

Die Neuorganisation des rechtlichen Schutzes für abhängige Arbeit – kollektivvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und Fragen der betrieblichen Mitbestimmung

Martin E. Risak

I. Zum Arbeitnehmerbegriff

Das österreichische Arbeitsrecht, das nicht in einer Gesamtkodifikation zusammengefasst, sondern auf unterschiedliche Gesetze verteilt ist, knüpft am Begriff des Arbeitnehmers an. Es geht dabei letztlich darum, dass ein Mensch aufgrund freien Entschlusses in persönlicher Abhängigkeit für andere Arbeit leistet.¹ Die historisch verbürgte Schwäche des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, die ein Aushandeln der Arbeitsbedingungen unmöglich machte, erforderte das Einschreiten des Staates zugunsten des wirtschaftlich Schwächeren, dh des Arbeitnehmers. Dieser Schutzcharakter des Arbeitsrechts ist bis in die Gegenwart sein besonderes Merkmal geblieben, da im Regelfall der Arbeitnehmer noch immer der wirtschaftlich Unterlegene ist.² Der Regelungsgrund ist deshalb nicht in erster Linie die persönliche Abhängigkeit (an die die Arbeitsrechtsnormen anknüpfen), sondern die damit nicht notwendig, aber doch typisch verbundene wirtschaftliche Abhängigkeit: der Arbeitnehmer ist für seinen Unterhalt auf das Arbeitseinkommen angewiesen und befindet sich deshalb in einer Unterlegenheitsposition.³ Das Arbeitsrecht hat dieses Element aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit aber insofern formalisiert, als es im einzelnen nicht zum Durchgriff auf die wirtschaftliche Abhängigkeit ankommt.⁴ Die persönliche Abhängigkeit reicht somit für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Normen aus, wenngleich diese ihre Berechtigung aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit herleiten.

Über diesen Kernbereich hinaus weisen arbeitsrechtliche Gesetze jedoch unterschiedliche persönliche und sachliche Anwendungsbereiche auf. Dies erfolgt einerseits derart, dass der Gesetzgeber selbst den Arbeitnehmerbegriff

¹ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I⁴ (1999) 1. Vgl Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht I (1987) 1: "Grundtatbestand des Arbeitsrechts ist abhängige Arbeit für andere"; anders Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht (2001): „Arbeitsrecht ist das Sonderrecht der unselbständig Erwerbstätigen“; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 1: „Arbeitsrecht ist das Recht der unselbständig Tätigen“.

² Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht I⁴, 3.

³ Vgl Mosler, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, in Pichler (Hrsg), Die „neue“ Arbeit – Die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 165.

⁴ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴, 3.

weiter oder enger definiert oder über diesen hinaus noch zusätzliche Personengruppen dem Gesetz unterstellt bzw diese ausnimmt. Der Arbeitnehmerbegriff bzw die Geltungsbereiche arbeitsrechtlicher Gesetze haben dabei letztlich Antwortcharakter auf konkreten Lebenssachverhalte: Inhaltsgestaltung und Abgrenzung sind untrennbar miteinander verbunden. Da die rechtlichen Regelungen (wie zB jene über den Kollektivvertrag und die Betriebsverfassung) in Nuancen unterschiedliche Ziele verfolgen, ist auch ihr persönlicher Geltungsbereich – und somit auch der ihnen zu Grunde liegende Arbeitnehmerbegriff – unterschiedlich ausgestaltet. Dies muss auch bei der Frage der Ausweitung des Geltungsbereiches im Auge behalten werden.

II. Der Kollektivvertrag und dessen Ausdehnung über klassische Arbeitnehmer hinaus

A. Grundsätzliches zum Kollektivvertrag

Löst man den Kollektivvertrag aus seiner speziellen Ausgestaltung in Österreich, so lässt sich dieser als eine von den Parteien selbst als binden angesehene Vereinbarung zwischen einem Verband der Arbeitnehmer und einem oder mehreren Arbeitgebern oder einem Arbeitgeberverband über Arbeitsbedingungen (insb Entgelt) umschreiben.⁵ In Österreich weist er darüber hinaus vor allem drei Besonderheiten auf:

1. Ihm kommt Normwirkung zu, dh er wirkt wie ein Gesetz auch auf nicht am Kollektivvertragsabschluß beteiligte Personen;
2. Ihm kommt, wenn dies die Parteien ausdrücklich so vorsehen sogar absolut zwingende Wirkung zu, dh er kann durch Einzelvereinbarung in keiner Richtung (auch nicht zu Gunsten des Arbeitnehmers) abgeändert werden;
3. Er entfaltet Außenseiterwirkung auf Arbeitnehmerseite, dh er findet auch auf jene Arbeitnehmer Anwendung, die nicht Mitglied einer der kollektivvertragsabschließenden Parteien sind, sofern sie nur bei einem Arbeitgeber beschäftigt sind, der Mitglied einer der Kollektivvertragsparteien ist.

Betrachtet man die **geschichtliche Entwicklung des Kollektivvertrages**, so lassen sich folgende Grundzüge erkennen: Das 19. Jahrhundert war von der liberalen Idee getragen, dass nicht staatliche Regelung, sondern der zwischen den einzelnen Betroffenen frei ausgehandelte Vertrag die Wirtschaftsbeziehungen, so auch das Arbeitsverhältnis, regeln sollte. Dies führte jedoch

⁵ *Rebhahn*, Zum Wirkungsbereich von Kollektivvereinbarungen des Arbeitslebens in den Rechtsordnungen der EU-Staaten, in FS Krejci (2000) 1637; vgl für die USA: *Gifis*, Law Dictionary³ (1991) 80; für GB: Collin ua, Fachwörterbuch Recht (1998) 62; für Deutschland: *Lieb*, Arbeitsrecht⁷ (2000) 158; für die Schweiz: *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht¹⁵ (2002) 237.

auf Grund der realen Gegebenheiten im Gefolge der industriellen Revolution und dem der Aufbruch ständischen Gewerbeverfassung zu eklatanten sozialen Missständen, die vor allem dadurch bedingt waren, dass das Vertragsmodell nur bei annähernd gleichem Verhandlungsgleichgewicht der Parteien befriedigend funktionieren kann. Dieses war jedoch wegen der angespannten Arbeitsmarktlage mit einem Angebotsüberhang auf Seiten der Arbeitnehmer nicht gegeben.⁶ Durch den Kollektivvertrag sollte nun unter Zugrundelegung der bürgerlich-rechtlichen Vertragsfreiheit die beim Einzelvertragsabschluß mögliche faktische Gestaltungsmacht bzw. Übermacht des Arbeitgebers in Bezug auf das Zustandekommen und die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages weitgehend ausgeglichen werden. So gesehen ist der Kollektivvertrag ein wesentlicher Teil der Reaktionen auf das Versagen der bürgerlich-rechtlichen Vertragsfreiheit in Bezug auf den einzelnen Arbeitsvertrag. Der Kollektivvertrag versucht somit, die beim Einzelarbeitsvertrag bloß formale Gleichberechtigung der Vertragspartner zu einer wirklichen Parität zu machen.⁷

Es hängt letztendlich vom Organisationsgrad der am Kollektivvertragsabschluß beteiligten Verbände, vom Ausmaß der Solidarität der Verbandsmitglieder, von der jeweiligen wirtschaftlichen Lage, von den Verflechtungen zwischen Koalition und politischen Parteien und weiteren Faktoren ab, inwieweit Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressenvertretungen gleichgewichtige Verhandlungspartner sind. Je reifer der Entwicklungszustand und je höher der Organisationsgrad der beiderseitigen Verbände ist, desto eher wird ein annäherndes Kräftegleichgewicht vorhanden sein. Eine mächtige Arbeitgeberorganisation kann eine große Gewerkschaft ebenso wenig ausschalten oder vernichten wie umgekehrt. Beide müssen – ob sie das wollen oder nicht – notgedrungen miteinander auskommen und trachten, Kompromisse zu schließen. Das zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem einzelnen Arbeitgeber typischerweise bestehende Machtgefälle kann somit auf der übergeordneten Ebene der Verbände ausgeglichen werden.⁸

Neben dieser im Vordergrund stehende **Funktion des Ausgleiches des auf individueller Ebene bestehenden Ungleichgewichtes auf der Kollektivebene**, bewirkt der Kollektivvertrag weiters eine Typisierung des Inhalts der Arbeitsverträge, auf Grund der ihm immanenten Friedenspflicht eine Friedensordnung, eine Standardisierung der Arbeitsbedingungen und stellt weiters ein Instrument zur autonomen Rechtsschöpfung im Arbeitsrecht dar.

