

Fall 1: Eatissimo

Verena Zwinger

Schlagwörter: *Abgrenzung des Vertragsverhältnisses, Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag, Werkvertrag, Persönliche Abhängigkeit*

Zur Vorbereitung

*Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht*³ (2016) 11 ff; *Kietaibl, Arbeitsrecht I*¹⁰ (2017) 16 ff, 35 ff; *Löschnigg, Arbeitsrecht*¹³ (2017) Rz 4/001.

Sachverhalt

Alina und Ben, beide 22 Jahre alt und österreichische Staatsbürger, sind ein studentisches Paar wohnhaft in Wien. Ben sieht eine Ausschreibung von Eatissimo, einem Fahrradlieferdienst, der ausschließlich Essen ausliefert. Er ist von der Vorstellung von flexiblem Geldverdienen in Verbindung mit körperlicher Betätigung, als Ausgleich zum lernintensiven Studium, sofort angetan. Alina ist zunächst skeptisch, da sie schon alle Prüfungen im Studium erfolgreich abgeschlossen hat. Momentan ist sie mit dem Verfassen ihrer Masterarbeit beschäftigt und möchte das Plus an Freizeit bestmöglich nutzen. Ein Gelegenheitsjob erscheint ihr daher zu unsicher und zu wenig lukrativ. Sie erfährt aber durch Ben, der als „Gelegenheitsbiker“ bei Eatissimo anheuert, dass Eatissimo zum Teil auch „fixe“ Verträge anbietet. Aus dem Grund unterschreibt auch sie einen als „Werkvertrag“ titulierten Vertrag mit Eatissimo.

Im Jahr 2019 sind sowohl Alina als auch Ben für Eatissimo im Stadtgebiet Wien tätig. Alina fährt in dieser Zeit, wie in ihrem Vertrag vereinbart, 30h/pro Woche für Eatissimo Speisen und Getränke aus. Wie allen „Dauerbikern“ (unternehmensintern so bezeichnet), wird ihr, neben einem Fahrrad und einem Helm, von Eatissimo für die Dauer der Tätigkeit ein Diensthandy zur Verfügung gestellt. Über dieses Handy erfährt Alina immer monatlich im Voraus, an welchen Tagen sie in der Tages- oder in der Abendschicht in die Pedale treten muss. Ben, der sich noch in der lern-

intensiven Endphase seines Studiums befindet, ist froh, dass er stattdessen wöchentlich per Eatissimo-App über mögliche freie Schichten informiert wird und dann je nach Lernaufwand selbst entscheiden kann, ob und wie viele er davon wahrnehmen will. Dies ist – sofern die Schichten nicht schon an andere Biker/innen vergeben wurden – auch kurzfristig möglich. Manchmal wird er aber auch von Eatissimo kontaktiert, um noch vakante Schichten (bspw wenn eine Dauerbikerin durch Krankheit oÄ kurzfristig ausfällt) auszufüllen, er ist dazu aber nicht verpflichtet. Diese flexible Zeiteinteilung tröstet ihn darüber hinweg, dass er nur € 4,-/Stunde ausbezahlt bekommt zuzüglich € 2,-/Bestellung. Im Gegensatz dazu bekommt Alina, € 7,58/Stunde sowie pauschal € 0,60 für jede Bestellung.

Die Kunden können entweder vorab in der App die Bestellung bezahlen oder dies bei Alina oder Ben in bar tun, wobei beide die Einnahmen in der App zu verzeichnen haben und das Geld an Eatissimo weiterleiten müssen. Nach erfolgter Auslieferung besteht für die Kunden die Möglichkeit, per Bestell-App die Auslieferung der Fahrer zu bewerten.

Sollte Alina bspw krank werden oder aus sonstigen Gründen verhindert sein, muss Sie dies unverzüglich bei Eatissimo melden. Falls Alina schon weiß, dass sie für längere Zeit keine Fahrten wahrnehmen können (bspw in einer intensiven Schreibphase), hat sie dies mit Eatissimo zu vereinbaren. In solchen Fällen wird von Eatissimo für ihre Schicht ein Ersatzbiker organisiert. Die von Ben buchbaren Schichten werden wöchentlich immer in ergänzender Weise zu jenen der Dauerbiker ausgeschrieben. Deshalb geht man bei Eatissimo davon aus, dass die Gelegenheitsbiker sich tatsächlich nur für jene Schichten anmelden, die sie auch tatsächlich in der Lage sind, zu fahren. Sollte Ben drei Mal eine zuvor vereinbarte Schicht nicht antreten, wird die Zusammenarbeit mit ihm beendet. Es besteht jedoch für ihn laut seinem Vertrag die Möglichkeit, sich ohne Angabe von Gründen von einer qualifizierten dritten Person vertreten zu lassen.

