschädigung erfüllen, können somit entsprechende **Unterlassungs-/Beseitigungs-/Widerrufs- und Schadenersatzansprüche** sowohl gegenüber den BetreiberInnen dieser Plattformen als auch gegenüber denjenigen Personen nach sich ziehen, welche die konkreten Äußerungen getätigt haben.

2 Reischauer in *Rummel* II³ § 1330 Rz 1 mwN.

3 *Welsler/Zöchling-Jud.*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) 416 mwN.

4 OGH 6 Ob 37/95, MR 1997, 202.

5 OGH 1 Ob 36/89, SZ 64/36.

6 OGH 29.01.2004, 6 Ob 235/02f.

7 OGH 23.10.20113, 6 Ob 238/03y; 6 Ob 38/03m, RdW 2003/358; RIS-Justiz RS0031798.

8 OGH RIS-Justiz RS0031798.

2.2.2 Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG)

Gemäß § 78 UrhG dürfen **Bildnisse** von Menschen (im Sinne von natürlichen Personen) dann nicht öffentlich ausgestellt oder auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechtigte Interesse des/der Abgebildeten verletzt würden („**Bildnissschutz**“, „**Recht am eigenen Bild**“). Unter „Verbreiten“ ist jede Handlung zu verstehen, bei der damit zu rechnen ist, dass das Bildnis einer Mehrzahl von Personen sichtbar gemacht wird.⁹ Während in Fällen der Verwendung eines Lichtbildes zu Zwecken zulässiger Berichterstattung die Meinungs- und Pressefreiheit gemäß Art 10 EMRK zu beachten ist¹⁰, verletzt die Verwendung von Bildnissen zu Werbezwecken in der Regel berechtigte Interessen, weil sich der/die Abgebildete dem Verdacht aussetzt, sein/ihr Bildnis für Werbezwecke zur Verfügung gestellt zu haben.¹¹ Der/Die Betroffene hat das Recht auf Unterlassung (§ 81 UrhG), Beseitigung (§ 82), Urteilsveröffentlichung (§ 85) und – Verschulden vorausgesetzt – Schadenersatz (§ 87).

Vorsicht ist somit bei der Verwendung von Abbildungen anderer Personen geboten. Hier ist insbesondere auf den jeweiligen Zusammenhang zu achten (zulässige und wahrheitsgemäße Berichterstattung oder unsachliche Zweckwidmung).

2.2.3 Schutz der Persönlichkeit (§ 16 ABGB)

Gemäß § 16 ABGB hat jeder Mensch angeborene, „*schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte*“. Dadurch wird die **Persönlichkeit** generell als Grundwert anerkannt, wobei diese Generalklausel entweder durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen (siehe die in diesem Beitrag behandelten Bestimmungen) oder durch die Rechtsprechung (in Analogie zu diesen Bestimmungen oder unter direkte Berufung auf § 16 ABGB) zu konkretisieren ist.¹² In diesem Sinne wird beispielsweise auch ein Recht am gesprochenen Wort und damit Schutz gegen unzutreffende Zitate anerkannt.¹³ In Verbindung mit § 43 ABGB besteht auch ein Schutz der Namensanonymität, weshalb ein Name nicht in einem bestimmten Zusammenhang erwähnt werden darf, wenn der/die NamensträgerIn dazu keinen sachlichen Anlass gegeben hat (dieser Schutz besteht auch für juristische Personen).

2.2.4 Bestehen einer Vertragsbeziehung

Bestehen – wie etwa zwischen einzelnen CrowdworkerInnen und deren AuftraggeberInnen – vertragliche Beziehungen zwischen denjenigen, welche bestimmte Äußerung tätigen und den von diesen Äußerungen Betroffenen, sind in diesem Zusammenhang auch die jeweiligen aus diesem **Vertragsverhältnis** resultierenden **Haupt- und Nebenpflichten** (insbesondere die Interessenwahrungspflicht) zu beachten. Daraus können – je nach Einzelfall – über die dargestellten gesetz-

⁹ OGH 4 Ob 187/99z, MR 2000, 143 (Korn).

¹⁰ OGH 4 Ob 105/07f, MR 2007, 309; 4 Ob 169/07t, MR 2007, 372.

¹¹ OGH 4 Ob 205/99x, MR 1999, 278 (Korn).

¹² Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 16 Rz 3 mwN.

¹³ Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴, § 16 Rz 8 mwN.

lichen Pflichten hinausreichende Verpflichtungen entstehen. Als Grundlage für entsprechende Ansprüche der betroffenen AuftraggeberInnen kommt hier somit der (jeweils auszulegende) Vertrag hinzu. Die entsprechenden Rechtsfolgen können damit insbesondere auch den Bestand desselben betreffen (beispielsweise außerordentliches Auflösungsrecht aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen).

2.3 Strafrecht

2.3.1 Übersicht

Relevant sind hier die „**strafbaren Handlungen gegen die Ehre**“ (vierter Abschnitt des StGB), insbesondere die §§ 111 (üble Nachrede), § 113 (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) und § 115 StGB (Beleidigung). Öffentliche Äußerungen in (Bewertungs-)Plattformen, insbesondere *name and shame*, können auch hier tatbestandsmäßig sein und zu einer strafrechtlichen Verantwortung führen.

2.3.2 Üble Nachrede (§ 111 StGB)

Der Tatbestand der **üblen Nachrede** gemäß § 111 StGB ist dann erfüllt, wenn jemand einen/eine anderen/andere in einer für einen/eine Dritten/Dritte wahrnehmbaren Weise einer „verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung zieht“ (1. Fall) oder „eines unehrenhaften Verhaltens oder eines gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens beschuldigt“, das geeignet ist, ihn/sie „in der öffentlichen Meidung verächtlich zu machen oder herabzusetzen“ (2. Fall).

Unehrenhaft ist ein Verhalten, durch das nach durchschnittlicher Auffassung eines sozial integrierten, wertbewussten Menschen die soziale Wertschätzung empfindlich beeinträchtigt wird.¹⁴ So ist etwa die Behauptung, jemand habe die Anmeldung dreier MitarbeiterInnen zur Sozialversicherung unterlassen und darüber hinaus diese Personen über einen Zeitraum von eineinhalb Monaten überhaupt „schwarz beschäftigt“, als Vorwurf eines unehrenhaften Verhaltens zu beurteilen.¹⁵ Schutzobjekt ist grundsätzlich eine natürliche, aber keine juristische Person.¹⁶ Deren Organe können dann Opfer einer Straftat sein, wenn sich der Angriff gerade auf ihr Handeln als OrganwahrInnen bezieht.¹⁷ An der Tatbildmäßigkeit iSd § 111 Abs 1 und 2 StGB fehlt es einem auf unbestrittene oder erwiesene, wenigstens aber auf gutgläubig behauptete Tatsachen gestützten Werturteil. Eine **Kritik** in diesem Sinn kann nur dann als tatbildlich iSd § 111 Abs 1 und 2 StGB beurteilt werden, wenn ein **Wertungsexzess** vorläge, die Äußerungen mithin als völlig unverhältnismäßig überzogen anzusehen wären oder jedes Maß an Sachlichkeit vermissen ließen.¹⁸

.....
¹⁴ OGH 15 Os 42/09d, EF-Z 2010/69.

¹⁵ OGH 14 Os 74/13h, RZ 2014/6.

¹⁶ Ausnahmen bestehen bei übler Nachrede/Beleidigung gegen einen verfassungsmäßigen Vertretungskörper, das Bundesheer oder eine Behörde (§ 116 StGB) sowie gegen ein periodisches Medium (§ 42 MedG).

¹⁷ OGH 15 Os 151/10k, MR 2011, 298.

¹⁸ OGH 11 Os 25/93, MR 1993, 175 (*Kienappel*).

Gemäß § 111 Abs 3 StBG ist der/die TäterIn nicht zu bestrafen, wenn die Behauptung als wahr erwiesen wird (sogenannter **Wahrheitsbeweis**). Der bloße Beweis des „guten Glaubens“ hilft dem/der TäterIn nur, wenn die Äußerung nicht einer breiten Öffentlichkeit (beispielsweise durch Veröffentlichung in einem Druckwerk, im Rundfunk oder auf „sonstige Weise“, welche eine „große Streuung“ nach sich zieht – etwa in einer Pressekonferenz¹⁹⁾ zugänglich wird. Der Wahrheitsbeweis und der **Beweis des guten Glaubens** sind gemäß § 112 StGB nur aufzunehmen, wenn sich der/die TäterIn auf die Richtigkeit der Behauptung oder auf seinen/ihren guten Glauben beruft. Über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und über Privatanklagedelikte sind weder der Wahrheitsbeweis noch der Beweis des guten Glaubens zulässig.

2.3.3 Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB)

Gemäß § 113 StGB²⁰⁾ macht sich strafbar, wer einem/einer anderen in einer für einen/eine Dritten/Dritte wahrnehmbaren Weise eine **strafbare Handlung** vorwirft, für die die Strafe schon vollzogen oder wenn auch nur bedingt nachgesehen oder nachgelassen oder für die der Ausspruch der Strafe vorläufig aufgeschoben worden ist. Umfasst ist damit nicht der unwahre Vorwurf einer Straftat (dies würde unter den Tatbestand der üblen Nachrede des § 111 StGB fallen). Auch bei Tatbeständen des § 113 StGB ist eine Interessenabwägung (insbesondere im Hinblick auf Art 10 EMRK) vorzunehmen.²¹⁾

2.3.4 Beleidigung (§ 115 StGB)

Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen/eine anderen/andere beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Misshandlung bedroht, ist gemäß § 115 StGB (**Beleidigung**) zu bestrafen. Das Ziel der Verspottung ist es, den/die Verspotteten/Verspottete lächerlich zu machen, unseres Mitgefühls zu berauben, ihn/sie in unseren Augen herabzusetzen, ohne dass freilich seiner/ihrer Ehrenhaftigkeit nahegetreten wird. Tatbildlich ist in diesem Sinn beispielsweise der Vorwurf einer beruflichen (fachlichen) Unfähigkeit.²²⁾ Schimpfworte und Schmähungen können dabei weder aus dem Recht auf Freiheit der Wissenschaft noch aus jenem auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt sein.²³⁾

2.3.5 Kreditschädigung (§ 152 StGB)

Gemäß § 152 StGB ist strafbar, wer **unrichtige Tatsachen** behauptet und dadurch den Kredit, den Erwerb oder das berufliche Fortkommen eines/einer anderen schädigt oder gefährdet. Das Tatbild wird dadurch verwirklicht, dass der/die TäterIn vorsätzlich unrichtige Tatsachen

¹⁹⁾ OGH 15 Os 10/98 JBl 2000, 401 (*Tipold*).

²⁰⁾ In unserem Zusammenhang wird diese Bestimmung in der Regel nicht von großer Bedeutung sein; der Vollständigkeit halber ist aber auch darauf einzugehen.

²¹⁾ OGH 6 Ob 109/00y, MR 2001, 26.

²²⁾ OGH 16.12.1987, 14 Os 96/87.

²³⁾ OGH 14.10.1980, 15 Os 50/80.

behauptet und dabei – gleichfalls vorsätzlich – den Kredit, Erwerb oder das berufliche Fortkommen des/der Betroffenen schädigt oder (konkret) gefährdet. Als Tatsache nach § 152 StGB kann nur angesehen werden, was anhand objektiver und allgemein anerkannter Kriterien auf seine Richtigkeit überprüft werden kann.²⁴ Auch Vermutungen und Verdächtigungen können sich als Tatsachenbehauptungen darstellen, wenn sie sich auf Tatsachen beziehen. Unter dem Begriff „**Kredit**“ im Tatbestand des § 152 StGB ist das Vertrauen in die Erfüllung von Verbindlichkeiten zu verstehen. Von einem „beruflichen Fortkommen“ kann nur bei einer physischen Person gesprochen werden.²⁵

2.3.6 Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Gemäß § 114 Abs 1 StGB liegt hinsichtlich der Tatbestände der §§ 111 (üble Nachrede) und 113 (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) dann ein **Rechtfertigungsgrund** vor, wenn durch die jeweilige Handlung „eine Rechtspflicht erfüllt oder ein Recht ausgeübt“ wird. Unter die Ausübung eines Rechts nach § 114 Abs 1 StGB fällt bei grundrechtsbewusstem Verständnis jedes Vorbringen einer Prozesspartei, das – ohne Anlegen eines strengen Maßstabs – aus der Sicht eines/einer verständigen Beobachters/Beobachterin in der Rolle der Prozesspartei der Aufklärung der Sache (vgl § 232 Abs 2 StPO) dienlich und zur Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunkts zweckmäßig sein kann, sofern es nicht bewusst wahrheitswidrig erstattet wird.²⁶

§ 114 Abs 2 StGB sieht für die Tatbestände der §§ 111 und 113 StGB einen **Entschuldigungsgrund** für den Fall vor, dass der/die TäterIn *durch besondere Umstände genötigt ist, eine dem § 111 oder § 113 entsprechende Behauptung in der Form und auf die Weise vorzubringen, wie es geschieht*, es sei denn, die Behauptung ist unrichtig und der/die TäterIn hätte sich dessen „bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt“ bewusst sein können. Die Äußerung muss dabei angemessen sein („anlass- und ausführungsadäquat“).²⁷

Für den Tatbestand des § 115 StGB (Beleidigung) sieht dessen Abs 3 einen Entschuldigungsgrund vor. Voraussetzung dafür ist, dass sich jemand nur durch Entrüstung über das Verhalten eines/einer anderen dazu hinreißen lässt, ihn/sie in einer den Umständen nach entschuldbaren Weise zu beschimpfen, zu misshandeln oder mit Misshandlungen zu bedrohen, wenn seine/ihre Entrüstung, insbesondere auch im Hinblick auf die seit ihrem Anlass verstrichene Zeit, allgemein begreiflich ist. Allgemein begreiflich ist eine **Entrüstung** dann, wenn sie für einen Durchschnittsmenschen in dem Sinne verständlich ist, dass auch er/sie sich vorstellen kann, auch er/sie geriete unter den gegebenen besonderen Umständen in eine solche Gemütsverfassung.²⁸ „Hinreißen lassen“ deutet darauf hin, dass der/die TäterIn unbesonnen reagiert und nicht lange Überlegungen angestellt hat. Die Entrüstung muss jedenfalls im Tatzeitpunkt noch anhalten.

.....
²⁴ OLG Wien 27 Bs 570/89, MR 1990, 19.

²⁵ OLG Innsbruck 7 Bs 311/89, MR 1989, 208.

²⁶ OGH 15 Os 85/07z, ÖJZ 2008/30.

²⁷ OGH 9 Os 77/78, SSt 49/61.

²⁸ OGH 02.02.1981, Bkd 71/80.

