Abschied von der persönlichen Abhängigkeit im Arbeitsrecht?

Georg Schima

1 Einleitung

Das nach hA* (sowohl in Ö als auch in der BRD) entscheidende Kriterium für die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften, für die Geltung des Arbeitsrechts an sich, ist die sog „persönliche Abhängigkeit“¹. Gemäß einer in der Rsp ständig wiederkehrenden Formel soll darunter die „weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers“ zu verstehen sein, welche sich insbes darin äußere, daß er in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht unterworfen sei oder — sofern das Verhalten im Arbeitsvertrag bereits vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimmbar wäre — dessen (dh des AG) laufender Kontrolle unterliege².

Diese Formel gerät seit einiger Zeit etwas ins Wanken. Verschiedene Entwicklungen, von denen einige — wie etwa der vermehrte Einsatz „freier“ Mitarbeiter oder der Abschluß von Franchiseverträgen durch Großkonzerne — schon vor Jahren einsetzten, andere — wie die vielzitierte „Teleheimarbeit“ — aber erst so richtig im Werden begriffen sind, werfen nämlich die Frage nach der Sinnhaftigkeit, ja nach der Sozialadäquanz des im obigen Sinne verstandenen Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit auf, besteht

*In diesem Beitrag werden die Abkürzungen im allgemeinen nach FRIEDL, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache samt Abkürzungsverzeichnis (1987) gebildet.

¹Vgl SPIELBÜCHLER in FLORETTA-SPIELBÜCHLER-STRASSER 2. Aufl, Arbeitsrecht I 24f; MAYER-MALY, Arbeitsrecht 6ff; KREJCI in RUMMEL, ABGB II Rdz 36ff zu §1151; TOMANDL, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 66ff; TOMANDL, ZAS 1982, 17; vgl auch ADLER-HÖLLER in KLANG 2. Aufl, V 159ff, wo von „abhängiger Arbeit“ gesprochen wird; für die BRD HUECK-NIPPERDEY 7. Aufl, Lehrbuch des Arbeitsrechts I 41ff mwN; NIKISCH 3. Aufl, Arbeitsrecht I 91f; SINZHEIMER 2. Aufl, Grundzüge des Arbeitsrechts (1921) 10ff, 31; SCHAUB 5. Aufl, Arbeitsrechtshandbuch 32ff; ZEUNER, Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, 84; aA aber zB ZÖLLNER, Die Einwirkung der erweiterten Mitbestimmung auf das Arbeitsrecht, RdA 1969, 67; ZÖLLNER 3. Aufl, Arbeitsrecht 44ff; BAG 28.2.1962 AP Nr 1 zu 611 BGB Abhängigkeit.

²Vgl in neuester Zeit OGH Arb 9972 = ZAS 1982, 10ff mit Anm v TOMANDL = dRdA 1982, 191ff mit Anm v STRASSER; Arb 10.060 = ZAS 1983, 134ff mit Anm v GITTER; Arb 10.096; Arb 10.529.

doch dadurch die reale Möglichkeit gravierender Funktionsverluste der geltenden Arbeitsrechtsordnung³. Tätigkeiten, welche traditionell im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verrichtet wurden, könnten trotz weitgehend unveränderter wirtschaftlicher und sozialer Interessenlage infolge einer (idR mehr formal) „freien“ Gestaltung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses dem Regelungsbereich des Arbeitsrechts entzogen werden.

Im folgenden soll nach einer Präzisierung und Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit zunächst erörtert werden, von welcher Seite der Geltungsbereich des Arbeitsrechts ausgehöhlt wird bzw zu werden droht. Weiters gilt es, kurz zu analysieren, ob bzw inwieweit die Rsp auf geänderte Umstände durch flexible Handhabung des rechtsdogmatischen Instrumentariums reagiert. Schließlich soll der Frage nachgegangen werden, ob eine Neusetzung der Akzente bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft de lege lata vertretbar und geboten erscheint und ob es einen unverzichtbaren Kernbereich beim Arbeitnehmerbegriff zu schützen gilt.

Obwohl der folgende Beitrag ein ähnliches Thema behandelt wie der von FIRLEI jüngst auf der Tagung der österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht in Zell am See gehaltene Vortrag „Flucht aus dem Arbeitsrecht“⁴, unterscheiden sich Methode und Blickwinkel der beiden Arbeiten doch grundlegend voneinander. Während FIRLEI die einzelnen „Fluchterscheinungen“, die Abweichungen von dem von ihm so bezeichneten „Normalarbeitsverhältnis“ aufzeigte — wobei er auch den staatlichen bzw „halbstaatlichen“ Bereich mit einbezog — und als Konsequenz mehr oder weniger ausgeprägte (Zwangs-)Maßnahmen zu ihrer Unterbindung forderte, geht es hier darum, zu untersuchen, ob nicht bereits das geltende Recht eine stärkere integrative Funktion auszuüben und damit zumindest einigen Auflösungsercheinungen gegenzusteuern vermag⁵.

2 „Persönliche Abhängigkeit“: Präzisierung und Abgrenzung eines ehrwürdigen Begriffes

Der von Lehre und Rsp ständig herangezogene Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“ ist im positiven Recht in dieser Form nicht verankert, sondern ist lediglich die Bezeichnung für einen Typusbegriff, dessen Merkmale

³Mit der Möglichkeit des Entstehens von Funktionsverlusten des Arbeitsrechts beschäftigte sich jüngst zB RUNGGALDIER, Drohen dem Arbeitsrecht Funktionsverluste?, ZAS 1985, 83ff. Seine Darstellung behandelt aber ganz andere Gesichtspunkte als mein Beitrag.

⁴Noch nicht veröffentlicht; Tagungsbericht von EYELTAUER in dRdA 1987, 235ff (236f).

⁵Der folgende Beitrag versteht sich daher auch als eine kritische Überprüfung der These FIRLEIS, die rechtsdogmatischen Möglichkeiten, den Schutz „atypischer Arbeitsverhältnisse“ zu verbessern, seien äußerst unzureichend und auch ein Ansetzen beim Arbeitnehmerbegriff erlaube insgesamt keine taugliche Korrektur.

sich nur ansatzweise im Gesetz bzw dessen Materialien finden⁶. §1151 Abs 1 des österr ABGB aus dem Jahr 1811 bestimmt in der durch die 3. Teilnovelle 1916 entstandenen Fassung folgendes: „Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag“.

Der Gesetzgeber des ABGB war also der Meinung, den Dienstvertrag in erster Linie vom Werkvertrag abgrenzen zu müssen⁷.

Diese Abgrenzung kann in der Tat Probleme aufwerfen (siehe unten); in jüngerer Zeit wird aber der Begriff der „persönlichen Abhängigkeit“ in der Rsp überwiegend dazu herangezogen, um den Dienstvertrag vom sog „freien“ Dienstvertrag abzugrenzen. Darunter versteht die hA die Erbringung von „Diensten“, dh bloß gattungsmäßig umschriebenen Leistungen, im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ohne persönliche Abhängigkeit⁸.

Aus dem Begriff der „Dienstleistung für einen anderen“ in §1151 Abs 1 ABGB läßt sich noch nicht einmal errahnen, welches gesetzgeberische Anliegen sich dahinter verbirgt. Zunächst scheidet die Art der Tätigkeit als Abgrenzungskriterium des Dienstvertrages gegenüber anderen Vertragstypen aus. Ein- und dieselbe Tätigkeit (zB Reinigen von Kleidungsstücken, Bau eines Hauses, Erstellung von Computerprogrammen) kann vielmehr sowohl im Rahmen eines Dienstvertrages als auch eines Werkvertrages verrichtet werden⁹. Inhaltliche Überschneidungen sind außerdem zw Dienstvertrag und Bevollmächtigungsvertrag möglich, wobei §1151 Abs 2 ABGB für diesen Fall anordnet, daß Dienstvertragsrecht und die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag nebeneinander angewendet werden. Nach den Gesetzesmaterialien zur 3. TN des ABGB soll ein wesentlicher Unterschied zw Dienstvertrag und Werkvertrag sein, daß der Dienstnehmer nur für die Sorgfalt (Diligenz) hafte, der Werkunternehmer hingegen für den Erfolg¹⁰. Dies ist nur bedingt richtig¹¹. Erstens kennzeichnet die Diligenzpflicht jeden Vertrag, dessen Inhalt die Erbringung von Diensten, dh von bloß gattungsmäßig umschriebenen Leistungen, ist, somit also nicht bloß den (persönlich) abhängigen Dienstvertrag, sondern auch den vorher erwähnten „freien“ Dienstvertrag. Zweitens stimmt es nicht, daß ein AN nie für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen hat. Richtig ist nur, daß er — anders als der Werkunternehmer — Mängel

⁶Zumindest für Ö geht mE daher die Auffassung von RÜTHERS, Programmfreiheit der Rundfunkanstalten und Arbeitsrechtsschutz der freien Mitarbeiter, DB 1982, 1871, die Definition des Arbeitnehmerbegriffes sei ein bloßes Produkt richterlicher Rechtschöpfung, zu weit; zustimmend aber HODIK, Zur Neuordnung der Rechtsstellung der freien Mitarbeiter des ORF, ÖJZ 1982, 570.

⁷Vom HHB 1916 (78 BlgHH XXI Sess 328) wurde diese v.a. damit begründet, daß „Verträge über die Verwertung menschlicher Arbeitskraft (Arbeitsverträge)“ in eben diesen beiden Formen in Erscheinung träten (vgl auch die Zitierung bei ADLER-HÖLLER in KLANG 2. Aufl, V 154f.

⁸Vgl für alle WACHTER, Der sogenannte freie Dienstvertrag, dRdA 1984, 405ff mit umfangreichen Nachweisen in Fn 1; gegen die Konstruktion MAYER-MALY, Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, ZAS 1966, 2ff; MAYER-MALY, Arbeitsrecht 36f.

⁹Vgl dazu KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 32 §1151.

¹⁰78 BlgHH XXI Sess 328f.

¹¹Vgl dazu KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 33 §1151.

nicht nach Gewährleistungsrecht, dh verschuldensunabhängig, zu vertreten hat. Der DN haftet aber sehr wohl, wenn das von ihm geschuldete Arbeitsergebnis aus Verschulden, dh aufgrund einer Sorgfaltswidrigkeit, mißlingt, wobei der Haftungsumfang allerdings durch das DHG gegenüber dem allg Zivilrecht deutlich herabgesetzt ist. Man müßte somit formulieren, daß der DN zwar nicht für den Erfolg, aber für die sorgfältige Bemühung um diesen einzustehen hat.

Da §1151 Abs 1 ABGB davon spricht, daß die Dienste „auf eine gewisse Zeit“ verrichtet werden, könnte man bei unbefangener Betrachtung annehmen, der Dienstvertrag müsse länger, der Werkvertrag könne dagegen kürzer dauern. Dies trifft freilich in dieser Form nicht zu. Entscheidend ist vielmehr beim Dienstvertrag nach EHRENZWEIGS berühmter Formel, daß sich nicht die Dauer nach den Diensten, sondern vielmehr die Dienste nach der Dauer (dh Vertragsdauer) richten müssen¹². Der Dienstvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, wohingegen der Werkvertrag ein bloßes Zielschuldverhältnis ist. Die absolute Zeitdauer ist aber nach dem Gesagten kein Maßstab. Ein Dienstverhältnis kann auf einen Monat befristet sein, wohingegen die Erstellung eines Werkes ein Menschenleben dauern kann.

Die scheinbar einfache Abgrenzung zw Ziel- und Dauerschuldverhältnissen und damit die Abgrenzung zw Dienstvertrag und Werkvertrag rückte jüngst im Zusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Beurteilung „freier“ Medienmitarbeiter wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit¹³. Dort fällt es nämlich oft nicht leicht, festzustellen, ob viele Werkverträge vorliegen oder eine die einzelnen „Projekte“ zusammenhaltende Dauerrechtsbeziehung¹⁴, welche freilich sowohl „abhängiger“ als auch „freier“ Dienstvertrag sein kann¹⁵.