Vor Einbruch des Winters beschließt die Geschäftsleitung von Eatissimo (neben den von den Bikern zu tragenden Jacken und Transportboxen, in denen die Speisen befördert werden) allen Bikern dicke Handschuhe, Hauben und Schals im Unternehmensstil zur Verfügung zu stellen. Das erleichtert zwar den Arbeitsalltag, lässt Ben aber nicht darüber hinwegsehen, dass er neben dem vergleichsweise geringeren Stundenlohn im Gegensatz zu Alina weder Rad noch Helm und Diensthandy von Eatissimo gestellt bekommen hat.

Alle Informationen zwischen Eatissimo und Ben werden über sein eigenes Mobiltelefon mittels Eatissimo-App ausgetauscht. Weil Eatissimo auch eine Helmpflicht vorschreibt, musste er sich sogar noch einen neuen kaufen.

Als dann auch noch sein Rad kaputt wird, beschließt Ben seine Tätigkeit für Eatissimo Ende des Jahres einzustellen. Alina will seinem Beispiel folgen, da sie ihre Masterarbeit mittlerweile abgeschlossen hat und daher sowieso bald einen anderen Karriereweg einschlagen möchte. Während der gesamten Zeit, in der Alina und Ben für Eatissimo in die Pedale traten, haben sich die beiden – abgesehen von kurzen Lern-/Schreibphasen im Gesamtausmaß von einer Woche – keine größeren Unterbrechungen geleistet. Aus dem Grund freuen sie sich schon sehr auf die Endabrechnung und insbesondere auf die Auszahlung der Urlaubersatzleistung für den nicht verbrauchten Urlaub.

Steht (einem von) ihnen eine solche zu?

Lösung

Vorbemerkungen

- Die Prüfung eines Vertragsverhältnisses ist nicht bloß Klausurstoff, sondern beschäftigt auch die Gerichte relativ häufig. Es kann in der Praxis oftmals nicht ohne Weiteres vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags, eines freien Dienstvertrags oder eines Werkvertrags ausgegangen werden. Auch wenn im vorliegenden Fall versucht wird, ein möglichst klares und eindeutiges Bild zu vermitteln, sind daher generell uU auch Alternativlösungen (bei entsprechender Begründung) denkbar.
- Für den weiteren Lernprozess und die Vorbereitung auf die Klausur aus Arbeitsrecht ist es unerlässlich, die diesem Fall zugrundeliegenden Prinzipien zu kennen, zu können, und auch im Stande zu sein, diese im Rahmen eines beweglichen Systems auf andere Fallkonstellationen umzulegen.

1. Alina gegen Eatissimo auf Urlaubersatzleistung in Höhe des Entgelts von vier Arbeitswochen (20 Arbeitstage/24 Werktage) gem § 10 Abs 1 UrlG

Zu prüfen ist, ob ein **Arbeitsverhältnis** gem § 1151 (1) ABGB vorliegt, denn das UrlG kommt gem § 1 Abs 1 UrlG nur auf Arbeitsverhältnisse zur Anwendung.

Zunächst ist zu prüfen, ob ein **gültiger Vertrag** vorliegt; dies ist zu bejahen. Alina ist voll geschäftsfähig (22 Jahre alt) und österreichische Staatsbürgerin. Daher kann eine Prüfung nach dem AuslBG unterbleiben. Der Vertrag wurde schriftlich abgeschlossen (§ 861 ABGB). Die Schriftlichkeit ist allerdings nur in besonderen Fällen Gültigkeitsvoraussetzung (insbesondere beim Lehrvertrag), generell ist vielmehr auch konkludent (= stillschweigend) ein Vertragsabschluss möglich (§ 863 ABGB). Der Vertrag trägt zwar die Be-

zeichnung „Werkvertrag“, es gilt aber der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*, weswegen es nicht auf die Bezeichnung, sondern nur auf den Inhalt des Vertrags ankommt. Insgesamt liegen keine Hinweise vor, die gegen die Gültigkeit des Vertrags sprechen.

