

Erstes Kapitel: Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Moderne, flexible Geschäftsmodelle, insb jene der Plattformwirtschaft, haben in den letzten Jahren tiefgreifende Veränderungen in der Organisation von Arbeit mit sich gebracht und die seit den 1980er Jahren zu beobachtenden Tendenzen zur Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis verstärkt.¹ Dieser Trend – weg von „klassischen“ Arbeitsverhältnissen hin zu selbständigen Beschäftigungsverhältnissen, „Freelancing“ und plattformbasierten Arbeitsformen – gilt als ein wesentliches Merkmal des iZm dem verstärkten Einsatz neuer Technologien zu beobachtenden **Strukturwandels der Arbeitswelt**.² Damit kommt der Unterordnung unter die betrieblichen Strukturen des Arbeitgebers bzw dem für den Arbeitnehmerbegriff zentralen Merkmal der persönlichen Abhängigkeit tendenziell eine geringere Bedeutung zu.³ Empirische Befunde zeigen, dass die traditionelle Unterscheidung von unselbständiger und selbständiger Beschäftigung aufgrund des ökonomischen, technischen und arbeitsorganisatorischen Wandels der Arbeitswelt zunehmend schwieriger wird und hybride Arbeitsformen zunehmen.⁴ Die Transformationsprozesse in der Arbeitswelt bringen Herausforderungen für die Systeme der sozialen Sicherheit und der arbeitsrechtlichen Absicherung mit sich, denn aufgrund der veränderten arbeitsorganisatorischen Rahmenbedingungen gibt es zunehmend Beschäftigte, die zwar **persönlich unabhängig** tätig werden, ihren Vertragspartnern aber dennoch **strukturell unterlegen** sind.

Diese Leistungserbringer sind trotz formaler Selbständigkeit häufig wirtschaftlich-existentiell von einem oder sehr wenigen Vertragspartnern abhängig und haben in der Wertschöpfungskette Funktionen übernommen, die in der Vergangenheit üblicherweise im Rahmen abhängiger Beschäftigung ausgeübt wurden. Sie zeichnen sich nicht nur durch eine mit jener von Arbeitnehmern vergleichbare Stellung auf den einschlägigen Dienstleistungsmärkten aus, sondern weisen oftmals auch ein **vergleichbares soziales Schutzbedürfnis** auf. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Un-

- 1 Gruber-Risak, Where do we go from here? – Trends in der Arbeitswelt und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, DRdA 2022, 106 (108f); Mosler, Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer*innenbegriff? DRdA 2022, 119; Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht (2015) 17 ff; Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, SR Sonderausgabe Juli 2016, 2. Siehe auch schon Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Teil I), DRdA 1987, 271 und Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Teil II), DRdA 1987, 411.
- 2 WIFO, Dimensionen plattformbasierter Arbeit in Österreich und Europa Implikationen für die soziale Sicherheit (2018) 21; Eurofound, New forms of employment (2015) 107 ff.
- 3 Mosler, DRdA 2022, 119.
- 4 Mühlberger, Dependent Self-Employment (2007) 1 ff; Schulze-Buschhoff, Neue Selbstständigkeit und wachsender Grenzbereich zwischen selbstständiger und abhängiger Erwerbsarbeit: Europäische Trends vor dem Hintergrund sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Entwicklungen (2004).

terlegenheit und der daraus resultierenden schwachen individuellen Verhandlungsposition sind sie regelmäßig mit **oktroiierten Vertragsbedingungen** sowie damit einhergehend **prekären Beschäftigungsbedingungen** konfrontiert.⁵