2.3.7 Berechtigung zur Anklage

Sämtliche strafbaren Handlungen gegen die Ehre sind gemäß § 117 Abs 1 StGB grundsätzlich²⁹ nur auf Verlangen der in ihrer Ehre Verletzten zu verfolgen. Hier liegen somit sogenannte „**Privatanklagedelikte**“ vor, bei welchen nicht die Staatsanwaltschaft als öffentliche Anklägerin, sondern die Verletzten selbst die Anklage einzubringen haben.

2.3.8 Verleumdung (§ 297 StGB)

Wer einen/eine anderen/andere dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung aussetzt, dass er/sie ihn/sie einer **von Amts wegen** zu verfolgenden mit Strafe bedrohten Handlung oder der Verletzung einer Amts- oder Standespflicht **falsch verdächtigt**, begeht, wenn er/sie weiß, dass die Verdächtigung falsch ist, das – von Amts wegen zu verfolgende (!) – Delikt der Verleumdung. § 297 StGB verlangt nicht, dass es wirklich zu einer behördlichen Verfolgung der fälschlich verdächtigten Personen gekommen ist; vielmehr genügt die Herbeiführung der konkreten Gefahr einer solchen. Dabei muss wohl eine Verfolgung nicht bloß möglich, sondern als regelmäßige Folge unmittelbar zu erwarten sein, doch genügt jede, wenn auch bloß der Aufklärung des Verdachtes dienende Erhebung.³⁰ Subjektiv muss der/die TäterIn die Gefährdung des/der Verleumdeten (zumindest) ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden.³¹

2.4 Wettbewerbsrecht – UWG

Sowohl bei der Bewertung von AuftraggeberInnen (beispielsweise im Rahmen von „Bewertungsplattformen“) als auch bei der Vergabe von „Gütesiegeln“ für vorbildliche AuftraggeberInnen oder bei Aufrufen zum Boykott ist darauf zu achten, dass hier nicht eine **Förderung fremden Wettbewerbs** erfolgt. In diesem Fall kann eine solche, sofern sie nach den Bestimmungen der §§ 1 ff UWG als „**Handlung unlauteren Wettbewerbs**“ anzusehen ist, etwa weil sie unlauter³², aggressiv³³, irreführend³⁴, herabsetzend³⁵ ist, dabei Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verletzt werden³⁶, insbesondere zu Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen³⁷ und unter Umständen auch zur Einleitung eines gerichtlichen Strafverfahrens führen.

Der OGH hat etwa einen Zeitungsartikel, in dem „alle seriösen Anbieter von Schönheitsoperationen“ auf einer bestimmten Website genannt waren, als Herabsetzung der jeweils nicht „gelisteten“ Anbieter und somit als wettbewerbswidrige Handlung angesehen.³⁸ Zwar nehmen etwa

29 Ausnahmen siehe § 17 Abs 1–4 StGB.

30 OGH 15 Os 88/96, ÖJZ 1996/146.

31 OGH 13.08.1980, 11 Os 96/80.

32 § 1 UWG.

33 § 1a UWG.

34 § 2 UWG.

35 § 7 UWG.

36 § 11 UWG.

37 §§ 133 ff UWG.

38 OGH 4 Ob 127/08t, ÖBl 2009/22 (*Mildner*).

politische Parteien³⁹, Betriebsratsfraktionen⁴⁰ oder Gewerkschaften⁴¹, soweit diese im Bereich des (sozial-)politischen Auftrags handeln, regelmäßig nicht am Erwerbsleben teil, weshalb deren Verhalten in diesen Fällen nicht als **Wettbewerbshandlungen** zu sehen ist. Erst wenn damit konkrete (fremde) Unternehmensinteressen vertreten werden, ist ein Handeln im geschäftlichen Verkehr anzunehmen.⁴² Für die Beurteilung der Frage, ob der/die FörderIn im geschäftlichen Verkehr handelt, sind nämlich nicht seine/ihre, sondern die Verhältnisse desjenigen/derjenigen maßgeblich, dessen/deren Wettbewerb gefördert wird.⁴³ Die Abgrenzung ist somit im Einzelfall schwierig. Jedenfalls ist, um bei einer allfälligen Förderung fremden Wettbewerbs nicht den Bestimmungen des UWG zu widersprechen, darauf zu achten, dass sachliche Bewertungen erfolgen, „Pauschalabwertungen“ vermieden werden, die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht verletzt und keine objektiv unrichtigen Tatsachen behauptet oder gar beleidigende Äußerungen getätigt werden.

2.5 **Datenschutz**⁴⁴

Die Veröffentlichung von **personenbezogenen Daten** im Internet ist auch im Hinblick auf das Datenschutzrecht mit einer Reihe von möglichen Problemfeldern behaftet, die im Einzelnen durchaus strittig sein können.⁴⁵

Da die Veröffentlichung von (personenbezogenen) Daten auf einer Website als „**Datenanwendung**“ iSd § 4 Z 7 DSGVO anzusehen ist⁴⁶, unterliegen deren „Verwendung“⁴⁷ – somit deren „Verarbeitung“⁴⁸ als auch deren „Übermittlung“⁴⁹ – den Beschränkungen des DSGVO. Nach dem Grundsatz des § 6 DSGVO Abs 1 DSGVO dürfen diese Daten insbesondere nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet werden (Z 1) und für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und weiterverwendet werden (Z 2), soweit sie für diesen Zweck wesentlich sind (Z 3). Darüber hinaus ist es erforderlich, dass sie sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind (Z 4) und nur solange aufbewahrt werden, als dies für den jeweiligen Zweck erforderlich ist (Z 5). Generell dürfen gemäß § 7 DSGVO Daten nur verarbeitet und übermittelt⁵⁰ werden, wenn insbesondere „schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen

.....
³⁹ OGH 4 Ob 299/99w, MR 2000, 107.

⁴⁰ OGH 4 Ob 27/00z, ÖBl 2000, 213.

⁴¹ OGH 4 Ob 123/04y, ÖBl 2005/5 (*Gamerith*).

⁴² *Heidinger* in *Wiebel/Kodek*, UWG (2009) § 1 Rz 90 mwN; OGH 4 Ob 299/99w, MR 2000, 107.

⁴³ OGH 4 Ob 24/06t, MR 2006, 209. Im konkreten Fall wurde der bewusste Eingriff einer Fachgruppe der Wirtschaftskammer in den Wettbewerb ihrer Mitglieder als Förderung fremden Wettbewerbs angesehen.

⁴⁴ Siehe dazu auch Beitrag „Datenschutz in der Gig-Economy“.

⁴⁵ Siehe dazu insbesondere *Berka*, Welchen Beitrag leistet das Datenschutzrecht zum Persönlichkeitsschutz?, in *Berka/Grabenswarter/Holoubek*, Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 79.

⁴⁶ Grundsätzlich ist jede EDV-Textverarbeitung mit personenbezogenen Daten eine „Datenanwendung“ (siehe etwa *Drobesh/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz [2000] 122 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien).

⁴⁷ § 4 Z 8 DSGVO 2000.

⁴⁸ § 4 Z 9 DSGVO 2000.

⁴⁹ § 4 Z 12 DSGVO 2000.

⁵⁰ Worunter gemäß § 4 Z 12 DSGVO 2000 auch das Veröffentlichung von Daten zu verstehen ist.

des/der Betroffenen nicht verletzt werden“. Dies ist bei „nicht sensiblen“ Daten⁵¹ gemäß § 8 DSGVO 2000 insbesondere dann der Fall, wenn **überwiegende berechnigte Interessen** des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern.⁵² Weiters sind gemäß den §§ 14 und 15 DSGVO 2000 Maßnahmen zum Schutz der Datensicherheit sowie des Datengeheimnisses zu treffen. Außerdem ist gemäß § 17 DSGVO 2000 von der/dem jeweiligen AuftraggeberIn vor Aufnahme einer Datenanwendung eine Meldung an die Datenschutzkommission zwecks Registrierung im Datenverarbeitungsregister zu erstatten.⁵³

Der/Die Betroffene hat insbesondere ein Auskunftsrecht (§ 26 DSGVO 2000), ein Recht auf Richtigstellung oder Löschung (§ 27 DSGVO 2000) und ein Widerspruchsrecht (§ 28 DSGVO 2000). Er/Sie kann sich an die Datenschutzkommission wenden (§§ 30 ff DSGVO 2000) und kann Ansprüche auf Geheimhaltung, Richtigstellung, Löschung sowie auf Schadenersatz gerichtlich geltend machen (§§ 32 f DSGVO 2000). Aus einer **unzulässigen Datenverwendung** (beispielsweise auf einer Bewertungsplattform) können somit entsprechende Ansprüche Betroffener (hier etwa der jeweiligen AuftraggeberInnen von CrowdworkeInnen) resultieren.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Privilegierung für publizistische Tätigkeit gemäß § 48 DSGVO 2000. Danach sind für **Medienunternehmen**, Mediendienste oder ihre MitarbeiterInnen die §§ 4–6, 10, 11, 14 und 15 DSGVO 2000 (sowie jedenfalls der im Verfassungsrang stehende § 1 DSGVO 2000 „Grundrecht auf Datenschutz“ anzuwenden, soweit Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit iSd Mediengesetzes verwendet werden und für deren Informationsaufgabe (unter Berücksichtigung von Art 10 EMRK) erforderlich sind.⁵⁴ Diese Privilegierung ist jedoch nur dann von Bedeutung, wenn die jeweilige (Bewertungs- oder Unterstützungs-) Plattform von einem Medienunternehmen iSd § 1 Abs 1 Z 6 MedienG (siehe Abschnitt „Besonderheiten des MedienG“) betrieben wird.

Eine in unserem Zusammenhang relevante **Datenschutzbestimmung** enthält auch § 96 Abs 3 TKG 2003.⁵⁵ Danach müssen – kurz zusammengefasst – beispielsweise Hostprovider ihre NutzerInnen insbesondere über die Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten informieren und bedarf die Ermittlung von Daten teilweise der Zustimmung

51 „Sensible Daten“ wären gemäß § 4 Z 2 DSGVO 2000 Daten natürlicher Personen über ihre rassistische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben.

52 § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000.

53 Der/Die BetreiberIn einer Website ist nur hinsichtlich eigener Beiträge „AuftraggeberIn“ iSd § 4 Z 4 DSGVO 2000. Hinsichtlich Beiträge externer UserInnen ist er/sie lediglich „DienstleisterIn“ iSd § 4 Z 5 DSGVO 2000, während hier der/die jeweilige UserIn hinsichtlich seines/ihrer geposteten Beitrages „AuftraggeberIn“ ist (dazu OLG Linz 3 R 1010/09g, MR 2009, 306 [Kouka] und DSK 120.819/006-DSK/2003, MR 2004, 51 [Knyrim]). Richtigerweise wird man aber das Posten einzelner Beiträge nicht als „Aufnahme einer Datenanwendung“ iSd § 17 DSGVO 2000, die zu einer Meldepflicht durch den/die einzelnen/einzelne UserIn führen würde, ansehen können.

54 Zu beachten ist, dass beispielsweise Websites von NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche, von Behörden oder politischen Parteien sowie von Privaten nicht durch § 48 DSGVO 2000 privilegiert sind, auch wenn diese publizistisch tätig sind, was in der Lehre als verfassungs- und europarechtlich fragwürdig gesehen wird (siehe dazu insbesondere Berka in Berka/Grabenwarter/Holoubek, Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien 84 mwN).

55 Host-Provider sind zwar keine „BetreiberInnen von öffentlichen Kommunikationsdiensten“ iSd § 3 Z 3 TKG 2003, weshalb die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG 2003 grundsätzlich nicht anwendbar sind (OGH 6 Ob 119/11k, JusGuide 2012/28/10154). Sie sind jedoch „AnbieterIn eines Dienstes der Informationsgesellschaft iSd § 3 Z 1 ECG“, weshalb die Bestimmung des § 96 Abs 3 TKG 2003 auch auf sie anwendbar ist.

der NutzerInnen. Dies kann insbesondere für BetreiberInnen von entsprechenden Plattformen insofern relevant sein, als hier entsprechende Verpflichtungen gegenüber ihren UserInnen (beispielsweise den jeweiligen CrowdworkerInnen) entstehen können.

Hinzuweisen ist auf die **EU-Datenschutz-Grundverordnung**⁵⁶, welche ab 01.05.2018 in den einzelnen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein wird und – neben anderen Änderungen der Rechtslage – auch verstärkte Dokumentationspflichten sowie strengere Strafdrohungen vorsieht. Siehe dazu ausführlich Beitrag „Datenschutz in der Gig-Economy“.

3. Rechtsfolgen

3.1 BetreiberIn der (Bewertungs-)Plattform

Unterschieden wird zwischen Content-, Host- und Access-Provider. **Content-Provider** ist, wer eigene Informationen zur Nutzung im Netz zur Verfügung stellt; der **Host-Provider** ist „Gastgeber“ für fremde Informationen und ist somit nur Vermittler von Daten; der **Access-Provider** vermittelt nur den Zugang.⁵⁷ Wer somit elektronisch ein Gästebuch oder ein Chatforum betreibt oder BesucherInnen seiner Website die Möglichkeit einräumt, sich zu den dort wiedergegebenen (eigenen oder fremden) Inhalten zu äußern (beispielsweise in Form von Postings, das sind elektronische Leserbriefe in Online-Ausgaben von Tageszeitungen⁵⁸), ist Host-Provider.⁵⁹ Nach einer Entscheidung des EGMR ist hingegen der/die BetreiberIn eines Portals dann nicht Host-Provider, wenn er/sie selbst die Themen vorgibt.⁶⁰ Wer selbst fremde Inhalte (wenn auch ungeprüft) ins Netz stellt, ist jedenfalls nicht Host-Provider, sondern Content-Provider.⁶¹

Dem **Host-Provider** kommt insbesondere die **Begünstigung** des § 16 Abs 1 E-Commerce-Gesetz (ECG) zugute, wonach der/die „DienstanbieterIn“ für die im Auftrag von NutzerInnen gespeicherten Informationen nicht verantwortlich ist, sofern er/sie entweder von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat, bzw er/sie sich einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information nicht bewusst ist (Z 1), oder er/sie, sobald er/sie diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu sperren (Z 2). Letztlich kommt es darauf an, ob die Rechtsverletzungen (durch die KundInnen des Host-Providers) auch für juristische LaiInnen ohne weitere Nachforschungen

⁵⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl L 119 vom 04.05.2016).

⁵⁷ *Koziol*, Providerhaftung nach ECG und MedienG, in *Berkal/Grabenwarter/Holoubek*, Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 42 mwN.

⁵⁸ OGH 6 Ob 133/13x, MR 2014, 59.

⁵⁹ *Zankl*, ECG² (2016) § 16 Rz 259.

