

Prekarisierung durch Digitalisierung. Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer*innenbegriff?



Prekäre Arbeit. Neue Herausforderungen für Gesellschaft und Wissenschaft

Salzburg, 5. November 2021

Univ.-Prof. Dr. Susanne Auer-Mayer

Institut für Österreichisches und Europäisches
Arbeitsrecht und Sozialrecht

susanne.auer-mayer@wu.ac.at

- 1. Ausgangsproblematik**
- 2. Arbeitnehmer*innen-Begriff (AN-Begriff) im Allgemeinen**
- 3. AN-Begriff und Digitalisierung**
 1. Grundsätzliches
 2. Sonderproblem Plattformarbeit
 3. Zwischenbilanz
- 4. Perspektiven**

1. Ausgangsproblematik (1)

- Digitalisierung bringt **Flexibilität** und neue Möglichkeiten
 - Neue Betätigungsfelder
 - Flexibles und mobiles Arbeiten (Home-Office, Telework etc)
- Aber auch **Nachteile** und Gefahren – nicht nur – in Arbeitswelt
 - Entgrenzung der Arbeit („Arbeit immer dabei“)
 - Überwachung immer einfacher (und billiger)
 - Gefahr immenser Schäden durch kleine Fehler (zB Virenbefall)
 - Diskriminierung durch Algorithmen etc
- Va auch: **neue Formen prekärer Arbeit**

1. Ausgangsproblematik (2)

- **„Plattformarbeit“**, „Crowdwork“, „Clickwork“, „Gig-Economy“
 - Angebot von Aufträgen an Vielzahl von Auftragnehmer*innen
 - Häufig kurzfristige Aufgaben (zB Essenslieferung, Fahrtendienst, Reparatur, Reinigung, Kontrolle „Produkt Placement“)
 - Teilweise kleinste Arbeitsschritte („Microtasks“)
 - „Zuschlag“ nach Schnelligkeit und/oder Qualität (→ Bewertungen)
- **Kehrseite** der Flexibilität (für Tätigwerdende!): mangelnde arbeitsrechtliche (& uU sozialrechtliche) Absicherung → **Prekarisierung**
 - zB Mjam (2020): 3,24 €/Auftrag (+ 0,67 € Kilometergeld, uU Trinkgeld); kein Urlaub, keine Entgeltfortzahlung bei Krankheit etc
- **Arbeitnehmer*innenbegriff als „Eintrittskarte“**

2. AN-Begriff im Allgemeinen (1)

- **Kein einheitlicher AN-Begriff** im nationalen Recht, insb:
 - § 1151 ABGB: *„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag“*
 - § 36 Abs 1 ArbVG: *„Arbeitnehmer im Sinne des II. Teiles sind alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen“* (Ausnahmen in Abs 2)
 - (§ 4 Abs 2 ASVG: *„Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird“*)
 - (Beachte etwa auch § 47 Abs 2 EStG)

- **Aber: gemeinsamer Kernbereich**

2. AN-Begriff im Allgemeinen (2)

- **Persönliche Abhängigkeit → Fremdbestimmtheit**
- **„Typusbegriff“** → mehrere Komponenten, Überwiegen entscheidend („bewegliches System“)
 - **Persönliche Arbeitspflicht** („echtes“ Vertretungs-/Ablehnungsrecht?)
 - **(Weisungs-)Bindung** hinsichtlich **Arbeitszeit, Arbeitsort, arbeitsbezogenem Verhalten**
 - Persönliche und sachliche Weisungen, „stille Autorität“
 - **Kontrollunterworfenheit**
 - **Disziplinäre** Verantwortlichkeit
 - **Eingliederung** in fremde **betriebliche Organisation**
- Abwägung und Wertung häufig **schwierig**

2. AN-Begriff im Allgemeinen (3)

- **Wirtschaftliche Abhängigkeit** (→ § 4 Abs 2 ASVG) = **Folge** persönlicher Abhängigkeit
 - Weniger Lohnabhängigkeit als **wirtschaftliche Unselbständigkeit**
 - Keine eigene **unternehmerische Struktur**, Arbeit mit fremden Betriebsmitteln, kein Auftreten am Markt, Tätigkeit für eine*n/wenige Auftraggeber*innen
 - Im Zweifel uU Indiz für persönliche Abhängigkeit
 - **Aber:** wirtschaftliche Abhängigkeit auch bei Fehlen persönlicher Abhängigkeit → **arbeitnehmer*innenähnliche Personen**
 - Können freie Dienstnehmer*innen oder Werkvertragsnehmer*innen sein

