

Arbeitsrecht 4.0

Ist das österreichische Arbeitsrecht den Herausforderungen der Arbeitswelt 4.0, die durch die Digitalisierung, die Globalisierung, die Veränderungen der Demografie und des Arbeitskräfteangebots sowie den kulturellen Wandel geprägt ist, ausreichend gewachsen oder besteht Reformbedarf? Anhand von ausgewählten Stichproben betreffend das Arbeiten jenseits von Zeit, Raum, punktuellen Weisungen und des zweipersonalen Verhältnisses wird in diesem Beitrag dieser Frage nachgegangen.

I. Fragestellung; II. Die Ausgangsbasis: A. Industrie 4.0 und Arbeiten 4.0, B. Treiber und Trends des Arbeitens 4.0, C. Ableitungen für das Arbeitsrecht – Arbeitsrecht 4.0, D. Kontinuität des Megatrends der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis; III. Arbeit jenseits der Arbeitszeit: A. Grundsätzliches, B. Entgrenzung durch (vermeintlich) autonome Arbeitszeitgestaltung, C. Entgrenzung durch Dauererreichbarkeit; IV. Arbeit jenseits des betrieblichen Raums: Home-Office und Mobile Working: A. Grundsätzliches, B. Arbeitszeitrecht: 1. Arbeitsbeginn und -ende bei räumlich entgrenzter Arbeit, 2. Arbeitszeitkontrolle bei räumlich entgrenzter Arbeit; C. ArbeitnehmerInnen-schutz; V. Arbeit jenseits der punktuellen Fremdbestimmung; VI. Arbeit jenseits des zweipersonalen Verhältnisses – Crowdwork: A. Begriffsklärungen, B. Arten von Crowdwork, C. Arbeiten in Crowd und Cloud: 1. Zur Funktionsweise von Crowdwork, 2. Vor- und Nachteile der Arbeit in der Gig Economy; D. Arbeitsrecht in der Gig Economy: 1. Liegt ein Arbeitsvertrag vor?, 2. Wer ist AG?, 3. Durchgängiges Vertragsverhältnis oder punktuelle Verträge?, 4. CrowdworkerInnen als arbeitnehmerInnenähnliche Personen, 5. Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes, 6. Schaffung eines Crowdwork-Gesetzes; VII. Zusammenfassung der Ergebnisse.

I. Fragestellung

„Panta rhei – alles fließt“ – dies gilt auch für die Arbeitswelt. Sie verändert sich stetig, was eine fortlaufende Prüfung erfordert, ob das geltende Arbeitsrecht seine Zwecke noch ausreichend passgenau erfüllt oder eine Anpassung notwendig ist. Dieser Beitrag möchte in diesem Sinne Überlegungen dazu anstellen, ob und wie den schon bestehenden und den sich in Zukunft abzeichnenden Veränderungen der Arbeitswelt arbeitsrechtlich begegnet werden kann. Es geht dabei einerseits darum, mit dem bestehenden Instrumentarium auf faktische Veränderungen zu reagieren, sowie andererseits darum, Schutzlücken aufzuzeigen und Vorschläge zu deren Schließung anzustellen. Dabei werden vorrangig der Schutzbereich des Arbeitsrechts und individualarbeitsrechtliche Fragen beleuchtet.

Bei dieser Untersuchung steht der besondere Zweck des Arbeitsrechts im Vordergrund, und zwar die Erkenntnis, dass „aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit des AN [...] eine uneingeschränkte Privatautonomie im Bereich des Arbeitsrechts sozialpolitisch nicht wünschenswerte Konsequenzen [hätte]. Dem hieraus resultierenden Schutzbedürfnis entsprechend soll das Arbeitsrecht durch öffentlich-rechtliche Eingriffe oder arbeitsrechtsspezifische Rechtsquellen die Privatautonomie beschränken.“¹⁾ Es geht somit um die Frage, inwieweit

Dr. Martin Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Sein Beitrag wurde einem **Double-Blind-Peer-Review-Verfahren** unterzogen.

¹⁾ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 1.

man dem Schutzzweck des Arbeitsrechts auch unter geänderten Rahmenbedingungen gerecht werden kann bzw wie auf Schutzdefizite reagiert werden muss.

Diese Frage ist freilich nicht neu, sondern sie wird immer wieder, zumeist in Wellen kommend, gestellt.²⁾ Es gilt daher eingangs aufzuzeigen, welche **Änderungen der Arbeitswelt** derzeit **Ausgangspunkt** der Überlegungen sind. Dafür bietet sich insb die vom deutschen Bundesministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden kurz „BMAS“) unter dem Schlagwort **„Arbeiten 4.0“** vorgenommene Analyse³⁾ an (s II.). Auch wenn diese Dokumente zur deutschen Situation erstellt wurden, bieten sie wegen ihrer grundlegenden Aufarbeitung des Themas und einer doch grundsätzlich bestehenden Vergleichbarkeit eine gute Ausgangsbasis zu weiteren Überlegungen zur österreichischen Rechtslage. In der Folge werden dann einzelne, wichtig erscheinende Phänomene herausgegriffen, die hier unter den Schlagworten als **Arbeit jenseits von Zeit, Raum, punktuellen Weisungen und zweipersonalem Verhältnis** zusammengefasst werden. Dabei musste freilich eine Auswahl erfolgen, da eine umfassende Behandlung den Rahmen dieses Beitrages gesprengt hätte. Insb werden Fragen des kollektiven Arbeitsrechts und auch des AN-Datenschutzes ausgeblendet. Letztere werden in nächster Zeit ohnehin wegen des Inkrafttretens der Datenschutz-Grundverordnung (DSG-VO) 2016/679 mit 25. 5. 2018 Inhalt spezieller Untersuchungen sein.⁴⁾

II. Die Ausgangsbasis

A. Industrie 4.0 und Arbeiten 4.0

Der Ausgangspunkt für die „4.0-Diskussion“ ist der Begriff der **Industrie 4.0**, der auf die Forschungsunion Wirtschaft-Wissenschaft, ein Beratungsgremium der deutschen Bundesregierung, zurückgeht. Diese hat von 2006 bis 2013 die Umsetzung und Weiterentwicklung der Hightech-Strategie 2020 für Deutschland begleitet und in ihrem Perspektivenpapier „Wohlstand durch Forschung – vor welchen Aufgaben steht Deutschland“⁵⁾ Folgendes formuliert:

„Das Internet der Dinge, Daten und Dienste wird schon bald die physische und die digitale Welt miteinander verschmelzen und intelligente Infrastrukturen entstehen lassen, in denen Subjekte und Objekte gleichermaßen in Echtzeit kommunizieren. Die Transformation in eine web- und wissensbasierte Dienstleistungsgesellschaft ist unumkehrbar. Die Chancen dieser Transformation proaktiv zu ergreifen, ist essentiell, um Deutschlands Zukunft als erfolgreicher Wirtschaftsstandort zu sichern. Cyber-physische Produktionssysteme und intelligente Fabriken („Smart Factories“) sind die zentralen Begriffe der Mission ‚Industrie 4.0‘, die ein flexibleres und effizienteres Produzieren anstrebt, das hochkomplexe virtuelle Systeme mit einem hohen Maß an selbstverantwortlicher menschlicher Arbeit verbindet.“⁶⁾

²⁾ So zB Pichler (Hrsg), Die „Neue“ Arbeit – die rechtspolitischen Herausforderungen (1999); Pichler (Hrsg), Rechtliche Strategien zur Bewältigung der Wandlungen im Erwerbsleben (2000); Luf, Aspekte des Wandels im modernen Arbeitsverhältnis, in Mazal/Muranaka (Hrsg), Sozialer Schutz für atypisch Beschäftigte (2005) 7.

³⁾ Siehe dazu BMAS, Grünbuch Arbeiten 4.0 (2015), verfügbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/gruenbuch-arbeiten-vier-null.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgefragt am 6. 3. 2017); BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0 (2016), verfügbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf;jsessionid=BA9AAA18494C0B657231BEA6F6418944?__blob=publicationFile&v=4 (abgefragt am 6. 3. 2017).

⁴⁾ Dazu schon jetzt insb Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016); Knyrim, Industrie 4.0 – Auswirkungen auf Datenschutz und Arbeitsrecht, Dako 2016, 103.

⁵⁾ Download unter www.forschungsunion.de/pdf/forschungsunion_perspektivenpapier_2013.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

⁶⁾ Forschungsunion, Perspektivenpapier der Forschungsunion (2013) 10.

Die Industrie 4.0 wird dabei als „neue Stufe der Industrialisierung“ bezeichnet und folgendermaßen beschrieben:

„Das Internet der Dinge macht flexibleres und effizienteres Produzieren auf dieser Stufe möglich: Unternehmen werden zukünftig ihre Maschinen, Fertigungsanlagen und Fabriken als cyber-physische Produktionssysteme (CPPs) weltweit vernetzen und produktionsrelevante Prozesse punktgenau aufeinander abstimmen können. CPPs umfassen demnach intelligente Maschinen, Lagersysteme und Betriebsmittel, die durchgängig von der Eingangslogistik über die Produktion, das Marketing und die Ausgangslogistik bis zum Service informationstechnologisch miteinander verknüpft sind. CPPs eröffnen die Möglichkeit, Steuerungs- und Regelungsprozesse sehr viel differenzierter auszugestalten. Für das verarbeitende Gewerbe bedeutet dies einen Epochenbruch, dieser ist mit den drei großen industriellen Revolutionen vergleichbar, die den Weg in die moderne Industriegesellschaft geebnet haben: die Einführung der Dampfmaschine Ende des 18. Jahrhunderts, die Erfindung des Fließbands Ende des 19. Jahrhunderts und schließlich die Entwicklung der elektronischen Steuerung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Aus der nun anstehenden vierten Industrierevolution wird die Industrie 4.0 hervorgehen.“⁷⁾

Auf dieser Basis entwickelte sich vor allem eine intensive Debatte darüber, welche Konsequenzen dies für den Arbeitsmarkt haben werde. Eine wesentliche Wegmarke in diesem Zusammenhang ist die *Frey/Osborne-Studie*,⁸⁾ die davon ausgeht, dass ca 47% der Beschäftigung in den USA gefährdet sei. Dies wurde in der Folge mehrfach verfeinert und insb auch das Entstehen neuer Beschäftigungsfelder in den Vordergrund gestellt, sodass der Netto-Effekt weit aus geringer sein soll.⁹⁾ Jedenfalls wurde aber ein massiver Requalifizierungsbedarf verortet.¹⁰⁾ Diese Effekte betreffen nur bedingt das Arbeitsrecht, weshalb darauf hier nicht weiter eingegangen werden soll.

Von Bedeutung für das hier zu bearbeitende Thema ist ein anderer Argumentationsstrang in der „4.0-Diskussion“, nämlich jener um das **Arbeiten 4.0**. Dieser wurde durch das als Grundlage für eine grundlegende Diskussion über die Veränderungen der Arbeitswelt¹¹⁾ konzipierte „Grünbuch Arbeiten 4.0“ des deutschen BMAS geprägt, das 2015 vorgestellt wurde.¹²⁾ In ihrem Vorwort führt die Bundesministerin *Andrea Nahles* ihr weites Verständnis von Arbeiten 4.0 aus:

„Wenn wir über Arbeiten 4.0 sprechen, reden wir nicht nur über die neuen Technikwelten der Industrie 4.0. Wir reden über die Arbeit der Zukunft in ihrer ganzen Breite und Vielfalt. Dabei ist der technologisch ermöglichte Wandel nur ein wichtiger Treiber. Eine stille Umwälzung geht von den Menschen selbst aus: Wir erleben derzeit einen grundlegenden kulturellen Wandel mit neuen Ansprüchen an die Organisation von Arbeit. Individualisierung ist nicht nur ein Zauberwort für Produktentwickler und Vermarkter, sondern ein historischer Trend weit über den Konsum hinaus. Wir wollen ein individuelles Leben. Und das heißt: Wir möchten uns um die Menschen, die wir lieben, kümmern, erst recht dann, wenn sie uns brauchen. Wir möchten ein Privatleben, das diesen Namen verdient, und gute Arbeit, die zu unserer Lebens-

⁷⁾ *Forschungsunion*, Perspektivenpapier 56.

⁸⁾ *Frey/Osborne*, The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation? (2013), verfügbar unter www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

⁹⁾ Dazu *Schweighofer*, Zur Befreiung des Menschen von mühevoller Arbeit und Plage durch Maschinen, Roboter und Computer – Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitsmärkte, WuG 2016, 219 (226); *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 44, 51 jeweils mwN.

¹⁰⁾ So zB *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 100.

¹¹⁾ Siehe dazu die Plattform www.arbeitenviernull.de (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹²⁾ *BMAS*, Grünbuch Arbeiten 4.0 (2015), verfügbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/gruenbuch-arbeiten-vier-null.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgefragt am 6. 3. 2017).

situation passt, Sie soll uns die Freiheit und Souveränität lassen, unser Leben zu führen und zugleich das notwendige Maß an Sicherheit verschaffen.“¹³⁾

B. Treiber und Trends des Arbeitens 4.0

Im „Grünbuch Arbeiten 4.0“¹⁴⁾ und dann auch im daraus resultierenden „Weißbuch Arbeiten 4.0“¹⁵⁾ werden vier Treiber und Trends für die Veränderung der Arbeitswelt angeführt.¹⁶⁾ Sie sind nicht alle auf technologische Veränderungen zurückzuführen und teilweise auch nicht neu. Neu ist aber deren gegenseitige Verstärkung und damit ihr gemeinsames Potenzial zu grundlegenden Veränderungen von Arbeitsorganisation und Arbeitsbedingungen. Es handelt sich dabei um folgende Elemente, die hier in der gebotenen Kürze nur überblicksmäßig dargestellt werden können:

1. **Digitalisierung:** Der Übergang von analoger zu digitaler Technik vollzieht sich seit den 1980er-Jahren. Die aktuelle Veränderung hat jedoch eine neue Qualität, da nunmehr die Schwelle überschritten wird, an der eine Durchdringung weiter Teile des täglichen Lebens, der Wertschöpfungsprozesse und des Arbeitens durch die Digitalisierung stattfindet: „Das Internet vernetzt nicht nur kommunizierende Menschen, sondern auch ‚kommunizierende‘, dh Daten aussendende Dinge.“¹⁷⁾

2. **Globalisierung:** Auch der globale Handel ist nicht unbedingt neu, die starke Vernetzung und Interdependenz nationaler Volkswirtschaften nahm jedoch immer wieder an Fahrt auf, so insb durch den stark beschleunigten weltweiten Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr seit den 1980er-Jahren. Nunmehr findet der Austausch in einem weltumspannenden Informations- und Kommunikationsraum, dem Internet, statt, der Motor von Veränderungen ist, die zu einer weiteren Intensivierung der globalen Arbeitsteilung führen.¹⁸⁾

3. **Demografie und Arbeitskräfteangebot der Zukunft:** Im Vergleich zur Vergangenheit gibt es durch die steigende Lebenserwartung deutlich mehr ältere Menschen. Die Geburtenraten bleiben zwar dauerhaft auf einem niedrigen Niveau, deren Effekt auf das Arbeitskräfteangebot können aber durch eine steigende Erwerbsbeteiligung Älterer und insb von Frauen, nicht zuletzt auch durch Migration ausgeglichen werden; das Arbeitskräfteangebot steigt sogar an. Probleme gibt es dabei insb hinsichtlich des Qualifikationsniveaus und der Sicherung des Fachkräftebedarfes.