B. Der status quo des österreichischen Kollektivvertragsrechts

Das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) sieht in § 1 Abs 1 ArbVG vor, dass die Regelungen über die kollektive Rechtsgestaltung, wozu auch der Kollektivvertrag zählt, für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem

⁶ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁴, 5.

⁷ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴, 101.

⁸ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁴, 4.

privatrechtlichen Vertrag beruhen, anwendbar sind. Damit wird auf den arbeitsvertraglichen Arbeitnehmerbegriff Bezug genommen, der nach einhelliger Lehre und Rspr auf die Erbringung von Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit abstellt, worauf Prof. *Mazal* in seinem Vortrag eingegangen ist.

Darüber hinaus nimmt Abs 2 *leg cit* einige Personengruppen, die teilweise Arbeitnehmereigenschaft aufweisen, teilweise aber auch nicht, ausdrücklich von den Bestimmungen über den Kollektivvertrag und seinen Substitutionsformen (Satzung, Mindestlohntarif, Lehrlingsentschädigung) aus:

1. Dies erfolgt aus kompetenzrechtlichen Gründen für land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, für die jedoch das einschlägige Bundesgrundsatzgesetz, das Landarbeitsgesetz, sowie die einzelnen Landarbeitsordnungen der Länder dem ArbVG nachgebildete Bestimmungen über den Kollektivvertrag enthalten.
2. Außerdem sind dem Heimarbeitsgesetz unterliegende „Arbeitsverhältnisse“ ausgenommen, die jedoch ohnehin keine Arbeitnehmer iSd Arbeitsvertragsrechts sind, wobei jedoch das HeimAG das dem Kollektivvertrag ähnliche Instrumentarium des Gesamtvertrages vorsieht.
3. Die dritte Gruppe umfasst Arbeitsverhältnisse zu den Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeindeverbände, Gemeinden) und die von diesen verwalteten Betriebe, Unternehmen, Anstalten, Stiftungen und Fonds, für die auf Grund eines Gesetzes Vorschriften Anwendung finden, die den wesentlichen Inhalt des Arbeitsvertrages zwingend festlegen. Diesfalls ist der Inhalt des Arbeitsvertrages durch den Gesetzgeber genau determiniert und in Bezug auf die Bestandssicherheit einem Kollektivvertrag vergleichbar, sodass die Ausnahme sozialpolitisch vertretbar ist⁹ und außerdem für den Kollektivvertrag kein Raum bleibt.

Österreichische Kollektivverträge können neben den Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien (schuldrechtlicher Teil, der nur wie jeder andere Vertrag zivilrechtliche Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien begründet) auch die Arbeitsbedingungen normativ regeln. Der Kernbestand sind dabei die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer (sogen **Inhaltsnormen**). Darunter versteht man all das, was typischerweise regelmäßig wiederkehrender Inhalt von Arbeitsverhältnissen ist.¹⁰ Daneben kann der Kollektivvertrag noch sogenannte Sozialpläne, im untergeordneten Ausmaß betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten (Mitwirkungsbefugnis der Belegschaft bei Durchführung von Sozialplanmaßnahmen und Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung), gemeinsame Einrichtung der Kollektivvertragsparteien und all das regeln, was durch Gesetz dem Kollektivvertrag übertragen wurde.

⁹ *Strasser*, in ArbVG-Handkomm 11.

¹⁰ *Marhold*, in Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht II, Kollektiv-arbeitsrecht² (1999) 59 mwN.

Diese Umschreibung des zulässigen Regelungsinhaltes ist insbesondere deshalb von Bedeutung, da – wie bereits erwähnt – der Kollektivvertrag **Normwirkung** entfaltet, dh auch auf Personen einwirkt, die nicht am Vertragsabschluß beteiligt sind. Gem § 3 Abs 1 ArbVG sind Inhaltsnormen des Kollektivvertrages, dh Bestimmungen die die individuellen Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, **relativ zwingend**. Das bedeutet, dass sie durch Rechtsquellen auf niedrigerer Stufe (Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag) weder aufgehoben noch beschränkt werden können. Es sind somit nur für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen möglich. Darüber hinaus können die Kollektivvertragsparteien den Kollektivvertragsinhalt auch **absolut zwingend** ausgestalten, dh dass jegliche, auch für den Arbeitnehmer günstigere, Regelung in einer untergeordneten Rechtsquelle unzulässig und somit nichtig ist.

Da den Kollektivvertragsparteien somit im Bereich des Arbeitsrechts Normsetzungsbefugnis eingeräumt wurde, ist die Fähigkeit solche Verträge abzuschließen gesetzlich gesondert geregelt. Kraft Gesetzes besitzen gem § 4 Abs 1 ArbVG gesetzliche Interessensvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, deren Willensbildung in der Vertretung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen gegenüber der anderen Seite unabhängig ist, **Kollektivvertragsfähigkeit**. Die wesentlichsten gesetzlichen Interessensvertretungen sind die Kammer der Arbeiter und Angestellten sowie die Kammern der gewerblichen Wirtschaft. Freiwilligen Berufsvereinigungen ist auf Antrag die Kollektivvertragsfähigkeit zuzuerkennen, wenn sie sich in ihren Statuten zur Aufgabe stellen, die Arbeitsbedingungen innerhalb ihres Wirkungsbereiches zu regeln und in einem größeren fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich tätig werden. Darüber hinaus muss die freiwillige Berufsvereinigung vermöge der Zahl der Mitglieder und des Umfanges der Tätigkeit eine maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung haben sowie gegnerunabhängig sein.

C. Kollektivverträge bzw Gesamtverträge auch für Nichtarbeitnehmer?

Betrachtet man die sozial- und gesellschaftspolitische Bedeutung des Kollektivvertrages und die mit ihm verfolgten Zwecke, so stellt sich die Frage, ob es nicht Gruppen von Selbständigen gibt, die gleichermaßen schutzbedürftig erscheinen. In der Folge wird der Ausdruck „Gesamtvertrag“ verwendet, der für dem Kollektivvertrag nachgebildete kollektive Rechtssetzungsinstrumente bereits jetzt von einigen Sondergesetzen (siehe sogleich) gebraucht wird. Damit ist auch die Verwechslung mit dem „klassischen“ Kollektivvertrag ausgeschlossen.

1. Bestehende Möglichkeiten eines Gesamtvertrages für Nichtarbeitnehmer

Im österreichischen Arbeitsrecht sind für zwei Gruppen wirtschaftlich schwacher Selbständiger Möglichkeiten eines Gesamtvertrages vorgesehen, nämlich für Heimarbeiter und Journalisten.

a) Heimarbeitergesamtverträge

Sehr früh schon hat der österreichische Gesetzgeber eine ihm besonders schützenswert erscheinende Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen, die **Heimarbeiter** in einem eigenen Gesetz, im Heimarbeitsgesetz (HeimAG) geregelt.¹¹ Heimarbeiter sind Personen, die in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung und Verpackung von Waren beschäftigt sind (§ 2 Abs 1 lit a HeimAG). Diese Personen sind mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer¹², jedoch auf Grund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit besonders schutzbedürftig. Hingegen ist es ohne Relevanz, ob ein Dauerschuldverhältnis oder eine Folge von Werkverträgen vorliegt.¹³ Das Heimarbeitsgesetz enthält in den §§ 43 ff eine dem Kollektivvertrag nachempfundene Rechtsquelle, die **Heimarbeitsgesamtverträge**. Durch diese können die Heimarbeit betreffende Arbeits- und Lieferungsbedingungen der Heimarbeiter, der Zwischenmeister und der Mittelspersonen sowie die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien des Heimarbeitsvertrages geregelt werden. Im Hinblick auf die „Heimarbeitsgesamtvertragsabschlussfähigkeit“ wird auf die Kollektivvertragsfähigkeit verwiesen, gem § 43 Abs 2 HeimAG sind zum Abschluss von Heimarbeitsgesamtverträgen kollektivvertragsfähige juristische Personen befugt. Damit knüpft das Heimarbeitsgesetz an die Kollektivvertragsfähigkeit des ArbVG an, ohne zu prüfen, ob die nach dem ArbVG geprüften Voraussetzungen (insb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung) auch für den Bereich der Heimarbeit zutreffen.¹⁴ In der Praxis wurden für den Bereich der Heimarbeiter auf Arbeitnehmerseite von den Gewerkschaften die Mindestentgelte für Heimarbeiter bei den Kollektivvertragsverhandlungen mitverhandelt. Das oft gemeinsame Vertragswerk wurde dann einerseits als Kollektivvertrag beim BMWA hinterlegt und andererseits mit der Bezeichnung „Gesamtvertrag“ bei der zuständigen Heimarbeitskommission hinterlegt.¹⁵

¹¹ Daneben sind auch die sogen. Zwischenmeister und die Mittelspersonen von einem Teil der Regelungen umfasst; siehe die Legaldefinition in § 2 Abs 1 lit b und d HeimAG.