3 In Österreich wird dieser Beschäftigtengruppe *de lege lata* **arbeitsrechtlicher Schutz** in nur sehr beschränktem Maße zuteil. So hat der österreichische Gesetzgeber seit Mitte der 1960er-Jahre den Geltungsbereich einzelner (individual-)arbeitsrechtlicher Gesetze auf sog **arbeitnehmerähnliche Personen**, dh Selbständige, die in „wirtschaftlicher Unselbständigkeit“ tätig werden (vgl etwa § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, § 1 Abs 1 DHG), erstreckt. Das Schutzregime für diese Beschäftigten ist allerdings fragmentarischen Charakters; die Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher in das Arbeitsrecht ist weder besonders systematisch noch in großem Umfang erfolgt. Nicht anwendbar ist nach hA insb das Kollektivvertragsrecht.⁶ Lediglich für Heimarbeiter (§§ 43ff HeimarbeitsG) und für ständige freie Medienmitarbeiter (§§ 17ff JournalistenG) können auf dem Boden des geltenden Rechts dem Kollektivvertrag nachempfundene Gesamtverträge abgeschlossen werden. Die Möglichkeit der **kollektiven Rechtssetzung** ist im österreichischen System für die **Regelung von Mindestvergütungen** und die **Gewährleistung angemessener Beschäftigungsbedingungen** allerdings essentiell. Kollektivverträge bilden seit nunmehr über hundert Jahren das rechtliche Fundament der österreichischen Lohnpolitik.⁷ Das Gegenmachtmodell hat sich für Arbeitnehmer zweifelsohne als Erfolgsrezept zur Durchsetzung angemessener Beschäftigungsbedingungen erwiesen.⁸ Ein Ansatz, den angesprochenen Schutzdefiziten im Rahmen selbständiger Beschäftigung in umfassender Weise beizukommen, wird daher darin gesehen, arbeitnehmerähnlichen Personen oder einer neu zu definierenden Kategorie schutzbedürftiger Selbständiger das kollektive Aushandeln einseitig zwingender Mindestbeschäftigungsbedingungen zu ermöglichen.⁹

4 Im Fokus der vorliegenden Untersuchung steht folglich die Frage nach den **rechtlichen Rahmenbedingungen** für die Schaffung eines umfassenden Regimes kollektiver Rechtssetzung für Selbständige, deren Schutzbedürfnis mit jenem von Arbeitnehmern vergleichbar ist. Ziel der Arbeit ist es, die **unionsrechtlichen Regelungsvorgaben und konkrete Gestaltungsoptionen im Kontext der österreichischen Rechtsordnung** aufzuzeigen. Es soll dargelegt werden, ob und auf welche Weise kollektive Verhandlungs- und Vertragsmechanismen in Österreich ein Mittel zur

5 Seifert, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot, HSI-Schriftenreihe 42 (2022) 22 f; Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht 17.

6 Siehe § 1 Abs 1 ArbVG; vgl statt vieler Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1 ArbVG Rz 5 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Runggaldier in Brameshuber/Tomandl, ArbVG¹. Lfg § 1 Rz 9; Kietaibl, Arbeitsrecht I¹² (2023) 42.

7 Felten/Mosler, 100 Jahre Kollektivvertragsrecht, DRdA 2020, 91.

8 Tomandl, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig (2019) 56 f.

9 Risak, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer? ZAS 2002, 165; Mazal, Arbeitnehmerähnliche Selbständige, in Tomandl/Risak, Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit (2016) 106; Mosler, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? DRdA 2012, 100; Brameshuber, Kollektivverträge für Arbeitnehmerähnliche, in FS Marhold (2020) 433; Schwertner, Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit und Kollektivvertrag, DRdA 2022, 126.

Gewährleistung angemessener Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen für schutzbedürftige Selbständige sein können und sich in das **bestehende System der Arbeitsbeziehungen einfügen** ließen. Dem Titel der Arbeit entsprechend soll dabei insb überprüft werden, ob die im geltenden Recht bereits etablierte Figur der arbeitnehmerähnlichen Person für die Zwecke kollektiver Rechtssetzung zur Operationalisierung von Schutzbedürftigkeit abseits persönlicher Abhängigkeit geeignet ist.

Die Untersuchung legt dabei ein besonderes Augenmerk auf die Beantwortung der Frage, inwieweit Kollektivabreden Selbständiger über Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen unter das **unionsrechtliche Kartellverbot des Art 101 AEUV** fallen.¹⁰ Die praktische Relevanz der hier behandelten Fragestellungen verdeutlichen nicht zuletzt die im September 2022 bekanntgemachten Leitlinien der Europäischen Kommission betreffend die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen.¹¹ Neben dem Kartellverbot könnten aber auch die **Grundfreiheiten** ein unionsrechtliches Hindernis für kollektive Verträge Selbständiger darstellen. In grenzüberschreitenden Sachverhalten drohen tarifvertragliche Regelungen über Mindestbeschäftigungsbedingungen und -honorare für Selbständige nämlich die Freiheiten der Niederlassung bzw der Dienstleistungserbringung (Art 49 und Art 56 AEUV) zu beeinträchtigen.