⁶⁰ EGMR 64569/09, MR-Int 2015, 53; kritisch dazu *Frötschl*, Die Entscheidung *Delfi* des EGMR: Der Einfluss der Grundrechte auf das Host-Provider-Haftungsprivileg, *ecolex* 2015, 827, und *Zankl*, ECG², § 16 Rz 189.

⁶¹ OGH 6 Ob 218/03g, *ecolex* 2004/240.

offenkundig sind.⁶² In diesem Fall muss der Host-Provider die entsprechende Information unverzüglich entfernen, wobei jedenfalls eine Woche⁶³, aber auch einige Tage⁶⁴ zu lang sind.

Weiters ist der Host-Provider gemäß § 18 ECG nicht verpflichtet, die von ihm gespeicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen. Jedenfalls dann, wenn er auf rechtswidrige Inhalte hingewiesen wird oder sich derartige Rechtsverstöße bereits auf seiner Plattform ereignet haben, ist er jedoch zu entsprechenden **Kontrollmaßnahmen** verpflichtet.⁶⁵ Das „**Haftungsprivileg**“ des Host-Providers greift aber dann nicht, wenn fremde Informationen als eigene dargestellt werden, also nicht klargelegt wird, dass es sich um fremde Inhalte handelt⁶⁶ bzw der Eindruck erweckt wird, der von Dritten eingestellte Beitrag gebe die Meinung des Betreibers/der Betreiberin wieder oder wenn er/sie diese durch sein eigenes Verhalten provoziert hat.⁶⁷

Gemäß § 19 Abs 1 ECG bleiben **Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche** von den §§ 13 bis 18 ECG unberührt; ob ein verschuldensunabhängiger Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch besteht, ist somit nicht anhand der Bestimmungen des ECG zu lösen.⁶⁸ Ein derartiger Anspruch kann somit selbst dann bestehen, wenn der Host-Provider von den rechtswidrigen Inhalten keine Kenntnis hatte.⁶⁹ Allerdings wird angenommen, dass bei derartigen „mittelbaren Verletzungen“ auch für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen eine Sorgfaltswidrigkeit des Host-Providers vorliegen muss, wobei die Sorgfaltspflichten aber durch das Kriterium der Zumutbarkeit begrenzt sind.⁷⁰

Gemäß § 18 Abs 2 bis 4 ECG sind BetreiberInnen unter bestimmten Voraussetzungen zur **Auskunft** über NutzerInnen ihrer Dienste verpflichtet. Dies betrifft Auskünfte gegenüber Gerichten in Zusammenhang mit Straftaten (Abs 2), Verwaltungsbehörden (Abs 3) und Auskünfte gegenüber dritten Personen (Abs 4). Letzteren sind Name und Adresse⁷¹ der NutzerInnen bekannt zu geben, wenn diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität der NutzerInnen und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhaltes haben sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet. Auskunftsberechtigt sind somit Personen, die von einem bestimmten rechtswidrigen Sachverhalt unmittelbar betroffen sind, sowie Verbände, die sich der Wahrung der Rechte anderer Personen widmen.⁷² Voraussetzung für den Auskunftsanspruch ist lediglich, dass

62 OGH 6 Ob 188/14m, MR 2015, 19.

63 OGH 6 Ob 178/04a, MR 2007, 79.

64 OLG Graz 10 Bs 172/11m, MR 2011, 255 (drei Tage); OLG Wien 18 Bs 247/07s, MR 2007, 370 („mehrere Tage“).

65 OGH 6 Ob 178/04a, MR 2007, 79.

66 Zankl, ECG² § 16 Rz 275.

67 OGH 6 Ob 178/04a, MR 2007, 79.

68 OGH 6 Ob 218/03g, ecolex 2004/20.

69 Zankl, ECG² § 18 Rz 373.

70 Koziol, Providerhaftung nach ECG und MedienG, in *Berkal/Grabenwarter/Holoubek*, Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 54 f mwN.

71 Somit Vorname, Zuname, Postanschrift und E-Mail-Adresse (OGH 6 Ob 188/14m, MR 2015, 19; 6 Ob 104/11d, MR 2011, 323).

72 Zankl, ECG² § 18 Rz 356.

aufgrund einer **groben Prüfung** der von dem/der KlägerIn geltend gemachten Verletzungen eine Verurteilung nicht gänzlich auszuschließen ist.⁷³ Eine nähere Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit hat aber nicht im Verfahren gegen die BetreiberInnen von Websites, sondern erst im allfälligen Verfahren gegen die PosterInnen zu erfolgen.⁷⁴ Es kommt darauf an, ob BetreiberInnen gegenüber die Glaubhaftmachung eines rechtswidrigen Sachverhalts gelungen ist.⁷⁵ Der Host-Provider hat aber lediglich die ihm verfügbaren Daten herauszugeben und muss diese nicht ermitteln.⁷⁶ Eine Berufung auf das **Redaktionsgeheimnis** gemäß § 31 MedG zur Verweigerung der Auskunft ist unzulässig, wenn ein Posting in keinem Zusammenhang mit einer journalistischen Tätigkeit steht.⁷⁷ Informationen, die eine der in § 31 Abs 1 MedienG genannten Personen⁷⁸ gewinnt, ohne dass diese im Hinblick auf ihre Tätigkeit von jemandem (bewusst) zugänglich gemacht wurden, sind somit nicht vom Redaktionsgeheimnis erfasst.⁷⁹

3.2 Besonderheiten des MedienG

BetreiberInnen einer Website sind jedenfalls **MedieninhaberInnen** gemäß § 1 Abs 1 Z 8 MedienG. Diese treffen deshalb die entsprechenden Informationspflichten des MedienG (Impressum⁸⁰, Offenlegung⁸¹).

MedieninhaberInnen sind auch AdressatInnen des medienrechtlichen **Entschädigungsanspruches** gemäß § 6 MedienG (Entschädigung für die erlittene Kränkung bei übler Nachrede, Beschimpfung, Verspottung oder Verleumdung in einem Medium) sowie der §§ 7–7c MedienG. Dieser besteht insbesondere dann nicht, wenn es sich um die Abrufbarkeit auf einer **Website** handelt, ohne dass die MedieninhaberInnen oder einer ihrer MitarbeiterInnen oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat.⁸² Hier muss es sich um Äußerungen Dritter handeln, somit nicht um Äußerungen der MedieninhaberInnen, ihrer MitarbeiterInnen oder Beauftragten.⁸³ Dabei können MedieninhaberInnen je nach Einzelfall unter Umständen auch **Überwachungspflichten** treffen, wobei sich der Umfang der Sorgfaltspflicht nach dem Konzept des entsprechenden Webangebots, den davon abhängigen Möglichkeiten rechtswidrige Inhalte zu verhindern und dem, was nach Lage der Dinge den MedieninhaberInnen zumutbar ist, richtet.⁸⁴ Weiters sind MedieninhaberInnen AdressatInnen des Anspruches von durch eine Tatsachenmitteilung Betroffenen auf Veröffentlichung einer **Gegendarstellung** gemäß § 9 MedienG.⁸⁵

73 OGH 6 Ob 188/14m, MR 2015, 19.

74 OGH 6 Ob 133/13x, MR 2014, 59.

75 OGH 6 Ob 145/14p, MR 2015, 137.

76 OGH 6 Ob 58/14v, VbR 2014/97; 6 Ob 104/11d, MR 2011, 323.

77 OGH 6 Ob 188/14m, MR 2015, 19; 6 Ob 145/14p, MR 2015, 137.

78 Dies sind MedieninhaberInnen, HerausgeberInnen, MedienmitarbeiterInnen und ArbeitnehmerInnen eines Medienunternehmens oder Mediendienstes.

79 OGH 6 Ob 188/14m, MR 2015, 19.

80 § 24 MedienG.

81 § 25 MedienG.

82 §§ 6 Abs 2 Z 3a, 7 Abs 2 Z 5, 7a Abs 3 Z 5, 7b Abs 2 Z 5, 7c Abs 2 MedienG.

83 Berka in Berka/Heindl/Höhnel/Noll, Mediengesetz³ (2012) § 6 Rz 41.

84 Berka in Berka/Heindl/Höhnel/Noll, Mediengesetz³ § 6 Rz 43.

85 Dieser Anspruch besteht gemäß § 9 Abs 1 MedienG dann nicht, wenn die Gegendarstellung unwahr oder ihre Veröffentlichung aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.

Werden Beiträge von MitarbeiterInnen von MedieninhaberInnen selbst verfasst, können sich sowohl die MedieninhaberInnen als auch die MedienmitarbeiterInnen (selbst dann, wenn die in einem Beitrag enthaltenen Tatsachenbehauptungen unrichtig sind) in einem Strafverfahren wegen einem Medieninhaltsdelikt, bei dem der Wahrheitsbeweis zulässig ist⁸⁶, sowie in einem medienrechtlichen Entschädigungsverfahren⁸⁷ darauf berufen, dass sie die **journalistische Sorgfaltspflicht** eingehalten haben, sofern ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung bestanden hat.⁸⁸ Dieser Rechtfertigungsgrund wird von der Rsp auch für Ansprüche gegen MedieninhaberInnen gemäß § 1330 Abs 2 ABGB (Kreditschädigung) angewandt.⁸⁹ Die journalistische Sorgfaltspflicht gebietet vor allem die Einholung einer Stellungnahme der von der Berichterstattung betroffenen Person.⁹⁰ Die Einholung einer derartigen Stellungnahme ist für sich alleine genommen aber nicht hinreichend. Wenn etwa unreflektiert nebulöse Gerüchte ohne tatsächliches Fundament veröffentlicht werden, wäre selbst bei Einholung einer Stellungnahme der Betroffenen die journalistische Sorgfalt nicht eingehalten.⁹¹ Es ist jedenfalls von der Maßfigur eines/einer verantwortungsvollen, gewissenhaften, verständigen sach- und fachkundigen JournalistIn auszugehen.⁹²

Auf die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflicht können sich jedoch nur **MedieninhaberInnen** und MedienmitarbeiterInnen berufen, nicht aber beispielsweise Personen, die nur gelegentlich publizistisch tätig sind wie etwa LeserbriefschreiberInnen oder freie JournalistInnen.⁹³ „Medienmitarbeiter“ gemäß § 1 Abs 1 Z 11 MedienG ist nämlich, „*wer in einem Medienunternehmen oder Mediendienst an der inhaltlichen Gestaltung ... journalistisch mitwirkt, sofern er als Angestellter des Medienunternehmens/Mediendienstes oder als freier Mitarbeiter diese Tätigkeit ständig und nicht bloß als wirtschaftlich unbedeutende Nebenbeschäftigung ausübt.*“ „Medienunternehmen“ iSd § 1 Abs 1 Z 6 MedienG sind Unternehmen, in denen die inhaltliche Gestaltung des Mediums besorgt wird sowie seine Herstellung, Verbreitung oder Ausstrahlung oder Abrufbarkeit entweder besorgt oder veranlasst werden. Maßgeblich ist die wirtschaftliche Organisationseinheit (Mindestmaß unternehmerischer Strukturen), als deren Unternehmens(haupt)zweck die inhaltliche Gestaltung des Mediums gehört.⁹⁴ „Mediendienste“ iSd § 1 Abs 1 Z 7 MedienG sind Unternehmen, die Medienunternehmen wiederkehrend mit Beiträgen versorgen (beispielsweise Nachrichten- und Bildagenturen).

Im Rahmen journalistischer Tätigkeit können sich sowohl MedieninhaberInnen als auch HerausgeberInnen und MedienmitarbeiterInnen gemäß § 31 MedienG auf den Schutz des **Redaktionsgeheimnisses** berufen und müssen daher „die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährsmannes von Beiträgen und Unterlagen“ nicht nennen.

86 Üble Nachrede gemäß § 111 StGB.

87 Einschränkungen bestehen jeweils, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich betroffen ist.

88 §§ 6 Abs 2 Z 2 lit b, 29 MedienG.

89 OGH 6 Ob 291/00p, MR 2001, 93. Siehe Abschnitt „Ehrenbeleidigung/Kreditschädigung (§ 1330 ABGB)“.

90 OGH 15 Os 125/08h, 15 Os 126/08f, 15 Os 127/08b, MR 2009, 124.

91 Heindl in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Mediengesetz³ § 29 Rz 18 mwN.

92 OGH 15 Os 125/08h, 15 Os 126/08f, 15 Os 127/08b, MR 2009, 124.

93 Heindl in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Mediengesetz³ § 29 Rz 7 mwN.

94 Noll in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Mediengesetz³ § 1 Rz 25 mwN.

3.3 UserInnen

Werden von UserInnen auf einer Internetplattform **rechtswidrige Inhalte** gepostet (etwa kreditschädigende oder beleidigende Äußerungen), haften diese selbst nach den genannten Grundsätzen. Sie sind daher – insbesondere sofern es sich um beleidigende Äußerungen und/oder ehrenrührige sowie objektiv unrichtige Tatsachenbehauptungen handelt – unmittelbar AdressatInnen eines allfälligen (verschuldensunabhängigen) Unterlassungs- und Beseitigungsanspruches, eines (verschuldensabhängigen) Schadenersatzanspruches und einer strafrechtlichen Verfolgung. Diese können sich auch nicht auf die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflicht gemäß § 29 MedienG berufen, da es sich hier nicht um MedienmitarbeiterInnen handelt. Im Falle eines Straftatbestandes können sie sich jedoch auf den Wahrheitsbeweis bzw den Beweis des guten Glaubens gemäß § 112 StGB berufen (sofern es sich nicht um Tatsachen des Privat- oder Familienlebens oder Privatanklagedelikte handelt). Zur Beweislastverteilung bei Ehrenbeleidigung sowie Kreditschädigung iSd § 1330 ABGB siehe die Ausführungen zu Abschnitt „Ehrenbeleidigung/Kreditschädigung (§ 1330 ABGB)“.

4. Grenzüberschreitende Sachverhalte

In Zusammenhang mit **grenzüberschreitenden Sachverhalten** ergeben sich Fragen sowohl hinsichtlich des anzurufenden Gerichts als auch hinsichtlich des von diesem anzuwendenden Rechts, für welche aber an dieser Stelle nur kurz der rechtliche Rahmen dargestellt werden kann.

Nach der Grundregel des § 27a Abs 1 Jurisdiktionsnorm (JN) ist die **inländische Gerichtsbarkeit** immer dann gegeben, wenn die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes erfüllt sind. Gemäß Abs 2 leg cit gilt dies jedoch nicht, soweit davon abweichende völkerrechtliche Regelungen vorliegen.