Die bisherigen Ausführungen beschränken sich im wesentlichen auf die abstrakte Umschreibung der vom DN geschuldeten Leistung („Dienste“). Damit ist aber über den Geltungsbereich des Arbeitsrechts noch wenig ausgesagt, da die bisherigen Überlegungen auch auf den „freien“ Dienstvertrag weitgehend zutreffen. Die geltende Arbeitsrechtsordnung knüpft vielmehr an bestimmte nähere Umstände an, unter denen die Dienstleistung erbracht wird. Diese „näheren Umstände“ sind im Gesetz selbst, wie dargelegt, nicht konkretisiert; die Materialien zur 3. TN des ABGB (1916) führen allerdings neben dem Dauerschuldcharakter und der Diligenzpflicht einige Merkmale an, nämlich: „Arbeit unter der Leitung und Verfügung und mit den Arbeitsmitteln des AG; persönliche Arbeitspflicht und persönlicher Anspruch auf Arbeit; Erfolg wie Mißerfolg der Arbeit auf Rechnung des AG; alles in allem somit die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des AN in den Organismus des Unternehmens des AG“¹⁶.

Auf diesen vom Herrenhausbericht angeführten Merkmalen bauten Lehre

¹²EHRENZWEIG 2. Aufl, System II/1, 344.

¹³Vgl auch schon OGH Arb 7885.

¹⁴Vgl STRASSER, dRdA 1982, 199, 203; TOMANDL, ZAS 1982, 18.

¹⁵GITTER, ZAS 1983, 137.

¹⁶78 BlgHH XXI. Sess 328f; Wiedergabe bei ADLER-HÖLLER in KLING 2. Aufl, V 154; KREJCI in RUMMEL ABGB I Rdz 37 §1151 und TOMANDL, Wesensmerkmale 21.

und Rsp auf, wobei letztere die eingangs bereits erwähnte Formel gebraucht, daß es zu einer „weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit“ des AN kommen müsse, welche sich darin äußere, daß er in bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des AG unterworfen sei oder jedenfalls dessen laufender Kontrolle unterliege. Mit dieser Formel wird außerdem die Funktion des dem DG zustehenden Weisungsrechtes beschrieben. Dieser ist berechtigt, dem DN persönliche, dh den Einsatz seiner Arbeitskraft unmittelbar betreffende Weisungen zu erteilen¹⁷. Der DG bestimmt somit, was, wie, wann und wo zu arbeiten ist¹⁸. Dagegen ist die Erteilung sog. sachlicher, dh bloß den Arbeitserfolg als solchen betreffenden Weisungen kein charakteristisches Merkmal eines Arbeitsvertrages¹⁹. Sachliche Weisungen können vielmehr auch einem Werkunternehmer, einem Beauftragten etc jederzeit erteilt werden (zB Anweisung an den Malermeister, den Raum statt weiß beige auszumalen).

Häufig wird in einschlägigen Entscheidungen auch die diszipliniäre Verantwortlichkeit des DN herausgestellt²⁰.

Die Summe all dieser angeführten Merkmale, zu denen gegebenenfalls noch andere treten können, bezeichnet man heute als „persönliche Abhängigkeit“. Rechtstechnisch handelt es sich dabei um einen Typusbegriff oder, anders ausgedrückt, um einen kombinatorischen Tatbestand, der dadurch gekennzeichnet ist, daß die einzelnen Merkmale erstens nicht vollständig angegeben werden können (sog „merkmalsmäßige Offenheit“) und zweitens in unterschiedlichen Kombinationen und Ausprägungen vorliegen können, wobei die bes intensive Ausprägung eines Merkmals oder bestimmter Merkmale das Fehlen anderer Merkmale bis zu einem gewissen Grad ausgleichen kann (sog „merkmalsmäßige Kompensierbarkeit“)²¹.

Der beschriebenen persönlichen Abhängigkeit wird manchmal die wirtschaftliche Abhängigkeit gegenübergestellt.

Darunter soll nach hRsp und Lehre das Angewiesensein des DN auf das durch den Einsatz seiner Arbeitskraft verdiente Einkommen, um seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können, zu verstehen sein²². Eine so verstandene wirtschaftliche Abhängigkeit spielt nach richtiger Ansicht für den Arbeitnehmerbegriff keine Rolle, — mag sie auch auslösendes Motiv des Gesetzgebers bei der Schaffung vieler arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften

¹⁷Vgl SPIELBÜCHLER in FLORETTA-SPIELBÜCHLER-STRASSER 2. Aufl, I 24; referierend TOMANDL, Wesensmerkmale 67.

¹⁸KREJCI in RUMMEL ABGB II 46 §1151.

¹⁹Vgl SPIELBÜCHLER in FLORETTA-SPIELBÜCHLER-STRASSER 2. Aufl, I 24; referierend TOMANDL, Wesensmerkmale 67.

²⁰zB VwGH VwSlg NF 4495 A; auf die Zweifelhaftheit dieses Kriteriums weist zu Recht TOMANDL, Wesensmerkmale 187f hin.

²¹Vgl KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 61 §1151; WACHTER, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person 111ff; allgemein zum Typus LEENEN, Typus und Rechtsfindung 34ff.

²²BYDLINSKI, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht 16; SPIELBÜCHLER in FLORETTA-SPIELBÜCHLER-STRASSER 2. Aufl, I 26; KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 63 §1151; OGH Arb 6491; Arb 7159; Arb 7641.

gewesen sein²³—, sie taucht in den einschlägigen Entscheidungen daher primär im Zusammenhang mit der Feststellung auf, daß sie unmaßgeblich wäre. Im Sozialversicherungsrecht, dh bei der Prüfung der Voraussetzungen für ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, wird die wirtschaftliche Abhängigkeit hingegen als Verrichtung der Tätigkeit mit den Betriebsmitteln des DG verstanden²⁴. Freilich ist in §4 Abs 2 ASVG die wirtschaftliche Abhängigkeit, anders als im Arbeitsrecht, auch gesetzlich positiviert. Bedeutsamkeit wird ihr außerdem bei der Umschreibung des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person beigemessen.

3 Zeitgemäßheit der „persönlichen Abhängigkeit“

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich werden lassen, daß die traditionelle arbeitsrechtliche Doktrin und die überwiegende Rsp für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ein relativ ausgeprägtes Über- und Unterordnungsverhältnis zw AG und AN voraussetzt. Der herrschende Arbeitnehmerbegriff enthält, provokant formuliert, gewisse autoritäre, obrigkeitliche Elemente.

Unter dem Begriff „persönliche Abhängigkeit“ werden diese einzelnen Elemente recht treffend zusammengefaßt. Schon die Bezeichnung „persönliche Abhängigkeit“ läßt etwas von der früheren Leibeigenschaft nachklingen, welche zum Zeitpunkt der Redaktion der Stammfassung des ABGB ja auch tatsächlich noch bestand.

Die Verfasser der 3. TN 1916 spalteten zwar den dogmatisch unscharfen „Lohnvertrag“ in den Dienstvertrag und den Werkvertrag auf, doch konnte von der in den letzten Zügen liegenden Monarchie, welche die genannte Novelle mittels Notverordnung in Kraft setzte, nicht ernstlich erwartet werden, daß sie sozialrevolutionäres Gedankengut gesetzlich festschreiben und damit der gesellschaftlichen Entwicklung sogar vorauslaufen würde. In aller Regel hinken Gesetze dieser vielmehr um einige Zeit nach.

So ist denn auch im Herrenhausbericht, wie bereits gesagt, von der „persönliche(n) und wirtschaftliche(n) Unterordnung des Arbeitnehmers“ die Rede. Vor dem Hintergrund verwundert es nicht, daß die arbeitsrechtliche Doktrin noch Ende der 20er Jahre zB von einem Herrschaftsverhältnis²⁵ oder von einer Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über die Person des Arbeitneh-

²³KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 63 §1151.

²⁴Vgl KREJCI in TOMANDL, System des österreichischen Sozialversicherungsrechtes 45 mwN in Fn 4; MAYR, FS FLORETTA 766, 771; VwGH ÖJZ 1957, 277; besonders ausführlich VwGH Arb 6782; versteht man wirtschaftliche Abhängigkeit so, dann trifft auch die Feststellung des OGH (Arb 7159) zu, wirtschaftliche Abhängigkeit bilde einen „wesentlichen“ Hinweis auf die persönliche Abhängigkeit. KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 63 §1151 und SCHWARZ-LÖSCHNIGG 3. Aufl, Arbeitsrecht 100 betonen allerdings, damit löse sich die wirtschaftliche Abhängigkeit in der persönlichen auf.

²⁵So JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts (1927) 48.

mers²⁶ sprach²⁷.

Mag auch den Redaktoren des ABGB zu Beginn des 19. Jahrhunderts bzw den Schöpfern der dritten Teilnovelle 100 Jahre später eine derartige Konzeption als durchaus plausibel, ja als die einzig vorstellbare erschienen sein, so stellt sich Ende des 20. Jahrhunderts aber immerhin die Frage nach der Zeitgemäßheit dieser Konzeption. Dogmatisch formuliert, ist das Vorhandensein einer sog „nachträglichen (oder „sekundären“) Lücke“²⁸ zu untersuchen, da sich die tatsächlichen Gegebenheiten, von denen die Gesetzesverfasser einst ausgingen, zT grundlegend geändert haben²⁹, so daß auch der Typusbegriff „Arbeitnehmer“ entsprechend „flexibilisiert“ werden muß.

In einer Zeit, in der autoritäre Strukturen auch aus der Rechtsordnung zunehmend verbannt werden (zB Familienrechtsreform in Ö) und partnerschaftliche Denkweisen sich im Bewußtsein der Bürger immer stärker festsetzen, ist eine im obigen Sinne verstandene „persönliche Abhängigkeit“ nicht mehr geeignet, den historischen Geltungsanspruch des Arbeitsrechtes, an dem sich mE auch heute noch nicht viel geändert hat, angemessen zu vertreten. Dieser historische Geltungsanspruch des Arbeitsrechtes liegt ja, wie treffend formuliert wurde, in einem doppelten Dilemma der Privatautonomie begründet: erstens ist derjenige, der auf die Verwertung seiner Arbeitskraft zwecks Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist, typischerweise dem Vertragspartner, welcher die Arbeitskraft für seine Zwecke benützt, dem AG also, sowohl materiell als auch idR intellektuell unterlegen, so daß eine schrankenlose zulässige Vertragsgestaltung unweigerlich zum Nachteil des Schwächeren ausschlägt³⁰, und zweitens herrscht auf dem Markt, wo menschliche Arbeit angeboten und nachgefragt wird, eben dem Arbeitsmarkt, tendenziell Überschußangebot, volkswirtschaftlich betrachtet daher Arbeitslosigkeit, so daß etwa die Statuierung von Mindestlöhnen zur Bekämpfung des für die Arbeitnehmerseite so gefährlichen Lohnunterbietungswettbewerbes notwendig ist³¹.

²⁶So SINZHEIMER 2. Aufl, Grundzüge 10, 12ff.

²⁷Dies gilt insbes für die BRD; vgl dagegen in Ö zB LEDERER, Grundriß des österreichischen Sozialrechtes (1929) 70, der zur selben Zeit meinte, die historisch übernommenen Vorstellungen einer mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Über- und Unterordnung seien „aus unserem Rechtsbewußtsein geschwunden“. Freilich spricht auch LEDERER (aaO) von Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch als von „zwei Angehörigen verschiedener Klassen“.