¹² OGH Arb 5957; Arb 6689.

¹³ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴, 53.

¹⁴ Adametz, Rechtsfragen des Heimarbeitsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung von Entgeltfestsetzungsproblemen (Diss 1979) 61.

¹⁵ Adametz, Rechtsfragen des Heimarbeitsverhältnisses 63.

Von den Rechtswirkungen her sind die Bestimmungen des Heimarbeitsgesamtvertrages gem § 43 Abs 4 HeimAG relativ zwingend, dh sie können durch Einzelvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Heimarbeitsgesamtvertrag nicht ausschließt (absolut zwingende Wirkung), nur gültig soweit sie für den Heimarbeiter günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Heimarbeitsgesamtvertrag nicht geregelt sind. Weiters ist eine Außenseiterwirkung vorgesehen. Gem § 45 Abs 3 HeimAG treten die Rechtswirkung des Heimarbeitsgesamtvertrages auch für nicht vertragsangehörige Heimarbeiter ein, die von einem vertragsangehörigen Auftragsgeber beschäftigt werden.

b) Gesamtverträge für ständige freie (journalistische) Mitarbeiter

Verhältnismäßig jung sind hingegen die Regelungen im **Journalistengesetz** (JournG) betreffend die Möglichkeit des Abschlusses eines **Gesamtvertrages für ständige freie Mitarbeiter**, die mit der Novelle BGBl I 1999/178 geschaffen wurde und die dem Heimarbeitsgesamtvertrag nachgebildet ist. Ein ständiger freier Mitarbeiter ist gem der Legaldefinition des § 16 Abs 1 JournG¹⁶ wer – ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen – in ein Medienunternehmen oder Mediendienst (ausgenommen dem ORF) an der inhaltlichen Gestaltung eines Medium oder der Mitteilungen eines Mediendienstes journalistisch mitwirkt, ferner diese journalistische Tätigkeit ständig und nicht bloß als Nebenberuf ausübt, im wesentlichen persönlich erbringt und über keine unternehmerische Struktur verfügt. Durch diese Gesamtverträge können die Honorarbedingungen und Aufwandsätze der ständigen freien Mitarbeiter sowie die Rechtsbeziehungen der Gesamtvertragsparteien geregelt werden (§ 17 Abs 1 JournG). Zum Abschluss von Gesamtverträgen sind kollektivvertragsfähige juristische Personen befugt. Damit wird - ebenso wie im HeimAG - an die Kollektivvertragsfähigkeit angeknüpft. Die Bestimmungen in den Gesamtverträgen sind relativ zwingend und können von den Gesamtvertragsparteien auch absolut zwingend ausgestaltet werden. Ebenfalls enthalten ist eine Außenseiterwirkung, dh dass auch für nicht vertragsangehörige ständige freie Mitarbeiter, die von einem vertragsangehörigen Medienunternehmen (Mediendienst) beschäftigt werden, der Gesamtvertrag gilt (§ 19 Abs 3 JournG).

c) Möglichkeiten kollektiver Rechtssetzung in anderen Rechtsbereichen

Betrachtet man die Möglichkeiten kollektiver Rechtssetzung in anderen Rechtsbereichen, so sind die **Gesamtverträge betreffend die Verwertung von Urheberrechten** zu nennen. Das Verwertungsgesellschaftengesetz (BGBl 1936/112) sieht die Begründung von Unternehmen, zur Verwertung von Vortrags- oder Senderechte vor, welche Gesamtverträge betreffend die entgeltliche

¹⁶ Krit dazu *Runggaldier*, Kollektive Normsetzung für „ständige freie Mitarbeiter“ – krit Anmerkungen zum Entwurf einer Novelle des Journalistengesetzes, RdW 1999, 533.

Erteilung der Werknutzungsbewilligung mit den nach ihrem sachlichen Wirkungsbereich dazu berufenen öffentlich-rechtlichen Berufsorganisationen abschließen kann (§ 6 VerwertungsgesellschaftenG). Daneben sind auch Gesamtverträge mit freien Vereinigungen von Veranstaltern möglich, die vom Bundesminister für Unterricht die Befähigung zum Abschluss von Gesamtverträgen zuerkannt bekommen haben. Die Gesamtverträge haben insb Bestimmungen über die Höhe sowie über die Art der Berechnung und Entrichtung des Werknutzungsentgelts zu enthalten (§ 7 Abs 2 VerwertungsgesellschaftenG). Vom Gesamtvertrag abweichende Vereinbarungen sind, soweit sie der Gesamtvertrag nicht ausschließt, nur dann gültig, wenn sie für den Veranstalter günstiger sind und die Veranstalterorganisation dieser Begünstigung zustimmt.

Ebenfalls einem Kollektivvertrag ähnlich sind die **Gesamtverträge im Krankenversicherungsrecht**. Diese werden vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger für die Träger der Krankenversicherung mit den jeweiligen Landesärztekammern (bzw der Österreichischen Ärztekammer) abgeschlossen. Der Gesamtvertrag hat gesetzlich vorgesehene Regelungsinhalte, wobei sich im Anhang die Honorarordnung befindet, die festlegt in welcher Höhe die Leistungen des Arztes von der Kasse abgegolten werden. Der einzelne Arzt schließt dann in der Folge mit dem Krankenversicherungsträger einen Einzelvertrag, der dem Gesamtvertrag inhaltlich entsprechen muss. Der Gesamtvertrag hat somit absolut zwingende Wirkung.¹⁷

2. Deutschland: Die Ausdehnung des Tarifvertrages auf arbeitnehmerähnliche Personen

§ 12a des deutschen Tarifvertragsgesetzes (TVG)¹⁸ enthält eine Sonderbestimmung betreffend die arbeitnehmerähnlichen Personen. Demnach gelten die Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes entsprechend für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und (a) überwiegend für eine Person tätig sind oder (b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts (für Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen, sowie für Personen, die an der Erbringung, insbesondere der technischen Gestaltung solcher Leistung unmittelbar mitwirken mindestens ein Drittel des Entgelts) zusteht, dass ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht.

Diese Bestimmung wurde durch das Gesetz zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes 1974 in das TVG eingefügt. In der Folge wurden vor allem im Bereich der Medien zahlreiche Tarifverträge geschlossen, sodass die Bedeutung des § 12a TVG primär im Bereich der „freien Mitarbeiter“ der Rundfunk-

¹⁷ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen⁴ (2002) 77.

¹⁸ Der in Deutschland verwendete Begriff des Tarifvertrages entspricht dem in Österreich gebräuchlichen Begriff des Kollektivvertrages.

anstalten zu suchen ist. Wengleich die amtliche Überschrift „Arbeitnehmerähnliche Personen“ den Eindruck erweckt, eine allgemeine Definition der arbeitnehmerähnlichen Personen zu enthalten und die Tarifautonomie auf sie auszudehnen, so ergibt sich jedoch aus dem Ausschluss der wichtigen Gruppe der Handelsvertreter in § 12a Abs 4 TVG, aus dem Aufbau des Gesetzes, insb den Erweiterungen für Journalisten iwS sowie aus den Vorarbeiten des Gesetzgebers, dass eine bestimmte Zielgruppe angesprochen werden sollte, nämlich die sogenannten freien Mitarbeiter der Medien, der Kunst sowie in Wissenschaft und Forschung und auch insofern eine einzelne Untergruppe, nämlich die freien Mitarbeiter der Rundfunk- und Fernsehanstalten in Deutschland.¹⁹