Für Rechtsstreitigkeiten innerhalb der EU ist die „**Brüssel Ia-VO**“⁹⁵ maßgeblich. Der Grundsatz ist, dass Personen, die ihren (Wohn-)Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen sind (Art 4 Abs 2). Darüber hinaus gibt es aber Wahlgerichtsstände, die die jeweiligen KlägerInnen in Anspruch nehmen können. Steht die (behauptete) unerlaubte Handlung nicht im Zusammenhang mit einem Vertrag, kann der Gerichtsstand für Deliktssklagen in Anspruch genommen werden, der sich nach dem Ort richtet, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht (Art 7 Z 2). Dies kann nach der Rsp sowohl der Ort der Handlung sein als auch jener Ort, an dem der unmittelbare Schaden eingetreten ist.⁹⁶ Andernfalls kommen die Wahlgerichtsstände für Klagen aus einem Vertrag in Betracht. Nach der EuGH-Rsp knüpfen Klagen an einen „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ an, wenn das vorgeworfene Verhalten als Verstoß gegen die vertraglichen

95 Verordnung (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

96 EuGH 30.11.1976, 21/76, *Bier/Mines de Potasse*, Slg 1976, 1735.

Verpflichtungen angesehen werden kann.⁹⁷ Ist der zugrundeliegende Vertrag ein Arbeitsvertrag, kann die Klage gemäß Art 22 Abs 1 nur vor den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der/die ArbeitnehmerIn den Wohnsitz hat. Handelt es sich jedoch um einen „Dienstleistungsvertrag“ iSd Art 7 Z 1, ist der „Erfüllungsort“⁹⁸ der vertraglich geschuldeten Leistung maßgebend. Sofern eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde, ist diese heranzuziehen (Art 25), wobei die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen insbesondere für Arbeitsverträge erheblich eingeschränkt ist (Art 23).

Das anzuwendende Recht richtet sich bei rein **deliktischen Schadenersatzansprüchen** (wenn ein österreichische Gericht angerufen wird) gemäß § 48 IPRG zunächst nach dem Ort, in dem das den Schaden verursachende Verhalten gesetzt worden ist, wobei es auf den Ort des schädigenden Verhaltens und nicht auf den Eintritt des Erfolges ankommt.⁹⁹ Allerdings sorgt die in Abs 2 dieser Bestimmung enthaltene Ausweichklausel dafür, dass – insbesondere bei Medien delikten oder grenzüberschreitenden Internetdelikten – auch der Ort des Schadenseintrittes maßgeblich sein kann.¹⁰⁰ Außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte sind gemäß Art 1 Abs 2 lit g der Rom II-VO¹⁰¹ von deren Geltungsbereich ausgenommen.¹⁰² Bei aus **Vertragsverhältnissen** resultierenden Ansprüchen sind die Bestimmungen der Rom I-VO¹⁰³ anzuwenden, wonach sich das anzuwendende Recht bei Arbeitsverträgen primär nach dem gewöhnlichen Arbeitsort (Art 8) und ansonsten nach der getroffenen Rechtswahl (Art 3) bzw nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Dienstleisters/der Dienstleisterin (Art 4 Abs 1 lit b) richtet. Letztlich kann es bei grenzüberschreitenden Persönlichkeitsverletzungen dazu kommen, dass sowohl das Recht des Verbreitungsortes als auch das Recht der Niederlassung des Medieninhabers/der Medieninhaberin anzuwenden ist.¹⁰⁴

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der **österreichischen Strafgesetze** regelt § 62 StGB deren Geltung für alle im Inland begangenen Straftaten. Der Ort der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung richtet sich wiederum gemäß § 67 Abs 2 StGB sowohl nach dem Ort der Handlung als auch nach jenem des (beabsichtigten) Erfolgseintrittes.

.....
 97 Siehe etwa zuletzt EuGH 13.03.2014, C-548/12, *Marc Brogitter/Fabrication de Montres Normandes EURL*, ÖJZ 2015/126 (*Brosch*).

98 Dessen Bestimmung bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen Probleme bereiten kann.

99 *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 48 IPRG Rz 2 mwN.

100 *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 48 IPRG Rz 3 mwN.

101 Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 2007 L 199, S 40–49.

102 Nicht jedoch außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerb gemäß Art 6 iVm Art 4.

103 Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 2008 L 177, S 6.

104 *Thiede*, Persönlichkeitsrechtsschutz 2.0 – Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek*, Persönlichkeitschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 101 mwN.

5. Lösungsansätze

Auszugehen ist wiederum von den in Abschnitt „Problemstellung“ dargestellten Sachverhaltsvarianten. Welche Möglichkeiten gibt es, die aufgezeigten **rechtlichen Risiken** sowohl für BetreiberInnen als auch UserInnen entsprechender Plattformen zu verringern? Im Hinblick auf das Redaktionsgeheimnis (§ 31 MedG), die mögliche Berufung auf die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflicht (§ 29 MedG) und die Privilegierung für Medienunternehmen sowie deren MitarbeiterInnen gemäß § 48 DSGVO wäre es aus rechtlicher Sicht selbstverständlich vorteilhaft, wenn der/die BetreiberIn der Plattformen ein Medienunternehmen ist und die Beiträge so weit wie möglich von MedienmitarbeiterInnen gestaltet werden. Inwieweit dies in der Praxis immer sinnvoll durchführbar ist, ist eine andere Frage.

Soweit **Kommentare von UserInnen** selbst verfasst werden, sollten von BetreiberInnen **Vorkehrungen** getroffen werden, um Haftungen sowohl ihrer selbst als auch der einzelnen UserInnen so weit wie möglich zu vermeiden. Hier ist in erster Linie an die Aufstellung (und Veröffentlichung) von „**Forenregeln**“ zu denken, mit denen UserInnen aufgefordert werden, beleidigende, rassistische, sexistische, politisch radikale oder sonst rechtswidrige Äußerungen zu unterlassen und nur wahrheitsgemäße (idealerweise auch nachweisbare) Tatsachenbehauptungen aufzustellen, wobei die Löschung bedenklicher Inhalte sowie die Sperre des Zuganges von AutorInnen den PlattformbetreiberInnen vorbehalten bleibt. Weiters sollte die Zustimmung der UserInnen zur **Datenverwendung** (etwa in Form zu akzeptierender AGB) eingeholt werden. Auch sollte klargestellt werden, dass es sich bei den geposteten Inhalten nicht um Beiträge des Betreibers/der Betreiberin der Plattform handelt. Soweit dies technisch sowie wirtschaftlich möglich und zumutbar ist, könnten auch **elektronische Filter** installiert werden, welche anhand von Schlüsselwörtern eine Grobsichtung vornehmen, wobei dann „verdächtige“ Inhalte gesondert zu prüfen wären. So werden beispielsweise bei Onlineportalen von Tageszeitungen hinsichtlich deren „Foren“ entsprechende Vorkehrungen getroffen¹⁰⁵, wobei diese selbstverständlich nicht auf jede Internetplattform (schon allein aufgrund der Größe der jeweils dahinter stehenden Organisation) anwendbar sein werden. Inwieweit all diese Vorkehrungen tatsächlich rechtlich geboten sind, mag fraglich sein, aufgrund der unbestimmten gesetzlichen Bestimmungen, welche hier anzuwenden sind, wäre es dennoch sinnvoll, entsprechende Maßnahmen zu treffen.

Jedenfalls dann, wenn es bereits **Rechtsverletzungen** durch einzelne UserInnen gegeben hat, sind entsprechende **Vorsichtsmaßnahmen** (vor allem hinsichtlich bereits bekannter rechtswidrig handelnder UserInnen sowie hinsichtlich Diskussionen zu diesen Themen) zu treffen. Auch sollte vermieden werden, UserInnen durch entsprechende Fragestellungen oder „Anregungen“ zu beleidigenden Äußerungen zu provozieren. Gibt es konkrete Hinweise auf rechtswidrige Äußerungen (etwa von jeweils betroffenen Personen), dann muss diesen jedenfalls **unverzüglich** nachgegangen werden, um die jeweiligen Beiträge näher zu überprüfen und diese gegebenenfalls zu entfernen.

¹⁰⁵ Siehe etwa am Beispiel einer großen Tageszeitung: *Windbager*, Online-Medien und Persönlichkeitsschutz, in *Berka/Grabewarter/Holoubek*, Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 71 ff.

Gute Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy – was tun?



Martin Risak/Doris Lutz

„Although there is a general impression, which is fostered by official academic and journalistic opinion, that all of this is happening because of the rise of scientific technology and development of machinery, this process of degradation of work is not really dependent upon technology at all.“*

1. Die Herausforderungen

Die Nutzung technischer Möglichkeiten, *in concreto* die Digitalisierung der Arbeitswelt und die Organisation von Arbeit im Wege des Crowdsourcing, führt allein noch nicht zu negativen Folgen für die in der Gig-Economy Arbeitenden. Prekäre Arbeitsbedingungen sind nicht die zwangsläufige Folge des plattformbasierten Arbeitens, sondern der Entscheidungen der CrowdsourcerInnen und der PlattformbetreiberInnen, die diese Möglichkeiten nutzen um insbesondere die Arbeitskosten zu drücken und den Wettbewerbsdruck der Arbeitenden untereinander zu erhöhen. Es gibt aber auch alternative Konzepte und praktische Beispiele wie Plattformen zum Nutzen der CrowdworkerInnen organisiert sein können, wobei genossenschaftliche Strukturen äußerst interessant erscheinen.¹ Die Mehrheit der AkteurInnen verfolgt jedoch eine andere Strategie, wie die vier sehr unterschiedlichen Fallbeispiele (Beiträge „Virtuelles Crowdwork: Clickworker“, „Transportdienstleistungen: Uber“, „Haushaltsnahe Dienstleistungen: Book a Tiger“ und „Essenszustellung: foodora“) gezeigt haben. Hier wird von den Plattformen argumentiert, dass CrowdworkerInnen keine ArbeitnehmerInnen, sondern Selbständige seien, und ihnen deshalb kein arbeitsrechtlicher Schutz zukommen würde.

Die Fallstudien und das bestehende empirische Material (Beitrag „Die Ökonomie der Plattform“) legen jedoch nahe, dass eine Vielzahl von Personen in der Gig-Economy ohne unternehmerische Struktur ihre Arbeitskraft gegen Entgelt unter Zwischenschaltung von Plattformen verwertet und faktisch wenig Einfluss auf die Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen hat. Sie befinden sich somit – sollten sie nicht ohnehin ArbeitnehmerInnen sein (dazu Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“) – in einer ähnlich schutzwürdigen Situation wie „klassische“ ArbeitnehmerInnen. In rechtlich-formaler Hinsicht bestehen zumindest auf den ersten Blick bisweilen gewisse Freiräume, die Ansatzpunkte dafür liefern, dass keine „persönliche Abhängigkeit“ und somit keine ArbeitnehmerInneneigenschaft vorliege.²

In den bereits erwähnten Fallbeispielen wurde jedoch plastisch gezeigt, dass in vielen Fällen schon eine herkömmliche Betrachtungsweise zu dem Ergebnis kommt, dass ein **Arbeitsverhältnis** vorliegt, das den vollen Schutz des Arbeitsrechts zur Folge hat. Dabei sind, wie in Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“ dargelegt, die Besonderheiten der virtuellen Dimension und der Arbeitsorganisation beim Crowdsourcing zu berücksichtigen: Einerseits geht es um die hohe Kontrolldichte, die bei der Bearbeitung der einzelnen Aufträge besteht und andererseits um die Möglichkeiten der Disziplinierung durch die Bewertungssysteme.³ Nicht außer Acht gelassen darf dabei werden, dass häufig eine weitere Determinierung des arbeitsbezogenen Verhaltens insbesondere durch Zeitvorgaben für die Erledigung erfolgt und dass bei einer Gesamtbetrachtung eine so starke Fremdbestimmung vorliegen kann, dass die Aufgabenbearbeitung

* *Braverman*, Labour and Monopoly capital – The Degradation of Work in the Twentieth Century (1974, 1998) 319.

1 Siehe dazu beispielsweise *Scholz*, Plattform Cooperativism (2016), verfügbar unter http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_plattformcoop_5.9.2016.pdf (01.02.2017).

2 So zB die Argumentation von *Karl*, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in *Tomanall/Risak*, Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit (2016) 85 (89).

3 Ähnlich auch *Srnicek*, Platform Capitalism (2017) 76.

in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und dies somit als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.⁴ Da für diese Argumentation viele detaillierte Informationen über das Funktionieren der Plattform notwendig sind, befinden sich CrowdworkerInnen, die sich auf ihren ArbeitnehmerInnen-Status berufen wollen, oft im Beweisnotstand. Dem könnte *de lege ferenda* mit der Aufnahme von (widerleglichen) Vermutungen für ein Arbeitsverhältnis zur Plattform begegnet werden.

Eine **interpretative Ausweitung des ArbeitnehmerInnenbegriffes** auf nicht nur persönlich, sondern auch **wirtschaftlich abhängige Personen** erscheint schwierig, da diese schon von der österreichischen Rechtsordnung als „arbeitnehmerInnenähnliche Personen“ erfasst sind, denen nur ein eingeschränkter Schutz zukommt. Daraus lässt sich *e contrario* schließen, dass die Gesetzgebung ihnen eben nicht den vollen Schutz des Arbeitsrechts zuerkennen will. Auch wenn dies politisch wünschenswert erscheint, ist es deshalb meines Erachtens methodisch unzulässig auf interpretativem Wege den ArbeitnehmerInnenbegriff auszuweiten, da die „Untergrenze“ eben gesetzlich durch die Schaffung der Zwischenkategorie der arbeitnehmerInnenähnlichen Person festgelegt ist.

Eine andere Problematik ist jene, dass es in der Gig-Economy nicht immer leicht ist, die **Vertragsparteien und deren Verantwortlichkeiten** festzumachen. Die der herkömmlichen Betrachtungsweise zugrunde liegende Aufdröselung in einzelne Vertragsverhältnisse spiegelt jedoch die Lebensrealität und wirtschaftliche Situation der CrowdworkerInnen nur bedingt wider. Sie ignoriert nämlich die Komplexität von Mehrparteienverhältnissen, indem sie die rechtliche Analyse auf die ihnen zugrunde liegenden zweipersonalen Verträge reduziert und damit den weiteren Kontext und die ökonomischen Effekte des plattformbasierten Arbeitens ausblendet. Damit kann der Schutz des Arbeitsrechts durch mehr oder weniger originelle Vertragskonstruktionen unter Umständen geschickt vermieden werden. In Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“ wurde unter Heranziehung des funktionalen Konzepts des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin von Prassl⁵ gezeigt, wie dieser Problematik auf interpretativem Wege wirkungsvoll begegnet werden kann, indem der Fokus der Analyse auf die andere Seite des Vertragsverhältnisses gelegt wird und hier eine funktionale Betrachtungsweise angestellt wird. Aber auch hier würde *de lege ferenda* eine widerlegliche Vermutung einer Vertragsbeziehung zur Plattform die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen für CrowdworkerInnen erleichtern, die nur sehr bedingt Einblick in die dem Crowdsourcing zugrundeliegenden Vertragskonstruktionen und deren faktische Handhabung durch die Plattformen haben.