2. AN-Begriff im Allgemeinen (4)

- **Ähnlich: autonomer unionsrechtlicher AN-Begriff**
 - **Tatsächliche & echte wirtschaftliche** Tätigkeit
 - Teil des normalen Arbeitsmarktes
 - Tätigkeit nicht von so geringem Umfang, dass völlig unwesentlich
 - **Weisungsgebundenheit**
 - Persönliche Abhängigkeit, organisatorische Integration
 - **Gegen Entgelt**

3. AN-Begriff und Digitalisierung

1. Grundsätzliches

- **Versagen klassischer Kriterien** persönlicher Abhängigkeit
 - Zeitliche und örtliche Bindung für Leistungserbringung häufig nicht notwendig („Mobile Work“)
 - ➔ Letztlich nur ausschlaggebend, wenn zeitliche/örtliche Bindung trotz Möglichkeit der Flexibilität
 - Relevanz anderer Kriterien ➔ Kontrolle, „stille Autorität“, Orientierung an betrieblichen Bedürfnissen etc

- **Feststellung** „echter Arbeitsverhältnisse“ zunehmend **schwieriger & „Flucht“ leichter**

3. AN-Begriff und Digitalisierung

2. Sonderproblem Plattformarbeit (1)

- **(Potentielle*r) Arbeitgeber*in?**
 - Vertrag mit einzelnen **Auftraggeber*innen** nur bei **Offenlegung** der bloßen Vermittlung/Vertretung durch Plattform
 - **Vertrag mit Plattform**
 - Häufig nur **Rahmenvertrag** ohne Pflicht zum Tätigwerden
 - **Problem:** Diskrepanz formale vertragliche Vereinbarung und **tatsächlich gelebtes Vertragsverhältnis**

3. AN-Begriff und Digitalisierung

2. Sonderproblem Plattformarbeit (2)

■ **Persönliche Abhängigkeit?**

- **Verhältnis zu einzelnen (verschiedenen) Auftraggeber*innen:**
 - Wohl selten persönliche Arbeitspflicht; zudem meist keine Bindungen, Eingliederung iS persönlicher Abhängigkeit
 - AN-Eigenschaft nur in Ausnahmefällen
- **Verhältnis zu Plattformbetreiber*in:**
 - Konsequenzen bei Ablehnung von Aufträgen? Folgen von Bewertungen?
 - Weitere Vorgaben?
 - Einzelne Einsätze vs durchgehendes Vertragsverhältnis
 - Persönliche Abhängigkeit durchaus denkbar

3. AN-Begriff und Digitalisierung

2. Sonderproblem Plattformarbeit (3)

- **AN-Status nicht ausgeschlossen**
 - **BAG** (2021, 9 AZR 102/20) – *Roamler*
 - Zentral: Bejahung persönlicher Arbeitspflicht insb unter Verweis auf notwendige Registrierung bei Akzeptanz von Basisvereinbarung & auf kontinuierliche Tätigkeit abzielendes Bewertungssystem
 - Vgl auch: Court de Cassation (2020), UK Supreme Court (2021, „worker“) – *Uber*; Court de Cassation (2018); Tribunal Supremo (2020); Corte di Cassazione (2020; Kündigungsschutz unabhängig von AN-Eigenschaft) – Plattformen für Essenzustellung

3. AN-Begriff und Digitalisierung

2. Sonderproblem Plattformarbeit (4)

- **Aber: AN-Eigenschaft vielfach in Frage gestellt**
 - zB Mjam: (vermeintlich) nur ~ 10% „echte“ Arbeitsverhältnisse
 - zB EuGH C-692/19, *Yodel Delivery Network*
 - Keine AN-Eigenschaft (iSd Arbeitszeitrichtlinie) bei echten Ablehnungs-, Vertretungsrechten, Freiheit für andere zu arbeiten & freier Zeiteinteilung, auch wenn aus Natur der Tätigkeit gewisse Bindungen folgen
 - Kurzfristig befristete Arbeitsverhältnisse während einzelner Einsätze nicht thematisiert, aber wohl ebenfalls zu verneinen