Sodann stellt sich die Frage, ob ein **Dauerschuldverhältnis** oder ein **Zielschuldverhältnis** vorliegt. Alina verpflichtet sich nicht zur Herstellung eines Werks, sondern dazu, auf Dauer ihre Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, wobei die konkrete Schuld durch die Zuteilung des jeweiligen Arbeitsauftrags konkretisiert wird. Durch die einzelne Erfüllungshandlung (= Auslieferung) wird das Vertragsverhältnis nicht beendet, sondern es bedarf zur Beendigung eines Beendigungstatbestands (wie bspw Kündigung oder Fristablauf). Das Zeitelement überwiegt eindeutig gegenüber dem Zielelement;¹ so wurde bspw auch die Bezahlung nicht von der korrekten Auslieferung abhängig gemacht, vielmehr orientiert sich die Bezahlung primär an Zeiteinheiten (in concreto Stundenlohn) und Kilometergeld. Die Zuschläge pro Bestellung machen nur einen Teil des gesamten Auszahlungsbetrags aus.

Insofern ist auch die Entgeltlichkeit erfüllt (§ 1154 Abs 1 ABGB), Unentgeltlichkeit wurde nicht vereinbart (keine Hinweise im Sachverhalt). Alina wird demnach auf Grundlage eines entgeltlichen Dauerschuldverhältnisses und nicht auf Basis eines Werkvertrags für Eatissimo tätig.

In der Folge ist zu prüfen, ob Alina in **persönlicher Abhängigkeit** für Eatissimo tätig wird.

Alina erhält, wie alle bei Eatissimo beschäftigten Personen, die Jacke mit Logo und den Transportkasten. Darüber hinaus wird ihr, wie allen „Dauerbikern“, ein Rad und ein Mobiltelefon, sohin die hauptsächlich notwendigen Betriebsmittel, von Eatissimo zur Verfügung gestellt. Es ist daher von Alinas **Eingebundenheit in den Betrieb** auszugehen.

Die genaue **Arbeitszeit** wird für Alina von Eatissimo im Vorhinein festgelegt, sie kann nicht entscheiden, welche der Schichten sie annehmen möchte und welche nicht.

Als **Arbeitsort** ist das Wiener Stadtgebiet fixiert.

Hinsichtlich des **arbeitsplatzbezogenen Verhaltens** gibt es im Sachverhalt wenig Vorgaben, Alina muss jedoch wie alle Biker bei ihren Fahrten die Jacke und den Transportrucksack im Unternehmensstil tragen. Zudem werden die

1 Wäre es umgekehrt und würde der konkrete Erfolg (= erfolgreiche Auslieferung) im Vordergrund stehen, könnte es sich tatsächlich um einen Werkvertrag gem § 1151 Abs 1 S 2 handeln.

Arbeitsabläufe über die App weitgehend von Eatissimo bestimmt (insbesondere Abhol- bzw Lieferort, Helmpflicht). Durch die Abnehmer besteht schließlich die Möglichkeit, per App die Fahrer zu bewerten. Wiewohl im Sachverhalt nicht dezidiert angesprochen, kann wohl davon ausgegangen werden, dass schlechte Bewertungen Konsequenzen nach sich ziehen können, weswegen von einer **Kontrollunterworfenheit** auszugehen ist.

Aufgrund der dargelegten Umstände (insbesondere Einbindung in den Betrieb, Bindung an Arbeitszeiten und Arbeitsort, Kontrollunterworfenheit) ist daher von der **persönlichen Weisungsgebundenheit** von Alina gegenüber Eatissimo auszugehen.

Der Begriff der persönlichen Abhängigkeit ist ein sogenannter **Typusbegriff**. Das bedeutet, die zu prüfenden Merkmale müssen insgesamt an Gewicht und Bedeutung überwiegen. Dies kann im vorliegenden Fall bejaht werden.

Gem § 1153 ABGB hat der AN die geschuldeten Dienstleistungen grundsätzlich persönlich zu erbringen, mag eine ausnahmsweise, vorübergehende Vertretung dem auch nicht entgegenstehen. Alina muss sofort melden, wenn sie an der Ausübung ihrer Tätigkeit verhindert ist, damit Eatissimo für einen entsprechenden Ersatz sorgen kann. Daraus kann geschlossen werden, dass sie selbst keine Vertretung organisieren darf und somit zur **persönlichen Erbringung der Arbeitsleistung** verpflichtet ist („**persönliche Arbeitspflicht**“).