Diese auf interpretativem Wege zu erzielenden Ergebnisse dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass einerseits die Gerichte diesen Ansätzen erst folgen müssen und dass überdies in der Gig-Economy, wie auch sonst, eine Gruppe von Arbeitenden bestehen wird, die unter die derzeitige ArbeitnehmerInnendefinition nicht passt. Damit ist ein grundsätzliches Problem angesprochen, nämlich die Zunahme von Ein-Personen-Unternehmen (EPU), die, obzwar sie formal selbständig sind, in ähnlicher Weise sozial schutzbedürftig sind wie „echte“ ArbeitnehmerInnen.⁶

4 Risak, ZAS 2015, 16; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, Soziales Recht – Sonderausgabe Juli 2016, 36; einschränkend Warter, Crowdwork 189; aA Karl, in Tömann/Risak, Moderne Formen der Arbeit? 95.

5 The Concept of the Employer (2015).

6 Siehe dazu auch Srnicek, Platform Capitalism 78.

In der Folge werden **zwei unterschiedliche Lösungsstrategien** skizziert, die über den bisher in diesem Buch verfolgten Ansatz hinausgehen, im Wege der Interpretation des bestehenden Gesetzesmaterials zu befriedigenden Lösungen in dem Sinn zu gelangen, dass CrowdworkerInnen ein adäquater Schutz vermittelt werden kann.⁷ Dabei ist immer auch die Frage der Selbstorganisation, der betrieblichen Mitbestimmung und der kollektiven Rechtssetzung mit zu bedenken (Abschnitt „Eröffnung kollektiver Mitwirkungs- und Regelungsmöglichkeiten“).

- › Diese sind einerseits die **Schaffung eines speziellen Gesetzes**, eines „Crowdwork-Gesetzes“⁸, das sich – ähnlich dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – den speziellen Problemen des plattformbasierten Arbeitens widmet und das idealerweise von einer Europäischen Richtlinie flankiert wird (Abschnitt „Schaffung eines ‚Crowdworkgesetzes‘“).
- › Andererseits zeigt nicht nur die Gig-Economy die Verschiebung hin zu neuen Formen der Kleinstselbständigkeit, die die grundsätzliche Frage des **Schutzbereiches des Arbeitsrechts** aufwirft, wobei sich zwei Lösungsmöglichkeiten anbieten: die Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes (Abschnitt „Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes“) oder die Ausweitung jener Gesetze, die auf die Zwischenkategorie der arbeitnehmerInnen-ähnlichen Personen Anwendung finden (Abschnitt „Ausweitung er auf arbeitnehmerInnen-ähnliche Personen anwendbare Normen“).

Diese Lösungsvorschläge schließen einander freilich nicht aus – ganz im Gegenteil: Der Vielfalt der Veränderungen der Arbeitsorganisation und des Wirtschaftslebens überhaupt kann nur durch eine kreative Kombination unterschiedlicher Ansätze auf mehreren Ebenen begegnet werden. Denn zwei Dinge sind aus unserer Sicht klar: Erstens ist es wichtig, zu einem frühen Zeitpunkt unter Einbeziehung vor allem der in der Gig-Economy Arbeitenden gestalterisch einzugreifen, um einerseits das innovative Potenzial dieser Arbeitsmodelle zu nutzen, und andererseits schädlichen Praktiken entgegenzuwirken, bevor sich diese verfestigt haben und so neue (niedrige) Standards geschaffen sein werden, sodass eine Veränderung nur schwierig möglich ist. Zweitens ist es wichtig, weiter blickende Lösungen zu generieren, die in der Lage sind, einerseits flexibel auf die noch kommenden Veränderungen zu reagieren und andererseits doch jenen Beschäftigten, die eines Schutzes bedürfen, einen entsprechenden rechtlichen Rahmen zu bieten.

2. Schaffung eines „Crowdworkgesetzes“

Die in diesem Buch behandelte Form der Arbeitsorganisation hat einen gemeinsamen Nenner, der grundsätzliche Probleme aufwirft, nämlich die Zwischenschaltung von Plattformen zwischen LeistungserbringerInnen und LeistungsempfängerInnen. Diese nehmen zumeist eine herausragende Rolle bei der Leistungsabwicklung ein, die jedoch bisweilen verschleiert und gegenüber den Arbeitenden nicht immer in allen Details offengelegt wird. Damit ist es schon aufgrund der

7 Siehe dazu *Prassl/Risak*, The legal Protection of Crowdworkers: Four Avenues for Workers' Rights in the Virtual Realm, in *Meill/Kirov*, Policy Implications of Virtual Work (erscheint 2017).

8 So auch *SPÖ*, Plan A (2017) 49, http://www.meinplana.at/magazin_herunterladen (04.02.2017); siehe auch *Risak*, Der Plan A und das Arbeitsrecht – worauf warten?, <http://blog.sektionacht.at/2017/01/der-plan-a-und-das-arbeitsrecht-worauf-warten/> (04.02.2017).

mehrere Personen umfassenden und oft intransparenten Vertragsbeziehungen schwierig, VertragspartnerInnen und Verantwortlichkeiten zu definieren und es besteht das Risiko für die in der Gig-Economy Arbeitenden, dass sie am Ende ohne Schutz zurückbleiben.

Diese Einsicht, dass mehrpersonale Konstellationen bei der Leistungserbringung Probleme aufwerfen, ist freilich nicht neu. Schon im Zusammenhang mit der **Arbeitskräfteüberlassung** hat sich gezeigt, dass die herkömmliche Analyse, die nur zweipersonale Verhältnisse betrachtet, zu keinen befriedigenden Ergebnissen führt⁹ und dass hier letztlich die Gesetzgebung durch die Schaffung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) reagiert hat.

Es ist daher naheliegend, auch hinsichtlich des plattformbasierten Arbeitens eine eigene gesetzliche Grundlage zu schaffen, die die spezifischen Probleme in diesem Zusammenhang anspricht und regelt.¹⁰ Aus unserer Sicht sollte dabei die (widerlegliche) **Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zur Plattform** eine Kernbestimmung sein. Die Fallbeispiele haben plastisch gezeigt, wie schwierig es ist, in die von der Plattform organisierte Arbeitsorganisation Einblick zu bekommen, der aber wesentlich ist, damit ein Arbeitsverhältnis nachgewiesen werden kann. Letztlich hat nur die Plattform als jene Vertragspartnerin, die die Leistungsabwicklung organisiert und bei der alle Fäden zusammenlaufen, die faktischen Möglichkeiten, sowohl die konkreten Vertragsgefüge hinsichtlich der VertragspartnerInnen und der Vertragsinhalte bzw die gelebte Vertragspraxis nachzuweisen. Dies rechtfertigt eine Abweichung von der herkömmlichen Beweislastverteilung, die es CrowdworkerInnen in vielen Fällen einfach unmöglich machen würde, ihren ArbeitnehmerInnenstatus nachzuweisen. Vieles würde auch für die Schaffung eines Indizienkataloges ähnlich jenem bei Arbeitskräfteüberlassung in § 4 Abs 2 AÜG sprechen, der klare Kriterien festlegt, unter denen in der Gig-Economy jedenfalls Arbeitsverhältnisse vorliegen. Diese gesetzlichen Maßnahmen würden auch – zumindest vorerst – eine Anknüpfung an das Arbeitsrecht und den Gerichtsstand des gewöhnlichen Arbeitsortes ermöglichen, dh an jenen Staat, in dem physisch gearbeitet wird.

Von wesentlicher Bedeutung ist hier auch die **gewerberechtliche Zuordnung** der Tätigkeit der Plattformen, da davon auch die Anwendung von Kollektivverträgen und damit insbesondere auch der Mindestlohnbestimmungen abhängt. Es ist ähnlich wie bei der Arbeitskräfteüberlassung die Schaffung eines eigenen spezifischen Gewerbes des Crowdsourcing von Arbeit zu erwägen.

Daneben könnten folgende Aspekte in ein Crowdfunding-Gesetz aufgenommen werden:

- **Informationspflichten** analog der Dienstzettelpflicht gemäß § 2 AVRAG unabhängig von der Dauer des Vertragsverhältnisses¹¹, zumindest hinsichtlich der VertragspartnerInnen

.....

⁹ Es überrascht daher nicht, dass *Prassl* (Concept of the Employer 42 ff) sein funktionales ArbeitgeberInnen-Konzept insbesondere auch für die im Vereinigten Königreich nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Arbeitskräfteüberlassung entwickelt hat.

¹⁰ Diese Punkte gehen nicht unwesentlich auf bislang unveröffentlichte Überlegungen des Europäischen Gewerkschaftsbundes hinsichtlich eines „Rough Draft Summary for a Proposal for an EU Directive to provide for the Effective Enforcement of Employment Rights and the Protection of Workers in the Online/Platform /Gig Economy“ zurück.

¹¹ Nach § 2 Abs 4 Z 1 AVRAG besteht keine Dienstzettelpflicht bei einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von höchstens einem Monat.

und deren Adresse (sobald ein BenutzerInnenkonto eröffnet wird), ansonsten die Plattform jedenfalls für offene Ansprüche der CrowdworkerInnen haftet (vgl auch § 12 AÜG, wo für die Arbeitskräfteüberlassung umfangreiche schriftliche Mitteilungspflichten vorgesehen sind);

- › Klarstellung, dass der **Arbeitsort** insbesondere auch bei virtuellem Online-Crowdwork jedenfalls der Ort ist, an dem die CrowdworkerInnen physisch arbeiten;
- › **Anwendung des GIBG** auf Plattformen auch dann, wenn Arbeitsverhältnisse bzw Vertragsverhältnisse als arbeitnehmerInnenähnliche Personen nur zu den CrowdsourcerInnen vorliegen (vgl § 6a AÜG), womit insbesondere diskriminierenden Auftragszuteilungen und der Deaktivierung des BenutzerInnenkontos begegnet werden kann;
- › Klarstellung, welche **Kollektivverträge** bei einem Arbeitsverhältnis zur Plattform zur Anwendung kommen;
- › **Equal-Pay-Pflicht** ähnlich § 10 AÜG, dh Verpflichtung zur Zahlung zumindest des kollektivvertraglichen oder sonst festgelegten Mindestentgelts, das bei den jeweiligen CrowdsourcerInnen zur Anwendung kommt, um eine Unterwanderung der CrowdsourcerInnen-Kollektivverträge zu verhindern.¹² Alternativ könnte zumindest jenes kollektivvertragliche Mindestentgelt zur Anwendung kommen, das für DienstleisterInnen gilt, die die konkrete Tätigkeit der CrowdworkerInnen als Hauptgeschäftsbranche erbringen (zB Gebäudereinigung, IT-Dienstleistung);
- › Klarstellung, dass **Suchkosten** bei virtuellem Crowdwork, dh die Zeit, die CrowdworkerInnen damit verbringen, nach Aufträgen suchen, ebenso wie die **Standby-Zeiten** bei Crowdworkmodellen, die eine sofortige (faktische) Annahmeverpflichtung bei eingeschalteter App vorsehen bzw deren Geschäftsmodell diese voraussetzt, Arbeitszeit ist;
- › **Verbot bestimmter Vertragsklauseln** (ähnlich § 11 AÜG)
 - Bei echten Vermittlungsplattformen das Verbot, Tätigkeiten zu vermitteln, bei denen unter dem anwendbaren Kollektivvertragslohn gezahlt wird;
 - Verbot von Konkurrenzverboten während und nach der Tätigkeit auf einer Plattform, insbesondere das Verbot von Exklusivitätsklauseln, die es CrowdworkerInnen untersagen, direkt mit CrowdsourcerInnen zu kontrahieren;
 - Verbot der geldlosen Bezahlung, insbesondere in Form von Gutscheinen oder bitcoins;
 - Verbot des unbegründeten Ausschlusses der Zuteilung von Aufträgen bzw der unbegründeten Deaktivierung des BenutzerInnenkontos;
 - Verbot von Klauseln, die eine unbegründete Ablehnung von Arbeitsergebnissen ermöglichen, insbesondere dann, wenn nicht sichergestellt ist, dass das Arbeitsergebnis nicht dennoch verwertet wird (zB zur Qualitätskontrolle anderer Arbeitsergebnisse)¹³; dies gilt insbesondere auch für wettbewerbsbasierte Crowdwork-Modelle (siehe Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“).
- › Offenlegung gegenüber den CrowdworkerInnen und CrowdsourcerInnen, wie **Ratings** zustande kommen und wie sie unter Umständen gewichtet werden;

¹² Siehe dazu *Prassl/Risak*, in *Meil/Kirov*, Policy Implications (erscheint 2017).

¹³ Crowdsourcing-Plattformen organisieren in der Regel nicht nur Arbeit, sondern zielen auch darauf ab, die generierten Daten weiterzuverwenden.

- › Möglichkeiten der Anfechtung und Richtigstellung unrichtiger Ratings;
- › Möglichkeit der Übertragung von Ratings auf andere Plattformen;
- › Verpflichtung zur Etablierung eines für CrowdworkerInnen kostenfreien Schlichtungsverfahrens zur Beilegung von Streitigkeiten;
- › Klarstellung der **Verantwortlichkeiten** für die Einhaltung von ArbeitnehmerInnenschutz, Mindestentgeltregelungen sowie die Abfuhr von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen, wobei auch CrowdsourcerInnen mitverantwortlich gemacht werden sollten, wenn ein Arbeitsverhältnis zur Plattform besteht¹⁴;
- › **Informationspflichten** der Plattformen gegenüber Behörden und SozialversicherungsträgerInnen auch dann, wenn keine Arbeitsverhältnisse zu diesen, sondern zu den CrowdsourcerInnen vorliegen;
- › Anwendung der **Haftungsbeschränkungen** des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG) und des Organhaftpflichtgesetzes (OrgHG) zugunsten der CrowdworkerInnen gegenüber sowohl den CrowdsourcerInnen als auch den Plattformen (ähnlich § 7 AÜG);
- › Verbot des Crowdsourcing von Arbeit für von **Streik oder Aussperrung** betroffene Betriebe (ähnlich § 9 AÜG).

Weitere wesentliche Aspekte sind in diesem Zusammenhang die Rechtsdurchsetzung und die Informationsweitergabe von Plattformen an Arbeitsinspektorate, Steuerbehörden sowie SozialversicherungsträgerInnen, damit die korrekte Abfuhr von Steuern und Beiträgen gesichert ist. Eine äußerst effektive Form der Rechtsdurchsetzung wäre eine Verpflichtung von InternetproviderInnen, den Zugang zu Plattformen für NutzerInnen aus bestimmten Staaten zu blockieren, wenn diese nicht regelungskonform handeln und insbesondere nicht mit staatlichen Stellen kooperieren.