²⁸Zur nachträglichen Gesetzeslücke LARENZ 5. Aufl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 363ff (vgl das arbeitsrechtliche Bsp auf Seite 365); CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964) 135; BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 585ff.

²⁹So betont etwa BYDLINSKI, Methodenlehre 587, daß auch 1916, zum Zeitpunkt der Einführung der 3. TN ins ABGB, die gesetzliche Verankerung eines Urlaubes ganz bewußt unterblieb; eine Vorstellung, die heute nur schwer nachvollziehbar ist.

³⁰Vgl BYDLINSKI, Arbeitsrechtskodifikation 17; M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970) 12, 158f, 196ff; ZÖLLNER, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976) 229f; RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968) 93f; SÄCKER, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (1972) 210ff; MAYER-MALY, Der liberale Gedanke und das Recht, FS MÄRKL (1970) 250; GAMILLSCHEG, Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht, FS SCHMITZ I (1967) 75.

³¹Vgl HUECK-NIPPERDEY 7. Aufl II/1, 17; RICHARDI, Kollektivgewalt 114ff; krit zum

Zwar sind diese beiden nur schematisch aufgezeigten Umstände zT stärkeren Schwankungen unterworfen (Bsp Facharbeitermangel trotz hoher Arbeitslosigkeit) und haben sich tendenziell zu Gunsten der Arbeitnehmer verändert, doch ist gerade diese Tatsache nicht zuletzt eine Folge des Ausbaues arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften und markiert nicht eine aufgrund rein wirtschaftlicher Umstände eingetretene Entwicklung³².

4 Erosionstendenzen im Arbeitsrecht

Die dem heute herrschenden Verständnis des Arbeitnehmerbegriffes bzw Arbeitsverhältnisses zugrundeliegenden sozio-ökonomischen Gegebenheiten stammen innerhalb des deutschen Sprachraumes — wie gezeigt — allesamt aus dem Beginn dieses Jahrhunderts, teilweise sogar noch aus viel früherer Zeit und sind heute zu einem Gutteil überholt³³.

Dabei war es, dies sei nicht verkannt, wohl weniger eine Änderung des menschlichen Bewußtseins, welche einem „partnerschaftlicheren“ Denken auch in der Arbeitswelt mehr und mehr Einzug verschaffte, sondern vielmehr der tiefgreifende technologische Wandel der letzten Jahrzehnte, aber auch das Arbeitsrecht selbst, welches durch seine rasch wachsende Präsenz „Ausweich-tendenzen“ begünstigte, die oft unter der Flagge der Gleichberechtigung der Vertragspartner gegelten³⁴.

Komplizierte Hochtechnologie erfordert vermehrt Spitzenarbeitskräfte, welche sich nicht oder kaum in das starre Korsett des genau beaufsichtigten Achtstundentages mit exakt festgelegten Pausen etc zwingen lassen.

Teure Produktionsapparate verlangen nach möglichst kontinuierlicher Auslastung, die durch Flexibilisierung nicht nur der betrieblichen, sondern auch der individuellen Arbeitszeit, angestrebt wird³⁵.

Schließlich trugen Gesetzgeber und Rechtsprechung dazu bei, die „Verfügungsmacht“ des Arbeitgebers über seine Arbeitnehmer Stück für Stück zu reduzieren. Zu nennen wäre nur der Ausbau der Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene und auf Unternehmensebene, welche sich etwa in der deut-

Arbeitsmarktargument aus neuer Sicht M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit 179.

³²Damit ist klar, daß die in den letzten Jahrzehnten zu beobachtende Besserstellung der Arbeitnehmer als generelles Argument für arbeitsrechtliche Deregulierung nicht herhalten kann.

³³Zu nennen wären etwa: Hoher Anteil an Arbeitern bzw minder qualifizierten Arbeitskräften, deren Arbeitsrhythmus vom Takt der Maschine bestimmt und von genauer Beaufsichtigung geprägt war; starre Arbeitszeiten; beachtlicher Anteil von in die Hausgemeinschaft aufgenommenen und dementsprechend wirklich persönlich abhängigen Bediensteten; stark ständisch-hierarchisch gegliederte Gesellschaft.

³⁴So werden in Franchiseverträgen insbes in Tankstellenverträgen die Betreiber häufig „Partner“ genannt, was über die zT grobe Ungleichbehandlung in den Verträgen selbst aber nicht hinwegzutäuschen vermag.

³⁵Natürlich besitzt Arbeitszeitflexibilisierung auch noch ganz andere Aspekte. Neben der vermehrten „Zeitsouveränität“ für den Arbeitnehmer ermöglicht sie zB dem Arbeitgeber eine Reduktion (bezahlter) Dienstverhinderungen und (teilweise) Überwälzung des diesbezüglichen Risikos auf den Arbeitnehmer.

schen Montanindustrie zu einer echten paritätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft auf Unternehmensebene steigerte,³⁶ sowie andererseits die Jud der Höchstgerichte zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, welche — über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten betrachtet — den Wandel von einem die gesamte Person des Arbeitnehmers erfassenden Unterordnungsverhältnis zu einem dessen Privatsphäre respektierenden schuldrechtlichen Austauschvertrag recht gut widerspiegelt³⁷.

Im folgenden sollen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen bzw zu können, verschiedenen Gruppen von Rechtsverhältnissen kurz dargestellt werden, denen der Umstand gemeinsam ist, daß sie mehr oder weniger starke Bezüge zum Arbeitsrecht aufweisen, bei traditioneller Betrachtung diesem jedoch nur schwer oder gar nicht unterstellt werden können.

4.1 „Freie“ Mitarbeiter und Konsulentenverträge

Es ist heute in sehr vielen Zweigen des Wirtschaftslebens üblich geworden, mit einem Teil der Beschäftigten Verträge abzuschließen, die sich von traditionellen Arbeitsverhältnissen durch eine relativ flexible Gestaltung abheben und in denen auch regelmäßig ausdrücklich festgehalten wird, daß ein Arbeitsverhältnis dadurch nicht begründet werde.

Zwar ist eine derartige Klausel, für sich betrachtet, selbstverständlich unmaßgebend, da der Wille der Vertragsparteien nur insoweit von Relevanz ist, als er sich auf den Vertragsinhalt und nicht bloß auf dessen Bezeichnung bezieht³⁸, doch legen die darüber hinaus oft vereinbarten Bestimmungen — etwa freie Zeiteinteilung des Mitarbeiters oder gar Verrichtung der Tätigkeit zu Hause — einer Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft beträchtliche Hindernisse in den Weg, wenn man mit der hA noch immer in der persönlichen Weisungsgebundenheit das zentrale Element des Arbeitnehmerbegriffes erblickt.

Die Motive für den Abschluß derartiger Verträge können vielfältig sein. Auf „Arbeitgeber“ seite dominieren in aller Regel handfeste ökonomische Interessen, wie die Vermeidung der insbes in Ö überaus hohen Lohnnebenkosten bzw der beachtlichen arbeitsrechtlichen Trennungskosten. Daneben kann es auch vorkommen, daß eine von der Muttergesellschaft vorgegebene Personalreduktion mit dem Abschluß „freier“ Verträge beantwortet wird³⁹.

³⁶Vgl zu den Auswirkungen der Mitbestimmung auf das Individualarbeitsrecht ZÖLLNER, RdA 1969, 65ff (66ff).

³⁷Als Rückfall in die arbeitsrechtliche „Steinzeit“ muß unter diesem Aspekt daher das Urteil des OGH in dRdA 1979, 24ff mit krit Anm v RABOVSKY erscheinen, in welchem das Höchstgericht die Entlassung eines Kellners anerkannte, der gegen ein vereinbartes Verbot verstieß, nach Dienst gemeinsam mit Gästen im Lokal zu sitzen. Das Gastgewerbe nahm in puncto Persönlichkeitsschutz seiner Arbeitnehmer schon seit jeher eine Schlußlichtposition ein.

³⁸TOMANDL, Wesensmerkmale 77; jüngst OGH, ZAS 1983, 136.

³⁹Derartige kann auch in geradezu „klassischer“ Gesetzesumgehung münden. Dem Verfasser ist zB vor kurzem der Fall bekannt geworden, daß ein Tochterunternehmen einer ausländischen Konzernmuttergesellschaft, welches von dieser die Anweisung bekam, eine bestimmte Anzahl von Arbeitskräften abzubauen, diese Arbeitskräfte formell bei einem eigens

Auf Mitarbeiterseite kann das Streben nach größerer Flexibilität und damit besserer Abstimmung mit privaten Interessen ausschlaggebend sein, aber auch die bessere Bezahlung in der Gegenwart, der die Absicherung für die Zukunft⁴⁰ geopfert wird.

Besonders zahlreich treten „freie“ Mitarbeiter im Umfeld von Medienunternehmen (Rundfunk und Zeitungen) auf. Zwar sehen JournG, RundfunkG sowie MedienG Schutzbestimmungen für Medienmitarbeiter iWS vor, diese knüpfen aber zT an formalisierte Kriterien an — wie zB §1 Abs 1 JournG an die Anstellung „mit festen Bezügen“ —, so daß eine Ausschaltung der Vorschriften manchmal nicht allzu schwer fällt.

Die Schwierigkeit der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften ergibt sich hier schon daraus, daß die Gestaltung der Rechtsverhältnisse starke werkvertragliche Züge aufweist (siehe oben). Neben einer formal völlig freien Arbeitszeiteinteilung erfolgt die Honorierung streng projektbezogen und es trifft den einzelnen Mitarbeiter — zumindest formell — oft keine Pflicht zur Annahme bestimmter Aufträge. Erscheint er nicht bei den vom Medienunternehmen vorgegebenen Redaktionssitzungen, so erhält er eben keine Aufträge⁴¹. Dieser offenbar so „freien“ Vertragsgestaltung, welche den Medienmitarbeiter als kleinen Unternehmer erscheinen läßt, steht aber die Tatsache gegenüber, daß die Bindungen zumindest de facto oft sehr enge werden. Manche dieser Mitarbeiter werden viele Jahre hindurch während einer bestimmten Stundenzahl für ein- und dasselbe Unternehmen tätig. Sie sind — wenn auch ohne eine sie treffende Verpflichtung — selbstverständlich immer bei den Redaktionssitzungen anwesend, da ihr wirtschaftliches Interesse ja dahin geht, ein möglichst fixes Einkommen durch wiederkehrende Tätigkeit zu beziehen.

Diese Umstände bewogen etwa auch den OGH, in der — fast schon berühmt-berüchtigten — „KOSCHKA-HETZER — Entscheidung“⁴² das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bei einer ORF-Mitarbeiterin, die als Nachrichtensprecherin, programmgestaltende Mitarbeiterin und im Redaktionsdienst tätig war, wobei diese Tätigkeit ihre Arbeitskraft voll in Anspruch nahm, zu bejahen. Diese E rief Zustimmung⁴³ wie auch zT vehemente Ablehnung⁴⁴ hervor; die Kritik ging dabei auch in die Richtung, daß der

dazu gegründeten Verein anstellte, wobei die Dotation dieses — an sich völlig vermögenslosen — Vereines zur Gänze durch das Unternehmen erfolgte und diese Dotation vom Verein auf seine Mitglieder, welche weiterhin in den Betriebsräumlichkeiten des Unternehmens arbeiteten, so aufgeteilt werden mußte, daß jedes Mitglied exakt dieselbe Entlohnung erhielt wie vor der Gründung des Vereines.

⁴⁰Verneint man die Dienstnehmereigenschaft des „freien“ Mitarbeiters, so erhält dieser zB weder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall noch Abfertigung noch Arbeitslosengeld, und er muß auch für Kranken- und Unfallversicherung selbst sorgen.

⁴¹Vgl den „Fall KOSCHKA-HETZER“ in ZAS 1982, 10ff mit Anm v TOMANDL = Arb 9972 = JBl 1982, 500ff sowie Arb 10.096.