3. Welche Nicht-Arbeitnehmer kommen für einen Gesamtvertrag in Frage?

Die Ursache für die Selbstorganisation und den Vorrang des Kollektivprinzips ist die wirtschaftlichen Unterlegenheit einer der Vertragsparteien, nämlich jener des Arbeitnehmers. Ein Selbständiger kann sich in einer ähnlichen Unterlegenheitsposition befinden, wenn er einerseits höchstpersönlich Arbeitsleistungen erbringt und andererseits wirtschaftlich schwach ist, sodass ihm keine Alternativen zum konkreten Vertragsabschluß zur Verfügung stehen. Damit hat man es mit zwei Vertragsparteien zu tun, die typischerweise unterschiedliches Gewicht in die Verhandlungen einbringen. Es besteht deshalb die Gefahr eines nicht sozialverträglichen individuellen Vertragsabschlusses. Ist diese Gefahr gegeben, so besteht bei dieser Gruppe der persönlich Selbständigen ein gleichartiges Schutzbedürfnis wie bei „klassischen“ Arbeitnehmern. Es liegt daher nahe, gewisse Ausprägungen des im traditionellen Arbeitsrecht verwirklichten Schutzprinzips, das auf die wirtschaftliche Unterlegenheit gründet, auf alle wirtschaftlich schwachen persönlich Arbeitenden auszudehnen. Zu denken ist dabei insbesondere an die Möglichkeit, die Vertragsbedingungen auf kollektiver Ebene zu gestalten, dh letztlich das Modell des Kollektivvertrages auch Selbständigen zugänglich zu machen. Damit würde das auf individueller Ebene bestehen Ungleichgewicht auf kollektiver Ebene ausgeglichen werden.²⁰

Denkbar ist dabei, auf den in der österreichischen Rechtsordnung bereits etablierten, wengleich ein wenig ein Schattendasein führenden Begriff der „**arbeitnehmerähnlichen Personen**“ zurückzugreifen. Dies sind Personen, die, „ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind.“²¹

Auf diese arbeitnehmerähnlichen Personen sind bereits jetzt einige arbeitsrechtliche Gesetze anwendbar:

¹⁹ Wank, in Wiedemann, TVG-Komm⁶ (1999) § 12a Rn 20, 23.

²⁰ Tomandl, in Pichler, Rechtliche Strategien, 17.

²¹ Vgl § 1 Abs 1 DNHG, § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, § 3 Abs 4 AÜG.

- das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, welches eine Minderung der Ersatzpflicht für Schäden, die ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber mittelbar oder unmittelbar zufügt vorsieht;
- das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz;
- das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz sowie
- das Ausländerbeschäftigungsgesetz.
- Nach der Rspr sind weiters die wirtschaftliche Schwäche in vergleichbarer Weise berücksichtigende Vorschriften, wie zB jene des Kautionschutzes²², des Schutzes vor übermäßigen Wettbewerbsbeschränkungen,²³ sowie die Anwendung der Grundsätze des Judikats 33 betreffend die (Nicht-)Rückzahlung von gutgläubig verbrauchten Überbezügen.²⁴

Auf die für die Begründung der Arbeitnehmerähnlichkeit wesentliche **wirtschaftliche Unselbständigkeit** deuten nach der Rechtsprechung folgende Merkmale hin, welche jedoch nicht alle vorliegen müssen (wesentlich ist dabei das Überwiegen):

- die Tätigkeit erfolgt nur für einen oder nur eine sehr eingeschränkte Anzahl von Auftraggebern,;
- die Tätigkeitsausübung dauert über einen längeren Zeitraum an;
- die menschliche Arbeitsleistung steht im Vordergrund;
- es liegt keine nennenswerte unternehmerische Struktur vor;
- Wettbewerbsverbote sowie
- die Verwendung der Arbeitsmittel des Vertragspartners.

Es ist mE zweckmäßig auf diesen der Dogmatik und Judikatur bereits bekannten Begriff zurückzugreifen, insbesondere, da dieser auf die „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ abstellt, welche letztlich die Ursache für den Abschluss von Kollektivverträgen ist. Als Alternativen zur Abgrenzung der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen von den sonstigen Selbständigen bieten sich neben der wirtschaftlich-sozialen Stellung, der Rückgriff auf das Einkommen, sowie schließlich einzelne Berufsbilder an. Der österreichische Gesetzgeber hat sich in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich entschieden: in den bereits erwähnten Gesetzen wird mit der Anknüpfung an die „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ auf die **wirtschaftlich-soziale Stellung** abgestellt. Eine bestimmte **Einkommenshöhe** ist derzeit in Österreich kein Anknüpfungspunkt. In Deutschland wird hingegen in § 5 Abs 3 Satz 1 ArbGG iVm § 92a HGB für Einfirmentreter eine bestimmte Verdiensthöhe zur Kennzeichnung des Personenkreises benutzt, der der Arbeitsgerichtsbarkeit unterworfen ist. Am **Berufsbild** schließlich orientiert sich das Recht der Heimarbeiter sowie der ständig freien journalistischen Mitarbeiter (siehe unter Pkt 2.3.1.1. und 2.3.1.2.).²⁵

²² OGH 7.4.1987, 14 Ob A 10/87, DRdA 1990, 213 (*Jabornegg*).

²³ OGH 7.4.1981, 4 Ob 518/81, Arb 10.025 – Konkurrenzklausele.

²⁴ OGH 13.6.1978, 4 Ob 36/78, ZAS 1970, 170 (*Zemen*).

²⁵ Vgl für Deutschland *Wank*, in Wiedermann, TVG Komm⁶ (1999) § 12a Rz 41.

Auf einen alternativen Ansatz, nämlich jenen von *Tomandl*²⁶, möchte ich näher eingehen: Dieser stellt de lege ferenda auf folgende zwei Kriterien ab: (1) die Dauer der tatsächlichen Rechtsbeziehung mit dem Vertragspartner und (2) die Höhe des gebührenden Entgelts. Er würde wirtschaftliche Unterlegenheit dann annehmen, wenn (1) ein Vertragsverhältnis auf bestimmte bzw. unbestimmte Zeit eingegangen wird oder zwischen den selben Parteien gleichartige Verträge wiederholt abgeschlossen werden und wenn (2) aus dem Vertragsverhältnis ein Entgelt bezogen wird, das monatlich die Höchstbeitragsgrundlage in der Sozialversicherung nicht übersteigt. Ungeeignet erscheint ihm hingegen die Anzahl der gleichzeitig bestehenden Vertragsverhältnisse als Abgrenzungsmerkmal. Da die Zahl solcher Verhältnisse ständigen Schwankungen unterliegen kann, könnte sich die rechtliche Qualifikation des zwischen den beiden Vertragsparteien bestehenden Rechtsverhältnisses bei völlig gleich bleibendem Inhalt immer wieder verändern und das anhand von Umständen, die mit dem Beziehungen zwischen den beiden Vertragspartnern nichts zu tun haben. Derartige Schwankungen der Rechtsgrundlagen erscheinen ihm deshalb unzweckmäßig. ME ist ein Abstellen auf die Anzahl der Vertragsverhältnisse jedoch dann unproblematisch, wenn dies ein Kriterium unter vielen eines Typusbegriffes ist, bei dem es auf das Überwiegen der typischen Merkmale ankommt.

Auf die Vertragsdauer abzustellen, ist mE jedoch nur dann praktikabel, wenn ein Dauerschuldverhältnis über längere Zeit vorliegt. Schwieriger wird es schon bei einem Zielschuldverhältnis, das über längere Zeit andauert (zB ein Architekt, der nur für einen Bauträger arbeitet) und echte Schwierigkeiten treten vor allem dann auf, wenn immer wieder mehrere Verträge aneinander gereiht werden. Deshalb würde ich auf dieses Kriterium, das bislang in der Diskussion keinen großen Raum einnimmt, verzichten. Im Sozialrecht wurde bereits bei dem – inzwischen wieder aufgegebenen Versuch – dienstnehmerähnliche Beschäftigte im ASVG zu verankern, auf die „Regelmäßigkeit der Beschäftigung“ abgestellt, die insbesondere dann anzunehmen war, wenn einer der Auftraggeber innerhalb der letzten sechs Monate mehr als drei Vereinbarungen abgeschlossen hat oder sich die vereinbarte Tätigkeit über mehr als zwei Kalendermonate erstreckt.²⁷ Diese Regelung ist auf Kritik gestoßen, da mit diesen starren Grenzen Umgehungsversuche geradezu provoziert wurden²⁸ und wurde letztlich als verfassungswidrig aufgehoben²⁹, wobei jedoch aus der Begründung hervorging, dass die ausdrücklich angeführte Regelmäßigkeit das einzige konkrete gesetzliche Einordnungskriterium war.

Das Abstellen auf eine bestimmte Entgelthöhe – wie dies in Deutschland zB bei den Einfirmenvertretern betreffend deren Unterstellung unter die Arbeitsgerichtsbarkeit gewählt wurde (und dort auch praktikabel sein mag) –

²⁶ *Tomandl*, in Pichler, *Rechtliche Strategien*, 16.

²⁷ 53. ASVG-Novelle, BGBl 1996/411.

²⁸ *Grillberger/Mosler*, *Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige* (1988) 6.