3. AN-Begriff und Digitalisierung

3. Zwischenbilanz (1)

- **Keine AN-Eigenschaft = kein Arbeitsrecht**
 - Nur wenige Ausnahmen für freie Dienstnehmer*innen bzw AN-Ähnliche
 - ➔ **Kein** zwingender, laufender Entgeltanspruch, kein bezahlter Urlaub, keine Entgeltfortzahlung bei Krankheit
 - Entlohnung nur tatsächlich erledigter Aufträge, „Leerläufe“ allein zu Lasten der Auftragnehmer*innen
 - ➔ **Kein** Arbeitszeitschutz, kein Kündigungsschutz etc
- Neue Arbeitsformen als Extremform der **Beschäftigung nach Bedarf**

3. AN-Begriff und Digitalisierung

3. Zwischenbilanz (2)

- **Sozialversicherungsrechtlicher** Schutz auch für **Selbständige**
 - Aber: mögliche Schutzlücken bei geringen Einkünften & Annahme nur fallweiser Beschäftigung
 - ➔ Durchgängiges freies Dienstverhältnis/durchgehende selbständige Tätigkeit uU sogar von Vorteil

- Zunehmende **Prekarisierung** der Arbeit nicht nur bei neuen Arbeitsformen

4. Perspektiven (1)

■ De lege lata

- Gewisser Schutz bei **AN-Ähnlichkeit** (vgl GIBG, DHG, ASVG)
 - Aber kein Schutz im arbeitsrechtlichen Kernbereich!
- Stärkerer Fokus auf **wirtschaftliche Unselbständigkeit** → „persönliche Abhängigkeit“ gesetzlich nicht definiert
 - Hilft nur in **Zweifelsfällen** (→ ausdrückliche Bestimmungen zu arbeitnehmer*innenähnlichen Personen!)
 - Hilft nicht bei direkten Verträgen mit vielen einzelnen Auftraggeber*innen → aber: **wahrer wirtschaftlicher Gehalt**
- Anwendung des **HeimAG?**
 - „Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren“

4. Perspektiven (2)

■ De lege ferenda

- Ausdehnung zusätzlicher arbeitsrechtlicher Bestimmungen auf **AN-Ähnliche**/Ausdehnung des **HeimAG**
 - Hilft bei Plattformarbeit nur bei gleichzeitiger **Inpflichtnahme der Plattform**
 - Mögliche unionsrechtliche Probleme va bei **kollektiven Maßnahmen** (→ EuGH Rs *Kunsten*, Rsp zu Grundfreiheiten)
- **Erweiterung** des **AN-Begriffes**
 - Stärkerer Fokus auf **wirtschaftliche Unselbständigkeit**
 - Widerlegliche **Vermutung** eines Arbeitsverhältnisses bei fehlender erkennbarer unternehmerischer Struktur
 - Sonderregelungen für Plattformarbeit?
- **Zahlreiche (weitere) Fragen nur auf (zumindest) EU-Ebene lösbar**

4. Perspektiven (3)

- Reaktion auf neue, flexible Arbeitsformen setzt zeitgemäßes, flexibles **Arbeitsrecht** voraus → „**Flucht aus dem Arbeitsrecht**“
- Reflexion über zu **schützende „Klientel“** unabhängig von Digitalisierung
 - Wandel in Arbeitsbeziehungen kaum aufzuhalten
 - Effektiver Schutz klassischer Normalarbeitsverhältnisse nur bei Schutz prekär beschäftigter „Konkurrenz“
- **Kein neuer, aber zeitgemäß(er) verstandener Arbeitnehmer*innenbegriff**



Univ.-Prof. Dr. Susanne Auer-Mayer

VIENNA UNIVERSITY OF
ECONOMICS AND BUSINESS

Institut für Österreichisches und
Europäisches Arbeitsrecht und
Sozialrecht

Welthandelsplatz 1

1020 Wien

+43 1 31336-6483

susanne.auer-mayer@wu.ac.at