

Die Zukunft des sozialen Dialogs und des Tripartismus vor dem Hintergrund der Digitalisierung der Wirtschaft

Anne Meier, Partnerin in der Anwaltskanzlei MSS Law, promovierte Juristin, Dozentin an
den Universitäten Neuenburg und Genf

Kurt Pärli, Professor für soziales Privatrecht, Universität Basel

Zoé Seiler, Partnerin in der Anwaltskanzlei MSS Law, promovierte Juristin, LL.M.

Genf, Bern und Basel, 6. Juni 2018

Inhaltsverzeichnis

I. EXECUTIVE SUMMARY	5
II. Einleitung	11
1. Auftrag und Fragestellungen	11
A. Kontext und Auftragserteilung	11
B. Fragestellungen.....	12
2. Allgemeine Einführung und Definitionen	12
A. Problematik.....	12
B. Geltende Regeln im Schweizer Arbeitsrecht	13
C. Digitale Wirtschaft und Arbeitsrecht	17
D. Neue Formen der Arbeitsausführung	19
E. Aufbau.....	20
III. Rechtsgrundlagen der Sozialpartnerschaft in der Schweiz	20
1. Verfassungsrechtliche und vertragliche Grundlagen	20
2. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und der Gesamtarbeitsvertrag als Instrument	22
3. Anerkennung als Sozialpartner	24
4. Inhalt von Gesamtarbeitsverträgen	28
5. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	28
A. Die ordentlichen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	28
B. Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	30
a. Allgemeine Bemerkungen über die flankierenden Massnahmen	30
b. Entsendegesetz.....	32
c. Voraussetzungen und Verfahren für die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von GAV im Sinne von Art.1a AVEG	33
6. Regulierender Wettbewerbseffekt von Gesamtarbeitsverträgen	34
7. Gesamtarbeitsvertrag und Wettbewerbsrecht	35
8. Friedenspflicht und subsidiärer Charakter von Kampfmassnahmen	39
IV. Digitalisierung: neue Paradigmen für grundlegenden Fragen	41
1. Wer ist Arbeitnehmer/in und wer Arbeitgeber/in?	41
A. Problemstellung.....	41
B. Begriffe „Arbeitnehmer und Arbeitgeber“ im Arbeitsrecht	42
a. Inhalt und Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs.....	42
b. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes	44
C. Begriffe „Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ im Sozialversicherungsrecht	46
D. Exkurs: Portage salarial	48
E. Fazit.....	49
2. Transnationale Aspekte	50
A. Problematik(en)	50
B. Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf transnationale Situationen?	51
C. GAV und transnationale Situationen	51
a. Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn die Arbeit im Ausland für einen in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber ausgeführt wird?	52
b. Wirkung von in der Schweiz abgeschlossenen GAV mit Arbeitgeber im Ausland	53

c.	Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn die Arbeit im Ausland für einen in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber ausgeführt wird, die Leistung aber eng mit der Schweiz verbunden ist?	53
D.	Kurzzusammenfassung	54
E.	Exkurs: Schiedsgerichtsbarkeit.....	54
V.	Auswirkungen der Digitalisierung auf die Ausführung der Arbeit.....	55
1.	Mitwirkung der Arbeitnehmer/innen	55
A.	Die gesetzliche Verankerung der Mitwirkung.....	55
B.	Herausforderungen und Chancen durch die Digitalisierung	56
2.	Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz	57
A.	Neue Gefährdungen für die Gesundheit durch Digitalisierung	57
B.	Rechtliche Grundlagen zum Gesundheitsschutz im Vertragsrecht und im öffentlichen Recht.....	58
3.	Arbeitszeit.....	59
A.	Rechtliche Definition der Arbeitszeit: Arbeitsgesetz und Obligationenrecht.....	59
a.	Das ArG: Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden als Ziel	59
b.	Rechtliche Definition und Begriff der Arbeitszeit	60
i.	Arbeitszeit und Dauer der Arbeitswoche.....	60
ii.	Arbeitszeit und Ruhezeit.....	62
iii.	Pikettdienst und Arbeit auf Abruf.....	62
c.	Arbeitszeiterfassung und -kontrolle	64
d.	Zusammenfassung	64
e.	Arbeitszeitregelung in den GAV.....	64
B.	Digitaler Wandel, geltendes Recht und notwendige/wünschbare Entwicklungen	65
a.	Neue Formen der Arbeitstätigkeit aufgrund der digitalen Entwicklung und festgestellte Risiken	65
b.	Anwendbarkeit des Gesetzes zur digitalen Arbeit.....	68
i.	Ist digitale Arbeit normale Arbeit?.....	68
ii.	Kann digitale Arbeit als Pikettdienst oder Arbeit auf Abruf qualifiziert werden?	69
c.	Instrumente zur Flexibilisierung der Arbeit unter Berücksichtigung der Gesundheit des Arbeitnehmers.....	69
d.	Pflicht des Arbeitgebers, die Gesundheit zu schützen – Recht oder Pflicht zum Abschalten	70
e.	Hin zu einer Lockerung der gesetzlichen Arbeitszeitregelungen?	72
i.	Initiativen zur Lockerung der Begrenzung der Arbeitswoche und der Ruhezeiten	72
ii.	Initiativen zur Lockerung der Arbeitszeiterfassung im digitalen Kontext	74
C.	Die Rolle der Sozialpartner	76
4.	Arbeitsort.....	78
A.	Rechtliche Definition des Arbeitsortes	78
a.	Klassisches Verständnis des Begriffs «Arbeitsort»	78
b.	Neue Arbeitsformen: Telearbeit, digitales Nomadentum und Desk-Sharing.....	79
B.	Risiken bei Telearbeit und Desk-Sharing.....	79
C.	Herausforderungen und Chancen für die Sozialpartner	80
5.	Aus- und Weiterbildung	81
A.	Wachsende Notwendigkeit der Fort- und Weiterbildung	81
B.	Fortbildung und Weiterbildung im Gesetz.....	82
C.	Ein Recht auf Weiterbildung?	82
D.	Vorschriften über die Fort- und Weiterbildung in den GAV	83
E.	Welche Rolle sollen die Sozialpartner spielen?	84
6.	Wie wird die für die Weiterbildung aufgewendete Zeit qualifiziert? Wird sie entlöhnt?	85
A.	Gefahren und Herausforderungen für den Datenschutz durch Digitalisierung	85
B.	Die Regelungen zum Privatsphären- und Datenschutz.....	86
7.	Kontrolle der Arbeitsbedingungen	88
A.	Kontrolle der Arbeitsbedingungen durch die Behörden.....	89

B.	Kontrolle der Arbeitsbedingungen durch die Sozialpartner	89
C.	Technologische Entwicklungen und Kontrolle der Arbeitsbedingungen	90
D.	Rolle der Sozialpartner	91
VI.	Zusammenfassung: Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft....	91
1.	Welche Themen sind in den GAV enthalten, welche sollten darin enthalten sein?	91
2.	Wer sind die Sozialpartner – oder wer werden sie in Zukunft sein?	94
3.	Einfluss der technologischen Entwicklungen auf die Arbeit der Sozialpartner	95
4.	Neue Formen von GAV?	96
VII.	Einige Überlegungen zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tripartismus	97
1.	Tripartismus bei der IAO und in der Schweiz.....	97
2.	Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tripartismus	99
3.	Mögliche Massnahmen zum Einbezug transnationaler Aspekte der Digitalisierung der Arbeit.....	100
VIII.	Einige Überlegungen zur Zukunft der internationalen Arbeitsnormen vor dem Hintergrund der Digitalisierung	102
IX.	Bibliographie - Literaturverzeichnis.....	104

I. EXECUTIVE SUMMARY

A. Definitionen

1. Die Begriffe «*Digitale Wirtschaft*» und «*Sharing Economy*» können sich auf verschiedene Erscheinungen beziehen:

- die Veränderung der Produktions- und Vertriebskette durch Automatisierung und Robotisierung;
- Geschäftsmodelle, die auf der Nutzung neuer digitaler Technologien durch Unternehmen aufbauen;
- Geschäftsmodelle, die auf der Arbeit von Tausenden von Menschen weltweit basieren, namentlich Sharing-Plattformen, die Dienstleister und Dienstleistungsempfänger zusammenbringen.

2. Die Digitalisierung der Wirtschaft mit Sharing-Plattformen und digitalen Geschäftsmodellen ist von den *verschiedenen Arten der Erfüllung des Arbeitsvertrags unter Zuhilfenahme neuer Technologien*, zu unterscheiden; man denke insbesondere an die Telearbeit (vor allem die Flexibilität bezüglich der Arbeitszeit und dem Arbeitsort).

B. Strukturelle Aspekte

3. Die *Qualifikation der Vertragsverhältnisse*, die durch Akteure der digitalen Wirtschaft begründet werden, sorgt für erhebliche Unsicherheit. Diese Unsicherheit betrifft nicht nur die Person, die eine Arbeitsleistung erbringt, sondern auch die Identität des Arbeitgebers, dessen Funktionen entmaterialisiert oder fragmentiert werden können. Der Wirkungsbereich der Sozialpartner beschränkt sich rechtlich jedoch auf die Anwendung (und Anwendbarkeit) von Gesamtarbeitsverträgen, die nur zwischen Arbeitnehmerverbänden und einem oder mehreren Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden bestehen können. *Demnach könnte sich der Wirkungsbereich der Sozialpartner durch technologische, soziologische, aber auch rechtliche Entwicklungen in Zukunft drastisch reduzieren.*

4. Die Unsicherheit bezüglich der Qualifikation der Vertragsverhältnisse – und die damit verbundene Schwierigkeit, die beschäftigten Arbeitnehmer zu ermitteln – könnte (in manchen Fällen) die Arbeit der Sozialpartner erschweren: Ermittlung des Vertragspartners; Unterrichtung der Beschäftigten; Ermittlung der Interessen im Hinblick auf Kollektivverhandlungen.

5. Die *Charakterisierung der erbrachten Leistungen* der sich verbreitenden *Sharing Economy* stellt eine erste rechtliche Herausforderung dar. Die Sozialpartner müssen insbesondere klären, ob die Erbringer von Dienstleistungen als Selbstständige oder, aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, als Unselbstständige zu betrachten sind und demnach unter einen GAV fallen können. Eine solche Charakterisierung kann auch durch das Wettbewerbsrecht erfolgen.

6. Durch die Digitalisierung der Wirtschaft können heute sowohl ganze Unternehmen, als auch einzelne Aufgaben *ausgelagert* werden. Die digitale Entwicklung vereinfacht die weltweite Auslagerung von Unternehmensaufgaben. Die damit zusammenhängenden Fragen werden in den nächsten Jahren eine zentrale Rolle spielen. Bisher beruhen das öffentliche Recht und die GAV im Wesentlichen auf dem Territorialitätsprinzip und sind daher nicht in der Lage, «digital ausgelagerte» Beschäftigte zu berücksichtigen.

7. Die Digitalisierung der Wirtschaft zieht viele und tiefgreifende Änderungen bei der Arbeit nach sich. Je nach Unternehmen, Beruf und Branche können das Ausmass und die konkrete Ausgestaltung der Auswirkungen sehr unterschiedlich sein. Viele verschiedene Situationen werden durch die Digitalisierung der Wirtschaft in einem rasanten Tempo beeinflusst und

verändert. Mehr denn je erfordern diese Veränderungen *angemessene Lösungen* im gesetzlichen Rahmen *für die spezifischen Bedürfnisse der einzelnen Branchen und Berufe*.

8. Dank der Nähe zu den Unternehmen und den Arbeitnehmenden sind die Sozialpartner besonders prädestiniert, auch künftig die Arbeitsbedingungen in einer bestimmten Branche gemeinsam zu konkretisieren. Sie können dadurch die Anpassungsfähigkeit und Flexibilität des schweizerischen Arbeitsrechts gewährleisten. Der Gesamtarbeitsvertrag sollte das bevorzugte Instrument sein, um dem Flexibilitätsbedarf gerecht zu werden. Damit können branchenspezifische Regeln festgeschrieben und gleichzeitig der im Arbeitsgesetz vorgesehene grundlegende Schutz des Arbeitnehmers auch in «digitalisierten» oder aufstrebenden Wirtschaftssektoren gewahrt werden. In diesem Sinne sollten die Wirkungsbereiche der Sozialpartner gewahrt und ausgebaut werden.

C. Anpassung der vertraglichen und tripartiten Strukturen an die Digitalisierung der Wirtschaft: strukturelle und allgemeine Elemente

9. Die Sozialpartner können und müssen *künftig mehrere Aspekte der Digitalisierung in die Kollektivverhandlungen aufnehmen*, damit die Schweiz international wettbewerbsfähig bleiben und ihr gegenwärtig hohes Sozialschutzniveau beibehalten kann.

10. Ganz wesentlich erscheint es, *die Sozialpartnerschaft zu stärken und den GAV-Abdeckungsgrad zu steigern*, indem branchenweite Kollektivverhandlungen aufrechterhalten und gefördert werden, wie dies derzeit in der Schweiz der Fall ist.

11. Darüber hinaus müssen die Sozialpartner die *Scheinselbstständigkeit bekämpfen*, um die bestehenden Sozialpartnerschaften zu bewahren und neue in weiteren Branchen zu entwickeln, insbesondere im Dienstleistungsbereich bzw. für Beschäftigte im Dienstleistungsbereich (Wettbewerb stabilisieren – Sozialdumping verhindern).

12. Gleichzeitig sollte darüber nachgedacht werden, *wie «Selbstständige» und eher atypische Arbeitgeber leichter in den Geltungsbereich von GAV aufgenommen werden können*. Entsprechende Überlegungen müssen auch auf der Ebene des Tripartismus angestellt werden, da grundlegende Fragen bezüglich der Möglichkeit dieser Beschäftigten, sich auf einen GAV, einen Gerichtsstand oder die Schiedsfähigkeit von Streitfällen zu berufen, gesetzlich zu regeln sind. Ähnliches gilt für die Abklärung der Sozialversicherungspflicht. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob es zweckmässig ist, diese Beschäftigten in die Berechnung der erforderlichen Quoren für die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV einzubeziehen. Analoge Betrachtungen gelten für Mindestzahlen bei Massenentlassungen und bei der Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen.

13. Überdies muss geprüft werden, inwiefern es möglich ist, die *Allgemeinverbindlicherklärung von GAV sowie die Kontrolle ihrer Einhaltung zu erleichtern*, und zwar auch, wenn der Arbeitgeber im Ausland ist (insbesondere bei Plattformen). Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die für die ordentliche Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV vorgeschriebenen Quoren beibehalten, gelockert oder aufgehoben werden sollten. Dies ist allerdings mehr eine Frage des Tripartismus als der Sozialpartnerschaft als solchen.

14. Die Sozialpartner und der Staat müssen darüber nachdenken, *welche Massnahmen zu ergreifen sind, um die Folgen der Verlagerung von Arbeit ins Ausland zu mildern*. Dieser Aspekt weist viele Gemeinsamkeiten mit der Problematik der Personenfreizügigkeit auf, da auch hier ein Risiko des Lohn- und Sozialdumpings und somit potenziell des unlauteren Wettbewerbs mit lokalen Unternehmen besteht. Es ist notwendig, zeitnah darüber nachzudenken, wie angemessene Instrumente genutzt werden können, um auf grenzüberschreitende Auswirkungen der Digitalisierung in der Arbeitswelt zu reagieren. Neben der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV könnte beispielsweise der Idee nachgegangen werden, ähnlich wie beim

Entsendegesetz eine *Meldepflicht* für den Fall vorzusehen, dass ein schweizerischer Arbeitgeber (direkt oder via *Crowdworking*) Aufgaben auslagert, dass ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber ohne Entsendung Personen auf dem Gebiet der Schweiz beschäftigt oder dass eine für den schweizerischen Markt bestimmte Arbeit komplett im Ausland ausgeführt wird. Auch eine analoge Anwendung des *öffentlichen Beschaffungsrechts* und eine Hervorhebung der *unternehmerischen Sozialverantwortung* könnten in Betracht gezogen werden.

15. Die *Sozialpartner müssen zur Vorbereitung und Durchführung von Kollektivverhandlungen moderne technische Mittel nutzen können* (Zugang zum Unternehmen, Kommunikation der Bedürfnisse und Verhandlungspunkte usw.). Die entsprechenden Veränderungen können auch für die Unternehmen vorteilhaft sein (ein GAV wird allgemeinverbindlich erklärt, weil *outsourcte* Beschäftigte vertreten werden; etwaige Lohnunterbietungen werden leichter als solche erkannt; die Bekämpfung von Sozial- und Lohndumping sowie unlauterem Wettbewerb wird erleichtert). Der Kampf gegen «Schmutzkonzurrenz» durch Sozial- und Lohndumping erfordert eine Arbeitnehmervvertretung, die den Interessen der «neuen Arbeitnehmer» Rechnung trägt und einen sozialen Dialog gewährleistet, der näher an der Realität der Branche oder des Berufes liegt und letztendlich den Arbeitsfrieden sichert.

16. Angesichts der transnationalen Auswirkungen der neuen Technologien, namentlich der potenziellen digitalen Arbeitsverlagerung, sind *über die Grenzen der Schweiz hinausgehende Überlegungen* erforderlich. Denkbar wäre die Erarbeitung neuer internationaler Normen, mit denen *der Wirkungsbereich von Normen besser erfasst werden könnte, oder auch der Aufbau bzw. die Weiterentwicklung einer internationalen Sozialpartnerschaft*.

D. Arbeitsbedingungen: Wirkungsbereich der Sozialpartner

17. *Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz: Förderung und Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten unter Berücksichtigung der spezifischen Merkmale der digitalen Wirtschaft*

Die Digitalisierung der Wirtschaft kann eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz darstellen. Man denke beispielsweise an die zunehmend schwierige Abgrenzung zwischen Arbeitszeit und Freizeit sowie zwischen Arbeitsort und Lebensraum. Dies erhöht den Stress und setzt die Arbeitnehmer noch stärker unter Druck – was sich wiederum negativ auf die Qualität der Arbeit auswirkt.

Problematiken im Zusammenhang mit Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz können und müssen vertraglich und/oder tripartit angegangen werden, um neuen Entwicklungen im Zuge der Digitalisierung Rechnung zu tragen. GAV-Bestimmungen können gesetzlich festgelegte Mindeststandards übersteigen und konkrete, auf alle betrieblichen Aspekte abgestimmte Lösungen bieten.

18. *Mitwirkung der Arbeitnehmer: Ausweitung der Mitarbeiterbeteiligung und (unternehmens- und branchenweite) Einführung von Best Practices im Hinblick auf technologische Entwicklungen*

Mit der Digitalisierung ändert sich das klassische Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wie auch die Reichweite der arbeitnehmerseitigen Mitwirkung. Die neuen Managementmethoden setzen eine Demokratisierung der Arbeitswelt voraus und erfordern eine Auseinandersetzung mit den Mitwirkungsregeln.

Die einschlägigen Rechtsvorschriften legen einen Mindeststandard fest. Den Sozialpartnern steht es also frei, sich der Problematik anzunehmen und darüber nachzudenken, wie das Arbeitnehmerrecht auf Mitwirkung konkreter an den – insbesondere digitalen – Wandel auf dem Arbeitsmarkt und an die entsprechenden *Best Practices* angepasst werden kann.

19. *Arbeitszeit: Explizite Anerkennung digitaler Arbeit als Arbeitszeit; Förderung flexibler Arbeitszeitregelungen innerhalb der gesetzlich festgelegten wöchentlichen Höchstarbeitszeit; Aufrechterhaltung und technische Optimierung der Arbeitszeiterfassung.*

Die Arbeitszeiten sind im Arbeitsgesetz genau definiert. Es handelt sich dabei um ein wesentliches Element hinsichtlich Gesundheitsschutz und Sicherheit der Arbeitnehmer. Ziel ist es, das Auftreten von Krankheiten und Unfällen zu vermeiden, die der Allgemeinheit teuer zu stehen kommen, und die Lebensqualität der Beschäftigten sowie deren Produktivität zu verbessern. Das Gesetz sieht wöchentliche Höchstarbeitszeiten und bestimmte Zeiten vor, an denen es bis auf Ausnahmen verboten ist, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Das Arbeitsgesetz enthält keine spezifischen Regeln zur digitalen Welt, weder was Flexibilisierung angeht noch was ein Recht auf Abschalten betrifft. Das Gesetz wird heute vielfach kritisiert (insbesondere hinsichtlich der Bestimmungen zur Arbeitszeit).

Die Digitalisierung der Wirtschaft zieht neue Formen der Arbeitsausführung nach sich (aus der Ferne, mittels Computer oder anderer digitaler Technologien), bei denen die Zahl der (auch nachts oder sonntags) geleisteten Arbeitsstunden tendenziell hoch ist. Mehrere Studien aus der Schweiz kommen zum Schluss, dass diese Flexibilisierung ernstzunehmende Risiken für die Beschäftigten hinsichtlich Stress und Ruhezeiten mit sich bringt und damit die positiven Auswirkungen der eigenständigen Arbeitsorganisation potenziell aufgehoben werden.

Bislang scheint die Arbeitszeiterfassung das wirksamste Instrument zu sein, um die Überschreitung bestimmter Arbeitszeiten in Grenzen zu halten und damit die Gesundheit der Beschäftigten zu schützen.

Alle Belange rund um die Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen können innerhalb des gesetzlichen Rahmens über GAV geregelt werden (flexible Arbeitszeiten, Zeitsparkonto). In gleicher Weise können Themen wie ein eventuelles Recht auf Abschalten, die Abgrenzung der Internetnutzung am Arbeitsplatz, die jeweilige Verantwortung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie die (in-)direkte Anweisung an Beschäftigte, ausserhalb der gewöhnlichen Arbeitszeiten (oder sogar jederzeit) und aus der Ferne zu arbeiten, durchaus von den Sozialpartnern behandelt werden. Hierzu stehen ihnen mehrere Mittel und Wege offen, beispielsweise die digitale Ausbildung der verschiedenen Akteure, Nutzungsvereinbarungen, Geschäftsordnungen, Abschaltvorrichtungen oder die Trennung vom Server bzw. Sperrung des digitalen Zugangs am Wochenende, nachts und im Urlaub.

Die Sozialpartner sind besonders qualifiziert um auszuhandeln, wie die Arbeitszeiten erfasst und welche modernen, geeigneten Methoden eingeführt werden sollen, um ein Gleichgewicht zwischen tatsächlicher Arbeitszeit, anwendbarem Recht und konkreten Methoden zur Erfassung der tatsächlichen Arbeitsstunden zu bewahren, und das auch ausserhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens. Die Zuhilfenahme digitaler Technologien könnte sich gerade hier als nützlich und praktisch erweisen.

20. *Arbeitsort: Regelung der Telearbeit im GAV (Arbeitsplatzgestaltung, Kostenübernahme, Kontrolle der Arbeitsbedingungen, Gesundheitsschutz und Sicherheitsmassnahmen).*

Dem klassischen Verständnis zufolge entspricht der Arbeitsort den Räumlichkeiten des Unternehmens. Gemäss öffentlichem Arbeitsrecht ist der Arbeitgeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird, geeignet ist, die Gesundheit und Sicherheit der Beschäftigten zu gewährleisten. Mit den neuen Formen der Arbeitsausführung ändert sich dieses klassische Verständnis, da die Beschäftigten ihre Arbeit ganz oder teilweise an einem beliebigen Ort ausführen können. Im öffentlichen Arbeitsrecht finden Varianten hinsichtlich des Arbeitsortes, die durch die Digitalisierung der Arbeitswelt möglich werden, keinerlei Berücksichtigung.

Das weitgehende Fehlen solcher Regeln eröffnet ein Spektrum an Möglichkeiten, die von den Sozialpartnern genutzt werden können und müssen. Ihre Aufgabe ist es, näher festzulegen, wie die Beschäftigten zu Hause oder anderswo arbeiten können, inwiefern Telearbeit freiwillig ist und welche Grundsätze bezüglich des Ortes anzuwenden sind. Die Sozialpartner können in diesem Sinne bestimmen, ob man Beschäftigten Telearbeit auferlegen kann; wie diese organisiert und gestaltet werden soll, um sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer über einen Ort verfügt, an dem er sich konzentrieren kann; wie gewährleistet werden soll, dass der Arbeitnehmer über ein ergonomisches, helles Büro sowie moderne und benutzerfreundliche EDV-Hilfsmittel verfügt; und wer diese Mittel bereitstellen soll. In diesem Zusammenhang gilt es für die Sozialpartner auch zu regeln, wie die Arbeitsbedingungen kontrolliert werden sollen.

21. Aus- und Weiterbildung: Regelung der Aus- und Weiterbildung im GAV (welche Aus- und Weiterbildungen werden angeboten; welche Rechte und Pflichten bestehen diesbezüglich; wer trägt die Kosten; wie wird die Arbeitszeit während der Aus- oder Weiterbildung ausgestaltet).

Mit dem Voranschreiten der neuen Technologien entsteht ein erhöhter Aus- und Weiterbildungsbedarf. Deshalb müssen die Vorschriften zur Weiterbildung und nicht zuletzt zur Übernahme der entsprechenden Kosten an die neuen Anforderungen des Arbeitsmarktes angepasst werden. Das neue Bundesgesetz über die Weiterbildung beruht im Wesentlichen auf dem Grundsatz, dass der einzelne Mensch die Verantwortung für seine Weiterbildung trägt und die öffentlichen und die privaten Arbeitgeber die Weiterbildung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter begünstigen.

Es steht den Sozialpartnern also frei, die verschiedenen Aspekte der Aus- bzw. Weiterbildung im Rahmen von GAV zu regeln, beispielsweise welche Art von Zusatzausbildung oder Weiterbildung erwünscht ist, ob und inwieweit der Arbeitnehmer Anspruch auf Zusatzausbildungen oder Weiterbildungen hat und wie die Zeit, die der Weiterbildung gewidmet wird, einzuordnen und zu entlohnen ist.

22. Datenschutz und Überwachung: Einführung von Regeln und Good Practices für den Schutz personenbezogener Daten; Bestimmung der Daten, die zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen erhoben werden sollen; Festlegung von Mindeststandards für den Gesundheitsschutz der Beschäftigten.

Mit der Digitalisierung der Wirtschaft und dem zunehmenden Einsatz von Technologie in den Arbeitsverhältnissen steigt das Risiko, dass Beschäftigte überwacht und ihre Daten genutzt werden. Bisher finden diese Problematiken und die jeweils spezifischen Entwicklungen in den einschlägigen Rechtsvorschriften zwar keine Berücksichtigung. In der Rechtsprechung hat man jedoch begonnen, sich damit zu befassen.

Durch das Fehlen gesetzlicher Regelungen bildet sich ein günstiger Rahmen für Kollektivvereinbarungen. Durch GAV wird es möglich sein, branchen- oder unternehmensweite Lösungen zu finden und umzusetzen und damit eine ausgeglichene Wahrung der Interessen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu gewährleisten. Die Sozialpartner können beispielsweise regeln, inwieweit der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitnehmer zu informieren und/oder anzuhören, wenn es um die Einführung neuer Technologien geht, oder in welchem Umfang die Privatsphäre der Beschäftigten (einschliesslich bei Telearbeit) geschützt werden soll, insbesondere wenn persönliche elektronische Geräte für die Ausführung der Arbeit eingesetzt werden.

23. Kontrolle der Arbeitsbedingungen: Präzisierung der Modalitäten der Kontrolle der Arbeitsbedingungen; Einführung moderner, an die digitalisierte Arbeitswelt angepasster Arbeitsmittel.

Die Einhaltung der geltenden Vorschriften über Arbeitsbedingungen wird im Hinblick auf das öffentliche Arbeitsrecht durch die Behörden kontrolliert. Im GAV kann vorgesehen werden, dass die Sozialpartner gemeinsam die Einhaltung der vertraglichen Arbeitsbedingungen kontrollieren. Die Gestaltung der Kontrollen basiert meistens auf dem klassischen Arbeitsverständnis und insbesondere auf der Annahme, dass die Arbeit in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers ausgeführt wird, auch wenn oft Unterlagen vorgewiesen werden müssen. In den geltenden Vorschriften werden die tiefgreifenden Veränderungen des Arbeitsprozesses nicht wirklich berücksichtigt und keine spezifischen Methoden zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen, insbesondere bei Telearbeit, vorgesehen.

Zum Sinn und Zweck eines GAV kann es durchaus gehören, die Kontrolle der Arbeitsbedingungen genauer zu umreißen. Die Sozialpartner haben hier die Möglichkeit, untereinander auszuhandeln, welche Instrumente eingerichtet werden können, um eine effiziente Kontrolle mit aktuellen Technologien zu gewährleisten. Da der Einsatz dieser Technologien spezifische Fragen hinsichtlich des Schutzes der Persönlichkeit und der personenbezogenen Daten der Beschäftigten aufwerfen kann, haben die Sozialpartner die Möglichkeit und Aufgabe, entsprechende Besonderheiten und Grenzen zu definieren. Dabei wäre es insbesondere wichtig, im GAV die erforderlichen Mittel und Ressourcen der Inspektoren sowie deren Aus- und Weiterbildungsniveau festzuschreiben und damit sicherzustellen, dass sie die für die Kontrolle nötigen technischen Hilfsmittel beherrschen.

* * *

II. Einleitung

1. Auftrag und Fragestellungen

A. Kontext und Auftragserteilung

Die Unterzeichneten haben sich an der Ausschreibung des SECO vom Dezember 2016 beteiligt und den Auftrag erhalten, eine Studie über die Zukunft der Sozialpartnerschaft und den Tripartismus in der Schweiz im Kontext der Digitalisierung der Wirtschaft zu erstellen.

Die Sozialpartner und das SECO ersuchten um die Erstellung dieser Studie im Rahmen der Initiative zur Zukunft der Arbeit, die vom Generaldirektor der Internationalen Arbeitsorganisation anlässlich der Hundertjahrfeier der Organisation ins Leben gerufen wurde. Die Schweiz beteiligt sich aktiv an dieser Initiative.

Der Auftrag wurde wie folgt beschrieben:

„Die IAO ist eine Sonderorganisation der UNO und arbeitet auf tripartiter Grundlage: Regierungen, Arbeitgeber und Arbeitnehmende wirken gleichberechtigt an der Entscheidungsfindung mit.“

Im Hinblick auf die Internationalisierung der industriellen Beziehungen und der Arbeitsbeziehungen in der Thematik der Digitalisierung /«Zukunft der Arbeit», gibt es eine wichtige Dimension – die Sozialpartnerschaft in der Schweiz und in der Welt. Unter Sozialpartnerschaft versteht man die Partnerschaft zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften.

Die technologischen Fortschritte haben die Unternehmens- und Arbeitswelt verändert. Insbesondere hat die Weiterentwicklung der Digitalisierung sowie der Informations- und Kommunikationstechnologien bedeutende Auswirkungen auf die Sozialpartnerschaft.

Die Studie soll die Herausforderungen prüfen, vor denen die Sozialpartnerschaft und der Tripartismus in der Schweiz stehen. Dabei sollen die Digitalisierung der Wirtschaft, der ökologische Umbau und die Veränderung des tertiären Wirtschaftssektors berücksichtigt werden. Die Studie soll Denkanstösse für die Zukunft liefern.“

In einer ersten Sitzung, die am 17. Februar 2017 in Bern stattfand, einigten sich die Vertreter des SECO (Jean-Jacques Elmiger, Valérie Berset Bircher und Andri Meier vom Fachbereich Internationale Arbeitsfragen (DAIN) sowie Ursina Jud vom DPAS (Arbeitsmarktanalyse und Sozialpolitik) und die Sozialpartner (Luca Cirigliano für den Schweizerischen Gewerkschaftsbund und Marco Taddei für den Schweizerischen Arbeitgeberverband) auf ein erstes Arbeitsprojekt für den die Wirtschaft betreffenden Teil der Studie. Zu diesem Teil gaben sie in ihrem Sitzungsbericht vom 23. Februar 2017 Stellungnahmen ab; die Autoren fügten diesem Bericht noch ihre eigenen Stellungnahmen hinzu.

Ende März 2017 unterbreiteten die Autoren den Auftraggebern einen Entwurf des Plans ihrer Studie, zu welchem das SECO und die Sozialpartner ihre Stellungnahmen abgaben.

Schliesslich nahmen die Autoren am 7. April 2017 in Bern an der Sitzung der Tripartiten Kommission für Angelegenheiten der IAO teil. Bei dieser Gelegenheit stellten sie den neuen Entwurf ihres Arbeitsplans vor, in welchem die Stellungnahmen und die vorläufigen Ergebnisse ihrer Recherchen bereits berücksichtigt waren. Dieser Plan wurde genehmigt. Der Termin für die Übergabe der endgültigen Fassung der Studie, der mit 19. Mai 2017 festgelegt worden war, wurde bestätigt. Die wichtigsten Schlussfolgerungen des Berichts mussten nämlich in das Positionspapier des nationalen Dialogs der Schweiz über die Vorbereitung und Umsetzung der Initiative der IAO zur Zukunft der Arbeit im Hinblick auf die Hundertjahrfeier der IAO einfließen. Wenn die Autoren wünschten ihre Studie später mithilfe von weiter-

führender Literatur ergänzen, so stand ihnen dies frei; es wurde auch vereinbart, dass ein allfälliger Überblick über die vergleichende juristische Literatur zum Thema der Digitalisierung der Wirtschaft zu einem späteren Zeitpunkt erstellt werden könnte. Des Weiteren wurde in dieser Sitzung festgelegt, dass die Studie ein kurzes Kapitel über den Tripartismus und ein weiteres über die Zukunft der internationalen Arbeitsnormen im Kontext der Digitalisierung enthalten sollte. Schliesslich wiesen die Autoren darauf hin, dass sie aufgrund der sehr kurzen, vom Zeitplan vorgegebenen Fristen die Abfassung der verschiedenen Kapitel der Studie untereinander aufgeteilt hatten. Aus diesem Grund wurden einige Kapitel in deutscher und andere in französischer Sprache verfasst.

B. Fragestellungen

In dem oben erwähnten Kontext musste die Studie die folgenden Fragen beantworten (die von der Auftraggeberin in Deutsch verfasst wurden):

- Welche sind die Herausforderungen für die Sozialpartnerschaft und den Tripartismus angesichts der Digitalisierung der Wirtschaft?
- Wie kann die Sozialpartnerschaft die Einführung der Digitalisierung positiv beeinflussen?
- Wie ist die Zukunft der Sozialpartnerschaft und des Tripartismus angesichts der Tertiärisierung der Wirtschaft?
- Wie kann sich die Sozialpartnerschaft mit einem Blick nach vorne erneuern?
- Wie ist die Zukunft für die Entwicklung von Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz angesichts der steigenden Anzahl von selbständig Erwerbenden (Rückgang der unselbstständigen Erwerbstätigkeit)?
- Welche Zukunft steht den von der IAO ausgearbeiteten internationalen Arbeitsnormen bevor?

2. Allgemeine Einführung und Definitionen

A. Problematik

Die vorliegende Studie soll zunächst eine juristische Bestandsaufnahme der Digitalisierung der Wirtschaft vornehmen, um dann feststellen zu können, welche Rolle die Sozialpartner und der Tripartismus zurzeit und in Zukunft spielen sollen.

Die Darstellung des relevanten Kontexts und die Definition des Rahmens, innerhalb dessen sich die aktuellen juristischen Problemstellungen bewegen, sind vor jeder Analyse zwingend erforderlich. Daher wird dargelegt, welche Aspekte im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Wirtschaft eine Auswirkung auf das Arbeitsrecht haben, worin sie bestehen und auf welche Weise sie zu begreifen sind. Die Begriffe digitalisierte Wirtschaft und Sharing Economy werden ebenfalls behandelt; da Letztere oft als eine neue Art der Arbeitsgestaltung präsentiert wird, werden auch die Zusammenhänge mit dem Recht und vor allem dem Arbeitsrecht untersucht (B). Die Entwicklungen im Bereich der Fernarbeit mithilfe digitaler Werkzeuge, wie z. B. die Telearbeit, werden ebenfalls beschrieben und in Beziehung zum Arbeitsrecht gesetzt (C).

Deshalb müssen die im Arbeitsrecht durch die Digitalisierung der Wirtschaft gestellten juristischen Probleme in zwei Schritten erfasst werden:

1. Zunächst muss der Begriff des Arbeitnehmenden definiert (oder neu definiert?) werden, wobei die technologischen Entwicklungen und deren Einfluss auf die Arbeit zu berücksichtigen sind;

2. Nur wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kann dann in zweiter Linie eine Analyse der Vertragsverhältnisse und deren Entwicklung unter dem Blickwinkel des Arbeitsrechts vorgenommen werden.

Diese Analyse in zwei Schritten ist für die Sozialpartner entscheidend. Wie weiter unten¹ ausgeführt ist, ist der Handlungsrahmen der Sozialpartner rechtlich auf die Anwendung (und die Anwendbarkeit) der Gesamtarbeitsverträge beschränkt. Trotzdem ist ihr politischer und wirtschaftlicher Einfluss offensichtlich viel grösser. Auf diesen Aspekt wird im Verlauf dieser Studie vertieft eingegangen. Jedoch können die GAV Arbeitnehmerverbände lediglich an einen oder mehrere Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände binden. Eine direkte oder analoge Anwendung der GAV ausserhalb dieses Kreises ist nicht möglich.² Der Handlungsrahmen der Sozialpartner könnte daher in Zukunft nicht nur infolge der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen, sondern auch infolge der Rechtsentwicklung drastisch eingeschränkt werden.

11

Die Vielzahl konkreter arbeitsspezifischer Situationen, die durch die Digitalisierung der Wirtschaft beeinflusst und verändert werden, verlangt notwendigerweise Lösungen, die an die spezifischen Bedürfnisse jeder Branche und jedes Berufsstands angepasst sind. Die Vielfalt der Situationen, die sich aus dem Vorhandensein zahlreicher neuer Technologien auf dem Markt, deren Anpassungen, deren Integration in *Business Models* und der Arbeitsausführung in der Praxis ergibt, wird im Folgenden dargestellt³.

12

Die Notwendigkeit, Branchen- und Berufsspezifische Lösungen zu finden, ruft in der Schweiz regelmässig eine Reaktion der Sozialpartner hervor. Aufgrund ihres Rechts auf Tarifautonomie⁴ können sie gemeinsam die Arbeitsbedingungen ihrer Branche oder ihres Berufsstands festlegen. Das für seine Anpassungsfähigkeit und Flexibilität gelobte Schweizer Modell des Arbeitsrechts beruht zu einem sehr grossen Teil auf dem Gesamtarbeitsvertragsrecht (komplementär zu einem Sozialsystem, das einen hohen Schutzstandard bieten muss). Dies wird später weiter ausgeführt⁵. Daher kann dieses Modell nur weiterbestehen, wenn die Wirkungsbereiche der Sozialpartner, auch in den «digitalisierten» und in den im Entstehen begriffenen Wirtschaftszweigen, beibehalten und weiterentwickelt werden⁶.

13

B. Geltende Regeln im Schweizer Arbeitsrecht

Auf schematische Art und Weise kann man das Schweizer Arbeitsrecht als aus drei „Schichten“⁷ bestehend darstellen, die auf verschiedenen Ebenen miteinander interagieren: das „*droit du travail au sens étroit*“⁸ (freie Übersetzung: Arbeitsrecht im engeren Sinn) beinhaltet „*le droit, privé, du contrat de travail, le droit, public, de protection des travailleurs et le droit collectif du travail*“⁹ (freie Übersetzung: das (private) Arbeitsvertragsrecht, das (öffentliche) Arbeitnehmerschutzrecht und das Gesamtarbeitsvertragsrecht). So schlägt Mahon die folgende Definition vor (die von Schweingruber übernommen wurde), „*le droit du travail est l'ensemble des normes juridiques qui régissent les rapports de travail, c'est-à-dire les relati-*

14

¹ Siehe unten, Rz. 44 ff.

² Bezüglich des Mechanismus der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV, siehe unten Rz. 68. Die GAV können unter anderem Minimalstandards für die entsprechende Branche und Region statuieren, die sich anschliessend auf die Übung übertragen lassen (vgl. insb. zu dieser Auffassung Meier/Seiler, S. 245 ff.).

³ Siehe unten, Rz. 24 ff.

⁴ Siehe unten, Rz. 49 f.

⁵ Siehe unten, Rz. 14 ff.

⁶ Siehe unten, Rz. 121.

⁷ Oder „Untergruppen“, siehe Mahon, S. 15.

⁸ Mahon, S. 7.

⁹ Ibid.