²⁹ VfGH 14.3.1997, G 392, 398, 399/96, ZAS 1997, 140 (*Aigner*).

erscheint zwar auf den ersten Blick sehr einfach, birgt jedoch Tücken im Detail. Letztlich wüsste man erst nach schwierigen Nachforschungen der sonstigen Einkommensverhältnisse des Vertragspartners, ob diese Person einem Gesetz oder Kollektivvertrag unterliegt oder nicht. In Zuge der bereits vorher angesprochenen sozialrechtlichen Versuche der Ausweitung der Versicherungspflicht, gab es eine Regelung, wonach rechtlich selbständige Dienst-(Auftrag)geber, die konzernmäßig verbunden sind oder Absprachen untereinander getroffen haben, für die Feststellung der Pflichtversicherung als ein Dienst-(Auftrag)geber gelten. Diese wurde als verfassungswidrig aufgehoben, da die Schwierigkeiten festzustellen, ob diese Voraussetzungen vorliegen, den Dienst-(Auftrag)nehmer unverhältnismäßig belasten.³⁰ Da ja Selbständige – seien sie auch wirtschaftlich abhängig – schwankendes Einkommen aufweisen, ist es sehr schwierig, ex ante einen Befund über die Einkommenshöhe abzugeben. Im Sozialrecht behilft man sich dabei mit Erklärungen des Versicherten und einer nachträglichen Feststellung der Beitragsgrundlage. Es erscheint jedoch nicht zweckmäßig, ex post jemanden in einen Gesamtvertrag einzubeziehen oder nicht, da die im Vordergrund stehende Frage des Mindestentgelts vor bzw beim Vertragsabschluß zu klären ist.

Im Ergebnis ist es somit mE sinnvoll, dem Kollektivvertrag nachgebildete Gesamtverträge für arbeitnehmerähnliche Personen, wie diese bereits jetzt in einigen arbeitsrechtlichen Gesetzen definiert sind, vorzusehen.

D. Praktische Fragen des Gesamtvertragsabschlusses bei Nicht-Arbeitnehmern

1. Fehlende Interessenvertretungen arbeitnehmerähnlicher Personen

Ein Gesamtvertrag setzt voraus, dass sich die „arbeitnehmerähnlichen“ Selbständigen organisieren und es mit Gruppen typischer Auftraggeber zu Abschlüssen kommt. Dabei ist zu beachten, dass sich nur solche Gruppen arbeitnehmerähnlicher Personen zum Zwecke der Vereinbarung gesamtvertraglicher Regelungen organisieren werden, deren Interessen sich kollektiv zusammenfassen lassen und deren Beschäftigungsverhältnisse wenigstens zum großen Teil typisierbar und damit kollektiv regelbar sind.³¹ Die Selbstorganisation der arbeitnehmerähnlichen Personen, die historisch keine Tradition hat und die als Gruppe nicht sehr homogen sind und die auch, anders als klassische Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebes kaum in einen gegenseitigen Austausch tritt, bzw auf eine betriebliche Basisorganisation bauen kann, wird – wenn sie überhaupt im ausreichenden Ausmaß möglich ist – einige Zeit in Anspruch nehmen (vgl die Probleme repräsentativer Verbände von Psychotherapeuten und sonstiger Erbringer nicht-ärztlicher medizinischer Dienstleistun-

³⁰ VfGH 14.3.1997, G 392, 398, 399/96, ZAS 1997, 140 (*Aigner*).

³¹ Vgl *Wlotzke*, Neuerungen im gesetzlichen Arbeitsrecht. Das Gesetz zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften, DB 1974, 2252 (2258).

gen im Bereich des krankenversicherungsrechtlichen Gesamtvertrages). Es ist deshalb zu überlegen, ob bereits bestehende Organisationen für die Vertretung arbeitnehmerähnlicher Personen und einen Gesamtvertragsabschluß nutzbar gemacht werden können.

2. Einräumung der Gesamtvertragsfähigkeit an bereits kollektivvertragsfähige Personen

Denkbar ist es in diesem Zusammenhang, **bereits bestehende kollektivvertragsfähige juristische Personen** – wie dies bereits im JournalG und HeimAG geschehen ist - **gesamtvertragsfähig** zu machen.

Bezüglich der gesetzlichen **Interessenvertretung der Arbeitnehmer** (Kammer für Arbeiter und Angestellte) würde keine Gesamtvertragsfähigkeit bestehen, da diese auf Grund ihres gesetzlichen Auftrages nur Arbeitnehmer und nicht arbeitnehmerähnliche Personen vertreten.³² Es ist aber denkbar und mE wegen der Homogenität der Interessen auf gesamtwirtschaftlicher Ebene auch sinnvoll, auch arbeitnehmerähnliche Personen – wie dies bereits bei den Heimarbeitern in § 10 Abs 1 Z 6 Arbeiterkammergesetz passiert ist – in die Zugehörigkeit der Arbeiterkammer aufzunehmen. Damit würde auf Seite der arbeitnehmerähnlichen Personen eine gesetzliche Interessenvertretung bestehen, die Gesamtverträge abschließen könnte. In der Kollektivvertragspraxis ist es jedoch so, dass die Arbeiterkammern ihre Kollektivvertragsfähigkeit nicht ausüben, sondern die Abschlüsse durch die Gewerkschaften getätigt werden. Es ist deshalb anzunehmen, dass auch für arbeitnehmerähnliche Personen einen solche Tendenz bestehen dürfte.

Sollten die arbeitnehmerähnlichen Personen eine Gewerbeberechtigung besitzen, wären sie Mitglied der **Wirtschaftskammer** bzw ihrer Unterorganisationen, die kollektivvertragsfähig sind. Der VwGH³³ hat im Zusammenhang mit dem Heimarbeitergesamtvertrag ausgesprochen, dass der Abschluss eines Gesamtvertrages über die Zwischenmeisterentlohnung zwischen der gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber (im Anlassfall die Bundesinnung der Kleidermacher, die zugleich gesetzliche Vertretung der Zwischenmeister ist) und der Bundeswirtschaftskammer als der gesetzlichen Interessensvertretung der Auftraggeber unzulässig ist: Soweit das Gesetz den Zwischenmeistern den Auftraggebern gegenüber eine dienstnehmerähnliche Stellung einräumt, können ihre Interessen gegenüber Auftraggebern nicht von einer gesetzlichen Interessenvertretung der Auftraggeber (dh Arbeitgeber) wahrgenommen werden.

Damit ist die **Gegnerunabhängigkeit** als Voraussetzung der Kollektivvertragsfähigkeit gesetzlicher Interessenvertretungen angesprochen. Damit sollen grundsätzlich Doppelvertretungen ausgeschlossen werden und Kollektivverträge zwischen einer gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber und jener der Arbeitnehmer abgeschlossen werden. Doch schon die Gesetzesmate-

³² Runggaldier, RdW 1999, 534.

³³ VwGH 22.9.1960, VwSlg 5366 (A).

rialien gestehen einer Interessenvertretung sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite die Kollektivvertragsfähigkeit zu, wenn diese vom Gesetzgeber so organisiert ist, dass ihr sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer angehören (ständische Interessenvertretung zB Ärzte-, Notariats- und Apothekerkammern) und sowohl die Arbeitgeber, als auch die Arbeitnehmerseite in der Willensbildung voneinander völlig unabhängig sind (zB in der Notariatskammer hinsichtlich der Gruppe der Notare und der Notariatskandidaten).³⁴ Demnach muss jenes Gremium, das über den Abschluss eines Kollektivvertrages bestimmt, entweder nur aus Vertretern der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer bestehen sowie dürfen keine Personen beiden Gremien angehören.³⁵ Legt man diese Kriterien zugrunde, so scheiden die Wirtschaftskammern (Landeskammern und Wirtschaftskammer Österreich) sowie ihre mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Fachgruppen und Fachverbände als Interessenvertretung mangels unterschiedlicher Gremien für arbeitnehmerähnliche Personen und deren Vertragspartner zur Vertretung der arbeitnehmerähnlichen Personen hinsichtlich des Abschlusses von Gesamtverträgen aus. Es ist aber durchaus möglich, durch die Schaffung eigener in der Willensbildung voneinander unabhängiger Gremien diesbezüglich Gesamtvertragsfähigkeit herzustellen.