⁴²Arb 9972 = ZAS 1982, 10ff =dRdA 1982, 191ff = JBl 1982, 500ff.

⁴³STRASSER in dRdA 1982, 199ff.

⁴⁴TOMANDL, ZAS 1982, 23 meint, eine „derart verfehlte Entscheidung“ habe „gottlob Seltenheitswert in der österreichischen Rechtskultur“; skeptisch auch SCHRÄMMEL, Zur Rechtstellung freier Mitarbeiter des österreichischen Rundfunks, JBl 1982, 452f, 463f, der meint, die Entscheidung über die Arbeitnehmereigenschaft der Kl wäre iSd traditionellen

OGH mit tradierten Grundsätzen gebrochen, aber dennoch Kontinuität seiner Judikatur vorgegaukelt hätte⁴⁵.

Diese Entscheidung rief den Gesetzgeber auf den Plan, der mit ganz ungeohnter Schnelligkeit (offenbar unter starkem Druck des ORF) das Rundfunkgesetz (RFG) änderte und in dessen §17 Abs 4 den Status des „freien Mitarbeiters“ nochmals ausdrücklich gesetzlich anerkannte. Das große Interesse der Medienunternehmen an der juristischen Anerkennung derartiger Verträge ist freilich nicht ganz unverständlich, wenn man zwei Aspekte näher beleuchtet.

Bei Durchsicht diverser Entscheidungen, insbes in der BRD ergangener Entscheidungen, gewinnt man nämlich manchmal den Eindruck, „freie“ Mitarbeiter nähmen in jungen Jahren bereitwillig die Vorteile dieses Status, zT erheblich höhere Honorare als die Bezüge der fest Angestellten, in Kauf, um dann, wenn das Pensionsalter näher rückt, die Vorteile der arbeitsrechtlichen Abhängigkeit durch „Einklagung“ als AN zu begehren.

In Ö wurde vor kurzem etwa der Fall eines ehemals bei einer großen Tageszeitung beschäftigten Journalisten bekannt, welcher sich seinerzeit ausdrücklich und nach Rücksprache mit seinem Steuerberater für den Abschluß eines Werkvertrages und gegen den — ihm ebenfalls angebotenen (!) — Dienstvertrag entschieden hatte, um dann nach seiner Kündigung einen fast Millionenhöhe erreichenden Betrag mit der Begründung einzuklagen, er sei Dienstnehmer des Zeitungsunternehmens gewesen⁴⁶.

Zweitens besitzt die arbeitsrechtliche Stellung von Medienmitarbeitern im allgemeinen und ORF-Mitarbeitern im besonderen noch eine verfassungsrechtliche Dimension, welche einer einseitig am Mitarbeiterschutz ausgerichteten Judikatur im Wege stehen könnte, nämlich die verfassungsgesetzlich abgesicherte Unabhängigkeit des Rundfunks. Das dt Bundesverfassungsgericht⁴⁷ vertrat die Meinung, die verfassungsrechtlich gewährleistete Rundfunkfreiheit impliziere auch die Freiheit des Rundfunkunternehmens, hinsichtlich der an der Programmgestaltung beteiligten Mitarbeiter zu entscheiden, ob diese fest angestellt oder nur projektbezogen eingesetzt werden, ob mit ihnen — auch mehrmals — kurz befristete Verträge abgeschlossen werden⁴⁸ oder nicht. Tatsächlich ist in einem Tendenzunternehmen — dies gilt grundsätzlich auch für Zeitungen, die Pressefreiheit besteht als verfassungsrechtlich gewährlestetes Recht sogar unvergleichlich länger — ein starkes Bedürfnis vorhanden, personellen Verkrustungen, welche der Meinungsvielfalt hinderlich sein könnten, zu begegnen. Derartige Verkrustungen können aber insbes durch hohe (arbeitsrechtliche) Trennungskosten

Doktrin noch nicht spruchreif gewesen; HODIK, Zur Neuordnung der Rechtsstellung der freien Mitarbeiter des ORF, ÖJZ 1983, 570, der insbes die mangelnde Befassung des OGH mit den verfassungsrechtlichen Dimensionen des Falles bekrittelt.

⁴⁵So ähnlich SCHRÄMMEL, JBl 1982, 453.

⁴⁶OLG Wien 31 Ra 1023/87; dieser Fall wirft einige dogmatische Probleme auf.

⁴⁷BVerfGE 59, 231ff = NJW 1982, 1447 = RfR 1982, 48; dazu RÜTHERS, DB 1982, 1869ff; GITTER, ZAS 1983, 136; BIETMANN, Rundfunkfreiheit und Arbeitnehmerbegriff, NJW 1983, 200ff.

⁴⁸Letzteres ist in Ö durch §17 Abs 5 Z 1 RFG ausdrücklich für zulässig erklärt worden, sofern nicht ein bestimmtes Beschäftigungshöchstausmaß überschritten wird.

entstehen⁴⁹.

In Ö versuchte der Gesetzgeber, dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rundfunkfreiheit ua durch die Novellierung des RFG und insbes dessen §17 Rechnung zu tragen⁵⁰.

4.2 Job-sharing

Ein vor einigen Jahren in den USA entstandenes neues Arbeits(zeit)modell ist das sogenannte „job-sharing“.

Darunter versteht man heute gewöhnlich die Aufteilung eines Vollzeitarbeitsplatzes auf zwei oder mehrere Teilzeitarbeitskräfte in der Form, daß die Verteilung der einzelnen Arbeitszeitdeputate den Arbeitskräften selbst obliegt bzw diese bei komplexeren Tätigkeiten als zeitlich versetzt arbeitendes Team tätig werden, welchem in seiner Gesamtheit die Verantwortung für die Erfüllung der Tätigkeit obliegt⁵¹.

Im Anschluß an die Entwicklung in den USA, werden idR zwei Formen des job-sharing unterschieden, das „job-pairing“, bei welchem zwei (oder mehrere) Arbeitskräfte den Arbeitsplatz zwar alternativ besetzen, aber im wesentlichen gemeinsam die Verantwortung für die Erledigung der Arbeit übernehmen und auch die wichtigen Entscheidungen gemeinsam treffen⁵² und andererseits das „job-splitting“, bei dem die Arbeitskräfte die in ihrem Arbeitszeitabschnitt anfallenden Arbeiten weitgehend selbständig erledigen⁵³.

Die einzelnen „job-sharer“ sind somit durch eine gegenüber „normalen“ Arbeitnehmern deutlich hervortretende „Zeitsouveränität“ gekennzeichnet; sie sind — innerhalb eines bestimmten Rahmens — dem Weisungsrecht des „Arbeitgebers“ hinsichtlich der Arbeitszeit, welches nach traditioneller Auffassung ein wesentliches Kriterium des Arbeitnehmerbegriffes umschreibt, entzogen⁵⁴. Die Frage nach ihrer Arbeitnehmereigenschaft drängt sich aber unweigerlich auf.

4.3 „Neue Heimarbeit“

Eine wirkliche Herausforderung an die geltende Arbeitsrechtsordnung könnte die seit einiger Zeit diskutierte „Neue Heimarbeit“ bedeuten. Moderne Informations- und Kommunikationstechnologien eröffnen nämlich erstmals effizient und in großem Umfang die Möglichkeit, informationstechnische Ar-

⁴⁹Vgl dazu — allerdings kritisch — HILGER, Rundfunkfreiheit und „freie“ Mitarbeiter, RdA 1981, 266ff.

⁵⁰Vgl dazu im einzelnen KLEIN, Rechtspolitisches und Rechtsdogmatisches zum „Medienmitarbeiter“, FS FLORETTA 394ff.

⁵¹Grundlegende Definition bei SCHÜREN, Job Sharing 19; vgl auch PETROVIC, Einige arbeits- und sozialrechtliche Fragen zum job-sharing, ZAS 1984, 175.

⁵²SCHÜREN aaO 96; PETROVIC, ZAS 1984, 175f.

⁵³SCHÜREN aaO 97; PETROVIC, ZAS 1984, 176; SCHÜREN unterscheidet noch eine dritte Form, das „split-level sharing“, bei welchem sich Arbeitskräfte unterschiedlicher Qualifikation einen Vollzeitarbeitsplatz teilen; er räumt aber selbst ein (aaO 97), daß diese Form auch in den USA sehr selten sei.

⁵⁴PETROVIC, ZAS 1984, 176.

beiten wie Textverarbeitung, Buchhaltung, Programmierung etc aus den Betrieben zu verlagern, gleichzeitig aber eine ständige Verbindung zw Unternehmenszentrale und ausgegliederten Bildschirmarbeitsplatz aufrecht zu erhalten⁵⁵.

In Ö sind derartige Telearbeitsplätze noch selten anzutreffen, doch existieren etwa Untersuchungen, welche für die USA für das Jahr 2000 einen Anteil der Teleheimarbeitnehmer in Höhe von 40% an der Gesamtheit der Erwerbstätigen prognostizieren⁵⁶.

Tatsächlich bietet diese neue Form der „Heimarbeit“ für beide Seiten Anreize, was eine rasche Verbreitung erleichtern könnte⁵⁷. Für den AN fallen Anreisezeiten und -kosten zum Arbeitsplatz weg. Weiters können dienstliche und familiäre Interessen leichter koordiniert werden, und schließlich kann die Wahl des Wohnortes weitgehend unabhängig vom Standort des Betriebes erfolgen.

Die Unternehmen wiederum ersparen sich zumindest einen Teil der gerade in Ballungsgebieten entscheidungswesentlichen Raumkosten⁵⁸ (Bsp „Networking-Programm“ der XEROX Corporation, um die Raumkosten in der Londoner City zu senken)⁵⁹.

Die traditionell verstandene Formel von der „persönlichen Abhängigkeit“ dürfte die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften nicht bewältigen. Teleheimarbeiter können nämlich kaum wirksam zu persönlicher Arbeitsleistung und/oder zur Beachtung einer festen Arbeitszeit angehalten werden. Derartige könnte zwar theoretisch vorgeschrieben, aber kaum wirksam kontrolliert werden. Eine allzu starre Arbeitszeitbindung würde bei dieser Form von Arbeit wohl auch den spezifischen Interessen beider Parteien zuwiderlaufen.

Eine Unterwerfung des Teleheimarbeiters unter das persönliche Weisungsrecht des „Arbeitgebers“ kann bei dieser Form der Arbeit somit nicht wirksam erfolgen. Daneben fehlt eine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Vertragspartners im herkömmlichen Sinn.

Demgegenüber kann die Schutzwürdigkeit dieser „neuen Heimarbeiter“ prinzipiell ja nicht in Zweifel gezogen werden, sind sie doch — wenn schon nicht im traditionellen Sinn „persönlich abhängig“ — so doch ebenso wirtschaftlich abhängig wie „herkömmliche“ AN⁶⁰. Die Frage, die sich aber in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob nicht bereits de lege lata verhindert werden kann, daß diese „ausgelagerten“ Arbeitskräfte dem Geltungsbereich

⁵⁵WLOTZKE, Das gesetzliche Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Arbeitswelt, DB 1985, 759; SACKL-SCHIMA, Der Bildschirmarbeitsplatz aus arbeitsrechtlicher Sicht, in KABELKA-CHLOUPEK, Wirtschaftliche Aspekte neuerer Kommunikationstechnologien 157.

⁵⁶Vgl WLOTZKE, DB 1985, 759; FARTHMAN, Gesellschaftliche Aspekte der Telearbeit — Dezentralisierung, Heimarbeit, Sozialverträglichkeit, Technologiepolitik, Telearbeit, Telekommunikation, dBW 44 (1984) 542.

⁵⁷Ganz neuen Untersuchungen zufolge soll allerdings die „Teleheimarbeit“ zumindest von seiten der Frauen zunehmend auf starke Ablehnung stoßen, da sie dem menschlichen Kontaktbedürfnis nicht Rechnung trage; vgl „Die Presse“ v 18./19.7.1987.