*ons juridiques entre employeurs et travailleurs ainsi qu'entre leurs groupements*¹⁰ (freie Übersetzung: das Arbeitsrecht stellt die Gesamtheit der Rechtsnormen, die für Arbeitsverhältnisse gelten, d. h. für die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden sowie zwischen deren Verbänden, dar).

15 Das Arbeitsrecht findet seine verfassungsmässige Grundlage im Art. 110 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)¹¹, wonach der Bund Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (lit. a) und über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten (lit. b) erlassen kann. Die Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff.) des Zehnten Titels des OR ihrerseits wurden aufgrund der Zuständigkeit des Bundes für das Zivilrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) verabschiedet. Das Arbeitsrecht wird schliesslich durch Art. 28 BV ergänzt, welcher der Koalitionsfreiheit gewidmet ist; von dieser wesentlichen Bestimmung wird im Folgenden noch im Zusammenhang mit der Kollektivverhandlung die Rede sein¹².

16 Als „*erste Schicht*“ der gesetzlichen Vorschriften widerspiegeln die durch den Bund und die Kantone erlassenen Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts, die „*transcrivent la volonté de l'Etat de protéger lui-même les travailleurs. Elles sont donc fondées sur une relation verticale entre l'Etat et l'employeur*“¹³ (freie Übersetzung: den Willen des Staates, die Arbeitnehmenden selbst zu schützen, widerspiegeln. Sie stützen sich also auf eine vertikale Beziehung zwischen dem Staat und dem Arbeitgeber). Im Wesentlichen ist das öffentliche Arbeitsrecht im Arbeitsgesetz (ArG)¹⁴ und im Unfallversicherungsgesetz (UVG)¹⁵ enthalten. Da es sich um öffentliches Recht handelt, „*la législation protectrice des travailleurs est évidemment impérative : les parties à un contrat de travail ne peuvent l'écarter conventionnellement. Toutefois, le but de la loi sur le travail étant d'assurer au travailleur un minimum de protection, la plupart de ses dispositions sont conçues comme des normes limites, soit des minima (par exemple les règles de prévention des accidents), soit des maxima (la durée du travail, notamment). Il est donc loisible aux parties au contrat d'étendre, par un accord individuel, la protection du travailleur. Cette protection accrue résulte le plus souvent des conventions collectives de travail*“¹⁶ (freie Übersetzung: sind die Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmenden verbindlich: Die Vertragspartner eines Arbeitsvertrags können diesen nicht durch eine Vereinbarung ausser Kraft setzen. Da es das Ziel des Arbeitsgesetzes ist, für den Arbeitnehmenden ein Minimum an Schutz zu gewährleisten, sind die meisten seiner Bestimmungen als Grenzwerte ausgelegt – entweder als Minimalwerte (z.B. die Vorschriften zur Unfallverhütung), oder als Maximalwerte (z.B. die Länge der Arbeitszeit). Es steht den Vertragspartnern daher frei, den Schutz des Arbeitnehmenden durch eine individuelle Vereinbarung zu erweitern. Dieser erhöhte Schutz resultiert meist aus den Gesamtarbeitsverträgen.).

17 Der Einzelarbeitsvertrag seinerseits ist im Zehnten Titel des Obligationenrecht geregelt (Art. 319 ff. OR¹⁷); der Arbeitsvertrag selbst ist ebenfalls eine wichtige Quelle des Arbeitsvertragsrechts¹⁸. Der Zehnte Titel des OR enthält zwingende Vorschriften (siehe Art. 361 OR), die durch keine andere Quelle abgeändert werden können¹⁹, und halbzwingende Vorschriften

¹⁰ Mahon, S. 15.

¹¹ SR 101.

¹² Siehe unten, Rz. 49 f.

¹³ Aubry Girardin, Diss., Rz. 59.

¹⁴ SR 822.11.

¹⁵ Siehe. Aubry Girardin, Diss., Rz. 243; SR 832.20.

¹⁶ Mahon, S. 20.

¹⁷ SR 220.

¹⁸ Mahon, S. 15.

¹⁹ Mahon, S. 23.

(siehe Art. 362 OR), die durch den Einzelarbeitsvertrag, durch einen Gesamtarbeitsvertrag oder einen Normalarbeitsvertrag geändert werden können²⁰.

Als Brücke zwischen dem öffentlichen und dem privaten Arbeitsrecht behält Art. 342 Abs. 1 lit. b OR die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung vor: *„Sont visées les normes de droit public aussi bien fédérales que cantonales, protégeant les salariés. Les règles de droit public priment les autres règles qui leur seraient contraires en particulier les dispositions contractuelles, même si celles-ci sont admissibles sous l’angle du droit privé du travail. Par exemple, les dispositions figurant dans la LTr qui régissent les horaires de travail et qui prévoient une majoration de salaire en cas de travail supplémentaire ou de travail de nuit à titre temporaire s’appliquent même si le contrat exclut le versement de tels suppléments“*²¹ (freie Übersetzung: Gegenstand sind Normen des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone zum Schutz der Beschäftigten. Die Regeln des öffentlichen Rechts gehen anderen Regeln vor, insb. vertraglichen Bestimmungen, auch wenn diese aus der Sicht des privaten Arbeitsrechts zulässig sind. Z.B. werden die Bestimmungen des ArG über die Arbeitszeiten, die einen Lohnzuschlag für Überzeit oder vorübergehende Nacharbeit vorsehen, auch angewendet, wenn der Vertrag die Zahlung solcher Zuschläge ausschliesst). Während dieser Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts im Wesentlichen deklaratorischen Charakter hat, so gesteht Art. 342 Abs. 2 dagegen *„la possibilité pour les salariés du secteur privé d’agir civilement pour obtenir l’exécution d’une obligation de droit public susceptible d’être l’objet d’un contrat individuel de travail“*²² (freie Übersetzung: den Beschäftigten des privaten Sektors einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zu, wenn diese Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein könnte).

18

Das kollektive Recht, eine Art „*privates Über-Arbeitsrecht*“, wird von Mahon (hier auch nach Schweingruber) wie folgt definiert: Das kollektive Arbeitsrecht *„embrasse toutes les normes juridiques et institutions concernant les relations soit entre des employeurs ou des groupements d’employeurs et, d’autre part, des groupements de travailleurs soit entre des organisations d’employeurs et des organisations de travailleurs“*²³ (freie Übersetzung: umfasst alle Rechtsnormen und Institutionen, die die Beziehungen entweder zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen und andererseits Arbeitnehmervereinigungen oder zwischen Arbeitgeberorganisationen betreffen). Gesetzlich sind nur die Gesamtarbeitsverträge (Art. 356 ff. OR) und die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) geregelt: *„Le poids essentiel du droit collectif du travail réside donc, en Suisse, non pas dans la législation, mais dans la convention collective de travail“*²⁴ (freie Übersetzung: Das wesentliche Gewicht des kollektiven Arbeitsrechts liegt daher in der Schweiz nicht in den Gesetzen, sondern im GAV).

19

Was die Wirksamkeit der Bestimmungen eines GAV betrifft, *„les clauses normatives d’une CCT priment celles d’un contrat individuel de travail, à moins que ces dernières ne soient plus favorables au travailleur (cf. art. 357 al. 2 CO). Les dispositions légales impératives, de droit public ou de droit privé, l’emportent sur celles de la convention ; les dérogations stipulées en faveur du travailleur restent toutefois valables, pour autant que ce droit impératif ne s’y oppose par expressément (art. 358 CO)“*²⁵. (freie Übersetzung: die normativen Bestimmungen eines GAV gehen denen eines Einzelarbeitsvertrags vor, falls letztere für den Arbeitnehmer nicht günstiger sind (Art. 357 Abs. 2 OR). Die zwingenden gesetzlichen Bestimmun-

20

²⁰ Mahon, S. 23.

²¹ Aubry Girardin, *Liber Amicorum*, S. 28.

²² *Ibid.*

²³ Mahon, S. 20 und die Verweise.

²⁴ Mahon, S. 21.

²⁵ Mahon, S. 23. Siehe unten, Rz. 125.

gen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts gehen den Bestimmungen des GAV vor. Die Abweichenden Bestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer Bestimmungen bleiben gültig, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt (Art. 358 OR)).

21 Schliesslich gilt nach Mahon: „*si l'on veut établir une hiérarchie des sources du droit du travail au sens étroit, on aboutit à l'ordre de priorité suivant : règles légales impératives (de droit public ou de droit privé) ; convention collective ; contrat-type ; contrat individuel ; règles légales dispositives*“²⁶ (freie Übersetzung: Wenn man eine Hierarchie der Quellen des Arbeitsrechts i.e.S. erstellen will, gelangt man zu folgender Reihenfolge: (öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche) zwingende gesetzliche Bestimmungen; Gesamtarbeitsvertrag; Normalarbeitsvertrag; Einzelarbeitsvertrag; dispositive Regelungen).

22 Abgesehen von diesen drei normativen „Schichten“, aus denen das „*droit du travail au sens étroit*“²⁷ (freie Übersetzung: Arbeitsrecht i.e.S.) besteht, existiert ein Regelwerk, welches das bildet, „*ce que l'on peut appeler la politique du travail ou la politique de l'emploi*“²⁸ (freie Übersetzung: was man Arbeitspolitik oder Beschäftigungspolitik nennen kann): „*Ainsi, les dispositions concernant le placement, la formation et l'orientation professionnelles, la lutte contre le chômage, notamment par la création de possibilités de travail, entrent, avec le droit du travail au sens strict, dans le droit du travail entendu dans son sens large*“²⁹ (freie Übersetzung: So fliessen die Bestimmungen über die Arbeitsvermittlung, die Ausbildung und die Berufsberatung, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, insb. durch die Schaffung von Arbeitsmöglichkeiten, gemeinsam mit dem Arbeitsgesetz i.e.S. in das Arbeitsrecht ein, wie es i.w.S. verstanden wird. Hier sei darauf hingewiesen, dass zu diesem Regelwerk auch alle anderen sozialen Absicherungen sowie das Konkurrenzrecht hinzugefügt werden müssen; der enge Zusammenhang des Letztgenannten mit dem Arbeitsrecht wird im Folgenden noch ausführlich dargelegt³⁰.

23 Dieser kurze Überblick zeigt deutlich, dass das Schweizer Recht den Gesamtarbeitsverträgen grosse Bedeutung beimisst. Dieses Instrument ermöglicht es, einvernehmliche und wirksame Lösungen zu erarbeiten, die für eine Branche oder einen Berufsstand geeignet sind. Bei Fehlen eines GAV sind das öffentliche Arbeitsrecht (insbesondere das ArG) und der Einzelarbeitsvertrag allein ausschlaggebend. Den neuesten verfügbaren Zahlen zufolge sind gerade einmal 50 % der Beschäftigten von einem GAV gedeckt, davon kommen 42 % in den Genuss eines Mindestlohns³¹. Überdies stellt sich heraus, dass der GAV-Deckungsgrad der Beschäftigten im tertiären Sektor am schwächsten ist³². Es ist jedoch gerade dieser Wirtschaftszweig, der von den digitalen Transformationen am stärksten betroffen ist. Daher können – und sollten – die Fragen im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Arbeit von den Sozialpartnern behandelt werden. Die Notwendigkeit einer Gesetzesanpassung sollte allerdings nach Mei-

²⁶ Mahon, S. 23, und die Verweise.

²⁷ Mahon, S. 7.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Siehe unten, Rz. 89 ff. und 95 ff.

³¹ Vgl. die Studie des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) Mindestlöhne: Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Zürich 2011, S. 5 (die Zahlen über die Mindestlöhne werden zukünftig aufgrund des Bundesgerichtsurteils vom 21. Juli 2017, mit welchem die Einführung eines Mindestlohns im Kanton Neuenburg bestätigt wurde, geändert: BG, Urteil 2C_774/2014, Veröffentlichung im BGE vorgesehen). Es ist anzumerken, dass gemäss dem Bilanzbericht des SECO über die GAV (Mai 2014) der „*Netto-Deckungsgrad*“ (Beschäftigte, die einem GAV unterliegen/unterliegen könnten) schwer feststellbar ist und dass es diesbezüglich nur annähernde Schätzungen gibt: die letzte offizielle Berechnung des Netto-Deckungsgrads durch den Bund stammt aus dem Jahr 1991 (damals lag er bei 51% bzw. bei 48% je nach Berechnungsmethode) (S. 45). Dann fiel er auf 45% im Jahr 1996, danach auf 41% im Jahr 2001, um später wieder auf 48% im Jahr 2005 und auf 50% im Jahr 2007 anzusteigen (siehe Tabelle 5, S. 46).

³² *Idem*, S. 6.

nung der Autorinnen und Autoren dieser Studie parallel zu den Überlegungen der Sozialpartner evaluiert werden, da die Hälfte der Arbeitnehmenden in der Schweiz nicht von einem Gesamtarbeitsvertrag gedeckt ist. Darüber hinaus erweist es sich als notwendig, die Sozialpartnerschaft zu pflegen und weiterzuentwickeln, damit sie in der Lage ist, diejenigen Branchen und Berufsstände, die bisher nicht von GAV gedeckt sind, mit solchen zu versorgen.

C. Digitale Wirtschaft und Arbeitsrecht

Für ein besseres Verständnis dieser Studie und der aktuellen Herausforderungen der digitalisierten Wirtschaft erscheint es unumgänglich, zunächst den Kontext dieser Überlegung ausführlich darzustellen. Mit den Begriffen „digitalisierte Wirtschaft“ oder „Sharing Economy“ wird in erster Linie die Weiterentwicklung der Produktions- und Vertriebsketten durch Automatisierung und Roboterisierung bezeichnet. Das bekannteste Beispiel ist das grosse amerikanische Handelsunternehmen Amazon, das in praktisch jedem Vertriebsschritt Roboter einsetzt, von der Bestellung auf einer Website über die Verpackung der Waren durch Roboter bis zur Zustellung der Pakete mithilfe von Drohnen. Der Einsatz von Menschen ist hier fast ausschliesslich auf die Kontrolle und Wartung der Roboter einerseits und auf den Kundendienst andererseits limitiert³³.

24

Der Ausdruck der digitalen Wirtschaft bezieht sich auch auf *Business Models*, die sich aus der Verwendung der neuen digitalen Technologien durch die Unternehmen ergeben. Zu erwähnen ist hierbei *Big Data*, d. h. das Sammeln grosser Datenmengen im Hinblick auf deren Auswertung und kommerzielle Nutzung (wie es zum Beispiel soziale Netzwerke wie Facebook tun), oder *Cloud Computing*, die Massenspeicherung digitaler Daten, auf die überall in der Welt zugegriffen werden kann³⁴.

25

Gewisse *Business Models* beruhen auf der Arbeit Tausender Menschen weltweit, die als *Clickworker* bezeichnet werden. Diese Menschen werden für jeden Mausklick bezahlt und erfüllen so unterschiedliche Aufgaben wie die Platzierung personalisierter Werbung auf den vom Surfer besuchten Webseiten, *Likes* und andere *Ratings* für die Internetseiten von Unternehmen oder politischen Parteien, etc.

26

Ebenfalls von der digitalisierten Wirtschaft erfasst sind Sharing-Plattformen und Unternehmen, die diese Technologie verwenden – dieser Sektor wird als „Sharing Economy“ bezeichnet. Die in der breiten Öffentlichkeit bekanntesten Plattformen sind die amerikanischen Airbnb (Vermietung von Ferienwohnungen von Privaten an Private) und Uber (Vermittlung «privater» Fahrer für die Personenbeförderung)³⁵.

27

In den USA entwickeln sich diese Plattformen in den verschiedensten Wirtschaftssektoren wesentlich rascher als in Europa: So findet man nicht nur zahlreiche Konkurrenten von Uber (Via, Lyft, etc.) oder von Airbnb (z. B. Homeaway), sondern auch «Plattformen» wie TaskRabbit oder Handy. Diese bringen Menschen, die die Erledigung kleinerer Arbeiten aller Art anbieten (Gartenarbeiten, Unterhalt von Häusern, Klempnerarbeiten, etc.), mit Personen zusammen, die diese Dienste benötigen. In der Schweiz sind solche Plattformen noch nicht zahl-

28

³³ So berichtet die Huffington Post, dass Amazon in seinen Lagern im Jahr 2016 45 000 Roboter verwendete, gegenüber 30 000 im Jahr 2015 und 15 000 im Jahr 2014. 230 000 Personen waren 2015 im Konzern beschäftigt; Zahlen für 2016 liegen noch nicht vor (siehe <http://www.huffingtonpost.fr/2017/01/04/amazon-emploi-plus-de-45-000-robots-dans-ses-entrepots/>, zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁴ Zu den Begriffen vgl. den Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 10 ff.; für eine Beschreibung der neuen Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit neuen Technologien, S. 40 ff.

³⁵ Dieser besondere Aspekt der digitalisierten Wirtschaft wird manchmal mit dem Ausdruck «Uberisierung der Wirtschaft» bezeichnet. Vgl. dazu Witzig, Fn. 2.

reich. Als Beispiel kann man Annanow³⁶ nennen, dass ein genaues Pendant zu Uber zu sein scheint, mit dem Unterschied, dass keine Personen, sondern Pakete befördert werden; oder auch Mila, die «*Personen mit technischen Fähigkeiten*» vermittelt³⁷..

29 Selbstverständlich verfügt jede dieser „Plattformen“ über ihr eigenes Geschäftsmodell, um Umsätze zu erzielen. Meist werden diese durch eine Provision bei durch die Plattform vermittelten Transaktionen oder durch Werbung erzielt.

30 Die technologischen Fortschritte bieten ständig neue Möglichkeiten für Unternehmen, die sie entweder dazu verwenden, um neue Dienste anzubieten (z. B. Airbnb), oder dazu, um bereits länger auf dem Markt vorhandene Dienste auf eine neue Art anzubieten (z. B. Uber). Im Bereich des Arbeitsrechts kann es bei einigen dieser neuen Unternehmen zu Problemen kommen, da sie Arbeitnehmer (oder Dienstleister) beschäftigen. Das ist nicht bei allen dieser Plattformen der Fall, denn bei einigen davon steht der von Dienstleistern erbrachte Dienst nicht im Mittelpunkt der Leistung (wie bei Airbnb, bei der das zur Verfügung stellen einer Wohnung im Zentrum steht).

31 Die Herausforderung durch die Entwicklung dieser Wirtschaft besteht daher in erster Linie in der rechtlichen Qualifizierung der erbrachten Dienstleistungen. Sind die Dienstleister Auftragnehmer oder Angestellte? Müssen sie als Selbstständige oder als Unselbstständige betrachtet werden? Fallen sie in den Geltungsbereich des Arbeitsrechts oder nicht? Wie sieht es mit der Sozialversicherung aus? Und mit dem Konkurrenzrecht?

32 Es wäre untertrieben zu sagen, dass auf diese neuen Fragen noch keine endgültigen Antworten gefunden wurden - die Diskussion wird innerhalb der Lehre sowohl in der Schweiz als auch im Ausland erbittert geführt, sofern sich die Gerichte noch nicht klar dazu geäußert haben. Für manche reicht der derzeitige Rechtsrahmen zur Qualifikation der Dienste aus, , und jeder Fall muss, um feststellen zu können, ob es sich nach den derzeitigen Kriterien, auf die später noch näher eingegangen wird, um eine selbstständige oder eine unselbstständige Person handelt unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsrechts bzw. der anderen Dienstverträge betrachtet werden,³⁸. Eine andere Meinung geht von der Existenz hybrider Situationen aus, die vom derzeit geltenden Recht nicht wirklich erfasst werden, da dieses nicht an die konkreten Entwicklungen des Marktes angepasst ist³⁹. Im besten Fall könnte sich der Schutz des Dienstleiters von der sinngemässen Anwendung der Vorschriften des Arbeitsrechts herleiten lassen⁴⁰.

33 Nach Meinung der Autorinnen und Autoren der vorliegenden Studie muss der letztgenannte Standpunkt aufgegeben werden. Eine sinngemässe Anwendung des Arbeitsrechts, die notwendigerweise unzulänglich und unvollständig sein muss, ist nämlich aus zwei Gründen nicht zufriedenstellend. Zunächst können mit dem derzeitigen Arbeitsrecht alle bestehenden Formen von Dienstleistungen erfasst werden, auf die die rechtlichen Kriterien die es erlauben festzustellen, ob die Dienstleistungen von einer unselbstständigen oder einer selbstständigen Person erbracht werden, die an einen Arbeitsvertrag und die damit verbundenen gesetzlichen Vorschriften gebunden ist oder nicht, anzuwenden sind. Ausserdem schliesst die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag grundsätzlich die Anwendung des öffentlichen Rechts aus, insbesondere des ArG, und es besteht die Gefahr, dass diese Personen auch vom Geltungsbereich der Gesamtarbeitsverträge ausgeschlossen sind.

³⁶ <http://annanow.com/#!/home> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁷ <https://www.mila.com> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁸ Siehe unten, Rz. 118 ff.

³⁹ Siehe z. B. den oben genannten Artikel von Witzig.

⁴⁰ *Ibid.*

Die Frage der Qualifikation der Dienstleistungen in der digitalisierten Wirtschaft beinhaltet einen ersten Schritt, in dem festgestellt werden muss, welche Regeln für welche Situation gelten. Auf diese Punkte wird im Folgenden noch im Detail eingegangen⁴¹.

34

D. Neue Formen der Arbeitsausführung

Die zuvor beschriebene Situation muss von den Arten der an die Nutzung der neuen Technologien gebundenen Arbeitsausführung unterschieden werden. In ersterem Fall geht die Analyse von der Prämisse aus, dass ein Arbeitsvertrag besteht und dass der Beschäftigte den Schutz des Arbeitsrechts genießt. Die Frage stellt sich daher nicht auf derselben Ebene, beziehungsweise stellt sie sich nur, sobald der Status des Arbeitnehmenden in einer bestimmten Situation anerkannt ist.

35

Eines der Hauptprobleme, die im Zuge der Weiterentwicklung der Technologie aufgetreten sind, ist die Telearbeit (*Home-Office*), von der 4,7 bis 5,8% (gewöhnlicher Arbeitsplatz zu Hause) und 12,2 bis 14,2% (gewöhnlicher Arbeitsplatz an wechselnden Orten oder unterwegs) betroffen sind⁴². Wenn man noch «solo» ausgeübte selbstständige Tätigkeiten und die anderen Formen von «Arbeitskraftunternehmern» mit einbezieht, käme man auf eine Zahl von einem «Telearbeiter» auf vier Arbeitnehmer in der Schweiz⁴³. Gemäss einem Bericht des Bundesrats über Telearbeit besteht diese für den Beschäftigten darin, von Fernarbeitsplätzen aus zu arbeiten, d. h. ausserhalb der Räumlichkeiten seines Arbeitgebers⁴⁴. Ausserdem muss der Beschäftigte über eine telekommunikationsgestützte Verbindung, die eine Datenübertragung sicherstellt, aus der Ferne mit seinem Arbeitgeber verbunden sein. Der Fernabsatz von Dienstleistungen ist also im Prinzip eine intellektuelle Dienstleistung⁴⁵. Infolgedessen ist festzuhalten, dass die Telearbeit nur Tätigkeiten umfasst, die auch im Unternehmen selbst erledigt werden könnten – es kann also nicht angenommen werden, dass eine Tätigkeit, die beispielsweise auf einer Baustelle ausserhalb des Unternehmens erbracht werden muss, diesem Kriterium entspricht.⁴⁶ Es ist noch darauf hinzuweisen, dass Telearbeit entweder regelmässig oder gelegentlich sowie «nomadisch» an verschiedenen Orten (zu Hause, im *Coworking Space*, in Transportmitteln, etc.) entweder ausschliesslich oder alternierend mit der Arbeit im Unternehmen geleistet werden kann⁴⁷.

36

Im Zuge der Entwicklung der Telearbeit haben einige Arbeitgeber die Arbeitsflächen reduziert, um auf diese Weise Beschäftigungskosten zu sparen. So verfügen die Arbeitnehmenden in einigen Unternehmen über keine ihnen fix zugewiesenen Arbeitsplätze mehr; jeder sucht sich jeden Tag den Platz, der ihm zusagt – in Abhängigkeit von den Aufgaben⁴⁸, aber auch von den bei seiner Ankunft verfügbaren Plätzen. Es kommt sogar vor, dass der Arbeitgeber nicht so viele Plätze zur Verfügung stellt, wie er Mitarbeitende hat. Somit muss derjenige, der

37

⁴¹ Siehe unten, Rz. 118 ff.

⁴² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/indikatoren/teleheimarbeit.assetdetail.350538.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018 **Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.**)

⁴³ Meissner et al., *Activité indépendante*, S. 6.

⁴⁴ Bericht Telearbeit, S. 7.

⁴⁵ Bericht Telearbeit, S. 7 f.

⁴⁶ Bericht Telearbeit, S. 9 f.

⁴⁷ Bericht Telearbeit, S. 10.

⁴⁸ Meissner et al., *Activité indépendante*, S. 6.

nach seinen Kollegen eintrifft, entweder wieder nach Hause fahren oder in ein Café oder einen *Coworking Space* gehen, um arbeiten zu können (*Desk-Sharing*)⁴⁹.

38 Diese neuen Formen der Arbeitsorganisation veranschaulichen den Trend zu einer zunehmenden Flexibilisierung der Arbeitszeit, der sich in den letzten Jahren entwickelt hat. Zurzeit wird geschätzt, dass ca. 61% der Schweizer Arbeitnehmenden von flexiblen, d. h. gleitenden und variablen Arbeitszeiten profitieren⁵⁰.

39 In der Tat beschäftigt sich die vorliegende Studie eingehend mit den verschiedenen Arten der flexiblen Arbeitsausführung, wobei die Sozialpartnerschaft und der Tripartismus, wie wir sehen werden, sich nicht auf Selbstständige erstrecken können, die nicht als Arbeitnehmende qualifiziert werden können.

40 So ist unschwer festzustellen, dass es heute eine Vielzahl von Unternehmensmodellen gibt (und in nächster Zukunft geben wird), die sich bestimmter, auf dem Markt verfügbarer Technologien bedienen. Diese werden unterschiedliche Auswirkungen auf die Arbeitsausführung, auf den Arbeitsplatz selbst und auf die Anforderungen an die Arbeitnehmenden in Bezug auf Aus- und Weiterbildung haben. Diese Vielzahl der Situationen und damit auch der Bedürfnisse erklärt, warum es unserer Meinung nach unumgänglich ist, rasch Lösungen zu implementieren, die auf der Ebene der Branche oder des Berufsstands im Wege von Kollektivverhandlungen verhandelt wurden.

E. Aufbau

41 Um die im Rahmen dieses Auftrags gestellten Fragen zu beantworten, analysieren die Autorinnen und Autoren zunächst die gesetzlichen Grundlagen der Sozialpartnerschaft in der Schweiz (III). Die durchgeführten Untersuchungen haben gezeigt, dass durch die Digitalisierung in die Arbeitswelt Strukturelemente eingeführt wurden. Diese neuen Paradigmen dienen zur Prüfung der grundlegenden Fragen, die sich aus der Qualifizierung der Vertragsverhältnisse und aus den transnationalen Aspekten der „digitalen Arbeit“ ergeben (IV).

42 In der Folge interessieren wir uns für die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Arbeitsausführung (V), indem wir uns mit den folgenden Themen beschäftigen: Mitarbeiterbeteiligung (1), Gesundheit und Arbeitssicherheit (2), Arbeitszeit und Arbeitsort (3 und 4), Aus- und Weiterbildung (5), Datenschutz (6) und Kontrolle der Arbeitsbedingungen (6).

43 Weiter fasst die Studie die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft (VI) und auf den Tripartismus zusammen (VII). Schliesslich vervollständigen die Autorinnen und Autoren ihre Analyse mit kurzen Überlegungen über die Zukunft der internationalen Arbeitsnormen im Kontext der Digitalisierung (VIII).

III. Rechtsgrundlagen der Sozialpartnerschaft in der Schweiz

1. Verfassungsrechtliche und vertragliche Grundlagen

44 Seit Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts ist die Vereinigungsfreiheit im Völkerrecht weitgehend anerkannt und geregelt. Sie ist bereits in der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) von 1919 und in der Erklärung von Philadelphia 1944 aufgeführt⁵¹. Zwei der acht Kernarbeitskonventionen der IAO befassen sich mit der Vereinigungsfreiheit, näm-

⁴⁹ Es muss festgehalten werden, dass diese neuen Formen der Arbeitsausführung ebenso unbeständig sind wie die diesbezüglichen Definitionen. Gleichzeitig ist es schwierig, klare Definitionen zu finden, und noch schwieriger, für jedes der oben aufgeführten Konzepte eine eindeutige und klare Definition zu entwickeln.

⁵⁰ Meissner et. al., *Activité indépendante*, S. 6.

⁵¹ Siehe konsolidierte Fassung dieser beiden Rechtsinstrumente unter SR 0.820.1.

lich das Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948)⁵² und das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949)⁵³. Andere Übereinkommen der IAO sind ebenfalls dem Thema gewidmet, namentlich das Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978)⁵⁴ und das Übereinkommen Nr. 154 über die die Förderung von Kollektivverhandlungen (1981)⁵⁵.

Gemäss Art. 23 Abs. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) und Art. 11 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, 1950)⁵⁶, hat jede Person das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenschliessen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und beizutreten.

45

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden EGMR) zur Vereinigungsfreiheit betrifft im Wesentlichen Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes⁵⁷. Der EGMR hat indessen festgehalten, dass die in seiner Rechtsprechung formulierten Grundsätze, auch was das Recht auf Kollektivverhandlungen betrifft, auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gelten. In dieser Studie wird beim jeweils behandelten Thema auf diese Rechtsprechung wie auch auf diejenige des Bundesgerichts eingegangen.

46

An dieser Stelle sei in Erinnerung gerufen, dass die von der EMRK anerkannten Rechte (Art. 2 bis 14) in der Schweiz unmittelbar anwendbar sind und von Privatpersonen bei den nationalen Gerichtsbehörden einklagbar sind. Gemäss konstanter Rechtsprechung stellt das Bundesgericht die EMRK auf die gleiche Stufe wie die Bundesverfassung⁵⁸, "*wobei ihren Besonderheiten und insbesondere ihrem Charakter als lebendiges Instrument ("living instrument") Rechnung zu tragen ist*"⁵⁹. Daher obliegt es den Mitgliedstaaten "*protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires*" (freie gekürzte Übersetzung: dafür zu sorgen, dass konkrete und wirksame Rechte eingeräumt werden); die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, sämtliche Menschenrechte, unabhängig von ihrer Natur zu beachten, durchzusetzen und konsequent zu schützen⁶⁰. So darf der Staat die Vereinigungsfreiheit von Privatpersonen nach Art. 11 des Übereinkommens nicht verletzen, sondern muss sie auch aktiv schützen⁶¹ – da die Gewerkschaftsfreiheit (oder Koalitionsfreiheit) auch die soziale und politische Funktion von Gesamtarbeitsverträgen unterstützt. Diese Rahmenbedingungen sind notwendig, um es starken Berufsverbänden und Gewerkschaften zu ermöglichen, solche GAV auszuhandeln.

47

Die Rechtsgrundlagen der Sozialpartnerschaft in der Schweiz finden sich im Wesentlichen in den Bestimmungen über die Koalitionsfreiheit. Denn diese umfasst das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Recht, Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen. Die Sozialpartnerschaft

48

⁵² SR 0.822.719.7.

⁵³ SR 0.822.719.9.

⁵⁴ SR 0.822.725.1.

⁵⁵ SR 0.822.725.4. Andere Rechtsinstrumente wie das Übereinkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb (1971) hat die Schweiz nicht ratifiziert.

⁵⁶ SR 0.101.

⁵⁷ Siehe dazu z. B. Nationale belgische Polizeigewerkschaft gegen Belgien vom 27. Oktober 1975 (Nr. 4464/70); Schwedische Lokomotivführer-Gewerkschaft gegen Schweden vom 6. Februar 1976 (Nr. 5614/72); Schmidt und Dahlström gegen Schweden vom 6. Februar 1976 (Nr. 5589/72); Demir und Baykara gegen die Türkei vom 12. November 2008 (Nr. 34503/97).

⁵⁸ Siehe Pärli, EMRK, S. 1672. Die Frage des Verhältnisses zwischen Bundesverfassung und Völkerrecht ist komplex; siehe dazu BGE 139 I 16 (JdT 2013 I S. 167).

⁵⁹ BGE 139 I 16 E. 5.2.2.

⁶⁰ Dunand/Mahon, Représentants, S. 98, .

⁶¹ Siehe Pärli, Festschrift, S. 435 ff.

kommt auch in den Rechtsgrundlagen zum Rechtsinstitut des Gesamtarbeitsvertrages (Art. 356 ff. OR), dessen Allgemeinverbindlichkeit (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen – AVEG⁶²) und der Rolle der Sozialpartner in Bezug auf die flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr (Massnahmen gegen «Lohn- und Sozialdumping», insbesondere Entsendegesetz, EntsG⁶³) zum Ausdruck.

49 Art. 28 BV garantiert die Koalitionsfreiheit: Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen haben das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben⁶⁴. Das Bundesgericht hält dazu fest: *«jurisprudence et doctrine distinguent la liberté syndicale individuelle de la liberté syndicale collective. La liberté syndicale individuelle donne au particulier le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant ou de participer à son activité (liberté syndicale positive), ainsi que celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (liberté syndicale négative), sans se heurter à des entraves étatiques.»*⁶⁵ (freie gekürzte Übersetzung: Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit. Die individuelle Koalitionsfreiheit umfasst das Recht, eine Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation zu gründen, ihr beizutreten oder sich an ihren Aktivitäten als Mitglied zu beteiligen (positive Koalitionsfreiheit), ihr fernzubleiben oder aus ihr auszutreten (negative Koalitionsfreiheit).

50 Die Koalitionsfreiheit umfasst nicht nur das Recht, Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen zu gründen, sondern auch das Recht, deren Fortbestand und die Wirksamkeit ihrer Massnahmen zu sichern, aus denen sich das Recht auf den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ableitet⁶⁶: *«Quant à la liberté syndicale collective, elle garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres. Elle implique notamment le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives»*⁶⁷ (freie Übersetzung: Die kollektive Koalitionsfreiheit schützt die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation in ihrer Existenzberechtigung und in ihrem Recht, ihre Aktivitäten frei auszuüben und die Interessen ihrer Mitglieder zu wahren. Insb. ist das Recht auf Kollektivverhandlungen und der ungehinderte Abschluss von GAV durch die Sozialpartner geschützt).

2. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und der Gesamtarbeitsvertrag als Instrument

51 Im Urteil Demir und Baykara gegen die Türkei vom 12. November 2008 hat der EGMR eine bedeutende Änderung seiner früheren Rechtsprechung bestätigt, indem er ausdrücklich anerkannte, dass Art. 11 EMRK das Recht auf Kollektivverhandlungen gewährt: *«Der Gerichtshof ist angesichts der Entwicklungen im internationalen und nationalen Arbeitsrecht und der diesbezüglichen Praxis der Vertragsstaaten der Ansicht, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen mit einem Arbeitgeber grundsätzlich zu einem wesentlichen Bestandteil des «Recht[s], zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten» laut Art. 11 EMRK geworden ist, wobei es den Mitgliedstaaten frei steht, ihr System so zu organisieren, dass den repräsentativen Gewerkschaften gegebenenfalls ein Sonderstatus zuerkannt wird. Wie die anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen auch Beamtinnen*

⁶² SR 221.215.311.

⁶³ SR 823.20.

⁶⁴ Ebenfalls Art. 8 UNO-Pakt I, Übereinkommen Nr. 98 der IAO.

⁶⁵ BGE 140 I 257 E. 5.1 und Verweise; siehe auch Andermatt, Rz. 10.

⁶⁶ Baumgartner, S. 362.

⁶⁷ BGE 140 I 257 E. 5.1 und Verweise.

und Beamte, ausser in ganz bestimmten Fällen, dieses Recht in Anspruch nehmen können (...)»⁶⁸.

Diese Ansicht wurde erst vor kurzem durch das Bundesgericht bestätigt, das im BGE 140 I 257 festhält, dass eine Gewerkschaft die Koalitionsfreiheit anrufen kann, um Ansprüche auf die Teilnahme an Tarifverhandlungen oder auf den Abschluss eines Tarifvertrags mit einem öffentlichen Arbeitgeber geltend zu machen, soweit sie als Sozialpartner anerkannt werden kann. Dies setzt voraus, dass sie hinreichend repräsentativ ist und sich loyal verhält.

52

Das Recht, unter bestimmten Bedingungen als Sozialpartner anerkannt zu werden und folglich das Recht auf Tarifverhandlungen, ist somit in der Bundesverfassung und im Völkerrecht anerkannt und verankert.

53

Der Gesamtarbeitsvertrag ist das Rechtsinstrument, mit dem die an den Vertragsverhandlungen beteiligten Parteien gemeinsam die Arbeitsbedingungen vereinbaren. Der GAV ist in Art. 356 Abs. 1 OR wie folgt definiert: «Durch den Gesamtarbeitsvertrag stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf».

54

Nach der Lehre und Gerichtspraxis können die Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen in drei Kategorien unterteilt werden. Die schuldrechtlichen Bestimmungen regeln die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und verpflichten die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages gegenseitig als Vertragspartner (Art. 356 Abs. 3 OR)⁶⁹. Die normativen Bestimmungen gelten aufgrund von Art. 356 Abs. 1 OR unmittelbar für den einzelnen Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber als Vertragspartei des GAV oder als Mitglied des den GAV schliessenden Arbeitgeberverbands und dem Arbeitnehmer, der Mitglied der den GAV schliessenden Gewerkschaft ist; diese Bestimmungen gelten unmittelbar und können nicht wegbedungen werden (Art. 357 Abs. 1 OR) und werden wie Gesetze ausgelegt⁷⁰. Sie betreffen Abschluss, Gegenstand und Zweck der Einzelarbeitsverträge. Die indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen betreffen ebenfalls die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, doch sie beziehen sich weder auf den Abschluss, noch den Gegenstand oder den Zweck der Arbeitsverträge⁷¹.

55

Bei den Vertragsverhandlungen bestimmen die Sozialpartner autonom die Arbeitsbedingungen und Löhne in ihrer Branche oder im Unternehmen unter dem Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. Art. 357 Abs. 2 OR); sie haben auch weitgehende Autonomie bei der Kontrolle der Einhaltung dieser Arbeitsbedingungen und den bei Vertragsverletzungen verhängten Sanktionen.

56

Dunand und Mahon halten fest: «favoriser la négociation est ce en quoi consiste le partenariat social, c'est-à-dire la fixation en commun, entre les employeurs ou leurs associations et les travailleurs regroupés collectivement, des conditions de travail. De cette manière, la liberté contractuelle n'est aucunement supprimée, elle est concrétisée à un niveau collectif»⁷² (freie Übersetzung: Die Verhandlungsbereitschaft ist die Grundlage der Sozialpartnerschaft, d.h. das gemeinsame Vereinbaren der Arbeitsbedingungen zwischen den Arbeitgebern resp. ihren Verbänden und den gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern. Auf diese Weise ist die Vertragsfreiheit keineswegs aufgehoben, sondern auf kollektiver Ebene erfüllt) Das Bun-

57

⁶⁸ EGMR, Urteil Demir und Baykara, § 154.

⁶⁹ BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

⁷⁰ BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

⁷¹ Wyler, S. 821 f.

⁷² Dunand/Mahon, Grève, Ziff. 38.

desgericht hat sich wiederholt zum Zweck von GAV geäußert: «Der GAV bezweckt, die schwächere Partei zu schützen, eine einheitliche Behandlung der Arbeitnehmer zu sichern, sozialen Konflikten vorzubeugen und die Anstellungsbedingungen mit relativ flexiblen Normen zu ordnen»⁷³.