Nicht Gegenstand der Arbeit sind hingegen Problemstellungen, die sich mit Blick auf andere Maßnahmen ergeben, welche die prekäre Lage selbständiger Leistungserbringer verbessern könnten (insb allgemein-zivilrechtliche Instrumente bzw Betriebsverfassungs- oder Sozialrecht). Auch die Frage nach der Zulässigkeit von Maßnahmen des Arbeitskampfes Selbständiger wird nicht tiefergehend bearbeitet und bleibt einer gesonderten Untersuchung vorbehalten. Im Gegensatz zu anderen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen beschränkt sich diese Arbeit jedoch bewusst nicht auf den Bereich der Plattformwirtschaft,¹² sondern widmet sich der gegenständlichen Thematik in aller Breite.

Die Untersuchung berücksichtigt den **Stand der Forschung**. Charakteristik und Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Person wurden durchaus schon unter-

10 Dazu etwa schon *Mosler*, Das unionsrechtliche Kartellverbot und seine Bedeutung für das Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht, wbl 2016, 774; *Lianos/Countouris/De Stefano*, Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market, ELLJ 2019, 291; *Daskalova*, Chapter 2: The Competition Law Framework and Collective Bargaining Agreements for Self-Employed: Analysing Restrictions and Mapping Exemption Opportunities, in *Waas/Hießl*, Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe: Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, Bulletin of Comparative Labour Relations, Volume 109 (2021) 20.

11 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen, ABl C 2022/374, 2

12 Bspw *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork (2020); *Mayr*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbständiger am Beispiel der Plattformarbeit (2020). Auch bei der rezenten Untersuchung *Seiferts* liegt der Fokus erkennbar auf kollektiven Verträgen im Bereich der Plattformwirtschaft; siehe *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige.

sucht; etwa von *Wachter* im Rahmen seiner Habilitationsschrift aus 1980 oder im Zuge diverser Gesetzeskommentierungen.¹³ Im Schrifttum bereits vor einiger Zeit aufgegriffen wurde überdies die Frage der Anwendbarkeit des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnliche Selbständige.¹⁴ Anlässlich des Urteils des Europäischen Gerichtshofs zur Rs *FNV Kunsten* aus dem Jahr 2014 wurden zudem Beiträge publiziert, welche die Frage der Reichweite der kartellrechtlichen Bereichsausnahme für Tarifverträge zum Gegenstand haben.¹⁵ Zuletzt hat sich auch insb für den Bereich plattformbasierter Arbeitsformen auf nationaler wie internationaler Ebene ein verstärktes Problembewusstsein in Bezug auf die mit der kollektiven Regelung von Beschäftigungsbedingungen von Nicht-Arbeitnehmern verbundenen Fragestellungen entwickelt.¹⁶ Eine wissenschaftliche Untersuchung, die sich im Kontext der österreichischen Rechtsordnung fundiert mit Fragen der kollektiven Rechtssetzung für arbeitnehmerähnliche Selbständige befasst, war indessen bis dato noch ausständig. Der **Neuigkeitswert** der vorliegenden Arbeit liegt somit darin, dass die (unions-)rechtlichen Rahmenbedingungen für die Schaffung eines umfassenden Regimes kollektiver Rechtssetzung für Beschäftigte abseits des tradierten Arbeitnehmerbegriffs in strukturierter Weise erarbeitet und nationale Gestaltungsmöglichkeiten *de lege ferenda* aufgezeigt werden. Von der **aktuellen Relevanz und sozialpolitischen Brisanz** des untersuchten Themas zeugen letztlich nicht nur rezente Publikationen¹⁷ sowie die bereits erwähnten Leitlinien der Europäischen Kommission,¹⁸ sondern auch zahlreiche Medienberichte.¹⁹