Denkbar ist es auch, dass die **freiwilligen Berufsvereinigungen der Arbeitnehmer**, dh de facto der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) und seine Fachgewerkschaften, Gesamtverträge abschließen, soweit dies durch die Satzung der in Österreich als Verein konstituierten Gewerkschaften gedeckt ist. In der Praxis ist es bereits jetzt der Fall, dass die Gewerkschaften Heimarbeitsgesamtverträge abschließen³⁶ bzw eine Fachgruppe der freien Mitarbeiter innerhalb der Sektion Journalisten der Gewerkschaft Kunst, Medien, freie Berufe besteht.³⁷ Diesfalls ist die Gegnerunabhängigkeit kein Problem, solange die arbeitnehmerähnlichen Personen nicht auf Grund einer Gewerbeberechtigung Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft sind bzw als Arbeitgeber auftreten.

ME ist – unter Berücksichtigung der Praxis im Kollektivvertragsrecht - eine Anknüpfung an die Kollektivvertragsfähigkeit für eine **Übergangsphase** bis zur Etablierung eigener freiwilliger Interessenvertretungen arbeitnehmerähnlicher Personen zweckmäßig. Ziel sollte jedoch sein, eigene freiwillige Interessenvertretungen zu etablieren. Deshalb ist eine eigene Gesamtvertragsfähigkeit ähnlich der Kollektivvertragsfähigkeit gem § 4 Abs 2 ArbVG gesetzlich vorzusehen (was in den derzeitigen Spezialgesetzen nicht der Fall ist, sodass de facto ein Vertretungsmonopol des ÖGB für diese Personengruppen besteht³⁸). Daneben sollte auch ein Vorrang der Interessenvertretung der ar-

³⁴ EB zur RV 840 Blg NR 13. GP 57.

³⁵ Stärker, Die Kollektivvertragsfähigkeit der Ärztekammer (2001) 8.

³⁶ Adametz, Rechtsfragen des Heimarbeitsverhältnisses 63.

³⁷ Runggaldier, Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in FS Schnorr (1988) 251 (263).

³⁸ Runggaldier, RdW 1999, 534.

beitnehmerähnlichen Personen gegenüber jener bestehen, die nur kraft Kollektivvertragsfähigkeit gesamtvertragsfähig ist. Vorbild dafür könnte der Vorrang der freiwilligen vor der gesetzlichen Interessensvertretung in § 6 ArbVG sein. Damit ist jedoch der ÖGB bzw eine seiner Fachgewerkschaften nicht von der Vertretung der arbeitnehmerähnlichen Personen ausgeschlossen, es müsste jedoch Gesamtvertragsfähigkeit gesondert zuerkannt werden.

E. Alternativen zum Kollektivvertrag/Gesamtvertrag

1. Gesetzlicher Anspruch auf angemessenes Entgelt

Denkbar ist, insbesondere auch um einen Anreiz zum Abschluss von Gesamtverträgen auch auf Auftraggeberseite zu schaffen, einen gesetzlichen Anspruch auf ein Mindestentgelt in Form angemessenen Entgelts einzuräumen. Für arbeitnehmerähnliche Personen, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden, besteht bereits ein solcher Anspruch (§ 10 AÜG). Diese Einräumung eines zwingenden gesetzlichen Anspruchs auf angemessenes Entgelt könnte darüber hinaus auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen ausgedehnt werden. Der Richter hätte dann die Möglichkeit, in flexibler Weise die Angemessenheit festzustellen.³⁹ Dabei wird in den meisten Fällen, es sei denn die persönliche Unabhängigkeit rechtfertigt Differenzierungen, auf das Entgelt zurückzugreifen sein, das vergleichbare Arbeitnehmer verdienen. ME ist dabei aber nur auf das diesen zu zahlende kollektivvertragliche Mindestentgelt abzustellen, eine Überzahlung ist nur dann zu berücksichtigen, wenn diese im Unternehmen an vergleichbare Arbeitnehmer tatsächlich gewährt wird. Eine bloß ortsübliche, nicht aber unternehmensübliche Überzahlung ist hingegen – sollte es vergleichbare Arbeitnehmer im Unternehmen geben – aus Gründen der sonstigen Bevorzugung arbeitnehmerähnlicher Personen gegenüber Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen.⁴⁰

Diese Regelung sollte mE jedoch **gesamtvertragsdispositiv** ausgestaltet sein, sodass die Angemessenheitsprüfung des Entgelts nur dann zur Anwendung kommt, wenn kein anwendbarer Gesamtvertrag vorliegt.

2. Gesetzliches Diskriminierungsverbot

Überlegenswert ist weiters ein Diskriminierungsverbot arbeitnehmerähnlicher Personen gegenüber (echten) Arbeitnehmern.⁴¹ Solche Diskriminierungsverbote bestehen bereits in vielen Bereichen bezüglich spezieller Arbeitnehmergruppen zB für Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen (§ 2b AVRAG) oder Teilzeitbeschäftigte (§ 19d Abs 6 AZG) bzw allgemein hinsichtlich des Geschlechts im Gleichbehandlungsgesetz oder auf Grund des

³⁹ Tomandl, in Pichler, Rechtliche Strategien 17.

⁴⁰ Anders hinsichtlich überlassener Arbeitnehmer in der überlassungsfreien Zeit OGH 13.12.2001, 8 Ob A 226/01w, DRdA 2002, 307 (Schindler).

⁴¹ Vgl Tomandl, in Pichler, Rechtliche Strategien 17.

arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Damit wäre sichergestellt, dass Differenzierungen zwischen diesen in wirtschaftlicher Hinsicht gleichermaßen schwachen Personengruppen nur dann zulässig sind, wenn diese eine sachliche Rechtfertigung aufweisen.

Diese Rechtfertigung kann selbstverständlich auch darin liegen, dass bestimmte Sachfragen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche unterschiedlich zu lösen sind (zB eine Anknüpfung an die Eingliederung in den Betrieb hinsichtlich der kostenlosen Zurverfügungstellung von Arbeitskleidung).

Der Vorteil des Diskriminierungsverbotes würde vor allem in der **Beweislastverteilung** bzw dem **Beweismaß** für die Diskriminierung liegen, die folgendermaßen ausgestaltet sein könnte: Die arbeitnehmerähnliche Person müsste ihre Arbeitnehmerähnlichkeit und die Schlechterbehandlung vergleichbarer Arbeitnehmer beim Auftraggeber beweisen, sowie glaubhaft machen, dass diese wegen der Eigenschaft als arbeitnehmerähnliche Person erfolgt ist. Der Auftraggeber hingegen könnte die sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung ebenfalls glaubhaft machen und würde obsiegen, wenn eine höhere Wahrscheinlichkeit für dieses (sachliche) Motiv sprechen würde.⁴²

3. Mindestlohtarife durch paritätisch besetzte Kommissionen

Denkbar ist weiters, dass für den Fall der fehlenden Bereitschaft zum Abschluss von Gesamtverträgen der Erlassung von Mindestentgelttarifen seitlich einer staatlichen – sinnvollerweise paritätisch besetzten – Behörde vorgesorgt wird.⁴³ Ich persönlich tendiere zu einer flexibleren und weitaus weniger verwaltungsaufwendigen Lösung im Wege des angemessenen Entgelts, sehe jedoch in punkto Rechtssicherheit die Vorteile klarer betragsmäßiger Festsetzung von Mindestentgelten.

Es besteht bereits jetzt die Möglichkeit der Erlassung von Heimarbeitsstarifen durch die Heimarbeitskommission (§ 34 HeimAG), deren Mitglieder auf Vorschlag der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, sowie der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, der die Heimarbeiter trotz mangelnder Arbeitnehmereigenschaft angehören (§ 10 Abs 1 Z 6 Arbeiterkammergesetz), im Einvernehmen mit dem Österreichischen Gewerkschaftsbund bestellt werden. Auch im Verwertungsgesellschaftengesetz ist die Möglichkeit der Erlassung einer Satzung durch eine paritätisch besetzte – ad hoch zu gründenden – Schiedskommission, welche die Wirkung eines Gesamtvertrages hat (§ 10 Verwertungsgesellschaftengesetz) vorgesehen.

⁴² Vgl *Jöst/Risak*, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97 (99).

⁴³ *Binder*, Diskussionsbeitrag, in Pichler (Hrsg), Rechtliche Strategien zur Bewältigung der Wandlungen im Erwerbsleben (2000) 125 schlägt daneben auch die Möglichkeit von Satzungserklärungen vor. Dies erscheint mir jedoch nicht sinnvoll, da diese nach dem Verständnis des ArbVG letztlich die Ausweitung des persönlichen Geltungsbereiches eines Kollektivvertrages vorsehen, jedoch mE nicht ein KV 1:1 übertragen werden sondern an die besonderen Verhältnisse arbeitnehmerähnlicher Personen angepasst werden soll.