4. **Kultureller Wandel:** Neben diesen eher von außen einwirkenden Faktoren dürfen auch nicht jene Trends unterschätzt werden, die auf eine Veränderung der Lebensstile und Werte zurückzuführen sind. Wichtige Stichworte hierfür sind die Individualisierung, veränderte Idealbilder des familiären und gesellschaftlichen Zusammenlebens, eine Pluralisierung der Lebensentwürfe und der Ansprüche an Arbeit. Letztere sind, wie eine 2016 durchgeführte Studie „Wertewelten Arbeiten 4.0“¹⁹⁾ zeigt, nicht unbedingt homogen: So bedeuten die Digitalisie-

¹³⁾ *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0 (2016) 6, verfügbar unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹⁴⁾ *BMAS*, Grünbuch Arbeiten 4.0, 10.

¹⁵⁾ *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 19.

¹⁶⁾ Ähnlich *Eichhorst/Buhlmann*, Die Zukunft der Arbeit und der Wandel der Arbeitswelt, WiPol 2015, 131.

¹⁷⁾ *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 19; s dazu auch *Grömling*, Digitalisierung – eine Quelle unsichtbaren Wohlstandes, WiPol 2016, 387.

¹⁸⁾ *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 25.

¹⁹⁾ *BMAS/Nextpractice*, Wertewelten Arbeiten 4.0 (2016), verfügbar unter https://www.arbeitenviernull.de/fileadmin/Downloads/Wertestudie_Arbeiten_4.0.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

rung und auch die Flexibilisierung für einen Teil der Befragten die Möglichkeit, Arbeit selbstbestimmter zu gestalten, andere sehen eher das Risiko einer weiteren Verdichtung oder des Arbeitsplatzverlustes.

C. Ableitungen für das Arbeitsrecht – Arbeitsrecht 4.0

Das „Weißbuch Arbeiten 4.0“ skizziert in der Folge sechs Spannungsfelder, die intensiv analysiert und mit Lösungsvorschlägen, die über das das bloße Arbeitsrecht hinausgehen, vor dem deutschen Hintergrund bearbeitet werden:

1. Beschäftigungseffekte: Wandel von Branchen und Tätigkeiten²⁰⁾
2. Digitale Plattformen: neue Märkte und Arbeitsformen
3. Big Data: Rohstoff der digitalen Wirtschaft
4. Industrie 4.0: Interaktion von Mensch und Maschine
5. Zeit- und ortsflexibles Arbeiten: Jenseits der Präsenzkultur
6. Unternehmensorganisation: Strukturen im Umbruch.²¹⁾

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur fand die Aufarbeitung des Themas bislang unter dem Titel „**Digitalisierung der Arbeitswelt**“ statt, der gegenüber jenem des Arbeitens 4.0 doch enger gefasst ist und vor allem auf den technologischen Wandel Bezug nimmt. Umfassend behandelt Krause²²⁾ dieses Thema in seinem Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag. Er verortet mehrere Problemfelder, und zwar: Schutzinteressen in der digitalisierten Arbeitswelt (Schutz von arbeitsfreier Zeit, technischer Arbeitsschutz, Schutz von psychischen Belastungen und Schutz informationeller Selbstbestimmung), neue Optionen (örtliche und zeitliche Souveränität ebenso wie Qualifizierung und Weiterbildung als Recht) sowie neue Wertschöpfungsstrukturen (Betriebsverfassungsrecht, Plattformökonomie). Däubler²³⁾ nennt als Themen das Arbeitszeitrecht und Urlaub, Arbeitsschutzrecht, Datenschutz, Weiterbildung, Rechtsprobleme der Plattformökonomie und grenzüberschreitender Rechtsbeziehungen sowie Fragen der kollektiven Interessenvertretung. Ähnliche Themen spricht auch Thüsing²⁴⁾ mit den Schlagworten ständige Erreichbarkeit, größere Mobilität, neue Formen der Zusammenarbeit, neue Qualifikationserfordernisse und dem Potenzial stärkerer Überwachung an.

In **Österreich** fehlt es an einer gesamthaft ausgerichteten juristischen Betrachtung dieses Themas. Lediglich zu einzelnen Themen, insb im Zusammenhang mit der Entgrenzung und dem plattformbasierten Arbeiten („crowdwork“), liegen punktuelle Untersuchungen vor.²⁵⁾ In der

²⁰⁾ Dazu auch Gassmann/Sauer, Kreative Zerstörung 4.0 – Trends und neue Geschäftslogik, WiPol 2016, 375; Ritsche/Vögel, Die Neuvermessung der Welt: Grundprinzipien und Konsequenzen der Digitalökonomie, WiPol 2016, 275; aus österreichischer Sicht mit beschäftigungspolitischem Schwerpunkt Schweighofer, WuG 2016, 219.

²¹⁾ BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 42 ff.

²²⁾ Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf (2016).

²³⁾ Digitalisierung und Arbeitsrecht, SR Sonderausgabe Juli 2016, 2 ff.

²⁴⁾ Digitalisierung der Arbeitswelt – Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen, SR 2016, 87 ff.

²⁵⁾ So zB die Beiträge in Brodil (Hrsg.), Entgrenzte Arbeit – Aktuelle Fragen neuer Formen der Arbeitsleistung (2016); Risak, Arbeiten in der Grauzone zwischen Arbeitszeit und Freizeit – dargestellt am Beispiel der „Dauererreichbarkeit“ am Smartphone, ZAS 2013, 296; Risak, Entgrenzte Arbeit: Wunsch, Alptraum oder arbeitsrechtliche Realität? DRdA 2015, 9; Risak, Crowdwork – erste rechtliche Annäherungen an eine neue Arbeitsform, ZAS 2015, 11; Risak, What's law got to do with it? –

Folge wird nun versucht, diese in einen Zusammenhang zu stellen, wobei folgende Systematik zugrunde gelegt wird: Durch die unter Pkt II.B. beschriebenen Phänomene kommt es zu einer grundlegenden Veränderung des bisherigen Arbeitsvollzuges hinsichtlich aller Dimensionen der Leistungserbringung, nämlich des Wann, Wo und Wie der Arbeitsleistung. Auf den ersten Blick wird somit Arbeit jenseits von Ort, Zeit und persönlichen Weisungen erbracht – es findet ein „**jenseitiges Arbeiten**“ iS eines Arbeitens jenseits der typischen Elemente des Arbeitsvertrags statt. Anhand dieser in stRsp judizierten Aspekte der persönlichen Abhängigkeit, nämlich der „weitgehende[n] Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des AN, welcher hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des AG unterworfen ist“,²⁶⁾ soll in der Folge das Arbeitsrecht 4.0 aufgearbeitet werden.

Was nun das **Arbeiten jenseits der Arbeitszeit und des Arbeitsortes** betrifft, so geht das traditionelle Arbeitsrecht von einer klaren Bipolarität der Arbeitszeit, nämlich selbstbestimmter Freizeit (in der Diktion des AZG „Ruhezeit“) und fremdbestimmter Arbeitszeit ebenso aus wie von einer klaren Trennung der physischen Räume, dem Betrieb und dem außerbetrieblichen Bereich. Diese Trennung erodiert zusehends, wofür vor allem die Digitalisierung und die weite Verbreitung der dafür erforderlichen Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) verantwortlich sind. Freilich gab es schon bislang AN mit stärkerer Selbstbestimmung (zB leitende Angestellte oder AußendienstmitarbeiterInnen); ein relevantes Massenphänomen waren sie freilich noch nicht und man konnte mit einigen Ausnahmebestimmungen wie zB § 1 Abs 2 Z 8, § 26 Abs 3 AZG das Auslangen finden. Dies wird in Zukunft wohl nicht mehr so leicht möglich sein. Teilweise hat die Gesetzgebung darauf schon reagiert, wie in der Folge gezeigt wird. Eine dritte Dimension stellt die Veränderung des Arbeitsvollzuges dar, nämlich die Verschiebung von der Inputkontrolle, die wesentlich über die zeitbezogene Arbeitsleistung und Weisungen, wie diese Zeit zu verwenden ist, erfolgt, hin zu einer Outputkontrolle, dh hin zum Arbeitsergebnis selbst. Es handelt sich hier um ein **Arbeiten jenseits der persönlichen Weisungen**.

Von herausragender Bedeutung ist die letzte Dimension jenseitiger Arbeit, nämlich die **Arbeit jenseits des zweipersonalen Verhältnisses** durch das Crowdsourcing von Arbeit, das von Däubler²⁷⁾ wohl zu Recht als die „größte Herausforderung für das Arbeitsrecht“ bezeichnet wird. Diese vier Aspekte werden in der Folge unter Pkt III. – V. bearbeitet.

D. Kontinuität des Megatrends der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis

Diese Veränderungen treten freilich nicht plötzlich auf, sondern sind Ausformungen eines größeren Trends, eines Megatrends, nämlich der **Abkehr vom sog Normalarbeitsverhältnis**. Auf diesem fußen bekanntlich die derzeit bestehenden Institutionen des Arbeitslebens (wie Gewerkschaften, BR und AK, die WK, KollV und BV) ebenso wie das Arbeitsrecht. Sie sind Antworten auf die Industrialisierung und das sich dabei herausbildende sog Normal- oder Standardarbeitsverhältnis: ein unbefristetes Vollzeitverhältnis 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

(Arbeits-)Rechtliche Aspekte plattformbasierten Arbeitens, Kurswechsel 2016, H 2, 32; Risak, Home Office I – Arbeitsrecht, ZAS 2016, 204; Brodil, Home Office II – Haftung bei entgrenzter Arbeit, ZAS 2016, 209; Warter, Crowdwork (2016); Lutz/Risak (Hrsg.), Arbeit in der Gig Economy (2017).

²⁶⁾ RIS-Justiz RS0021306 mit Verweis auf 35 OGH-Entscheidungen.

²⁷⁾ SR Sonderausgabe Juli 2016, 11.

KollV sollte vor allem dem Machtungleichgewicht beim Aushandeln der individuellen Arbeitsverträge begegnet werden.²⁸⁾ Dieser Schutz für die AN ist freilich auch mit Kosten für die AG 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.

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 sog. „atypischen Arbeitsverhältnisse“ stark zu. Atypisch sind diese deshalb, weil sie von dem soeben beschriebenen Normalarbeitsverhältnis abweichen: Teilzeitarbeit, befristete Arbeitsverhältnisse und Arbeitskräfteüberlassung (Leiharbeit) sind die am weitesten verbreiteten Formen.²⁹⁾ Bisweilen wird auch überhaupt der Schutzbereich des Arbeitsrechts verlassen, wie insb bei den freien Dienstverträgen. AG 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 Risiken³⁰⁾ und Kosten, die beim Standardarbeitsverhältnis die AG traf: 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. AN wurden diese atypischen Arbeitsverhältnisse mit dem 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 Standardarbeitsverhältnisse 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, insb wurde die gar nicht so seltene Diskriminierung atypischer Beschäftigter (zB der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten aus Betriebspensionssystemen oder der Versuch, durch Leiharbeit kollv Entgeltbedingungen im Beschäftigterbetrieb zu unterwandern) gesetzlich verboten. Einschlägige Regelungen finden sich im AZG (§ 19 d für Teilzeitarbeit), im AVRAG (§ 2 b für befristete Arbeitsverträge) und im AÜG. Vor allem im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung erreichten die Gewerkschaften den Abschluss eines für die betroffenen AN vorteilhaften KollV für die ArbeiterInnen in Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen.³¹⁾

Auch die **Europäische Union** entfaltete im Rahmen der sozialen Dimension Aktivitäten im Bereich der atypischen Beschäftigung. Insb 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 Teilzeitarbeitsrichtlinie 97/81/EG, die Befristungsrichtlinie

²⁸⁾ Siehe dazu *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer, ZAS 2002, 165; *Risak*, Eigenverantwortung vs Solidarität im Arbeitsrecht, in *WiR* (Hrsg), Eigenverantwortung vs Solidarität (2014) 121; *Risak*, Kollektives und Individuelles im Betrieb, in *Kietaibl/Schörghofer* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde – Liber Amicorum für Robert Rebhahn (2014) 129.

²⁹⁾ Siehe dazu *Europäisches Parlament*, Working Paper – Atypical Work in the European Union (2000), verfügbar unter ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2440&langId=en (abgefragt am 6. 3. 2017); *Schulze Buschhoff*, Atypische Beschäftigung in Europa, WSI Study 1/2016 (2016), verfügbar unter www.boeckler.de/pdf/p_wsi_studies_1_2016.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

³⁰⁾ Dazu insb *Beck*, Schöne neue Arbeitswelt (2007) 28.

³¹⁾ Siehe dazu *Obereder*, Arbeitskräfteüberlassung, in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht (28. Lfg 2016), Kap 15 Rz 43 ff; *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KollV (2013).

1999/70/EG und die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sowie die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG.

Die Entwicklung ist damit freilich nicht abgeschlossen, der Durst nach mehr Flexibilität insb gepaart mit den Möglichkeiten durch den Fortschritt der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) 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 geäußerten abweichen. Ein 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.³²⁾ Die neuen Arbeitsformen unterscheiden sich vom Normalarbeitsverhältnis sowie der „traditionellen“ atypischen Beschäftigung in mehrfacher Weise: Einige von ihnen verändern die Beziehung zwischen AN und AG, 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 (dazu ausführlich VI.)
- Casual Work: Arbeit auf Abruf³³⁾
- 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 AG angestellt, für die sie auf rotierender Basis arbeiten.
- Job Sharing: Mehrere AN 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

Auch wenn diese neuen Formen der Arbeitserbringung im Detail sehr heterogenen sind und in einzelnen Staaten in unterschiedlicher Ausprägung und Häufigkeit auftreten, haben sie einen gemeinsamen Nenner: das Ziel, zusätzliche Flexibilität für AG und/oder AN zu schaffen. Während einige Formen potenziell für beide Vertragsparteien nutzbringend sein können, bie-

³²⁾ *Eurofund*, New forms of employment (2015), verfügbar unter https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017); s dazu auch *Waas* (Hrsg), 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 www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5j1wnklt820x-en.pdf?expires=1482137512&id=id&accname=guest&checksum=5F30C0515FDD6189DBA32AEF32E87717 (abgefragt am 6. 3. 2017).

³³⁾ Siehe dazu *Prassl*, Flexible Arbeitsverpflichtung, Legitimierte Ausbeutung? Der „Zero-Hours Contract“ im Englischen Recht, in *Tomandl/Risak* (Hrsg), Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 39; *Risak*, Möglichkeiten der Arbeitszeit-Flexibilität für ArbeitgeberInnen – Die österreichische Perspektive auf Zero-Hours-Verträge, in *Tomandl/Risak* (Hrsg), Wie bewältigt das Recht Moderne Formen der Arbeit? (2017) 60.

ten 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 bislang oft unreguliert, obwohl sie zahlreiche rechtliche und soziale Probleme aufwerfen.

Diese neuen Formen der Arbeitserbringung sind konkrete Ausformungen des Arbeitens 4.0; sie entwickeln sich häufig im Graubereich und oft im Neuland zwischen Arbeitsverträgen und freier Mitarbeit („freelancing“).³⁴⁾ Eine eindeutige Einordnung als Arbeitsvertrag ist gar nicht so selten 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 insb im Zusammenhang mit Crowdwork zu zeigen sein wird, stellt dies eine Herausforderung für die derzeitige binäre Einordnung als entweder Arbeitsvertrag und damit schutzbedürftig oder als selbständige Leistungserbringung, die keines besonderen Schutzes bedarf, dar.