- 13 *Wachter*, Die Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980); vgl bspw *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1996) § 51; *Kerschner*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz³ § 1 Rz 12 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at); *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 123 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); zuletzt *Köck* in *Köck/Sonntag*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (2020) § 51.
- 14 Vgl etwa *Runggaldier*, Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in *FS Schnorr* (1988) 251; *Risak*, ZAS 2002, 165; *Mosler*, DRdA 2012, 100 (107); *Mazal* in *Tomandl/Risak* 106; *Brameshuber* in *FS Marhold* 433.
- 15 EuGH C-413/13, *FNV Kunsten*, ECLI:EU:C:2014:2411; siehe unter vielen für Österreich etwa *Mair*, EuGH: Kartellrechtliche Freistellung für kollv Regelungen zugunsten Scheinselbständiger, ZAS 2015, 281; *Felten*, Arbeit und Soziales, in *Herzig*, Jahrbuch Europarecht (2015) 245.
- 16 Siehe unter vielen zuletzt umf etwa *Brameshuber/Miranda Boto*, Collective Bargaining and the Gig Economy (2022); *Meijerink/Jansen/Daskalova*, Platform Economy Puzzles (2021); *Ness*, The Routledge Handbook of the Gig Economy (2022); aber auch schon *Risak*, Crowdwork. Erste rechtliche Annäherungen an eine „neue“ Arbeitsform, ZAS 2015, 11; *Warter*, Crowdwork (2016).
- 17 Für Österreich zuletzt etwa *Brameshuber* in *FS Marhold* 433; *Liedermann*, Kollektive Rechtsgestaltung für Arbeitnehmerähnliche 4.0, ASoK 2021, 467; *Schwertner*, DRdA 2022, 126.
- 18 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, ABl C 2022/374, 2.
- 19 Vgl bspw <https://wien.orf.at/stories/3059663/>; <https://www.derstandard.at/story/2000131452885/ruf-nach-regulierung-der-gigwork>; <https://www.diepresse.com/6232149/selbststaendige-mjam-fahrradboten-klagen-ueber-minimal-lohn>; <https://www.derstandard.at/story/2000124166420/boten-auf-zwei-raedern-was-hat-das-mit-freien-dienstverhaeltnissen>.

II. Aufbau der Untersuchung

Im **Zweiten Kapitel** der vorliegenden Arbeit werden die **Grundlagen** für die weitere Untersuchung geschaffen. Dazu soll einleitend auf die sich verändernden Strukturbedingungen der Arbeitswelt, die Schutzbedürfnisse von Beschäftigten abseits persönlicher Abhängigkeit und die Bedeutung kollektiver Vertrags- und Verhandlungsmechanismen in modernen demokratischen Arbeitsrechtsordnungen eingegangen werden. Da in Österreich über die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person „wirtschaftlich unselbständige“ Personen bereits in den Geltungsbereich einzelner arbeitsrechtlicher Gesetze einbezogen werden,²⁰ kommt diese als potentieller persönlicher Anknüpfungspunkt im Bereich der kollektiven Rechtssetzung in Betracht. Aufbauend auf der Erarbeitung der historischen Genese und der Charakteristika des Typus der arbeitnehmerähnlichen Person, wird daher zunächst der Frage nachgegangen, ob der I. Teil des ArbVG über die kollektive Rechtsgestaltung, dh das Kollektivvertragsrecht, auf diese – allenfalls im Wege der Analogie – bereits *de lege lata* anzuwenden ist.