Sollte man sich für die Erlassung von Mindestlohntarifen durch paritätisch besetzte Kommissionen entscheiden, müsste in einem ersten Schritt eine gesetzlich geregelte repräsentative Vertretung der arbeitnehmerähnlichen Personen sichergestellt werden. Mir erscheint dabei eine Vertretung durch die Arbeiterkammern sinnvoll, bin mir aber bewusst, dass zahlreiche arbeitnehmerähnliche Personen mit Gewerbeberechtigung bereits von der Wirtschaftskammerorganisation vertreten werden – damit stellt sich spätestens hier die Frage nach deren Zuordnung zu einer gesetzlichen Interessenvertretung.

III. Die Einbeziehung von Nicht-Arbeitnehmern in die Betriebsverfassung

A. Grundsätzliches zur Betriebsverfassung

Durch die rechtliche Ordnung und Organisation der Arbeitnehmer in einem Betrieb und die Einräumung von Rechten und Befugnissen erhält der Betrieb eine "Verfassung"⁴⁴, weshalb das ArbVG diese Normen unter dem Titel "**Betriebsverfassung**" zusammenfasst. Diese regelt abschließend insb. die Organisation der Mitglieder der Belegschaft untereinander und die Vertretung der Belegschaft, insb gegenüber dem Betriebsinhaber.⁴⁵ Durch das Betriebsverfassungsrecht werden die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesamtheit der Arbeitnehmer eines Betriebes/Unternehmens/Konzerns, der Betriebs-/Unternehmens-/Konzern-**Belegschaft**, und dem Betriebsinhaber rechtlich geordnet. Die Belegschaft wird deshalb als eigene juristische (Teil-)Person gesetzlich konstituiert, die durch ihre Organe (insbesondere den Betriebsrat) handelt und gegenüber dem Betriebsinhaber mit Rechten ausgestattet ist. Diese Zusammenfassung ist deshalb möglich, da zwischen den Arbeitnehmern selbst bei größeren Belegschaften ungeachtet ihrer fachlichen, entgeltmäßigen und hierarchischen Strukturierung im Prinzip eine natürliche Interessengemeinschaft besteht. Diese ist einerseits in der Gleichartigkeit der wesentlichen Arbeitsbedingungen aber auch darin begründet, dass ihre wirtschaftliche und soziale Lage im wesentlichen gleich ist.⁴⁶

Gesetzlich erklärtes Ziel des Betriebsverfassungsrechtes ist die Herbeiführung eines Interessenausgleiches zum Wohle der Arbeitnehmer und des Betriebes (§ 39 Abs 1 ArbVG). Es geht dabei in sozialpolitischer Hinsicht darum, die Arbeitsbedingungen im Betrieb zu verbessern, was vor allem dadurch erreicht wird, dass dem Arbeitgeber durch den Arbeitsvertrag eingeräumte Weisungsrecht in einzelnen wichtigen Fragen einer Mitwirkung durch

⁴⁴ Mayer-Maly/Marhold, Arbeitsrecht II²², 6, 124; vgl RV 840 BlgNR 13. GP 45.

⁴⁵ Floretta, ArbVG-Handkomm XXVIII; vgl auch Kuderna, Über die rechtliche Problematik der Vertretung der Arbeitnehmerschaft in Betrieben auf Grund privatautonomer Gestaltung, DRdA 2000, 103.

⁴⁶ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴, 242.

Vertreter der Belegschaft unterworfen wird.⁴⁷ Auf diese Weise wird das Moment der persönlichen Abhängigkeit, das dem Arbeitsverhältnis ja das Gepräge gibt, in seinen Auswirkungen auf die Arbeitnehmer wesentlich gemildert. Es geht letztlich im wesentlichen darum, die Fremdbestimmtheit des Arbeitnehmers, dh seine persönliche Abhängigkeit in einem gewissen Maße einzuschränken.⁴⁸ Das erste das Betriebsverfassungsrecht in Österreich regelnde Gesetz, das Betriebsrätegesetz 1919 setzte sich überhaupt das Ziel: „Durch die Einrichtung der Betriebsräte soll durch weitgehende Demokratisierung des Betriebes dem Gedanken der Mitwirkung von Arbeitern und Angestellten an der Sozialisierung, und, wo diese nicht in Betracht kommt, an der Betriebsführung, zum Durchbruch verhelfen.“⁴⁹

Zusammenfassend ist als wesentliches sinnstiftendes Element des Betriebsverfassungsrechts festzuhalten: es geht um die **Zusammenfassung der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer** und um die **Einräumung von Mitwirkungsrechten um insb. die dem Arbeitgeber auf Grund des Arbeitsvertrages eingeräumte Gestaltungsmacht einzuschränken.**

B. Der status quo des österreichischen Betriebsverfassungsrechts

1. Grundsätzliches

Der personelle Geltungsbereich des österreichischen Betriebsverfassungsrechts ist in Form einer Definition gekleidet, demnach Arbeitnehmer alle im Rahmen des Betriebes beschäftigten Personen, einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter, sind. Es wird damit grundsätzlich auf den „allgemeinen“ Arbeitnehmerbegriff, dh die Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit abgestellt.⁵⁰ Insbesondere sind freie Dienstnehmer keine Arbeitnehmer iSd Betriebsverfassung.⁵¹ Eine Erweiterung gegenüber dem vertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist jedoch, dass die Arbeitserbringung nicht auf Grund eines gültigen Dienstvertrages (zum Betriebsinhaber) erfolgen muss, sondern dass lediglich ein faktisches Beschäftigungsverhältnis gefordert wird, auf Grund dessen es zur **Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb** kommt.⁵² Letztlich geht es dabei um die Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen, wie die Erteilung von Weisungen, die Eingliederung in die Arbeitszeitenregelung und

⁴⁷ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II⁴, 244.

⁴⁸ Vgl. Holzer, Ausweitung der Mitbestimmung und abhängige Arbeitsleistung, in FS Floretta (1983) 503 (517, 519).

⁴⁹ 164 Blg KNV 9.

⁵⁰ VwGH 19.5.1979, 993/78, Arb 9795 - Totobetrieb eines Trabrennvereines.

⁵¹ OGH 13.3.1997, 8 Ob A 2359/96m, Arb 11.580; OGH 12.2.1997, 9 Ob A 2260/96k, ARD 4832/9/97; EA Wien 20.9.1984, 11 Re 271/84, Arb 10.348 = RdW 1984, 382; vgl. Gruber, Freier Dienstvertrag und Arbeitsrecht, ASoK 2000, 306; aA Gahleitner, in Cerny ua, ArbVG § 36 Erl 1, die davon ausgeht, dass es auch bei freien Dienstnehmern zu einer ausreichenden Eingliederung in den Betrieb kommen kann.

⁵² VwGH 26.1.1961, 2540/59, Arb 7322 - Tabakverschleißmagazin.

Einbindung in Arbeitsverfahren, die Unterordnung in eine bestehende Hierarchie, die Genehmigung von Urlaub und Zeitausgleich für Überstunden uä.⁵³

Das Betriebsverfassungsrecht will allen in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, durch die Errichtung von Organen ihre Interessen gegenüber dem Betriebsinhaber wahrzunehmen. Dazu ist es erforderlich, dass deren Interessen eine gewisse Homogenität aufweisen. Bei bestimmten Personengruppen nimmt der Gesetzgeber an, dass diese gleichartige Interessenausrichtung nicht vorliegt, weshalb er sie vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausnimmt (§ 36 Abs 2 ArbVG). Insbesondere handelt es sich dabei um Personen, die – stehen sie auch in einem Arbeitsverhältnis – wesentliche Arbeitgeberfunktionen ausüben, und deshalb als Gegenüber der Belegschaft angesehen werden müssen (Organmitglieder von Kapitalgesellschaften, leitende Angestellte mit maßgeblichem Einfluss auf den Betrieb) oder um Personen, die vorwiegend aus anderen Beweggründen als typische Arbeitnehmer (zB Strafvollzug, karitative Zwecke) ihre Leistungen erbringen.⁵⁴

Das Arbeitsverfassungsgesetz selbst nimmt eine Einteilung der Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat, nach drei verschiedenen Sachbereichen vor:

- Mitwirkung in sozialen Angelegenheiten (§§ 94 - 97 ArbVG): Angelegenheiten, die eine Mehrzahl von Arbeitnehmern, insb. die gesamte Betriebsbelegschaft, betreffen. Es handelt sich dabei um generelle Maßnahmen, wobei das Mitbestimmungsinstrument die Betriebsvereinbarung ist.
- Mitwirkung in personellen Angelegenheiten (§§ 98 - 107 ArbVG): Mitwirkung an personellen Einzelentscheidungen (zB Aufnahme von Arbeitnehmer, Versetzungen, Beendigung von Arbeitsverhältnissen);
- Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 108 - 112 ArbVG): Mitwirkung bei der Führung des Unternehmens sowie in Unternehmensorganen.