III. Arbeit jenseits der Arbeitszeit

A. Grundsätzliches

Während das Arbeitszeitausmaß und eine allfällige Verpflichtung zur Mehrleistung schon seit jeher vertraglich zu vereinbaren war, konnte die Verteilung der vereinbarten Arbeitszeit, dh deren Lage, lange Zeit durch die AG einseitig im Rahmen der Billigkeit durch Weisungen festgelegt werden, sofern dem keine Regelungen in KollV, BV oder Einzelvertrag entgegenstanden. Von diesem Weisungsprinzip wurde mit der AZG-Novelle 1992³⁵⁾ für Teilzeitbeschäftigte abgegangen und das seitdem bestehende grundsätzliche Vereinbarungsprinzip dann 1997³⁶⁾ auf Vollzeitbeschäftigte ausgedehnt. Damit wurde die Weisungsunterworfenheit der AN in dieser Hinsicht eingeschränkt. Autonomie hinsichtlich der Arbeitszeitverteilung wird ihnen durch die Vereinbarung von Gleitzeit gem § 4b AZG eingeräumt – da in diesen Fällen ein Arbeitsverhältnis weiterhin besteht, zeigt dies, dass eine gewisse, uU auch sehr weitgehende Freiheit in dieser Hinsicht am Bestehen eines Arbeitsverhältnisses unbestritten nichts ändert. Damit bestehen Möglichkeiten zur Entgrenzung der Arbeitszeit schon seit Längerem. Die beiden in Pkt III.B. und C. näher beschriebenen Phänomene zeigen jedoch, dass diese Erosion der Arbeitszeitgrenzen und der klaren Trennung von Arbeitszeit und Freizeit/Ruhezeit durch den Einsatz von IKT, neuen Möglichkeiten der Leistungskontrolle und nicht zuletzt durch einen Wertewandel weiter fortschreitet, wobei das Tempo zunimmt.

B. Entgrenzung durch (vermeintlich) autonome Arbeitszeitgestaltung

Die **Gleitzeit** ist in § 4b AZG als jenes Arbeitszeitmodell definiert, bei dem die AN die Möglichkeit haben, Beginn und Ende der täglichen Normalarbeitszeit innerhalb des vereinbarten Rahmens selbst zu bestimmen. Damit erscheint dieses Modell nur für jene Tätigkeiten geeignet, in denen es wesentlich auf den Output und nicht auf eine Präsenz am Arbeitsplatz zu ei-

nem bestimmten Zeitpunkt ankommt. Dies ist jedoch dann anders, wenn eine sog „**Funktions- oder Besetzungszeit**“ vereinbart wurde, dh, dass die AN durch entsprechende Absprachen sicherzustellen haben, dass immer eine von den AG festgelegte Mindestbelegschaftsstärke gewährleistet ist.³⁷⁾ Damit kommt die Gleitzeit einem Job-Sharing-Modell immer näher, was AG zusätzliche Vorteile bringen kann. Damit kann nämlich einerseits zuschlagsfrei bis zu zehn Stunden/Tag gearbeitet werden und es sind keine Vorankündigungsfristen einzuhalten,³⁸⁾ andererseits wird der Konflikt um die konkrete Verteilung der Arbeitszeit weg von den AG bzw Vorgesetzten hin zu den AN verlagert. Durch dieses Produkt der Vertragsfreiheit ist Gleitzeit auch zB im Einzelhandel möglich und wird wohl an Bedeutung gewinnen, wenn – wie im Regierungsprogramm für die laufende 25. Gesetzgebungsperiode vorgesehen³⁹⁾ – bei Gleitzeit ebenfalls ein Zwölf-Stunden-Arbeitstag ermöglicht werden soll. Es ist in diesen Zusammenhang nicht zu unterschätzen, dass nicht nur im Interesse der AN gegliedert wird, sondern dass betriebliche Interessen zumindest mitberücksichtigt werden. Es besteht nämlich idR ein Rechtfertigungsdruck für AN, warum sie gerade in Zeiten geringeren Arbeitsbedarfes Zeitguthaben erwerben bzw warum sie diese abbauen, wenn sie benötigt werden. Dies alles zeigt, dass die Gleitzeit auch eine Risikoverschiebung hin zu den AN bewirken kann. Nicht mehr die AG sind dafür verantwortlich, ausreichend Arbeit während der vereinbarten Arbeitszeit zur Verfügung zu haben, sondern die AN sollen ihre Arbeit autonom so einteilen, dass möglichst wenig Leerläufe anfallen.⁴⁰⁾

Unter diesem Blickwinkel betrachtet verschwimmt funktional die Grenze der Gleitzeit zu den sog Durchrechnungsmodellen gem § 4 Abs 4–7 AZG zusehends. Bei diesen erfolgt zwar die Arbeitszeiteinteilung einseitig durch die AG, die nach § 19c AZG auch allfällige entgegenstehende Interessen der AN zu berücksichtigen haben. Sollen nun aber AN zumindest faktisch bei der Gleitzeit auch die AG-Interessen berücksichtigen, so wird die Trennlinie immer unschärfer. Trotzdem hat die Unterscheidung zwischen angeordneter und selbstbestimmter Arbeitszeiteinteilung massive finanzielle Konsequenzen: Bei der Gleitzeit ist keine „Vorankündigungsfrist“ von zumindest zwei Wochen (§ 19c Abs 2 Z 2 AZG) einzuhalten, womit der Anfall von Überstundenzuschlägen tendenziell vermieden wird. Eine Anhebung der täglichen Arbeitszeitgrenze auf zwölf Stunden/Tag bei Gleitzeit würde die Problematik noch weiter verschärfen.

Gerade an diesem Beispiel wird die Schattenseite der den AN im Rahmen des Arbeitsverhältnisses verstärkt eingeräumten Selbstbestimmung deutlich. Zumeist wird der Freiheitsgewinn in den Vordergrund gestellt⁴¹⁾ und vergessen, dass auch AN-autonome Flexibilität gar nicht so selten, uU sogar unbewusst im Interesse der AG ausgeübt wird. Mit *Han*⁴²⁾ lässt sich sagen, dass die dabei wirksame Machttechnik subtil ist, da sie sich nicht direkt an die Person der AN zB in Form direkter Weisungen richtet, sondern dafür sorgt, dass diese so auf sich selbst einwirken, dass der Herrschaftszusammenhang in sich selbst abgebildet und gar als Freiheit interpretiert wird. „Selbstoptimierung und Unterwerfung, Freiheit und Ausbeutung fallen hier in eins.“ AN können sich in diesem Rahmen als flexibel, leistungsbereit und dauernd ver-

³⁷⁾ Risak/Jöst/Patka/David, Praxishandbuch Gleitzeit² (2014) 101.

³⁸⁾ Nach § 19c Abs 2 Z 2 AZG ist eine einseitige Veränderung der Lage der Normalarbeitszeit durch die AG jedenfalls zwei Wochen im Vorhinein mitzuteilen; zu den weiteren Voraussetzungen s § 19c Abs 2 AZG.

³⁹⁾ BKA, Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013–2018 (2013) 12.

⁴⁰⁾ Dazu Risak, DRdA 2015, 14.

⁴¹⁾ Vgl BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 115.

⁴²⁾ Psychopolitik (2014) 42.

³⁴⁾ Eurofound, New Forms of Employment 107.

³⁵⁾ BGBl 1992/833.

³⁶⁾ BGBl I 1997/46; dazu Risak, Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung, Momentum Quarterly 2016, 75 (84); Risak, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung, ZAS 2015, 127 (133).

füßbar zeigen, ohne dass ihnen dies direkt angeordnet wird⁴³⁾ oder sie durch variable Entlohnungsmodelle dazu angereizt werden. Sie bringen sich so für einen beruflichen Aufstieg ebenso in Stellung bzw. meinen sich gegen allfällige Kündigungen zu immunisieren. Damit geraten jene Personen ins Hintertreffen, die über die vereinbarte Normalarbeitszeit hinaus aus verschiedensten Gründen (insb. Sorgearbeit oder andere Erwerbstätigkeiten) nicht dauernd zur Verfügung stehen. Davon betroffen sind vor allem Frauen und Personen mit einer geringeren finanziellen Ressourcenausstattung; so kann bspw. ein bei einer Radiostation mit einem geringen Entgelt teilzeitbeschäftigter Journalist, der einen Hauptberuf braucht, um sich diese für ihn erfüllende Teilzeitbeschäftigung „leisten“ zu können, viel weniger flexibel sein als jemand, der weiterhin von seinen Eltern finanziell unterstützt wird. So trifft diese Form der Entgrenzung unterschiedliche Personengruppen in unterschiedlicher Weise und verstärkt tendenziell bereits bestehende Ungleichheiten. Dieser Effekt ist wohl nicht unbedingt erwünscht und die undifferenzierte positive Einschätzung der AN eingeräumten Zeitautonomie ist daher auch aus diesem Blickwinkel kritisch zu hinterfragen.

C. Entgrenzung durch Dauererreichbarkeit

Eine andere Problematik eröffnet sich durch die Möglichkeit, AN auch außerhalb der vereinbarten Arbeitszeiten unkompliziert über ihre Mobiltelefone zu erreichen bzw. ihnen auf diese Weise auch E-Mails oder sonstige textliche Nachrichten zu übersenden.⁴⁴⁾ MitarbeiterInnen werden damit theoretisch dauernd erreichbar und stehen rund um die Uhr auf Abruf bereit. Dies wird dadurch noch angereizt, dass AG den AN bisweilen teure Smartphones zur Verfügung stellen und eine Privatnutzung ermöglichen; derart gewährleisten sie ein dauerndes Mit-sich-Führen und eine Erreichbarkeit auf „sanftem Wege“. Das „Weißbuch Arbeiten 4.0“⁴⁵⁾ betont in diesem Sinne zu Recht, dass mit der Digitalisierung die arbeitsbezogene Erreichbarkeit weiter an Bedeutung gewinnen würde. Dem dortigen Befund, dass kein gesetzlicher Handlungsbedarf bestehe, kann jedoch aus österreichischer Sicht nicht gefolgt werden.⁴⁶⁾

Bei derartigen Dauererreichbarkeiten ergeben sich nämlich komplexe Fragen im Zusammenhang mit der arbeitszeitrechtlichen Einordnung der Erreichbarkeitszeiten.⁴⁷⁾ Das AZG kennt seit der großen Flexibilisierungsnovelle BGBl I 1997/46⁴⁸⁾ die Kategorie der **Rufbereitschaft** in § 20 a AZG.⁴⁹⁾ Diese Zeiträume sind zwar nicht als Arbeitszeit, sondern als Freizeit/Ruhezeit einzuordnen – da deren Verwendung aber in einem gewissen Maße eingeschränkt ist, sieht das Gesetz Häufigkeitsgrenzen vor. Demnach ist Rufbereitschaft nur an zehn Tagen pro Monat oder – wenn das der KollV zulässt – an 30 Tagen innerhalb von drei Monaten zulässig. Während der wöchentlichen Ruhezeit ist Rufbereitschaft außerdem nur zweimal pro Monat erlaubt (§ 6 a ARG). Dieser Regelung liegt jedoch mE das gesetzgeberische Verständnis des Gesetzgebers zugrunde, dass im Fall eines Rufs eine substanzielle Arbeitsleistung zu erbringen ist; dh, die AN haben sich idR in den Betrieb zu begeben und dort eine umfangreichere Arbeitsleistung zu erbringen. Werden im Rahmen der Rufbereitschaft hingegen nur punktuelle und sehr kurze Leistungen in geringer Frequenz abgerufen, wie dies bei „Smart-

⁴³⁾ Kritisch auch *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 15.

⁴⁴⁾ Zu anderen Konstellationen der Arbeit außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit *Resch*, Diffusion der Leistungspflicht in zeitlicher Hinsicht, in *Brodil* (Hrsg.), Entgrenzte Arbeit (2017) 1 (11).

⁴⁵⁾ *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 119.

⁴⁶⁾ Auch *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 18 sieht hier Anpassungsbedarf.

⁴⁷⁾ Dazu ausführlich *Risak*, ZAS 2013, 296.

⁴⁸⁾ Dazu *Risak*, Momentum Quarterly 2016, 83.

⁴⁹⁾ Dazu *Resch*, Diffusion der Leistungspflicht in zeitlicher Hinsicht 6.

phone-Dauererreichbarkeit“ wohl häufig der Fall ist, so rechtfertigt dies mE eine Vereinbarung über das gesetzlich geregelte Höchstausmaß hinaus, da die Bestimmung teleologisch zu reduzieren ist. In diesen Fällen werden nämlich auch im Fall des Abrufs von Arbeitsleistungen die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten nicht in der Intensität beeinträchtigt, die bei der derzeitigen Gesetzeslage eine derartige Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertigen kann. Anders ist dies von der Zwecksetzung her hinsichtlich der gesetzlich vorgesehenen ununterbrochenen Mindestruhezeit von acht Stunden.⁵⁰⁾ Da diese Ergebnisse alle auf interpretativem Wege erzielt werden und es an einschlägiger Rsp fehlt, würde eine gesetzliche Klarstellung für beide Parteien des Arbeitsvertrags klare Verhältnisse schaffen. Im Zuge dessen sollte auch die Frage der Nichterreichbarkeit thematisiert und behandelt werden.⁵¹⁾

Gänzlich gesetzlich ungeregelt ist die **entgeltrechtliche Dimension**, die aus meiner Sicht – zumindest bei der derzeitigen teilweise unklaren Rechtslage – ein zweckmäßiger Angelpunkt für die adäquate Behandlung derartiger Dauererreichbarkeiten ist: Sowohl die Erreichbarkeit selbst als auch die einzelnen während dieser abgerufenen Arbeitsleistungen sind im Zweifel zu entlohnen – entsprechende Mindestsätze in Gesetz oder KollV würden einerseits die Beeinträchtigung der Freizeit abgelten und andererseits AG bewusst machen, dass es sich dabei trotz geringer Intensität um werthafte Arbeit in ihrem Interesse handelt. Sinnvoll wäre dabei auch eine gewisse Mindestabrechnungsgröße bei einer Kontaktierung (zB 30 Minuten), da die Beeinträchtigung der Freizeit eben nicht nur die kurze Kontaktaufnahme selbst ist, sondern auch die Zeit der „Rückkehr in den Freizeitmodus“ mitumfasst. Vereinbarungen der Nichterreichbarkeit könnten solche Regelungen flankieren und sind sicherlich sinnvoll.⁵²⁾

Gerade hier zeigt sich auch aus Sicht der AG, dass **klare Regelungen über die Arbeitszeitverwendung** bei entgrenzter Arbeit an Bedeutung gewinnen werden.⁵³⁾ Zu denken ist zB an Sachverhalte, in denen AN am Abend eine E-Mail einer Kundin erhalten und sich die Frage stellt, ob sie diese sofort beantworten müssen bzw. können, mit der Konsequenz, dass zuschlagspflichtige Überstunden anfallen. Dies möchten AG idR nicht, die „selbstbestimmte Überstunde“, die dann geleistet wird, wenn AN gerade ein Zusatzeinkommen benötigen oder ihnen schlicht langweilig ist, ist ihr Alptraum. Mangels klarer Vereinbarungen muss hier mit schlüssigen Abreden, Vertrauensstatbeständen und Verkehrssitte operiert werden – Konflikte sind vorprogrammiert. Dies zeigt, dass bei einer Erosion klassischer Formen der Leistungserbringung noch erhebliche Unsicherheit besteht, der letztlich nur durch klare Spielregeln – auf welcher Ebene auch immer – begegnet werden kann.