Einen anderen Ansatz verfolgen jene Konzepte, die auf der kollektiven Vertretung der CrowdworkerInnen, insbesondere gegenüber den Plattformen aufbauen. Dies betrifft einerseits die Ermöglichung der Selbstorganisation in Form von Gewerkschaften und das Aushandeln von Kollektivverträgen sowie andererseits die betriebliche Mitbestimmung. Diese Aspekte werden unter Abschnitt „Eröffnung kollektiver Mitwirkungs- und Regelungsmöglichkeiten“ behandelt.

3. Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes

Die Gig-Economy ist unseres Erachtens kein singuläres Phänomen am Arbeitsmarkt, sondern der Ausdruck eines grundsätzlichen Trends, nämlich einer Verschiebung weg von einem Normalarbeitsverhältnis hin zu atypischen Vertragsverhältnissen und neuen Formen der Kleinstselbstständigkeit. Die Daten der WKÖ für 2015 zeigen, dass österreichweit 58 % aller WKÖ-Mitglieder Ein-Personen-Unternehmen (EPU) sind.¹⁵ Dies legt es nahe, die hinter der Gig-Economy liegende systemische Problematik, nämlich die weitere Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis hin

¹⁴ Vgl § 14 AÜG zur abgestuften Bürgschaft der BeschäftigterInnen bei der Arbeitskräfteüberlassung.

¹⁵ http://wko.at/statistik/EPU/EFGmbH_EPU-Anteil_Bld.pdf (05.02.2017).

zu Formen der Kleinstselbständigkeit, grundsätzlich zu behandeln¹⁶. Hinsichtlich der Personen, die ohne wesentliche unternehmerische Struktur und insbesondere ohne MitarbeiterInnen in erster Linie ihre persönliche Arbeitskraft verwerten, sind nämlich häufig ähnlich schutzbedürftig wie traditionelle ArbeitnehmerInnen, womit die grundsätzliche Frage des **Schutzbereiches des Arbeitsrechts** aufzuwerfen ist. Dabei bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten an: die Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes oder die Ausweitung jener Gesetze, die auf die Zwischenkategorie der arbeitnehmerInnenähnlichen Personen Anwendung findet (Abschnitt „Ausweitung der auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen anwendbaren Normen“).

Die **Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes** ist freilich nicht ganz neu, im Regierungsprogramm für die Gesetzgebungsperiode 2008–2013¹⁷ war zB die Schaffung eines modernen, einheitlichen ArbeitnehmerInnenbegriffes vorgesehen. Inhaltlich stellt sich die Frage, ob die Betonung der organisatorischen Elemente gegenüber den wirtschaftlichen bei aller Praktikabilität noch zeitgemäß ist und alle Schutzbedürftigen erfasst oder nicht. Unseres Erachtens ist dies der Ansatzpunkt für eine Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes, die den Schutzbereich des Arbeitsrechts auf jene Personen ausweitet, die des Schutzes tatsächlich bedürfen. Im Gegenzug ist auch anzudenken, inwieweit der Schutz in bestimmten Bereichen nicht für jene Gruppe leitender Angestellter gelockert werden könnte, die über große Autonomie sowie ein hohes Einkommen verfügt, und die weit weniger schutzbedürftig erscheint als prekäre Kleinstselbständige.

4. Ausweitung der auf arbeitnehmerInnen-ähnliche Personen anwendbare Normen

Ein anderer grundsätzlicher Lösungsweg ist die Ausweitung einzelner arbeitsrechtlicher Bestimmungen auf jene Gruppe von Solo-Selbständigen oder KleinstunternehmerInnen, die trotz Vorliegens formaler Selbständigkeit gegenüber ihren VertragspartnerInnen nicht so verhandeln können, dass faire Entgelt- und sonstige Vertragsbedingungen gesichert werden. Das österreichische Arbeitsrecht hat deren Schutzbedürftigkeit schon seit längerer Zeit erkannt und den sogenannten „**arbeitnehmerInnenähnlichen Personen**“, die *„ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind“*¹⁸ einen gewissen, aber doch eben nur sehr eingeschränkten Schutz zuerkannt.

.....

¹⁶ Dies insbesondere auch deshalb, weil sich die Zahl der Bedarfsorientierte Mindestsicherungs (BMS)-BezieherInnen drastisch erhöht hat. Eine aktuelle Studie des WIFO für Wien <https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/planung/pdf/bms-entwicklungsfaktoren.pdf> (07.02.2017) belegt, dass zunehmende Segmentierung am Arbeitsmarkt, mit einem wachsenden Segment nicht stabiler oder nicht vollzeitiger sowie niedrig entlohnter Beschäftigung neben der seit der Finanzkrise 2008 fast durchgängig steigenden Arbeitslosigkeit eine wesentliche Ursache dafür darstellt, dass zunehmend mehr Menschen auf die BMS angewiesen sind.

¹⁷ Gemeinsam für Österreich (2008) 28, <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=32965> (28.11.2016).

¹⁸ So zB die Definition in § 1 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz.

Konkret findet sich dieser Begriff zuerst im Arbeitsgerichtsgesetz 1946¹⁹, das sich wiederum an das deutsche Arbeitsgerichtsgesetz 1926²⁰ anlehnt.²¹ In der Folge fanden nach und nach einzelne arbeitsrechtliche Normen auf diese Personengruppe Anwendung wie die Haftungserleichterungen des DHG, das GIBG und das bereits erwähnte Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz. Im Wesentlichen entbehren sie aber des arbeitsrechtlichen Schutzes. Die Zunahme dieser arbeitnehmerInnenähnlichen Personen im Zuge des digitalen Wandels lässt eine Ausweitung des Schutzes für diese Personengruppe als adäquate Lösung erscheinen.²²

So ist in Deutschland dieser Gruppe bereits der Abschluss von Tarifverträgen eröffnet (§ 12a TVG, dazu Abschnitt „Eröffnung kollektiver Mitwirkungs- und Regelungsmöglichkeiten“) und finden auch die Regelungen des Bundes-Urlaubsgesetzes (§ 2 BUrlG) auf sie Anwendung. Ebenso ist im Vereinigten Königreich die vergleichbare Gruppe der *workers* von den Regelungen des Mindestlohns und desurlaubes erfasst; dies ist praktisch auch deshalb im Zusammenhang mit der Gig-Economy von Bedeutung, da nach einer Entscheidung des Employment Tribunal vom 28.10.2016²³ FahrerInnen des Transportdienstes Uber Recht auf Bezahlung des gesetzlichen Mindestlohnes und desurlaubes haben, da sie als *workers* qualifiziert wurden. Auch in den USA wird gerade unter Bezugnahme auf die Gig-Economy die Schaffung bzw die Ausweitung einer Zwischenkategorie als „*dependent contractor*“ diskutiert.²⁴

In der internationalen Diskussion ist es dabei umstritten, ob diese Zwischenkategorie nicht auch dazu führen kann, dass der Schutz des Arbeitsrechtes im Kern abnimmt, da dann zunehmend in die nunmehr als legitim angesehene Zwischenkategorie ausgewichen wird.²⁵ Die Erfahrungen in Deutschland und Österreich, wo diese Zwischenkategorie bereits seit Jahrzehnten bekannt ist, sind weniger negativ, da eine derartige Ausweichbewegung bislang nicht stattgefunden hat, sondern die Entwicklung in Richtung Kleinstselbständigkeit unabhängig davon erfolgt und die Einordnung als arbeitnehmerInnenähnliche Person zumindest ein Mindestmaß an Schutz bietet, das allerdings ausgeweitet werden sollte. Wie weit dies gehen soll, ist dabei noch nicht sehr konkret diskutiert. Der aktuellste Diskussionsbeitrag von *Mazal*²⁶ sieht einen Regelungsbedarf insbesondere hinsichtlich der Möglichkeiten der Selbstorganisation, der kollektiven Rechtssetzung und der betrieblichen Mitbestimmung (dazu sogleich). Aus unserer Sicht ist darüber hinaus auch

.....
¹⁹ BGBl 1946/170.

²⁰ RGBl I 1926, 507.

²¹ Dazu *Wächter*, Wesensmerkmale der Arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 59; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 30.

²² Siehe dazu *Prassl/Risak*, The Legal Protection of Crowdworkers – Four Avenues for Workers’ Rights in the Virtual Realm, in *Meil/Kirov*, Policy Implications of Virtual Work (erscheint 2017).

²³ Employment Tribunals 28.10.2016, 2202551/2015 & Others, *Aslam, Farrar & Others v Uber B.V., Uber London Ltd. & Uber Britannia Ltd*, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/> (28.11.2016).

²⁴ So insbesondere *Harris/Krueger*, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”, The Hamilton Project – Discussion Paper 2015-10 (2015), http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf (05.02.107); *Lobel*, The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, USD Legal Studies Research Paper Series No 16-223 (2016) 10.

²⁵ So insbesondere kritisch *De Stefano*, The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy, Conditions of Work and Employment Series No. 71 (2016) 20; siehe dazu auch *Prassl/Risak*, in *Meil/Kirov*, Policy Implications of Virtual Work (erscheint 2017).

²⁶ *Mazal*, Arbeitnehmerähnliche Selbständige, in *Tomandl/Risak*, Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit (2016) 106 (129).

das individuelle Arbeitsrecht punktuell auszuweiten, insbesondere was die Fragen des Urlaubs, der Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung und die Beendigung betrifft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsverhältnisse unter Umständen fragmentiert sind und zB nur sehr kurz andauern, was eine Branchenlösung (ähnlich jener für das Baugewerbe) oder überhaupt eine stärkere Verzahnung mit dem Sozialversicherungsrecht nahelegt.

Von nur beschränkten Auswirkungen auf die Gig-Economy wäre eine Ausweitung des **Heim-arbeitsgesetzes** auch auf nicht-manuelle Tätigkeiten (dazu Beitrag „(Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy“), wie dies insbesondere von *Warter*²⁷ gefordert wird. Wenngleich damit für virtuelle Online-CrowdworkerInnen ein sehr praktikabler Ansatz zur Schaffung besserer Arbeitsbedingungen geschaffen wird, erfasst das HeimAG eben nicht Tätigkeiten im Offline-Bereich wie Transportdienstleistungen oder Tätigkeiten in der Wohnung der LeistungsempfängerInnen (CrowdsourcerInnen). Eine grundlegende Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Gig-Economy wäre somit auf diesem Wege nicht möglich.

5. Eröffnung kollektiver Mitwirkungs- und Regelungsmöglichkeiten

Eine naheliegende Lösung für die Problematik, dass die individuell verhandelten bzw von den Plattformen und/oder AuftraggeberInnen vorgegebenen Entgelte sehr niedrig und die sonstigen Arbeitsbedingungen schlecht sind, ist der Zusammenschluss der CrowdworkerInnen und deren **kollektives Verhandeln** insbesondere von Entgeltbedingungen. Sollten diese nicht als ArbeitnehmerInnen anzusehen sein, so sollte für sie diese Möglichkeit dennoch gesetzlich eröffnet werden. In Deutschland sind zB arbeitnehmerInnenähnliche Personen vom Tarifvertragsgesetz (§ 12a TVG) erfasst und sie können Kollektivverträge mit Normwirkung abschließen.²⁸ Auch hier ist jedoch zu beobachten, dass die Möglichkeiten bislang nur wenig genutzt wurden und von den 44 registrierten Tarifverträgen für arbeitnehmerInnenähnlichen Personen 40 Firmentarifverträge in Rundfunk und Fernsehen sind. Nur vier weitere Tarifverträge sind klassische Verbandstarifverträge, aus der Branche der Grafikdesigner (Mantel- und Vergütungs-TV Design) und aus der Branche der Zeitungsverlage (Mantel- und Gehalts-TV).²⁹ Daraus lässt sich ableiten, dass dieses Instrument, wenngleich die Möglichkeit seit 1974 besteht, noch zu wenig von Selbständigen und ihren Organisationen genutzt wird.³⁰

In Österreich besteht diese Möglichkeit nur eingeschränkt, insbesondere für ständige freie MitarbeiterInnen eines Medienunternehmens oder Mediendienstes (§§ 16 ff Journalistengesetz),

27 Crowdwork 228.

28 Dazu siehe auch *Reinecke/Rachor*, in *Däubler*, Tarifvertragsgesetz⁴ (2016) § 12a Rz 2 ff.

29 So *BMAS*, Weissbuch Arbeiten 4.0 (2016) 174 (FN 196); *Reinecke/Rachor*, in *Däubler*, TVG⁴ § 12a Rz 9 ff.

30 So *BMAS*, Weissbuch Arbeiten 4.0, 174.

literarisch wurde eine Ausweitung immer wieder diskutiert.³¹ Aus unserer Sicht wäre eine Öffnung des Abschlusses von Kollektivverträgen für arbeitnehmerInnenähnliche Personen rechtspolitisch erstrebenswert und würde die Verhandlungsschwäche dieser Personengruppe beim Aushandeln ihrer Arbeitsbedingungen verringern.³²

Europarechtlich ist dies freilich nicht ganz unproblematisch, da ein Zusammenschluss von Selbständigen, die Absprachen treffen, nicht unter einem bestimmten Preis anzubieten, als „Preiskartell für Arbeit“ angesehen und im Widerstreit mit dem Kartellverbot in Art 101 AEUV gesehen werden könnte. Der EuGH hatte in *FNV Kunsten*³³ dazu meines Erachtens nicht ganz eindeutig Stellung genommen.³⁴ Damit ist europarechtlich weiterhin die Frage offen, inwieweit Personen Möglichkeiten der kollektiven Rechtssetzung eröffnet werden können, die gerade nicht wie typische UnternehmerInnen tätig sind und bei denen in dieser Form wie bei ArbeitnehmerInnen ein Marktversagen ausgeglichen wird.³⁵

Im Hinblick auf die **betriebliche Mitbestimmung** hat die Untersuchung in Beitrag „Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie“ gezeigt, wie schwierig es ist, Randbelegschaften in die Betriebsverfassung mit einzubeziehen und dass diesbezüglich ein Anpassungsbedarf hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches besteht. Gerade die schon in der Vergangenheit erfolgte Einbeziehung der HeimarbeiterInnen zeigt, dass sich die Gesetzgebung der Problematik schon in der Vergangenheit bewusst war und dass zwischen den ArbeitnehmerInnen und bestimmten Gruppen von Selbständigen eher ein Interessengleichklang, denn ein Gegensatz besteht.³⁶

6. Ergebnis

Die Untersuchung unterschiedlicher Geschäftsmodelle der Gig-Economy hat gezeigt, dass, obwohl das Phänomen des plattformbasierten Arbeitens ein relativ rezentes ist, die rechtlichen, insbesondere die arbeitsrechtlichen Probleme nicht unbedingt alle neu sind. Aus einer historischen Perspektive ist die Gig-Economy und die Organisation von Arbeit im Wege des Crowdwork als eine weitere Station in der Entwicklung weg vom Normalarbeitsverhältnis hin zu „schlanken“ Formen der Leistungserbringung zu sehen, die – bei gleichzeitiger voller Kontrolle über den Arbeitsprozess – das Risiko unproduktiver Zeiten möglichst auf die Arbeitenden verschieben und die Arbeitskosten möglichst gering halten möchten. Nicht überraschend zeigen manche Ausgestaltungen des Crowdwork frappierende Ähnlichkeiten zur Heimarbeit des 18. und beginnenden

³¹ *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 16; *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, 100; *ders.*, Ist das ArbVG noch aktuell?, DRdA 2014, 511.