⁵⁸Vgl dazu SACKL-SCHIMA aaO 157.

⁵⁹Vgl HEILMANN, Bringt „Telearbeit“ eine neue Heimarbeitswelle?, Blick durch die Wirtschaft v 20.5.1983.

⁶⁰SACKL-SCHIMA aaO 158.

zumindest des Arbeitsvertragsrechtes entzogen werden.

Das große Unbehagen der Gewerkschaften gegenüber der „Teleheimarbeit“, welches bereits in Forderungen nach einem gänzlichen Verbot mündete⁶¹, dürfte, dies sei nur am Rande bemerkt, aber primär die Ursache haben, daß die Arbeitnehmervertretungen sich mit dem Problem des drohenden Funktionsverlustes kollektiver Regelungsmechanismen konfrontiert sehen. Ein auf der Erfahrung täglich erlebter betrieblicher Solidarität der AN aufbauendes Mitbestimmungssystem, wie es das österr ArbVG (aber auch das dt BetrVG) vorsieht, würde durch die „neue Heimarbeit“ obsolet werden, da eine betriebliche Willensbildung von bloß EDV-mäßig miteinander vernetzten Personen praktisch ausgeschlossen erscheint⁶².

4.4 Vermachtungserscheinungen im Absatzbereich

Produzenten von Gütern und Dienstleistungen bedienen sich, was ja an sich uralte ist, beim Absatz ihrer Produkte verschiedener Mittelspersonen, nennen wir sie Absatzmittler. Neben der Beschäftigung angestellter Reisender bzw Vertreter besteht für den Hersteller die Möglichkeit, Personen einzuschalten, welche handels- und steuerrechtlich selbständige Unternehmer bzw Kaufleute sind⁶³ und die entweder als Handelsvertreter in fremdem Namen und für fremde Rechnung oder als Vertrags- bzw Eigenhändler im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig werden.

Ein sehr illustratives Bsp für einen Absatzmittler, welcher (idR) beide Gestaltungsformen in sich vereinigt, ist der Tankstelleninhaber, der Treibstoffe im Namen und für Rechnung eines Mineralölunternehmens, sonstige Mineralölprodukte aber im eigenen Namen und für eigene Rechnung veräußert⁶⁴.

Ausgehend von den USA, wo diese Vertriebsform bereits fest etabliert ist und von zahlreichen Top-Unternehmen in Anspruch genommen wird, hat sich das „Franchising-System“ entwickelt. Dabei schließt der Franchisegeber (bekannte Bsp sind McDonald, Coca Cola, Nordsee, Sheraton, Berlitz, Rodier, Hertz, Avis etc) mit dem Franchisenehmer einen Vertrag ab, in welchem letzterem das Recht eingeräumt wird, gegen Entgelt bestimmte Waren bzw Dienstleistungen unter Verwendung von Marke, Name und Ausstattung des Franchisegebers und unter Beachtung des von diesem entwickelten Organisations- und Werbesystems idR im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu vertreiben⁶⁵.

⁶¹Vgl SACKL-SCHIMA aaO ebenda.

⁶²Vgl zu den diesbezüglichen Nöten der Gewerkschaften SIMITIS, Zur Verrechtlichung von Arbeitsbeziehungen in ZACHER-SIMITIS-KÜBLER ua, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität — vergleichende Analysen 164f.

⁶³Vgl SCHIMA, Gibt es einen „freien“ Handelsvertreter?, RdW 1987, 18.

⁶⁴Vgl die Untersuchungen von NIPPOLD, Der Tankstellenvertrag (Diss Würzburg 1966); v KISTOWSKI, Der Tankstellenvertrag (Diss Köln 1962); KÜSTNER 2. Aufl, Rechtsfragen zum Vertragsrecht und zum Ausgleichsanspruch des Tankstellenhalters (1978); REHBINDER, Der Tankstellenvertrag im Blickfeld der Rechtstatsachenforschung (1971); RUNGGALDIER-SCHIMA, Der Tankstelleninhaber (unveröff Gutachten 1986).

⁶⁵Vgl SCHLEMMER, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298; BAG 30.5.1978, BB 1979, 326;

All diesen Verträgen ist ein mehr oder weniger stark ausgeprägtes Knebelungselement gemeinsam. Der Produzent/Franchisegeber übt eine überaus weitgehende Kontrolle über den Händler/Franchisenehmer aus. Letzterer hat nur sehr wenig Spielraum für autonome Unternehmensentscheidungen, er muß Anweisungen hinsichtlich Werbung, Produktgestaltung etc genau befolgen und idR seine gesamte Gebarung dem Vertragspartner jederzeit offenlegen. Dieser weitgehenden Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsbefugnis steht aber die Tatsache gegenüber, daß der Absatzmittler idR das volle Unternehmerrisiko trägt⁶⁶.

Ein besonders ausgeprägtes Bsp für eine tw die Grenzen der Sittenwidrigkeit berührende vertragliche Knebelung ist wiederum der Tankstelleninhaber⁶⁷. Die Judikatur des OGH trug dem insofern Rechnung, als sie Tankstelleninhaber regelmäßig als arbeitnehmerähnliche Personen qualifiziert⁶⁸, was allerdings außer der zwingenden Geltendmachung der Ansprüche vor dem Arbeits- und Sozialgericht und der — in concreto freilich problematischen — Anwendung des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes nichts einbringt.

Vor wenigen Jahren wurde auch ein typischer Franchisenehmer, welcher mit der 3-Pagen-Organisation einen Vertrag geschlossen hatte, als arbeitnehmerähnlich beurteilt⁶⁹. Ähnliches gilt auch zB für bestimmte Kleinfrächter, die ausschließlich für eine Spedition tätig sind.

Die genannten Absatzmittler sind regelmäßig in einem hohen Maße schutzwürdig, wenn und weil sie von einem Unternehmen wirtschaftlich völlig abhängen und ihren Lebensunterhalt praktisch ausschließlich aus der Zurverfügungstellung ihrer gesamten Arbeitskraft an ein Unternehmen beziehen. Dies macht sie einem Arbeitnehmer ähnlich; die fehlende persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit unterscheidet sie jedoch vom „typischen“ AN. Die einzelnen Verträge sind sogar tw peinlich darauf bedacht, durch entsprechende Klauseln den Absatzmittler nicht zum AN werden zu lassen, indem etwa festgehalten wird, der Absatzmittler sei nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Daß die bescheidene betriebliche Organisation mancher Absatzmittler diesen aber oft gar keine andere Wahl läßt, steht auf einem anderen Blatt. Während bei den unter 4.1. bis 4.3. erwähnten Fallkonstellationen von einem „Hinauswachsen aus dem Arbeitsrecht“ gesprochen werden könnte, wäre bei den „selbständigen“ Absatzmittlern allenfalls ein „Hineinwachsen in das Arbeitsrecht“ zu konstatieren.

Mit der Feststellung der Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe von Personen ist freilich noch nicht gesagt, daß gerade die Arbeitsrechtsordnung in

vgl auch SKAUPY, Der Franchise-Vertrag — ein neuer Vertragstyp, BB 1969, m 113f.

⁶⁶RUNGGALDIER-SCHIMA, Tankstelleninhaber 102, sprechen denn auch beim Tankstelleninhaber von einem signifikanten „Auseinanderklaffen von Entscheidungsbefugnis und Risiko“; ähnlich ULMER, Der Vertragshändler.

⁶⁷Bezeichnend sind etwa die umfangreichen Sicherheitsleistungen, welche die Tankstelleninhaber erbringen müssen und die gelegentlich in einer Kumulation von (unverzinslicher) Barkaution, Bankgarantie und Blankoakzept gipfeln.

⁶⁸Vgl OGH Arb 6056; EvBl 69/1964; Arb 8103; Arb 8159; Arb 9466; Arb 9887; MietSlg 33.694; ablehnend WAHLE, Ist der Tankstelleninhaber eine arbeitnehmerähnliche Person?, FS SCHMITZ I 329ff.

⁶⁹OGH dRdA 1981, 136ff mit zust Anm v WACHTER.

ihrer heutigen Form der adäquate Schutz wäre. Auf diesem heiklen Gebiet der Kollision von zT verschärfenden Vorschriften des Handelsrechtes mit arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften, welche den gebotenen Sorgfaltsmaßstab herabsetzen, ist vielmehr große Behutsamkeit geboten.

Die generelle Anwendung des Arbeitsrechtes auf sämtliche geknebelten Franchisenehmer bzw Vertragshändler würde — soviel kann gesagt werden — unzweifelhaft übers Ziel hinausschießen, wäre de lege lata unmöglich begründbar und würde unlösbare Konflikte mit dem Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht heraufbeschwören. Große Bedeutung kommt daher gerade in diesem Zusammenhang der Behandlung der Frage zu, ob Arbeitsrecht immer nur entweder zur Gänze oder gar nicht angewendet werden kann oder ob die Anwendung einzelner Normenkomplexe bei Mischformen in Betracht zu ziehen ist (dazu unten).

5 Neusetzung der Akzente bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft

Im folgenden soll in der durch die Knappheit des zur Verfügung gestellten Raumes gebotenen gedrängten Form erörtert werden, wo neue Wege bei der rechtswissenschaftlichen Durchdringung des Arbeitnehmerbegriffes beschritten werden könnten und wo diesbezügliche Ansätze bereits stattgefunden haben.

Die einer solchen Untersuchung notwendigerweise zugrundeliegende Annahme muß sein, daß auch in einem so dynamischen und durch die Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht, von Individual- und Kollektivautonomie gekennzeichneten Rechtsbereich wie dem Arbeitsrecht — entgegen mancher Kritik — durchaus fruchtbare Dogmatik betrieben werden kann⁷⁰.

Dies bedeutet selbstverständlich keine Negierung des von vielen Autoren hervorgehobenen Naheverhältnisses von Arbeitsrecht und politischem System⁷¹.

5.1 Bisherige Ansätze

Betrachtet man die Judikatur insbes des österr OGH zum Arbeitnehmerbegriff, so ergibt sich ein teilweise merkwürdiges Bild.

Obwohl der OGH fast alle seine Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff bzw zur arbeitnehmerähnlichen Person mit der zu Beginn dieses Beitrages erwähnten Formel⁷² einleitet, entfernte er sich in einigen jüngeren Entscheidungen materiell zT deutlich von dieser Formel, welche — wie gesagt — der persönlichen Weisungsgebundenheit zentrale Bedeutung beimißt. Zu

⁷⁰Kritik etwa bei HERZ, Anspruch und Norm im Arbeitsrecht (1958) 75; vgl dazu HEUBERGER, Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses 18f; SCHNORR, Grundfragen der Arbeitsrechtsdogmatik in der BRD und in Österreich, RdA 1979, 388f mwN.

⁷¹Vgl die Nachweise bei SCHNORR, RdA 1979, 388 Fn 9.

⁷²Vgl Fn 2.

erwähnen sind hier in erster Linie die in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen zum „freien“ Medienmitarbeiter.

In zwei vielbeachteten Entscheidungen bejahte der OGH nämlich die Arbeitnehmereigenschaft einer Fernsehsprecherin und programmgestaltenden Mitarbeiterin bzw eines Regisseurs⁷³, obwohl die Feststellungen in beiden Fällen das weitgehende Fehlen von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens ergaben⁷⁴.

Beide beurteilten Mitarbeiter waren in der Annahme und Ablehnung von Aufträgen grundsätzlich frei, waren mit Ausnahme der sich zwingend aus der Betriebsorganisation ergebenden Fälle (zB Nachrichtendienst) nicht an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden und mußten auch hinsichtlich eines Urlaubes kein Einvernehmen mit dem „Dienstgeber“ herstellen, sondern diesen lediglich im voraus informieren.