IV. Arbeit jenseits des betrieblichen Raums: Home-Office und Mobile Working

A. Grundsätzliches

Nach der gängigen Definition stellt die „organisatorische Gebundenheit, insb. an [...] Arbeitsort“ und eine „weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des AN, welcher hinsichtlich Arbeitsort [...] dem Weisungsrecht des AG unterworfen ist“⁵⁴⁾ ein wichtiges Charakteristikum des Arbeitsvertrags dar. Da es sich dabei jedoch um einen Typusbegriff handelt, kann

⁵⁰⁾ Dazu und zu den anderen damit verbundenen Problemen *Risak*, ZAS 2013, 299.

⁵¹⁾ So auch *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 19.

⁵²⁾ Vgl. *BMAS*, Weißbuch Arbeiten 4.0, 119.

⁵³⁾ Stärker auf die Interessen der AN abstellend *Resch*, Diffusion der Leistungspflicht in zeitlicher Hinsicht 11.

⁵⁴⁾ RIS-Justiz RS0021306.

die Lockerung der Fremdbestimmung hinsichtlich des Arbeitsortes durch andere Elemente fehlender Autonomie ausgeglichen werden und trotz diffusem Arbeitsort ein Arbeitsvertrag vorliegen.⁵⁵⁾ Dies kommt schon in einer älteren OGH-Entscheidung⁵⁶⁾ aus dem Jahr 1964 zu einer zu Hause Hosen anfertigenden Näherin gut zum Ausdruck: In diesem Fall weise der Arbeitsvertrag eine weitgehende Bindung der AN an den AG, insb die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Arbeitsstunden, deren Kontrolle durch Organe des AG, die volle Eingliederung in die Betriebsverhältnisse, die völlige Unselbständigkeit sowie die Vermietung der der AN gehörenden Nähmaschine an den AG,⁵⁷⁾ auf. Dies führe dazu, dass die in der eigenen Wohnung zu leistende Arbeit nicht mehr den Charakter von (selbständiger) Heimarbeit habe, sondern sie „vielmehr einer im Betrieb des AG selbst geleisteten Arbeit gleichzusetzen“ sei. Die Wohnung der AN sei „praktisch eine dislozierte Betriebsstätte des AG mit einer ihm zur Verfügung stehenden Maschine geworden, wenn auch die Wohnung nicht förmlich in Bestand gegeben wurde“.

Im Fall des **Heimarbeitplatzes** (Home-Office) kann ohnehin damit argumentiert werden, dass der Arbeitsort klar vertraglich definiert ist. Die AN gewinnen hier nur insoweit an Freiheit, als eine Überwachung nicht im selben Ausmaß möglich ist wie bei der Arbeit im Betrieb. Anders ist dies hingegen in jenen Fällen, wo der **Arbeitsort** nicht eindeutig vorgegeben ist, sondern von den AN relativ **frei gewählt** werden kann. Repräsentativ für den Umgang mit derartigen Sachverhalten sind die Entscheidungen des OGH zu JournalistInnen⁵⁸⁾ und VertreterInnen. Besonders instruktiv ist hier eine Entscheidung aus 1997 zu AuslandsvertreterInnen,⁵⁹⁾ wo betont wird, dass die räumliche Bindung an die Betriebsstätte nicht von ausschlaggebender Bedeutung sei, zumal VertreterInnen schon bedingt durch ihre Tätigkeit vorwiegend im Außendienst arbeiten. Dadurch besteht kaum eine örtliche Eingliederung in den Betrieb bzw ist diese gegenüber den im Betrieb selbst tätigen Personen reduziert. Es wird somit auf die Art der Tätigkeit abgestellt und darauf Bezug genommen, wie trotz einer durch die Art der Arbeit bedingten Autonomie im Hinblick auf Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsablauf in jenen Bereichen eine Fremdbestimmung möglich ist, die eben in der Disposition der Vertragsparteien liegt. Der OGH führt dazu sehr klar aus:

„Dass die Auslandsmitarbeiter bei der Einteilung ihres Arbeitsablaufes weitgehend frei agieren, liegt im Wesen der Außendiensttätigkeit, wobei sich aber auch hier aus den bereits oben erwähnten Umständen – Erstellung von der bekl Partei vorzulegenden Wochenplänen, Vorgabe zur Einhaltung von Kundenfrequenzplänen –, ergibt, dass die Mitarbeiter keineswegs frei agieren können, sondern in den Grenzen, die sich durch die Außendiensttätigkeit ergeben, sehr wohl der Überwachung durch die bekl Partei unterliegen; diese Kontrolle wird zweifellos auch im Rahmen der mehrmals wöchentlichen Kontakte mit dem Vorgesetzten in Wien ermöglicht, die diesem einen Einblick in die aktuelle Tätigkeit der Auslandsmitarbeiter ermöglichen.“

⁵⁵⁾ Darauf weist nicht zuletzt auch § 26 Abs 3 AZG hin, wo ja trotz weitgehender Selbstbestimmung hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit (dazu IV.B.) von einem Arbeitsvertrag ausgegangen wird.

⁵⁶⁾ OGH 4 Ob 12/64 Arb 7935 – die ursprünglich im RIS veröffentlichte Entscheidung gab die Begründung übrigens fehlerhaft wieder; mittlerweile wurde über Intervention des Autors der eingespielte Text einer familienrechtlichen Entscheidung berichtet.

⁵⁷⁾ Dieser Aspekt kann für moderne Formen der Zurverfügungstellung von Betriebsmitteln durch die ArbeitnehmerInnen (Bring Your Own Device – BYOD; vgl *Knyrim/Horn*, Bring Your Own Device, *ecol* 2013, 365) nutzbar gemacht werden.

⁵⁸⁾ Siehe dazu OGH 4 Ob 30/62 Arb 7621; 4 Ob 73/78 Arb 9714; 9 ObA 108/88 infas 1989 A 3.

⁵⁹⁾ OGH 9 ObA 88/97 z DRdA 1998/16, 183 (*Hoyer*) = Arb 11.590 (Originaltext der Entscheidung redaktionell leicht angepasst).

Je weiter die Arbeitspflicht in räumlicher Hinsicht entgrenzt wird, desto stärkere Bedeutung kommt den **Kontrollmöglichkeiten** zu. Gerade moderne IKT und die Informatisierung der Arbeit bieten neue Formen der Kontrolle, die es nicht nur in rechtlicher Hinsicht rechtfertigen, von Arbeitsverträgen auch bei weitgehender zeitlicher und örtlicher Entgrenzung auszugehen, sondern es auch ökonomisch nicht erforderlich machen, klassische Command&Control-Mechanismen einzusetzen (s dazu V.).

Auch wenn Arbeitsverträge vorliegen, sind damit freilich nicht alle Fragen gelöst, da das Arbeitsrecht ja von einem Arbeitsort ausgeht, der in der Verfügungsgewalt des/der AG steht.⁶⁰⁾ Praktisch sind diese deshalb relevant, da derzeit von beiden Parteien des Arbeitsvertrags aus unterschiedlichen Gründen mehr und mehr die Entgrenzung in örtlicher Hinsicht forciert wird.⁶¹⁾ Vor allem Home-Office-Regelungen nehmen derzeit in ähnlichem Ausmaß zu wie in den 1990er- und 2000er-Jahren die zeitliche Entgrenzung des Arbeitsverhältnisses. Home-Office und Teleworking erscheint so ein wenig wie die „Gleitzeit der 2010er-Jahre“.

Herauszugreifen sind hier beispielhaft zwei Themenbereiche, nämlich die Problematik der Arbeitszeitkontrolle bei disloziertem Arbeiten und jene des ArbeitnehmerInnenschutzes. Auf andere Fragen, wie zB jene des Betriebsverfassungsrechts,⁶²⁾ der Beistellung von Betriebsmitteln und der Kostentragung⁶³⁾ sowie der DN-Haftung,⁶⁴⁾ kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

B. Arbeitszeitrecht

Das Arbeitszeitrecht knüpft in mehrfacher Hinsicht an den Arbeitsort an: Die Arbeitszeit beginnt nach hA idR mit dem Eintreffen an diesem⁶⁵⁾ und endet dann mit dessen Verlassen. Der Arbeitsort oder korrekter der „Dienstort“ ist auch der Anknüpfungspunkt dafür, ob eine zu bezahlende und als Arbeitszeit anzusehende Dienstreise vorliegt oder eine der Freizeit (Ruhezeit) der AN zuzurechnende Wegzeit. Und nicht zuletzt hat durch die AZG-Novelle 2014,⁶⁶⁾ die eine Lockerung der Aufzeichnungspflichten gem § 26 AZG gebracht hat, der Arbeitsort an neuer Bedeutung gewonnen.

1. Arbeitsbeginn und -ende bei räumlich entgrenzter Arbeit

Nach § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Die Arbeit beginnt, dem Wesen des Arbeitsvertrags entsprechend, sobald AN ihren AG zur Arbeitsleistung zur Verfügung stehen, dh wenn über ihre Arbeitskraft unmitttelbar verfügt werden kann. Das ist idR das Eintreffen am vereinbarten Arbeitsort, wodurch dieser auch arbeitszeitrechtlich Bedeutung erlangt. Dies ist auch deshalb relevant, da die Wegzeit dorthin grundsätzlich weder zu bezahlen ist noch als Arbeitszeit iS des AZG gilt.⁶⁷⁾ Damit kommt dem vereinbarten Arbeitsort in dieser Hinsicht große Bedeutung zu.

⁶⁰⁾ Dazu ausführlich *Risak*, Diffusion der Leistungspflichten örtlicher Hinsicht, in *Brodil* (Hrsg), *Entgrenzte Arbeit* (2016) 20.

⁶¹⁾ Dazu *Risak*, ZAS 2016, 204.

⁶²⁾ *Risak* in *Brodil* (Hrsg), *Entgrenzte Arbeit* (2016) 31; *Löschnigg*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen entgrenzter Arbeit, in *Brodil* (Hrsg), *Entgrenzte Arbeit* (2016) 35.

⁶³⁾ *Risak*, ZAS 2016, 206.

⁶⁴⁾ *Brodil*, ZAS 2016, 209.

⁶⁵⁾ So zB *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² (2011) § 2 AZG Rz 3.

⁶⁶⁾ BGBl I 2014/94; dazu *Schrank*, Die Neuerungen bei den Arbeitszeitaufzeichnungen, ZAS 2015/26, 169.

⁶⁷⁾ So schon OGH 4 Ob 50/68 ZAS 1969, 66 (*Andexlinger*) = Arb 8565.

Der Arbeitsort kann auch die eigene Wohnung oder die Werkstätte sein, wie § 2 Abs 2 AZG klarstellt. Die **Arbeitszeit beginnt** dann, wenn die AN ihren AG zB durch Einloggen in ein Firmennetzwerk oder Ähnliches zu Arbeitsleistungen zur Verfügung stehen oder wenn faktisch zu arbeiten begonnen wird. Die **Arbeitszeit endet** dementsprechend mit der Kommunikation des Nicht-mehr-zur-Verfügung-Stehens oder mit dem faktischen Arbeitsende.⁶⁸⁾ Darauf, dass dies idR nicht leicht kontrolliert werden kann, reagierte die Gesetzgebung, indem sie ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit für AN verlangt, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder – seit 1. 1. 2015 – die ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben (§ 26 Abs 3 AZG; dazu sogleich unter IV.B.2).

Problematischer hinsichtlich des Beginns und des Endes der Arbeitszeit sind jene Arbeitsverhältnisse, bei denen die Arbeitsorte notwendiger- oder üblicherweise oft wechseln, wie zB bei BauarbeiterInnen, KraftfahrerInnen oder AußendienstmitarbeiterInnen. Einfach ist dies, wenn sich diese zu Arbeitsbeginn im Betrieb melden müssen und von dort aus dann zu den einzelnen Einsatzorten geschickt werden⁶⁹⁾ – diesfalls liegen sog „Betriebswege“⁷⁰⁾ vor, die als Arbeitszeit anzusehen sind. Schwieriger wird es, wenn diese Wege zu den wechselnden Arbeitsorten von zu Hause angetreten werden und die AN nicht dazu verpflichtet sind, vorher den Betrieb aufzusuchen: Ist dann der erste Weg noch unbezahlte Wegzeit oder schon Arbeitszeit?

Die Rsp akzeptiert **Arbeitsverträge mit wechselnden Arbeitsorten**, dh mit wechselnden Orten, an denen sich die AN zur Arbeit einzufinden haben. Es wird darauf hingewiesen, dass der Arbeitsort je nach Art der Tätigkeit wechseln oder einen engeren Bereich bedeuten kann. Bei Bauarbeiten werde im Zweifel angenommen, dass die BauarbeiterInnen sich auf der jeweiligen Baustelle, auf der sie eingesetzt werden, einzufinden haben.⁷¹⁾ Dieser Grundregel entsprechend geht die Rsp davon aus, dass der Dienst an der jeweiligen Baustelle begonnen hat und die zu deren Erreichung sowie zur Rückkehr an den Ausgangsort zurückgelegte Zeit nicht als Reise-, sondern als Wegzeit zu qualifizieren ist.⁷²⁾ Dem sind freilich Grenzen gesetzt, da das Recht, den Arbeitsort zu bestimmen, als den jeweiligen AG eingeräumtes einseitiges Gestaltungsrecht anzusehen ist und dieses nur in den Grenzen des billigen Ermessens ausgeübt werden darf. Zu Recht wird daher vertreten, dass die **Wegzeiten ein zumutbares Ausmaß** nicht überschreiten dürfen,⁷³⁾ dh jenes Ausmaß, mit dem die AN rechnen mussten. Diesem vertragsrechtlich gestützten Ansatz gegenüber sind mE jene wenig überzeugend, die auf objektive Grenzen abstellen, wie zB, dass eine Rückkehr an den Wohnort täglich möglich sein muss⁷⁴⁾ oder dass die täglichen Wegzeiten in Anlehnung an § 9 Abs 2 AIVG grundsätzlich nicht mehr als ein Viertel der individuellen täglichen Normalarbeitszeit ausmachen dürfen.⁷⁵⁾

2. Arbeitszeitkontrolle bei räumlich entgrenzter Arbeit

Da die Arbeitsleistung außerhalb des Betriebes häufig nur schwierig überprüft werden kann, sieht das AZG eine **Lockerung der Aufzeichnungspflichten** vor. Die Gesetzgebung anerkennt

⁶⁸⁾ Eingehend dazu Risak, ZAS 2016, 207.

⁶⁹⁾ Dazu schon OGH 4 Ob 50/68 ZAS 1969, 66 (krit Andexlinger) = Arb 8565.

⁷⁰⁾ Mazal, Wegzeiten in der Bauwirtschaft – Arbeitszeit und Entlohnung, in FS Cerny (2001) 295 (298).

⁷¹⁾ StRsp: OGH 9 ObA 102/93 Arb 11.083; 4 Ob 92/82, 4 Ob 93/82 Arb 10.180 ua.

⁷²⁾ OGH 9 ObA 109/03 z Arb 12.423; 4 Ob 92/82, 4 Ob 93/82 Arb 10.180.