Der **Erfolg der Leistung** kommt Eatissimo zugute, die Kunden bezahlen die Bestellung entweder per App direkt an Eatissimo oder Alina muss das erhaltene Bargeld verzeichnen und an Eatissimo weiterleiten. Umgekehrt liegt dafür auch das **wirtschaftliche Risiko**, bspw im Falle eines Bestellerückgangs, ebenso bei Eatissimo.

Dies bedingt auch die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs des UrlG (§ 1 Abs 1). Dem Grunde nach steht Alina sohin für das gesamte Jahr 2019 ein Urlaubsanspruch im Ausmaß von 25 Arbeitstagen bzw 30 Werktagen² gem § 2 Abs 1 UrlG zu. Die längeren Abwesenheiten während der Schreibphasen können aufgrund der vorherigen Notifikation als (konkludente) Urlaubsvereinbarung zwischen Alina und Eatissimo gesehen werden. Dementsprechend hat Alina im Jahr 2019 sechs Werktage an Urlaubsanspruch verbraucht. Übrig bleibt also ein offener Urlaubsanspruch von 24 Werktagen, der von Eatissimo nach § 10 Abs 1 UrlG abzugelten ist, da Alina weder unberechtigt vorzeitig ausgetreten ist noch gerechtfertigt entlassen wurde.

2 Die Unterscheidung in Arbeits- und Werktage bestimmt sich danach, ob Alina nur an Arbeitstagen (Montag–Freitag) oder auch an Samstagen (Werktag) für Eatissimo im Einsatz war. Davon ist branchenbedingt in concreto auszugehen.

Ergebnis: Da in Abwägung aller Umstände die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses eindeutig überwiegen, handelt es sich bei Alinas Vertrag um einen Arbeitsvertrag iSd § 1151 Abs 1 S 1 ABGB. Für sie kommt sohin das gesamte Arbeitsrecht (und Sozialrecht gem § 4 Abs 2 ASVG) mit all seinen Schutzwirkungen zur Anwendung. Aus diesem Grund ist auch das URLG anwendbar, was bedeutet, dass Alinas Anspruch auf Urlaubersatzleistung in Höhe des Entgelts des noch nicht konsumierten Urlaubs (24 Werktage) zu Recht besteht.

2. Ben gegen Eatissimo auf Urlaubersatzleistung in Höhe des Entgelts von vier Arbeitswochen (20 Arbeitstage/24 Werktage) gem § 10 Abs 1 URLG

Auch hinsichtlich des Vertrags zwischen Ben und Eatissimo ist zu überprüfen, ob ein Arbeitsvertrag gem § 1151 Abs 1 ABGB vorliegt. Zwischen Ben und Eatissimo wurde ein **gültiger Vertrag** abgeschlossen. Aufgrund des deckungsgleichen Sachverhalts wird diesbezüglich (und in weiterer Folge) auf die Ausführungen zu Alina verwiesen.

Auch bei Ben liegt ein **Dauerschuldverhältnis** vor, weil auch hier das Zeitelement gegenüber dem Zielelement überwiegt. Bens Bezahlung wird nicht ausschließlich von der erfolgten Auslieferung abhängig gemacht und orientiert sich an Zeiteinheiten (s. o.). Dass der Zuschlag pro Bestellung bei Ben höher ist, schadet nicht.

Auch das Kriterium der Entgeltlichkeit ist erfüllt (s ebenfalls Anspruchsprüfung bei Alina).

Fraglich ist hingegen, ob Ben in **persönlicher Abhängigkeit** für Eatissimo tätig wird.

Ben erhält ebenfalls die Jacke mit Logo und den Transportkasten. Allerdings muss er alle weiteren Betriebsmittel, die für die Erfüllung der Tätigkeit notwendig sind, vor allem das Fahrrad und das Mobiltelefon, selbst bereitstellen. Aus diesem Grund ist nicht davon auszugehen, dass Ben **in den Betrieb** von Eatissimo **eingebunden** ist.

Der **Arbeitsort** ist zwar wie bei Alina auf das Stadtgebiet Wien begrenzt, allerdings kann Ben Hinsichtlich der **Arbeitszeit** einen erheblichen Spielraum ausnutzen, da er sich je nach Verfügbarkeit auch kurzfristig dazu entscheiden kann, die Tätigkeit aufzunehmen bzw genauso einzelne Schichten gefahrlos abzulehnen. Die **persönliche Weisungsgebundenheit** ist sohin nur schwach ausgeprägt.