Der OGH ließ sich davon nicht beeindrucken, sondern betrachtete — ohne dies allerdings klar auszusprechen⁷⁵ — offensichtlich die aus der Natur der geschuldeten Tätigkeit und den Sachzwängen resultierende Eingliederung in die Betriebsorganisation als mit der auf privatautonomer Willensäußerung beruhenden Eingliederung bzw Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften gleichwertig.

Ein gewisses Unbehagen wird dabei daraus ersichtlich, daß dieser zumindest in einer der beiden Entscheidungen methodisch in der Form vorging, daß er versuchte, das Vorliegen eines freien Dienstvertrages zu verneinen, anstatt das Vorliegen eines abhängigen Dienstvertrages zu bejahen⁷⁶.

Dies ist in der Tat eine mehr als problematische Vorgangsweise, da eine umfassende Typologie des „freien“ Dienstvertrages nicht einmal in Ansätzen vorhanden und mE auch gar nicht möglich ist. Die in der arbeitsrechtlichen Lehre und Rsp aufgetauchten, als „freie“ Dienstverträge qualifizierten Rechtsverhältnisse⁷⁷ markieren nämlich nur einen Teilbereich der Rechtsfigur des „freien“ Dienstvertrages. Daneben existieren aber Rechtsverhältnisse, welche zwar „freie“ Dienstverträge sind, aber keinerlei Naheverhältnis zum Arbeitsrecht besitzen. Zu denken ist etwa an den ärztlichen Behandlungsvertrag⁷⁸ oder an den Vertrag, den ein Rechtsanwalt mit einem seiner Klienten zwecks ständiger Vertretung schließt⁷⁹. Ein „freier“ Dienstvertrag liegt auch vor, wenn sich ein Unternehmen verpflichtet, für ein anderes laufend Buchhaltungsarbeiten oder zB die Lohnverrechnung zu übernehmen⁸⁰, so daß für den

⁷³OGH ZAS 1983, 134ff mit Anm v GITTER = Arb 10.060.

⁷⁴GITTER, ZAS 1983, 137 weist auf die diesbezügliche Diskrepanz in der Argumentation des OGH hin.

⁷⁵Herausgearbeitet wurde dies erst von TOMANDL, ZAS 1982, 17.

⁷⁶Dazu krit GITTER, ZAS 1983, 137.

⁷⁷Zusammenstellung bei WACHTER, dRdA 1984, 406.

⁷⁸Dieser wird von der ganz hA in der BRD als („freier“) Dienstvertrag iSd §611ff BGB angesehen; aA für Ö VÖLKL-TARGGLER, Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages, JBl 1984, 72ff (82f); mit ausschlaggebend für letztere Auffassung dürfte eben der Eindruck jenes „arbeitsrechtlichen Naheverhältnisses“ gewesen sein, der von der Rsp und Lehre oft erweckt wird.

⁷⁹Vgl OGH Arb 6087

⁸⁰Vgl KREJCI in RUMMEL ABGB II Rdz 28 §§1165, 1166

„freien“ Dienstvertrag auch das beim abhängigen Dienstvertrag absolut unstrittige Postulat, der Dienstnehmer müsse eine natürliche Person sein, nicht aufrechterhalten werden kann⁸¹. Mit der häufig getroffenen Feststellung, der „freie“ Dienstvertrag sei ein Dienstvertrag ohne persönliche Abhängigkeit des Betreffenden⁸², kann daher darüber, was dieser „freie“ Dienstvertrag nun wirklich ist, noch überhaupt nichts ausgesagt sein. Der OGH ist sohin nicht allzugut beraten, wenn er in den arbeitsrechtlichen Grenzfällen den „freien“ Dienstvertrag als „Argumentationskrücke“ benützt, weil letzterer gewissermaßen eine „Restgröße“ darstellt, deren Konturen äußerst unscharf sind.

Die zT heftig kritisierte⁸³ Judikatur des OGH zeigt, dies wurde deutlich, eine starke arbeitsrechtliche Ausweitungstendenz, welche freilich ganz harmlos „verpackt“ ist. Der Kritik SCHRAMMEL⁸⁴, der OGH hätte ein derart massives Abweichen von lange Zeit akzeptierten Grundsätzen zumindest genau begründen bzw besser offenlegen müssen, ist daher zumindest diesbezüglich zu folgen. Zwar kann dem Höchstgericht zugute gehalten werden, daß eine Änderung der Rsp hinsichtlich der Auslegung eines Typusbegriffes nicht leicht verbal zu fixieren ist, doch gilt es eben, diese schwierige Aufgabe einmal anzugehen. Das stereotype Wiedergeben einer gleichbleibenden Einleitungsformel, welche in den Entscheidungsgründen dann je nach Bedarf „pulverisiert“ wird, kann der Rechtssicherheit auf Dauer nicht förderlich sein.

Allerdings erhebt sich die Frage, ob mit den genannten Entscheidungen zum „freien“ Medienmitarbeiter tatsächlich eine Änderung der Rsp geortet werden kann. Kürzlich zeigte der OGH eine sehr restriktive Tendenz, als er die Arbeitnehmereigenschaft eines Sensals des österr Dorotheums verneinte, welcher insgesamt sicher keinen schwächeren (persönlichen) Beschränkungen unterlag, als die wenige Jahre zuvor als AN beurteilten ORF-Mitarbeiter⁸⁵. Eine einheitliche Linie der Judikatur liegt somit nicht vor.

5.2 Eigener Ansatz

Versucht man, sich dem Arbeitnehmerbegriff dogmatisch zu nähern, so wäre es angesichts der Komplexität des Problems und der jahrzehntelangen juristischen Auseinandersetzung um diesen Begriff vermessen, eine „Lösung“ oder gar die Lösung zu finden. Es kann hier — schon in Anbetracht des knappen Raumes — nur darum gehen, zu versuchen, ein paar neue Gesichtspunkte in

⁸¹In die Irre führt daher mE die These von WACHTER, dRdA 1984, 413 auf den „freien“ Dienstvertrag alle jene Vorschriften des Arbeitsrechts anzuwenden, die nicht an die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit anknüpfen, sondern an die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses. Die Anwendung bestimmter Normenkomplexe auf den „freien“ Dienstvertrag schlechthin ist vielmehr wegen dessen Vielgestaltigkeit mE nicht möglich.

⁸²Vgl die Nachweise bei WACHTER, dRdA 1984, 406 Fn 9.

⁸³Siehe Fn 44.

⁸⁴Vgl SCHRAMMEL, JBl 1982, 453.

⁸⁵Vgl OGH ZAS 1986, 118ff mit krit Komm v DUSAK; die im schriftlichen Vertrag vereinbarten Bindungen gingen dabei noch deutlich weiter als die der ORF-Mitarbeiter — der OGH ging aber von einer „laxen Handhabung“ des Vertrages aus.

die Diskussion einzubringen bzw alte Tatsachen unter neuem Blickwinkel zu betrachten.

Auszugehen ist mE davon, daß §1151 ABGB als die Zentralnorm des Arbeitsvertragsrechts, ja des Arbeitsrechts überhaupt, dogmatisch nicht zu sehr „befrachtet“ werden sollte. Aus §1151 ABGB läßt sich in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien zur 3. Teilnovelle gerade entnehmen, daß es sich beim Dienstvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handeln muß, im Rahmen dessen eine natürliche Person einem anderen ihre Arbeitskraft unter dessen Leitung und auf dessen Risiko fortlaufend zur Verfügung stellt⁸⁶.

Eine Festschreibung iSd „persönlichen Abhängigkeit“, wie sie heute traditionell verstanden wird, ist damit nicht erfolgt, obwohl der damalige Gesetzgeber, wie bereits gesagt, zweifellos von einer umfassenden Unterwerfung des Dienstnehmers ausging, weil er sich eine liberale Vertragsgestaltung, wie sie heute im Vordringen begriffen ist, einfach nicht vorstellen konnte. Dies darf aber nicht bedeuten, daß aus dem Geltungsbereich des Arbeitsrechts unter Berufung auf ein hundert Jahre altes obrigkeitstaatliches Verständnis des Gesetzgebers⁸⁷ nach und nach größere Stücke herausgelöst werden. Damit würde auch der Erkenntniswert von Gesetzesmaterialien zu hoch angesetzt werden. Außerdem sind in diesem Zusammenhang ja auch öffentliche Interessen (zB Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen) im Spiel, deren Wahrung mit berücksichtigt werden muß.

Welcher Art sind nun die angesichts veränderter sozio-ökonomischer Umstände gebotenen neuen Akzentuierungen?

- (a) Zunächst sollte dem Kriterium der Arbeitszeitbindung des AN in einer durch unaufhaltsame, wenn auch gegen gewisse Widerstände durchgeführte Arbeitszeitflexibilisierung gekennzeichneten Arbeitswelt viel von seinem traditionell hohen Gewicht⁸⁸ genommen werden. Selbst die vertragliche Einräumung völlig freier Zeiteinteilung wird zum reinen Formalkriterium, wenn de facto eine Zeitbindung infolge der Betriebszeiten des Unternehmens besteht und/oder die Zeitsouveränität des Dienstleistenden wegen des hohen Arbeitspensums stark eingeschränkt wird.

⁸⁶Vgl demgegenüber SCHRAMMEL, JBl 1982, 451, der davon spricht, aus §1151 ABGB gehe „klar hervor“, daß es nicht die — sachlich bedingte — organisatorische Eingliederung in einen bestehenden Betriebsorganismus sein könne, die den Dienstleistenden zum Arbeitnehmer mache, sondern die organisatorische Eingliederung vielmehr die Folge der eingegangenen Verpflichtung sein müsse. ME ist dies nicht so klar, wiewohl SCHRAMMEL darin recht zu geben ist, daß die Einordnung in eine bestehende Betriebsorganisation für sich (zB im Rahmen einer einzelnen Operraufführung) nicht die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen vermag; bejahend aber HERSCHEL, Freier Beruf und Arbeitsverhältnis (1964) 28ff, der überhaupt nur auf die Eingliederung in den Betrieb abstellt und die „persönliche Abhängigkeit“ im traditionellen Sinn als unmaßgeblich qualifiziert.

⁸⁷Vgl ZÖLLNER, RdA 1969, 67, der davon spricht, daß die Arbeitsrechtswissenschaft ungewollt am Aufbau bzw der Aufrechterhaltung einer Ideologie mitgewirkt habe.

⁸⁸Vgl OGH Arb 5329; Arb 6487; Arb 8030; dRdA 1984, 134ff mit Anm v GRILLBERGER; für die BRD vgl etwa BALLERSTEDT, Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 1976, 8.

Gerade beim Kriterium einer vorgegebenen Arbeitszeit dürften Lehre und Judikatur ohnehin am ehesten zu einer elastischeren Sicht neigen. So wird etwa die Arbeitnehmereigenschaft des „job-sharers“ — sowohl für das „job-pairing“ als auch für das „job-splitting“ in der BRD und Ö völlig zu Recht fast einhellig bejaht⁸⁹, obwohl den Betroffenen bei dieser Arbeitsform eine weitgehende Zeitsouveränität eingeräumt ist (siehe oben 4.2.).

- (b) Unverändert festgehalten werden sollte aber am Dauerrechtscharakter des Arbeitsvertrages. Wenn nämlich die oben angesprochene Freiheit des Wann in eine Freiheit des Ob umzuschlagen beginnt, wird die Anwendung des Arbeitsrechts in der Tat problematisch, weil dann eindeutig werkvertragliche Elemente zum Vorschein kommen. Wer also in der Annahme und Ablehnung von „Aufträgen“ rechtlich völlig frei ist — mag die Annahme von ihm auch erwartet werden —, kann mE nicht Arbeitnehmer sein⁹⁰ weil dann von „fremdbestimmter Arbeit“ nicht mehr gesprochen werden kann. Der AN stellt eben seine Arbeitskraft für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Verfügung und wird nicht bloß für ein bestimmtes Projekt tätig.