³² So auch *Risak*, ZAS 2002, 166; *Mosler*, DRdA 2014, 515; *Mazal*, in *Tomandl/Risak*, Neue Formen der Arbeit 132; noch weitergehend *Mosler*, DRdA 2012, 109.

³³ EuGH C-413/13, DRdA 2016/18 (*Grillberger*) = ZAS 2015/45 (*Mair*).

³⁴ *Grillberger*, DRdA 2015, 167; *Mair*, ZAS 2015, 284; *Felten*, Arbeit und Soziales, in *Herzig*, Jahrbuch Europarecht 2015 (2016) 245 (249); *Reinecke/Rachor*, in *Däubler*, TVG⁴ (2016) § 21a Rz 14 mZn des deutschen Meinungsstandes.

³⁵ So auch *Mosler*, DRdA 2013, 113.

³⁶ Anderer Ansicht offenbar *Mazal*, in *Tomandl/Risak*, Moderne Formen der Arbeit 134.

19. Jahrhunderts.³⁷ Auch ist die Dazwischenschaltung Dritter nicht unbedingt neu, wie die mittlerweile auch europarechtlich regulierte Arbeitskräfteüberlassung zeigt. Freilich verstärkt die technologische Entwicklung all diese Trends und ermöglichen Plattformen letztlich einen „Spotmarkt“ für Arbeit, bei dem nur das bezahlt wird, was auch tatsächlich in Anspruch genommen wird. Damit erodiert der Schutz des Arbeitsrechtes zumindest durch die Atomisierung früher durchgängiger Vertragsbeziehungen, wenn es nicht gar zu einem Ausscheiden aus dem persönlichen Anwendungsbereich kommt, da keine ArbeitnehmerInnenenschaft mehr besteht.

Wir haben in diesem Buch versucht, durch eine zeitgemäße Interpretation des bestehenden Rechtsbestandes den Schutzbereich an die neueren Entwicklungen anzupassen, soweit dies methodisch vertretbar erschien. Es bleibt jedoch ein, je nach Ansicht, größerer oder kleinerer Bereich, der so nicht erfasst werden kann, obwohl ein Schutzbedürfnis der in diesem Arbeiten besteht. Dem kann auf unterschiedliche Weise begegnet werden, wobei sich die einzelnen Lösungswege nicht unbedingt ausschließen, sondern kombiniert werden sollen: Einerseits ist die Schaffung eines Crowdworkgesetzes zu erwägen, das auf die besonderen Konstellationen und Probleme dieser Form der Arbeitsorganisation reagiert und andererseits die Ausweitung jener Normen, die auf arbeitnehmerInnenähnliche Personen Anwendung finden bzw eine Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes, die auch Elemente wirtschaftlicher Abhängigkeit miteinbezieht. Wesentlich ist dabei angesichts der großen Vielfalt der Gig-Economy und der Heterogenität der in ihr gepflogenen Geschäftsmodelle die Erkenntnis, dass eine einfache Lösung wohl nur schwer zu finden sein wird: Crowdwork kann nämlich einerseits spezialisierten KleinunternehmerInnen die Möglichkeit bieten, einer lukrativen, erfüllenden und flexiblen Beschäftigung nachzugehen, oder aber andererseits auch eine Prekaritätsfalle sein, in der „virtuelle SklavInnen“ zu niedrigen Entgelten dauernd *online* sind und nur *on demand* arbeiten. Ob das eine oder das andere stattfindet, ist nicht ein der Technikentwicklung immanenter Automatismus, sondern die Folge von Entscheidungen – insbesondere auch der Gesetzgebung, die die Rahmenbedingungen schafft. Dabei wird nur ein differenzierter und flexibler Ansatz, der sich beiden Polen der Gig-Economy nicht verschließt, in der Lage sein, gute Arbeitsbedingungen für jene zu gewährleisten, die diese nicht alleine ausverhandeln können, und gleichzeitig auf der anderen Seite die Kreativität und Innovationskraft nicht zu ersticken, die teilweise in diesen neuen Geschäftsmodellen steckt. Dabei darf freilich nicht vergessen werden, dass prekäre Arbeitsbedingungen nicht innovativ sind und dass Geschäftsmodelle, die nur dann funktionieren, wenn die Lohnkosten auf ein Minimum gedrückt werden, unseres Erachtens nicht förderungswürdig sind, sondern ihnen vielmehr regulatorisch entgegengetreten werden muss. Und genau dafür ist das Arbeitsrecht auch da.

.....
 37 Siehe dazu auch *Finkin*, *Beclouded Work, Beclouded Workers in Historical Perspective*, CLLPJ 2016, 603 ff.

Die HerausgeberInnen



Dr.ⁱⁿ **Doris Lutz** war bis zu ihrer Pensionierung Ende 2016 Arbeitsrechtsexpertin in der Abteilung Sozialpolitik der Arbeiterkammer Wien und zuständig für rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Grundlagenarbeit zum Arbeitsrecht mit unter anderem den Schwerpunkten Atypisierung der Arbeitsverträge, ArbeitnehmerInnenbegriff sowie Telearbeit. Weiters war sie technische Beraterin bei den Internationalen Arbeitskonferenzen der ILO.



Dr. **Martin Risak** ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien und unter anderem Vorsitzender des Senats II der Gleichbehandlungskommission, National Expert des die Europäische Kommission beratenden „European centre of expertise in the field of labour law, employment and labour market policies (ECE)“, Sprecher des akademischen Mittelbaus an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Mitglied des Redaktionsteams der Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (ZAS) sowie Vorstandsmitglied der Österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht. Prof. Risak ist Verfasser und Herausgeber zahlreicher Standardwerke zum Arbeitsrecht (zB Arbeitsrecht in Grundzügen, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, Austrian Labour Law) sowie Autor von mehr als 100 Aufsätzen, Buchkapiteln und Entscheidungskommentaren zum österreichischen und europäischen Arbeits- und Sozialrecht sowie der Mediation (siehe <https://arbeitsrecht.univie.ac.at/team/risak-martin/publikationen/>).

Die AutorInnen



Mag. **Matthias Balla** ist Arbeitsrechtsexperte in der Abteilung Weiterbildung für ArbeitnehmervertreterInnen der Arbeiterkammer Wien und zuständig für die Ausbildung der LaienrichterInnen sowie die Ausbildungslehrgänge für ArbeitnehmervertreterInnen in Zusammenarbeit mit dem VÖGB.



Mag.^a **Sarah Bruckner** ist Arbeitslosenversicherungsrechts-Expertin in der Abteilung Arbeitsmarkt und Integration der Arbeiterkammer Wien. Sie ist Mitarbeiterin des Praxiskommentars Arbeitslosenversicherungsrecht von *KrappfKeul* (Verlag LexisNexis), Autorin rechtswissenschaftlicher Artikel, arbeitet an rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Positionen mit und berät zu Fragen der Arbeitslosenversicherung.



Mag. **Thomas Dullinger** ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Er ist Heinrich-Klang-Preisträger und arbeitet zurzeit neben anderen Publikationen an seiner Dissertation.



Mag. Dr. **Wolfgang Goricnik**, MBL, ist Arbeits- und Datenschutzrechts-Experte der Arbeiterkammer Salzburg und befasst sich unter anderem mit entsprechender rechtspolitischer und rechtswissenschaftlicher Grundlagenarbeit. Er ist Autor zahlreicher Beiträge in rechtswissenschaftlichen Zeitschriften sowie Buchautor, unter anderem Mitherausgeber des Handbuchs „Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle“ (Manz Verlag).



MMag. **Michael Heiling** ist betriebswirtschaftlicher Experte in der Arbeiterkammer Wien, verfertigt Bilanzanalysen, berät Betriebsräte in wirtschaftlichen Angelegenheiten, erstellt Branchenanalysen (in den Branchen Versicherungen, IT, Verkehr sowie Metall- und Elektroindustrie), macht interessenpolitische Grundlagenarbeit (im Feld „Zukunft von Wirtschaft, Arbeit und Mitbestimmung“) und bildet Betriebsratsmitglieder in Aufsichtsräten aus.



Mag. Dr. **Wolfgang Kozak** ist Rechtsexperte in der Bereichsleitung der Arbeiterkammer Wien. Er ist Autor rechtswissenschaftlicher Artikel in Fachzeitschriften und Fachbüchern sowie Herausgeber von Fachpublikationen.



Mag.ª **Caroline Kramer** ist Sozialversicherungsrechts-Expertin in der Abteilung Sozialversicherung der Arbeiterkammer Wien, arbeitet an rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Positionen mit und berät zu Fragen der Pensions-, Kranken- und Unfallversicherung. Außerdem vertritt sie in Sozialrechtssachen vor dem Arbeits- und Sozialgericht sowie dem Oberlandesgericht.



Mag.ª **Sylvia Kuba** ist Expertin für das Thema Crowdwork und Digitalisierung in der Arbeiterkammer Wien. Sie ist zuständig für die Prozessleitung der Themen Digitaler Wandel, Crowdwork sowie Share Economy, leitet bereichsübergreifende Projekte und ist Mitglied der Redaktion des AK-Blogs blog.arbeit-wirtschaft.at.



Dr. **Thomas Majoros** ist nach Mitarbeit in mehreren namhaften Rechtsanwaltskanzleien Rechtsanwalt in der Kooperation selbständiger Rechtsanwälte DMW mit Schwerpunkt individuelles und kollektives Arbeits- und Sozialrecht. Zur Publikations- und Vortragstätigkeit siehe unter <http://www.dmw-law.at/tm.html>.



Mag. **Martin Müller** ist Leiter des Referates Rechts- und Kollektivvertragspolitik im Österreichischen Gewerkschaftsbund, war Betriebsratsvorsitzender im Verein Wiener Jugendzentren und referiert unter anderem an der Wiener Gewerkschaftsschule und der Sozialakademie.



Mag. **Thomas Riesenecker-Caba** ist Geschäftsführer der Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt (FORBA) in Wien und für das Thema „Technikgestaltung und Datenschutz“ verantwortlich. Darüber hinaus berät er seit über 25 Jahren betriebliche Interessenvertretungen bei der Einführung und Gestaltung von Informations- und Kommunikationssystemen.



Mag. **Hannes Schneller** ist Mitarbeiter der Abteilung Sozialpolitik der AK Wien. Er befasst sich mit rechtspolitischer und rechtswissenschaftlicher Grundlagenarbeit zum Arbeitsrecht und berät FunktionärInnen und MitarbeiterInnen der Gewerkschaften sowie Betriebsräte. Er ist Lehrbeauftragter der FH Campus Wien und Autor zahlreicher Beiträge zum Arbeits- und Gesellschaftsrecht.



Dr. **Johannes Warter**, Mitarbeiter der Porsche-Holding Salzburg, hat mit einem Johann-Böhm-Stipendium des ÖGB und im Rahmen eines Förderprogrammes für Dissertationen der AK Oberösterreich zum Thema Crowdwork am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien dissertiert. Diese Dissertation ist unter dem Titel „Crowdwork“ 2016 im ÖGB-Verlag erschienen.

Gig-Economy – Stichwortverzeichnis

- Abgrenzung, Vertragstypen, Sozialversicherung 276
- Abhängigkeit, persönliche 134, 136, 195, 279
- Abhängigkeit, wirtschaftliche 280
- Ablehnungsrecht 87, 94
- Ablieferungstermin 89
- Abrufarbeit 94, 208
- AGB siehe allgemeine Geschäftsbedingungen
- Akzeptanzrating 111
- Allgemeinen Geschäftsbedingungen 25, 39, 48, 68, 182
 - Book a Tiger 160, 182
 - Clickworker 68, 73
- Altersstruktur, Crowdwork 38
- Amazons Mechanical Turk 22
- Anknüpfung, Gerichtsstand 316
- Anpassungsbedarf
 - Arbeitsrecht 352
 - Betriebsverfassung 232
- Anwendbares Recht 183
- Arbeit auf Abruf 91, 94, 208
- Arbeit, digitale 21
- ArbeitgeberIn 53
- ArbeitgeberIn, funktionales Konzept 53, 83, 173, 310
- ArbeitnehmerIn 45
 - Betriebsverfassung 208, 216
 - Book a Tiger 168
 - Clickworker 82
 - Foodora 191
 - im Ausland 225
 - Neudefinition 358
 - Sozialversicherung 257
 - Uber 131
 - Unionsrecht 132
- ArbeitnehmerInnenähnliche Person 58, 101, 208, 359
- Arbeitsaufträge, Book a Tiger 157
- Arbeitsbedingungen 25
- Arbeitskosten 353
- Arbeitskräftepool 208, 223
- Arbeitskräfteüberlassung 46, 55, 178, 356
 - Betriebsverfassung 207
- Arbeitslosenversicherung 289
 - Leistungsvoraussetzung 291
 - Rückforderung von Leistungen 297
 - Zuverdienst 296
- Arbeitsorganisation 197
- Arbeitsort 88, 196, 279
 - gewöhnlicher 311
 - virtueller 88
- Arbeitspflicht, persönliche 278
- Arbeitsrecht 45, 191
 - Anwendungsbereich 45
 - Book a Tiger 168
 - Clickworker 82
 - Foodora 191
 - Uber 131
- Arbeitsverhältnis, mittelbares 223
- Arbeitsverhältnis, Vermutung 354
- Arbeitsvermittlung 52
- Arbeitsvertrag 51
 - durchgängiger 178
 - mangelhafter 217
 - punktueller 93
- Arbeitszeit 89, 196, 198
- Atypische Beschäftigung 13
- Auslandbezug 304
 - Betriebsverfassung 225
- Ausweichklausel 311
- Beförderungsorganisation 117
- Beförderungsorganisationsvertrag 115
- Befristung 92
- Beitragspflicht 286
- Beleidigung 339
- BenutzerInnenkonto 68
- Bereitschaftszeit 95