Bzgl des **arbeitsplatzbezogenen Verhaltens** gilt wiederum dasselbe wie bei Alina. Die **Kontrollunterworfenheit** ist bei Ben ebenfalls gegeben, denn neben den Bewertungen der Kunden droht ihm die Beendigung seines Vertrags, sollte er drei Mal nicht erscheinen, obwohl er sich für eine Schicht eingetragen hat.

Demgegenüber kann Ben sich allerdings jederzeit von einer dritten qualifizierten Person vertreten lassen; dies offensichtlich ohne dass Eatissimo dies vorab genehmigen muss. Sohın unterliegt Ben **keiner persönlichen Arbeitspflicht**.

In Bens Fall ist das Kriterium der **persönlichen Abhängigkeit** daher nicht so eindeutig erfüllt wie bei Alina. Aufgrund der mangelnden Eingebundenheit in den Betrieb, der Verwendung eigener Betriebsmittel, der freien Zeiteinteilung, der Möglichkeit, die Auftragsannahme zu verweigern sowie sich vertreten zu lassen, kann von einem Überwiegen der zu erfüllenden Voraussetzungen nicht ausgegangen werden.

Der **Erfolg der Leistung** kommt Eatissimo zugute (s. o.), allerdings wird das **wirtschaftliche Risiko** bei dem von Ben abgeschlossenen Vertrag in höherem Maße auf Ben übertragen, da dieser bei Bestellrückgängen mit einem niedrigeren Einkommen rechnen muss, weil der Entgeltbestandteil pro Bestellung erheblich höher ist als bei Alina.

Aufgrund des Dauerschuldverhältnisses und der schwachen Ausprägung der Merkmale der persönlichen Abhängigkeit wird Ben sohin auf Basis eines freien Dienstvertrags tätig. Er erbringt seine Dienste zudem in wirtschaftlicher Unterordnung für Eatissimo und weist keine eigenen unternehmerischen Strukturen auf. Daneben geht er keiner weiteren Tätigkeit nach und ist sohin in gewissem Maße wirtschaftlich von Eatissimo abhängig. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass Ben als wirtschaftlich abhängiger **Arbeitnehmerähnlicher** einzustufen ist. Aus diesem Grund gelten für ihn wichtige arbeitsrechtliche Schutzgesetze (ASchG, DHG, GIBG, ASGG, AÜG, AuslBG, KautSchG sowie die Kündigungsfristen des ABGB³). Das UrlG kommt hingegen auf wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmerähnliche nicht zur Anwendung, weshalb Bens Anspruch auf Urlaubersatzleistung nicht zu Recht besteht.

3 NB Für freie Dienstnehmerinnen gilt das MSchG in Teilen, vgl § 1 Abs 5 MSchG.

Ergebnis: In Abwägung aller Umstände ist bei Ben das Vorliegen eines Arbeitsvertrags gem § 1151 Abs 1 ABGB zu verneinen. Da es sich aber dennoch um ein Dauerschuldverhältnis handelt, ist von einem freien Dienstvertrag auszugehen. Aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist Ben wirtschaftlich abhängiger arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer; das URLG kommt dennoch nicht auf ihn zur Anwendung, weshalb der Anspruch zu verneinen ist.

Weiterführende Judikatur und Literatur

OGH 9 ObA 10/99g DRdA 1999, 392 = RdW 1999, 673 = ASoK 1999, 277
(*Karl*)

OGH 9 ObA 40/16x ecolex 2016, 905 (*Windisch-Graetz*) = Arb 13.323 =
DRdA 2017, 121/13 (*Reiner*) = ZAS 2017, 114 (*Schrank*)

OGH 9 ObA 50/18w DRdA-InfAS 2018, 284 = ZAS-Judikatur 2018/106 =
Arb 13.512

Dullinger in *Risak/Lutz* (Hrsg), Arbeit in der Gig-Economy (2017)

Karl/Tomandl/Risak (Hrsg), Wie bewältigt das Recht moderne Formen der
Arbeit? (2016)

Krejci in *Rummel*, ABGB³ § 1151 Rz 36 ff

Rebhahn in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 55 ff

Risak, Arbeits- und sozialrechtliche Absicherung im digitalisierten Arbeits-
markt, SozSi 2017, 25

<https://derstandard.at/2000082024401/Umfrage-Foodora-und-die-Zufriedenheit-der-Mitarbeiter> (abgefragt am 19.7.2019)

<https://derstandard.at/2000097330231/Viele-offene-Stellen-Foodora-stockt-Bezahlung-fuer-Fahrradboten-auf> (abgefragt am 19.7.2019)