Ob man bei der obigen Fallkonstellation mit dem OGH die Arbeitnehmereigenschaft aus der Tatsache einer jahrelangen de facto-Bindung ableiten kann, muß mE doch sehr fraglich erscheinen. Der Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis wurde vom OGH damit nämlich verwischt⁹¹. Darüber hinaus trägt diese Auffassung den Keim großer Rechtsunsicherheit in sich, kann doch in den heiklen Fällen häufig nicht gesagt werden, wann nun der Übergang von mehreren Einzelvereinbarungen zu einer übergreifenden Dauerbeziehung eintritt.

- (c) Ein immer wieder betontes Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes ist die Verpflichtung zu persönlicher Dienstleistung. Obwohl dieses Merkmal in §1153 ABGB sogar ausdrücklich als nicht entscheidend qualifiziert wird⁹², ist der hA zuzustimmen, wonach die Normen des Arbeitsrechts grundsätzlich auf die Verpflichtung zur Arbeitsleistung einer ganz bestimmten Person abstellen. Anders wären zB die Vorschriften betreffend Entgeltfortzahlung, Urlaub etc nicht zu verstehen. So wird denn auch von der hA festgestellt, die generelle Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, schließe ein Ar-

⁸⁹Vgl REUTER, Arbeitsrechtliche Aspekte neuer Arbeitszeitstrukturen, RdA 1981, 203; EICH, Das Job-sharing-Arbeitsverhältnis, DB 1982, 4f; ULBER, Der „Job-sharing-Vertrag“, BB 1982, 743f; SCHÜREN aaO 98f; PETROVIC, ZAS 1984, 176.

⁹⁰Insoweit ist mE der Kritik von TOMANDL, ZAS 1982, 18 und SCHRAMMEL, JBl 1982, 451f vollinhaltlich beizutreten.

⁹¹In Arb 9714 hatte der OGH noch die Arbeitnehmereigenschaft eines Journalisten, der bei der Annahme und Ablehnung einzelner Arbeiten völlig frei war, verneint.

⁹²Vgl §1161 ABGB idF 1811: „Nur in dringenden Fällen kann der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm auftragene Geschäft einem anderen anvertrauen, und selbst in diesem Falle haftet er für ein Verschulden in der Auswahl der Person“.

beitsverhältnis aus⁹³.

Diese Feststellung ist — abstrakt betrachtet — sicher zutreffend, doch erfordert die Problematik mE eine etwas differenziertere Sicht der Dinge. Es hat nämlich den Anschein, als ob Vertretungsklauseln immer häufiger zum Ausgangspunkt der Umgehung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften gemacht werden. So gelangte der VwGH jüngst zur Ablehnung der (sozialversicherungsrechtlichen) Dienstnehmereigenschaft einer sog. „Regalbetreuerin“ in einem Supermarkt, weil diese vertraglich berechtigt war, sich mit Einwilligung des Unternehmers vertreten zu lassen und auch gewisse Freiheiten hinsichtlich ihrer Arbeitszeit besaß⁹⁴. Ich neige dazu, obwohl an der grundsätzlichen Bedeutung der persönlichen Arbeitspflicht — wie gesagt — nicht zu zweifeln ist, dieses Erkenntnis für verfehlt zu halten. Bei der rechtlichen Würdigung von Vertretungsklauseln ist mE nämlich besondere Vorsicht geboten. Mir scheint, daß der VwGH hier zu schematisch vorging, indem er die Prüfung mit der Untersuchung des reinen Vertragsinhaltes abbrach. ME wäre vielmehr bei Vorliegen eines „Vertretungsrechtes“ nach der spezifischen Interessenlage der Parteien zu prüfen, ob zur Weitergabe überhaupt die faktische Möglichkeit bzw ein materielles Interesse besteht⁹⁵. Die Gefahr der funktionswidrigen Ausschaltung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften ist hier deshalb so groß, weil der Dienstleistende eine Vertretungsklausel in aller Regel als bequeme Einräumung erhöhter Freiheit akzeptieren wird, von der er, da er auf das Entgelt ja angewiesen ist, ohnehin nur in absoluten Notfällen Gebrauch zu machen gedenkt. Das Erwachen vor Gericht kann ein sehr böses sein, wenn dem Betroffenen, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, die möglichen Rechtsfolgen des Vertretungsrechtes nicht klar waren. Es handelt sich somit in der Tat eher um ein Umgehungsproblem als um die notwendige Neubeurteilung des Kriteriums der persönlichen Dienstleistung für den Arbeitnehmerbegriff. Indizien für das Vorliegen einer Gesetzesumgehung werden insbes das Fehlen einer eigenen Betriebsorganisation sowie ein größerer zeitlicher Umfang der Beschäftigung sein. Bei der vom VwGH beurteilten Regalbetreuerin dürfte beides darauf hindeuten, daß an eine Vertretung wirtschaftlich wohl von beiden Seiten nicht gedacht war. Auf das Vorliegen einer spezifischen Umgehungsabsicht kommt es nach der herrschenden objektiven Theorie nicht

⁹³TOMANDL, Wesensmerkmale 73; so auch VwGH SozSi 1965, 313 (Zeitungskolporteur); aA aber VwGH Arb 8875 = ZAS 1972, 103ff mit abl Anm v HASCHKA.

⁹⁴VwGH 82/08/0208; vgl dazu FRÜHWIRT, Neue Tendenz in der Rechtsprechung des VwGH zum DN-Begriff, RdW 1987, 233ff.

⁹⁵Ich bin mir darüber im klaren, daß ich damit wahrscheinlich die Gegenerschaft der Anhänger einer formellen Betrachtungsweise herausfordere, welche die Rsp des VwGH, der dem faktischen Vollzug des Rechtsverhältnisses traditionell große Bedeutung einräumt, kritisierten; vgl etwa KREJCI, Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, Vers RdSch 1976, 224ff, 277ff, 306ff, dem in den meisten Punkten allerdings recht zu geben ist.

an⁹⁶.

Freilich kann der bloß faktische Zwang zur persönlichen Verrichtung der Dienste noch nicht zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft ausreichen⁹⁷. Ein Tankstelleninhaber, dessen Tankstelle so klein und wenig ertragreich ist, daß er zur ständigen persönlichen Arbeit bzw Mitarbeit zwecks Aufrechterhaltung des Betriebes gezwungen ist, womit die Offenhaltungszeiten der Tankstelle uU seiner individuellen Arbeitszeit entsprechen, wird idR nicht AN sein, weil er zusätzlich zum Fehlen persönlicher Weisungsgebundenheit, welche nach der hier vertretenen Ansicht ja nicht entscheidend ist, meist über eine gewisse eigene betriebliche Organisation verfügt und zumindest hinsichtlich verschiedener Zusatzartikel selbständig am Markt auftritt (dazu unten (e)).

- (d) Was das Kriterium der Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation anbelangt⁹⁸, so scheint mE in der wissenschaftlichen Diskussion eine zu stark räumliche Sicht vorzuherrschen⁹⁹.

So wie die bloße Tatsache einer (dauernden oder vorübergehenden) Einordnung in eine fremde betriebliche Organisation und deren Sachzwänge (exakte Termine, Zusammenwirken mit anderen Mitarbeitern etc) die Arbeitnehmereigenschaft nicht zu begründen vermag¹⁰⁰, so sollte auch das (weitgehende) Fehlen einer solchen Einordnung im räumlichen Sinn nicht a priori zur Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft führen. Es geht vielmehr darum, zu ergründen, inwieweit eine (weit ausgreifende) Organisation einem Arbeitgeber noch zurechenbar bleibt¹⁰¹. Dies ist in Ansätzen, zB bei Außendienstmitarbeitern, auch durchaus anerkannt.

Eine konsequente Fortsetzung dieser Ansätze könnte bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung der „Teleheimarbeit“ dienlich sein. Deren Verbindung mit dem Unternehmen, für das sie im eigenen Zuhause arbeiten, ist lediglich über EDV hergestellt, so daß von persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit im herkömmlichen Sinn nicht gesprochen werden kann¹⁰².

In diesem Zusammenhang verdient es eine Entscheidung des OGH aus 1964¹⁰³, der Vergessenheit entrissen zu werden. Zugrundelag

⁹⁶Vgl ESSER-SCHMIDT 6. Aufl, Schuldrecht I 147, die von einem „institutionellen, sich von den subjektiven Absichten abhebenden Fehlgebrauch“ sprechen.

⁹⁷HASCHKA, ZAS 1972, 105 betont zutreffend, daß auch die vertraglich vereinbarte Höchstpersönlichkeit für ein Dienstverhältnis natürlich noch lange nicht ausreicht, sondern vielmehr zahlreichen Vertragstypen eigen sein kann.

⁹⁸Externe Betonung bei HERSCHEL, Freier Beruf 29.

⁹⁹Vgl HEUBERGER, Sachliche Abhängigkeit 50f, der der dt Rsp attestiert, eine rein räumlich-gegenständliche Betrachtungsweise weitgehend überwunden zu haben.

¹⁰⁰SCHRAMMEK, JBl 1982, 451.

¹⁰¹So treffend HEUBERGER aaO 51.

¹⁰²Vgl OGH Arb 5957; Arb 6689. Das HeimAG ist auf „Teleheimarbeiter“ nicht anwendbar (vgl §2 Abs 1 lit a HeimAG).

¹⁰³OGH Arb 7935.

eine Vereinbarung, derzufolge jemand sich einem Unternehmer gegenüber verpflichtete, in der eigenen Wohnstätte und mit eigener Nähmaschine Hosen für diesen anzufertigen, wobei ihm eine persönliche Dienstpflicht traf, er fixe Arbeitszeiten einzuhalten hatte und überdies einem strengen Konkurrenzverbot unterlag. Diese Umstände bewogen den OGH (gegen beide Unterinstanzen), die Arbeitnehmereigenschaft des Dienstverpflichteten zu bejahen. Diese Entscheidung ist deshalb interessant, weil den in der Tat ganz massiven vertraglichen Bindungen auch im gegenständlichen Fall die Tatsache gegenüberstand, daß eine wirk-same Kontrolle der Einhaltung dieser Bindung natürlich nicht möglich war. Auch ein ausgeklügelter Vertragstext wird zum bloßen Stück Papier, wenn ihm die Durchsetzbarkeit seiner Bestimmungen fehlt.

Moderne Technik könnte allerdings auch hier neue Wege beschreiben; eine EDV-Überwachung der „Teleheimarbeiter“ ist wohl keine Utopie, würde allerdings die für den Mitarbeiter bestehenden Vorteile des Modells bedeutend reduzieren.

Ein neues Verständnis der konstitutiven Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes könnte mE zwar uU zu einer Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft der „Teleheimarbeiter“ führen, doch würde dies auf keinen Fall eine arbeitsrechtliche Bewältigung des Problems bedeuten. Abgesehen davon, daß die Hauptprobleme ja im kollektiven Arbeitsrecht liegen¹⁰⁴, würde die geltende Arbeitsrechtsordnung strukturell in vielfacher Hinsicht auf „Teleheimarbeiter“ nicht passen¹⁰⁵.

- (e) Ein in der Diskussion mE zu wenig beachtetes Kriterium liegt in der dauernden Abhängigkeit von einem oder einigen wenigen Vertragspartnern. Wer seine Dienste dem „Markt“ — dh einer Mehrzahl ständig wechselnder Vertragspartner — anbietet und von diesem Markt auch beschäftigt wird, dessen Arbeitnehmereigenschaft scheidet mE in der Regel aus. Vertragliche Konkurrenzverbote, Ausschließlichkeitsbindungen etc sind daher für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses relevant.