Das **Dritte Kapitel** widmet sich den **unionsrechtlichen Regelungsvorgaben** für nationale Instrumente kollektiver Rechtssetzung zum Schutz Selbständiger. Der Fokus liegt hierbei in erster Linie auf den durch das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV gezogenen Grenzen für nationale Systeme kollektiver Rechtssetzung. Geprüft wird zum einen, ob Tarifverträge für selbständige Leistungserbringer stets den unionsrechtlichen Kartelltatbestand erfüllen sowie ob für diese gegebenenfalls eine Freistellung iSv Art 101 Abs 3 AEUV begründbar ist. Nach einem Exkurs, der nationale Regelungsansätze zur Auflösung des Konflikts zwischen Kartellrecht und Tarifverträgen Selbständiger aufzeigt, wird zum anderen der Frage nachgegangen, inwieweit die vom EuGH in stRsp judizierte Geltungsbereichsausnahme für Tarifverträge (sog „*Albany*-Ausnahme“)²¹ für kollektive Vereinbarungen zum Schutz selbständiger Beschäftigter zur Anwendung gelangen muss. Wie zu zeigen sein wird, kommen dabei vorrangig zwei argumentatorische Ansätze in Betracht: die Interpretation des unionsrechtlichen Kartellverbots im Lichte der sozialen Zielsetzungen der Union und der Bestimmungen zur Sozialpolitik (insb Art 151ff AEUV) sowie die Auslegung desselben unter Berücksichtigung des Unionsgrundrechts auf Kollektivverhandlungen (Art 28 GRC). In diesem Zusammenhang werden auch die Leitlinien der Europäischen Kommission zur „Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen“²² erörtert und einer kritischen Würdigung unterzogen. Ferner ist auf die Frage, welche Vereinbarungsgegenstände in Tarifverträgen Selbständiger allenfalls dem Kartellverbot entzogen sind, einzugehen. Ferner wird im Dritten Kapitel untersucht, inwieweit die Grundfreiheiten, insb Art 49 und Art 56 AEUV, kollektiven Verträ-

20 § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, § 1 Abs 1 DHG, § 3 Abs 4 AÜG, § 2 Abs 2 lit b AuslBG, §§ 1 Abs 3 Z 2, 16 Abs 3 Z 2 GIBG, § 7a Abs 2 Z 4 BEinstG.

21 Grundlegend EuGH C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430.

22 *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen, ABl C 2022/374, 2.

gen zu Gunsten von Nicht-Arbeitnehmern in Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug entgegenstehen könnten. Es wird geprüft, ob kollektiv geregelte Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen für schutzbedürftige Selbständige im Lichte der Rsp des EuGH als Beschränkungen der genannten Freiheiten zu qualifizieren sind und ob diese bejahendenfalls einer Rechtfertigung zugänglich wären.

- 10 Im **Vierten Kapitel** erfolgt schließlich die Auseinandersetzung mit allfälligen **nationalen Gestaltungsmöglichkeiten** *de lege ferenda*. Dabei soll in groben Zügen ein „Gesamtvertragssystem“ für schutzbedürftige Selbständige in Österreich skizziert werden. Im Zuge dessen ist darauf einzugehen, ob die im geltenden Recht bereits etablierte Figur der arbeitnehmerähnlichen Person einen praxistauglichen Anknüpfungspunkt für den persönlichen Geltungsbereich darzustellen vermag. Weiters wird erörtert, wie Selbständige systemkonform organisiert und effektiv vertreten werden könnten und welche Rechtswirkungen kollektiven Verträgen Selbständiger zukommen sollten.
- 11 Am Ende des Zweiten, Dritten und Vierten Kapitels findet sich jeweils ein kurzes Fazit. Das **Fünfte Kapitel** fasst abschließend thesenartig sämtliche **Ergebnisse der Arbeit** zusammen.

Zweites Kapitel: Kollektive Rechtssetzung für Nicht-Arbeitnehmer in Österreich – Status Quo

I. Schutzbedürfnisse abseits persönlicher Abhängigkeit und kollektive Rechtssetzung als historisch erprobter Lösungsansatz

A. Problemaufriss: Schutzbedürfnisse abseits persönlicher Abhängigkeit

1. Persönliche Abhängigkeit und Strukturwandel in der Arbeitswelt

Anknüpfungspunkt für den persönlichen Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Vorschriften ist grundsätzlich das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Arbeitsrechtliche Gesetze sind in Österreich idR für „Arbeitnehmer“ (§ 1 AZG), „Arbeitnehmer aller Art“ (§ 1 ARG), „Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht“ (§ 1 EFZG) oder auf „Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“ (§ 1 AVRAG) anwendbar. Wenngleich sich dies im Wortlaut der zitierten Normen nicht unmittelbar widerspiegelt, ist damit die **Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit** nach völlig hA Grundtatbestand des österreichischen Arbeitsrechts.²³ Zwar kennt die Rechtsordnung keinen für alle arbeitsrechtlichen Gesetze einheitlichen Arbeitnehmerbegriff; die persönliche Abhängigkeit bildet dennoch als „Kern“ aller Arbeitnehmerbegriffe das „Eintrittsticket“ in den Schutzbereich des Arbeitsrechts. Dass das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags, insb vom freien Dienstvertrag, in dieser liegt, geht auf die Neufassung des 26. Hauptstücks des ABGB durch die dritte Teilnovelle 1916 bzw die Materialien zu dieser zurück.²⁴ Die Rsp versteht das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit iSd § 1151 ABGB va als solches organisatorischer Unterordnung; zentral sind die mangelnde Selbstbestimmung hinsichtlich personenbezogener Modalitäten der Arbeiterbringung (Ort, Zeit, arbeitsbezogenes Verhalten, die Bindung an persönliche Weisungen und die Einordnung in die Arbeitsorganisation Arbeitgebers.²⁵ Diese Merkmale werden, wenngleich mitunter im Detail anders