3. Anerkennung als Sozialpartner

58 Das Schweizer Recht legt keine Kriterien für die Anerkennung einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes als Sozialpartner fest. Der Bund kennt auch kein Verfahren zur Meldung oder Anerkennung von Sozialpartnern. Die Anerkennung als Sozialpartner muss deshalb nach den von der Gerichtspraxis festgelegten Kriterien in jedem Fall einzeln erfolgen: «*Les conditions de reconnaissance d'un syndicat ont été développées par la jurisprudence rendue en droit privé, selon laquelle un syndicat doit être reconnu comme partenaire social afin de participer à des négociations collectives, de conclure une convention collective ou d'y adhérer, même sans l'accord de l'employeur ou des autres partenaires sociaux, s'il est suffisamment représentatif et qu'il se comporte loyalement, sous peine de violer ses droits de la personnalité. En particulier, un syndicat minoritaire ne peut être écarté s'il est suffisamment représentatif, à moins que l'auteur du refus ne fasse valoir un intérêt digne de protection, un tel intérêt n'existant pas lorsque le syndicat ne peut se voir reprocher une attitude déloyale ou qu'il se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlant de la convention collective de travail*»⁷⁴ (freie Die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Gewerkschaft als Sozialpartner entwickelten sich aus der Rechtsprechung im Privatrecht, wonach eine Gewerkschaft als Sozialpartner anerkannt sein muss, um an Tarifverhandlungen teilzunehmen, einen Tarifvertrag zu schliessen oder ihm beizutreten, auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers oder anderer Sozialpartner, wenn sie hinreichend repräsentativ ist und sich loyal verhält; Andernfalls würden ihre Persönlichkeitsrechte verletzt. Insb. kann eine Minderheitsgewerkschaft nicht ausgeschlossen werden, wenn sie hinreichend repräsentativ ist, es sei denn, der Urheber der Ablehnung mache ein schutzwürdiges Interesse geltend. Ein solches Interesse ist nicht gegeben, wenn der Gewerkschaft kein illoyales Verhalten vorgeworfen werden kann oder sie sich zur Einhaltung aller Verpflichtungen aus dem Gesamtarbeitsvertrag bereit erklärt).

59 Kürzlich hat das Bundesgericht diese Voraussetzungen erläutert: «*En effet, le droit éventuel du travailleur dissident de ne pas contribuer aux frais de la CCT ne se justifie que si le syndicat dont il est membre dispose du droit de participer à la convention. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé encore récemment que le droit de participer à des négociations collectives, de conclure des CCT ou d'adhérer à de telles conventions n'était pas ouvert sans restrictions à n'importe quel syndicat, sous peine d'aboutir à une trop grande multiplication des acteurs sociaux propre à nuire à la qualité et à l'efficacité du dialogue social. Seul un syndicat reconnu comme partenaire social peut se prévaloir d'un tel droit, ce qui sera le cas lorsqu'il a la compétence de conclure des conventions collectives ("Tariffähigkeit"), qu'il est compétent à raison du lieu et de la matière, qu'il est suffisamment représentatif et qu'il fait preuve d'un comportement loyal*» (freie Übersetzung: Das allfällige Recht eines Arbeitnehmers, der nicht Mitglied eines vertragschliessenden Verbandes ist, keinen Solidaritätsbeitrag zu leisten, ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Gewerkschaft, welcher er angehört, die Voraussetzungen zur Anerkennung als Sozialpartnerin erfüllt. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht kürzlich darauf hingewiesen, dass nicht alle Gewerkschaften ohne Einschränkung das Recht haben, an Tarifverhandlungen teilzunehmen, GAV zu schliessen oder solchen beizutreten. Dies würde zu einer Vervielfachung der sozialen Akteure führen, was die Qualität und Effizi-

⁷³ BGE 121 III 168, E.3, zitiert in Metz, S. 161.

⁷⁴ BGE 140 I 257 E. 5.2.1.

enz des sozialen Dialogs beeinträchtigen würde. Nur eine als Sozialpartner anerkannte Gewerkschaft kann ein solches Recht geltend machen, was der Fall ist, wenn sie die Kompetenz für den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen («Tariffähigkeit») hat, die örtliche und sachliche Zuständigkeit hat, hinreichend repräsentativ ist und ein loyales Verhalten zeigt).⁷⁵

Lehre und Gerichtspraxis sind sich über die vier Voraussetzungen, die eine Gewerkschaft gleichzeitig erfüllen muss, um als Sozialpartner anerkannt zu werden, einig, nämlich muss die Gewerkschaft:

- 1) die Zuständigkeit für den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen («*Tariffähigkeit*») haben,
- 2) örtlich und sachlich zuständig sein,
- 3) hinreichend repräsentativ sein (Kriterium der Repräsentativität) und
- 4) loyales Verhalten zeigen (Kriterium der Loyalität)⁷⁶.

Die «*Tariffähigkeit*» bezeichnet das Recht, Vertragspartei eines Gesamtarbeitsvertrages zu sein⁷⁷. Art. 356 OR verleiht den Verbänden, die über *Tariffähigkeit* verfügen, eine wichtige Funktion, da sie als Vertragsparteien eines GAV anerkannt werden können⁷⁸.

Um diese Voraussetzung zu erfüllen, muss eine Gewerkschaft als Verein im Sinne von Art. 60 ZGB oder als Genossenschaften im Sinne von Art. 552 ff. OR gegründet sein und über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen⁷⁹. Zudem müssen die folgenden Bedingungen, die auf dem deutschen und dem französische Recht sowie auf dem IAO-Übereinkommen Nr. 154⁸⁰ beruhen, von den Arbeitnehmerverbänden erfüllt werden, damit sie einen GAV schliessen können⁸¹:

- Der freiwillige Beitritt zur Gewerkschaft muss den Arbeitnehmern offen stehen (*negative Koalitionsfreiheit*). Der Gründungsvorgang darf nicht erzwungen sein, der freie Eintritt und Austritt der Personen ist zu gewährleisten; Zwangsverbände sind nicht tariffähig⁸².
- Die Gewerkschaft muss von Verhandlungspartnern unabhängig sein. Eine Gewerkschaft kann daher nur aus Arbeitnehmern (oder Arbeitssuchenden) bestehen und kann weder Arbeitgebervertreter aufnehmen, noch von deren finanziellen Unterstützung abhängig sein und auch keine Einmischung seitens der Arbeitgeber dulden⁸³. Die Voraussetzung der Unabhängigkeit ergibt sich unmittelbar aus Art. 28 BV: «*Wegen des von der Verfassung respektierten, auf gegensätzliche Interessenvertretung gerichteten Gehalts der Koalitionsfreiheit, kann sich auf das kollektive Koalitionsrecht nur berufen, wer gegnerunabhängig ist.*»⁸⁴. Die Arbeitnehmerorganisationen müssen Interes-

⁷⁵ BGE 141 III 418 E. 4.2. Siehe auch BGer, 2C_118/2014 vom 22.03.2015, E. 4.1 (in der Rechtssache Gewerkschaft SAP).

⁷⁶ BGE 140 I 257 E. 5.2.1. Siehe auch BGer, Urteil 2C_118/2014 vom 22. März 2015, E. 4.1 und Verweise; Geiser, Entwicklungen, S. 364. Zu diesem Thema siehe auch das Dossier des Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit des Verwaltungsrats des Internationalen Arbeitsamtes zur Beschwerde gegen die Schweiz, vertreten durch die Autonome Pöstler Gewerkschaft (Syndicat Autonome des Postiers, SAP) (Fall Nr. 3109), endgültiger Bericht vom Oktober 2016 (hier verfügbar: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:330_2032).

⁷⁷ ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 35.

⁷⁸ Metz, S. 164.

⁷⁹ Bruchez, Rz. 32.

⁸⁰ Übereinkommen Nr. 154 über die Förderung von Kollektivverhandlungen vom 19. Juni 1981, das am 19. September 1983 von der Schweiz ratifiziert wurde (SR 0.822.725.4).

⁸¹ Bruchez, Rz. 25. Siehe auch ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 34 ff.

⁸² Bruchez, Rz. 25; ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 51.

⁸³ Bruchez, Rz. 25. Siehe auch ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 34 ff.

⁸⁴ Andermatt, Rz. 31.

senvertreter der Arbeitnehmer sein. Sie müssen nicht nur juristisch, sondern faktisch unabhängig von den Arbeitgebern sein und über das notwendige Gewicht zur Erfüllung ihrer Funktion verfügen⁸⁵.

- Insbesondere darf die Gründung eines Verbandes nicht von der Gegenpartei ausgegangen sein, die Leitung nicht in den Händen des sozialen Gegenspielers liegen, der Verband darf finanziell nicht von der wirtschaftlichen Unterstützung der Gegenpartei abhängig sein. Das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit ergibt sich aus der gesetzlich vorgeschriebenen Einwirkungspflicht, aus der Funktion der Sozialpartner als Gegenspieler und aus dem Wesen des GAV allgemein, der das Resultat einer Übereinstimmung freier, auf Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder verpflichteter Verbände ist⁸⁶. Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch, dass gemischte Verbände nicht tariffähig sind⁸⁷.
- Die Gewerkschaft muss auch unabhängig von dritter Seite sein, gemeint ist damit die Unabhängigkeit vom Staat, von Parteien oder Kirchen⁸⁸.
- Die Gewerkschaft muss kraft Zahl der Mitglieder, der finanziellen Ressourcen, der Stellung im Arbeitsleben und der Erfahrung ein genügendes politisches Gewicht haben⁸⁹.
- Die Gewerkschaft muss Kampfbereitschaft haben⁹⁰.
- Vischer/Albrecht stellen noch eine weitere Bedingung: Die Gewerkschaft muss eine spezifische Zielsetzung in der Wahrung oder Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Mitglieder verfolgen. Vereinigungen, die weder nach ihrer Satzung noch in ihrer tatsächlichen Betätigung spezifische Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen, sind nicht tariffähig⁹¹.

63 Um als Sozialpartner für den vom GAV erfassten Bereich anerkannt zu werden, müssen die Vertragsparteien zudem örtlich und fachlich zuständig sein⁹².

64 Die Organisationen müssen zudem genügend repräsentativ sein und sich nicht illoyal verhalten. Es handelt sich hier um «*notions juridiquement indéterminées, qui doivent être concrétisées dans chaque cas particulier par usage du pouvoir d'appréciation*»⁹³ (freie Übersetzung: juristisch mehrdeutige Begriffe, die im Einzelfall durch das zugestandene Ermessen zu konkretisieren sind). Die Gerichtspraxis gibt diesbezüglich einige Anhaltspunkte⁹⁴: «*En ce qui concerne d'abord la condition de représentativité, le pouvoir d'appréciation est correctement mis en œuvre si des critères adéquats et raisonnables sont utilisés. Ces critères doivent être suffisamment larges pour admettre dans le dialogue social des syndicats minoritaires, de manière à favoriser un certain pluralisme dans l'expression des voix syndicales, sans pour autant conduire à admettre tout syndicat minoritaire comme partenaire social, sous peine de nuire à l'efficacité du dialogue social. Il est ainsi nécessaire que le syndicat soit le porte-parole d'une minorité et non pas constitué de membres isolés. À cet égard, le Tribunal fédéral n'a pas fixé de seuil quantitatif minimal applicable de manière générale pour déterminer si un syndicat minoritaire est représentatif. Il a en revanche retenu, dans un cas d'espèce, qu'un*

⁸⁵ Bruchez, Rz. 24 (wir unterstreichen).

⁸⁶ ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 46.

⁸⁷ ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 46. Bruchez, Rz. 25, teilt diese Auffassung.

⁸⁸ Siehe ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 50.

⁸⁹ Nach Vischer/Albrecht gilt dieses Erfordernis (das aus dem deutschen Recht kommt) nicht für das schweizerische Recht (ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 54).

Contra Portmann/Rudolph, Art. 356 Rz. 55.

⁹¹ ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 53.

⁹² ZK–Vischer/Albrecht, Art. 356 Rz. 56; Bruchez, Rz. 28 und 29.

⁹³ BGE 140 I 257 E. 6.1 («geeignete und angemessene Kriterien»).

⁹⁴ Insbesondere: BGE 140 I 257, BGE 125 III 82, BGE 118 II 431 und BGE 113 II 37.

syndicat comprenant 7% des travailleurs de l'entreprise était suffisamment représentatif et que si l'on voulait le nier, ce syndicat devrait tout de même être reconnu de par son importance évidente au plan national. Il ressort de cette jurisprudence que, d'une part, un syndicat n'a pas besoin de représenter une forte minorité pour être représentatif et que, d'autre part, un syndicat non représentatif dans l'entreprise concernée, mais qui jouit d'une représentativité suffisante au niveau cantonal ou fédéral doit également être reconnu comme partenaire. La représentativité d'un syndicat doit également être examinée compte tenu de la structure particulière de l'entreprise ou de l'institution publique par laquelle il demande à être reconnu comme partenaire social»⁹⁵ (freie Übersetzung: In Bezug auf die Repräsentativität ist der Ermessensspielraum richtig angewandt, wenn geeignete und vernünftige Kriterien beigezogen werden. Damit auch Minderheitsgewerkschaften am sozialen Dialog teilhaben können, müssen diese Kriterien genügend allgemein gehalten werden, um einen gewissen Pluralismus der Gewerkschaftsstimmen zu fördern, wobei nicht jede Minderheitsgewerkschaft als Sozialpartner zuzulassen ist, denn dies würde die Effizienz des sozialen Dialogs beeinträchtigen. Es ist also notwendig, dass die Gewerkschaft das Sprachrohr einer Minderheit ist und sich nicht aus Einzelmitgliedern zusammensetzt. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht nicht eine generell minimale quantitative Schwelle festgelegt, um festzustellen, ob eine Minderheitsgewerkschaft repräsentativ ist. Jedoch es hat in einem konkreten Fall festgehalten, dass selbst unter der Annahme, dass eine Gewerkschaft, die ca. 7% der Mitarbeiter in den betroffenen Betrieben vertritt, nicht als repräsentativ angesehen werden könne, die offensichtliche Bedeutung dieser Gewerkschaft auf nationaler Ebene genüge, um die Repräsentativität zu bejahen. Daraus ergibt sich, dass eine Gewerkschaft keine starke Minderheit vertreten muss, um repräsentativ zu sein, und dass eine im betreffenden Betrieb nicht repräsentative Gewerkschaft, dennoch als Sozialpartner anerkannt werden kann, wenn sie auf kantonaler oder Bundesebene eine genügend repräsentativ ist. Was die Repräsentativität einer Gewerkschaft betrifft, ist auch die Struktur des Betriebs oder der öffentlichen Einrichtung zu beachten, von der sie als Sozialpartner anerkannt werden will).

65

Loyalität impliziert «que le syndicat concerné se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlant de la convention collective de travail et, de manière générale, qu'il soit un partenaire social digne de confiance. Le syndicat doit ainsi se montrer comme un interlocuteur fiable et de bonne foi. Tel n'est en particulier pas le cas s'il entrave les négociations collectives de manière abusive ou s'il porte des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux. La condition de loyauté a trait au comportement du syndicat avec les autres partenaires sociaux ; en particulier, un syndicat ne peut être qualifié de déloyal au seul motif qu'il est en litige avec certains de ses membres ou de ses anciens membres, de tels litiges n'ayant pas de lien avec le comportement du syndicat en tant que partenaire social. Dans la règle, la condition de loyauté, qui est une des modalités de la bonne foi, doit être considérée comme présumée. En conséquence, si un syndicat demandant à être reconnu comme partenaire social se déclare prêt à respecter les obligations découlant de la convention collective de travail ou, plus largement, l'obligation de se comporter comme un partenaire social digne de confiance et qu'il remplit par ailleurs les autres conditions de reconnaissance, l'employeur ne peut alors en principe pas refuser de le reconnaître, sauf s'il apporte la preuve que la condition de loyauté n'est pas réalisée en raison de comportements passés de nature à faire sérieusement craindre qu'il n'agirait pas de manière loyale dans le dialogue social»⁹⁶ (freie Übersetzung: dass die betroffene Gewerkschaft bereit ist, allen Verpflichtungen aus dem GAV nachzukommen und generell ein vertrauenswürdiger Sozialpartner ist. Die Gewerkschaft muss sich also als zuverlässiger und aufrichtiger Gesprächspartner erweisen. Dies ist

⁹⁵ BGE 140 I 257 E. 6.1. Siehe auch Rudolph, S. 145, Fn. S. 51, und Geiser, Entwicklungen, S. 364.

⁹⁶ BGE 140 I 257, E. 6.2; siehe auch Geiser, Entwicklungen, S. 364.

insb. nicht der Fall, wenn sie die Tarifverhandlungen missbräuchlich behindert oder wenn sie gegen andere Sozialpartner missbräuchliche Anschuldigungen erhebt. Die Loyalität zeigt sich im Verhalten der Gewerkschaft gegenüber anderen Sozialpartnern; so kann eine Gewerkschaft nicht als illoyal bezeichnet werden, nur weil sie mit gewissen aktuellen oder ehemaligen Mitgliedern Rechtsstreitigkeiten hat, da diese in keinem Zusammenhang mit dem Verhalten der Gewerkschaft als Sozialpartner stehen. In der Regel ist Loyalität, als eine Dimension des Grundsatzes von Treu und Glauben, grundsätzlich zu vermuten. Wenn sich daher eine Gewerkschaft, die als Sozialpartner anerkannt werden will, bereit erklärt, die Verpflichtungen aus dem GAV oder genereller die Verpflichtung, sich wie ein vertrauenswürdiger Sozialpartner zu verhalten, zu erfüllen, und sie auch die sonstigen Voraussetzungen für die Anerkennung erfüllt, kann der Arbeitgeber die Anerkennung grundsätzlich nicht verweigern, es sei denn, er weist nach, dass die Bedingung der Loyalität aufgrund von früheren Verhaltensweisen, die ernsthaft befürchten lassen, dass sie sich im sozialen Dialog nicht loyal verhalten würde nicht erfüllt ist).

4. Inhalt von Gesamtarbeitsverträgen

66 Grundsätzlich schränkt das Bundesrecht den Inhalt von Gesamtarbeitsverträge nicht ein. Aus der Gesamtheit der Regelungen geht hervor, dass die Sozialpartner den Inhalt nach ihren Wünschen frei wählen können, sofern es einen Zusammenhang mit den Arbeitsverhältnissen gibt und geltendes Recht eingehalten wird.

67 Historisch gesehen konnten in der Schweiz dank der von den Sozialpartnern geleisteten Arbeit oft soziale Fortschritte erzielt werden, beispielsweise in Bezug auf die Arbeitszeit oder den bezahlten Urlaub⁹⁷. Diese Themen fanden Eingang in die Gesamtarbeitsverträge, bevor sie im Gesetz verankert wurden. So wird festgestellt: *«bien que souvent, les accords ne fassent que reprendre le régime légal, il existe plusieurs conventions qui prévoient des régimes plus étendus et qui précisent l'organisation ainsi que les droits et les devoirs de la représentation des travailleurs»*⁹⁸ (frei Übersetzt: Obwohl die GAV die gesetzlichen Regelungen meist nur übernehmen, gibt es einige Verträge, die weiterreichende Regelungen vorsehen und die Organisation sowie die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertretung festhalten).

5. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

A. Die ordentlichen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

68 Der Gesamtarbeitsvertrag bindet grundsätzlich nur Arbeitnehmende und Arbeitgebende, die Mitglieder von vertragschliessenden Organisationen sind. Nur wenn es sich um einen allgemeinverbindlichen GAV handelt, das heisst--, wenn er für die betreffende Branche rechtsverbindlich ist, gilt er auch für Arbeitgeber, die nicht Vertragsparteien sind, und für Arbeitnehmer, die nicht Mitglieder der vertragschliessenden Verbände sind; zweitere bezeichnet man als *Aussenseiter*.

69 Juristisch gesehen ist ein Gesamtarbeitsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag, der zwischen einer oder mehreren Gewerkschaften und einem oder mehreren Arbeitgeberverbänden und/oder Unternehmen geschlossen wird⁹⁹. Dies gilt auch für den allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag.

⁹⁷ Dunand/Mahon, Grève, Rz.. 40 (Zitat von Aubert Jean-François).

⁹⁸ Dunand/Mahon, Grève, Rz. 54.

⁹⁹ Art. 356 Abs. 1 OR.

Dabei gilt: *«en tant qu'imposant le respect de normes contractuelles et corporatives à des per-sonnes tierces, une telle procédure nécessite un fondement constitutionnel»*¹⁰⁰ (freie Übersetzung: Da Dritte vertragliche und betriebliche Vorschriften einhalten müssen, erfordert ein solches Verfahren eine verfassungsrechtliche Grundlage). Diese Grundlage ist in Art. 110, Abs. 1 lit. d BV festgehalten. Diese Bestimmung dient als Grundlage für das AVEG. Ein Gesamtarbeitsvertrag kann nur dann allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn er die berechtigten Interessen von Minderheiten und regionale Besonderheiten angemessen berücksichtigt sowie den Grundsatz der Rechtsgleichheit und der Vereinigungsfreiheit respektiert.

70

- a. Die ordentlichen Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung sind in Art. 1, 2 und 3 AVEG festgehalten: In Art. 1 AVEG festgehaltene Voraussetzungen:
 - i. Die Allgemeinverbindlichkeit muss von allen Vertragsparteien verlangt werden.
 - ii. Nur die zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden abgeschlossenen GAV können allgemeinverbindlich erklärt werden (dies schliesst naturgemäss Firmen-GAV aus).
- b. In Art. 2 AVEG festgehaltene Voraussetzungen:
 - i. Die Allgemeinverbindlichkeit muss sich wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweisen. Gemäss der Botschaft des Bundesrates ist diese «Bedürfnisklausel» die wichtigste Voraussetzung, die für eine Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt werden muss. *«Es handelt sich nicht um ein subjektives, sondern um ein objektives Bedürfnis in dem Sinne, dass der Gesamtarbeitsvertrag ohne Allgemeinverbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht richtig durchgeführt werden könnte oder für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirtschaftlich untragbar wäre»*¹⁰¹.
 - ii. Die Allgemeinverbindlichkeit darf dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. Sie muss ferner den auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes angemessen Rechnung tragen.
 - iii. Der GAV darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen.
 - iv. Er darf dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen, vorbehaltlich Art. 358 OR (abweichende Bestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt).
 - v. Der GAV darf die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen, insbesondere nicht die Freiheit, sich einem Verband anzuschliessen oder ihm fernzubleiben¹⁰².
 - vi. Nicht beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden muss der Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag zu gleichen Rechten und Pflichten offen stehen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen und ausreichende Gewähr für die Einhaltung des Vertrages bieten.
 - vii. Einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligt sind, muss der Beitritt zum vertragschliessenden Verband oder der Anschluss an den Gesamtarbeitsvertrag offen stehen.
 - viii. Quoren: Damit eine Allgemeinverbindlichkeit erklärt werden kann, müssen verschiedene Quoren erreicht werden. Diese Quoren sollen die Repräsentativi-

71

¹⁰⁰ *Ibid.* Vgl. auch Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, *ad* Art. 28 Rz. 22.

¹⁰¹ BBl 1956 I 171.

¹⁰² Siehe oben, Rz. 62.

tät der Vereinbarung für die betreffende Branche oder den betreffenden Beruf gewährleisten. Sie sind wie folgt:

- Am GAV müssen mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sein.
 - Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen.
 - Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer abgesehen werden.
- c. Unter Art. 3 AVEG aufgeführte Voraussetzungen hinsichtlich bestimmter GAV-Bestimmungen:
- i. Bestimmungen über Ausgleichskassen und andere Einrichtungen im Sinne von Art. 357b Abs. 1 lit. b OR dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die Organisation der Kasse oder Einrichtung ausreichend geregelt ist und Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung besteht.
 - ii. Bestimmungen über Kontrollen, Kautionen und Konventionalstrafen dürfen nur allgemeinverbindlich erklärt werden:
 - wenn die Kontrolle und Durchsetzung ausreichend geregelt sind und Gewähr für eine geordnete Anwendung besteht;
 - wenn die Kontrollkostenbeiträge der am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anteile nicht übersteigen, die sich bei einer gleichmässigen Verteilung der tatsächlichen Kosten auf alle Arbeitgeber einerseits und auf alle Arbeitnehmer andererseits ergeben;
 - wenn die Konventionalstrafen zur Deckung der Kontrollkosten bestimmt sind und allfällige Überschüsse in angemessener Weise, vor allem zugunsten allgemeiner Zwecke des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, verwendet werden.

72 Erstreckt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone, so wird sie vom Bundesrat angeordnet (Art. 7 Abs. 1 AVEG). Beschränkt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet eines Kantons oder auf einen Teil desselben, so wird sie von der vom Kanton bezeichneten Behörde angeordnet (Art. 7 Abs. 2 AVEG). Der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung ist mit den allgemeinverbindlich zu erklärenden Bestimmungen unter Ansetzung einer angemessenen Einsprachefrist von 14 bis 30 Tagen zu veröffentlichen (Art. 9 Abs. 1 AVEG). Wer ein Interesse glaubhaft macht, kann gegen den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung schriftlich und begründet Einsprache erheben (Art. 10 Abs. 1 AVEG). Die zuständige Behörde prüft, allenfalls nach Einholung eines Gutachtens unabhängiger Sachverständiger (Art. 11 AVEG), ob die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlichkeit erfüllt sind und entscheidet über den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung. Wird die Allgemeinverbindlichkeit angeordnet, so setzt die zuständige Behörde den räumlichen, beruflichen und betrieblichen Geltungsbereich fest und bestimmt Beginn und Dauer der Allgemeinverbindlichkeit (Art. 12 Abs. 1 und 2 AVEG). Die kantonale Allgemeinverbindlicherklärung bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes (Art. Abs. 1 AVEG).

B. Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

a. Allgemeine Bemerkungen über die flankierenden Massnahmen

73 Im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit sieht das Gesetz die Möglichkeit der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung vor, wenn in einer Branche oder

einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden (siehe Art. 1a AVEG).

Die flankierenden Massnahmen wurden 2004 im Hinblick auf das Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens (FZA)¹⁰³ mit der Europäischen Union (nachstehend EU) in der Schweiz eingeführt. Diese Massnahmen wurden als Ausgleich zur vorgängigen systematischen arbeitsmarktlichen Kontrolle, die mit dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 hinfällig wurde, und als Schutz der in- und ausländischen Arbeitnehmenden vor missbräuchlichen Lohnunterbietungen eingeführt. Es müssen die gleichen Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und die gleichen Wettbewerbsbedingungen für die Arbeitgeber gewährleistet werden.

74

Dienstleistungserbringern mit Sitz in den Mitgliedstaaten der EU wird im Sinne des FZA das Recht eingeräumt, in der Schweiz Dienstleistungen zu vergleichbaren Bedingungen wie denjenigen in der EU zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (vgl. Art. 5 Abs. 1 FZA in Verbindung mit Art. 17 ff. Anhang I FZA). Die Aufenthaltsbewilligung wird durch eine einfache Meldepflicht ersetzt. Dienstleistungserbringern wird grundsätzlich auch das Recht eingeräumt, entsandte Arbeitnehmer zu beschäftigen, und zwar unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (vorbehaltlich einer allfälligen Visumpflicht für Staatsangehörige von Drittstaaten), sofern diese in den regulären Arbeitsmarkt der Vertragsparteien integriert sind (vgl. Art. 17 lit. b Ziff. ii Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 18 Anhang I FZA).

75

Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA (der Bezug auf die Richtlinie 96/71 EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen nimmt) räumt jedoch jeder Vertragspartei das Recht ein, «*Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer*» zu erlassen. Nach Auffassung des Bundesgerichts «*cette possibilité vise à parer au risque de dumping social et salarial pouvant résulter du détachement de travailleurs en Suisse par des prestataires de services de l'UE. C'est sur la base de cette réserve que la Suisse a adopté, au titre des mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes, la loi sur les travailleurs détachés*»¹⁰⁴ (freie Übersetzung: soll damit der Gefahr des Sozial- und Lohndumpings entgegengewirkt werden, die aus der Entsendung von Arbeitnehmenden durch Dienstleistungserbringende der EU in der Schweiz entstehen könnte. Aufgrund dieses Vorbehalts hat die Schweiz im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit das Entsendegesetz verabschiedet).

76

Die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurden in der Schweiz in mehreren Etappen eingeführt. Die erste Etappe umfasst im Wesentlichen folgende Elemente:

77

- Das Entsendegesetz (EntsG) vom 8. Oktober 1999 verpflichtet ausländische Arbeitgeber, den zur Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die Schweiz entsandten Arbeitnehmern minimale Arbeits- und Lohnbedingungen zu garantieren, die in Bundesgesetzen, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind.
- Bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung können die Bestimmungen eines GAV, die Mindestlöhne, Arbeitszeiten, paritätischen Vollzug und Sanktionen betreffen, im Sinne von Art. 1a des Bundesgesetzes vom 29. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsver-

¹⁰³ SR 0.142.112.681.

¹⁰⁴ Urteil des BGer vom 14. Dezember 2010, 2C_714/2010, E. 3.1.

trägen (AVEG) erleichtert allgemeinverbindlich erklärt werden. Dies gilt sowohl für einheimische Betriebe als auch für Entsendebetriebe.

- In den Branchen, in denen es keine Gesamtarbeitsverträge gibt, können bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen im Sinne von Art. 360 a OR erlassen werden. Diese Massnahme gilt für sämtliche Betriebe der betreffenden Branche.
- Art. 330 b OR wurde im Zehnten Titel des Obligationenrechts über den Einzelarbeitsvertrag aufgenommen. Gemäss dieser Bestimmung muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer schriftlich über die Namen der Vertragsparteien, das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses, die Funktion des Arbeitnehmers, den Lohn und allfällige Lohnzuschläge und die wöchentlichen Arbeitszeit informieren, sofern das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen wurde. Diesbezügliche Änderungen sind dem Arbeitnehmer, spätestens einen Monat nachdem sie wirksam geworden sind, schriftlich mitzuteilen.

78 In den Jahren 2006 und 2010 wurden die flankierenden Massnahmen als Folge der Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EU-Mitgliedstaaten verstärkt. Neu eingeführt wurden die Verpflichtung der Kantone, über eine ausreichende Anzahl Arbeitsmarktinspektoren zu verfügen, verschärfte Sanktionen sowie die Pflicht für selbstständige Dienstleistungserbringer, ihren Status nachzuweisen.

79 Am 1. Januar 2013 traten weitere flankierende Massnahmen in Kraft. Insbesondere wurden die Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern mithilfe der Pflicht zur Einreichung von Dokumenten und neuer Sanktionsmöglichkeiten verbessert. Am 15. Juli 2013 trat die Solidarhaftung für das Bauhaupt- und das Baunebengewerbe in Kraft.

80 Schliesslich wurden die Verwaltungssanktionen durch die am 1. April 2017 in Kraft getretene Anpassung des Art. 9 EntsG verstärkt. Die Busse bei Verstössen gegen Art. 2 EntsG wurde auf maximal CHF 30'000.– erhöht. Dieselben Sanktionen gelten bei Verstössen gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn in einem Normalarbeitsvertrag. Zudem wurde Artikel 9 Abs. 2 Bst. c hinzugefügt, der die Möglichkeit der Kumulation von Sanktionen vorsieht: Bei einem besonders schwerwiegenden Verstoss gegen Artikel 2 können die nach Buchstabe b vorgesehenen administrativen Sanktionen, d. h. Bussen, kumulativ ausgesprochen werden und es kann den betreffenden Unternehmen verboten werden, ihre Dienste in der Schweiz während ein bis fünf Jahren anzubieten.

b. Entsendegesetz

81 Das EntsG regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet,¹⁰⁵ damit sie entweder für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört (Art. 1 Abs. 1 EntsG).

82 Des Weiteren regelt das EntsG zum einen die Kontrolle der Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen, und zum anderen die Sanktionen gegen solche Arbeitgeber, wenn sie gegen Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Art. 360a OR vorgeschrieben sind.

¹⁰⁵ Siehe Art. 2 bis 4 EntsG und 1 bis 5 EntsV.

Das Gesetz regelt zudem die solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer (Art. 1 Abs. 2 und 5 EntsG; Art. 8a bis 8c EntsV). Zudem wird festgehalten, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz nicht gestattet ist (Art. 12 Abs. 2 AVG).

83

Für Dienstleistungen von weniger als 90 Tagen, die durch einen Selbstständigerwerbenden oder einen von einem Arbeitgeber im Ausland in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer erbracht werden, schreibt das EntsG ein Meldeverfahren vor (siehe Art. 6, 1a und 1b EntsG; Art. 6 und 7 EntsV). Im Sinne dieser Bestimmung genügt es, die Identität und den Lohn der in die Schweiz entsandten Personen sowie die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird, zu melden. Die Arbeit darf frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden.

84

Die Verwaltungssanktionen sind in Art. 9 und die Strafbestimmungen in Art. 12 EntsG enthalten. Die Strafsanktionen sind nicht Gegenstand der nachfolgenden Analyse. Gemäss Art. 11 EntsG haben die Organisationen, die nach ihren Statuten die sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber wahren, ein Klagerecht. Sie haben ein selbstständiges Klagerecht auf Feststellung einer Verletzung des EntsG.

85

c. Voraussetzungen und Verfahren für die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von GAV im Sinne von Art. 1a AVEG

Gemäss Art. 1a AVEG kann die in Art. 360b OR aufgeführte Tripartite Kommission mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung des für die betreffende Branche geltenden GAV beantragen, sobald sie feststellt, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden.

86

Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung kann in diesem Fall sein:

- Die minimale Entlohnung und die ihr entsprechenden Arbeitszeit;
- Die Vollzugskostenbeiträge;
- Die paritätischen Kontrollen;
- Die Sanktionen gegenüber fehlbaren Arbeitgebern und Arbeitnehmern, insbesondere Konventionalstrafen sowie die Auferlegung von Kontrollkosten.

87

Im Vergleich zu den üblichen Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV¹⁰⁶ wird die Allgemeinverbindlicherklärung stark erleichtert, wenn in einer Branche die Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden.

88

¹⁰⁶ Siehe oben, Rz..71.

6. Regulierender Wettbewerbseffekt von Gesamtarbeitsverträgen

89 Zweck des GAV «*est de régler les conditions de travail de façon obligatoire pour les employeurs et les travailleurs intéressés*»¹⁰⁷ (freie Übersetzung: ist es, die Arbeitsbedingungen für die beteiligten Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden verpflichtend zu regeln). Dies wird mit der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Bestimmungen des GAV über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse erreicht (Art. 356 Abs. 1 OR und 357 Abs. 1 OR¹⁰⁸): Abreden zwischen beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die zwingenden Bestimmungen des GAV verstossen, sind nur möglich, wenn sie zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden¹⁰⁹.

90 Obwohl der GAV naturgemäss ein konsensorientiertes Instrument ist, ist er damit einem Gesetz ähnlich, da er nicht vertragschliessenden Dritten, nämlich den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Verpflichtungen auferlegt. Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung wird die bindende Wirkung eines Gesamtarbeitsvertrages verstärkt.

91 Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV hat einen grossen regulierenden Einfluss auf die Wettbewerbsbedingungen in einer Wirtschaftsbranche¹¹⁰, da er verhindert, dass namentlich Arbeitgeber, die nicht an den GAV gebunden sind (Aussenseiter im Sinne von Art. 356 OR), den vom GAV vorgeschriebenen Mindestlohn unterschreiten. Sonst könnten sie dieselben Produkte zu niedrigeren Preisen anbieten, was die am GAV angeschlossenen Arbeitgeber benachteiligen würde¹¹¹.

92 Dennoch verstösst ein GAV nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit, da die Sozialpartner über die Tarifautonomie, d. h. das Recht, innerhalb ihrer Branche die Arbeitsbedingungen gemäss Art. 28 BV festzulegen, verfügen¹¹². Zudem erklärt die ausgeprägte Auswirkung auf den Wettbewerb, weshalb das Bundesgericht wiederholt darauf hingewiesen hat, dass der GAV, um verfassungskonform zu sein (Art. 27 und 94 Abs. 4 BV), nur allgemeinverbindlich erklärt werden kann, wenn er die Wirtschaftsfreiheit von direkten Konkurrenten im selben Umfang beschränkt¹¹³. Diese müssen im Wettbewerb über eine Waffengleichheit¹¹⁴ verfügen.

93 Damit kann ein Gesamtarbeitsvertrag eine *Kartellwirkung* haben, im Sinne dass branchenweite Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen wie eine Preis- oder Konditionenabrede wirken können¹¹⁵. Diese Wettbewerbsbeschränkungen werden vom Gesetzgeber als Reaktion auf die wirtschaftliche Übermacht der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern bewusst in Kauf genommen¹¹⁶.

94 Im Gesamtarbeitsvertrag sind die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen festgelegt. Abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer können somit immer getroffen werden (Art. 357 Abs. 2 OR)¹¹⁷. Somit ist durch die Anwendung dieses Grundsatzes ein gesunder Wettbewerb zwischen den Betrieben der betreffenden Branche möglich, da sie höhere Löhne und

¹⁰⁷ Aubert/Mahon, *ad* Art. 110 Rz. 20.

¹⁰⁸ SR 220.

¹⁰⁹ Aubert/Mahon, *ad* Art. 110 Rz. 20.

¹¹⁰ Siehe hierzu Däubler, *Liber Amicorum*, S. 95.

¹¹¹ Siehe hierzu insbesondere Rieger Rz. 67 und Bruchez Rz. 98–99. Gemäss Bruchez, Rz. 18, handelt es sich um eine «*rôle de police sociale*».

¹¹² Siehe oben, Rz. 49.

¹¹³ Über die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung siehe oben, Rz. 71.

¹¹⁴ BGE 134 III 11, E. 2.2 und BGer, Urteil 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002, E. 2.2.1.

¹¹⁵ Keller, S. 214 f.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Günstigkeitsprinzip*.

bessere Arbeitsbedingungen anbieten können¹¹⁸. Wie Keller richtigerweise ausdrückt, scheint es in der Praxis überdies von überragender Wichtigkeit zu sein, dass die *Kartellwirkung* von GAV auf Arbeitgeberseite immer wieder das ausschlaggebende Argument ist, einen GAV überhaupt abzuschliessen: GAV sind ein wirksames Mittel gegen Sozialdumping; die Verhinderung dieser sogenannten *Schmutzkonzurrenz* dient nämlich der Erhaltung des Arbeitsfriedens¹¹⁹.

7. Gesamtarbeitsvertrag und Wettbewerbsrecht

Gesamtarbeitsverträge wirken sich nicht nur auf das Arbeitsrecht aus. Sie haben auch eine wichtige wirtschaftliche Funktion, die sich zeigt, wenn man sie aus dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts analysiert. Um die Funktion der Sozialpartner besser zu verstehen, muss man sich bei der rechtlichen und wirtschaftlichen Analyse der Funktion von GAV mit diesem Aspekt befassen. Diese Analyse wird bei der Lektüre von Kapitel IV/1 weiter hinten nachvollziehbar: Die Unsicherheiten bezüglich der Frage, wer Arbeitgeber und wer Arbeitnehmer ist, wirken sich unmittelbar auf den Wettbewerb und die Sozialpartner aus.

Im Wettbewerbsrecht «*les travailleurs ne sont pas des entreprises*»¹²⁰ (freie Übersetzung: sind Arbeitnehmer keine Unternehmen). Denn gemäss der Definition in Art. 2 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)¹²¹ gilt ein Wirtschaftsakteur nur als Unternehmen, wenn er eine Einheit ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, d. h., wenn dieser unabhängig von seiner Rechtsform oder Finanzierungsart eigenständig Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet. Auch Gewerkschaften sind dem Kartellgesetz nicht unterworfen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG und 3 Abs. 1 lit. a KG).

Wie unten weiter ausgeführt¹²² ist ein Arbeitnehmer im Sinne des privaten Arbeitsrechts (Art. 319 ff. OR) eine Person, die für einen Arbeitgeber auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt eine Arbeitsleistung erbringt. Er steht zudem in einem Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber: er muss die Anweisungen des Arbeitgebers hinsichtlich des Vorgehens, des Ortes und des Zeitpunktes der Leistungserbringung befolgen.

Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten im sozialversicherungsrechtlichen Sinne Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen (Art. 10 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts – ATSG¹²³). Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 11 ATSG). Selbstständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt. Selbstständigerwerbende können gleichzeitig auch Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sein, wenn sie entsprechendes Erwerbseinkommen erzielen (Art. 12 ATSG). Als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung – AHVG¹²⁴ gelten alle in selbstständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handels(...)betrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit (...) (Art. 17 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung – AHVV)¹²⁵.

¹¹⁸ Siehe Däubler S. 95.

¹¹⁹ Keller, S. 217.

¹²⁰ Bovet, S. 42; Keller, S. 215 ff. und Verweise.

¹²¹ SR 251.

¹²² Siehe unten, Rz. 122 ff.

¹²³ SR 830.1.

¹²⁴ SR 830.10.

¹²⁵ SR 831.101; siehe unten, Ziff. 132 ff.

99 In unselbstständiger Stellung erwerbstätig ist in der AHV, wer kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt und von einem Arbeitgeber in wirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 AHVG). Das wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis Unselbstständigerwerbender kommt namentlich beim Vorhandensein eines Weisungsrechtes, eines Unterordnungsverhältnisses, der Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, eines Konkurrenzverbots oder einer Präsenzpflicht zum Ausdruck. Als Arbeitnehmer gilt generell, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerrisiko trägt. Als Unselbstständigerwerbende gelten Personen, die bezüglich der Arbeitsorganisation und aus der Optik der Betriebswirtschaft von einem Arbeitgeber abhängen und nicht das Unternehmerrisiko tragen.