⁷³⁾ Pfeil in ZellKomm² § 2 AZG Rz 5.

⁷⁴⁾ OGH 9 ObA 102/93 DRdA 1994, 53 (Spitzl) – Buschauffeur.

⁷⁵⁾ Pfeil in ZellKomm² § 2 AZG Rz 5.

in diesen Fällen in einem gewissen Grad die Unmöglichkeit der detaillierten Einhaltekontrolle durch die AG und verpflichtet sie nur zu **Saldenaufzeichnungen**, dh Aufzeichnungen nur über die Dauer der Tagesarbeitszeit, nicht jedoch über deren Beginn und Ende.⁷⁶⁾

Das AZG sah dies ursprünglich nur für AN vor, die sowohl die **Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen** können als auch ihre Arbeitszeit überwiegend⁷⁷⁾ außerhalb der Arbeitsstätte verbringen. Mit dem ASRÄG 2014 (BGBl I 2014/94) entfiel die Voraussetzung, dass die Arbeitsleistung überwiegend außerhalb der Arbeitsstätte erbracht werden muss. Freilich muss der Arbeitsort weiterhin weitgehend selbst bestimmt werden können – damit betrifft die Neuerung nur jene AN, die trotz freier Wahl des Arbeitsortes ihre überwiegende Arbeitszeit weitgehend innerhalb der Arbeitsstätte verbringen.⁷⁸⁾ *Schrank*⁷⁹⁾ versucht dieser Regelung dadurch etwas Sinn zu verleihen, dass er örtliche Selbstbestimmung auch innerhalb großer Gebäude oder eines größeren Firmengeländes mit vielen Organisationseinheiten oder unterschiedlichen Unternehmen als relevant ansieht. Zuzustimmen ist ihm jedenfalls, wenn er die beiden Autonomiekriterien iS eines beweglichen Systems in ein Verhältnis setzt und wenn hohe zeitliche Autonomie eine geringere hinsichtlich des Arbeitsortes kompensieren kann.⁸⁰⁾ Letztlich kommt es darauf an, ob den AG realistischerweise zugemutet werden kann, den Beginn und das Ende tatsächlich zu kontrollieren.⁸¹⁾ Fraglich ist, ob hier ein Splitting der Betrachtung und damit auch der Aufzeichnungspflichten auch dann möglich ist, wenn nur einzelne Telearbeitstage (alternierende Telearbeit⁸²⁾) vereinbart sind und diese wegen der Arbeitsleistung außerhalb der Wohnung nicht in den Genuss der gelockerten Aufzeichnungspflichten der zweiten Fallgruppe (dazu sogleich) kommen.⁸³⁾ Richtigerweise bezieht sich die Beurteilung einer „weitgehenden Selbstbestimmung“ sowohl auf die Gesamtarbeitszeit als auch – alternativ – auf den einzelnen Arbeitstag. Damit können Saldoaufzeichnungen sowohl im Fall weitgehend selbstbestimmter Arbeitsgestaltung für die gesamte Arbeitszeit unterbleiben als auch – im Fall, dass eine gesamthafte Betrachtung zu keiner Bejahung kommt (zB bei nur einem Telearbeitstag pro Woche) – für nur jene Tage, an denen dies überwiegend möglich ist.⁸⁴⁾

Neu eingeführt durch das ASRÄG 2014 wurde die bloße Saldenaufzeichnungspflicht für jene AN, die **überwiegend in ihrer Wohnung tätig** sind. Dies auch dann, wenn sie nicht weitgehend selbst über Arbeitszeit und Arbeitsort bestimmen können.⁸⁵⁾ Hier geht die Gesetzgebung offensichtlich trotz mangelnder Autonomie der AN davon aus, dass die AN sich entweder nicht an die vereinbarten Regelungen halten oder eine Kontrolle von deren Einhaltung realistisch nicht tunlich ist.⁸⁶⁾

⁷⁶⁾ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 26 AZG Rz 11; *Schrank*, ZAS 2015, 169.

⁷⁷⁾ Überwiegen liegt immer dann vor, wenn mehr als 50% der Arbeitszeit so geleistet werden.

⁷⁸⁾ Den Materialien ist über den Zweck der Änderung nichts zu entnehmen; vgl ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 20.

⁷⁹⁾ ZAS 2015, 170.

⁸⁰⁾ *Schrank*, ZAS 2015, 170; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 26 AZG Rz 11 a.

⁸¹⁾ So *Schrank*, ZAS 2015, 170.

⁸²⁾ Dazu *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 4.

⁸³⁾ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 26 AZG Rz 11 d: „eher nicht anzunehmen“.

⁸⁴⁾ Dann aber sind an den Tagen, an denen keine weitgehende Autonomie besteht, die vollen Arbeitszeitaufzeichnungen iSd § 26 Abs 1 AZG vorzunehmen.

⁸⁵⁾ Vgl ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 20.

⁸⁶⁾ *Heilegger* in *Heilegger/Klein*, AZG⁴ (2016) § 26 Rz 12 möchte daher die Saldoaufzeichnungen dann nicht zulassen, wenn AG trotz dislozierter Arbeit ihren Aufzeichnungspflichten nachkommen können. Methodisch ist dies nur durch eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion

Jedenfalls verlangt die Lockerung der Arbeitszeitaufzeichnungen beim Arbeiten in der eigenen Wohnung, dass die Arbeit dort überwiegend, dh zu mehr als 50%, ausgeübt wird. Wann ist dies aber der Fall? *Schrank*⁸⁷⁾ vertritt, dass es um die Summe der Arbeitszeit innerhalb idR einer Woche gehe, weil es letztlich darauf ankomme, dass es den AG nur schwer möglich ist, Beginn und Ende der Arbeitszeit (und wohl insb die Unterbrechungen derselben) zu kontrollieren. Warum dann aber nicht der Schritt weiter unternommen wird, diese Prüfung tagesbezogen anzustellen, ist nicht nachvollziehbar, da nur so dem Telos der Bestimmung gerecht werden kann und so auch die alternierende häusliche Telearbeit (zB ein oder zwei Home-Office-Tage/Woche) erfasst werden kann. Richtigerweise reichen Saldoaufzeichnungen an jenen Tagen aus, an denen überwiegend von der Wohnung aus gearbeitet wird. An den Tagen, an denen das nicht der Fall ist, sind hingegen volle Aufzeichnungen idS § 26 Abs 1 AZG zu führen.

C. ArbeitnehmerInnenschutz

Hinsichtlich der Arbeitsorte außerhalb des Betriebes stellt sich die Frage, inwieweit der/die AG für diese eine Verantwortung trifft. Angelpunkt ist dabei der Begriff der **Arbeitsstätte**, der in § 2 Abs 3 AZG definiert ist. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob auch die Wohnung von AN oder gar von AN frei gewählte Arbeitsorte – wie zB ein Café oder auch das Freibad – unter den Arbeitsstättenbegriff des ASchG fallen.⁸⁸⁾

Nach *B. Gruber*⁸⁹⁾ und *Melzer-Azodanloo*⁹⁰⁾ fällt jedenfalls die Wohnung nicht unter den Begriff der Arbeitsstätte. Sie begründen das insb mit der Ausweitung der mit BGBl I 1997/9 eingeführten Bestimmungen über Bildschirmarbeitsplätze und Maßnahmen bei Bildschirmarbeit. Einige dieser Bestimmungen gelten „auch für die vom AG den AN zur Erbringung von Arbeitsleistungen außerhalb der Arbeitsstätte zur Verfügung gestellten Bildschirmgeräte, Eingabe- oder Datenerfassungsvorrichtungen sowie Zusatzgeräte, Arbeitstische bzw Arbeitsflächen und Sitzgelegenheiten“ (§ 67 Abs 6 ASchG) sowie „für Bildschirmarbeit außerhalb der Arbeitsstätte“ (§ 68 Abs 6 ASchG). Nach den ErläutRV⁹¹⁾ tragen diese Regelungen der Entwicklung der sog „Tele-Heimarbeit“ Rechnung. Daraus ist im Gegenschluss ableitbar, dass – hätte das ASchG schon bisher für Tele-HeimarbeiterInnen gegolten – die Ausweitung der neuen Bestimmungen auf Tätigkeiten außerhalb der Arbeitsstätte überflüssig gewesen wäre.⁹²⁾ Damit finden die auf die Arbeitsstätte bezogenen Bestimmungen des ASchG – ausgenommen jene über die Bildschirmarbeit (dazu sogleich) – sowohl im Home-Office als auch auf sonstige von den AN frei gewählte Arbeitsorte keine Anwendung.

Dies ist insofern nachvollziehbar, als für eine Ausstattung des Arbeitsplatzes sinnvoll nur dann Verantwortung übernommen werden kann, wenn die Ausstattung im Einflussbereich der verantwortlichen Person liegt. Dies ist unproblematisch immer dann zu bejahen, wenn es sich um einen betrieblichen Arbeitsplatz handelt; für Fälle des Einsatzes von betriebsfrem-

möglich, wofür jedoch mE keine Ansatzpunkte bestehen; außerdem ist das Ergebnis wohl auch wenig praktikabel.

⁸⁷⁾ ZAS 2015, 170 mit zahlreichen möglichen Sachverhaltskonstellationen; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 26 AZG Rz 11 d; ihm noch folgend *Risak*, ZAS 2016, 208.

⁸⁸⁾ Zur deutschen Rechtslage s *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 24, wo häusliche Arbeitsplätze und mobile Offices nicht vom (deutschen) Arbeitsstättenbegriff erfasst sind.

⁸⁹⁾ Arbeitnehmerschutz bei Teleheimarbeit, ZAS 1998, 65 (68).

⁹⁰⁾ Tele-Arbeitsrecht (2001) 70.

⁹¹⁾ 461 BlgNR 20. GP 10.

⁹²⁾ So auch *B. Gruber*, ZAS 1998, 69.

den AN in Arbeitsstätten anderer AG sieht das ASchG systemkonform deshalb in § 8 auch Koordinationspflichten vor.⁹³⁾ Können AN hingegen ihren Arbeitsort selbst festlegen oder arbeiten sie in ihrer Wohnung, dh jenem Lebensbereich, in dem sie den größten Einfluss auf dessen Ausstattung haben, dann würde von AG Unrealistisches bzw gar Unzumutbares verlangt, legte das Gesetz ihnen die Verantwortung für die Ausstattung auf.

Sonderregelungen enthält das ASchG freilich betreffend die **Bildschirmarbeitsplätze** und die **Bildschirmarbeit**, die auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Arbeit in auswärtigen Arbeitsstätten (egal ob in eigener Wohnung oder an einem sonstigen uU sogar frei gewählten Ort) verrichtet wird. Damit hat die Gesetzgebung – angestoßen durch die Bildschirmarbeitsrichtlinie 90/270/EWG – auf die Computerisierung der Arbeitsplätze und das damit möglich gewordene dislozierte Arbeiten in den 1980er- und 1990er-Jahren reagiert. Freilich blieb damals die erwartete Auslagerung der Arbeitsplätze mangels technologischer Möglichkeiten aus;⁹⁴⁾ nun ist aber vieles möglich und die Bestimmungen erwachen zu neuem Leben. Nach ihnen tragen AG bezüglich der Hardware (dh der Bildschirmgeräte, der Eingabe- oder Datenerfassungsvorrichtungen sowie Zusatzgeräte, Arbeitstische bzw Arbeitsflächen und Sitzgelegenheiten) nur dann Verantwortung, wenn diese den AN zur Verfügung gestellt werden.⁹⁵⁾ Eine solche Verpflichtung besteht jedoch nur für die Hardware, da § 68 Abs 6 ASchG den letzten Satz des Abs 2 leg cit von der Anwendung auf Arbeitsleistungen außerhalb der Arbeitsstätte ausnimmt. Damit ist es den AG möglich, diese Verantwortung auf die AN zu verlagern und sich so der Pflichten aus dem ASchG zu entledigen.

V. Arbeit jenseits der punktuellen Fremdbestimmung

Inhalt des Arbeitsvertrags war und ist bekanntlich die Arbeit für andere nach Zeiteinheiten, dh die Aufgabe der persönlichen Bestimmungsfreiheit über einen bestimmten Zeitraum. Den AG wird durch Vertrag das Recht eingeräumt, über die Arbeitenden zu verfügen, dh ihnen einseitig anordnen zu können, wie sie ihre Zeit zu verwenden haben. Der Arbeitsvertrag ist somit der Verkauf von Lebenszeit, die damit zur fremdbestimmten Arbeitszeit wird.⁹⁶⁾ Vertragsinhalt ist dabei aber nicht das Ergebnis oder gar der Erfolg der Arbeitsleistung, sondern lediglich ein „Bemühen“. Nach der Rsp⁹⁷⁾ kann nicht einmal eine Mindestarbeitsleistung Bestandteil eines Arbeitsvertrags sein – dies würde seinem Wesen widersprechen. Damit ist auch der mangelnde Erfolg keine Vertragsverletzung.

Entgegen dieser grundsätzlichen Konzeption lässt sich aber nach und nach auch eine Veränderung des Vollzuges des Arbeitsvertrags beobachten. Es findet eine **Verlagerung von inputgesteuerter Kontrolle hin zu outputorientierter Ergebniskontrolle** statt. Diese ist eigentlich nicht mit dem Wesen des Arbeitsvertrags vereinbar, da eine große Freiheit bei der Leistungserbringung betreffend das Was, Wie und Wann der Arbeitsleistung an sich einen Arbeitsvertrag ausschließt.

Es ist aber ohnehin zu fragen, ob bei vertraglicher Einräumung derartiger Freiheiten diese auch tatsächlich vorliegen oder ob sie nicht durch ein anderes Element der Fremdbestim-

⁹³⁾ Ähnlich auch im Fall der Arbeitskräfteüberlassung in § 9 ASchG.

⁹⁴⁾ Siehe dazu die gesammelten frühen Aufsätze von *Huws*, The making of a cybertariat – virtual work in a real world (2003).

⁹⁵⁾ Zu den konkreten Anforderungen an diese zB *B. Gruber*, Die Bildschirmarbeitsverordnung, ecolo 1999, 48; *Melzer-Azodanloo*, Tele-Arbeitsrecht 70.

⁹⁶⁾ *Negt*, Lebendige Arbeit, enteignete Zeit (1985) 21.