23 Vgl statt vieler Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1151 Rz 1 ff (Stand 1. 8. 2022, rdb.at); Rebhahn in ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 2.

24 Materialien zur 3. Teilnovelle 328 ff bzw HHB 78 BlgHH 21. Session 206 f; dazu umf Jabornegg, Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in FS 200 Jahre ABGB Bd I (2011) 425.

25 Grundlegend OGH 4 Ob 45/81 Arb 10055; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971).

gewichtet, auch in anderen europäischen Rechtsordnungen zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags herangezogen.²⁶

- 13** Die insofern schematische Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs des Arbeitsrechts, verstanden als Schutzrecht, beruht im Kern auf der **Annahme**, in persönlicher Abhängigkeit Beschäftigte seien ihren Vertragspartnern typischerweise **strukturell unterlegen** und daher **schutzbedürftig**.²⁷ Das ist historisch gut begründbar, entstanden die ersten arbeitsrechtlichen Vorschriften doch vor dem Hintergrund der Industrialisierung. Die Wirtschaft gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts war durch die großgewerbliche, arbeitsteilige Produktion von Gütern in Fabriken geprägt; der kontinuierlich und in Vollzeit beschäftigte Fabrikarbeiter diente daher als Bezugspunkt arbeitsrechtlicher Vorschriften.²⁸ Dass diese an den organisatorischen Rahmenbedingungen und den Freiheitsgrad bei der Leistungserbringung anknüpfen, war und ist zudem praktikabel, sind die Kriterien persönlicher Abhängigkeit doch relativ gut handhabbar und können diese zumindest ein einen gewissen Grad an Rechtssicherheit bieten.²⁹
- 14** In den letzten Jahrzehnten, im Wesentlichen seit den 1980er Jahren, kann in Österreich, wie auch in anderen Staaten, jedoch beobachtet werden, dass vermehrt auf vom Normalarbeitsverhältnis, dh der traditionellen Vollzeitbeschäftigung in persönlicher Abhängigkeit, abweichende Beschäftigungsformen zurückgegriffen wird und verschiedene **neue Formen der Arbeitserbringung** an Bedeutung gewinnen.³⁰ **Technifizierung und Digitalisierung der Arbeitswelt** wirken als Katalysatoren dieser Entwicklung. So haben moderne technische Errungenschaften in den letzten Jahren neue Geschäftsmodelle hervorgebracht mit denen Veränderungen im Bereich der Arbeitsorganisation, -abläufe und auch -inhalte einhergehen. Dabei ist nicht nur von plattformbasierten Arbeitsformen wie Crowd- und Cloudwork Rede,³¹ vielmehr wird auch abseits dieser vermehrt auf Konzepte der Arbeitsorganisation zurückgegriffen, die von traditionellen Formen der Leistungserbringung abweichen. Moderne Kommunikationstechnologien etwa ermöglichen die zeitliche und räumliche Entgrenzung der Arbeit, sodass Arbeitsleistungen in

26 *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154; umf Überblick auch bei *Waas/Van Voss*, Restatement of Labour Law in Europe. Volume I: The Concept of Employee (2017).

27 *Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1151 Rz 1; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 39.

28 Statt vieler *Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1151 ABGB Rz 187.

29 *Tomandl*, ZAS 2018, 174; *Risak*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, in *Wachter*, Jahrbuch Arbeitsrecht und Sozialrecht (2019) 115 (126).

30 *Flecker*, Digitalisierung der Arbeit – aktuelle Trends und Problemlagen, DRdA 2022, 86; *Risak*, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12; umf auch *Eurofound*, New forms of employment; *OECD*, Policy Responses to New Forms of Work (2019).