100 Das wirtschaftliche Unternehmerrisiko kann als das Risiko einer Person, die aufgrund von Einschätzungen oder ungeeignetem professionellem Verhalten mit dem Verlust der wirtschaftlichen Substanz des Unternehmens rechnen muss definiert werden. Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Unternehmerrisikos sind namentlich, dass der Versicherte grosse Investitionen tätigt, Verluste erleidet, das Inkassorisiko trägt, die allgemeinen Kosten trägt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt, sich selbst Aufträge verschafft, Personal beschäftigt oder eigene Geschäftsräume nutzt¹²⁶.

101 Diese Aspekte bezüglich der vertraglichen Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses werden weiter hinten im ersten Kapitel der Studie detailliert analysiert¹²⁷. An dieser Stelle ist auf den engen Zusammenhang zwischen dem kollektiven Arbeitsrecht und dem Wettbewerbsrecht hinzuweisen. Wie bereits weiter oben erwähnt, kann ein Gesamtarbeitsvertrag eine *Kartellwirkung* haben: Mit der Einschränkung des freien Wettbewerbs bei den Arbeitsbedingungen mildert der Gesetzgeber das Ungleichgewicht zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags¹²⁸.

102 Besonders interessant ist die Feststellung, dass sich der «*duale*» Aspekt der Arbeitsleistung – selbstständig oder unselbstständig – im Wettbewerbsrecht wiederfindet, das nur (dem Kartellgesetz nicht unterstehende) Arbeitnehmer oder (dem Kartellgesetz unterstehende) Unternehmen kennt.

103 In seinem Urteil C-413/13¹²⁹ hat der Gerichtshof der Europäischen Union zu Recht auf den dualen Aspekt des Arbeitsrechts und des Wettbewerbsrechts hingewiesen. Zwar hat dieses Urteil des EuGH keine Auswirkungen auf die Schweiz, dennoch ist es besonders relevant, und man kann davon ausgehen, dass die schweizerische Rechtsprechung in einem solchen Fall ähnlich entscheiden würde. Im beurteilten Fall sah das niederländische Recht das Recht der unabhängigen Dienstleistungserbringer vor, einer Gewerkschaft beizutreten und Tarifverträge abzuschliessen. Dies hatten Orchestermusiker, die nicht regelmässig beschäftigt wurden («*Aushilfsmusiker*»), getan. Der Tarifvertrag schrieb namentlich Mindesttarife für die Beschäftigung dieser Personen vor. Das Gericht wollte wissen, ob diese Vereinbarung in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV fiel, d. h., ob es sich um eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen handelte¹³⁰.

104 Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden sind. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft ge-

¹²⁶ Siehe unten, Rz. 134.

¹²⁷ Siehe unten, Rz. 119ff.

¹²⁸ Siehe oben, Rz.93.

¹²⁹ Urteil FNV Kunsten informatie en Media gegen Staat der Nederlanden vom 4. Dezember 2014.

¹³⁰ Erwähntes Urteil, § 21.

fährdet, wenn die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Massnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 101 Abs. 1 AEUV unterlägen¹³¹. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass diese Dienstleistungserbringer grundsätzlich Unternehmen darstellen, da sie ihre Dienstleistungen gegen Entgelt auf einem bestimmten Markt anbieten und ihre Tätigkeit als gegenüber ihren Auftraggebern selbständige Wirtschaftsteilnehmer ausüben. Daraus folge, dass die Gewerkschaft als Unternehmervereinigung agierte¹³². Da das europäische Recht keine Bestimmung kennt, die Tarifverhandlungen selbständiger Dienstleistungserbringer zur Verbesserung ihrer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen erlauben, falle dieses Abkommen in den Anwendungsbereich von Art. 101 des Vertrags¹³³.

Nach Auffassung des Gerichtshofs müssten diese Personen allenfalls als Scheinselbstständige angesehen werden, d. h. Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden. Im europäischen Recht verliert ein Dienstleistungserbringer möglicherweise seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist¹³⁴.

Was den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Unionsrechts betrifft, besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine Andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält¹³⁵. Das Gericht musste sich also in diesem Fall vergewissern, ob die Dienstleistungserbringer Scheinselbstständige oder Selbstständige waren, um zu entscheiden, ob sie in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts fielen¹³⁶.

Am 20. Dezember 2017 hat der EuGH das Urteil C-434/15 im Verfahren Asociación Profesional Elite Taxi gegen Uber Systems Spain SL gefällt. Zudem hat der EuGH auch im Verfahren C-320/16 in Sachen Uber France SAS geurteilt. Wie im vorherigen Fall hat diese Rechtsache keinen direkten Einfluss auf schweizerisches Recht. Bezüglich der Wirtschafts- und Betriebsstruktur des Unternehmens Uber ist sie jedoch hier relevant. Die beiden Verfahren betreffen einzig den Dienst UberPop, bei dem Personen von nicht berufsmässigen Fahrern befördert werden. Das Gerichtsverfahren wurde in Spanien durch den Berufsverband der Taxifahrer in Barcelona eingeleitet. Der Verband war der Meinung, dass die Tätigkeiten von Uber Spain wegen Verstosses gegen geltendes Recht und wegen Täuschung als unlauteres Handeln im Wettbewerb anzusehen sei¹³⁷. Das Gerichtsverfahren in Frankreich betraf ein Strafverfahren gegen Uber France wegen der rechtswidrigen Organisation eines Systems der Zusammenführung von nicht berufsmässigen Fahrern, die ihr eigenes Fahrzeug benutzen, und Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten.

In beiden Verfahren ging es um die Frage, ob UberPop eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft oder eine Verkehrsdienstleistung darstellte. Im französischen Verfahren (auf welches auch das spanische Verfahren verwiesen hat¹³⁸) hält der EuGH fest, «*dass der Vermittlungsdienst von Uber auf der Auswahl nicht berufsmässiger, das eigene Fahrzeug benutzender*

¹³¹ Erwähntes Urteil, § 22.

¹³² Erwähntes Urteil, § 28.

¹³³ Erwähntes Urteil, § 30.

¹³⁴ Erwähntes Urteil, § 33.

¹³⁵ Erwähntes Urteil, § 34 ff.

¹³⁶ Erwähntes Urteil, § 37. Die Frage musste bezüglich der Zuordnung der Kompetenzen nach dem niederländischen Recht beantwortet werden und wurde deshalb an die nationalen Gerichte zurückverwiesen.

¹³⁷ Schlussanträge des Generalanwalts, § 16.

¹³⁸ Urteil C-320/16 Uber France SAS vom 10. April 2018, § 18 ff.

Fahrer beruht, denen diese Gesellschaft eine Applikation stellt, ohne die zum einen die Fahrer nicht Verkehrsdienstleistungen erbringen würden und zum anderen die Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, nicht die Dienste dieser Fahrer in Anspruch nehmen würden. Zudem übt Uber einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen aus, unter denen diese Fahrer die Leistung erbringen. Dabei ist insbesondere klar ersichtlich, dass Uber durch die gleichnamige Anwendung zumindest den Höchstpreis für die Fahrt festsetzt, dass diese Gesellschaft den Preis beim Kunden erhebt und danach einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer des Fahrzeugs überweist und dass sie eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer sowie über deren Verhalten ausübt, die gegebenenfalls zu ihrem Ausschluss führen kann»¹³⁹.

109 Der Generalanwalt schlug in seinen Überlegungen folgende Analyse der Aktivitäten von Uber vor: *«Uber behauptet in ihren schriftlichen Erklärungen, sie beschränke sich darauf, eine Verbindung zwischen dem Angebot (einer Leistung im Personennahverkehr) und der Nachfrage herzustellen. Nach meiner Meinung ist dies jedoch eine verkürzende Sicht auf die Rolle von Uber. Tatsächlich unternimmt Uber viel mehr, als nur Angebot und Nachfrage zusammenzuführen: Sie hat dieses Angebot selbst generiert. Sie regelt auch die wesentlichen Merkmale des Angebots und organisiert dessen Funktionalität»¹⁴⁰. «Uber gestattet den Personen, die die Tätigkeit der Beförderung von Fahrgästen im Nahverkehr wahrnehmen möchten, sich in ihre App einzuloggen und diese Tätigkeit unter den von Uber festgelegten Bedingungen auszuüben, die für die Fahrer aufgrund des Vertrags über die Nutzung der App bindend sind. Diese Bedingungen sind vielfältig (...)»¹⁴¹ Uber ist somit, ohne auf die Fahrer formell Druck auszuüben, in der Lage, ihr Angebot an die Nachfrageschwankungen anzupassen¹⁴² (...) Uber kontrolliert also, wenn auch indirekt, die Qualität der Leistungen der Fahrer¹⁴³ (...) Schliesslich setzt Uber den Preis für den erbrachten Dienst fest¹⁴⁴ (...). Uber kontrolliert somit alle relevanten Aspekte eines Dienstes im Personennahverkehr: natürlich den Preis, aber auch die sicherheitsspezifischen Mindestbedingungen mittels der Anforderungen an Fahrer und Fahrzeuge, den Zugang zum Beförderungsangebot durch den Anreiz für die Fahrer, sich zu Spitzenzeiten und an Orten massiver Nachfrage bereit zu halten, das Verhalten der Fahrer durch das Bewertungssystem und schliesslich die Möglichkeit des Ausschlusses von der Plattform. (...) Uber kontrolliert somit die wirtschaftlich relevanten Faktoren der im Rahmen ihrer Plattform angebotenen Beförderungsdienstleistung¹⁴⁵. Obwohl diese Kontrolle nicht im Wege einer hierarchischen Unterordnung klassischer Art vonstattengeht, darf man sich gleichwohl vom äusseren Erscheinungsbild nicht irreführen lassen. Eine mittelbare Kontrolle, wie sie von Uber ausgeübt wird, die auf finanziellen Anreizen und einer dezentralisierten Bewertung durch die Fahrgäste mit einer entsprechenden Grössenkostenersparnis beruht, erlaubt ein genauso effektives Management, wenn nicht mehr, wie eine Kontrolle, die auf den förmlichen Weisungen eines Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern sowie auf der unmittelbaren Überwachung ihrer Ausführung beruht.¹⁴⁶ Dies bringt mich zu der Feststellung, dass die Tätigkeit von Uber in einer einzigen Leistung besteht, nämlich der Beförderung in einem mittels der Smartphone-App ausfindig gemachten und bestellten Fahrzeug, und dass dieser Dienst*

¹³⁹ Urteil C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi gegen Uber Systems Spain SL vom 20. Dezember 2017, § 39.

¹⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts, § 43.

¹⁴¹ Schlussanträge des Generalanwalts, § 44.

¹⁴² Schlussanträge des Generalanwalts, § 47 *in fine*.

¹⁴³ Schlussanträge des Generalanwalts, § 48 (Kontrolle der Fahrer durch die Fahrgäste mittels der Bewertungsfunktion und Konsequenzen einer schlechten Bewertung).

¹⁴⁴ Schlussanträge des Generalanwalts, § 49.

¹⁴⁵ Schlussanträge des Generalanwalts, § 51.

¹⁴⁶ Schlussanträge des Generalanwalts, § 52.

aus wirtschaftlicher Sicht von Uber oder in ihrem Namen erbracht wird¹⁴⁷». Daraus schliesst der Generalanwalt: «(...)Uber ist also kein blosser Vermittler zwischen Fahrern, die bereit sind, gelegentlich einen Beförderungsdienst anzubieten, und Fahrgästen, die auf der Suche nach einem solchen Dienst sind. Uber ist ganz im Gegenteil ein echter Organisator und Anbieter von Personennahverkehrsdiensten in den Städten, in denen sie präsent ist. Wenn es stimmt, dass das Konzept von Uber, wie sie in ihren Erklärungen im vorliegenden Fall vorträgt, innovativ ist, dann betrifft diese Innovation den Bereich des Personennahverkehrs¹⁴⁸».

Der Generalanwalt hat sich zu Recht nicht zur Art des Vertragsverhältnisses zwischen Uber und ihren Fahrern geäussert, da dies dem innerstaatlichen Recht der einzelnen EU-Mitgliedstaaten unterliegt: «Diese Feststellung bedeutet freilich nicht, dass die Fahrer von Uber zwangsläufig als deren Arbeitnehmer anzusehen wären. Uber kann ihre Leistungen sehr wohl durch den Einsatz selbstständiger Unternehmer erbringen, die in ihrem Namen als Subunternehmer auftreten. Die Polemik über die Rechtsstellung der Fahrer im Verhältnis zu Uber, hinsichtlich deren in manchen Mitgliedstaaten bereits Gerichtsentscheidungen ergangen sind, hat mit den Rechtsfragen, die uns im vorliegenden Fall beschäftigen, nichts zu tun¹⁴⁹. (...) Ich muss auch darauf hinweisen, dass kartellrechtliche Fragen aufgeworfen werden könnten, wenn Uber als eine Plattform angesehen würde, die unabhängige Dienstleistungserbringer zusammenführt»¹⁵⁰.

Sowohl die Erkenntnisse des Generalanwalts als auch in geringerem Masse der Entscheid des EuGH zeigen den Zusammenhang zwischen dem Arbeitsrecht und dem Kartellrecht auf: einerseits stellt Uber als Einheit, die die Transportdienstleistung auf den Markt bringt und gleichzeitig die relevanten Wirtschaftsfaktoren des auf ihrer Plattform angebotenen Beförderungsdienstes kontrolliert (Preis und Qualität der Leistungen), ein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts dar. Andererseits weist eine solche Kontrolle auf ein Unterordnungsverhältnis hin, denn sie «erlaubt ein genauso effektives Management, wenn nicht mehr, wie eine Kontrolle, die auf den förmlichen Weisungen eines Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern sowie auf der unmittelbaren Überwachung ihrer Ausführung beruht»¹⁵¹. Wenn die Fahrer als selbstständige Unternehmer betrachtet werden müssten, wäre dies im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht problematisch. Es besteht ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem weiter oben kommentierten Urteil C-413/13 gemäss dem «ein Dienstleistungserbringer möglicherweise seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen verliert, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbstständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingliedert ist»¹⁵².

Die zwei Rechtsbereiche – Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht –, die man als getrennte Bereiche ansehen könnte, sind in Wirklichkeit aufgrund ihrer Wechselbeziehung und Kompatibilität eng verbunden und stehen miteinander im Einklang¹⁵³.

8. Friedenspflicht und subsidiärer Charakter von Kampfmassnahmen

Das IAO-Recht kennt kein Streikrecht. Nach Dunand/Mahon wird «dans le cadre de l'OIT, ni la Convention n° 87, ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève.

¹⁴⁷ Schlussanträge des Generalanwalts, § 53.

¹⁴⁸ Schlussanträge des Generalanwalts, § 61.

¹⁴⁹ Schlussanträge des Generalanwalts, § 54.

¹⁵⁰ Schlussanträge des Generalanwalts, § 62.

¹⁵¹ Schlussanträge des Generalanwalts, § 52.

¹⁵² EuGH, Rs. C-414/13, § 33.

¹⁵³ Meier, Concurrence, S. 109 ff.; Pärli, Qualifikation, Rz. 35.

Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère de-puis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87. Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs », estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »»¹⁵⁴ (freie Übersetzung: das Streikrecht im Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO nicht explizit erwähnt. Der Ausschuss für Koalitionsfreiheit vertritt jedoch seit langem die Ansicht, dass das Streikrecht aus dem Übereinkommen Nr. 87 abzuleiten ist. Wie in der Lehre betont wird, betrachtet der Ausschuss dieses Recht als wesentlichen Aspekt der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften und damit als legitimes Instrument zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmenden, weil das Übereinkommen Nr. 87 im Sinne einer Mindestgarantie fordere, dass das Streikrecht als kollektives Recht der Gewerkschaften garantiert wird).

114 In der Schweiz ist mit dem vom Verfassungs- und Gesetzgeber vorgesehenen System die Absicht verbunden, den Arbeitsfrieden zu erhalten, da kollektive Kampfmassnahmen als berechtigt gelten, falls es keinen GAV gibt oder Verhandlungen scheitern und Konflikte nicht anders gelöst werden können. Gesamtarbeitsverträge haben daher einen «*effet pacificateur*»¹⁵⁵ (freie Übersetzung: *friedensstiftende Wirkung*): «*Même si la renonciation à la grève (de la part des travailleurs) a pour corollaire l'interdiction du lock-out (à la charge des employeurs), les termes de l'échange qui fonde l'obligation de paix sont autres. La prestation de l'employeur, en vue de la paix, réside dans les avantages qu'il concède s'agissant des conditions de travail*»¹⁵⁶ (freie Übersetzung: Auch wenn der Verzicht auf das Streikrecht (seitens der Arbeitnehmer) ein Aussperrungsverbot (zu Lasten des Arbeitgebers) zur Folge hat, sind die Klauseln, die die Friedenspflicht begründen, andere. Die Leistung des Arbeitgebers für den Arbeitsfrieden beruht auf den Vorteilen, die er bei den Arbeitsbedingungen einräumt).

115 Gemäss der Bundesverfassung sind Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen (Art. 28 Abs. 2 BV). Streik und Aussperrung sind zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen (Art. 28 Abs. 3 BV). Die in Art. 28 BV enthaltene verfassungsmässige Garantie entfaltet eine *indirekte Drittwirkung* im Bereich der Arbeitsbeziehungen des privaten Sektors¹⁵⁷.

116 Diese Grundsätze wurden ins Obligationenrecht aufgenommen und ergänzt: «*Die Vertragsparteien sind verpflichtet, für die Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages zu sorgen; zu diesem Zweck haben Verbände auf ihre Mitglieder einzuwirken und nötigenfalls die statutarischen und gesetzlichen Mittel einzusetzen*» (Art. 357a Abs. 1 OR). «*Jede Vertragspartei ist verpflichtet, den Arbeitsfrieden zu wahren und sich insbesondere jeder Kampfmassnahme zu enthalten, soweit es sich um Gegenstände handelt, die im Gesamtarbeitsvertrag geregelt sind; die Friedenspflicht gilt nur unbeschränkt, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist*» (Art. 357a Abs. 2 OR).

¹⁵⁴ Dunand/Mahon, Grève, Rz. 13 und Verweise. Zum Streikrecht und den anderen Gewerkschaftsrechten gemäss Art. 11 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR hierzu siehe *Factsheet* des EGMR (jüngster Stand vom Mai 2016), das hier verfügbar ist: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trade_union_DEU.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018).

¹⁵⁵ Aubert, Diss., S. 1.

¹⁵⁶ Aubert, Diss., S. 157–158.

¹⁵⁷ BGE 132 III 122, E. 4.4.1 und Verweise.

IV. Digitalisierung: neue Paradigmen für grundlegenden Fragen

1. Wer ist Arbeitnehmer/in und wer Arbeitgeber/in?

A. Problemstellung

Die Abgrenzungsfragen zwischen Arbeitsverträgen und anderen Verträgen auf Arbeitsleistung und diejenige der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Erwerbseinkommen aus selbst- bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit bilden seit Jahren Gegenstand einer Auseinandersetzung in der juristischen Lehre und Gerichtspraxis. Für die Qualifikation eines Arbeitsvertrages bzw. des Einkommens aus selbstständiger oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit existieren etablierte Kriterien, die sich auch zur Beantwortung der durch die Digitalisierung aufgeworfenen Fragestellungen eignen. Dies wird weiter unten dargelegt.

117

Liegt ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. Obligationenrecht (OR) vor, steht dem Arbeitnehmer ein Arbeitgeber gegenüber. Die Frage, wer überhaupt der Arbeitgeber ist, konnte, zumindest für die vertragliche Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses, lange Zeit vernachlässigt werden. Die u.a. durch die Digitalisierung hervorgerufenen Veränderungen in der Organisation der Arbeit führen indes auch zur schwierigen Frage, welcher Organisation in komplexen Strukturen die Arbeitgeberstellung und damit die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Verantwortung zukommt. Schon vor der Ära der Digitalisierung stellten sich die entsprechenden Fragen im Konzern¹⁵⁸, im Rahmen der Arbeitsvermittlung¹⁵⁹, und bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen¹⁶⁰. Eine neue(re) Fragestellung ist, wem bei der Organisation von Arbeit über Internetplattformen die Stellung der Arbeitgeberin zukommt¹⁶¹.

118

Die Digitalisierung ermöglicht und beschleunigt Formen der grenzüberschreitenden Organisation der Arbeit. Die rechtliche Qualifikation der Vertragsverhältnisse (Arbeitsvertrag oder nicht, Bestimmung des Arbeitgebers) und der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten (Arbeitsschutzbestimmungen, sozialversicherungsrechtliche Abgaben) hat somit auch eine transnationale Dimension. Die Frage, wer Arbeitgeber und wer Arbeitnehmer ist, reicht also weit über das nationale Recht hinaus. Angesprochen sind auch die Regelungen des internationalen Privatrechts, arbeitsvölkerrechtliche Normen sowie die entsprechenden EU-Regelungen innerhalb des Gebietes der Europäischen Union.

119

Im Rahmen der vorliegenden Studie können die unzähligen Fragen und Probleme des Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriffs im nationalen und internationalen Kontext nicht umfassend beleuchtet werden. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es, das Terrain für die hauptsächlich interessierende Frage der Rolle der Sozialpartner im Prozess der Umgestaltung der Arbeitswelt durch die Digitalisierung vorzubereiten. Die Sozialpartnerschaft beruht auf dem Fundament von Arbeitnehmenden und ihren Organisationen auf der einen und Arbeitgebenden und ihren Verbänden auf der anderen Seite¹⁶². Wenn die Grenzen zwischen Arbeitsvertrag und anderen Vertragsformen, zwischen Einkommen aus selbst- und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, verwischt werden und wenn die Funktionen des klassischen Arbeitgebers nicht mehr typischerweise von einem, sondern von mehreren Arbeitgebern wahrgenommen werden, bleibt dies nicht ohne Auswirkungen auf die Sozialpartnerschaft. Diesen Themen widmet sich die Studie weiter hinten (VI-VII). Nachfolgend werden zunächst im Sinne einer Stand-

120

¹⁵⁸ Geiser/Uhlig, S. 1 ff.

¹⁵⁹ SR 823.11, Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG vom 6. Oktober 1989)

¹⁶⁰ Siehe dazu das EuGH-Urteil C-384/10, Jan Voogsgeerd v Navimer SA.

¹⁶¹ Pärli, Neue Formen, S. 243 ff., Riemer-Kafka/Studer, S. 354 ff.

¹⁶² Siehe oben, Rz. 51 ff. und 58 ff.

ortbestimmung die verschiedenen Anknüpfungspunkte zu den Begriffen „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ im Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht dargelegt. Dabei wird immer, jedoch keineswegs abschliessend, geprüft, inwiefern die heutigen Regelungen geeignet sind, um die neuen Formen des Arbeitens, insbesondere der Organisation von Arbeit über Plattformen, zu erfassen. Ein kurzes Fazit rundet das Kapitel ab.

B. Begriffe „Arbeitnehmer und Arbeitgeber“ im Arbeitsrecht ¹⁶³

a. Inhalt und Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs

¹²¹ Eine Arbeitsleistung kann namentlich im Rahmen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR, eines Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR, eines Auftrages nach Art. 394 ff. OR oder auf der Basis eines Vertrages sui generis erbracht werden¹⁶⁴. Der Arbeitsvertrag ist in den Art. 319 bis 362 OR geregelt und setzt definitionsgemäss einen Arbeitgeber und einen Arbeitnehmer voraus. Nach Art. 319 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird. Dieser Legaldefinition des Arbeitsvertrages entnehmen sich die folgenden vier Merkmale:

- Erbringen einer Arbeitsleistung (geschuldet ist nicht der Arbeitserfolg)
- Entschädigung
- Dauerschuldverhältnis
- Unterordnung

¹²² Für das letzte Merkmal ist nach Lehre und Praxis Voraussetzung, dass eine rechtliche Unterordnung in *persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher* Hinsicht vorliegt¹⁶⁵. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der Umstände im konkreten Fall¹⁶⁶. Ausdruck der Unterordnung ist gemäss Rechtsprechung insbesondere auch das Mass der Weisungsgebundenheit¹⁶⁷. Wie weit diese vom Bundesgericht verwendeten Kriterien heute noch sachgerecht sind, wird zum Teil in Frage gestellt. Vorgeschlagen wird namentlich, dass weniger auf die Unterordnung als vielmehr auf die Integration einer Person in den Betrieb bzw. eine Arbeitsorganisation abgestützt werden solle¹⁶⁸. Das Kriterium der „Unterordnung“ ist angesichts der gerade durch die Digitalisierung zumindest für qualifizierte Arbeiten verstärkten geforderten Selbstorganisationskompetenz tatsächlich nicht immer sachgerecht. Mehr Autonomie im Arbeitsverhältnis heisst indes noch nicht, dass eine Person nicht dennoch Schutz des Arbeitsrechts nötig hat. Eine freie(re) Zeiteinteilung und die Freiheit, zu Hause oder unterwegs zu arbeiten führt nicht zwangsläufig dazu, dass eine Person nicht in den Betrieb eingliedert ist. Je nach Umständen genügt für eine Eingliederung in einen Betrieb ein Smartphone und/oder ein Laptop.

¹²³ In der Plattformökonomie wie bsw. dem Taxidienst „Uber“¹⁶⁹ oder der Plattform „Mila“¹⁷⁰ arbeiten Personen im Management und in der Administration. Bei diesen Beschäftigten liegen

¹⁶³ Die Ausführungen beschränken sich auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis, d.h., die Bestimmungen des Bundespersonalrechts und die Personalgesetze der Kantone und Gemeinden bleiben ausgeklammert.

¹⁶⁴ Weitere Verträge: Agenturvertrag, Art. 418a ff. OR, Kommission, Art. 425 ff. OR. Siehe insbesondere BGE 115 II 108; 112 II 41, 110 II 380; 109 II 462. Zu diesem Thema, siehe Meier, Diss., Rz. 15 und 627 ff.

¹⁶⁵ Bger 4A_55/2008, E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4.460/1995 vom 24 Februar 1997 E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, S. 104; siehe ferner Rehbindler, Rz. 42 ff. zu Art. 319 OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Rz. 6 ff. zu Art. 319 OR.

¹⁶⁶ Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E.4.1; Bger 4C.346/1999 vom 4. Februar 2000 E. 2a; BGE 112 II 41, E.1.

¹⁶⁷ Bger 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.3.1

¹⁶⁸ Meier, Integration, S. 99 ff.

¹⁶⁹ <https://www.uber.com/de-CH/legal/terms/ch/> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

unstreitig Arbeitsverhältnisse vor. Schon weniger klar ist die Rechtslage bei denjenigen Personen, die für die Plattform bzw. durch die Vermittlung der Plattform Dienstleistungen erbringen. Die Uber-Chauffeure oder die Personen, die über die Plattform Mila Dienstleistungen an Kunden erbringen, werden jedoch von den Plattformbetreibern selbst nicht als Arbeitnehmer angesehen. Die Plattformen verstehen sich vielmehr als reine Vermittler von Dienstleistungsaufträgen. Diese Selbsteinschätzung trifft allerdings nicht notwendigerweise zu. Je nach konkreten Umständen ist es vielmehr die Plattform (z.B. Uber) selbst, die mit dem Dienstleistungsempfänger (z.B. Uber-Fahrgast) einen Dienstleistungsvertrag (bei Uber: „Personenbeförderungsvertrag“) abschliesst¹⁷¹. Die Plattform lässt den Auftrag danach durch Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR ausführen. Dabei kann es sich bei diesen Hilfspersonen um Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 ff. OR oder um Auftragnehmer nach Art. 394 ff. OR handeln. Plattformbeschäftigungsverhältnisse betreffende schweizerische Gerichtsentseide liegen bis heute nicht vor. Ein Blick auf ausländische Gerichtsentseide¹⁷² lässt jedoch die Vermutung zu, dass z.B. im Verhältnis zwischen Uber und Uber-Fahrer ein Arbeitsvertrag vorliegt¹⁷³. Wie weit dies auf andere Plattform-Beschäftigungsverhältnisse zutrifft, kann nicht gesagt werden. Die Abgrenzung ist im Einzelfall vorzunehmen. Die durch die Digitalisierung hervorgerufenen Änderungen in der Organisation der Arbeit machen diese Aufgabe noch anspruchsvoller.

Angesichts der Stellung des Gesamtarbeitsvertrages in der Normenhierarchie des Arbeitsrechts ist es den Sozialpartnern verwehrt, eine von Art. 319 OR abweichende Definition des Begriffs des Arbeitnehmers in einem GAV zu verankern. Interessanterweise ermöglicht das niederländische Recht auch die Unterstellung von selbständigen Personen unter einen GAV¹⁷⁴. Im Gegensatz dazu geht das schweizerische Recht weiterhin von einer klaren Trennung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen aus. Ob ein GAV in der Schweiz (auf freiwilliger Basis) auch als Auftrags- oder Werkvertragsnehmer tätige selbständige Personen einschliessen könnte, oder ob dazu zuerst eine Gesetzesänderung notwendig wäre, müsste näher abgeklärt werden. In einem solchen Fall (wenn Selbständige in einem GAV (mit)organisiert sind), stellen sich auch immer Fragen der Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht.

Lehre und Praxis haben weiter die Rechtsfigur der *arbeitnehmerähnlichen Person* entwickelt. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn die Elemente des Arbeitsvertrages nicht vollständig erfüllt sind, jedoch eine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung vorliegt und eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht. Es geht hierbei um Situationen, in denen mit rechtlich selbständigen Personen Verträge wie Alleinvertriebsverträge, Franchiseverträge oder Tankstellenpachtverträge abgeschlossen werden, die derart ausgestaltet sind, dass sie dem Selbständigerwerbenden seine kaufmännische Dispositionsfreiheit nehmen. In solchen Fällen drängt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, z.B. zum Kündigungsschutz,

¹⁷⁰ https://www.mila.com/public/pdf/partner/swisscom/swisscom_friends_agb_de.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018).

¹⁷¹ So z.B. Riemer-Kafka-Studer, S. 376.

¹⁷² Z.B. Employment Tribunals cas Nos: 22025502015 & others, between Aslam and Farrar & others and Uber BV, Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, 28 Oktober 2016, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (zuletzt besucht am 02.06.2018)

¹⁷³ Zum Ganzen Cirigliano, Rz. 30, Pärli, Neue Formen, S. 243 ff., Riemer-Kafka/Studer, S. 354 ff., Witzig, S. 457 ff.

¹⁷⁴ Siehe Art. 1 Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (Tarifvertragsgesetz): „(1) Unter einem Tarifvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, der zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder einer oder mehreren vollrechtsfähigen Vereinigungen von Arbeitgebern und einer oder mehreren vollrechtsfähigen Vereinigungen von Arbeitnehmern geschlossen wird und hauptsächlich oder ausschließlich Arbeitsbedingungen regelt, die im Rahmen der Arbeitsverträge zu beachten sind. (2) Er kann auch Verträge... über die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Vorschriften des vorliegenden Gesetzes über Arbeitsverträge, Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten in diesem Fall entsprechend.“ (zitiert: Junker, S. 196).

auf¹⁷⁵. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person wird von der arbeitsrechtlichen Lehre weitgehend akzeptiert¹⁷⁶. Abzugrenzen ist die arbeitnehmerähnliche Person von Fällen der Scheinselbständigkeit. Hier schliessen die Parteien keinen Arbeitsvertrag ab, obwohl die Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages, namentlich die Subordination und die wirtschaftliche Abhängigkeit, vorliegen. Während in der Konstellation „arbeitnehmerähnliche Person“ lediglich bestimmte arbeitsvertragsrechtliche Schutznormen zur Anwendung kommen, hat die Scheinselbständigkeit zur Folge, dass die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR integral anwendbar sind¹⁷⁷. In der „digitalen Arbeitswelt“ kommt solchen Beschäftigungsformen eine erhöhte Bedeutung zu. Den GAV-Partnern steht es offen, arbeitnehmerähnliche Personen dem Schutz eines GAV zu unterstellen. Die wettbewerbsrechtlichen Einschränkungen fallen hier nicht ins Gewicht, da arbeitnehmerähnliche Personen gerade den kollektiven Schutz benötigen und damit die marktwirtschaftliche Ordnung nicht unterlaufen wird.

126 Während die arbeitnehmerähnliche Person den Schutzvorschriften des Arbeitsrechts nur punktuell untersteht, hat der Gesetzgeber bei den Heimarbeitern, die zwar in wirtschaftlicher, aber nicht in organisatorischer Hinsicht vom Arbeitgeber abhängig sind, eine arbeitsrechtliche Unterstellung vorgenommen¹⁷⁸. Gemäss der Lehre ist Heimarbeiter, wer in einem von ihm selber bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen zusammen Lohnarbeiten ausführt. Die Bestimmungen zur Heimarbeit können auf Formen der Telearbeit und ggf. auch auf Plattformbeschäftigungen analog Anwendung finden. In vielen Branchen sind Heimarbeiter im Geltungsbereich der Gesamtarbeitsverträge ausdrücklich aufgeführt¹⁷⁹. Im „digitalen Zeitalter“ ist zu beachten, dass eine organisatorische Abhängigkeit auch bestehen kann, wenn die Arbeit zeit- und ortsautonom verrichtet werden kann.

b. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes

127 Mit Blick auf den Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmerbegriff als Korrelat zum Begriff des Arbeitgebers zu verstehen. Arbeitgeber ist diejenige Vertragspartei, die von der anderen Partei, also dem Arbeitnehmer, die arbeitsvertraglich zugesicherte Arbeitsleistung einfordern kann. Die Arbeitgeberstellung ist nicht abhängig davon, ob der Arbeitgeber ein Unternehmer ist oder ob er ein nach kaufmännischen Kriterien geführtes Unternehmen betreibt. Auch ist möglich, dass ein und dieselbe Person sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer ist, etwa wenn eine Person neben ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmer für andere Organisationen Aufträge oder Werkverträge annimmt und diese durch eigene Angestellte ausführen lässt. Schliesslich ist auch möglich, dass ein Arbeitnehmer neben seiner Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis z.B. als „Clickworker“ über eine Internetplattform Aufträge für Dritte auf der Grundlage eines Auftrages oder Werkvertrages ausführt¹⁸⁰. Die entscheidende Frage ist deshalb nicht, ob eine

¹⁷⁵ BGE 118 II 157 E.2c und E. 4, siehe auch Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 5 und BGE 143 V 313, E. 4.3 (Sozialversicherungsrechtlicher Fall, Unterstellung unter die obligatorische Unfallversicherung). Siehe zum Ganzen u.a. Meier, Diss., Rz. 486 ff.

¹⁷⁶ Witzig, S. 39 ff.; siehe auch Meier, Diss. Rz. 495 ff.; Meier, Intégration, S. 99 ff., Streiff/Rudolph/von Kanel, Rz. 2 zu Art. 319 OR. Kritisch zum Begriff ist Steiner, S. 64 ff. Auch dieser Autor befürwortet indes die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen in Vertragsverhältnissen mit entsprechendem Schutzbedarf.

¹⁷⁷ Siehe dazu Pärli, Neue Formen, S. 250, m.w.H. (Fn. 63), Vögeli, S. 755. Zum Teil werden „Scheinselbständigkeit“ und „Arbeitnehmerähnliche Person“ nicht auseinandergehalten, siehe anstelle vieler: Brühwiler, Rz. 13 zu Art. 319 OR.

¹⁷⁸ Der Heimarbeitsvertrag ist eine Form des Einzelarbeitsvertrages, siehe Art. 351 ff. OR.

¹⁷⁹ Z. B. im GAV der Uhrenbranche, Art. 1.1, siehe http://www.cpih.ch/fichiers/files/politique-patronale/115182_CCT_Unia_dt.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018).

¹⁸⁰ Ob bei „Clickwork“ ein Auftrag, Werkvertrag oder Arbeitsvertrag vorliegt, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, siehe dazu Pärli (Neue Formen), S. 243 ff. und Däubler (Herausforderungen), S. 325 ff.; Portmann/Nedi, S. 532 ff.

Person Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ist, sondern vielmehr, ob eine bestimmte Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder eines anderen Vertragstypus erbracht wird.

Das Arbeitsvertragsrecht erfasst den Arbeitgeber nicht nur als Vertragspartner des Arbeitnehmers, sondern auch als Inhaber der betrieblichen Organisationshoheit. Dies gilt es zu beachten, wenn es wie im Rahmen eines Arbeitsverleihs oder in Konzernstrukturen zu einer Spaltung der vertragsrechtlichen Stellung und der Ausübung des Weisungsrechts kommt¹⁸¹. Bei einem Arbeitsverleih besteht die arbeitsvertragliche Beziehung zum Verleihbetrieb, das Weisungsrecht wird jedoch (zumindest teilweise) auf den Einsatzbetrieb übertragen. Heutige Konzerne sind oft in Matrixstrukturen organisiert. Das hat zur Folge, dass neben der hierarchischen Organisationsstruktur eine unternehmensübergreifende Gliederung nach Funktions- und Produktionsbereichen erfolgt. In solchen Konzernen untersteht der Arbeitnehmer einem mehrdimensionalen Weisungsregime, das fachliche Weisungsrecht wird vom vertraglichen Arbeitgeber an *unternehmensübergreifende* Bereichsverantwortliche delegiert. In der digitalen Welt hat dies oft zur Folge, dass ein Arbeitnehmer zwar rechtlich von einer einzigen organisatorischen Einheit angestellt ist, die Weisungen jedoch von verschiedenen anderen unternehmerischen Einheiten entgegennimmt, die zudem in unterschiedlichen Staaten domiziliert sind. Im Ergebnis kommt es sowohl beim Arbeitsverleih als auch im Konzern zu einem Split zwischen dem *rechtlichen und dem betriebswirtschaftlichen Arbeitgeber*.

128

Zu unterscheiden ist der Begriff des Arbeitgebers von demjenigen des *Betriebes*, wie er in Art. 333 OR zum Betriebsübergang und in Art. 335d ff. OR zur Massenentlassung verankert ist. Als Betrieb im Sinne von Art. 333 OR wird nach Bundesgericht „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Einheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“ verstanden¹⁸², während es sich bei einem Betriebsteil um eine Leistungseinheit handelt, der die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt¹⁸³. Im Anwendungsbereich von Art. 333 OR führt der Übergang eines Betriebes oder eines Betriebsteils bei Aufrechterhaltung der Betriebsidentität zu einem Übergang der bisherigen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber und neuen Arbeitgeber. Die Bestimmungen zur Massenentlassung nach Art. 335d OR kommen zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber in einem Betrieb innert 30 Tagen eine Mindestanzahl an Arbeitnehmenden entlässt. In BGE 137 III 27 hat das Bundesgericht entschieden, dass, wenn mehrere Betriebe zu demselben Unternehmen gehören, sich für jeden Betrieb einzeln bestimmt, ob eine Massenentlassung vorliegt. Ob in einer Konzernstruktur gleich zu entscheiden sei, liess das Bundesgericht offen. Sowohl im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang als auch bei der Massenentlassung kommen den Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung Informations- und Konsultationsrechte zu¹⁸⁴.

129

Diese *betriebliche Sozialpartnerschaft* stellt einen wichtigen Bestandteil der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden im schweizerischen Arbeitsrecht dar. Wenn die Digitalisierung der Arbeitswelt eine zumindest partielle Auflösung herkömmlicher Organisationsformen der Arbeit (Verlagerung auf Verträge mit Selbstständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen) und eine Erosion des klassischen Betriebes (Crowdwork) bewirken, so wirkt sich das unmittelbar auf die Partizipation der Arbeitnehmenden aus. Zu überlegen ist, wieweit beispielsweise bei der Festlegung der Quoren für die Massenentlassungsvorschriften auch arbeitnehmerähnliche Personen berücksichtigt werden könnten, ev. auch im Rahmen eines GAV. Zudem könnte eine Auslagerung von Tätigkeiten aus einem Unternehmen an eine Plattform (wie z.B. Kundendienstleistungen der Swisscom auf die Plattform Swisscomfriends) als eine Art

130

¹⁸¹ Zur Problematik siehe u.a.: Uffmann, S. 980.

¹⁸² BGer 4C.193/2004, v.30.7.2004, JAR 2005, S. 244, BGE 129 III 335, E.2.1.

¹⁸³ Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 4 zu Art. 333 OR.

¹⁸⁴ Art. 333a OR und Art. 335f OR.

des Betriebs(teil)übergang erfasst werden¹⁸⁵ (auch dies könnte ggf. in einem GAV verankert werden).