⁹⁷⁾ OGH 4 Ob 164/83; 9 OBA 77/91.

mung kompensiert werden. Es scheint nämlich vielmehr so, dass der Gewinn an Freiheit mit einer Zunahme an Kontrollintensität einhergeht, die auf die Informatisierung der Arbeit zurückzuführen ist.⁹⁸⁾ Damit wird ein Prozess der Erzeugung und Nutzung von Informationen bezeichnet, um weitere Informationen zu erzeugen. Konkret geht es darum, dass AN bei der Arbeit eine durchgängige „Datenspur“ hinterlassen, die eine Organisation der Arbeit in einem „System permanenter Bewährung“⁹⁹⁾ ermöglicht. Auf Basis derartiger Informations- und Steuerungssysteme wird eine neue Transparenz in den Unternehmen gewonnen, in der die Leistung immer mehr sogar bis auf die individuelle Ebene adressierbar wird. Dies ermöglicht einen permanenten Leistungsvergleich zwischen Abteilungen, Teams, aber auch einzelnen Beschäftigten. Damit wird es in der Praxis zur entscheidenden Frage, nicht wann und wo wie lange arbeitet, sondern wer die vorgegebenen Ziele erreicht oder auch nicht. Es geht somit weniger um die freiwillige Hinwendung der Einzelnen zum Unternehmen und die Verinnerlichung der ökonomischen Ziele, sondern eben um die Etablierung eines rigiden „Systems permanenter Bewährung“. Der Zwang, sich immer wieder neu beweisen zu müssen, und die damit verbundenen Unsicherheiten ermöglichen auch eine neue Form der Kontrolle des Arbeitsprozesses, der auf offensichtliche Formen des Command & Control, detaillierte Anordnung und Kontrolle, verzichten kann, aber am Ende eine **ähnliche Intensität an Fremdbestimmtheit** erreicht. Dies entspricht auch dem Verständnis des OGH, der hinsichtlich dieser Dimension der Fremdbestimmung in stRsp festhält, dass sich die persönliche Abhängigkeit nicht durch die Bindung an Weisungen über die Art der Ausführung der Tätigkeit äußern muss, wenn das Verhalten der AN schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar ist und zumindest der laufenden Kontrolle ihrer AG unterliegt.¹⁰⁰⁾ Durch die aufgezeigte Kontrollintensität der „Systeme permanenter Bewährung“ sind derartig gesteuerte Personen auch nach herkömmlichem Verständnis weiterhin ArbeitnehmerInnen und unterliegen insb weiterhin dem Arbeitszeitregime des AZG.

Daran ändert es auch nichts, wenn unter dem Schlagwort „Selbststeuerung statt Weisung“ das Arbeitszeitmodell der „**Vertrauensarbeitszeit**“ propagiert wird.¹⁰¹⁾ Dieses zeichnet sich im Wesentlichen durch folgende Elemente aus, die unterschiedlich ausgestaltet und kombiniert sein können: Im Mittelpunkt stehen der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung und die diesbezügliche Kontrolle durch den AG sowie der Wegfall personenbezogener Anwesenheitsvorgaben. Damit sollen den Arbeitenden erweiterte Handlungs- und Entscheidungsspielräume zur Verfügung stehen, die lediglich durch Zielvereinbarung und Ergebnisorientierung gesteuert werden. Soweit hier unter Heranziehung der soeben entwickelten Argumentation noch ein Arbeitsvertrag und nicht eine Form der selbständigen Leistungserbringung insb als freie/r DN vorliegt, ist Vertrauensarbeitszeit nach dem derzeitigen Rechtsbestand in ihrer reinen Form nicht möglich und stößt – abseits der aus dem AZG ausgenommenen leitenden Angestellten (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG) – auf mehrere praktische Umsetzungsprobleme, die ich andernorts bereits ausgeführt habe.¹⁰²⁾ Da es sich um ein gesetzlich nicht vorgesehenes Arbeitszeit-

⁹⁸⁾ Dazu Boes/Kämpf/Langes/Lühr, Informatisierung und neue Entwicklungstendenzen von Arbeit, Arbeits- und Industriesoziologische Studien (AIS) 2014, 5, worauf auch die folgenden Ausführungen aufbauen.

⁹⁹⁾ Boes/Kämpf/Langes/Lühr, AIS 2014, 18.

¹⁰⁰⁾ RIS-Justiz RS0021306.

¹⁰¹⁾ Kritisch Dimmel, Vertrauensarbeitszeit – Arbeiten ohne Ende, DRdA 2012, 89.

¹⁰²⁾ Risak, Vertrauensarbeitszeit – ein nach dem AZG gangbares Arbeitszeitmodell? ecolex 2005, 888; zur deutschen Rechtslage ebenso kritisch Däubler, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 12.

modell handelt, gibt es keine Sonderbestimmungen. Das bedeutet, dass Arbeitszeitaufzeichnungen nach § 26 AZG zu führen sind; weiters sind die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten einzuhalten, wofür der/die AG verantwortlich ist. Die Verletzungen dieser Pflichten sind durch mitunter empfindliche Verwaltungsstrafen sanktioniert. Außerdem gibt es – mangels einschlägiger Sonderbestimmungen¹⁰³⁾ – auch keine Lockerungen der Normal- und Höchstarbeitszeit; dh, die Überstundenzuschläge fallen nach der achten „selbstbestimmten“ Stunde täglicher Arbeitszeit an. Damit ist dieses Modell nach derzeitiger Rechtslage abseits der leitenden Angestellten nicht gangbar; die neuerdings verschärfte Lohnkontrolle nach dem LSD-BG erschwert dies sogar, da es die Risiken für die AG erhöht.

VI. Arbeit jenseits des zweipersonalen Verhältnisses – Crowdwork

A. Begriffsklärungen

Im Zusammenhang mit der Entstehung neuer Formen der Arbeitsleistungserbringung ist das **Crowdwork** oder, was mehr auf den Prozess der Arbeitsorganisation Bezug nimmt, das **Crowdsourcing von Arbeit** die wohl interessanteste. Zumindest auf den ersten Blick erscheint es 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.

Dabei werden Tätigkeiten, die ursprünglich durch einzelne VertragspartnerInnen, idR AN, erbracht wurden, in der Form „ausgelagert“ (outgesourct), dass sie einer größeren Anzahl von Personen (der Crowd) über eine internetbasierte Plattform¹⁰⁴⁾ angeboten und von diesen dann abgearbeitet werden. Dieser Vorgang wird als Crowdsourcing bezeichnet,¹⁰⁵⁾ die AuftraggeberInnen als CrowsourcerInnen, für welche die CrowdworkerInnen oder Crowsourcers 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.¹⁰⁶⁾

Bisweilen wird auch der Begriff des **Cloudwork** verwendet, der einen Aspekt dieser neuen Form der Organisation von Arbeit betont. Es geht dabei um den „Raum“ (die Cloud), in dem diese Arbeit stattfindet, und um die damit einhergehenden Veränderungen in der Unternehmensorganisation. Es wird darauf Bezug genommen, dass sich ein globaler „Informationsraum“¹⁰⁷⁾ herausentwickelt, der insb von Boes *et al* als Produktivkraftsprung mit weit-

¹⁰³⁾ Denkbar ist, dass eigentlich Gleitzeit gem § 4 b AZG praktiziert wird, wofür jedoch umfangreiche Arbeitszeitaufzeichnungen erforderlich sind – dies würde jedoch einem Vertrauensarbeitszeitmodell widersprechen.

¹⁰⁴⁾ Siehe zur wohl bekanntesten – Amazon's Mechanical Turk (www.mturk.com) – Strube, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing, in Benner (Hrsg), Crowdwork – zurück in die Zukunft (2014) 75.

¹⁰⁵⁾ Dieser Begriff leitet sich aus einer Kombination der Worte „outsourcing“ und „crowd“ her; er wurde erstmals von Howe, The Rise of Crowdsourcing, Wired Mag 2006, 14.6, 1 verwendet.

¹⁰⁶⁾ Vgl Leimeister/Zogaj/Blohm, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in Benner (Hrsg), Crowdwork – zurück in die Zukunft (2014) 15 ff; Warter, Crowdwork (2016) 27; Strube, „Unused value is wasted value“ – Von der Sharing Economy zur Gig Economy, in Stary (Hrsg), Digitalisierung der Arbeit (2016) 52; Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt (2016) B 99; für eine auf fünf Elemente ausgeweitete Definition s Hensel/Koch/Kocher/Schwarz, Crowdworking als Phänomen der Koordination digitaler Erwerbsarbeit – eine interdisziplinäre Perspektive, Industrielle Beziehungen 2016, 162 (169).

¹⁰⁷⁾ Baukrowitz/Boes, Arbeit in der „Informationsgesellschaft“, in Schmiede (Hrsg), Virtuelle Arbeitswelt – Arbeit, Produktion und Subjekt in der „Informationsgesellschaft“ (1996) 129 ff.

reichenden Folgen für die Organisation der gesellschaftlichen Arbeit gedeutet wird.¹⁰⁸) 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 Wende: Es geht 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. Diese Änderungen der Unternehmensorganisation werfen für das kollektive Arbeitsrecht, insb den Betriebsbegriff, Fragen auf, die hier jedoch nicht behandelt werden können.

Der Einsatz von Crowdwork beabsichtigt eine **Just-in-time-Organisation von Arbeit**, die das Risiko unproduktiver Zeiten möglichst auf die Arbeitenden selbst verlagert und so den in Pkt II.D. beschriebenen Megatrend weiter fortsetzt. 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.¹⁰⁹) 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 den „Gigs“. Es ist dies eine Wirtschaftsordnung bzw ein Teil derselben, wo befristete Verhältnisse die Norm sind und in welcher Unternehmen die Leistungserbringung für sie nur noch über kurzfristige Verträge organisieren. Die dort tätigen Personen bestreiten dann ihren Lebensunterhalt mit einem Mix solcher oft sehr unterschiedlicher Vertragsverhältnisse.

B. Arten von Crowdwork

Beim Crowdwork kann zwischen **internem** und **externem Crowdsourcing** unterschieden werden, je nachdem, ob die Crowd die unternehmensinterne Belegschaft ist oder auf externe LeistungserbringerInnen zurückgegriffen wird.¹¹⁰) In der Folge wird nur das externe Crowdsourcing behandelt, da das interne an bestehende Arbeitsverhältnisse anknüpft und damit weniger grundlegende Probleme aufwirft.

Die Arbeit, die einer externen Crowd unter Zuhilfenahme einer Plattform angeboten wird, ist äußerst vielfältig. 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, wie zB bei Transportdienstleistungen, wie sie von Uber angeboten werden, Reinigungs- und sonstige Haushaltstätigkeiten wie Reparaturen bei Plattformen wie bookatiger sowie Büroarbeit wie Kundendienst oder Buchhaltung bei Plattformen

¹⁰⁸) *Boes/Kämpf*, Informatisierung als Produktivkraft: Der informatisierte Produktionsmodus als Basis einer neuen Phase des Kapitalismus, in *Dörre/Sauer/Wittke* (Hrsg), Arbeitssoziologie und Kapitalismustheorie (2012) 316; *Bultemeier/Boes*, Neue Spielregeln in modernen Unternehmen – Chancen und Risiken für Frauen, in *Boes/Bultemeier/Trinczek* (Hrsg), Karrierechancen von Frauen erfolgreich gestalten (2013) 95 ff.

¹⁰⁹) *Risak*, Kurswechsel 2016, H 2, 33; vgl das Szenario bei *Beck*, Schöne neue Arbeitswelt 28 und 102.

¹¹⁰) Dazu *Warter*, Crowdwork 42.

wie UpWork.¹¹¹) KundInnen der Transportplattform Uber verwenden zB eine App auf ihren Smartphones, um Fahrten von bestimmten Orten aus zu bestellen. Die Information wird 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% und 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.¹¹²)

Auf der anderen Seite des Spektrums liegt **digitale Arbeit**, welche in der virtuellen Welt erbracht wird. Diese wird bisweilen als Crowdwork ieS bezeichnet.¹¹³) Die Bandbreite 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. Letztere, die als Microtasks bezeichnet werden, beinhalten digitale Kennzeichnung und Erstellung von Bildbeschreibungen, Kategorisieren von Daten und von Produkten, die Übersetzung oder das Korrekturlesen von kurzen 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 idR nicht; lediglich mit der Plattform wird kommuniziert. Die führenden Plattformen in diesem Segment sind Amazon's Mechanical Turk¹¹⁴) und Clickworker.¹¹⁵)

C. Arbeiten in Crowd und Cloud

1. Zur Funktionsweise von Crowdwork

Historisch gesehen liegt der Hauptvorteil hierarchischer Arbeitsverhältnisse gegenüber Verträgen mit unabhängigen VertragspartnerInnen einerseits darin, dass UnternehmerInnen so einen gewissen Grad an Kontrolle über die Leistungserbringung haben, und andererseits darin, dass damit die Transaktionskosten hinsichtlich der Suche, Auswahl und Ausbildung gering gehalten werden.¹¹⁶) Kurz: Es macht eher Sinn, bei wiederkehrendem Bedarf an bestimmten Leistungen jemanden in ein Arbeitsverhältnis aufzunehmen, als jedes Mal jemand Neuen zu suchen und dafür auszubilden. Außerdem arbeiten Personen in einem auf längere Dauer angelegten Verhältnis idR qualitativ besser, als wenn das Rechtsverhältnis nur auf eine einma-

¹¹¹) Datenmaterial zu einzelnen ausgewählten Plattformen bei *OECD*, New forms of work in the digital economy 7 ff.

¹¹²) Siehe dazu *Balla*, Der Uber-Fahrdienst, in *Lutz/Risak* (Hrsg), Arbeit in der Gig Economy (2017).

¹¹³) *Däubler*, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 8; *Kocher/Hensel*, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984 (985).

¹¹⁴) www.mturk.com/mturk/welcome (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹¹⁵) www.clickworker.com (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹¹⁶) *Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, 386.

lige Leistungserbringung ohne Wiederholung angelegt ist. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist schon seit mehreren Jahrzehnten, wie unter Pkt II.D. beschrieben, der Trend zu beobachten, unter Fortbestehen des hierarchischen Verhältnisses dessen Flexibilität entweder durch flexible Arbeitszeitmodelle (Durchrechnung und Gleitzeit)¹¹⁷⁾ und variable Entlohnung oder durch Formen atypischer Beschäftigung wie insb der Leiharbeit, Teilzeit- und befristeter Beschäftigung zu erhöhen.¹¹⁸⁾

Crowdwork geht noch einen Schritt weiter und kombiniert 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.¹¹⁹⁾ Um diese auf den ersten Blick widersprüchlichen Ziele zu erreichen, müssen folgende Voraussetzungen 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 uU nicht über den gesamten Zeitraum tatsächlich Arbeit vorliegt, erzielt das Crowdsourcing-Modell durch die schiere Masse an Personen, die angesprochen werden können.

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 (sog „surge-pricing“ bei Uber¹²⁰⁾), 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 oder einer vorgegebenen Antwortzeit auf Arbeitsangebote. Bisweilen werden auch aktiveren CrowdworkerInnen eine größere Anzahl von Arbeitsangeboten bzw besser bezahlte Offerte eröffnet, wie dies bei der deutschen Plattform clickworker offenbar der Fall ist.¹²¹⁾

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.¹²²⁾

¹¹⁷⁾ Dazu insb Heilegger, Tendenzen im Arbeitszeitrecht, juridikum 2014, 80; Risak, Momentum Quarterly 2016, 83.

¹¹⁸⁾ Eurofund, Third European survey on working conditions (2000).

¹¹⁹⁾ Treffend führen daher Hensel/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.“

¹²⁰⁾ Siehe dazu Balla, Transportdienstleistungen: Uber, in Lutz/Risak (Hrsg), Arbeit in der Gig Economy (2017).

¹²¹⁾ Siehe dazu Lutz, Virtuelles Crowdwork – Clickworker, in Lutz/Risak (Hrsg), Arbeit in der Gig Economy (2017).

¹²²⁾ OECD, New forms of work 22; Elmer, „Ich geb Dir eine Review, Große/r!“, Kurswechsel 2016, H 2, 51 (52).