Schon aus diesen Befugnissen ergibt sich, wie vorher angesprochen, dass die Mitwirkung auf zwei Grundprämissen beruht: einerseits auf der persönlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer (Beschränkung der rechtlichen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers, die die persönliche Abhängigkeit vermittelt) und andererseits an der Homogenität der Arbeitnehmerinteressen (ansonsten wäre eine kollektive Regelung für alle Arbeitnehmer eines Betriebes nicht möglich). Auch die Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die sich nicht in erster Linie durch die persönliche Abhängigkeit begründet lässt, ist sinnvollerweise nur einer Personengruppe zuzugestehen, die an diesen Fragen ein begründetes Interesse hat. Dies sind nach der Entscheidung des Gesetzgebers jene Personen, die durch unternehmerische Entscheidungen im wirtschaftli-

⁵³ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁴, 46, 48; vgl. Risak, Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen zum übergehenden Betrieb/Betriebsteil, ZAS 2001, 44 (48); zur Frage dislozierter Arbeitnehmer siehe OGH 26.3.1997, 9 Ob A 88/97z, DRdA 1998, 183 (einschr. Hoyer).

⁵⁴ Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 1⁴, 49.

chen Bereich ganz besonders in ihren Interessen berührt werden, nämlich die im Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer.

2. Die Einbeziehung von Heimarbeitern in das Betriebsverfassungsrecht

Bereits jetzt ist eine Gruppe von Nicht-Arbeitnehmern, nämlich die bereits oben erwähnten Heimarbeiter vom persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsrechts umfasst. Betrachtet man die rechtliche Situation ein wenig näher, so fällt auf, dass das Betriebsverfassungsrecht keineswegs uneingeschränkte Anwendung auf diese findet:

- Betriebsvereinbarungen, dh schriftliche Vereinbarungen des Betriebsrates mit dem Betriebsinhaber, die gleich einem Kollektivvertrag im Betrieb gesetzegleiche Wirkung entfalten, gelten nur dann und insoweit für Heimarbeiter, als sie ausdrücklich in den Geltungsbereich einbezogen sind (§ 31 Abs 2 ArbVG).
- Bei einigen Bestimmungen wird auf die regelmäßige Beschäftigung abgestellt, was dann der Fall ist, wenn sie bei einer Person, die Heimarbeit vergibt, in den letzten 39 Wochen durch mindestens 13 Wochen bzw in den letzten 78 Wochen mindestens 26 Wochen beschäftigt waren und in diesen 13 bzw 26 Wochen eine Arbeitsleistung erbracht haben, die nach Dauer und Menge der eines Werkstattgehilfen entspricht.⁵⁵ Es handelt sich dabei um folgende Bestimmungen:
- Stimmberechtigung in der Betriebsversammlung bzw Jugendversammlung (§§ 49 Abs 1, 124 Abs 6 ArbVG);
- Berücksichtigung bei der für die Anzahl der Mitglieder des Betriebsrats/Jugendvertrauensrats, sowie für die dauernde Freistellung von Betriebsratsmitgliedern und der Bildungsfreistellung (§§ 50 Abs 2, 125 Abs 3, 117 Abs 4, 119 Abs 1 ArbVG);
- Aktives Wahlrecht bei der Betriebsratswahl (§§ 51 Abs 1, 126 Abs 4 ArbVG).
- Sie können nicht zu Mitgliedern des Betriebsrats/Jugendvertrauensrats gewählt werden (§§ 51 Abs 1, 126 Abs 7 ArbVG).

Die Ursache für diese Unterscheidung dürfte darin liegen, dass die Heimarbeiter mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmereigenschaft aufweisen, und auch nicht in den Betrieb eingegliedert sind. Auch ohne die vorgenannten Ausnahmen sind wegen der mangelnden persönlichen Abhängigkeit all jene Bestimmungen des ArbVG nicht anwendbar, die auf das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses, sowie die Eingliederung in den Betrieb abstellen (Heimarbeiter sind ex definitione in ihrer eigenen Wohnung bzw einer selbstgewählten Arbeitsstätte beschäftigt).

⁵⁵ *Gahleitner*, in Cerny ua, ArbVG § 36 Erl 2.

C. Die Ausdehnung des Betriebsverfassungsrechts auch auf Nicht-Arbeitnehmer?

Das Betriebsverfassungsrecht, das als Ziel die Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Betrieb durch Einschränkung der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers im Wege der Mitbestimmung hat, ist letztlich auf jene Personen zugeschnitten, die ihre Arbeit in einem festen fremdbestimmten organisatorischen Zusammenhang erbringen. Meines Erachtens ist daher die grundsätzliche Anknüpfung an den „allgemeinen“ Arbeitnehmerbegriff gelungen. Provokant formuliert: Liegt keine persönliche Abhängigkeit vor, ist eben keine „Milderung“ derselben durch die Mitbestimmung erforderlich.

De lege lata erscheint es mir aber wenig sinnvoll, in das Betriebsverfassungsrecht Personen einzubeziehen, die in keinem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit und mit der Betriebsbelegschaft nur in einem äußerst losen Kontakt stehen, wie dies bei den Heimarbeitern geschehen ist. Dass in diesem Bereich ein Bedürfnis nach bestimmten Mitwirkungsbefugnissen, wie insbesondere der Kündigungs- und Entlassungsschutz, besteht, ist nicht zu leugnen. Die Besonderheit des österreichischen Arbeitsrechts besteht eben darin, dass in der Betriebsverfassung auch wichtige Aspekte des Individualschutzes, wie der Versetzungs-, Kündigungs- und Entlassungsschutz, eingebaut sind. Durch den grundsätzlich sinnvollen Ausschluss von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben und jenen der leitenden Angestellten aus dem Betriebsverfassungsrecht kommt es allerdings für diese Personengruppen insbesondere zum Verlust des Bestandsschutzes. Das hält, wie *Tomandl*⁵⁶ bereits ausgeführt hat, einer kritischen Reflexion nicht stand. Es ist daher ernsthaft zu überlegen, ob es sinnvoll ist, insbesondere den Bestandsschutz weiterhin im Betriebsverfassungsrecht als primäres Recht der Belegschaft zu belassen oder ob es nicht sinnvoller wäre, diesen dem einzelnen Arbeitnehmer und uU den Arbeitnehmerähnlichen unmittelbar einzuräumen.

Ich sehe somit keinen Bedarf nach der Einbeziehung von Selbständigen, für die der Betrieb nur Schauplatz ihrer Tätigkeit ist, in das Betriebsverfassungsrecht.⁵⁷ Diese sind eben einerseits Selbständige, die ihre Arbeit nicht in persönlicher Abhängigkeit verrichten, andererseits sind sie (auch wegen ihrer persönlichen Unabhängigkeit) in den Betrieb nicht derartig eingegliedert, dass eine Interessenhomogenität mit dem Rest der Belegschaft gegeben wäre. Deshalb ist – gemessen an der derzeitigen Konzeption des Betriebsverfassungsrechts – deren Einbeziehung in den Bereich der kollektiven Vertretung durch

⁵⁶ *Tomandl*, in Pichler, Bewältigung der Zukunftsaufgaben 301.

⁵⁷ Zu denken ist hier beispielsweise an Wirtschaftsprüfer, aber auch an Personen die in Supermärkten Regal bestimmter Markenartikelhersteller betreuen oder an Personen, die freie Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehanstalt, die für ihre Arbeit teilweise Einrichtungen und Geräte ihres Auftraggebers benutzen müssen. Vgl. *Tomandl*, Reicht der Zuschnitt unseres Arbeitsrechts zur Bewältigung der Zukunftsaufgaben?, in Pichler (Hrsg), Die „neue“ Arbeit – die rechtspolitischen Herausforderungen (1999) 300.

den Betriebsrat nicht erforderlich. Überlegenswert wäre aber mE die Ausgliederung bestimmter nur historisch als Mitwirkungsrechte der Belegschaft begründeter Schutzbestimmungen, wie insbesondere der Bestandschutz aus dem Betriebsverfassungsrecht. Dabei ist es erwägenswert, auch Nicht-Arbeitnehmer bei sozialer Schutzbedürftigkeit gegen die grundlose Beendigung von Dauerschuldverhältnissen zu schützen.