C. Begriffe „Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ im Sozialversicherungsrecht

131 Im Sozialversicherungsrecht definiert Art. 10 ATSG den Begriff des Arbeitnehmers wie folgt: „Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen“. Art. 11 ATSG hält fest: „Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt“ und Art. 12 Abs. 1 ATSG definiert den Begriff „Selbstständigwerbende“ so: „Selbstständigwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt“. Art. 12 Abs. 2 ATSG hält präzisierend fest, dass Selbstständigwerbende gleichzeitig auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sein können, wenn sie entsprechende Erwerbseinkommen erzielen.

132 Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation eines Einkommens aus einer Erwerbstätigkeit ist massgebend, ob Arbeit in unselbständiger Stellung geleistet wird. Wenn dies der Fall ist, müssen auf der Grundlage des massgebenden Lohnes Beiträge an die jeweiligen Sozialversicherungen abgeführt werden. Beitragsschuldner ist dabei der Arbeitgeber, er muss sowohl die eigenen Beiträge wie diejenigen des Arbeitnehmers an die zuständige Ausgleichskasse abliefern. Das betrifft die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)¹⁸⁶, die Invalidenversicherung (IV)¹⁸⁷, die Ersatzerwerbsordnung (EO)¹⁸⁸, Familienzulagen (FamZ)¹⁸⁹ und die Arbeitslosenversicherung (ALV)¹⁹⁰. Auch in der Unfallversicherung (UV) nach dem Unfallversicherungsgesetz (UVG) wird an den Arbeitnehmerbegriff nach Art. 10 ATSG angeknüpft, wobei nach Art. 1a Abs. 2 UVG durch Verordnung auch Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt werden können, die in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis stehen. In der Beruflichen Vorsorge wird gemäss Bundesgesetz über die Berufliche Vorsorge (BVG)¹⁹¹ ebenfalls auf die Feststellung der AHV Bezug genommen.

133 Das Sozialversicherungsrecht qualifiziert den Begriff „Arbeitnehmer“ autonom, d.h., auf die vertragsrechtliche Qualifikation kommt es nicht an¹⁹². Abreden zwischen den Vertragsparteien über ihre AHV-rechtliche Stellung (selbstständig- oder unselbstständigwerbend), über die AHV-rechtliche Wertung eines Entgeltes oder über andere Sozialversicherungspflichten sind nicht relevant¹⁹³. Massgebend sind nach ständiger Rechtsprechung vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten¹⁹⁴. Als unselbstständigwerbend erwerbstätig wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerrisiko trägt¹⁹⁵.

134

¹⁸⁵ Zur rechtlichen Qualifikation der Beschäftigungsverhältnisse im Rahmen der Plattform „Swisscomfriends“ siehe Pärli, Neue Formen, S. 243 ff.

¹⁸⁶ SR 831.10.

¹⁸⁷ SR 831.20.

¹⁸⁸ SR 834.1.

¹⁸⁹ SR 836.2.

¹⁹⁰ SR 837.0.

¹⁹¹ SR 831.40.

¹⁹² Locher/Gächter, § 22, N 16; BGE 122 V 175 E.6a/aa.

¹⁹³ Wegleitung über den massgebenden Lohn (VML), Rz. 1024, Quelle: <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

¹⁹⁴ BGE 111 V 267; 119 V 162; 123 V 163.

¹⁹⁵ BGE 123 V 162 E.1.; 122 V 1691 E.3.

Von einigen Besonderheiten geprägt ist die Regelung im UVG. Nach Art. 1a UVG sind die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie in Lehr- und Invalidenwerkstätten tätigen Personen obligatorisch in der Unfallversicherung versichert. In Art. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) wird der Begriff des Arbeitnehmers definiert. Arbeitnehmer im Sinne der Unfallversicherung ist, wer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne der Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) ausübt. Art. 1a UVV regelt die Versicherungspflicht in Sonderfällen; u.a. sind Personen, die zur Abklärung der Berufswahl bei einem Arbeitgeber tätig sind, ebenfalls obligatorisch versichert. In aller Regel wird allerdings immer dann, wenn vertragsrechtlich ein Arbeitsverhältnis vorliegt, immer auch eine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 1a UVG vorliegen. Das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages ist jedoch nicht Voraussetzung für eine Versicherteneigenschaft nach Art. 1a UVG.¹⁹⁶ Nach UVG gelten gerade auch Personen als Arbeitnehmer, die für ihre Arbeitstätigkeit keinen Lohn erhalten, wie Volontäre oder Schnupperlehrlinge.

Es ist in der Logik der UV und AHV durchaus möglich, dass ein und dieselbe Person grundsätzlich als selbstständiger Taxifahrer von der UV und AHV anerkannt ist und gleichzeitig für Uber tätig ist. Die Behörden werden aber hier prüfen, wie diese Tätigkeit zu qualifizieren ist. Das heisst, ein selbstständiger Taxifahrer mit „normalen Kunden/innen“, der zwischendurch auch als Uber-X Fahrer tätig ist, muss das diesbezügliche Einkommen als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit abrechnen. Diese Aussage ist nicht „Uber-spezifisch“ und ist ebenfalls nicht auf „digitale Beschäftigungsformen“ beschränkt. Die Sozialversicherungsbehörden prüfen jedes Einkommen dahingehend, ob es aus selbst- oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit stammt¹⁹⁷.

135

In vielen Fällen wird es bei Personen, die für eine Crowdwork-Plattform oder eine Vermittlungsplattform ihre Dienstleistungen bzw. ihre Arbeitskraft anbieten, am Vorliegen eines Unternehmerrisikos fehlen. Auch liegt zumindest teilweise eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vor. Folglich müssen die zuständigen Behörden die Einkommen von vielen Plattform-Beschäftigten sozialversicherungsrechtlich als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren und die betreffenden Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellen¹⁹⁸.

136

Die richtige Qualifizierung der Plattform-Beschäftigungsverhältnisse hat für die betroffenen Akteure Auswirkungen auf die soziale Absicherung. Wenn bspw. die Entschädigung, die Uber an die Fahrer ausrichtet, massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellt, dann sind von der Arbeitgeberin, also Uber, auf diesem Lohn die gesetzlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge für die AHV/IV/EO, die Arbeitslosenversicherung und die Familienzulagen geschuldet. Dazu kommen, sofern die Beitragsgrenzen erreicht werden, Beiträge an

137

¹⁹⁶ BGE 141 V 313, E. 2.1.

¹⁹⁷ Urteil des EVG vom 6. April 2001, H 214/99, AHI-Praxis 2001, S. 182 ff. (Kurstätigkeit an einer Höheren Fachschule für Journalismus bei einem in der Beratung im Bereich Medien und Informatik tätigen Journalisten wurde als unselbstständige Erwerbstätigkeit qualifiziert).

¹⁹⁸ Siehe für den Fall „Uber“ den Einspracheentscheid der SUVA. Für die SUVA sind (im konkreten Fall) Uber-Taxi-Fahrer obligatorisch unfallversichert (Einspracheentscheid der SUVA vom 29.12.2016) bzw. für die AHV gilt das generierte Einkommen als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Gleich verhält es sich bei Taxifahrern, die an einer Taxi-Zentrale angeschlossen sind (siehe Urteil des BGer 8C_571/2017 vom 9. November 2017). Zum Ganzen siehe Wegleitung zum massgebenden Lohn (WML), Randziffer 4120, weiter Entscheidung des Bundesgerichts vom 17.06.2014, 8C_357/2014. Betreffend der Uber-Fahrer fehlt es vorderhand noch an einer höchstgerichtlichen Klarstellung. Auch bei den Nebeneinkommen der „privaten Helfer“ der Plattform „Mila“ dürfte es sich die Frage stellen, ob hier Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit vorliegt. Anders als bei Uber wird indes bei Mila die Entschädigung direkt zwischen dem Kunden und dem Anbieter abgewickelt, was für ein Unternehmerrisiko spricht (Inkassorisiko).

die Berufliche Vorsorge. Für die betroffenen Uber-Fahrer bedeutet dies aber andererseits, dass auf ihrem Bruttoeinkommen die Abzüge für die Arbeitnehmerbeiträge vorgenommen werden. Diesen Lasten der Fahrer steht indes ein deutlich verbesserter Versicherungsschutz gegenüber. Hervorzuheben ist auch der Versicherungsschutz bei Arbeitslosigkeit; ein solcher ist bekanntlich für Selbstständigerwerbende nicht möglich. Auch die berufliche Vorsorge und die Unfallversicherung ist für Selbstständigerwerbende nicht obligatorisch (es gibt aber immerhin die Möglichkeit, sich freiwillig zu versichern). Einzig in der AHV/IV/EO besteht ein Versicherungsschutz und -zwang sowohl für Selbstständige als auch Unselbstständige. Auch im Bereich der Familienzulagen bestehen keine Unterschiede zwischen den Selbstständigen und den Unselbstständigen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterstellung von Plattform-Beschäftigten als unselbstständig Erwerbende insgesamt eine bessere Absicherung gegen soziale Risiken bringt.

138 Die Ausgestaltung der Beitragspflichten gegenüber der AHV sieht *Ausnahmeregelungen und Erleichterungen* vor. So kann bei unselbständig Erwerbenden bei einem Einkommen von bis zu 2300 Franken pro Jahr auf die Beitragsabgabe verzichtet werden¹⁹⁹. Auch bei einem Nebeneinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt die gleiche Freibetragsgrenze²⁰⁰. Weiter sieht das Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA²⁰¹) vor, dass ein Arbeitgeber die Einkommen von Arbeitnehmenden bis zum jährlichen Betrag von 21'150 Franken in einem vereinfachten Verfahren abrechnen können²⁰². Im Rahmen dieses Verfahrens werden sowohl die AHV-Beiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) als auch die Steuern für den Arbeitnehmer (zu einem reduzierten Satz) abgerechnet²⁰³. Insgesamt darf ein Betrieb maximal 56'400 Franken Lohnsumme im vereinfachten Verfahren abrechnen.

139 Die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Qualifikation von Einkommen aus selbst- oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit stellen zwingendes Recht dar. Es besteht somit kein Raum für anderslautende Bestimmungen in einem GAV. Freiräume bestehen höchstens im Bereich nicht obligatorischer und weitergehender Sozialversicherungsleistungen (z.B. Taggeldversicherungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen oder Unfallversicherung für Selbstständigerwerbende; besondere Vereinbarungen im Bereich der beruflichen Vorsorge sind ebenfalls möglich²⁰⁴). Zudem können die Sozialpartner auf ihre Verbände Einfluss nehmen, um die Auslagerung von bisher im Betrieb vorgenommenen Tätigkeiten auf Plattformen zu verhindern bzw. nur dann zuzulassen, wenn diese Plattform die in der Schweiz geltenden Gesetze einhalten.

D. Exkurs: Portage salarial

140 In Frankreich hat sich in den letzten Jahren ein neues Modell der Organisation entwickelt, das als „Portage Salarial“ (Lohnträgerschaft) bekannt wurde²⁰⁵. Wie beim klassischen Personalverleih sind drei Parteien beteiligt, ein in materieller Hinsicht selbständig Erwerbender, ein

¹⁹⁹ Art. 14 Abs. 5 AHVG in Verbindung mit Art. 34 AHVV. Der Verzicht auf die Beitragshebung ist unzulässig bzw. nur zulässig für Einkommen unter 750 Franken für Beschäftigte im Privathaushalt (Art. 34 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 AHVV). Unzulässig ist der Verzicht ferner für Beschäftigte im künstlerischen Bereich, siehe Art. 34 Abs. 2 lit. b AHVV.

²⁰⁰ Art. 19 AHVV.

²⁰¹ Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA) vom 17. Juni 2005, SR 822.422.

²⁰² Art. 3 BGSA.

²⁰³ Zum konkreten Vorgehen siehe das Merkblatt der AHV: <https://www.ahv-iv.ch/p/2.07.d> (zuletzt besucht am 02.06.2018)

²⁰⁴ Siehe Schneider, S. 285 ff.

²⁰⁵ <http://www.leportagesalarial.fr/2014/11/27/essor-du-portage-salarial/> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

Kunde von ihm (oft ein Unternehmen) und eine dazwischengeschaltete Trägergesellschaft, die für den Erstgenannten gegen Entgelt das Einkassieren seiner Honorare vornimmt und nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge den „Lohn“ ausbezahlt. Damit rückt die Beziehung zwischen den Parteien eines Portage Salarial in die Nähe zum Personalverleih. Bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse bestehen jedoch wesentliche Unterschiede.²⁰⁶ Im Personalverleih wird zwischen Verleiher und Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag abgeschlossen und zwischen Einsatzbetrieb und Kunde ein Verleihvertrag. Ob auch bei der Arbeit im Rahmen der «Portage Salarial» zwischen der Trägerorganisation und dem Lohnempfänger ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist fraglich²⁰⁷ und muss im Einzelfall aufgrund des zugrundeliegenden Vertrages beurteilt werden. Es ist möglich, dass die Sozialversicherungsbehörden ein Modell „Portage Salarial“ als „Scheinunselbständig“ qualifizieren könnten, denn falls die betreffenden Personen ein Unternehmerrisiko tragen und zudem nicht in den Betrieb der Trägerorganisation eingegliedert sind, sind sie gerade nicht unselbständigerwerbend²⁰⁸. Zu beachten ist, dass es bei der Portage salarial nicht in jedem Fall (nur) darum geht eine Abrechnungsstelle für Selbständigerwerbende zu sein. Entsprechend werden in der Schweiz Betriebe, die sich als Portage salarial bezeichnen, aber Personen beim Kunden (dem Einsatzbetrieb) zum Einsatz bringen, die dort dessen Weisungsrecht unterstehen, vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst und müssen eine Verleihbewilligung einholen²⁰⁹.

E. Fazit

Die Digitalisierung und die damit zusammenhängenden Veränderungen in der Organisation der Arbeit stellen für das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht eine beachtliche Herausforderung dar. Die vorangehenden Ausführungen zum Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriff zeigen die grosse Bedeutung des Vorliegens- oder Nichtvorliegens eines Arbeitsverhältnisses bzw. eines Einkommens aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit. Die Qualifikation einer Arbeitstätigkeit als Selbständig- oder Unselbständigerwerbend hat Konsequenzen sowohl für die betroffene Person als auch für die Finanzierung der Sozialversicherungen. Ein Handlungsfeld für Regelungen in GAV eröffnet sich hier höchstens subsidiär. Die grundlegenden Fragen der Unterstellung unter die Sozialversicherungen sind auf gesetzlicher Ebene zu klären²¹⁰. Zu prüfen ist jedoch, insbesondere falls es aufgrund der Digitalisierung zu einer Zunahme an selbständiger (und scheinunselbständiger) Erwerbstätigkeiten kommt, ob und in welcher Form im Rahmen eines GAV auch Bestimmungen über vertragliche Ansprüche von arbeitnehmerähnlichen Personen oder sogar selbständig Erwerbenden aufgenommen werden können und sollen. Diese Fragen sind auch geeignet, im Rahmen des Tripartismus diskutiert zu werden, denn die Themen weisen eine Bedeutung auf, die über die Sozialpartnerschaft hinausgeht und beinhalten auch eine gesamtwirtschaftliche und gesamtgesellschaftliche Dimension.

141

²⁰⁶ Portmann/Nedi, S. 535 f.

²⁰⁷ Portmann/Nedi, S. 538 f.

²⁰⁸ Fuld/Michel, Rz. 128 ff.

²⁰⁹ Siehe z.B. das Modell der Firma «Helvetic Payroll», <https://www.helvetic-payroll.ch/de/lohntragerschaft/> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

²¹⁰ Im Oktober 2017 veröffentlichte der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) eine Studie mit dem Titel „Digitalisierung muss den Berufstätigen nützen: Analyse und Handlungsbedarf“, der SGB fordert einen Kampf gegen die „digitale Schwarzarbeit“ (SGB-Studie, S. 21). Fast gleichzeitig wurde eine Studie von „Avenir Suisse“ unter dem Titel „Wenn die Roboter kommen“ veröffentlicht. Die Autoren schlagen als Antwort auf Plattformbeschäftigungsverhältnisse u.a. die Schaffung eines Status für „selbständige Angestellte vor (Avenir Suisse, S. 58). Quellen: SGB-Studie http://www.sgb.ch/fileadmin/user_upload/125D_DL-LC_Digitalisation.pdf, Avenir-Suisse Studie: <https://www.avenir-suisse.ch/publication/wenn-die-roboter-kommen/> (je zuletzt besucht am 02.06.2018).

2. Transnationale Aspekte

A. Problematik(en)

Die (bereits begonnene) Digitalisierung der Wirtschaft und die Roboterisierung (deren erste Auswirkungen sich abzeichnen) werden bisweilen als «industrielle Revolution» bezeichnet.²¹¹

Die durch die Digitalisierung ausgelöste «*Revolution*» könnte einen tiefgreifenden Wandel in den lokalen Arbeitsmärkten verursachen. Der Grund hierfür liegt in erster Linie in der Roboterisierung, aber auch in der Digitalisierung, die insbesondere zu einem Aufweichen der Grenze zwischen Berufs- und Privatleben führt. Die verschiedenen Aspekte der Digitalisierung der Wirtschaft werden in verschiedenen Kapiteln dieser Studie behandelt²¹². Im vorliegenden Kapitel wird auf eine weitere Folge der Digitalisierung eingegangen, nämlich die Auslagerung von Unternehmensaufgaben, die an die Stelle der Verlagerung ganzer Betriebe zu treten scheint. Der technologische Fortschritt erlaubt es den Unternehmen, gewisse gelegentliche und besondere Aufgaben an Personen zu übertragen, die nicht im Unternehmen beschäftigt ist (auch *Outsourcing* genannt).

Um Kosten einzusparen, wählen Unternehmen dabei oft Menschen, die ausserhalb der Schweiz und der Europäischen Union wohnen. Bei *Callcentern* und *Helplines* ist es heute gängig, dass die Menschen, die auf Anrufe aus der Schweiz antworten, sich in Marokko oder Indien befinden, wo sie über einen Telefonanschluss und einen PC verfügen. Ein ähnlicher Weg könnte in den kommenden Jahrzehnten auch für andere Dienstleistungen eingeschlagen werden.

In manchen Fällen werden Arbeiten via *Crowdsourcing* oder *Crowdworking* an eine «Menge von Menschen» vergeben. Dabei werden bestimmte Aufgaben «*ausgeschrieben*» und einer unbestimmten Anzahl von Menschen in der ganzen Welt zugänglich gemacht²¹³. Portmann und Nedi erwähnen beispielsweise die Plattform Atizo (www.atizo.com) mit dem Slogan «*Die Community macht Produkte besser*», zu deren Kunden unter anderem Migros, WWF, SBB, Postfinance und Nestlé zählen²¹⁴.

Für Arbeitgeber hat Crowdsourcing den Vorteil, dass sie mithilfe des Internets kostengünstig, flexibel und schnell externe Arbeitskräfte in der ganzen Welt für die Erfüllung bestimmter Aufgaben und das Management bestimmter Projekte mobilisieren können, sei es direkt oder über eine Plattform²¹⁵. Portmann und Nedi betonen zu Recht, dass *Crowdworker* aufgrund des nicht selten transnationalen und digitalen Arbeitsprozesses im *Crowdsourcing* untereinander oft keinen Kontakt haben, was Kollektivverhandlungen bei dieser Beschäftigtengruppe noch erschwert²¹⁶; auf diesen Aspekt soll später ausführlicher eingegangen werden²¹⁷.

Es ist damit zu rechnen, dass dieser Aspekt der Digitalisierung den schweizerischen Arbeitsmarkt in besonderem Masse treffen wird, da die Löhne und Gehälter hierorts bekanntermassen wesentlich höher als in Ländern innerhalb und natürlich ausserhalb der EU sind. Um wettbewerbsfähig zu bleiben, werden Unternehmen zweifelsohne die ihnen zur Verfügung stehenden Technologien nutzen und versuchen, die Selbstkosten von Produkten oder Dienstleistungen zu reduzieren, indem sie auf den globalen Arbeitskräftepool zurückgreifen.

²¹¹ Manchmal als «Industrie 4.0» bezeichnet.

²¹² Siehe unten, Rz. 174 ff.

²¹³ Siehe Definition von Portmann/Nedi, S. 527, mit Hinweisen.

²¹⁴ Website zuletzt besucht am 17.05.2017.

²¹⁵ Portmann/Nedi, S. 527 f.

²¹⁶ Portmann/Nedi, S. 529 f.

²¹⁷ Siehe unten, Rz. 352.

Diese neuen technologischen Möglichkeiten bergen nicht nur das Risiko des Lohn- und Sozialdumpings, sondern gehen auch mit erheblichen Wettbewerbsrisiken für Schweizer Unternehmen einher.

147

Aus wirtschaftlicher Sicht ist die Problematik daher mit der Frage des Lohn- und Sozialdumpings im Rahmen der Personenfreizügigkeit mit der Europäischen Union zu vergleichen, mit der sich der schweizerische Gesetzgeber befasst hat (und immer noch befasst).

148

B. Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts auf transnationale Situationen?

Rechtlich gesehen ist die Problematik jedoch eine ganz andere. Die öffentlich-rechtlichen Regeln sind in ihrer Reichweite auf das Gebiet der Schweiz beschränkt. Dies gilt auch für das ArG, dessen Schutz auch dann nicht auf Arbeitnehmende im Ausland ausgeweitet werden kann, wenn diese für ein schweizerisches Unternehmen arbeiten oder ihr Vertrag schweizerischem Recht unterstellt ist²¹⁸. Begleitmassnahmen sind auf dem Gebiet der Schweiz wirksam und haben zum Ziel, ausländische (europäische) Unternehmen, die hierorts Dienstleistungen anbieten, dazu anzuhalten, Mindestarbeitsbedingungen und insbesondere die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen festgelegten Bedingungen einzuhalten²¹⁹.

149

Die Externalisierung eines Teils der Arbeit (bzw. «digitale Auslagerung») hat jedoch die Besonderheit, dass Unternehmen mit Sitz in der Schweiz Arbeiten im Ausland ausführen lassen. Ein anderes Beispiel sind Unternehmen mit Sitz im Ausland, die keine feste, als Arbeitgeberin ausgewiesene Niederlassung in der Schweiz haben und Arbeiten durch Personen in der Schweiz ausführen lassen, ohne aus dem Staat des Firmensitzes Arbeitskräfte zu entsenden.

150

C. GAV und transnationale Situationen

Vor diesem Hintergrund stellen sich verschiedene Fragen:

- Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn der Arbeitgeber im Ausland ist und die Arbeitsleistung in der Schweiz erbracht wird?
- Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn die Arbeit physisch im Ausland ausgeführt wird, der Arbeitgeber aber schweizerisch ist?
- Gelten GAV auch, wenn weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer in der Schweiz sind, die Leistung aber einen engen Bezug zur Schweiz hat?

151

Grundsätzlich wird der Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen in den Verträgen selbst festgelegt. Firmen-Gesamtarbeitsverträge gelten nur für das unterzeichnende Unternehmen, wobei sich die Frage stellt, wie es bei Konzernen um Tochter- und Schwestergesellschaften bestellt ist²²⁰.

152

Bei Branchen-GAV werden in der Regel ein *räumlicher* Geltungsbereich, ein *betrieblicher* Geltungsbereich und ein *personeller* Geltungsbereich (*betreffene Arbeitnehmende*) festgelegt. Räumlich hat ein solcher GAV für die jeweilige Branche in einer Region, einem Kanton, mehreren Kantonen oder der gesamten Schweiz Gültigkeit. Grundsätzlich beschränken sich schweizerische GAV weitgehend auf das Gebiet der Schweiz²²¹.

153

²¹⁸ BGE 139 III 411, E. 2; Aubry Girardin, *Liber amicorum*, S. 29.

²¹⁹ Siehe unten, Rz. 73 ff.

²²⁰ Siehe dazu Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, S. 1 ff.

²²¹ Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, S. 44 f.

a. Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn die Arbeit im Ausland für einen in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber ausgeführt wird?

154 Können in der Schweiz abgeschlossene Gesamtarbeitsverträge wirksam sein, wenn die Arbeit im Ausland ausgeführt wird? Hierbei ist von der Annahme auszugehen, dass ein Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz bestimmte Arbeiten von Personen im Ausland durchführen lässt. Wie im vorherigen Beispiel werden auch hier keine Arbeitnehmenden (aus der Schweiz ins Ausland) entsandt, da die Arbeiten vollständig digital übertragen, durchgeführt und kontrolliert werden: Eine räumliche Bewegung gibt es weder auf Arbeitgeber- noch auf Arbeitnehmerseite.

155 Inwiefern ein GAV transnational gültig ist wird in der Regel unter Anwendung des Internationalen Privatrechts bestimmt. Dabei sollte festgehalten werden, dass die Anwendung der normativen Bestimmungen eines GAV grundsätzlich der Anwendung des Einzelarbeitsvertrags folgt.²²² In der Schweiz abgeschlossene GAV sind jedoch grundsätzlich nicht dazu bestimmt, ausserhalb der Schweiz angewendet zu werden, es sei denn auf freiwilliger Basis. Arbeitgeber und im Dienst beteiligter Arbeitgeber stehende Arbeitnehmer können sich einzeln und freiwillig einem Gesamtarbeitsvertrag anschliessen, so dass dieser verbindlich wird (Art. 556B Abs. 1 OR).

156 Zur Erinnerung: Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt, also mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet (Art. 117 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über das internationale Privatrecht – IPRG²²³). Arbeitsverträge unterstehen dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG). Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet (Art. 121 Abs. 2 IPRG). Die Parteien können den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 121 Abs. 3 IPRG).

157 Ein in der Schweiz abgeschlossener GAV mit auf das Gebiet der Schweiz beschränkter Gültigkeit hat in der Regel aufgrund dieser Tatsache keine bindende Wirkung für den Arbeitsvertrag der angestellten Person, die sich im Ausland befindet.

158 Man kann sich jedoch fragen, ob diese Person nicht im Sinne der Gleichbehandlung Rechte aus dem GAV geltend machen könnte, auf die Arbeitnehmende in der Schweiz mit identischen Arbeitsverträgen Anspruch haben. Würde sich eine etwaige Allgemeinverbindlichkeits-erklärung des GAV auf die Rechte der arbeitnehmenden Person auswirken?

159 Dies sind heikle und sensible Fragen, die zweifellos Unternehmen und gewisse Branchen betreffen werden, wenn auch in verschiedener Weise und in unterschiedlichem Ausmass. Da die Thematik sowohl rechtlich als auch auf wirtschaftlicher und sozialer Ebene sehr komplex ist, dürfte der künftige Inhalt der GAV bei den Sozialpartnern bald zur Debatte stehen. Aufgrund der Natur der Problematik ist davon auszugehen, dass auch ein Dialog mit dem Staat im Sinne des Tripartismus notwendig sein wird.

²²² Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, S. 45.

²²³ SR 291.

b. Wirkung von in der Schweiz abgeschlossenen GAV mit Arbeitgeber im Ausland

Es sollte zwischen einem *Arbeitgeber im Ausland mit einem dauerhaft beschäftigtem Arbeitnehmer in der Schweiz* und einem *Arbeitgeber im Ausland, der einen Arbeitnehmer für einen befristeten Zeitraum entsendet* unterschieden werden. 160

Das EntsG greift nicht, wenn der Arbeitgeber im Ausland ist und in der Schweiz Arbeiten von Personen ausführen lässt, die sich bereits in der Schweiz befinden oder dort dauerhaft verbleiben dürften. Gemäss Art. 1 gilt dieses Gesetz nämlich nur für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum: 161

- a. *auf seine Rechnung und unter seiner Leitung* im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen;
- b. in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört.

Wenn der Arbeitgeber keinem GAV angeschlossen ist, beispielsweise weil er nicht in der Schweiz tätig ist, kann der Arbeitnehmer weder durch das Gesetz einem GAV unterstellt werden noch sich im Sinne von Art. 356b Abs. 1 OR freiwillig einem GAV anschliessen. Logischerweise sollte er jedoch einem allgemeinverbindlich erklärtem GAV unterstellt sein, sofern dieser für seine Tätigkeit Gültigkeit hat; solche Situationen erfordern allerdings vertiefte Überlegungen. 162

Die Frage der zeitweiligen Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz durch einen im Ausland befindlichen Arbeitgeber ist indessen geklärt. Bekanntermassen gelten die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV gemäss Art. 2 EntsG auch für ausländische Unternehmen, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden²²⁴. 163

c. Welche Wirkung haben in der Schweiz abgeschlossene GAV, wenn die Arbeit im Ausland für einen in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber ausgeführt wird, die Leistung aber eng mit der Schweiz verbunden ist?

Ein weiterer Fall soll hier betrachtet werden. Dabei geht es um einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, der keine Arbeitnehmer in die Schweiz zu entsenden braucht und auch keine Niederlassung in der Schweiz benötigt, weil er die Arbeit *digital überträgt, seine Anweisungen digital erteilt und die Durchführung der Arbeit digital kontrolliert, wobei auch der Arbeitnehmer physisch nicht in der Schweiz sein muss*. Bei den durchgeführten Arbeiten kann es sich ebenso gut um hoch spezialisierte Dienstleistungen (wissenschaftliche Analysen, Berichte, juristische Arbeiten usw.) handeln wie um Dienstleistungen, die keine besondere Qualifikation erfordern (pro Klick abgerechnete Arbeit, Sortieren von Rohdaten usw.). 164

In diesem Fall gib es keine Möglichkeit, einen physischen Zusammenhang zwischen der durchgeführten Arbeit und der Schweiz nachzuweisen, obwohl die Arbeit lediglich aufgrund technologischer Möglichkeiten ausserhalb der Schweiz erbracht werden kann. Wenn man diese Situation als rechtlich relevant betrachtet, stellt sich in besonderem Masse die Frage der physischen Anwesenheit des Arbeitnehmers in dem Gebiet, in dem seine Arbeitsleistung direkt in Empfang genommen wird. Gerade das *Kriterium der physischen Anwesenheit der arbeitnehmenden Person in der Schweiz, das dem EntsG zugrunde liegt, kann hier hinterfragt werden*. Wie bereits erwähnt, will dieses Gesetz dem Dumping einen Riegel vorschieben. Allerdings werden dabei nur Situationen erfasst, in denen der aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer in der Schweiz physisch anwesend ist. 165

²²⁴ Siehe oben, Rz. 81 ff.

166 Man kann sich daher fragen, ob es sinnvoll wäre, das Kriterium zu lockern und die Anwendbarkeit des EntsG auf Arbeitnehmer auszuweiten, die sich ausserhalb der Schweiz befinden und mit digitalen Hilfsmitteln eine Arbeit ausführen, die im Prinzip in der Schweiz verrichtet werden sollte und für den schweizerischen Markt bestimmt ist.

D. Kurzzusammenfassung

167 Die digitale Entwicklung und das Risiko der Auslagerung von Unternehmensaufgaben führen dazu, dass physische Grenzen allmählich fallen, und werfen Fragen auf, die in den nächsten Jahren eine zentrale Rolle spielen werden. Bisher beruhen das öffentliche Recht und die GAV im Wesentlichen auf dem Territorialitätsprinzip. Aufgrund der technologischen Entwicklung werden sich die Sozialpartner vielleicht gezwungen sehen, die Anwendbarkeit und den Geltungsbereich von Normen neu zu überdenken und Externalisierungsrisiken mitzuberechnen. Die angesprochenen Fragen könnten Gegenstand einer Reflexion zwischen Staaten und Sozialpartnern im Rahmen der IAO-Strukturen und -Instrumente werden.

168 Die Thematik kann im Übrigen auch im Hinblick auf Unternehmensimage und Unternehmensverantwortung angegangen werden: Firmen könnten sich verpflichten, bestimmte Aufgaben nicht auszulagern oder nicht mehr als einen bestimmten Anteil ihrer Aktivitäten auszulagern.

169 Zu beachten ist auch, dass das Thema digitales Outsourcing früher oder später durch das öffentliche Auftragswesen mitgeprägt werden könnte, weil bestimmte Arbeitsbedingungen und/oder -gewohnheiten auferlegt werden. Es wäre denkbar, dass die Beschäftigung lokaler Arbeitskräfte jedenfalls bis zu einem gewissen Grad in die Bedingungen aufgenommen wird (Art. 8 Abs. 2 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB²²⁵).

170 Diese Punkte sollten separat analysiert werden und bedürfen zusätzlicher Forschung. Aus heutiger Sicht zeichnet sich ab, dass dies in Zukunft zumindest ein wichtiges Diskussions-thema wird.

E. Exkurs: Schiedsgerichtsbarkeit

171 Bei Plattform-Beschäftigungsverhältnissen entstehen regelmässig grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen. Es stellen sich somit Fragen des Internationalen Privatrechts (IPR) zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht, die von den Betreibern oft in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) verankert werden. Wer z.B. seine Dienste als „Clickworker“ dem US-amerikanischen Unternehmen „Mechanical Turk“ anbietet, muss sich nach den AGB US-amerikanischem Recht und amerikanischer Gerichtsbarkeit unterwerfen²²⁶. Die Schweizer Firma „Mila“ sieht in ihren AGB vor, dass für Verträge von Nutzern mit Sitz bzw. Wohnsitz in Deutschland ausschliesslich deutsches Recht gilt und Berlin als Gerichtsstand massgebend ist. Für alle übrigen Verträge gilt ausschliesslich schweizerisches Recht und ausschliesslich der Gerichtsstand Bern. Unter dem Titel „Anwendbares Recht und Gerichtsstand“ hält der Nutzungsvertrag zwischen der Uber-Tochterfirma Rasier und dem Uber-Fahrer fest, dass der Vertrag unter Ausschluss des Kollisionsrechts ausschliesslich den Gesetzen der Niederlande untersteht und gemäss diesen Gesetzen ausgelegt wird. Weiter sieht der Vertrag vor, dass nach einem zwingend zu befolgenden Mediationsverfahren ein Streit ausschliesslich und end-

²²⁵ SR 172.056.1; siehe u.a. auch die in Genf gültigen Regeln, denen zufolge lokale Arbeitsbedingungen einzuhalten sind, Art. 20 Règlement sur la passation des marchés publics, RMP, L 6 05.01.

²²⁶ Däubler, Internet und Arbeitsrecht, S. 309 ff.

gültig durch ein Schiedsgerichtsverfahren gemäss den Regeln der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, ICC Arbitration Rules) beigelegt werden muss. Als Ort des Schiedsverfahrens wird Amsterdam (Niederlande) bestimmt und die Sprache des Schiedsverfahrens ist Englisch²²⁷. Die Gültigkeit einer solchen Klausel ist allerdings fraglich.

Das Bundesgericht hat der *Binnenschiedsgerichtsbarkeit* für arbeitsrechtliche Ansprüche Schranken gesetzt: Schiedsvereinbarungen über Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, binden ihn nicht²²⁸. In *internationalen Verhältnissen* gelten diese Schranken indes nach schweizerischem IPRG nicht. Vielmehr ist nach Art. 177 Abs. 1 IPRG eine Sache schiedsfähig, sofern es sich um einen „vermögensrechtlichen Anspruch“ handelt²²⁹, was auch arbeitsrechtliche Ansprüche umfasst²³⁰. Allerdings wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob nicht zwingende Gerichtsstände wie sie für das Arbeitsrecht vorgesehen sind, der Schiedsvereinbarung entzogen sein sollen²³¹. Die Regelungen nach IPRG gelten jedoch nur, wenn in einem internationalen Verhältnis ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vereinbart wurde. Wenn ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland vereinbart wurde, muss ein schweizerisches Gericht seine Zuständigkeit gestützt auf das „Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche“ (New Yorker Übereinkommen, NYÜ) prüfen²³². Je nach den konkreten Umständen könnte eine Schiedsklausel mit Blick auf Art. 27 ZGB ungültig sein. Schiedsklauseln im Umfeld von Verträgen über Arbeitsleistungen sind problematisch. Wenn sich im Zuge der Plattformökonomie zeigen sollte, dass vermehrt international tätige Anbieter sich solcher Schiedsklauseln bedienen, ist der *Gesetzgeber* gefordert, da die Handlungsmacht der Sozialpartner hier beschränkt ist.

172

V. Auswirkungen der Digitalisierung auf die Ausführung der Arbeit

1. Mitwirkung der Arbeitnehmer/innen

A. Die gesetzliche Verankerung der Mitwirkung

Auf arbeitsvölkerrechtlicher Ebene sieht das „ILO-Übereinkommen 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb aus dem Jahre 1971“²³³ Verpflichtungen für die Staaten vor, Schritte zur Verwirklichung der Arbeitnehmerpartizipation zu unternehmen. Dabei ist es den Mitgliedstaaten überlassen, welche Art oder Arten von Arbeitnehmervertretern Anspruch auf den Schutz und die Erleichterungen haben, die in diesem Übereinkommen vorgesehen sind²³⁴. Unmittelbar anwendbar sind die in der Konvention verankerten Rechte weitgehend nicht. Verpflichtungsadressat ist der ratifizierende Staat. Die Schweiz hat dieses Abkommen nicht ratifiziert. Die ILO hat neben diesem Abkommen noch zwei so ge-

173

²²⁷ Siehe bei Pärli, *Über – Gutachten Rz. 94.* (https://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-Gutachten-Arbeitsrecht-Sozialversicherungsrecht-Über-Taxifahrer-innen-Professor-Kurt-P%C3%A4rli.pdf), zuletzt besucht am 5.6.2018).

²²⁸ BGE 136 III 467.

²²⁹ Schnyder/Liatowitsch, S. 174.

²³⁰ So auch das Bundesgericht in BGE 136 III 467, E. 4.2,

²³¹ Girsberger/Voser hält dies aber für fraglich: „Again, however, the question arises whether arbitrability may be affected by mandatory provisions outside of Chapter 12 SPILA“; Girsberger/Voser, S. 107.

²³² Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ) vom 30. August 1965, SR 0277.12, SR 0.277.12. Buhr/Schramm, S. 129-142, vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Rz. 68 zu Art. 319 OR.

²³³ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c135_de.htm (zuletzt besucht am 02.06.2018).

²³⁴ Siehe Art. 4 des Übereinkommens.

nannten Empfehlungen veröffentlicht, es handelt sich um die „Empfehlung Nr. 94 von 1952 betreffend Beratungen und Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Bereich des Betriebs“ und die „Empfehlung Nr. 129 von 1967 betreffend Kommunikationen zwischen Betriebsleitung und Belegschaft“²³⁵. Der Grundtenor der ILO-Dokumente hinsichtlich Mitwirkung geht dahin, dass die Beschäftigten einen grundlegenden Anspruch auf Information und Konsultation haben, sofern und soweit sie von unternehmerischen Entscheiden betroffen sind.

174 In der Schweiz findet sich die grundlegende Ordnung der Mitwirkungsrechte im Mitwirkungsgesetz (MwG)²³⁶. Art. 3 MwG gewährt den Arbeitnehmern ein Recht auf Vertretung in Betrieben mit mindestens fünfzig Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Die Bestellung einer Arbeitnehmerversammlung ist aber nicht zwingend, sondern erfolgt nur, wenn die Arbeitnehmenden gemäss Art. 5 MwG eine solche verlangen²³⁷. Die Arbeitnehmerversammlung hat gemäss Art. 9 MwG ein allgemeines Recht, über die Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten und ein Recht auf rechtzeitige und umfassende Information über die Angelegenheiten, bei denen der Arbeitnehmerversammlung Mitwirkungsrechte zustehen. Als besondere Mitwirkungsrechte werden in Art. 10 MwG die Mitwirkung in den Bereichen „Arbeitssicherheit und Gesundheit“, „Betriebsübergang“, „Massenentlassungen“ und „Berufliche Vorsorge“ genannt. Sowohl die allgemeinen als auch die besonderen Mitwirkungsrechte stehen grundsätzlich nur der Arbeitnehmerversammlung oder, wo es keine solche gibt, den Arbeitnehmer/innen des Betriebes, nicht aber den Gewerkschaften, zu. Der vierte Abschnitt des Mitwirkungsgesetzes regelt die Zusammenarbeit zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmerversammlung. Art. 11 MwG verlangt einerseits von beiden Seiten ein Verhalten nach Treu und Glauben und verpflichtet andererseits die Arbeitgeberin, die Arbeitnehmerversammlung zu unterstützen, namentlich durch Räume, Hilfsmittel und administrativen Dienstleistungen.