Anstatt des klassischen Command&Control-Systems bedienen sich CrowdsourcerInnen und Plattformen der sog **digitalen Reputation** zur Auswahl und Kontrolle der CrowdworkerInnen: Sie erhalten Punkte, Sterne oder ähnliche Symbole, nachdem sie einen Auftrag ausgeführt haben.¹²³⁾ Damit wird sozusagen auch in die andere Richtung crowdgesourct: Die Qualitätskontrolle wird von den Plattformen an die CrowdsourcerInnen ausgelagert, sie bedient sich dabei der „Weisheit der Masse“¹²⁴⁾ der KundInnen und verwendet 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 Plattformkapitalismus¹²⁵⁾ 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 eine/n CrowdsourcerIn darstellt, bewirkt das Reputations- oder Rating-System 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 AN 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 und andererseits durch Reputationsmechanismen die volle Kontrolle über den Produktionsprozess oder die Servicebereitstellung erhalten. Der daraus resultierende, uU 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 uU nur ein Zuverdienst zu einem sonstigen Einkommen ist, auf einer individuellen Ebene nicht unmittelbar problematisch sein.¹²⁶⁾ 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 Klebe¹²⁷⁾ treffend ausführt „sind solch schlechte Arbeitsbedingungen keine Privatsache. Denn dadurch geraten andere Crowdworker und auch die in einem Arbeitsverhältnis Beschäftigten stark unter Druck.“

2. Vor- und Nachteile der Arbeit in der Gig Economy

Die Einschätzung der Effekte von Crowdwork bietet ein durchwachsenes 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

¹²³⁾ Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing (2013) 29; Warter, Crowdwork 60.

¹²⁴⁾ Surowiecki, The wisdom of the crowds (2004).

¹²⁵⁾ Elmer/Hofmann, Digitale Arbeit und Plattformkapitalismus – Editorial, Kurswechsel 2016, H 2, 3.

¹²⁶⁾ Dies betont zB Thüsing, SR 2016, 90.

¹²⁷⁾ Interview vom 23. 11. 2016, <https://www.igmetall.de/interview-mit-arbeitsrechtler-thomas-klebe-zum-thema-14335.htm> (abgefragt am 6. 3. 2017).

Arbeiten kann daher mit anderen Aufgaben und Tätigkeiten wie einem Studium, der Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen besser vereinbar sein als ein reguläres Arbeitsverhältnis.¹²⁸⁾ Es bietet auch die Möglichkeit zu einem Zusatzeinkommen bzw kann als Überbrückungseinkommen insb auch bei Selbständigen in Zeiten von Auftragsflaute dienen. Es ermöglicht überdies den Berufseinstieg in Tätigkeitsbereichen, die bislang noch nicht ausgeübt wurden (zB bei Designtätigkeiten),¹²⁹⁾ und (zumindest das virtuelle Crowdwork) erlaubt es denen, die vom regulären Markt ausgeschlossen sind (wegen Behinderung oder anderen Faktoren), Möglichkeiten für eine Erwerbstätigkeit zu finden.¹³⁰⁾ 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.¹³¹⁾ 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 Praxisbeispiele zeigen, ist dies vor allem an der niedrigen Entlohnung und den stark einseitig ausgerichteten Allgemeinen Vertrags- und Geschäftsbedingungen, die von den Plattformen vorgegeben werden, 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“¹³²⁾ oder „virtueller Ausbeutung“.¹³³⁾

Zwei **Probleme** werden dabei wiederholt hervorgehoben: Einerseits die bereits angesprochenen **niedrigen Entgelte** und mitunter auch die **Unsicherheit**, ob überhaupt bezahlt wird. Allgemeine Geschäftsbedingungen beim virtuellen Crowdwork sehen nämlich zT vor, dass CrowdsourcerInnen das Recht haben, die Arbeit ohne Angabe jeglicher Gründe und ohne Bezahlung abzulehnen, obwohl sie die Arbeit dennoch nützen können.¹³⁴⁾ Andererseits geht es um die massive **Abhängigkeit** der CrowdworkerInnen von ihrer **digitalen Reputation** auf ei-

¹²⁸⁾ OECD, New forms of work 21.

¹²⁹⁾ Schörpf/Schönauer/Eichmann, Arbeit und technischer Wandel in der Kreativwirtschaft – Endbericht (2016), verfügbar unter www.forba.at/data/downloads/file/1151-FB_02_2016.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹³⁰⁾ Zyskowski ua, Accessible Crowdwork? Understanding the Value in and Challenge of Microtask Employment for People with Disabilities, http://research.microsoft.com/pubs/228714/crowdwork_and_disability.pdf (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹³¹⁾ Leimeister/Zogaj, Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing 72.

¹³²⁾ Rosenblum, The Digital Slave – That would be You, Huffingtonpost 5. 6. 2013, verfügbar unter www.huffingtonpost.com/michael-rosenblum/the-digital-slave-that-would-be-you_b_3222785.html (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹³³⁾ Vgl für das sog „gold farming“ (professionelles Online-Spielen, um virtuelles Geld zu sammeln, zB in Spielen wie World of Warcraft): Dibbell, The unreal estate boom, Wired Magazine 2003, H 1, www.wired.com/2003/01/gaming-2 (abgefragt am 6. 3. 2017); Dibbell, The Life of the Chinese Gold Farmer, NYT Magazine vom 17. 6. 2016, www.nytimes.com/2007/06/17/magazine/17lootfarmers-t.html?_r=2&oref=slogin (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹³⁴⁾ Im Zusammenhang mit Amazon's Mechanical Turk Strube, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing – Wie Amazon's Mechanical Turk funktioniert, in Benner (Hrsg), Crowdwork – Zurück in die Zukunft? (2014) 78 (83); Martin ua, Being a turker, 14. Proceedings of the 17th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing (2014), verfügbar unter <http://dl.acm.org/citation.cfm?id=2531602> (abgefragt am 6. 3. 2017).

ner 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 idR nur denjenigen angeboten werden, die die besten Bewertungen haben, ist ein Wechsel deshalb nicht tunlich. Eine weitere Tatsache, die die Verhandlungsposition der CrowdworkerInnen beeinträchtigt.

D. Arbeitsrecht in der Gig Economy

Für die Frage der Anwendung des Arbeitsrechts kommt es wesentlich auf die Grenzziehung zwischen fremdbestimmten AN und selbständigen LeistungserbringerInnen an. Damit sollen wahrlich schutzbedürftige Personen von denen abgegrenzt werden, die des Schutzes nicht bedürfen, da sie ihre Interessen ausreichend selbst wahren und durchsetzen können. Zu dieser Abgrenzung wird bekanntlich nicht auf das tatsächlich vorliegende Kräfteungleichgewicht abgestellt, sondern auf ein anderes, praktikableres Kriterium, nämlich auf die auf die Art der Leistungserbringung Bezug nehmende „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 AG.¹³⁵⁾ Damit konnte auf verhältnismäßig einfache Weise jener Personenkreis dem Schutzbereich des Arbeitsrechts unterworfen werden, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation auch schutzbedürftig war – die Gig Economy zeigt aber, dass dieses Kriterium nicht mehr für alle Konstellationen neuartiger Formen der Arbeitsorganisation tragfähig ist (dazu insb VI.D.5.).

1. Liegt ein Arbeitsvertrag vor?

Für die Analyse, ob CrowdworkerInnen nun in diesem Sinne als AN zu beurteilen sind, ist vorweg festzuhalten, dass die Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie sehr unterschiedlich sind und ihre Organisationen in Details variieren. Deshalb lassen sich keine grundsätzlichen Aussagen treffen. In gar nicht so wenigen Fällen spricht aber schon eine Betrachtungsweise nach herkömmlichen Kriterien dafür, dass Arbeitsverhältnisse vorliegen. Dies ist vor allem auf die sehr hohe Kontrolldichte zurückzuführen, die bei der Bearbeitung der einzelnen Aufträge besteht. Im Falle des sog virtuellen Crowdwork, zB dem Online-Schreiben kurzer Produktbeschreibungen, hat diese idR auf einem von der Plattform zur Verfügung gestellten Interface (zB auf dem „workplace“ von clickworker)¹³⁶⁾ stattzufinden, was eine Kontrolle der einzelnen Arbeitsschritte ermöglicht. Dazu kommt die Möglichkeit der Disziplinierung durch die Bewertungssysteme; weiters findet idR eine weitere Determinierung arbeitsbezogenen Verhaltens insb durch Zeitvorgaben für die Erledigung statt. In Kombination kann daher eine so starke Fremdbestimmung vorliegen, dass die Aufgabenbearbeitung in persönlicher Abhängigkeit erfolgt und somit als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.¹³⁷⁾ Damit ist aber noch nicht

¹³⁵⁾ So zB Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁹ (2016) Rz 43.

¹³⁶⁾ <https://www.clickworker.de/clickworker/?customer=false> (abgefragt am 6. 3. 2017).

¹³⁷⁾ Risak, ZAS 2015, 16; Däubler, SR – Sonderausgabe Juli 2016, 36; einschränkend Warter, Crowdwork 189; aA Karl, Plattformen als Verbindung zwischen Arbeitenden und Leistungsempfängern, in Tomandl/Risak (Hrsg), Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 85 (95).

alles geklärt, da sich daran anschließend die Frage stellt, wer eigentlich VertragspartnerIn und damit AG ist.¹³⁸⁾

2. Wer ist AG?

Gerade plattformbasiertes Arbeiten führt uns vor Augen, dass die herkömmliche Analyse 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*¹³⁹⁾ hat vor dem Hintergrund des englischen Rechts einen alternativen Lösungsvorschlag zur Analyse von Arbeitsverhältnissen entwickelt, der den Fokus der Betrachtung auf die „andere Seite“, nämlich die AG, verlagert. In seinem funktionalen Konzept sind fünf AG-Funktionen voneinander zu unterscheiden:

- Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses;
- Recht auf Arbeit, dh auf Leistungserbringung und deren Ergebnisse;
- Bereitstellung von Arbeit und Bezahlung des Arbeitsentgelts;
- Management des unternehmensinternen Markts iS der Koordination und Kontrolle aller Produktionsfaktoren, einschließlich der Möglichkeit, zu bestimmen, welche Leistungen wie zu erbringen sind; und
- Management des unternehmensexternen Markts, dh die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens und die Tragung des UnternehmerInnenrisikos.

Demnach kann der/die AG als das Unternehmen oder die Kombination von Unternehmen definiert werden, die eine entscheidende Rolle bei der Ausübung der fünf AG-Funktionen spielen und als solche in einem Bereich des Arbeitsrechts bestimmten Verpflichtungen unterworfen sind.¹⁴⁰⁾ Dieses funktionale AG-Konzept kann gerade in mehrpersonalen Verhältnissen nutzbar gemacht werden, denen ein Geflecht unterschiedlicher Verträge zugrunde liegt. Seine Anwendung kann auch zu einer Mehrzahl von AG führen, wobei nicht jede/r der gesamten Bandbreite an arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ausgesetzt ist, sondern nur jenen, die der Ausübung der jeweiligen AG-Funktion entsprechen. Es zählt somit alleine die Ausübung einer bestimmten Funktion, um Verantwortung auszulösen – spezifisch begrenzt auf den jeweiligen Bereich. *Prassl* und ich¹⁴¹⁾ haben dieses Konzept am Beispiel von Transportdienstleistungen bei der Plattform Uber und für unterschiedliche Formen persönlicher Dienstleistungen bei der Plattform TaskRabbit zur Anwendung gebracht und sind dabei zu differenzierten Ergebnissen gekommen. Diese alternative Herangehensweise ermöglicht somit einen differenzierten Zugang zur effektiven Absicherung schutzbedürftiger Personen, ohne die Konzeption des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich in Frage zu stellen. AG-Verpflichtungen werden dabei nur den Personen auferlegt, die tatsächlich die dafür relevanten Funktionen ausüben. Damit können auch unterschiedliche Personen einzelne AG-Funktionen ausüben (zB Lohnbestimmung und Arbeitszeitgestaltung) und sind somit sinnvolle AdressatInnen der dafür relevanten Schutznormen (zB Mindestlohnvorschriften und Höchstarbeitszeitregelungen).

¹³⁸⁾ Dazu *Risak*, ZAS 2015, 13; *Prassl/Risak*, CLLPJ 2016, 629.

¹³⁹⁾ *The Concept of the Employer* (2015); s auch *Prassl*, Die Suche nach dem Arbeitgeber im Englischen Recht, ZESAR 2013, 472.

¹⁴⁰⁾ *Prassl*, ZESAR 2013, 486 ff.

¹⁴¹⁾ *Prassl/Risak*, Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, CLLPJ 2016, 634; *Risak*, Kurswechsel 2016, H 2, 38.

3. Durchgängiges Vertragsverhältnis oder punktuelle Verträge?

Sollten die Vertragsverhältnisse beim Crowdwork als Arbeitsverhältnisse anzusehen sein, stellt sich die Folgefrage, ob es sich dabei um einzelne kurzfristige Verträge oder ein durchgängiges Verhältnis handelt.¹⁴²⁾ Für die Rsp, für die insb die sog „Peek&Cloppenburg-Entscheidung“¹⁴³⁾ prägend war, sind für ein durchgängiges Verhältnis eine umfassende Rahmenvereinbarung sowie die von AG-Seite ausgelöste Erwartung eines bestimmten Mindestmaßes an Arbeitsleistung (und damit auch an Bezahlung) bedeutsam. Wesentlich dürfte außerdem noch sein, von wem die Initiative für die einzelnen Arbeitseinsätze ausgeht, da dies ein Hinweis darauf ist, wer vor allem ein Interesse an der Flexibilität hat. Sind dies in erster Linie die AN, liegt auch kein Erklärungsverhalten ihrer AG vor, das auf ein durchgängiges Vertragsverhältnis hindeutet.¹⁴⁴⁾ Wesentlich ist somit der Wille der Vertragsparteien, ob eine dauerhafte, durchgängige Beschäftigung mit einem vom Arbeitenden zu bestimmenden variablen Arbeitszeitausmaß beabsichtigt ist oder tatsächlich eine bloß fallweise punktuelle Beschäftigung. Wird ein durchgängiges Verhältnis angenommen, dann tendiert der OGH dazu, dieses wegen der starken Ingerenz des Arbeitenden auf das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit nicht als „echtes“, sondern als freies Dienstverhältnis anzusehen.¹⁴⁵⁾ Bei einer Einzelbetrachtung wird hingegen eher während der Leistungserbringung eine persönliche Abhängigkeit während der einzelnen, uU aber sehr kurzen Arbeitseinsätze bestehen.¹⁴⁶⁾ Damit liegt eine Aneinanderreihung von sehr kurzfristigen Verträgen vor, was dann noch weiter verkompliziert wird, wenn nicht die Plattform, sondern die einzelnen KundInnen die VertragspartnerInnen sind. Sind hingegen die Plattformen die VertragspartnerInnen, stellt sich weiters die Frage, ob nicht ein unzulässiges Kettenarbeitsverhältnis vorliegt, das dann ohnehin in ein durchgängiges unbefristetes Arbeitsverhältnis mündet.¹⁴⁷⁾

4. CrowdworkerInnen als arbeitnehmerInnenähnliche Personen

Für den Fall, dass eine Einstufung als AN verneint wird, stellt sich die Frage nach der Qualifikation von CrowdworkerInnen als AN-ähnliche Personen. Es geht dabei um 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“¹⁴⁸⁾ und denen ein gewisser Schutz zuerkannt wird. Konkret findet sich dieser Begriff zuerst im Arbeitsgerichtsgesetz 1946,¹⁴⁹⁾ das sich wiederum an das

¹⁴²⁾ Dazu *Risak*, ZAS 2015, 17; *Risak*, Möglichkeiten der Arbeitszeit-Flexibilität für ArbeitgeberInnen – Die österreichische Perspektive auf Zero-Hours-Verträge, in *Tomanal/Risak* (Hrsg), Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2016) 60 (67).