- Beschäftigung
 - atypische 13
 - fallweise 283
 - regelmäßige bei Heimarbeit 217
- Beschäftigungsverhältnis
 - disloziertes 280
 - faktisches 216
- Betrachtungsweise, herkömmliche 47
- Betreuungsangebot, online 330
- Betriebsbegriff 213
- BetriebsinhaberIn 214
- Betriebsmittel 41, 197
- Betriebsrat 204
- Betriebsverfassung 204
 - Anpassungsbedarf 232
 - arbeitnehmerinnenähnliche Person 208
 - ArbeitnehmerInnenbegriff 216
 - Arbeitskräfteüberlassung 216
 - Fallbeispiele 212
 - Heimarbeit 217
 - Ziele 210
- Bewertung, siehe Rating
- Bewertungsplattform 327
- Beziehung, zweipersonale 46
- Big Data 237
- Bild, eigenes 337
- Book a Tiger 21, 40, 150 ff
 - AGB 160
 - Arbeitsaufträge 157
 - Arbeitsvertrag 168
 - Bewertungsprozess 153
 - Datenschutz 241
 - rechtliche Beurteilung 154
 - Registrierung 155
 - Vermittlungsprozess 153
 - Vertragsabschluss 164
- Casual work 15
- Clickworker 22, 40, 62 ff
 - AGB 68
 - Arbeiten 66
 - Arbeitsvertrag 82
 - Datenschutz 239
 - Dauerschuldverhältnis 85
 - Dienstvertrag 84
 - Entgelt 80, 98
 - Gewährleistung 80
 - Organisation 65
 - Plattform 65
 - Registrierung 72
 - Rücktritt 80
 - Vertrag 68
 - VertragspartnerInnen 66, 82
 - Werkvertrag 84
 - Workplace 69
- Cloud 17
- Cloudwork 16
- Cognitive Picework 22
- Collaborative Employment 15
- Crowd 17, 23, 32, 34
- Crowdfunder 81
- Crowdsourcing 16, 19
 - externes 20, 63
 - internes 19
- Crowdsourcingplattform, siehe Plattform
- Crowdwork 16, 34
 - Altersstruktur 38
 - Arbeitsbedingungen 25
 - Formen 19
 - Funktionsweise 22
 - Nachteile 24
 - Österreich 37
 - Studien 35
 - virtuelles 62
 - Voraussetzungen 23
 - Vorteile 24
- Crowdworkgesetz 355
- Daimler AG 20
- Daten zu
 - Gig-Economy 35
 - Plattformen 40
- Datenschutz 236 ff, 342
 - Book a Tiger 240
 - Clickworker 239
 - Feedback 245

- Foodora 241
- Rating 245
- Uber 238
- Übermittlung von Daten 251
- Datenschutzgesetz 243
- Datenübermittlung 251
- Datenverwendung nach Treu und Glauben 246
- Dauer des Beschäftigungsverhältnisses 283
- Dauerschuldverhältnis 85, 195
- Clickworker 85
- Deutschland 36
- Dienstleistung, haushaltsnahe 150 ff
- Dienstleistungsplattformen 31
- Dienstleistungsvertrag 313
- Reinigung 154
- DienstnehmerInnen, siehe auch ArbeitnehmerInnen
- freie 266
- Sozialversicherung 257
- Dienstvertrag, siehe auch Arbeitsvertrag
- Clickworker 84
- freier 51, 102
- Sozialrecht 276
- Digitale Arbeit 21
- Digitale Reputation 23, 26
- Disloziertes Beschäftigungsverhältnis 280
- Durchgängiges Vertragsverhältnis 92

- EGVVO 314
- Ehrenbeleidigung 335
- Einkommenssteuer 202
- Einstiegstest 76
- Employee Sharing 15
- Entgelt
- Clickworker 80, 98
- niedriges 25
- Uber 112
- Entgeltfortzahlung
- Krankheit 201
- Urlaub 201
- Entschuldigungsgrund 340
- Essenzustellung 186 ff

- Europäische Kommission 29
- Europäische Union 14

- Fabrikordnung 1848 205
- Fahrpreis, Uber 112
- Faircrowdwork 327
- Faktisches Beschäftigungsverhältnis 216
- Fallweise Beschäftigung 207, 283
- Feedback, Datenschutz 241
- Foodora 40, 186 ff
- arbeitsrechtliche Qualifikation 191
- Arbeitszeit 198
- Datenschutz 241
- Kontrolle 200
- Rider 188
- Schadenshaftung 199
- Schicht 189
- Sozialrecht 198
- Freelancer 19 f
- Freiberufler 19
- Freie DienstnehmerInnen, siehe DienstnehmerInnen, freie
- Freier Dienstvertrag, siehe Dienstvertrag freier
- Fremdbestimmung 91
- Funktionales ArbeitgeberInnenkonzept 53, 83, 173, 310

- Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 119
- Gemeinschaftsbetrieb 215
- Generation Open 20, 242
- Gericht, zuständiges 316
- Gerichtsstand 304, 314
- Gerichtsstandvereinbarung 184, 314, 318
- Gerichtszuständigkeit, internationale 314
- Geringfügigkeit 271
- Beispiele 273
- Geringfügigkeitsgrenze 271
- Gesamtdienstleistungsplattform 66
- Gewährleistung, Clickworker 80
- Gewerbeschein 269
- Gewerkschaften 320 ff
- Gig 18, 33

- Gig-Economy 29, 34
 - Arbeitsrecht 44 ff
 - Begriff 18
 - Daten 35
 - Nachteile 24
 - Vorteile 24
- Gigwork 34
- Gleitzeit 96
- Grenzüberschreitender Sachverhalt 348
 - Sozialversicherung 258
- Großbritannien 36
- Gütesiegel 329

- Haftung, Plattformen 344
- Haftungsbeschränkung 358
- Haushaltsnahe Dienstleistungen 150 ff
- Heimarbeit 56, 208
 - Betriebsverfassung 206, 208, 217
 - regelmäßig Beschäftigte 217

- IBM 20, 242
- Informationspflichten 356
- Internationale Gerichtszuständigkeit 314
- Internationaler Sachverhalt 306
- Internationales Privatrecht 305
- Internationales Recht 183
- Invitatio ad offerendum 50

- Jahresabschluss 41
- Job sharing 15

- Kampfmaßnahmen, alternative 320 ff
- Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit 20
- Kartellgesetz 125
 - Kartellverbot 59
- Kettenarbeitsvertrag 54, 93
- Kollaborative Wirtschaft 29
- Kollektive Rechtsetzung 59
- Kollektive Verhandlungen 361
- Kollektivvertrag 59, 357
 - Clickworker 98
 - Uber 142
- Kollisionsnorm 132, 305

- Konsensprinzip 91, 193
- KonsumentInnen, Einbeziehung in Kampfmaßnahmen 328
- KonsumentInnenschutzrecht 128
- Kontrolle 22, 32, 51, 54, 249
 - Book a Tiger 171
 - Clickworker 82, 89
 - Foodora 197, 200
 - Kontrolldichte 51
 - Kontrollmöglichkeiten 197
 - Uber 132, 134, 147
- KAPOVAZ 20
- Krankenversicherung 262, 268
- Krankheit 201
- Kreditschädigung 335, 339
- KundInnenbewertung 110

- Labour Pooling 15
- Leiharbeit, siehe Arbeitskräfteüberlassung
- Leistung, charakteristische 313
- Leistungserbringung, kurzfristige 54
- Leistungspflicht, persönliche 169
- Liquid, IBM-Programm 20
- Lösungsstrategien 352 ff

- Machtungleichgewicht 90
- Mechanical Turk 22
- Mediengesetz 346
- Meldepflicht 286
- Messgerät, nicht geeichtes 125
- Microjob, siehe Microtask
- Microtask 21, 34, 63, 67
- Mietwagengewerbe 120
- Mindestarbeitsverpflichtung 194
- Mindesteinsatzzeit 95
- Mitbestimmung 204 ff
- Mitwirkung 361
 - Gig-Economy 232
- Mobile work 15
- Multiple Choice Test 77

- Nachrede, üble 338
- Name-and-Shame-Aktion 325

- Neo-Taylorismus 22
- Netzwerkeffekt 30, 32
- Neudefinition, ArbeitnehmerInnenbegriff 358
- Neue Formen der Arbeitserbringung 14
- New Forms of Employment 14
- Niederlande, Daten 36
- Niederlassung 311
- Normalarbeitsverhältnis 14

- ÖGB 324
- Ökonomie
 - der Plattform 28 ff
 - des Teilens 29
- Online-Betreuungsangebot 330
- Organisation
 - betriebliche 206
 - gewerkschaftliche 320 ff
- Organisationsstrategien, alternative 334 ff
- Organisatorische Unterordnung 169
- Österreich, Daten 37

- Peek & Cloppenburg-Entscheidung 95
- Pensionsversicherung 264, 268
- Person, arbeitnehmerInnenähnliche 101, 359
- Persönliche Abhängigkeit 86, 134, 136, 195, 279
- Persönliche Arbeitspflicht 169, 278
- Persönlichkeitsschutz 335, 337
- Pflichtversicherung 255
- Plattform 29
 - Daten 40
 - Einteilungsraster 31
 - Gesamtdienstleistung 66
 - Kategorisierungsansätze 30
 - -kapitalismus 29
 - marktliche 30
 - -ökonomie 29
 - PlattformbetreiberInnen 38
 - Vermittlung 66
- Plattformzeitalter 29
- Portfolio work 15
- Preisausschreiben 50

- Preiskartell für Arbeit 59
- Privatrecht, Internationales 305
- Punktuellder Arbeitsvertrag 54, 93

- Rahmenvertrag 207
- Rahmenzeit 94
- Randbelegschaft 206, 227
- Rating
 - Book a Tiger 153
 - Clickworker 75 ff
 - Datenschutz 245
 - Uber 110 ff, 134, 144
 - Übertragbarkeit 248
- Recherchezeiten 99
- Recht
 - am eigenen Bild 337
 - anwendbares 183
 - internationales 183
- Rechtfertigungsgrund 340
- Rechtsetzung, kollektive 59
- Rechtswahl 313
- Registrierung
 - Book a Tiger 155
 - Clickworker 72
 - Foodora 188
 - Uber 109
- Reinigungsdienstleistung 150 ff
- Reinigungskraft 151
- Reinigungsvertrag 166
- Reisebüro 119
- Reputation, digitale 23, 26, 248
- Rider, Foodora 188
- Rocket Internet 39
- Rom I-Verordnung 307
- Rückforderungen von Leistungen, Arbeitslosenversicherung 297
- Rücktritt, Clickworker 80
- Rufschädigung 336

- Sachverhalt
 - grenzüberschreitender 348
 - internationaler 306
- Saison-ArbeitnehmerInnen 207

- Schadenshaftung 199
- Scheingeschäft 281
- Schicht 189
- Schutz der Persönlichkeit 337
- Schweden, Daten 36
- Selbständige 45, 269
 - Alte 269
 - Neue 270
- Selbstorganisation 331
- Selfservice-Marktplatz 83
- Share Economy 39
- Sicherheitsbestimmungen, Uber 111
- Sozialversicherung 254 ff
 - Abgaben 202
 - Beitragspflicht 286
 - Foodora 198
 - funktionaler Dienstgeberinnenbegriff 287
 - grenzüberschreitender Sachverhalt 258
 - Meldepflicht 286
 - Versicherungspflicht 259
- Stammbelegschaft 228
- Standard-Arbeitsverhältnis 14
- Standortinformation 238
- Stornierungsquote, Uber 111
- Strafrecht 338
- Studien, Crowdwork 35
- Suchkosten 357
- Suchzeiten 99

- Tarifordnung 126
- Taxigewerbe 122
- Tele(heim)arbeit 207
- Tiger, Reinigungskraft 151
- Transaktionskosten 30
- Transportdienstleistung 106 ff
- Treu und Glauben, Datenverwendung 246
- Turkopticon 327

- Uber 21, 40, 106 ff
 - Akzeptanzrating 111
 - Analyse 147
 - ArbeitnehmerIn 131
 - Black 107
 - Datenschutz 238
 - Eats 107
 - Entgelt 112
 - Fahrabwicklung 108
 - FahrerIn 109
 - FahrerInnenrichtlinien 110
 - Fahrpreis 112
 - Formen 107
 - Geschäftsmodell 107
 - Kartellgesetz 125
 - KonsumentInnenschutzrecht 128
 - Mietwagengewerbe 120
 - Perks 112
 - Pop 107
 - Preismodell 124
 - Sicherheitsbestimmungen 111
 - Stornierungsquote 111
 - SUV 107
 - Taxi 107
 - Taxigewerbe 122
 - Vertragsparteien 113
 - weltweite Konflikte 146
 - Wettbewerbsrecht 126
 - X 107
 - Zulassung als FahrerIn 109
- Übertragbarkeit von Ratings 248
- Üble Nachrede 338
- Umgehungsschutz 232
- Umsatz, Plattformen 42
- Unfallversicherung 265, 269
- Unproduktive Zeiten 33
- Unselbständig Erwerbstätige 261
- Unselbständigkeit, wirtschaftliche 209
- Unsicherheit 25
- Unterordnung, organisatorische 169
- Urlaub 201
- Urteil, Vollstreckung 318
- UWG 341

- Verhaltenskodex 329
- Verleumdung 341
- Vermittlung, Book a Tiger 153
- Vermittlungsgebühr 52

- Vermittlungsplattform 66, 159
- Vermittlungsvertrag 165
- Vermutung eines Arbeitsverhältnisses 356
- Versetzung 229
- Vertrag
 - Clickworker 68
 - punktueller 54
- Vertragsabschluss, Book a Tiger 164
- Vertragsbedingungen, allgemeine 68
- Vertragsdauer 168
- Vertragskette 54, 93
- Vertragsklauseln, Verbot 357
- Vertragsparteien 47
 - Book a Tiger 154
 - Clickworker 66, 82
 - Foodora 191
 - Uber 113
- Vertragstypen 47
- Vertragsverhältnis
 - CrowdsourcerIn – Plattform 51
 - CrowdworkerInnen – CrowdsourcerIn 47
 - CrowdworkerInnen – Plattform 49
 - durchgängiges 54, 92
- Vertretungsrecht 86, 191
- Virtueller Arbeitsplatz 88
- Virtuelles Crowdwork 62 ff
- Vollstreckung, Urteil 318
- Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung 339
- Voucher based work 15
- Wahlgerichtsstand 317
- Wahrer wirtschaftlicher Gehalt 281
- Watchlist
 - Praktikum 326
 - Watchlist Prekär 326
- Weisheit der Masse 23
- Werkvertrag 51, 102, 276 ff
 - Clickworker 84
- Wettbewerbsrecht 58, 341
 - Uber 126
- Wirtschaft, kollaborative 29
- Wirtschaftliche Abhängigkeit 280
- Wisdom of the Crowd 23
- Workplace, Clickworker 69
- Zeiterfassung 71
- Zielschuldverhältnis 85
 - Clickworker 85
- Zuverdienst, Arbeitslosenversicherung 296
- Zweipersonale Beziehung 46