B. Herausforderungen und Chancen durch die Digitalisierung

175 Die heutigen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden sind im internationalen Vergleich eher bescheiden²³⁸. Die Digitalisierung erfordert jedoch nach in der neueren Personalführungs- und Managementlehre vertretenen Ansichten eine Demokratisierung der Arbeitswelt²³⁹. Die neuen Formen des Arbeitens stellen sehr hohe Anforderungen an die Selbstorganisation und ein aktives Engagement der Beschäftigten zur Lösung von Prozessproblemen und Optimierung von Abläufen²⁴⁰. Wenn gleichzeitig Führungs- und Organisationsstrukturen weitgehend top-down ausgerichtet sind und die Beschäftigten kaum Mitspracherechte haben, ist dies widersprüchlich²⁴¹. Mitsprache und Mitgestaltung sind ein zentraler Bestandteil qualifizierter Arbeit, ohne eine Ausweitung demokratischer Prozesse im Betrieb werden die Chancen der Digitalisierung für ein Unternehmen nicht genutzt werden können, denn digitale Prozesse erfordern eine Kooperation über Fach-, Bereichs- und Hierarchiegrenzen hinweg, was zwangsläufig zur Demokratisierung betrieblicher Entscheidungen führen muss.

²³⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_r129_de.htm (zuletzt besucht am 02.06.2018).

²³⁶ SR 822.14.

²³⁷ Fritz/Schuler, S. 30.

²³⁸ So auch Geiser/Müller, S. 349.

²³⁹ Siehe z.B. Brandes / Koschek / Schültken (2014). Siehe auch die Literaturangaben in den darauffolgenden Fussnoten.

²⁴⁰ Siehe zu der Frage der Mitwirkung/Mitbestimmung in digitalen Zeiten die Diskussion in Deutschland, namentlich: Fündling/Sorber, S. 552; Karthaus, S. 558 ff..

²⁴¹ Pärli, Zutritt, S. 1454 ff.

Die Mitwirkungsrechte nach MwG stellen lediglich einen Minimalstandard dar. Es steht somit den Sozialpartnern offen, in Gesamtarbeitsverträgen die betriebliche Mitwirkung zu verstärken. Insbesondere ist auch zulässig, dass in GAV die Rolle der Gewerkschaften bei der betrieblichen Mitbestimmung näher definiert wird, einschliesslich der Frage des Zutrittsrechts von Gewerkschafter/innen zum Betrieb. In den Empfehlungen der TA-Swiss-Studie zur Flexibilisierung der Arbeit wird ebenfalls erwähnt, dass eine breite Mitwirkung der Arbeitnehmer im gemeinsamen Interesse der Sozialpartner liegt.

176

Die Digitalisierung wirkt seit einigen Jahren auch als Katalysator der eingeschlafenen Debatte um „Demokratie im Betrieb“ und „Humanisierung der Arbeitswelt“. Führend in dieser Diskussion sind dabei einige IT-nahe Betriebe, die auf weitgehende Mitarbeiterpartizipation und Basisdemokratie setzen und damit wirtschaftliche sehr erfolgreich sind. Im Jahre 2013 erhielt die IT-Firma Beck at. Al. services den Preis des besten Arbeitgebers in der IT-Branche, wobei gleichberechtigte Führung und kollaborativer Arbeitsstil entscheidende Aspekte dafür waren. Auch die Presse und die Wissenschaft beschäftigen sich mit dem Phänomen. Am 28. März 2015 betitelte die Süddeutsche Zeitung einen Beitrag mit „Demokratie am Arbeitsplatz: Wir sind die Firma“. Der Beitrag handelte auch davon, dass demokratische Strukturen und Transparenz bei den Gehältern eine äusserst produktive Wirkung zeigten. Eine grosse Konferenz an der Technischen Universität München fand 2015 unter der Affiche „Das demokratische Unternehmen – Aufbruch in eine neue Humanisierung der Arbeitswelt“ statt. Mehrere Beiträge betonen, dass die Digitalisierung und das Konzept eines demokratischen Unternehmens einander gegenseitig bedingen. Kritisch wird allerdings auch erwähnt, die vermeintliche Selbstbestimmung führe zu einer Selbstausbeutung und sei somit lediglich eine "Pseudopartizipation".

177

Eine vertiefte juristische Analyse zu solch neuen Formen der Selbstverwaltung wurde soweit ersichtlich bislang nicht erbracht. Klar ist, dass demokratische Strukturen im Betrieb und eine weitreichende Selbstorganisation der Beschäftigten das Grundkonzept des Arbeitsvertrages, das auf einer klaren Rollentrennung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und der auf dem Weisungsrecht beruhenden Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Direktionsgewalt des Arbeitnehmers basiert, in Frage stellt. Auch ist unsicher, welche Rolle in einem gänzlich selbstverwalteten Betrieb ohne eindeutige Arbeitgeber- und Arbeitnehmerrollen die Sozialpartnerschaft zu spielen hätte.

178

2. Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz

A. Neue Gefährdungen für die Gesundheit durch Digitalisierung

Die Digitalisierung fördert die Entgrenzung der Arbeit durch die zunehmende Vermischung zwischen Arbeits- und Arbeitsort sowie zwischen Arbeit und Freizeit, was sowohl ein Gewinn an Autonomie in der Lebensgestaltung zur Folge haben kann als auch eine Gefährdung der Gesundheit. Als grösste Gefahr wird regelmässig die ständige Erreichbarkeit und allgemein das Verschwinden der Grenzen zwischen Arbeitsort und Lebensort einerseits und zwischen Arbeitszeit und Freizeit andererseits genannt. Diese Phänomene erhöhen den Druck auf Arbeitnehmer und führen zu gesundheitsschädlichem Stress. Die Thematik „Sicherheit und Gesundheit“ hängt – nicht nur hinsichtlich der Digitalisierung – sehr eng mit der Frage der Organisation und Beschränkung der Arbeitszeiten zusammen. Das zeigt sich auch darin, dass sich sowohl die Regelungen zum Gesundheitsschutz als auch diejenigen über Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten im gleichen Gesetz (Arbeitsgesetz, ArG) befinden. Auch kann es durch die Digitalisierung der Arbeitsprozesse zu einer verstärkten Überwachung der Arbeitnehmenden-

179

den kommen, was sich ebenfalls auf die Gesundheit auswirkt. Sowohl Bestimmungen im Arbeitsgesetz wie auch im Datenschutzgesetz verlangen bestimmte Voraussetzungen für eine rechtmässige Überwachung. In dieser Studie werden jedoch die Themen „Gesundheit“, „Arbeitszeit“ und „Datenschutz“ in getrennten Kapiteln behandelt. An dieser Stelle folgen erst Ausführungen über die heutigen gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers zum Schutze der Gesundheit von Arbeitnehmern. Danach werden diese summarisch auf ihre Eignung zur Bewältigung der Digitalisierungsfolgen geprüft, ehe abschliessend der Handlungsspielraum für weitergehende und ergänzende Massnahmen der Sozialpartner dargelegt wird.

B. Rechtliche Grundlagen zum Gesundheitsschutz im Vertragsrecht und im öffentlichen Recht

180 Der Gesundheitsschutz als Individualrecht der Arbeitnehmenden ist in Art. 328 OR verankert und wird durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen zum Arbeitsschutz im Arbeitsgesetz ArG, namentlich in Art. 6 ArG und in der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3), sowie durch Art. 82 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) verstärkt. Die Arbeitgeber werden zu wirksamen Präventionsmassnahmen verpflichtet, damit die Arbeitnehmenden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht zu Schaden kommen. Erforderlich sind dabei nach Art. 2 ArGV 3 „alle Massnahmen (...), die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten“. Eine Verletzung der Gesundheitsvorschriften kann behördliche Sanktionen und ggf. Schadenersatzforderungen der Arbeitnehmer nach sich ziehen²⁴². Auch möglich sind Regressforderungen der Unfallversicherer, wenn der Arbeitnehmer wegen eines durch die Arbeitgeberin verschuldeten Unfalles Leistungen bezieht.

181 Die umfangreichen Verpflichtungen zum Gesundheitsschutz nach ArG und UVG, sowie die vertraglichen Verpflichtungen des Arbeitgebers basierend auf Art. 328 OR, greifen nur gegenüber Arbeitnehmenden. Selbständigerwerbende haben weder Anspruch auf die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung nach UVG noch sind sie zu irgendwelchen spezifischen Präventionsmassnahmen verpflichtet. Dieser Umstand verdeutlicht nochmals die grosse Bedeutung, die der Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsvertrag bzw. sozialversicherungsrechtlich unselbstständige Erwerbstätigkeit zukommt. Auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen gibt es keinen Raum, arbeitnehmerähnliche Personen den Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes oder des Arbeitsgesetzes zu unterstellen. Diese beiden Regelwerke kennen nur die Alternative „unterstellt als Arbeitnehmer“ oder „nicht unterstellt“. Anders verhält es sich in vertraglicher Hinsicht. Bei einem Vertragsverhältnis, das als „Vertrag mit einer arbeitnehmerähnlichen Person“ qualifiziert wird, könnte ein Gericht durchaus die Bestimmungen nach Art. 328 OR zum Persönlichkeits- und Datenschutz analog anwenden, sofern und soweit hier ein spezifisches Schutzbedürfnis besteht.

182 Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz im ArG und im UVG erfordern in der betrieblichen Praxis eine Mitwirkung der Arbeitnehmer, denn der „Gesundheitsschutz“ ist im Mitwirkungsgesetz als einer der (wenigen) Bereiche aufgeführt, in denen den Arbeitnehmern überhaupt Mitwirkungsrechte zukommen. Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmervertretung und die Arbeitnehmenden in den Gesundheitsschutz einzubeziehen. Auch die Sozialpartner können (und sollen) sich am breiten Aufgabenbereich des Gesundheitsschutzes beteiligen. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz stellen minimale Standards dar; in GAV können diese durchaus konkretisiert für den betrieblichen Alltag operationalisierbar gemacht werden. Besonders eigenen sich hier auch die Felder, die durch die Digitalisierung zu neuen Gefahren führen und die vom gesetzliche Regelwerk

²⁴² Siehe unten, Rz. 328.

(ArG, Verordnungen, Verwaltungsweisungen des SECO) noch nicht ausreichend erfasst sind. Zu nennen sind bspw. Handlungsanleitungen über die Gesundheitsvorsorge beim Home-Office und für das Arbeiten unterwegs. Auch kann der GAV eine Verpflichtung enthalten, wonach die Arbeitnehmenden über die psychosozialen Risiken des mobilen Arbeitens und Home-Offices informiert und instruiert werden müssen.

Auf tripartiter Ebene ist ein Dialog über grundsätzliche Fragen des Gesundheitsschutzes im digitalen Zeitalter erforderlich. Dieser Dialog hat sich dem Spannungsfeld „Digitalisierung/Flexibilisierung/Gesundheit“ anzunehmen.

183

3. Arbeitszeit

Die Arbeitszeit und deren Erfassung gehören zu den am meisten erwähnten Themen im Rahmen der Digitalisierung. Dieses Thema beschäftigt insbesondere auch das Parlament.

184

Wie später aufgezeigt wird, legt das Gesetz einen strikten Rahmen für die Arbeitszeit fest. Um den Handlungsspielraum und die Rolle der Sozialpartner zu bestimmen, soll jedoch zunächst geklärt werden, von welchen zwingenden Normen des öffentlichen Rechts die Sozialpartner in einem GAV nicht abweichen dürfen.

185

In diesem Kapitel wird als erstes erläutert, welche Ziele die Arbeitszeitregelungen verfolgen und worin sie bestehen. Dazu ist vor allem eine Definition der Arbeitszeit und ihrer Grenzen vorzunehmen (A). Die Autorinnen und Autoren untersuchen anschliessend, inwiefern sich die digitalen Entwicklungen auf die Arbeitszeiten auswirken und rufen zu Änderungen der geltenden Regeln auf (B). Zuletzt werden die Rolle der Sozialpartner und des tripartiten Systems in diesem Zusammenhang und einige konkrete Ansätze und Empfehlungen (C) angesprochen.

186

A. Rechtliche Definition der Arbeitszeit: Arbeitsgesetz und Obligationenrecht

Um zu bestimmen, woraus die Arbeitszeit besteht und wie sie erfasst und konkretisiert werden kann, (2 und 3), ist es angebracht, die Daseinsgründe dieses Prinzips kurz in Erinnerung zu rufen (1).

187

a. *Das ArG: Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden als Ziel*

Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG) wurde aufgrund einer Volksinitiative, mit der die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit verkürzt werden sollte, erlassen²⁴³. Während diese Initiative sich auf «*die Frage der Höchstdauer der normalen Arbeitszeit für Industrie, Gewerbe und Handel*» beschränkte, vertrat der Bundesrat die Ansicht, dass diese Frage nur im Rahmen einer Gesamtregelung der Arbeits- und Ruhezeit entschieden werden kann²⁴⁴. Die Hauptstossrichtungen des neuen Gesetzesentwurfs bestanden darin, «*den materiellen Inhalt der geltenden Ordnung den heutigen Verhältnissen und Bedürfnissen anzupassen*»²⁴⁵, sowie «*gleichzeitig mit der Revision des Fabrikgesetzes eine bundesrechtliche Ordnung des gesamten Arbeitsschutzes in Industrie, Handel und Gewerbe in die Wege zu leiten und zu einem übersichtlichen, geschlossenen Ganzen zusammenzufassen*»²⁴⁶.

188

Die Frage der Arbeitszeit und der Arbeitsdauer ist ein zentrales Element aller Problematiken im Zusammenhang mit der Durchführung der Arbeit und den Lebensbedingungen der Arbeit-

189

²⁴³ BBl 1960 II 909.

²⁴⁴ BBl 1960 II 909 s.

²⁴⁵ BBl 1960 II 915.

²⁴⁶ BBl 1960 II 915.

nehmenden. Deshalb widmet sich das Übereinkommen Nr. 1 der IAO von 1919 der Arbeitszeit²⁴⁷.

190 Die Regelung der Arbeitszeit erfolgt im Rahmen der Pflicht des Arbeitgebers, «*die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen*» (Art. 6 ArG). Laut diesem Artikel «*ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen*». Die Verordnung 3 (ArGV 3²⁴⁸) zum ArG sieht in Art. 2 Abs. 1 ebenfalls vor, dass «*der Arbeitgeber alle Anordnungen erteilen und alle Massnahmen treffen muss, die nötig sind, um den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit zu wahren und zu verbessern*». Der Arbeitgeber hat somit der Überarbeitung seiner Arbeitnehmenden vorzubeugen²⁴⁹.

191 Diese Grundsätze entsprechen den staatlichen Politiken, der Erfahrung und dem, insbesondere medizinischen, Kenntnisstand. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen ist, um zu vermeiden, dass diese Opfer von Unfällen oder Krankheiten werden, was hohe Kosten für die Personen, das Unternehmen und die Gemeinschaft hervorruft²⁵⁰. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist die Beschränkung der Arbeitszeit ein zentrales Instrument des ArG, um Exzesse bezüglich der Gesamtmenge sowie der alltäglichen Arbeitszeit zu vermeiden. So soll vermieden werden, dass die Gesundheit der Arbeitnehmenden Schaden nimmt.

192 Um einen umfassenden und möglichst einheitlichen Schutz der Arbeitnehmenden auf dem Arbeitsmarkt zu gewährleisten, weist das ArG einen breiten Geltungsbereich auf²⁵¹. Davon ausgenommen sind nur die öffentlichen Betriebe und Anstalten, die Landwirtschaftsbetriebe sowie Personen, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben (Art. 1 bis 3 ArG). Neben diesen Ausnahmen gilt das Gesetz für alle Arbeitnehmenden und Betriebe mit Sitz in der Schweiz sowie, soweit dies nach den Umständen möglich ist, für Arbeitnehmende, welche ein im Ausland gelegener Betrieb in der Schweiz beschäftigt (Art. 1 ArG)²⁵².

b. Rechtliche Definition und Begriff der Arbeitszeit

i. Arbeitszeit und Dauer der Arbeitswoche

193 Zum Zeitpunkt der Erarbeitung des ArG war nur wenig von Arbeitnehmenden im Dienstleistungsbereich die Rede. Das Gesetz sollte insbesondere die Arbeit im Primär- und im Sekundärsektor reglementieren.

194 Wie erwähnt, entstand das ArG hauptsächlich aufgrund der Notwendigkeit, die wöchentliche Arbeitszeit zu regeln und zu beschränken, und dies aus Sicht des öffentlichen Rechts und im Sinne des Schutzes der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden.

195 Dieser Ansatz unterscheidet sich grundlegend von jenem des Obligationenrechts. Es definiert Überstunden als die Stunden, welche die verabredete, übliche oder durch einen Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmte Arbeitsdauer überschreiten (Art. 321c OR). Im Privatrecht werden diese Stunden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgegli-

²⁴⁷ http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO (zuletzt besucht am 02.06.2018).

²⁴⁸ SR 822.113.

²⁴⁹ Bericht Telearbeit, S. 36.

²⁵⁰ Siehe zu diesem Thema die Einführung in dieses Gebiet in der These von Florence Aubry Girardin: Aubry Girardin, Diss., S. 13 ff. (nur französisch)

²⁵¹ Siehe Aubry Girardin, Diss., S. 193 f.

²⁵² Siehe dazu Aubry Girardin, Diss., S. 193 f.

chen oder mit einem Zuschlag von 25% entschädigt, sofern der Arbeitnehmer darauf nicht schriftlich verzichtet hat (Art. 321c Abs. 2 und 3 OR). Im Obligationenrecht geht es nicht prioritär darum, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen und eine öffentlich-rechtliche Regel festzulegen, sondern eher darum, den vertraglichen Aspekten der Arbeitsbeziehung einen Rahmen zu geben.

Obwohl es sich um eines seiner wesentlichen Ziele handelt, enthält das ArG keine Definition, was genau unter der «Arbeitszeit» oder der «Arbeitsdauer» zu verstehen ist und legt auch keine bestimmte wöchentliche Arbeitszeit fest.

196

«Als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat» (Art. 13 Abs. 1 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz - ArGV 1²⁵³). Von Kaenel präzisiert diese Definition, in dem er die Meinung vertritt, dass «[j]ede Zeitspanne, die der Arbeitnehmer mit Willen des Arbeitgebers in dessen hauptsächlichsten verbringt» zur Arbeitszeit gehört²⁵⁴. So ist gemäss diesem Autor, jeder Zeitraum, den der Arbeitnehmer mit der Ausübung einer Tätigkeit nach dem Willen oder im Interesse seines Arbeitgebers beschäftigt ist, als Arbeitszeit zu werten, auch wenn der Arbeitnehmer sich z.B. zu Hause befindet²⁵⁵. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Arbeitszeit nicht voraussetzt, dass der Arbeitnehmende aktiv tätig ist. Die einfache Tatsache, dass die eigene Zeit dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, ist konstituierend für die Arbeitszeit. Auf diese Frage wird später ausführlicher eingegangen²⁵⁶. Laut Wyler, der diese Frage in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht behandelt, «l'employé doit tout son temps de travail à l'activité pour laquelle il a été engagé par l'employeur»²⁵⁷ (freie Übersetzung: schuldet der Arbeitnehmende seine ganze Arbeitszeit der Tätigkeit, für die er vom Arbeitgeber eingestellt wurde).

197

Der Weg zu und von der Arbeit gilt dagegen nicht als Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Nur wenn die Arbeit ausserhalb des Arbeitsorts zu leisten ist, an dem der Arbeitnehmer normalerweise seine Arbeit verrichtet, und wenn dadurch die Wegzeit länger als üblich ausfällt, so stellt die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

198

Gemäss der üblichen Auffassung in den 60er-Jahren und dem Willen der ursprünglichen Initianten sowie seiner Autoren teilt das ArG die Arbeitszeit in Stundeneinheiten auf und erfasst die Arbeitszeit auf wöchentlicher Basis. So beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels und 50 Stunden für alle übrigen Arbeitnehmer (Art. 9 Abs. 1 ArG). Einige wenige Ausnahmen sind mittels Bewilligung der Behörden für bestimmte Berufe möglich, insbesondere wenn unregelmässige Arbeitszeiten aus zwingenden Gründen gerechtfertigt sind (Art. 9 Abs. 3 und 4 ArG).

199

Eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit kann nur wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges erfolgen, sowie anderen ausserordentlichen Fällen, allerdings nur in einem bestimmten Rahmen (Art. 12 ArG). In einem solchen Fall ist den Arbeitnehmenden eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinander folgenden Stunden zu gewähren, die für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden kann, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wo-

200

²⁵³ SR 822.111.

²⁵⁴ Von Kaenel, ArG, Rz. 5, S. 157.

²⁵⁵ Von Kaenel, ArG, Rz. 5, S. 157.

²⁵⁶ Von Kaenel, ArG, Rz. 5, S. 157 f.

²⁵⁷ Wyler, S. 77.

chen eingehalten wird (Art. 15a ArG). Wird die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt, so ist den Arbeitnehmenden jede Woche ein freier Halbtage zu gewähren, mit Ausnahme der Wochen, in die ein arbeitsfreier Tag fällt (Art. 21 ArG).

201 Einzelne Betriebsarten können hinsichtlich der Arbeitszeit und ihrer Aufteilung von Sonderbestimmungen profitieren (Art. 4 ff. ArGV 2²⁵⁸); zu erwähnen sind etwa die Radio- und Fernsehbetriebe, Gastbetriebe, Krankenanstalten und Kliniken, Apotheken usw. (Art. 15 ff. Verordnung 2 zum ArG - ArGV 2).

202 Überzeitarbeit ist mit einem Lohnzuschlag von wenigstens 25% zu entschädigen, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt (Art. 13 Abs. 1 ArG). Wird Überzeitarbeit im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen, so ist kein Zuschlag zu entrichten (Art. 13 Abs. 2 ArG).

ii. Arbeitszeit und Ruhezeit

203 Das Gesetz regelt auch die Pausen zur Unterbrechung der Arbeit. Die Pausen gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz, d.h. den Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes, an dem sie sich zur Ausführung der ihnen zugewiesenen Arbeit aufzuhalten haben (Art. 15 ArG, 18 ArGV 1) nicht verlassen dürfen²⁵⁹.

204 Zudem sind auch die Zeiten, während derer der Arbeitnehmer tätig sein darf, präzise festgelegt. Es gibt sogenannte Tagesarbeit (von 6 Uhr bis 20 Uhr) und Abendarbeit (von 20 Uhr bis 23 Uhr), die beide bewilligungsfrei sind. Die Abendarbeit wird gegebenenfalls von der Arbeitnehmervertretung im Betrieb mitbestimmt (Art. 10 Abs. 1 und 2 ArG). Im Sinne des Schutzes der Gesundheit der Arbeitnehmer ist Nachtarbeit grundsätzlich verboten (Art. 16 ArG), mit Ausnahme einer spezifischen Bewilligung der zuständigen Behörde in einigen ausserordentlichen Fällen und mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers (Art. 17 ArG).

205 Aus denselben Gründen, aber auch zur Gewährleistung einer gewissen sozialen Kohäsion, ist die Arbeit an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich verboten. Ausnahmen bedürfen der Bewilligung durch die Behörde (Art. 18, 19 und 20a ArG).

206 Nachtarbeit sowie Arbeit an Sonn- und Feiertagen ist durch einen Lohnzuschlag zu entschädigen und durch eine spezifische Ruhezeit zu kompensieren (Art. 17b ArG). Schliesslich ist es grundsätzlich auch verboten, die Ruhezeit durch andere Leistungen, insbesondere finanzieller Natur, abzugelten (Art. 22 ArG). Der Gesetzgeber hatte nicht in erster Linie die Abgeltung der ausserhalb der üblichen Arbeitszeit durchgeführten Arbeit im Auge, sondern die Beschränkung der Arbeitsdauer, um den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu garantieren.

iii. Pikettdienst und Arbeit auf Abruf

207 Neben der oben beschriebenen Situation, in welcher der Arbeitnehmer seine Zeit dem Arbeitgeber vollständig zur Verfügung stellt, um seine Arbeitsleistung zu erbringen, definiert das Gesetz auch einen sogenannten «Pikettdienst», während dem sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze, für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse, bereithält (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1).

²⁵⁸ SR 823.112.

²⁵⁹ Siehe zu diesem Thema insbesondere das Genfer Urteil: ATA 978/2014 vom 9. Dezember 2014.

Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15b Abs. 1 ArGV 1)²⁶⁰. Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen (Art. 15b Abs. 2 ArGV 1).

208

Der Pikettdienst ist zeitlich beschränkt und nur unter bestimmten Umständen zu genehmigen, da es sich um eine zusätzliche Leistung des Arbeitnehmers zu seiner üblichen Tätigkeit handelt, die zudem noch einen wesentlichen Eingriff in sein Privatleben darstellt²⁶¹. Daher sieht das Gesetz folgendes vor: *«Der einzelne Arbeitnehmer darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten. Nach Beendigung des letzten Pikettdienstes darf der Arbeitnehmer während den zwei darauf folgenden Wochen nicht mehr zum Pikettdienst aufgeboten werden»* (Art. 14 Abs. 2 ArGV 1). Ausnahmsweise kann ein Arbeitnehmer im Zeitraum von vier Wochen höchstens an 14 Tagen auf Pikett sein, sofern aufgrund der betrieblichen Grösse und Struktur keine genügenden Personalressourcen für einen Pikettdienst nach Absatz 2 zur Verfügung stehen und die Anzahl der tatsächlichen Piketteinsätze im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf Einsätze pro Monat ausmacht (Art. 14 Abs. 3 ArGV 1).

209

Wie das SECO in Erinnerung ruft, sind aufgrund der ausserordentlichen Natur des Pikettdienstes *«die allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitszeit (Art. 10 ArG für Tages- und Abendarbeit, Art. 17a ArG für Nachtarbeit) auf den Pikettdienst nicht anwendbar. Der Pikettdienst stellt nämlich per Definition einen Zeitraum dar, während dem sich der Arbeitnehmer zusätzlich zur normalen Arbeitszeit für einen Einsatz bereithält»* (Art. 14, Abs. 1, ArGV 1)²⁶². Die Regeln zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 9 ArG) bleiben hingegen anwendbar²⁶³.

210

Wenn der Arbeitnehmer nicht im Betrieb des Arbeitgebers präsent zu sein hat, wird nur die effektiv für den Arbeitgeber ausgeübte Tätigkeit als Arbeitszeit betrachtet. Die Rechtsprechung kam jedoch zum Schluss, dass auch die Wartezeit entschädigt werden sollte, wenn der Pikettdienst den Arbeitnehmer in seiner Freizeitgestaltung einschränkt, was insbesondere der Fall ist, wenn er sich kurzfristig bereithalten muss²⁶⁴. Zudem befand die Rechtsprechung, dass die Entschädigung für den Pikettdienst niedriger sein kann als der normale Arbeitslohn und dass ein Einzelarbeitsvertrag vorsehen kann, dass diese Entschädigung im Lohn für die Haupttätigkeit enthalten ist²⁶⁵.

211

Laut SECO *«muss [der Pikettdienst] von anderen Formen des Bereitschaftsdienstes wie etwa der Arbeit auf Abruf unterschieden werden. Arbeit auf Abruf bedeutet, dass die Arbeitnehmenden dem Arbeitgeber in erster Linie zur Verfügung stehen, um normale Schwankungen des Arbeitsvolumens aufzufangen. Beim Pikettdienst handelt es sich hingegen um ausserordentliche und dringende Einsätze, die weder planbar noch vorhersehbar sind.»*²⁶⁶. Die Arbeit auf Abruf bedeutet ihrerseits, dass der gerufene Arbeitnehmer effektiv eine Arbeitsleistung erbringt.²⁶⁷

212

²⁶⁰ BGE 124 III 249, E. 3a.

²⁶¹ Von Kaenel, ArG, Rz. 9 ff., S. 158 ff.

²⁶² SECO, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 5.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ BGer, 4A_523/2010 du 22.11.2010, E. 5.1. Siehe auch BGE 124 III 249, E. 3b.

²⁶⁵ BGer, 4A_523/2010 du 22.11.2010, E. 5.1 und die genannten Referenzen sowie BGE 124 III 249, E. 3b.

²⁶⁶ SECO, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 1.

²⁶⁷ Von Kaenel, ArG, Rz. 12, S. 161.

c. Arbeitszeiterfassung und -kontrolle

213 Um die Umsetzung der geltenden Prinzipien im Bereich der Arbeitszeit zu gewährleisten, auferlegt das Arbeitsgesetz dem Arbeitgeber die Pflicht, die Verzeichnisse oder andere Unterlagen, aus denen die für den Vollzug dieses Gesetzes und seiner Verordnungen erforderlichen Angaben ersichtlich sind, den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu halten (Art. 46 ArG). Dieser Grundsatz wird in der ArGV 1 präzisiert, die vorsieht, dass diese Verzeichnisse und Unterlagen alle Angaben zu enthalten haben, die für den Vollzug des Gesetzes notwendig sind, namentlich folgende Angaben für jeden Arbeitnehmer:

- die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inkl. Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage (Art. 73 Abs. 1 Bst. c);
- die gewährten wöchentlichen Ruhe- oder Ersatzruhetage, soweit diese nicht regelmäßig auf einen Sonntag fallen (Art. 73 Abs. 1 Bst. d);
- die Lage und die Dauer der Pausen von einer halben Stunde und mehr (Art. 73 Abs. 1 Bst. e);
- die betrieblichen Abweichungen von der Tag-, Nacht- und Sonntagsdefinition nach den Artikeln 10, 16 und 18 des Gesetzes (Art. 73 Abs. 1 Bst. f);
- Regelungen über den Zeitzuschlag nach Artikel 17b Abs. 2 und 3 des Gesetzes (Art. 73 Abs. 1 Bst. g);
- die nach Gesetz geschuldeten Lohn- und/oder Zeitzuschläge (Art. 73 Abs. 1 Bst. h).

214 Die Artikel 73a und 73b ArGV 1, die seit 1. Januar 2016 in Kraft sind, sollen eine Flexibilisierung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ermöglichen, entweder durch den Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung (Art. 73a), oder durch deren Vereinfachung (Art. 73b). Dies geschieht jedoch unter strikten Voraussetzungen, und nur mittels Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags, mit dem auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet werden kann (Art. 73a). Hingegen kann die Arbeitnehmervertretung einer Branche oder eines Betriebs oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen eines Betriebs mit dem Arbeitgeber vereinbaren, dass für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können, einzig die geleistete tägliche Arbeitszeit erfasst werden muss (Art. 73b Abs. 1). In Betrieben mit weniger als 50 Arbeitnehmenden kann die vereinfachte Arbeitszeiterfassung auch individuell zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer schriftlich vereinbart werden (Art. 73b Abs. 3). Die Vereinbarung muss Folgendes festlegen: die Arbeitnehmerkategorien, für welche die vereinfachte Arbeitszeiterfassung gilt; besondere Bestimmungen zur Einhaltung der Arbeitszeit- und Ruhezeitbestimmungen; ein paritätisches Verfahren, mit dem die Einhaltung der Vereinbarung überprüft wird (Art. 73b Abs. 2).

d. Zusammenfassung

215 Der obige Überblick zeigt, wie präzise die Bestimmung der Arbeitszeit und der Arbeitsdauer im Arbeitsgesetz und seinen Vollzugsverordnungen geregelt ist. Dies obwohl die ArGV eine gewisse Flexibilität aufweisen und auch eine spezifische Anpassung an manche Betriebsformen erlauben. Die Regelung der Arbeitsstunden ist aber ein zentrales Element im Bereich des Schutzes der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden, dessen Sinn darin besteht, das Auftreten von Krankheiten und Unfällen zu vermeiden. Daher bleibt es im Allgemeinen weiterhin strikt verboten, dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben jederzeit und zu jeder Tageszeit wahrzunehmen hat.

e. Arbeitszeitregelung in den GAV

216 Die meisten Gesamtarbeitsverträge übernehmen die rechtlichen Grundsätze oder verlängern diese und behandeln die Arbeitszeit mehr oder weniger ausführlich. Die Dauer der Arbeits-

woche ist in den meisten GAV festgelegt. Die Arbeitszeiterfassung wird in einigen von ihnen ebenfalls organisiert, wie zum Beispiel beim nationalen GAV des Gastgewerbes (Art. 21) oder in jenem der Post²⁶⁸.

Die betrachteten GAV weisen allerdings keine Klauseln auf, deren Logik dem Arbeitsgesetz widersprechen würde. Dies entspricht der Regel, dass die GAV das zwingende Bundesrecht einhalten müssen und ausschliesslich zugunsten der Arbeitnehmer davon abweichen dürfen, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt (Art. 358 OR)²⁶⁹. Die betrachteten GAV sollen im Bereich der Arbeitszeit in erster Linie die im Gesetz enthaltenen Regeln in Erinnerung rufen, präzisieren und zugunsten des Arbeitnehmers, gemäss den zwischen den Sozialpartnern vereinbarten Bedingungen, überschreiten.

Jedoch ist die neue Fassung des GAV der Uhrenindustrie zu erwähnen, welche die Einführung flexibler und unregelmässiger Arbeitszeiten ermöglicht. Dies je nach den Bedürfnissen der Produktion und unter dem Vorbehalt der konkreten Modalitäten mittels Regelungen, nach Unterbreitung an die zuständigen Arbeitgeber- und Gewerkschaftssekretäre²⁷⁰. Der GAV der Genfer Metallwirtschaft sieht innerhalb der Grenzen des ArG eine flexible Arbeitszeit vor, mit der die Arbeitsstunden gemäss den Bedürfnissen des Betriebs aufgeteilt werden können²⁷¹, ebenso der GAV des Bauhauptgewerbes, der insbesondere den Wetterbedingungen Rechnung trägt²⁷². Diese Modalitäten zur Gestaltung der Arbeitszeit sind so zu konkretisieren, dass die Bestimmungen des ArGs jederzeit eingehalten werden.

B. Digitaler Wandel, geltendes Recht und notwendige/wünschbare Entwicklungen

In diesem Kapitel wird untersucht, welche neuen Formen der Arbeitstätigkeit aufgrund der Digitalisierung des Arbeitsmarktes entstehen (1) und inwiefern diese durch die geltenden Gesetze erfasst werden (2). Die Autoren untersuchen anschliessend die derzeit hängigen Gesetzesänderungen (3) und die Funktion, welche die Sozialpartner und der Tripartismus im Zusammenhang mit der Arbeitszeit spielen können (4).

a. Neue Formen der Arbeitstätigkeit aufgrund der digitalen Entwicklung und festgestellte Risiken

Bereits 1999 vertrat Alain Supiot beim Einreichen seines Berichts « *Au-delà de l'emploi* » an die Europäische Kommission die Ansicht, dass die Binarität und die Komplementarität zwischen Arbeits- und Freizeit durch die Phänomene der Flexibilisierung der Arbeitsbeziehungen überholt würden²⁷³.

Der Bericht « *Transformation numérique et vie au travail* » von Bruno Mettling an das Arbeitsministerium Frankreichs vom September 2015 hat insbesondere die Auswirkung der digitalen Transformation auf das Arbeitsleben und die sich daraus ergebenden Herausforderungen für das Arbeitsrecht aufgezeigt. Eine der ersten Feststellungen des Berichts betrifft die zeitliche Erfassung der Arbeit, der Leistung und des Arbeitsaufwands, die nicht mehr optimal, ja gar ungenügend sei²⁷⁴. In der Tat ist festzustellen, dass die immer intensivere und fast ständige Verwendung der digitalen Geräte (Notebooks, Smartphones, Tablets) zu einer steigenden

²⁶⁸ Siehe z.B. folgende GAV: Metzgereigewerbe (Art. 20 bis 35), Gastgewerbe (Art. 15 bis 21), Uhrenindustrie UNIA (Art. 13 bis 16), Die Post (Art. 40 bis 45), SBB (Art. 53 bis 88).

²⁶⁹ Siehe oben, Rz. 16 ff.

²⁷⁰ GAV der Uhrenindustrie (Art. 13.1 bis 13.4).

²⁷¹ GAV métiers techniques de la métallurgie du bâtiment dans le canton de Genève vom 14.10.2014 (Art. 10 bis 12).

²⁷² LMV für das Bauhauptgewerbe (Art. 23 ff.).

²⁷³ Supiot, S. 101 und 107; Meier, *Liber amicorum*, S. 213.

²⁷⁴ Mettling, S. 18.

Durchlässigkeit der Grenzen zwischen Arbeits- und Privatleben führt²⁷⁵. Viele Arbeitnehmende konzentrieren auf einem einzigen Gerät mehrere E-Mail-Konten, die geschäftlich oder privat sein können. Auch wird häufig das berufliche Mobiltelefon durch den Arbeitnehmer auch privat verwendet oder umgekehrt. Auf der anderen Seite ermöglicht der Zugang zu den digitalen Ressourcen an der Arbeitsstelle den Arbeitnehmenden auch, die Ressourcen ihrer Arbeitgeber während den Bürostunden zu nutzen, um private Angelegenheiten zu erledigen. Diese Durchlässigkeit erlaubt dem Arbeitnehmer natürlich, ausserhalb der Bürozeiten, während der Ruhezeit, der Nacht oder während seinen Ferien, mit der Arbeit verbunden zu sein und bei Bedarf einfach erreicht werden zu können.

222 Diese Feststellungen wurden auch in der Schweiz gemacht, da Soziologen und Juristen sich mit diesen Fragen auseinandersetzen²⁷⁶. Der Bericht des Bundesrates vom Januar 2017 stellt auch die Überlappung zwischen Privat- und Arbeitsleben fest und sieht ein Risiko darin, dass die Arbeitnehmenden zunehmend Mühe haben, die Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit festzulegen²⁷⁷. Diese Feststellung deckt sich mit jener des Bundesrates in seiner Studie zur Telearbeit, in der er sich wie folgt äussert: *«Weitere Risiken betreffen zudem den Gesundheitsschutz (...) Zudem können die Flexibilisierung des Arbeitsortes und die Arbeitszeiten zu Problemen führen. Für die Telearbeitenden kann die organisatorische Autonomie von Vorteil sein. Durch die Möglichkeit, sich an jedem Ort zu verbinden, können die Aufgaben jedoch auch jederzeit erfüllt werden. Arbeitszeit und Freizeit werden somit immer weniger deutlich getrennt. Die Technologien können folglich auch zu vermehrten beruflichen Anfragen führen und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dem Druck aussetzen, rasch und jederzeit zu reagieren. Dass sich daraus ernsthafte Probleme in Form von Stress und fehlender Erholung ergeben können, ist heute anerkannt, auch wenn die Auffassung herrscht, dass die Forschung und die empirischen Daten dazu noch nicht ausreichen. Zu derartigen Problemen kann auch die übermässige Verpflichtung zur Erreichbarkeit – bis hin zu einer ständigen Erreichbarkeit oder einem ständigen Abfragen der E-Mails ohne definierte Pausen – führen. Eine solche praktisch ununterbrochene Tätigkeit kann die Folge von Arbeitsüberlastung und zu kurzen Fristen sein. Sie kann aber auch die Folge von Anforderungen sein, welche die betroffene Person selbst an sich stellt, weil sie immer auf dem neuesten Stand sein will, schnell reagieren will oder sich unter Druck gesetzt fühlt, weil die Arbeitskolleginnen und -kollegen oder die Vorgesetzten die E-Mails auch am Wochenende versenden. Eine Studie hat gezeigt, dass sich Kader, die eine flexibilisierte Arbeitsorganisation leiten müssen, Sorgen über die Kontrolle der Arbeitslast der betroffenen Mitarbeitenden machen. Diese Risiken sind ernst zu nehmen, weil sie allenfalls die positiven Auswirkungen der autonomen Organisation und Flexibilisierung aufheben und zu Problemen führen können, welche die Attraktivität der Telearbeit mindern. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Beruf und Familie können sich die positiven Auswirkungen aufheben. (...) Eine gelungene Vereinbarkeit ist somit nicht im Voraus gegeben und bedingt einen adäquaten Rahmen. Das erste Element einer gelungenen Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist, dass die Telearbeiterin oder der Telearbeiter Arbeitsort und Arbeitszeit mindestens zum Teil selbst bestimmen kann. Vom Arbeitgeber festgelegte Arbeitszeiten oder eine objektiv übermässige Arbeitsbelastung lassen es beschränkt oder schlimmstenfalls gar nicht zu, sich einzurichten. Ein weiteres förderliches Element liegt in der Möglichkeit, über vorhersehbare Freizeit für die Familie zu verfügen. Das ist nur möglich, wenn der Flexibilität Grenzen gesetzt werden»²⁷⁸.*

²⁷⁵ Bericht Telearbeit, S. 38.

²⁷⁶ Pärli, Neue Formen, S. 244 und die genannten Verweise; von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 2 f.

²⁷⁷ Bericht vom 11. Januar 2017, S. 29, 53.

²⁷⁸ Bericht Telearbeit S. 23 f.