31 *International Labour Office*, World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work (2021) 29ff; *PPMI*, Study to support the impact assessment of an EU Initiative on improving the working conditions of platform workers (2021) 37ff, abrufbar unter <https://ppmi.lt/study-to-support-the-impact-assessment-of-an-eu-initiative-on-improving-the-working-conditions-of-platform-workers-346>; siehe dazu auch schon umf *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy (2017).

vielen Bereichen ohne ständige Präsenznotwendigkeit im Betrieb erbracht werden können.³²

Dieses Entgrenzungs- und Flexibilisierungspotential der digitalisierten Arbeitswelt führt mit Blick auf das klassische Normalarbeitsverhältnis zu Verdrängungseffekten: Arbeiten, die historisch üblicherweise im Rahmen abhängiger Beschäftigung erbracht wurden, werden nunmehr zunehmend von **Selbständigen** bzw im **Graubereich zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung** geleistet.³³ Hierbei ist zwar einerseits darauf hinzuweisen, dass es sich sicherlich oftmals um Fälle der „**Scheinselbständigkeit**“ iSd (vorsätzlich) unrichtigen rechtlichen Einordnung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses als selbständiges Erwerbsverhältnis handeln wird.³⁴ Andererseits ist aber nicht zu verkennen, dass neue Produktionsformen und flexiblere Modalitäten der Leistungserbringung dazu beitragen, dass die Zahl („echter“) **selbständiger Beschäftigungsverhältnisse zunimmt**.³⁵ Aufgrund veränderter ökonomischer, technischer und arbeitsorganisatorischer Rahmenbedingungen wird die organisatorische Unterordnung tendenziell weniger relevant.³⁶ Es wird vermehrt auf Arbeitsgestaltungen zurückgegriffen, bei denen die Eingliederung in die betrieblichen Strukturen des Auftraggebers derart aufgeweicht ist, dass selbst bei einer zeitgemäßen und angepassten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs eine Gruppe von persönlich unabhängigen, aber mit Arbeitnehmern *prima facie* vergleichbar schutzbedürftigen Leistungserbringern verbleibt. Für Unternehmen ist der Rückgriff auf Selbständige dabei insofern vorteilhaft, als er flexible Kapazitätsanpassungen erlaubt und als Stellschraube im Kostenwettbewerb fungiert.³⁷ Aus der Sicht von Arbeitenden kann der strukturelle Umbruch in der Organisation von Arbeit allerdings zu Schutzdefiziten führen; für den Gesetzgeber birgt er daher komplexe sozialpolitische und rechtliche Herausforderungen, auf die im Folgenden – nach einem kurzen empirischen Exkurs – einzugehen sein wird.

15

2. Empirische Befunde

Der angesprochene Strukturwandel in der Arbeitswelt findet empirische Rückendeckung: So ist zwar der Anteil Selbständiger an der gesamten Erwerbsbe-

16

32 Latniak/Rosenbohm, Arbeiten ohne Betrieb? Digitalisierungsprozesse und ihre Konsequenzen für die Gestaltung und Regulierung von Arbeit, in *Haipeter/Hoese/Rosenbohm*, Arbeitspolitik in digitalen Zeiten (2021) 45; *Schwarze*, Diskontinuierliche Arbeit und Arbeitnehmerbegriff, in *Hanau/Matiaske*, Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen: Arbeitsrechtliche und sozialwissenschaftliche Perspektiven (2019) 49 (51); *Risak*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation, DRdA 2017, 331; *Flecker*, DRdA 2022, 86.

33 *Gruber-Risak*, DRdA 2022, 106; *Mosler*, DRdA 2022, 119; *Waltermann*, Digital statt analog: Zur Zukunftsfähigkeit des Arbeitsrechts, RdA 2019, 94.

34 Siehe etwa *Kietaißl*, Fehlbehandlung des Dienstvertrags als Selbständigenvertrag, GRAU 2021, 105.

35 Zur Zunahme von Selbständigkeit aufgrund von Outsourcing und der Bedeutungszunahme des Dienstleistungssektors vgl *Egbrinchoff*, Ständig selbst. Eine Untersuchung der alltäglichen Lebensführung von Ein-Personen-Selbständigen (2008) 109.