¹⁴³⁾ OGH 8 ObA 116/04 y DRdA 2005/33, 417 (*B. Schwarz*) = ZAS 2006/33, 193 (*Schrank*).

¹⁴⁴⁾ OGH 8 ObA 50/13 DRdA 2015/34, 346 (*Risak*) = ZAS 2014/51, 316 (*Ogriseg*); dies übrigens unter Berufung auf OGH 8 ObA 15/98 h, *Blutspendedienst*, DRdA 1999/44, 318 (*Krapf*) und nicht auf die *P&C*-Entscheidung.

¹⁴⁵⁾ Siehe dazu *Risak*, Möglichkeiten der Arbeitszeit-Flexibilität 67.

¹⁴⁶⁾ So auch Employment Tribunal 28. 10. 2016, 2202551/2015 & Others, *Aslam, Farrar & Others v Uber B.V., Uber London Ltd. & Uber Britannia Ltd*, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (abgefragt am 6. 3. 2017) Rz 100.

¹⁴⁷⁾ Dazu *Risak*, ZAS 2015, 17.

¹⁴⁸⁾ So zB die Definition in § 1 DHG.

¹⁴⁹⁾ BGBl 1946/170.

deutsche Arbeitsgerichtsgesetz 1926¹⁵⁰⁾ anlehnt.¹⁵¹⁾ In der Folge fanden bekanntlich nach und nach einzelne arbeitsrechtliche Normen auf diese Personengruppe Anwendung, wie die Haftungserleichterungen des DHG, das GIBG und das ASGG.¹⁵²⁾ Die Einstufung von CrowdworkerInnen zumindest als AN-ähnliche Personen wird in der Literatur jedenfalls für den Fall bejaht, dass auf einer oder nur einer kleineren Zahl von Plattformen gearbeitet wird.¹⁵³⁾ Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass AN-ähnliche den Schutz des Arbeitsrechts im Wesentlichen jedoch entbehren. Die zu erwartende Zunahme dieser AN-ähnlichen Personen im Zuge des digitalen Wandels lässt eine **Ausweitung des Schutzes** für diese Personengruppe als adäquaten Lösungsweg erscheinen, will man nicht überhaupt gleich den AG-Begriff neu definieren.¹⁵⁴⁾ Dies geht über die von vielen vorgeschlagene Ausweitung des HeimAG¹⁵⁵⁾ hinaus, da damit nur das virtuelle Crowdwork eingefangen werden kann, während in der analogen Welt über Plattformen organisierte Dienstleistungen (wie zB der Transportdienst Uber) nicht erfasst wären.

Dass eine derartige Einbeziehung von AN-ähnlichen Personen massive Verbesserungen für CrowdworkerInnen bringen kann, zeigt das Beispiel des Vereinigten Königreichs, wo die vergleichbare Gruppe der „workers“ auch von den Regelungen des Mindestlohns und des Urlaubs erfasst ist. Nach einer aktuellen Entscheidung des Employment Tribunal vom 28. 10. 2016¹⁵⁶⁾ haben FahrerInnen des Transportdienstes Uber diese Rechte, da sie als „workers“ qualifiziert wurden.

Für die Problematik der Regelung von Mindestentgelten ist im österreichischen Gefüge vor allem die Möglichkeit der **kollektiven Rechtsetzung** von Bedeutung. Die Antwort darauf, dass die individuell verhandelten bzw von den Plattformen und/oder AuftraggeberInnen vorgegebenen Entgelte sehr niedrig sind, kann ja nicht nur im Eingreifen der Gesetzgebung liegen, sondern auch in einem Zusammenschluss der CrowdworkerInnen und deren kollektiven Verhandeln insb von Entgeltbedingungen. Sollten diese nicht als AN anzusehen sein, so könnte dennoch diese Möglichkeit für sie gesetzlich eröffnet werden. In Deutschland sind zB AN-ähnliche Personen vom Tarifvertragsgesetz (§ 12a TVG) erfasst und es können für diese KollV mit Normwirkung abgeschlossen werden.¹⁵⁷⁾ In Österreich besteht diese Möglichkeit nur eingeschränkt insb für ständige freie MitarbeiterInnen eines Medienunternehmens oder Mediendienstes (§§ 16 ff JournG), literarisch wurde eine Ausweitung immer wieder dis-

kutiert.¹⁵⁸⁾ Aus meiner Sicht wäre eine Eröffnung der Möglichkeit des Abschlusses von KollV für AN-ähnliche Personen rechtspolitisch erstrebenswert und würde die Verhandlungsschwäche dieser Personengruppe beim Aushandeln ihrer Arbeitsbedingungen abschwächen.¹⁵⁹⁾

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 der Rs *FNV Kunsten*¹⁶⁰⁾ dazu mE nicht ganz eindeutig Stellung genommen.¹⁶¹⁾ Damit ist 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 AN ein Markversagen ausgeglichen wird.¹⁶²⁾

5. Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes

Eine andere Alternative ist die Neudefinition des ArbeitnehmerInnenbegriffes unter Einschließung auch der soeben skizzierten AN-ähnlichen Personen bzw bestimmter Gruppen von freien DN. Das ist übrigens nicht ganz neu: Im Regierungsprogramm für die Gesetzgebungsperiode 2008 – 2013¹⁶³⁾ war die Schaffung eines modernen, einheitlichen AN-Begriffes 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 eben nicht. ME ist das nicht der Fall, weshalb wir à la longue um eine derartige Diskussion der Ausweitung des Schutzes für AN-ähnliche Personen oder eine Neudefinition des AN-Begriffes nicht herumkommen werden.

6. Schaffung eines Crowdwork-Gesetzes

Die Komplexität des Vertragsgeflechtes im Zusammenhang mit Crowdwork, die wesentlich auf die Mehrzahl an AkteurInnen zurückzuführen ist, legt letztlich die Schaffung eines eigenen Gesetzes nahe, das auf die besondere Ausformungen des Crowdsourcing von Arbeit und das plattformbasierte Arbeiten reagiert. Als Vorbild eines solchen „Crowdworkgesetzes“ kann mE das AÜG dienen, das de lege lata übrigens auch schon auf AN-ähnliche Personen anzuwenden ist (§ 3 Abs 4 AÜG). In einem solchen können die Verantwortlichkeiten von Plattform und CrowdsourcerInnen ebenso klargestellt werden wie insb die Mitwirkungsrechte der CrowdworkerInnen an der Plattform und das Verbot bestimmter Vertragsklauseln.¹⁶⁴⁾ Wegen des oft grenzüberschreitenden Charakters der Geschäftsmodelle in der Gig Economy und zur Herstellung gleicher Ausgangsbedingungen wäre dafür mE eine Aktivität des europäischen Gesetzgebers in Form einer Richtlinie wünschenswert.

¹⁵⁸⁾ Risak, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer? ZAS 2002, 16; Mosler, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? DRdA 2012, 100; Mosler, Ist das ArbVG noch aktuell? DRdA 2014, 511.

¹⁵⁹⁾ So auch Risak, ZAS 2002, 166; Mosler, DRdA 2014, 515; noch weitergehend Mosler, DRdA 2012, 109.

¹⁶⁰⁾ EuGH C-413/13, DRdA 2015/18, 162 (Grillberger) = ZAS 2015/45, 281 (Mair).

¹⁶¹⁾ Grillberger, DRdA 2015, 167; Mair, ZAS 2015, 284; Felten, Arbeit und Soziales, in Herzig (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 2015 (2016) 245 (249); Rebhahn, Neue Formen der Arbeit – Unionsrechtliche Aspekte, in Mazal/Risak (Hrsg), Wie bewältigt das Recht neue Formen der Arbeit (2017) 9 (11); Reinecke/Rachor in Däubler (Hrsg), Tarifvertragsgesetz⁴ (2016) § 21 a Rz 14 mit zahlreichen Nachweisen zum deutschen Meinungsstand.

¹⁶²⁾ So auch Mosler, DRdA 2012, 113.

¹⁶³⁾ BKA, Regierungsprogramm 28.

¹⁶⁴⁾ Dazu Prassl/Risak in Meil/Kirov (Hrsg), Policy Implications of Virtual Work (2017).

¹⁵⁰⁾ RGBI I 1926, 507.

¹⁵¹⁾ Dazu Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 59; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 30.

¹⁵²⁾ Dazu ausführlich Mazal, Arbeitnehmerähnliche Selbständige, in Tomandl/Risak (Hrsg), Wie bewältigt das Recht moderne Formen der Arbeit? (2017) 106.

¹⁵³⁾ Karl, Plattformen 96; weitergehend Warter, Crowdwork 198; für die deutsche Rechtslage dies zumeist bejahend Däubler, SR 2016, 38.

¹⁵⁴⁾ Siehe dazu Prassl/Risak, The Legal Protection of Crowdworkers – Four Avenues for Workers' Rights in the Virtual Realm, in Meil/Kirov (Hrsg), Policy Implications of Virtual Work (2017); s auch Mazal, Arbeitnehmerähnliche Selbständige 129.

¹⁵⁵⁾ So insb Warter, Crowdwork 238; Risak, ZAS 2015, 18.

¹⁵⁶⁾ Employment Tribunal, *Aslam, Farrar & Others v Uber*.

¹⁵⁷⁾ Dies hat jedoch außerhalb des Medienbereichs kaum praktische Bedeutung; BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 174. Demnach sind aktuell im Tarifregister 44 Tarifverträge mit Regelungen für AN-ähnliche Personen registriert. Bei 40 Abschlüssen handelt es sich um sog Firmentarifverträge in Rundfunk und Fernsehen. Nur vier weitere Tarifverträge sind klassische Verbandstarifverträge, aus der Branche der Grafikdesigner (Mantel- und Vergütungs-Tarifvertrag Design) und aus der Branche der Zeitungsverlage (Mantel- und Gehalts-Tarifvertrag).

Der Europäische Gewerkschaftsbund diskutiert soeben über Eckpunkte einer möglichen **Richtlinie zur besseren Durchsetzung der Rechte von in der Online-/Plattform-/Gig-Economy-Beschäftigten**. Besonders hervorzuheben ist dabei die Schaffung von widerleglichen Vermutungen und Kriterienkatalogen, die die Transparenz der Arbeitsbedingungen erhöhen und die Informations- und Ressourcenungleichgewichte, die derzeit zu Gunsten der Plattformen bestehen, abschwächen sollen. So soll eine **widerlegliche Vermutung** in die Richtlinie aufgenommen werden, dass **CrowdworkerInnen als AN** anzusehen sind und die Plattform die Partnerin des Arbeitsvertrags ist. Dies zementiert ihren Status bzw die Vertragspartnerin nicht ein, sondern verschiebt lediglich die Behauptungs- und Beweislast in Richtung der Partei, bei der alle Fäden zusammenlaufen und die über die dafür relevanten Informationen verfügt, nämlich die Plattform. Außerdem würde es so CrowdworkerInnen leichter möglich sein, sich auf die Arbeitsrechtsordnung¹⁶⁵⁾ und die Gerichtsstandsregeln des Staates zu berufen, in dem sie tatsächlich Arbeit leisten. Für die konkreten Arbeitsbedingungen wäre eine **Gleichbehandlungspflicht** hinsichtlich des Entgelts mit direkt bei den CrowdsourcerInnen angestellten Personen ähnlich jener für überlassene Arbeitskräfte erwägenswert, um die Unterwanderung von deren Arbeitsbedingungen zu verhindern. Interessant ist auch die Forderung nach einer Überprüfbarkeit der KundInnenratings und der Portabilität von einmal aufgebauten Reputationen von einer Plattform auf eine andere, um die Mobilität der CrowdworkerInnen zu fördern. Die bereits oben (VI.D.4.) befürwortete Möglichkeit der Organisation und der kollektiven Aushandlung von Arbeitsbedingungen würde die europarechtlich unklare Situation hinsichtlich des Kartellverbots in Art 101 AEUV klären.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Unter dem Titel „Arbeitsrecht 4.0“ wurde in diesem Beitrag ein stichprobenartiger Fit-for-purpose-Check des geltenden österreichischen Arbeitsrechts dahingehend versucht, ob diese den Veränderungen der Arbeitswelt, die durch die Digitalisierung, die Globalisierung, die Veränderungen der Demografie und des Arbeitskräfteangebots sowie den kulturellen Wandel hervorgerufen werden, ausreichend gewachsen ist oder ob Reformbedarf besteht. Diese Veränderungen, die als Arbeiten 4.0 zusammengefasst werden können, stellen sich dabei als beschleunigte Weiterführung der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis dar, auf dem die österreichische Arbeitsrechtsordnung aufbaut. Dabei ist insgesamt als erster Befund festzuhalten: Im Kern ausreichend, hinsichtlich der größer werdenden Ränder jedoch Reformbedarf. Für die einzelnen für diese Untersuchung ausgewählten Themenbereiche bedeutet dies zusammenfassend Folgendes:

- **Arbeit jenseits der Arbeitszeit:** Die Flexibilisierung der Arbeitszeit, die wesentlich in den 1990er-Jahren eingesetzt hat, setzt sich weiter fort und führt zu einer weiteren Lockerung der starren Arbeitszeitgrenzen, die mE sozialpolitisch nicht unproblematisch ist und bei der die Zweiseitigkeit des Nutzens auch für die AN stärkeren gesetzlichen Niederschlag finden sollte (zB ein Recht auf inhaltlich nicht zweckgebundene Reduktion der Arbeitszeit). Regelungsbedarf besteht hinsichtlich der Einschränkung der Dauererreichbarkeit.
- **Arbeit jenseits des Arbeitsortes:** Hier besteht mE kein besonderer legislatischer Handlungsbedarf, die sich stellenden Probleme lassen sich mit dem bestehenden Instrumentarium bewältigen. Die Lockerung der Arbeitszeitaufzeichnungspflicht bei außerbetrieblicher Arbeit ist weit auszulegen und positiv einzuschätzen.

¹⁶⁵⁾ Siehe dazu *Karl*, Plattformen 101; *Risak*, ZAS 2015, 17 sowie *Warter*, Crowdwork 291, der auch den Gerichtsstand behandelt.

- **Arbeit jenseits der punktuellen Fremdbestimmung:** Die Verlagerung von inputgesteuerter Kontrolle hin zu outputorientierter Ergebniskontrolle bringt wegen der üblicherweise damit verbundenen erhöhten Kontrollintensität, die häufig in einem System permanenter Bewährung mündet, keinen wesentlichen Freiheitsgewinn. Das Arbeitszeitmodell der Vertrauensarbeitszeit ist für dem AZG unterliegende AN nicht praktikabel.
- **Arbeit jenseits des zweipersonalen Verhältnisses:** Beim Crowdwork zeigt sich, dass das Arbeitsrecht, das weiterhin konzeptuell auf einem Normalarbeitsverhältnis aufbaut, in der Hinsicht unter Druck gerät, dass nicht mehr alle aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation Schutzbedürftigen ausreichend erfasst werden können. Eine Diskussion der Ausweitung des Schutzes für AN-ähnliche Personen oder überhaupt eine Neudefinition des AN-Begriffes bzw die Schaffung von Sonderregelungen für das Crowdwork ist mE in dieser früheren Phase der Entwicklung zweckmäßig. Nur so kann ohne größeren Zeitdruck ausgewogen auf die neuen Herausforderungen reagiert werden.