Ausserdem hält der Bericht des SECO über den Stress bei Schweizer Erwerbstätigen aus dem Jahr 2010 fest, dass die *«wichtigsten Belastungsfaktoren für das Stressempfinden [...] unklare Anweisungen, Arbeiten in der Freizeit, um die Anforderungen zu erfüllen und emotionale Dissonanz [sind]. Interessant ist, dass der allerhäufigste Belastungsfaktor, d.h. häufige Unterbrechungen, in dieser Studie nicht mit dem Stressbefinden oder anderen Beeinträchtigungen des Befindens zusammenhängt.»*²⁷⁹. Der Bericht des Bundesrates zur Telearbeit kommt zu denselben Schlüssen²⁸⁰. Im Bericht vom 8. November 2017 streicht der Bundesrat heraus, dass *« Betriebsbezogene Arbeitszeitflexibilität, d.h. nichtautonom gestaltete Arbeitszeiten, die durch Variabilität, Unvorhersehbarkeit und Arbeiten im Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft gekennzeichnet sind, [...] tendenziell negative gesundheitliche Auswirkungen [hat] (z.B. verstärktes Stresserleben, erhöhte Burnout-Symptomatik)»*²⁸¹.

223

Weiter ist die Studie *«Mangelnde Work-Life Balance und Rückenschmerzen»* zu erwähnen, die 2008 im Auftrag des SECO durchgeführt wurde²⁸². Die Studie stützt sich auf eine gross-angelegte Betriebsumfrage. Sie ruft zunächst folgende Feststellungen hervor:

224

- *«[H]eutzutage [ist] in der Schweiz eine immer grösser werdende Zahl von Erwerbstätigen konfrontiert sowohl mit beruflichen Anforderungen als auch mit privaten bzw. familiären Verpflichtungen...»*;
- *«...und insbesondere herausgefordert durch eine zunehmende zeitliche Inanspruchnahme im Erwerbs- wie auch im Privatleben»*;
- *«Das Problem verschärft sich zusätzlich durch die Deregulierung auf dem Arbeitsmarkt, die zunehmende Flexibilisierung und Prekarisierung der Arbeitsverhältnisse und die damit einhergehende fortschreitende «Erosion der Normalarbeit», was zu steigenden Belastungen und Beanspruchungen bei der Arbeit und zu einer schlechter planbaren Familien- und Freizeitgestaltung führt»*²⁸³.

Die durchgeführten Untersuchungen zeigen den direkten Zusammenhang zwischen einer mangelhaften Vereinbarung von Berufs- und Privatleben und den Rückenproblemen auf²⁸⁴. *«Eine schlechte Vereinbarkeit von Arbeitszeiten und privaten Verpflichtungen, hat sich zusammen mit der Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht als stärkster Risikofaktor sowohl für Schmerzen im oberen wie interen Bereich des Rückens»*²⁸⁵. Diese schlechte Vereinbarung ist somit *«ein bedeutender Stressor»*²⁸⁶.

225

Schliesslich ist auch die Feststellung des SECO und der Hochschule für Wirtschaft und angewandte Psychologie zu den flexiblen Arbeitszeiten in der Schweiz zu erwähnen (auf die wir weiter unten zurückkommen werden). Dieser Bericht hält fest, dass *«im Gegensatz zu den Arbeitnehmenden mit festen Arbeitszeiten, die Arbeitnehmenden mit flexiblen Arbeitszeiten in der Regel deutlich mehr Stunden leisten, als vertraglich vorgesehen ist»*²⁸⁷. Diese Feststellung wurde auch auf einer breiteren Ebene gemacht, denn auch die IAO weist darauf hin, dass die

226

²⁷⁹ Grebner et al., S. 11.

²⁸⁰ Bericht Telearbeit, S. 40.

²⁸¹ Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 47 f.

²⁸² Studie «Mangelnde Work-Life Balance»

²⁸³ Studie «Mangelnde Work-Life Balance», S. 4.

²⁸⁴ Studie «Mangelnde Work-Life Balance», S. 22 ff.

²⁸⁵ Studie «Mangelnde Work-Life Balance», S. 25 f.

²⁸⁶ Studie «Mangelnde Work-Life Balance», S. 29.

²⁸⁷ SECO und FHNW, Bericht Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, 2012, S. 4.

Telearbeiter mit flexiblen Arbeitszeiten im Durchschnitt mehr arbeiten, als die Arbeitnehmenden mit einem festen Arbeitsplatz und festen Arbeitszeiten²⁸⁸.

b. Anwendbarkeit des Gesetzes zur digitalen Arbeit

i. Ist digitale Arbeit normale Arbeit?

227 Die vorstehenden Ausführungen zur Arbeitszeit zeigen, wie stark der Begriff Arbeitszeit auf dem Verständnis der Arbeit beruht, wonach dem Arbeitnehmer eine oder mehrere Aufgaben an einem oder gegebenenfalls mehreren physischen Arbeitsplätzen zugewiesen werden; üblicherweise in Räumlichkeiten des Betriebs. Der Arbeitnehmer übt seine Tätigkeit nicht ausserhalb seines Arbeitsplatzes/seiner Arbeitsplätze aus. Die Messung der Arbeit erfolgt in zeitlicher Hinsicht, und es ist die in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers geleistete Arbeitszeit, die zur Bestimmung und Begrenzung der Tätigkeit des Arbeitnehmers dient.

228 Da das Schweizer Recht davon ausgeht, dass die Arbeit am Arbeitsplatz, oder zumindest an einem bestimmten Ort stattfindet, bilden die geltenden gesetzlichen Regelungen in der Schweiz die Aspekte und Besonderheiten der digitalen Arbeit nicht präzise ab. Insbesondere wird im Gesetz nicht auf Fragen im Zusammenhang mit der Verwendung digitaler Hilfsmittel zur Leistungserbringung eingegangen, die es dem Arbeitnehmer ermöglichen, seine Aufgaben aus der Ferne, egal wann und wo, zu erledigen. So ist im Gesetz nicht formell geregelt, ob es als Arbeitszeit gilt, wenn der Arbeitnehmer über sein Geschäfts-E-Mail oder den Server des Unternehmens arbeitet.

229 Wie bereits erläutert, ist jede Tätigkeit, die zugunsten und im Interesse des Arbeitgebers²⁸⁹, ausgeführt wird, als Arbeitszeit zu bewerten, selbst wenn diese virtueller Art ist. Daraus ergibt sich, dass die Erbringung einer konkreten digitalen Arbeitsleistung zur Arbeitszeit gerechnet werden muss.

230 Jedoch führt die digitale Revolution durchaus zu Situationen, die schwerer zu erfassen sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Arbeitnehmer am Abend jede halbe Stunde eine Minute lang verbunden ist. Jedes vierte Mal beantwortet er eine E-Mail, was ihn 5 bis 10 Minuten kostet. Wie soll diese Tätigkeit erfasst und in der Arbeitszeit berücksichtigt werden?

231 Der Bundesrat weist in seinem Bericht zur Telearbeit auf Folgendes hin: «*Wenn sich jemand dem Arbeitgeber im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 ArGV 1 zur Verfügung hält, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass er wirklich eine Arbeit ausführt. Es geht darum, dass die arbeitnehmende Person nicht frei über ihre Zeit verfügen kann, was im engeren Sinn die Zeit umfasst, während der sie der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers untersteht. In einem von der Lehre vertretenen Sinn umfasst dies auch die Zeit, während der die arbeitnehmende Person mit Einwilligung des Arbeitgebers dessen Interessen «hauptsächlich» vertritt. Demzufolge ist die Zeit, während der eine angestellte Person, die sich zur Erreichbarkeit verpflichtet hat, tatsächlich einen Anruf oder eine E-Mail beantwortet, als Arbeitszeit anzusehen. Dasselbe gilt auch für die Zeit, während der sie anhaltend Anfragen beantworten muss, sodass sie nicht die Wartezeiten frei nutzen oder sich erholen kann*»²⁹⁰.

232 Demzufolge ist jede Tätigkeit der arbeitnehmenden Person, sei sie auch «semi-aktiv», im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit als Arbeitszeit zu zählen. Denn sobald die Ruhezeit

²⁸⁸ Eurofound and the International Labour Office (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, S. 21 ff.

²⁸⁹ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 4.

²⁹⁰ Bericht Telearbeit, S. 41.

ihres eigentlichen Sinnes entbehrt, da der Arbeitnehmer ständig gestört wird, ist diese als Arbeitszeit zu zählen, da der Arbeitnehmer ständig gestört werden darf²⁹¹.

Der Bundesrat fasst in seinem Bericht zur Telearbeit zusammen: «[D]ie Tatsache, erreichbar sein zu müssen, wie auch die Auflösung der Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben [können] zu physischen und psychischen Spannungen führen und die Gesundheit beeinträchtigen, ohne dass wirklich eine Beanspruchung erfolgt. Je nach konkreter Situation kann die entsprechende Zeit demnach als Arbeitszeit eingestuft werden, obwohl keine häufige Beanspruchung erfolgt»²⁹².

Schliesslich kann es aber auch vorkommen, dass ein Arbeitnehmer selbst proaktiv und von sich aus ständig erreichbar ist, ohne dass der Arbeitgeber dies vorschreibt, es aber stillschweigend hinnimmt. Ein solcher Fall sollte jedoch insofern vom Gesetz nicht anders behandelt werden²⁹³, als es dem ArG zufolge in der Verantwortung des Arbeitgebers liegt, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen desselben zu gewährleisten.

Die vorstehenden Ausführungen haben Auswirkungen auf die zulässige Arbeitszeit, aber haben auch zur Folge, dass das Abrufen von geschäftlichen E-Mails oder die Erreichbarkeit nach 23 Uhr oder am Sonntag schlicht verboten sind²⁹⁴.

ii. Kann digitale Arbeit als Pikettdienst oder Arbeit auf Abruf qualifiziert werden?

Die weiter vorne untersuchten Aspekte im Hinblick auf die Durchlässigkeit der privaten und beruflichen Sphäre²⁹⁵ lassen die Frage aufkommen, ob es Analogien zwischen dem Pikettdienst oder der Arbeit auf Abruf und der Tätigkeit eines Mitarbeiters gibt, der regelmässig seine beruflichen E-Mails abrufen oder verschiedene Aufgaben aus der Ferne ausführt, insbesondere abends, an Wochenenden oder in den Ferien.

Doch wie wir gesehen haben, können weder Pikettdienst noch Arbeit auf Abruf für die Arbeitnehmenden zum Alltag werden. Unserer Meinung nach stellt das tägliche Abrufen der E-Mails alleine noch keinen Pikettdienst oder Arbeit auf Abruf dar. Digitale Telearbeit, einschliesslich E-Mail- und Telefonüberwachung, welche häufig zum normalen Arbeitsalltag eines Mitarbeiters gehören, ist im Prinzip lediglich als Arbeitszeit im Sinne des ArG anzusehen²⁹⁶.

c. Instrumente zur Flexibilisierung der Arbeit unter Berücksichtigung der Gesundheit des Arbeitnehmers

Das Schweizer Recht, das ursprünglich für Beschäftigungsverhältnisse vor dem digitalen Zeitalter geschaffen wurde, verfügt sehr wohl über Instrumente, um digitale Arbeit zu erfassen und die Arbeit flexibler als nach der üblichen festen Zeiteinteilung zu organisieren. In der Rechtsordnung gibt es bereits Regelungen zur Flexibilität, die unter Beachtung der maximalen Arbeitszeit pro Arbeitswoche neuen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung tragen können, insbesondere durch flexible Arbeitszeiten (z. B. auf Jahresbasis) oder durch ein Zeitsparkonto.

Der Bundesrat fasst dies wie folgt zusammen: «Das Schweizer Recht erlaubt variable Arbeitszeiten, wie z. B. die Jahresarbeitszeit oder ein Modell, das auf flexiblen Arbeitszeiten

²⁹¹ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 5. Zur «sofortigen Verfügbarkeit» siehe den Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 48.

²⁹² Bericht Telearbeit, S. 41.

²⁹³ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 5.

²⁹⁴ Siehe insbesondere Art. 10, 15a, 16, 18 ArG sowie von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 6.

²⁹⁵ Siehe oben, insbesondere Rz. 223.

²⁹⁶ Siehe auch die identischen Schlussfolgerungen, zu denen der Bundesrat in seinem Bericht zur Telearbeit gelangt, S. 41 f. und von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, S. 6.

basiert»²⁹⁷. Diese Feststellung wird auch durch die Analyse der Rechtsprechung untermauert. Zunächst ist anzumerken, dass das Bundesgericht den Parteien des Arbeitsvertrags die Möglichkeit einräumt, zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine tägliche Arbeitszeit innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens frei bestimmen kann, sofern die vertraglich vereinbarte Stundenzahl schlussendlich erreicht wird²⁹⁸. Wenn das Bundesgericht jedoch die Flexibilität und Übertragung von Verantwortung auf den Arbeitnehmer zulässt, führt dies gleichzeitig zu einer Belastung des Arbeitnehmers. Nach der Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer, der flexible Arbeitszeiten in Anspruch nimmt, auch für den Ausgleich von Überzeit innerhalb eines angemessenen Zeitraums verantwortlich. Findet eine solche Kompensation nicht innerhalb einer bestimmten Frist statt und summieren sich die Überstunden, besteht nach Ansicht des Bundesgerichts die Gefahr, dass der Arbeitnehmer sie nicht mehr vollständig kompensieren kann²⁹⁹.

240 In diesem Sinne haben mehrere Arbeitgeber und verschiedene GAV³⁰⁰ Zeitsparkonten eingerichtet, auf denen Arbeitnehmer ihre Überstunden ansparen können, ohne Gefahr zu laufen, ihre bereits geleisteten Stunden nicht mehr kompensieren zu können. Wenn ein Mitarbeiter Mehrarbeit leistet oder keine Ferien nehmen kann, bucht er diese Zeiten auf ein Zeitsparkonto und spart so die Arbeitsstunden an. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer Gläubiger von Geld ist, das er nicht erhalten hat (Prämien oder dreizehnter Monatslohn). Der Mitarbeiter kann dann wählen, ob er sein Guthaben teilweise oder vollständig in Geld oder in Zeit umgewandelt erhalten möchte³⁰¹. So zielt diese Einrichtung des im Schweizerischen Obligationenrecht und im ArG noch unbekanntem Zeitsparkontos insbesondere darauf ab, die Eigenständigkeit der Mitarbeitenden im Rahmen immer flexiblerer Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen. Auch wenn der Einsatz digitaler Technologien nicht unbedingt eine Priorität für das Zeitsparkonto darstellt, so muss doch anerkannt werden, dass eine solche Einrichtung eine pragmatische und ausgewogene Antwort auf die zunehmende Flexibilisierung der Arbeitsbeziehungen sein könnte. Diese Antwort ist bisher direkt aus den Verhandlungen der Sozialpartner hervorgegangen.

d. Pflicht des Arbeitgebers, die Gesundheit zu schützen – Recht oder Pflicht zum Abschalten

241 Wie bereits erwähnt, ist es schwer, zu messen, inwieweit es notwendig oder sinnvoll ist, dass Arbeitnehmende ständig verbunden sind. Es stimmt natürlich, dass einige Arbeitnehmende eine gewisse Flexibilität und Freiheit in ihrer Berufsausübung fordern und schätzen. Trotzdem muss man im Hinterkopf behalten, dass die Regelungen des öffentlichen Rechts in Bezug auf die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz von den Parteien nicht frei zu bestimmen sind. Das geltende System beruht auf der Annahme, dass die Begrenzung der Arbeitszeit und die Einhaltung von Ruhezeiten bewährte Prinzipien sind, um eine gute Gesundheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten, ob es diesen nun passt oder nicht.

242 Wie bereits gesehen, umfasst die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, alle notwendigen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Beschäftigten zu treffen (Art. 6 ArG und 328 OR), auch Arbeitsleistungen in digitaler Form, da diese in der wöchentlichen Arbeitszeit einberechnet werden müssen. Der Arbeitgeber sollte demnach den identifizierten Risiken vorbeugen, namentlich insbesondere dem Stress am Arbeitsplatz, indem die Einhaltung der maximalen Wochenarbeitszeit sowie der Ruhezeiten sichergestellt wird.

²⁹⁷ Bericht Telearbeit S. 38.

²⁹⁸ BGer, 4A_611/2012 vom 19.02.2013, E. 3.2.

²⁹⁹ BGE 123 III 469, E. 3b), JdT 1999 I 23.

³⁰⁰ Meier, *Liber amicorum*, S. 216.

³⁰¹ Meier, *Liber amicorum*, S. 214.

Daher stellt sich die Frage, ob Arbeitnehmende ein Recht bzw. eine Pflicht zum Abschalten haben, und inwieweit der Arbeitgeber Verantwortung trägt, die Umsetzung davon zu gewährleisten. Das Recht zum Abschalten wurde 2016 ins französische Recht aufgenommen³⁰². Das französische Arbeitsrecht sieht nun vor, dass «*la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en oeuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques*»³⁰³ (Art. 2242-8 Absatz 7 französisches Arbeitsgesetzbuch; freie Übersetzung: die jährlichen Verhandlungen über die berufliche Gleichstellung von Frauen und Männern und die Lebensqualität am Arbeitsplatz zum Gegenstand haben, auf welche Art und Weise die Arbeitnehmenden ihr Recht zum Abschalten in vollem Umfang wahrnehmen können, ebenso wie die Einrichtung von Systemen zur Regelung des Einsatzes digitaler Hilfsmittel durch das Unternehmen, um die Einhaltung der Ruhe- und Urlaubszeiten sowie die Wahrung des Privat- und Familienlebens zu gewährleisten. Kommt keine Einigung zustande, so hat der Arbeitgeber nach Anhörung des Betriebsrats oder, falls nicht vorhanden, der Arbeitnehmervertreter eine Richtlinie zu erstellen. In dieser Richtlinie werden die Modalitäten für die Ausübung des Rechts zum Abschalten festgelegt und es sind Schulungs- und Sensibilisierungsmassnahmen für Mitarbeiter und Führungskräfte vorgesehen, die sich mit dem sinnvollen Einsatz digitaler Hilfsmittel befassen).

Das Recht zum Abschalten, das in einer Motion von Nationalrätin Lisa Mazzone von der Grünen Partei vorgeschlagen wurde, wurde noch nicht explizit in das Schweizer Recht übernommen³⁰⁴.

244

Es wird jedoch erneut deutlich, dass die Grundsätze des geltenden Rechts es ermöglichen, diese Thematik anzugehen. Wie der Bundesrat betont, ist es daher so, dass «*die unbegrenzte Beanspruchung der Telearbeitenden oder der vernetzten Beschäftigten im Widerspruch zu den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz steht, weshalb ein Zeitrahmen für die Arbeitsleistung als ein wichtiges Element für die Regelung der Telearbeit oder jeder anderen Form von Fernarbeit erachtet wird*»³⁰⁵.

245

Wie im Bericht Mettling betont wird, ist es aufgrund der manchmal widersprüchlichen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern schwierig zu verlangen, dass die Durchlässigkeit zwischen Berufs- und Privatleben allein von den Arbeitnehmenden geregelt wird. Ihre juristisch schwache Stellung sowie die persönlichen Umstände stellen dabei Hürden dar. Denn wie soll ein Arbeitnehmer seine Konnektivität oder seine Einsätze über digitale Hilfsmittel ausserhalb der üblichen Bürozeiten regeln können, wenn der Arbeitgeber akzeptiert oder sogar verlangt, dass er ständig verbunden ist?

246

³⁰² Artikel 55 des Gesetzes Nr. 2016-1088 vom 8. August 2016 über Arbeit, Modernisierung des sozialen Dialogs und die Absicherung der Berufslaufbahnen; Art. 2242-8 des Arbeitsgesetzbuches.

³⁰³ Für Deutschland vgl. <http://www.wiwo.de/erfolg/beruf/arbeitsmarktreformen-in-frankreich-was-ein-e-mail-verbot-nach-feierabend-bringt/13665808.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁰⁴ Motion 17.3201 vom 16. März 2017, Abschalten ausserhalb der Arbeitszeit. Den rechtlichen Rahmen für die technologischen Veränderungen am Arbeitsplatz festlegen (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20173201>), zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁰⁵ Bericht Telearbeit, S. 40.

247 Es gibt also viele Schwierigkeiten, die nicht nur juristischer, sondern auch wirtschaftlicher und sozialer Natur sind³⁰⁶. Das ArG ist ein Gesetz des öffentlichen Rechts, das den Schutz von Arbeitnehmenden zwingend vorschreibt und die Arbeitgeber dahingehend in die Pflicht nimmt³⁰⁷. So fehlt nicht unbedingt eine allgemeine Regelung zum Thema Abschalten, sondern eine spezielle Regelung, welche die Einhaltung der im ArG verankerten Arbeitszeitregelungen gewährleistet. Wenn die Konnektivität der Beschäftigten an den im ArG vorgesehenen Arbeitsstunden gemessen werden soll, müssen Unternehmen, um das Gesetz zu wahren, Systeme einrichten, die sicherstellen, dass die Beschäftigten nicht verbunden sind und nicht über das gesetzlich zulässige Mass hinaus arbeiten.

248 Die Wegleitung zu den Artikeln zur Arbeitszeiterfassung zeigt, dass bereits Überlegungen in diese Richtung angestellt werden, denn das SECO stellt klar: Jegliche Vereinbarung zur vereinfachten Arbeitszeiterfassung *«muss erläutern, mit welchen Massnahmen im Betrieb dafür gesorgt wird, dass die geltenden Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden (z.B. Blockierung der Zustellung des Mailverkehrs in der Nacht oder am Sonntag)»*³⁰⁸. Der Bundesrat, der zur oben genannte Motion Stellung bezogen hat und deren Ablehnung vorschlägt, ist ebenfalls der Auffassung, dass das ArG einen ausreichenden Rahmen bietet und dass *«für die Praxis [...] die konkrete Regelung der Erreichbarkeit im jeweiligen Betrieb [massgeblich ist]. Dies kann durch interne Richtlinien, durch entsprechende Klauseln in den Einzelarbeitsverträgen oder durch Vereinbarungen festgelegt werden, die mit der internen Arbeitnehmervertretung oder zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden kollektiv getroffen werden»*³⁰⁹.

249 Dies gilt selbstverständlich nur, wenn nicht gegen das Gesetz verstossen wird, was die Einrichtung einer effektiven Arbeitszeiterfassung, Kontrollen der Arbeitsbedingungen sowie wirksame Sanktionen erfordert.

e. Hin zu einer Lockerung der gesetzlichen Arbeitszeitregelungen?

i. Initiativen zur Lockerung der Begrenzung der Arbeitswoche und der Ruhezeiten

250 Die bestehenden Arbeitszeitregelungen erscheinen manchen mit Blick auf die heutigen Anforderungen und die Realität der modernen Arbeitswelt als unangemessen. Zeugnis dafür ist die Einreichung dreier parlamentarischer Initiativen zur Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung zwischen März und Juni 2016, worauf später eingegangen wird, sowie die Diskussion vom September 2016 im Nationalrat über die Regelungen für Taxifahrer³¹⁰. Des Weiteren hat die CVP-Nationalrätin Elisabeth Schneider-Schneiter am 30. November 2015 eine Motion eingereicht, laut der *«der Bundesrat [...] beauftragt [wird], eine Vorlage für eine Gesetzesänderung vorzulegen, mit welcher die Arbeitszeiterfassung den Realitäten der Unternehmen und den Bedürfnissen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angepasst werden kann»*³¹¹.

251 Am 17. März 2016 befürwortete der CVP-Ständerat Konrad Graber mit einer parlamentarischen Initiative *«[eine] Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes und [den] Erhalt bewährter*

³⁰⁶ Vgl. Mettling, S. 20 ff.

³⁰⁷ Aubry Girardin, *Liber Amicorum*, S. 29.

³⁰⁸ SECO, Wegleitung zu Art. 73b ArGV 1.

³⁰⁹ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20173201> (zuletzt aufgerufen am 02.06.2018).

³¹⁰ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37866>, zuletzt aufgerufen am 02.06.2018.

³¹¹ Motion 15.4089 vom 30. November 2018, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20154089>, zuletzt aufgerufen am 02.06.2018. Diese Motion, deren Ablehnung der Bundesrat empfahl, wurde am 14. Dezember 2018 abgeschrieben, da sie nicht innerhalb von zwei Jahren abschliessend behandelt wurde.

Arbeitszeitmodelle»³¹². Dem Initianten zufolge werde die fehlende Flexibilität des Gesetzestexts in Bezug auf die Arbeitszeit den erhöhten Anforderungen der modernen Arbeitswelt nicht mehr gerecht, was eine Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland nach sich ziehe³¹³.

Um eine solche Flexibilität zu erreichen, setzt die Initiative auf ein Jahresarbeitszeitmodell und auf eine punktuelle Verkürzung der Ruhezeit, sofern der Durchschnitt über einen Zeitraum von zwei Wochen den aktuellen Regelungen des ArG entspricht³¹⁴.

Nach dem Gesetz sei es nicht möglich, den Arbeitstag zu unterteilen, sodass man beispielsweise den Arbeitsplatz am frühen Nachmittag verlässt, um dann um 22 Uhr die Arbeit noch einmal aufzunehmen und am nächsten Morgen wieder um 8.30 Uhr zu beginnen, denn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer, die/der bis 17 Uhr arbeite und dann noch einmal zwischen 20 und 23 Uhr, dürfe am Folgetag nicht vor 10 Uhr zur Arbeit erscheinen, wie Ständerat Graber betont. So schlägt die Initiative vor, Unterbrüche der täglichen Ruhezeit zu erlauben, und zwar durch Piketteinsätze oder durch von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer «nach eigenem, freien Ermessen» ausserhalb des Betriebs erbrachte Arbeitsleistungen. Kann eine minimale Ruhezeit von vier aufeinanderfolgenden Stunden nicht erreicht werden, muss jedoch im Anschluss an den letzten Einsatz eine Ruhezeit von elf aufeinanderfolgenden Stunden nachgewährt werden³¹⁵.

In diesem Fall geht es um Arbeitsleistungen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers, die unter Verwendung digitaler Hilfsmittel erbracht werden³¹⁶. Sich auf einer digitalen Plattform einzuloggen, über diese erreichbar zu sein oder sich auf Abruf zu halten, stellt ohne Zweifel eine Aktivität zugunsten des Arbeitgebers dar, und schränkt die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer in der Ausübung ihrer/seiner Freizeit ein. Wie bereits oben ausgeführt, können diese Aktivitäten nicht zur Kategorie des Pikettdienstes gezählt werden, sondern stellen vielmehr eine Arbeitsleistung dar, die vollumfänglich zur Arbeitszeit gezählt und als solche voll vergütet werden muss. Diese Initiative ist der Beginn von Überlegungen zum Wandel in der Arbeitswelt (insbesondere infolge des digitalen Wandels). Die ständerätliche Kommission hat dieser Initiative sowie der Initiative von Ständerätin Keller-Sutter der FDP-liberalen Fraktion, die im Folgenden behandelt wird, stattgegeben³¹⁷.

Die Entwicklungen in der heutigen Arbeitswelt im Zusammenhang mit dem digitalen Wandel haben ohne Zweifel eine starke Bewegung hervorgebracht, die es sich zum Ziel gesetzt hat, das ArG zu überarbeiten und die Begrenzung der Wochenarbeitszeit abzuschaffen. Manche glauben, dass dieses Gesetz, dessen Hauptziel der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehme-

³¹² Parlamentarische Initiative 16.414 vom 17. März 2016, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160414> Stand 02.06.2018.

³¹³ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160414>, zuletzt besucht am 02.06.2018.

³¹⁴ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160414>, Stand 02.06.2018.

³¹⁵ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160414>, zuletzt besucht am 02.06.2018.

³¹⁶ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160414>, zuletzt besucht am 02.06.2018.

³¹⁷ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160423>, [zuletzt](#) besucht am 02.06.2018; siehe unten, Rz. 214 ff. In jüngster Zeit, während die Diskussion über die Revision des ArG im vollen Gange ist, wurde das Thema anlässlich des Interviews von Herrn Dominik Bürgy, Präsident von Expertsuisse (Expertenverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand) durch die Medien aufgegriffen. Er sei der Meinung, dass Arbeit zur Entfaltung beiträgt und widerspricht den negativen Einfluss einer 70-stündigen Arbeitswoche auf die Gesundheit; siehe den Interview von Herrn Dominik Bürgy, Tages-Anzeiger vom 2. Mai 2017.

rinnen und Arbeitnehmer ist, ein Ausdruck mangelnder Flexibilität sei, was den Anforderungen der heutigen Arbeitswelt nicht mehr entspreche³¹⁸.

256 Wie bereits erwähnt, geht es bisher nicht darum, gesetzlich ein Recht oder eine Pflicht zum Abschalten einzuführen oder im Gesetz Modalitäten und Begrenzungen von Telearbeit oder anderen neuen Formen der Arbeitszeitregelung zu präzisieren.

257 Diese Elemente sollten, wie im Folgenden aufgeführt, vielmehr Gegenstand von Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern sein.

ii. Initiativen zur Lockerung der Arbeitszeiterfassung im digitalen Kontext

258 Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber, präzise Verzeichnisse zu führen, welche die genaue Erfassung der individuell geleisteten Arbeitszeit der Arbeitnehmenden ermöglichen³¹⁹.

259 Die Wegleitung zu den Artikeln bezüglich der Arbeitszeiterfassung des SECO ruft Folgendes in Erinnerung: *«Die Neugestaltung des Arbeits- und Ruhezeitsystems mit den verschiedenen Flexibilisierungsmöglichkeiten bedingt eine bessere Erfassung der Arbeits- und Ruhezeiten im Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes. Damit wird den Anforderungen aus dem Übereinkommen Nr. 81 der Internationalen Arbeitsorganisation entsprochen. (...) Aus der Liste der Angaben, die den Behörden zur Verfügung gestellt werden müssen, geht klar hervor, dass auch neue Formen von Arbeitszeitregelungen (Gleitzeit, monatliche Sollarbeitszeit, Jahresarbeitszeit usw.) es nicht erlauben, auf die Aufzeichnung der individuell geleisteten Arbeitszeit zu verzichten. Diese neuen Arbeitszeitformen müssen sich im Rahmen der Arbeitszeitvorschriften bewegen, die auf die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit ausgerichtet bleiben. Die geführten Verzeichnisse und Unterlagen müssen klar und verständlich aufgebaut und gegliedert sein, so dass der Inhalt der Informationen für Arbeitgeber, Arbeitnehmer wie auch für die zuständige Behörde rasch erfassbar und überprüfbar ist»*³²⁰.

260 Des Weiteren stellt das SECO im Fall der vereinfachten Arbeitszeiterfassung in seiner Wegleitung zu Art. 73b Absatz 2 Buchstabe b ArGV 1 fest, dass die Überprüfung der Einhaltung der Ruhezeiten nicht möglich ist, wenn keine detaillierte Arbeitszeiterfassung stattfindet. Laut dem SECO muss jegliche Vereinbarung zur vereinfachten Arbeitszeiterfassung *«erläutern, mit welchen Massnahmen im Betrieb dafür gesorgt wird, dass die geltenden Arbeits- und Ruhezeiten eingehalten werden (z.B. Blockierung der Zustellung des Mailverkehrs in der Nacht oder am Sonntag, Festlegung eines späteren Arbeitsbeginns nach Auslandsreisen, Pausenkultur)»*³²¹.

261 An dieser Stelle ist zu überlegen, inwieweit eine Rückverfolgbarkeit der Handlungen von Telearbeitenden gewährleistet ist. Das SECO hebt hervor, dass die Arbeitszeiterfassung oft auf Basis eines Vertrauensverhältnisses geschieht, bei dem die Autonomie der Telearbeitenden entscheidend ist. Dies birgt die Gefahr, *«dass jemand, der leicht erreichbar und immer verbunden ist, seine Aufgaben erfüllt, ohne sie zu erfassen. Beispielsweise kann ein eingehender Anruf aufgrund eines Arbeitsproblems die Einnahme der Mahlzeit des Telearbeitenden*

³¹⁸ Siehe unter anderem die Vorschläge von Avenir suisse (Tibère Alder und Marco Salvi) : «Wenn die Roboter kommen. Den Arbeitsmarkt auf die Digitalisierung vorbereiten» (<https://www.avenir-suisse.ch/publication/wenn-die-roboter-kommen/>, zuletzt besucht am 02.06.2018) und die jüngsten Vorschläge des SGV: <http://www.sgv-usam.ch/de/events/medienkonferenzen/arbeitsrecht-regulierungen-abbauen.html>, zuletzt aufgerufen am 02.06.2018).

³¹⁹ Siehe oben, Rz. 214 f.

³²⁰ SECO, Wegleitung zu Art. 73 ArGV 1.

³²¹ SECO, Wegleitung zu Art. 73b ArGV 1.

während 15 Minuten unterbrechen und einige Stunden später die Beantwortung einer geschäftlichen E-Mail via Smartphone den Einkauf hinauszögern»³²².

Der letzte Punkt steht ausser Zweifel, wie es im Bericht des SECO und der Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW über flexible Arbeitszeiten in der Schweiz heisst: «Im Gegensatz zu Arbeitnehmern mit festen Arbeitszeiten leisten Arbeitnehmer mit flexiblen Arbeitszeiten in der Regel deutlich mehr als die vertraglich vereinbarten Stunden. Besonders ausgeprägt ist dieser Unterschied bei den Mitarbeitern, deren Arbeitszeit nicht überwacht wird»³²³. So sind «Personen mit kontrollierter flexibler Arbeitszeit diejenigen, die in ihrer Freizeit am seltensten arbeiten». Im Allgemeinen arbeiten Untergebene seltener in ihrer Freizeit als andere, aber dennoch doppelt so häufig, wenn sie keine Stundenabrechnung abgeben müssen, als wenn sie dazu verpflichtet sind. Flexibel tätige Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit nicht kontrolliert wird, arbeiten in ihrer Freizeit sehr viel häufiger als fast alle Vergleichsgruppen»³²⁴.

Auch wenn eine ständige und aktive Überwachung direkt durch den Arbeitgeber aus offensichtlichen Gründen des Persönlichkeitsschutzes und des Datenschutzes nicht wünschenswert ist und sein kann, ist die Aufbewahrung von Arbeitszeitdaten für die Behörden, solange der Arbeitnehmer als Person respektiert wird, dennoch möglich. Je mehr die Arbeitnehmer ihrer Tätigkeit dezentral und flexibel nachgehen, desto notwendiger zeigt sich die digitale Nachvollziehbarkeit ihrer Tätigkeiten durch Aufzeichnung ihrer Arbeitszeit (technisch einfach einzurichten). Von Kaenel verweist in diesem Zusammenhang auf die Aufzeichnung von Telefongesprächen und E-Mails³²⁵, aus unserer Sicht eine Thematik, welche die Sozialpartner gemeinsam erörtern sollten.

Fragen der Erfassung der Arbeitszeit und ihrer Anpassung an die ständigen Veränderungen in der Arbeitswelt werden permanent geprüft, da zwischen März und Juni 2016 zwei parlamentarische Initiativen eingereicht wurden. Am 14. März 2016 schlug Ständerätin Karin Keller-Sutter vor, leitende Angestellte und Fachkräfte von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu befreien, da das ArG in Fragen der Arbeitszeiterfassung obsolet und eine Anpassung der Rechtsgrundsätze an flexible Arbeitszeiten und «neue Realitäten in der Arbeitswelt»³²⁶ erforderlich sei.

Im Juni 2016 schlug der FDP-Nationalrat Marcel Dobler vor, Mitarbeiter von Start-ups, die am Unternehmen beteiligt sind, von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu befreien³²⁷. Dieser Vorschlag soll über jenen von Frau Keller-Sutter hinausgehen, denn er zielt darauf ab, dass «wichtige» Arbeitnehmer mit Gewinnbeteiligungsplänen in Start-ups von der Erfassung ihrer Arbeitszeit vollständig absehen können³²⁸.

Aus Sicht der Autoren ist nicht klar, weshalb die Notwendigkeit der Erfassung von Arbeitszeiten an sich mit den aktuellen Entwicklungen in der Arbeitswelt unvereinbar wäre und die Flexibilität bzw. Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses bremsen würde. Vielmehr scheint

³²² Bericht Telearbeit, S. 39.

³²³ SECO und FHNW, Bericht Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, 2012, S.4

³²⁴ SECO und FHNW, Bericht Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, 2012, S. 5.

³²⁵ Von Kaenel, Ständige Erreichbarkeit, S. 7.

³²⁶ Parlamentarische Initiative 16.423 vom 14. März 2016, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160423>, zuletzt besucht am 01.06.2018. Diese Initiative wurde mit der oben erwähnten parlamentarischen Initiative von Konrad Graber behandelt. In Zwischenzeit wurden zwei Vorentwürfe erstellt und der erläuternde Bericht wird erstellt.

³²⁷ Parlamentarische Initiative 16.442 vom 9. Juni 2016, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160442>, zuletzt besucht am 01.06.2018. Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats hat dieser Initiative am 20 Februar 2017 Folge gegeben.

³²⁸ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160442>, zuletzt besucht am 01.06.2018.

die Erfassung der Arbeitszeit ein wichtiges und sogar unverzichtbares Instrument zu sein, um die Gesundheit der Arbeitnehmer wirksam zu schützen und die Einhaltung der maximalen Wochenarbeitszeit zu gewährleisten³²⁹.

267 In der Praxis sollten die technologischen Möglichkeiten zur Arbeitszeiterfassung eine einfache Erfassung unter Wahrung des Datenschutzes und des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers bieten. Tatsächlich können dieselben technologischen Instrumente, die von den Unternehmen dazu verwendet werden, die Arbeit an anderen Orten als dem Büro und zu jeder Zeit zu erleichtern, genutzt werden, um die Erfassung der Arbeitszeit zu ermöglichen und zu erleichtern, vorausgesetzt, sie sind dafür programmiert, was technisch umsetzbar ist.

C. Die Rolle der Sozialpartner

268 Die Präsentation und die vorangegangenen Beobachtungen zeigen, dass einige Menschen das öffentliche Arbeitsrecht an die heutige Arbeitswelt anpassen wollen, und dass zumindest darüber nachgedacht werden muss. Viele Regelungen können, im Rahmen des Gesetzes, durch Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern oder im Rahmen des Tripartismus im Hinblick auf die zugrunde liegenden öffentlich-rechtlichen Fragen getroffen werden. Der soziale Dialog scheint in der Tat ein privilegierter Bereich zu sein, der an jedes Unternehmen oder jede Branche angepasst ist und die differenzierte Umsetzung wirksamer Lösungen ermöglicht, um die Achtung der Arbeitnehmerrechte zu gewährleisten und gleichzeitig nach Lösungen in Sachen Flexibilität zu suchen.

269 Die Einführung flexibler Arbeitszeiten und/oder einer Jahresarbeitszeit sowie der Einsatz von Instrumenten wie dem Zeitsparkonto sind jedoch fester Bestandteil von Tarifverträgen und GAV.

270 Was die Erreichbarkeit und das Recht auf Nichterreichbarkeit anbelangt, so können und sollten die Grenzen der Erreichbarkeit eines Arbeitnehmers, die Verantwortung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers sowie die (in-)direkte Anordnung, dass der Arbeitnehmer auch ausserhalb der normalen Arbeitszeiten (oder sogar jederzeit) und ausserhalb des Büros zu arbeiten hat, von den Sozialpartnern erfasst werden. Vorstellbar wäre die Implementierung mehrerer Systeme. Bruno Mettling schlägt dazu das Einführen von digitaler Weiterbildung für die verschiedenen Akteure, Nutzungsvereinbarungen, Richtlinien, Abschaltmodule, das Herunterfahren von Servern oder die Sperrung des digitalen Zugangs an Wochenenden oder während der Ferien vor³³⁰.

271 Überlegungen zur Messung der Arbeit in zeitlicher Hinsicht und ebenso zur Arbeitsbelastung, welche der Arbeitgeber im Voraus einzuschätzen und dafür Sorge zu tragen hat, dass diese der wöchentlichen Arbeitszeit angemessen ist können (wieder) angeregt werden³³¹.

272 In jedem Fall sind die Sozialpartner dafür prädestiniert, über die Einführung der Arbeitszeiterfassung sowie moderner und angemessener Methoden zu verhandeln, um ein Gleichgewicht zwischen der Realität der Arbeitszeit, dem geltenden Recht und den konkreten Methoden zur Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zu wahren.

273 Abschliessend müssen die Sozialpartner je nach Branche oder Unternehmen die Frage der Entlohnung der geleisteten Arbeitsstunden, auch im Falle des unterbrochenen Zugangs im

³²⁹ SECO und FHNW, Bericht Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, 2012, S. 4 f.

³³⁰ Mettling, S. 21 ff.