36 Dazu *Mosler*, DRdA 2022, 119.

37 *A. Jansen*, Wachsende Graubereiche in der Beschäftigung, HSI-Working Paper Forschungsförderung 167 (2020) 57.

völkerung in den MS der EU seit Beginn des Jahrtausends im Wesentlichen unverändert geblieben (rund 15%)³⁸ und hat die Anzahl Soloselbständiger zuletzt sogar abgenommen.³⁹ Diese rückläufige Entwicklung lässt sich jedoch in erster Linie auf den Landwirtschaftssektor zurückführen; die Zahl der Soloselbständigen im **Industrie-, Dienstleistungs- und im Verkaufssektor** hat hingegen zugenommen.⁴⁰

- 17** Die Zunahme der Beschäftigung in Solo-Selbständigkeit bzw im „Graubereich“ zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung betrifft, wenngleich nicht nur, aber doch im Besonderen den Bereich der **Plattformwirtschaft**, welche als „Menetekel“ der digitalisierten Arbeitswelt gesehen wird.⁴¹ So geht auch die Europäische Kommission davon aus, dass Menschen, die ihre Arbeit über Plattformen anbieten, iA über schwache individuelle Verhandlungspositionen verfügen und häufig nicht an der Festlegung des Preises für ihre Dienstleistungen beteiligt sind.⁴² Im Jahr 2018 arbeiteten laut der COLLEEM-II-Studie 5,5% der erwachsenen Bevölkerung im Alter von 16 bis 74 Jahren in 16 untersuchten MS der EU entweder mindestens 10 Stunden pro Woche oder für mindestens 25% ihres Einkommens über digitale Arbeitsplattformen.⁴³ Es wird davon ausgegangen, dass bis zum Jahr 2030 unionsweit etwa 20,5 Millionen Menschen als Plattformbeschäftigte tätig sein werden. Weitere 14,6 Millionen werden als Solo-Selbständige, die weder Landwirte noch Laden- oder Restaurantbesitzende sind, ihren Lebensunterhalt verdienen.⁴⁴
- 18** Im Allgemeinen sind **Selbständige** eine äußerst **heterogene Gruppe Erwerbstätiger**,⁴⁵ es kann jedoch zwischen jenen mit eigenen Arbeitnehmern (4,5% der Erwerbstätigen in der EU) und Solo-Selbständigen (9,5% der Erwerbstätigen in der EU) differenziert werden. Innerhalb der zweiten Gruppe gibt es zudem Selbständige, die sich durch wirtschaftliche Abhängigkeit von einem oder wenigen Kunden auszeichnen

38 Schulze-Buschhoff, Neue Selbstständige im europäischen Vergleich. Struktur, Dynamik und soziale Sicherheit, edition der Hans-Böckler-Stiftung 201 (2007) 21; Eurofound, Exploring self-employment in the European Union (2017) 7.

39 Zuzolge der EU-Arbeitskräfteerhebung sank die Zahl der auf eigene Rechnung arbeitenden Selbständigen in der EU von 19,9 Millionen im Jahr 2010 auf 19,5 Millionen im Jahr 2020; vgl *European Commission*, Study to support the impact assessment of a possible EU initiative to the application of competition rules to collective bargaining by self-employed (COMP/2020/008) Final Report (2021) 42f.

40 *European Commission*, Study to support the impact assessment of a possible EU initiative to the application of competition rules to collective bargaining by self-employed (COMP/2020/008) Final Report 25f, 77f.

41 Schramm/Tietgen-Simonsen, Crowdfunding – Menetekel und empirische Evidenz, in Hanau/Matiaske 11.

42 *European Commission*, Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application of article 101 TFEU, Ares(2021)102652.

43 Urzi Brancati/Pesole/Fernandez Macias, New evidence on platform workers in Europe (2020) 4, abrufbar unter <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC118570>.

44 Zahlen in Vollzeitäquivalenten; siehe *European Commission*, Study to support the impact assessment of a possible EU initiative to the application of competition rules to collective bargaining by self-employed (COMP/2020/008) Final Report (2021) 13.

45 Siehe dazu *Eurofound*, Exploring self-employment in the European Union (2017).