Daß die Ausführung der Tätigkeit auch bei Dienstverpflichteten, die „für den Markt“ arbeiten, oft in der Weise erfolgt, daß während eines bestimmten Zeitabschnittes die gesamte Arbeitskraft einem Vertragspartner zur Verfügung gestellt wird, sollte nicht den Blick dafür verstellen, daß derartigen Beschäftigungen wesentliche Eigenschaften abgehen, an die die geltende Arbeitsrechtsordnung — unausgesprochen — anknüpft und die den Geltungsgrund zumindest eines erheblichen Teiles dieser Ordnung bilden (zB Lohnfortzahlung, Urlaub, Regeln über die Beendigung etc).

¹⁰⁴Vgl RUNGGALDIER, ZAS 1985,91.

¹⁰⁵Vgl dazu SACKL-SCHIMA aaO 158.

Bedenken sind daher gegen die vom OGH wiederholt vorgenommene Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft von für wenige Auftritte engagierten Künstlern anzumelden¹⁰⁶. Die Verpflichtung zur Teilnahme an einigen zeitlich fixierten Proben kann diese Auffassung nicht tragen. Natürlich stellt der Künstler für die Zeit seines Engagements dem Theater, Opernhaus etc seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung, doch liegt dies in der Natur der Sache und kann auch einem Werkunternehmer passieren, der einen dringenden Großauftrag erhalten hat. Die Auffassung des OGH, welche die Abhängigkeit aus einer — isoliert — zeitbezogenen Betrachtung ableitet, übersieht mE das gleichzeitige Bestehen vertraglicher Bindungen mit verschiedensten Partnern, die lediglich hintereinander erfüllt werden.

Daß die oben beschriebene Auffassung des OGH sich auch kaum mit dem Selbstverständnis von Spitzentönen und gefragten Schauspielern deckt, bedarf keiner näheren Erörterung und macht mE deutlich, daß bei der rechtlichen Erfassung des Arbeitnehmerbegriffes soziologische Aspekte nicht ganz unberücksichtigt bleiben dürfen¹⁰⁷.

Im Merkmal der Abhängigkeit von einem oder einer kleinen Anzahl bestimmter Vertragspartner geht auch das so oft bemühte und als „wirtschaftliche Abhängigkeit“ bezeichnete Kriterium des Angewiesenseins auf das Entgelt zur Bestreitung des Lebensunterhaltes auf. Eine konkrete Prüfung der Vermögenslage des Betroffenen scheidet jedenfalls aus; hohes Privatvermögen steht — wie unbestritten ist¹⁰⁸ — nicht nur der Arbeitnehmereigenschaft, sondern auch der Arbeitnehmerähnlichkeit nicht per se im Wege¹⁰⁹.

Zu erwägen wäre daher wohl, sich vom Begriff der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ überhaupt zu trennen, wenn damit lediglich ein Motiv des Gesetzgebers, ohne eigenständige rechtliche Bedeutung bezeichnet wird.

- (f) Keinen entscheidenden Beitrag für die Erfassung des Arbeitnehmerbegriffes kann mE das Merkmal der (angeblichen) disziplinären Verantwortlichkeit des AN leisten.

Ein eigenständiges, einseitig begründbares, dem Arbeitsverhältnis wesensimmanentes Recht des Arbeitgebers, „Verstöße“ des Arbeitnehmers durch „Bestrafung“ iwS zu ahnden, gibt es nicht¹¹⁰. Die als Argument für die Annahme einer solchen disziplinären Verantwortlichkeit herangezogenen Befugnisse des Arbeitgebers

¹⁰⁶Signifikant OGH Arb 9422; 9845.

¹⁰⁷Die in verschiedenen Haushalten — wenn auch in Abwesenheit der Bewohner — tätige Reinigungskraft wird uU eine andere Beurteilung erfordern als der an mehreren Opernhäusern engagierte Sänger.

¹⁰⁸Vgl die Nachweise bei WACHTER, Wesensmerkmale 83 Fn 24.

¹⁰⁹AA ohne überzeugende Begründung WACHTER, Wesensmerkmale 156ff; dagegen zu Recht PETROVIC, Die „Entlassung“ einer arbeitnehmerähnlichen Person, dRdA 1983, 196.

¹¹⁰So deutlich TOMANDL, Wesensmerkmale 187f.

(zB Entlassung) lassen sich allesamt auf allg vertragsrechtliche Grundsätze rückführen.

Allerdings kann ein Disziplinarrecht besonders vereinbart werden (vgl etwa §96 Abs 1 Z 1 ArbVG)¹¹¹. Die den Anlaß für die Untersuchung bildenden Zweifelsfälle sind aber oft dadurch gekennzeichnet, daß ausdrückliche Abreden bezüglich disziplinärer Verantwortlichkeit des „Dienstnehmers“ fehlen.

Ihre Lösung kann daher auch nicht dadurch bewerkstelligt werden, daß man sich die Frage stellt, ob der Betroffene bei Setzung eines bestimmten Verhaltens disziplinar zur Verantwortung gezogen hätte werden können¹¹². Gerade dies ist ja ebenfalls unklar.

Exkurs: Alles-oder-Nichts-Prinzip im Arbeitsrecht? Ganz kurz ist nun noch auf die — praktisch überaus bedeutsame — Frage einzugehen, ob es einen Grundsatz gibt, wonach die geltende Arbeitsrechtsordnung — vorbehaltlich gesetzlich statuerter Ausnahmen — nur entweder (bei Bejahung der Arbeitnehmer-eigenschaft) zur Gänze angewendet werden darf oder (bei deren Verneinung) zur Gänze unanwendbar bleibt. Diese — quasi auf ein arbeitsrechtliches Analogieverbot hinauslaufende — Auffassung könnte uU damit gerechtfertigt werden, daß der österr Gesetzgeber 1946 den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person aus der BRD übernahm und nachdem dieser Begriff anfänglich nur prozeßrechtlich relevant gewesen war, in der Folge ganz bestimmte Vorschriften des Arbeitsrechts (nämlich das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz) auch auf arbeitnehmerähnliche Personen ausdehnte. Wenn daher ab 1946 eine diesbezügliche Erstreckung in anderen Gesetzen (zB Urlaubsgesetz) unterblieben sei, müsse dies — so ließe sich argumentieren — als bewußte Wertung des Gesetzgebers gedeutet werden, welche der Annahme einer Gesetzeslücke entgegenstünde. ME kann ein Grundsatz, wie der oben beschriebene, aus der gesetzlichen Verankerung des Begriffes der arbeitnehmerähnlichen Person aber nicht abgeleitet werden.

Dieser Begriff weist noch viel mehr dogmatische Unschärfen auf als der Arbeitnehmerbegriff und umschreibt eine noch inhomogenere Gruppe als dieser¹¹³. Zweifellos konnte sich der Gesetzgeber des Jahres 1946 nicht der aufgrund des Entstehens neuer Abhängigkeiten dynamischen Bedeutung des Begriffes bewußt sein.

Eine indifferenzierte Ausdehnung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf die arbeitnehmerähnliche Person durch den Gesetzgeber wäre angesichts der Vielgestaltigkeit dieses Typus wohl auch nicht ratsam und würde mE unweigerlich dazu führen, daß die Rsp den Begriff als solchen enger als bisher auslegte, um Wertungswidersprüche im Einzelfall zu vermeiden¹¹⁴.

¹¹¹TOMANDL, Wesensmerkmale 188.

¹¹²Insofern ist die Argumentation TOMANDLS, ZAS 1982, 17f nicht überzeugend; die Vorgabe bestimmter Termine, Anwesenheitszeiten, deren Nichtbeachtung einen Vertragsverstoß bedeutet, kann bei allen möglichen Arten von Verträgen vorkommen und erlaubt keinerlei unmittelbaren Rückschluß auf die Qualität des Rechtsverhältnisses.

¹¹³RANCKE, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht 87f, bezeichnet die Schaffung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person gar als rechts- und sozialpolitischen Fehler; dagegen REUTER, RdA 1981, 202 Fn 23.

¹¹⁴Ich wage es zB zu bezweifeln, ob die Judikatur Tankstelleninhaber (welche ja selbst Dienstnehmer beschäftigen können) auch dann praktisch generell als arbeitnehmerähnlich qualifiziert hätte, wenn der Gesetzgeber für diese Rechtsfigur von Beginn an die Anwendung urlaubsrechtlicher Vorschriften etc angeordnet hätte.

Das einzig probate Mittel bleibt daher mE nur die Analogie im Einzelfall, wobei freilich besondere Vorsicht geboten ist — insbesondere, wenn es sich um die Anwendung von Vorschriften handelt, welche umwälzende sozialpolitische Neuerungen mit sich brachten. Eine ab 1946 einsetzende „Versteinering“ kann mE nach dem Gesagten jedenfalls nicht gut begründet werden.

6 Resümee

Was sind nun die wichtigsten Schlußfolgerungen des gegenständlichen Beitrages?

Deutlich geworden dürfte sein, daß es nicht um einen „Abschied“ von der „persönlichen Abhängigkeit“ im materiellen Sinn geht¹¹⁵, sondern vielmehr um eine Überdenkung der in ihm enthaltenen Merkmale, um eine neue Gewichtung der einzelnen Typuselemente. Die traditionelle Formel hat wohl für das Gros der Fälle befriedigende Lösungen produziert, enthält aber auch ein paar „Ladenhüter“, von denen die Trennung nicht allzu schwer fallen sollte. Allerdings sollte dieses Überdenken mE auch von einer sprachlichen Konsequenz begleitet sein, nämlich der Aufgabe der Bezeichnung „persönliche Abhängigkeit“¹¹⁶.

Arbeitsteiliges Wirtschaften erfordert zwar, daß wenige anschaffen und viele ausführen¹¹⁷, erzeugt daher notwendigerweise gewisse Hierarchien¹¹⁸, doch sind diese — in Großunternehmen idR zw Arbeitnehmern untereinander (!) bestehenden — hierarchischen Beziehungen in einer durch weitgehende Mitbestimmung der AN gekennzeichneten modernen Wirtschaftsordnung mit dem Begriff „persönliche Abhängigkeit“ höchst unpräzise, ja irreführend charakterisiert. Es geht dabei in der Tat, wie ZÖLLNER¹¹⁹ ausführt, nicht bloß um „terminologische Überlegungen“, um einen Streit mit Worten, sondern um ein notwendiges Signal. Könnte man sich dazu entschließen, seinen Vorschlag aufzugreifen, statt dessen den Begriff „Unselbständigkeit“ zu verwenden¹²⁰, so wäre damit auch nach außen hin dokumentiert, daß Untertänigkeitsbeziehungen im Arbeitsrecht des ausgehenden 20. Jahrhunderts nichts mehr verloren haben.

¹¹⁵Dies übersieht auch WACHTER, Wesensmerkmale 33 mwN in Fn 26, wenn er meint, es wäre bis jetzt nicht gelungen, die „persönliche Abhängigkeit“ durch ein besseres Kriterium zu ersetzen.

¹¹⁶Ich bin mir darüber im klaren, daß dieser Vorschlag nur wenig Aussicht hat, beherzigt zu werden. Zu eingefahren sind die verwendeten Formulierungen; überdies wurde der Begriff in §4 Abs 2 ASVG unglücklicherweise festgeschrieben.

¹¹⁷Vgl STRASSER, Die Gestaltung der Betriebsverfassung als gesellschaftspolitisches Problem, FS SCHMITZ I 300.

¹¹⁸Nur insoweit ist mE BYDLINSKI, Arbeitsrechtskodifikation 16, Recht zu geben.

¹¹⁹ZÖLLNER, RdA 1969, 67.

¹²⁰ZÖLLNER 3. Aufl, Arbeitsrecht 44f; in diesem Begriff könnten dann persönliche, organisatorische und wirtschaftliche Elemente miteinander verschmelzen.