³³¹ Siehe dazu die Verordnung über die Telearbeit der Verwaltung des Kantons Genf (RS-GE B 5 05.13), die vorsieht, dass «les objectifs sont imposés ou convenus de sorte que le travail puisse être effectué dans les limites du temps de travail quotidien» (frei übersetzt: Ziele auferlegt oder vereinbart werden, damit die Arbeit im Rahmen der täglichen Arbeitszeit ausgeführt werden kann (Art. 20 Abs. 3).

Rahmen der Telearbeit und insbesondere bei Überschreitung der Arbeitszeit, behandeln. Es sei daran erinnert, dass sich die Technologie für solche Berechnungen hervorragend eignet.

4. Arbeitsort

A. Rechtliche Definition des Arbeitsortes

a. Klassisches Verständnis des Begriffs «Arbeitsort»

274 Die Frage des Arbeitsortes scheint im schweizerischen Recht auf den ersten Blick nicht von grossem Interesse zu sein. Das Obligationenrecht befasst sich kaum mit diesem Begriff, da es den Inhalt des Begriffs des Arbeitsortes nicht ausdrücklich thematisiert. Damit verweist das OR auf die allgemeine Regelung über den Ort der Erfüllung einer Leistung (Art. 74 Abs. 1 OR), die grundsätzlich zur Anwendung kommt³³². Der Arbeitsort wird daher vertraglich festgelegt³³³ und kann als der Ort definiert werden, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt³³⁴. Auch in der Rechtslehre wird dieses Thema nur wenig untersucht und wenn, dann hauptsächlich in Bezug auf Reisekosten³³⁵ oder die Änderung des üblichen Arbeitsortes durch den Arbeitgeber³³⁶. Die Regeln des Obligationenrechts beziehen sich jedoch nicht auf den Schutz von Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers, sondern lediglich auf vertragsrechtliche Belange.

275 Auch das ArG gibt nur wenige Hinweise auf den Arbeitsort, der bei Weitem nicht so stark reglementiert ist wie die Arbeitszeit. In der ArGV 1 wird der Begriff «Arbeitsort» jedoch in Zusammenhang mit der Arbeitszeit erwähnt, wobei Letztere ab der Ankunft des Arbeitnehmers am Arbeitsort gemessen wird.

276 Die im ArG festgehaltenen Grundsätze basieren auf der Annahme, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit an einem bestimmten vom Arbeitgeber festgelegten Ort verrichtet. Der Arbeitnehmer steht gemäss dieser Annahme unter der Verantwortung des Arbeitgebers. Die Verlagerung von Arbeit, digitales Nomadentum und Telearbeit, also alle neuen Arbeitsformen, die durch das Aufblühen digitaler Technologien entstehen, werfen jedoch Fragen zum «klassischen» Begriff des Arbeitsortes im Gesetz und zu dessen Bedeutung für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer auf. Besonders interessiert hier, wie es um die Vereinbarung der Parteien über die Telearbeit, um die Übertragung der Verantwortung vom Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer in Bezug auf praktische und geografische Arbeitsbedingungen sowie um das Unternehmensrisiko und den Versicherungsschutz bestellt ist. Diese Fragen werden vom Gesetz überhaupt nicht erfasst und haben beim Gesetzgeber sowie in der Rechtslehre nur wenig Aufmerksamkeit gefunden.

277 Ein näherer Blick zeigt jedoch, dass die Frage des Arbeitsortes in der Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3), in der es um den Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern geht, angesprochen wird. Der Fokus liegt dabei auf den materiellen Arbeitsbedingungen der Beschäftigten «*im Unternehmen*», unter dem Blickwinkel des Gesundheitsschutzes.

278 Gemäss ArGV 3 muss der Arbeitgeber insbesondere dafür sorgen, dass ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen herrschen (Art. 2 Abs. 1 lit. a), die Gesundheit nicht durch physikalische Einflüsse beeinträchtigt wird (Art. 2 Abs. 1 lit. b) und die Arbeit geeignet organisiert wird (Art. 2 Abs. 1 lit. d).

279 Die entsprechenden Pflichten werden in der Verordnung durch ganz konkrete Regeln präzisiert, unter anderem in Bezug auf die Gebäude, den Luftraum, die Böden, die Beleuchtung, die Lüftung und die Sonneneinwirkung (Art. 11 ff. ArGV 3).

³³² Bericht Telearbeit, S. 31.

³³³ Bericht Telearbeit, S. 31. Siehe auch Müller/Hofer/Stengel, S. 565.

³³⁴ Müller/Hofer/Stengel, S. 565.

³³⁵ Wyler, S. 299 f.

³³⁶ Favre/Munoz/Tobler, Rz. 1.6 und 1.9 ad Art. 321d OR. Siehe auch Müller/Hofer/Stengel, S. 565 ff.

Gemäss Art. 23 ArGV 3 sind Arbeitsplätze und Arbeitsmittel im Übrigen nach ergonomischen Gesichtspunkten zu gestalten und einzurichten. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sorgen für ihre sachgerechte Benutzung. Die Arbeitsplätze müssen insbesondere bequem und so eingerichtet sein, dass sitzend oder stehend gearbeitet werden kann, und die Sicht ins Freie muss vorhanden sein (Art. 24 ArGV 3).

280

b. *Neue Arbeitsformen: Telearbeit, digitales Nomadentum und Desk-Sharing*

Telearbeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer aus der Ferne ausserhalb der Räumlichkeiten seines Arbeitgebers, mit dem er durch Telekommunikationsmittel verbunden ist, eine intellektuelle Arbeit ausführt³³⁷. Diese aus der Ferne ausgeführte Arbeit könnte durchaus in den Räumlichkeiten des Unternehmens verrichtet werden³³⁸. Mit der Telearbeit wird der Begriff des Arbeitsortes im Vergleich zum ursprünglichen Verständnis in den geltenden Gesetzen aufgeweicht. Die Qualifikation als Arbeitsvertrag soll jedoch nicht infrage gestellt werden, und die Bestimmungen des Arbeitsrechts bleiben bis auf einige Ausnahmen vollumfänglich anwendbar³³⁹. Telearbeit kann auch vollkommen mobil erfolgen, beispielsweise im öffentlichen Verkehr oder an einem Ort, der nicht unbedingt der Wohnsitz des Beschäftigten sein muss (digitales Nomadentum)³⁴⁰.

281

Mit dem *Desk-Sharing* haben Unternehmen eine neue Praxis eingeführt, die an die Existenz von Telearbeit anknüpft. *Desk-Sharing* bedeutet, dass am Arbeitsort weniger Plätze als Beschäftigte zur Verfügung stehen. Letztere bekommen dementsprechend keinen festen Arbeitsplatz mehr zugewiesen³⁴¹ und laufen täglich Gefahr, bei der Ankunft in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers keinen Platz zu finden und gegebenenfalls (wieder) telearbeiten zu müssen. *Desk-Sharing* ohne tägliche Platzgarantie hat in der Tat zwangsläufig Telearbeit zur Folge.

282

B. *Risiken bei Telearbeit und Desk-Sharing*

Was den Arbeitsort angeht, ist die Einhaltung der bereits erwähnten Regeln aus der ArGV 3 durch die Telearbeit gefährdet. Die konkrete Gestaltung des Arbeitsumfelds kann schwerlich durch den Arbeitgeber erfolgen (obwohl sie diesem obliegt); zudem können diese Arbeitsbedingungen weder durch den Arbeitgeber noch durch Behörden effizient kontrolliert werden³⁴².

283

In seinem Bericht über die Telearbeit kommt der Bundesrat im Übrigen auf die Problematik zu sprechen: «*Weitere Risiken betreffen zudem den Gesundheitsschutz. Die Ergonomie des Arbeitsplatzes ist am Wohnsitz der Arbeitnehmenden oder an einem anderen Ort ausserhalb der Organisation nicht zwingend garantiert*»³⁴³. Der Bundesrat vertritt diesbezüglich die Ansicht, dass der Arbeitgeber «*aus praktischen Gründen – z.B. weil der Wohnraum der betroffenen Person nicht geeignet ist – gezwungen sein [kann], die Telearbeit nicht zuzulassen. Ansonsten würde er gegen die Bestimmungen des Gesundheitsschutzes verstossen*»³⁴⁴.

284

Auch ausserhalb der Schweiz scheint das Problem ähnlich gelagert zu sein. Die IAO verweist darauf, dass die Ergonomie der Arbeitsmittel im Rahmen der Telearbeit weitgehend vernach-

285

³³⁷ Bericht Telearbeit, S. 7 f.; siehe unten, Rz. 36.

³³⁸ Bericht Telearbeit, S. 9 f.

³³⁹ Bericht Telearbeit, S. 26 ff.

³⁴⁰ Siehe Definitionen weiter vorne Rz. 36.

³⁴¹ Siehe Definitionen weiter vorne Rz. 37. Siehe zu diesem Punkt, Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 38.

³⁴² Bericht Telearbeit, S. 38.

³⁴³ Bericht Telearbeit, S. 23.

³⁴⁴ Bericht Telearbeit, S. 39. Siehe zu diesem Punkt, Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, 38.

lässigt wird³⁴⁵.

286 Mit dem *Desk-Sharing*, dessen Vormarsch mittlerweile gesichert erscheint, wird der Arbeitsort so, wie er im Gesetz verstanden wird, nämlich als Garant von gesundheitsförderlichen Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten, noch umfassender infrage gestellt. Nicht mehr über einen eigenen, personalisierten Arbeitsplatz und einen speziellen Ort zum Ablegen der persönlichen Dinge zu verfügen, heisst für den Arbeitnehmer, dass er am Arbeitsort keine Form der Privatsphäre mehr hat, und wirft die Frage auf, inwieweit Einsparungen auf Kosten des Rechts auf Privatsphäre am Arbeitsort erzielt werden sollten (Art. 8 EMRK³⁴⁶). Bei diesem Geschäftsmodell, das bei Unternehmen wegen der vergleichsweise erheblich geringeren Kosten beliebt ist, wird ausserdem ein Teil des unternehmerischen Risikos auf die Beschäftigten übertragen.

287 Unter dem Blickwinkel des Privatrechts sind Telearbeit und *Desk-Sharing* potenziell ebenfalls problematisch, was die Vereinbarung der Parteien über die Arbeitsmodalitäten angeht. Die Bestimmung und eventuelle Verlagerung des gewöhnlichen Arbeitsortes durch den Arbeitgeber können sich nämlich auf die Arbeitszeit und den Lohn auswirken. In Ermangelung einer spezifischen Vertragsklausel kann es problematisch sein, dem Arbeitnehmer Telearbeit aufzuerlegen, weil es sich dabei um eine Änderung des Arbeitsvertrags handelt, die grundsätzlich die Befugnisse des Arbeitgebers im Sinne von Art. 321d Abs. 2 OR überschreitet³⁴⁷.

C. Herausforderungen und Chancen für die Sozialpartner

288 Diese Fragen zeigen, dass die digitale Revolution zahlreiche Fragen in der «klassischen» Definition des Arbeitsortes nach Schweizer Recht aufwirft. Es gilt, das Konzept der Arbeitsorte in den einzelnen Branchen und Unternehmen, zu erfassen, um zu gewährleisten, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden.

289 Das weitgehende Fehlen von Regeln zu Telearbeit und *Desk-Sharing* eröffnet ein Spektrum an Möglichkeiten, die von den Sozialpartnern genutzt werden können und müssen. Ihre Aufgabe ist es, näher festzulegen, unter welchen Voraussetzungen (hier in Bezug auf den Ort) die Beschäftigten zu Hause oder anderswo arbeiten können, inwiefern Telearbeit freiwillig ist und welche Grundsätze bezüglich des Ortes anzuwenden sind.

Die Sozialpartner werden versuchen, Antworten auf eine Reihe von Fragen zu finden:

- 290
- Kann Telearbeit aufgezwungen werden?
 - Wie soll sie organisiert und gestaltet werden, um sicherzustellen, dass die Beschäftigten einen Ort haben, an dem sie sich konzentrieren und produktiv sein können?
 - Wie kann sichergestellt werden, dass die Beschäftigten ein ergonomisches Büro haben? Ein helles Büro? Moderne und benutzerfreundliche EDV-Hilfsmittel?
 - Wer stellt die Arbeitsmittel und das Mobiliar bereit?

291 Im Spannungsfeld von privater Regulierung der Arbeitsbedingungen und Einhaltung öffentlicher Regeln können entsprechende Normen durchaus von den Sozialpartnern erstellt werden. Diese können konzertiert vorgehen und Regeln für die einzelnen Wirtschaftszweige ausarbeiten.

³⁴⁵ Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, S. 34.

³⁴⁶ SR 0.101. Zu diesem Thema mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des EGMR vgl. Pärli, EuZa, S. 48 ff. Zum Begriff der Privatsphäre bei der Arbeit siehe Berset Bircher/Meier, S. 20 ff.

³⁴⁷ Siehe hierzu Müller/Hofer/Stengel, insbesondere S. 568.

Angesichts der Tatsache, dass Belange, die mit den Arbeitsbedingungen zusammenhängen, von öffentlich-rechtlichem Interesse sind, könnte man noch weiter gehen und dafür plädieren, dass die Thematik auch vom Staat aufgegriffen werden soll. Der Tripartismus könnte hier das Mittel der Wahl sein, um Antworten auf Fragen zu finden, die durch die Verlagerung und «Entmaterialisierung» des Arbeitsortes aufgeworfen werden.

292

5. Aus- und Weiterbildung

A. Wachsende Notwendigkeit der Fort- und Weiterbildung

Die Problematik der Aus- und Weiterbildung nimmt im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt einen wichtigen Platz ein und steht bereits seit mehreren Jahren im Mittelpunkt zahlreicher Überlegungen der nationalen und internationalen Behörden³⁴⁸. Wie Thomas Geiser schon 2011 feststellte, verlangen der technologische Fortschritt und der kontinuierliche Umbau der Wirtschaft von jedem Arbeitnehmenden, dass er sich ständig und regelmässig weiterbildet³⁴⁹.

293

In einem Bericht vom Januar 2017 unterstreicht der Bundesrat, dass die aktuellen Arbeitsmarktdaten darauf schliessen lassen, dass sich zahlreiche Weiterentwicklungen abzeichnen. «Die genannte Entwicklung impliziert eine Veränderung der auf dem Arbeitsmarkt nachgefragten Qualifikationen. Es wird daher entscheidend sein, dass sich die benötigten Qualifikationen rasch auf dem Arbeitsmarkt finden lassen. Ein Schlüssel zur erfolgreichen Bewältigung der Herausforderungen auf dem Arbeitsmarkt liegt deshalb in der Bildung und deren Anpassung an die zukünftig benötigten Kompetenzen»³⁵⁰. Dieser Bericht geht insbesondere davon aus, dass «fortgeschrittene IT-Anwenderkenntnisse und vertiefte IT-Programmierenkenntnisse eine zentrale Rolle spielen werden»³⁵¹. In der Tat dürften bald alle Arten von technischen Kenntnissen, vor allem auf dem Gebiet der Robotik, nötig sein. Die weite Verbreitung von immer komplexeren Maschinen und Robotern verlangt in zunehmendem Mass, dass die Beschäftigten, die mit diesen arbeiten, ihr Know-how kontinuierlich weiterentwickeln und an die jeweiligen Gegebenheiten anpassen. Andererseits nennt der Bericht auch noch «komplementäre Fähigkeiten, welche sich nicht digitalisieren lassen», wie beispielsweise «interpersonelle Kompetenzen»³⁵². Im Bericht vom 8. November 2017 bestätigt der Bundesrat diese Analyse: «Die Einbindung digitaler Technologien in die Arbeitsprozesse verändert die Tätigkeitsprofile und damit auch die Anforderungen an die Kompetenzen der Beschäftigten. Damit längerfristig kein Qualifikations-Mismatch entsteht, müssen sich die Qualifikationen und Kompetenzen der Beschäftigten schnell genug an die veränderten Bedürfnisse des Arbeitsmarkts anpassen. Die stetige Anpassung der Kompetenzprofile an die Arbeitsmarktbedürfnisse war bereits in der Vergangenheit ein wichtiger Erfolgsfaktor für die Bewältigung von strukturellem Wandel. Im Kontext der Digitalisierung gibt es Hinweise, dass diese Veränderungsprozesse künftig schneller als bisher ablaufen könnten»³⁵³.

294

Daher werden die Arbeitgeber stärker mit der Notwendigkeit konfrontiert sein, über Beschäftigte zu verfügen, deren Kenntnisse auf dem neuesten Stand sind, sodass die Frage der Weiterbildung in den nächsten Jahren sehr wahrscheinlich einen wesentlichen Platz einnehmen wird. Daraus ergibt sich, dass die gesetzlichen Bestimmungen, betreffend Weiterbildung und

295

³⁴⁸ Siehe dazu insbesondere Bericht Weiterbildung.

³⁴⁹ Geiser, Weiterbildung, S. 118 ff.

³⁵⁰ Bericht vom 11. Januar 2017, S. 86.

³⁵¹ Bericht vom 11. Januar 2017, S. 86.

³⁵² Bericht vom 11. Januar 2017, S. 86.

³⁵³ Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 28 und dessen Verweise.

vor allem deren Finanzierung, an die neuen Anforderungen des Arbeitsmarkts angepasst werden müssen.

B. Fortbildung und Weiterbildung im Gesetz

296 Der Bericht des Bundesrates enthält allerdings keinen Hinweis darauf, wie die Weiterbildung in den Unternehmen konkret realisiert und umgesetzt werden soll. Daher muss untersucht werden, inwieweit sich das Gesetz sich dieser Frage annimmt und wie es sowohl die Weiterbildung als solche als auch die praktischen Modalitäten regelt (Häufigkeit, Qualifikation, Entlohnung, etc.), um beurteilen zu können, welchen Spielraum die Sozialpartner haben und worin ihre mögliche Rolle besteht.

297 Gemäss Art. 30 Bundesgesetz über die Berufsbildung (BBG³⁵⁴) dient die berufsorientierte Weiterbildung dazu, durch organisiertes Lernen bestehende berufliche Qualifikationen zu erneuern, zu vertiefen und zu erweitern oder neue berufliche Qualifikationen zu erwerben; die berufliche Flexibilität zu unterstützen³⁵⁵. Mit Geiser unterscheiden wir die allgemeine Weiterbildung im jeweiligen Berufsfeld des Betroffenen von der arbeitsplatzspezifischen Weiterbildung, wobei letztere nur in Bezug auf einen bestimmten Arbeitsplatz von Nutzen ist, während erstere dem Arbeitnehmer auch dann nützt, wenn er die Stelle wechselt. Allerdings ist es nicht möglich, diese beiden Kategorien klar voneinander abzugrenzen³⁵⁶.

298 Das Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 20. Juni 2014 (WeBiG) ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten³⁵⁷. Es legt die Grundsätze dar, denen zufolge die Weiterbildung in der Verantwortung des einzelnen Menschen liegt und die öffentlichen und privaten Arbeitgeber die Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter begünstigen (Art. 5 Abs. 1 und 2 WeBiG). In Ergänzung zur individuellen Verantwortung und zum Angebot Privater tragen Bund und Kantone dazu bei, dass sich Personen ihren Fähigkeiten entsprechend weiterbilden können (Art. 5 Abs. 3 WeBiG). Das neue Gesetz spricht sich also in keiner Weise dagegen aus, dass die Sozialpartner über die Frage der Weiterbildung verhandeln und diesen Aspekt in den Gesamtarbeitsverträgen regeln.

C. Ein Recht auf Weiterbildung?

299 Im Arbeitsrecht finden sich sehr wenige Vorschriften über die Weiterbildung³⁵⁸. Gemäss Art. 13 Abs. 4 ArGV 1 stellt die Zeit, die ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin dafür aufwendet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers oder auf Grund seiner bzw. ihrer beruflichen Tätigkeit von Gesetzes wegen weiter- oder fortzubilden, Arbeitszeit dar.

300 Im Allgemeinen wird die Arbeitszeit entlohnt, sodass die oben angesprochene Weiter- oder Fortbildung in dem Masse, wie sie im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers oder auf seine Anordnung hin erfolgt, ebenfalls entlohnt wird. Wir erinnern allerdings daran, dass die Entlohnung hauptsächlich durch das Obligationenrecht und den Arbeitsvertrag festgelegt wird³⁵⁹. Dennoch muss die für die Fort- und Weiterbildung aufgewendete Zeit entlohnt werden, wenn die Ausführung der Arbeit eine solche verlangt³⁶⁰.

³⁵⁴ SR 412.10.

³⁵⁵ Zum verfassungsrechtlichen Rahmen und insbesondere zum Zusammenhang zwischen der Weiterbildung und den sozialen Zielen der Bundesverfassung siehe Geiser, Weiterbildung, 2.5 ff.; zum rechtlichen Rahmen 2.11 ff.

³⁵⁶ Geiser, Weiterbildung, 2.2.

³⁵⁷ SR 419.1.

³⁵⁸ Geiser, Weiterbildung, 2.14.

³⁵⁹ SECO, Wegleitung zu Art. 13 ArGV 1 ad Abs. 1, Fassung Mai 2014.

³⁶⁰ BGer, 4D_13/2011, E. 2.1; Wyler, S. 308.

Im Gegensatz dazu ist Wyler der Ansicht, dass die Parteien sich einigen und die Frage vertraglich regeln müssen, wenn durch die Weiterbildung die beruflichen Fähigkeiten des Arbeitnehmenden verbessert werden sollen³⁶¹. Wie wir bei der Prüfung einiger GAV sehen werden, scheint die Weiterbildung heute von sehr vielen so gesehen zu werden, dass sie in erster Linie dem Arbeitgeber dienen soll, auch wenn der Arbeitnehmende einen Nutzen daraus ziehen kann. Die Grenze zwischen einer Weiterbildung, die durch und für die Arbeitsausführung notwendig wird, und einer, die der Verbesserung der beruflichen Fähigkeiten des Beschäftigten dient (und im Übrigen auch für die Arbeitsausführung nützlich ist), ist natürlich schwer zu ziehen und muss von Fall zu Fall entschieden werden.

301

Für Geiser ist unbestritten, dass zu den Persönlichkeitsrechten, die von Art. 328 OR geschützt werden (Verpflichtung des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen) auch das Recht auf berufliches Fortkommen gehört³⁶². Die Fragen, ob der Arbeitnehmende ein Recht auf Weiterbildung hat – und ob er auch dazu verpflichtet ist – bleiben offen³⁶³. Offen bleiben auch die folgenden Fragen: Recht auf einen bezahlten oder unbezahlten Urlaub für eine Weiterbildung? Dauer dieses Urlaubs? Zeitpunkt des Urlaubs? Anwesenheitspflicht des Arbeitnehmenden bei der Bildungsmassnahme? Verpflichtung, diese erfolgreich abzuschliessen? Angesichts des Fehlens einer klaren Antwort auf diese Fragen im Gesetz³⁶⁴ können unserer Meinung nach die Sozialpartner in den Gesamtarbeitsverträgen über diese Punkte entscheiden.

302

D. Vorschriften über die Fort- und Weiterbildung in den GAV

Die Weiterbildung ist Gegenstand zahlreicher GAV, da diese für eine detaillierte Regelung in Abhängigkeit von den Bedürfnissen jedes Unternehmens und jeder Branche besonders geeignet sind³⁶⁵. Gewisse von ihnen sprechen sich tatsächlich dafür aus, die Weiterbildung der Beschäftigten zu begünstigen, und gehen davon aus, dass die Verantwortung für eine gute Weiterbildung sowohl bei diesen als auch beim Unternehmen liegt³⁶⁶. Aus dem Migros-GAV geht klar hervor, dass die bestmögliche Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben und der Erhalt der Arbeitsmarktfähigkeit von den Mitarbeitenden auch eine entsprechende Weiterbildung erfordern, sodass mit ihnen deshalb regelmässig Personalentwicklungsmassnahmen vereinbart werden³⁶⁷. Die Mitarbeitenden sind zur Teilnahme an für betriebsnotwendig erachteten Weiterbildungsveranstaltungen verpflichtet³⁶⁸. Der LIDL-GAV drückt sich hier weniger bestimmt aus und betont eher die Rechte als die Pflichten der Arbeitnehmenden³⁶⁹. Der neue GAV der Swisscom, der am 1. Juli 2018 in Kraft tritt, scheint der Weiterbildung (und damit der Arbeitsmarktfähigkeit) einen hohen Stellenwert zuzusprechen. Durch diesen GAV haben alle Mitarbeiter das Recht auf fünf Weiterbildungstage pro Jahr.³⁷⁰

303

³⁶¹ Wyler, S. 308.

³⁶² Geiser, Weiterbildung, 2.15 und die Verweise.

³⁶³ Geiser, Weiterbildung, 2.40 ff.

³⁶⁴ Für eine vertiefende Analyse: Geiser, Weiterbildung, 2.16 ff.; wir finden die Überlegungen des Autors zur Anwendung des Art. 327a OR (Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung von Arbeitsgeräten und zur Übernahme der entstehenden Auslagen) im Zusammenhang mit der Problematik der Weiterbildung sehr interessant.

³⁶⁵ Siehe zu diesem Thema auch den Bericht Weiterbildung, S. 12 ff.

³⁶⁶ GAV Post (art. 2.17.8).

³⁶⁷ GAV Migros (Art. 20).

³⁶⁸ GAV Migros (Art. 20).

³⁶⁹ GAV LIDL (Art. 3.11).

³⁷⁰ Der Text des GAV wurde noch nicht veröffentlicht. Deshalb ist es nicht möglich, festzustellen, ob die Tage entlohnt werden und wie die Ausbildung ausgewählt wird. Zu diesem Thema siehe die Medienmitteilung der Swisscom: <https://www.swisscom.ch/de/about/medien/press-releases/2018/01/20180112-mm-erfolgreicher-abschluss-der-verhandlungen-zum-gav-swisscom.html>, zuletzt besucht am 01.06.2018.

304 Der NGAV für das Bauhauptgewerbe sieht vor, dass die Unternehmen die Weiterbildung unterstützen und fördern. Dies insbesondere durch das Informieren der Arbeitnehmenden über das bestehende Angebot als auch durch die Erlaubnis, an organisierten Kursen teilzunehmen³⁷¹. Ausserdem können die Arbeitnehmenden über fünf unbezahlte Urlaubstage pro Jahr für Weiterbildungskurse, die sie selber bezahlen, verfügen³⁷². Wenn der Arbeitgeber die Weiterbildung finanziert (Zahlung des Lohnes bzw. der Kurskosten), treffen die Parteien jeweils eine Vereinbarung über die konkreten Modalitäten des Kursbesuchs³⁷³.

305 Der GAV der Uhrenindustrie gibt detailliertere Regeln vor. Zunächst sieht er eine Verpflichtung der unterzeichneten Unternehmen zur Förderung der Grundausbildung und der Weiterbildung sowie deren regelmässige Bestätigung vor³⁷⁴. Weiter heisst es: „Arbeitnehmer, die drei aufeinander folgende Jahre im selben Betrieb oder Konzern beschäftigt sind, haben Anspruch auf einen bezahlten Weiterbildungsurlaub von jährlich maximal drei Tagen. Dieser bezahlte Urlaub wird gewährt, wenn die besuchte Ausbildung die berufliche Tätigkeit oder die für die Berufsausübung nützlichen Sprachen betrifft“³⁷⁵. Der Arbeitgeber muss damit ausdrücklich einverstanden sein³⁷⁶. Anstelle eines Urlaubs können die Arbeitnehmenden die Übernahme der gesamten oder eines Teils der Kurskosten beantragen, wenn der Kurs in der Freizeit besucht wird³⁷⁷.

306 Im Übrigen ist hervorzuheben, dass der GAV eine Berufsbildungskommission des Arbeitgeberverbandes einsetzt, der drei Vertreter der Gewerkschaft angehören. Deren Ziel ist es, einen Dialog über die als notwendig erachteten Aus- und Weiterbildungsprogramme, die zu beachtenden Prioritäten bei der Verwirklichung dieser Programme, die notwendigen Mittel und Wege und die Finanzierung zu eröffnen³⁷⁸.

E. Welche Rolle sollen die Sozialpartner spielen?

307 Die Fort- und Weiterbildung muss in den kommenden Jahrzehnten in den Arbeitsbeziehungen eine wesentliche Rolle spielen. Sie ist für die Arbeitnehmenden nützlich, wird aber für die Arbeitgeber unverzichtbar werden. Die mangelnde Präzision der einschlägigen Gesetze erlaubt es heute weder, die Weiterbildung wirklich zu fördern, noch, die Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden dazu zu ermuntern.

308 Wie auch der Bundesrat in seinem Bericht von 2003 festhält, kann man bereits seit vielen Jahren feststellen, dass die Weiterbildung in verschiedenen GAV geregelt ist³⁷⁹. Die GAV legen daher die Grundsteine für Überlegungen auf diesem Gebiet in einer Welt, in der Weiterbildung zwar notwendig, aber noch nicht unverzichtbar ist. Der Grundsatz der Offenheit für die Weiterbildung ist in den GAV verankert, ohne dass jedoch in den meisten Fällen klare Regeln dafür vorgesehen sind, wie die Weiterbildungszeit zu qualifizieren und zu entlöhen ist.

309 Die Sozialpartner haben die Mittel, um den wachsenden Bedarf an Weiterbildung konstruktiv und effizient zu erfassen und präzisere Regeln zu deren Förderung auszuarbeiten, die über die

³⁷¹ GAV Bauhauptgewerbe (Art. 6 Abs. 1).

³⁷² GAV Bauhauptgewerbe (Art. 6 Abs. 1).

³⁷³ GAV Bauhauptgewerbe (Art. 6 Abs. 2).

³⁷⁴ GAV Uhrenindustrie (Art. 26.1 Abs. 1 und 2).

³⁷⁵ GAV Uhrenindustrie (Art. 26.2 Abs. 1).

³⁷⁶ GAV Uhrenindustrie (Art. 26.2 Abs. 2).

³⁷⁷ GAV Uhrenindustrie (Art. 26.2 Abs. 5).

³⁷⁸ GAV Uhrenindustrie (Art. 26.3).

³⁷⁹ Bericht Weiterbildung, S. 12 ff.

einfache, allgemeine Formel der Unterstützung hinausgehen, mit der sich zurzeit die meisten GAV begnügen.

So könnten die Sozialpartner für jede Branche oder für jedes Unternehmen die folgenden Fragen beantworten:

- Welche Art der Fort- oder Weiterbildung ist wünschenswert?
- Hat der Arbeitnehmende ein Anrecht auf Fort- oder Weiterbildungen? Wenn ja, in welchem Ausmass (z. B. wie viele Tage pro Jahr)?

6. Wie wird die für die Weiterbildung aufgewendete Zeit qualifiziert? Wird sie entlöhnt?

A. Gefahren und Herausforderungen für den Datenschutz durch Digitalisierung

Durch die Digitalisierung werden Arbeitsprozesse standardisierter, transparenter und Kontrollmöglichkeiten werden erweitert. So wird eine immer umfassendere Beschaffung und Bearbeitung von Informationen über Arbeitnehmer möglich. Diese Entwicklung zeigt sich bei der zunehmenden Nutzung von „Social Media“ zur gezielten Kandidatensuche und zur Überwachung während des Arbeitsverhältnisses. Verschiedene Formen der Ortungstechnologie und raffinierte Überwachungssoftware ermöglichen die lückenlose Erfassung von Informationen über den Zutritt zu Gebäuden, die Arbeit am Computer und im Internet oder die Menüauswahl im Personalrestaurant³⁸⁰. Die Verknüpfung und Analyse dieser Daten ermöglicht, umfassende Persönlichkeitsprofile der Mitarbeitenden zu erstellen.

Als weitere Treiber zunehmender Beschaffung und Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonen-daten wirken gesetzliche Vorschriften, die das inner- und zum Teil auch ausserbetriebliche Verhalten der Beschäftigten am Arbeitsplatz normieren bzw. den Arbeitgebenden entsprechende Schutzpflichten auferlegen. Dies zeigt sich etwa in der Entwicklung im Finanzmarktrecht, im Wettbewerbs- und Umweltrecht³⁸¹. Unter dem Eindruck zunehmender Normendichte und beeinflusst durch mannigfaltige Forderungen an das Unternehmen durch Behörden, Kunden/innen und Öffentlichkeit werden vielerorts Verhaltenserwartungen an Mitarbeitende in *Compliance-Regelungen* verankert, deren Einhaltung wiederum kontrolliert werden muss.

Die Bedrohung der Privatsphäre durch technologischen Fortschritt ist kein Phänomen, das erst im Internetzeitalter auftauchte. Schon im Jahre 1890 wurde in der Harvard Law Review kritisiert, dass „die neuesten Erfindungen und Geschäftsmethoden“ wie „fotografische Momentaufnahmen und Zeitungsunternehmen in die heiligen Gefilde unseres privaten und häuslichen Lebens eingedrungen sind“ und sich folglich gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz des „Right to Privacy“ aufdrängen würden³⁸². Die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre erweiterten aber die Möglichkeiten zur Überwachung und Kontrolle der Arbeitnehmenden massiv. Immer raffiniertere Geräte und Software und vor allem die Möglichkeit der Datenverknüpfung und Datenanalyse erlauben den Arbeitgebenden, präzise Informationen über das Verhalten der Arbeitnehmenden bei der Ausübung ihrer Arbeit zu gewinnen. Durch die zunehmende Vermischung zwischen Arbeitszeit und Freizeit, zwischen Arbeitsort und privaten Räumlichkeiten, steigt das Überwachungspotential um ein Mehrfaches³⁸³.

³⁸⁰ Pärli, Evaluieren, S. 31.

³⁸¹ Zu den Konsequenzen der rechtlichen Vorgaben für Arbeitgebende auf interne Untersuchungen siehe bei Geiser (interne Untersuchungen), S. 1047 ff.

³⁸² Siehe dazu Pärli, EuZA, S. 48 ff. mit Verweis auf Warren/Brandeis, Harvard Law Review, The Right to Privacy, Vol. IV, Nr. 5, 15. Dezember 1890 (49).

³⁸³ TA Swiss, 222.

B. Die Regelungen zum Privatsphären- und Datenschutz

314 Art. 6 des Arbeitsgesetzes (ArG) und konkretisierend Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)³⁸⁴ sowie Art. 328 und 328b OR bilden die Grundlagen zum Schutz des Arbeitnehmers gegen Überwachung und unzulässige Datenbearbeitung. Diese Bestimmungen werden durch die rechtsanwendenden Behörden regelmässig auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Daten- und Privatsphärenschutzes (Art. 13 BV) und von Art. 8 EMRK³⁸⁵. Die wichtigste Bestimmung zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis bildet Art. 328b OR. Eine Bearbeitung von Personendaten der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, soweit sie die *Eignung des Arbeitnehmers* für das Arbeitsverhältnis betrifft oder soweit es Daten betrifft, die für die *Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig* sind. Weiter müssen die Datenbearbeitungsgrundsätze in Art. 4 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) eingehalten werden. Das betrifft namentlich die Verhältnismässigkeit, die Zweckbindung und den Transparenzgrundsatz. Für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten wie Angaben über die Gesundheit gelten überdies strengere Anforderungen.

315 Zu beachten sind ferner strafrechtliche Bestimmungen. Relevant sind die Art. 179 ff. Strafgesetzbuch (StGB)³⁸⁶, die Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich unter Strafe stellen, und die Art. 143 und 144 StGB, welche für die unbefugte Datenbeschaffung und die Datenbeschädigung strafrechtliche Sanktionen vorsehen³⁸⁷. Zu beachten gilt es weiter berufs- und branchenspezifische Berufsgeheimnisnormen wie das in Art. 321 StGB verankerte Berufsgeheimnis, das u.a. Medizinalpersonen³⁸⁸ und Rechtsanwälte³⁸⁹ erfasst oder das in Art. 43 Fernmeldegesetz (FMG)³⁹⁰ und Art. 321^{ter} StGB verankerte Berufsgeheimnis für Personen, die mit fernmeldedienstlichen Aufgaben betraut sind³⁹¹. Vollständigkeitshalber zu erwähnen ist auch das in Art. 35 DSG verankerte allgemeine Berufsgeheimnis, das die Berufsgeheimnisvorschriften für spezifische Tätigkeiten ergänzt³⁹².

316 Der Überwachung der Arbeitnehmenden – auch eine Form der Beschaffung von Personendaten – werden zudem im Arbeitsgesetz Grenzen gesetzt. Grundlage bildet die in Art. 6 ArG verankerte Verpflichtung der Arbeitgeberin, die Gesundheit, Persönlichkeit und Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen. Nach Art. 6 Abs. 2 ArG hat die Arbeitgeberin insbesondere „*die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden*“. Darin, und in der gestützt auf Art. 6 ArG erlassenen Verordnung 3 (ArGV 3) zeigt sich der Wille des Gesetzgebers, die Gesundheit der Arbeitnehmenden vor nicht durch betriebliche oder sonstige anerkannte Zwecke gerechtfertigte Überwachungsmaßnahmen zu schützen. Art. 26 ArGV 3 untersagt den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen. Abs. 2 desselben Artikels schreibt vor, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, insbesondere so zu gestalten und anzuordnen sind, dass die Gesundheit und die Bewe-

³⁸⁴ Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993, SR 822.113.

³⁸⁵ Siehe dazu mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR, Pärli, EuZA, S. 48 ff.

³⁸⁶ SR 311.0

³⁸⁷ Siehe dazu weiterführend Wolfer, Rz. 579, mit Hinweisen.

³⁸⁸ Der Arbeitgebende bzw. die verantwortliche Person innerhalb des Betriebes kann als „Gehilfe“ des Arztes strafrechtlich belangt werden, siehe dazu von Kaenel, Tests, S. 99.

³⁸⁹ Zur Kontroverse, ob Unternehmensjuristen/innen (mit Anwaltspatent) Art. 321 StGB unterstehen siehe Müller, Rz. 7, mit Hinweisen auf die divergierenden Positionen in der Lehre in Fn 13.

³⁹⁰ SR 784.10

³⁹¹ Zur Bedeutung der Norm für den Arbeitnehmerdatenschutz siehe Rosenthal/Jöhri, Rz. 88 und 89 zu Art. 328b OR.

³⁹² Weiterführend Niggli/Maeder, Rz. 1 ff. zu Art. 35 DSG.

gungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden. Als Überwachungs- und Kontrollsysteme gelten namentlich Videoanlagen, Computersysteme und –netzwerke, Telefonanlagen, Gegensprechanlagen, Fotokopiergeräte und GPS³⁹³. Der Verordnungsgeber unterscheidet demnach zwischen einer nicht zulässigen Verhaltenskontrolle und einer zulässigen Kontrolle aus anderen Gründen, wie bspw. Überwachungen aus Sicherheitsgründen, zur Leistungskontrolle oder zum Schutz vor Diebstählen, sofern und soweit dadurch die Gesundheit der Arbeitnehmenden nicht gefährdet wird³⁹⁴. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Überwachungsarten ist jedoch nicht immer einfach. Nur schwer möglich ist sie bspw. beim Einsatz von Videoanlagen. Aber auch bei der Kontrolle aus anderen Gründen dürfen jeweils nur bestimmte Vorgänge und Eigenschaften aufgezeichnet werden. Nicht erlaubt ist die totale Überwachung. Ferner hat die Videoüberwachung grundsätzlich transparent zu sein, d.h. die Arbeitnehmenden müssen über die Einrichtung von Überwachungsmassnahmen informiert werden³⁹⁵.

In BGE 139 II 7 hatte das Bundesgericht erstmals zur Zulässigkeit der Überwachung des Internet- und E-Mailverkehrs Stellung zu nehmen. Unter Berücksichtigung u.a. des einschlägigen Leitfadens des EDOEB³⁹⁶ kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die dreimonatige vollständige Überwachung des Internetverkehrs eines Mitarbeiters unzulässig war³⁹⁷ und die auf diesem Wege erhobenen Beweismittel durften nicht als Begründung für die Kündigung verwendet werden³⁹⁸. Die Art und Weise der Überwachung stellte im konkreten Fall einen Verstoß gegen Art. 26 ArGV 3 dar. Unter diesen Umständen sei es nicht notwendig, dass auch noch geprüft werde, ob die Überwachung im datenschutzrechtlichen Sinne zulässig wäre, da eine Überwachung sowohl den arbeitsrechtlichen als auch den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügen müsse, hielt das Bundesgericht weiter fest³⁹⁹. Offen gelassen hat das Bundesgericht in einem anderen Fall, ob eine IT-Untersuchung, die auch die elektronischen Postfächer eines Mitarbeiters einbezog, unzulässig war. Eine schwere Persönlichkeitsverletzung wurde verneint⁴⁰⁰.

Ob die bestehenden rechtlichen Bestimmungen ausreichen, um den heutigen und künftigen Gefahren für den Schutz der Privatsphäre und der Persönlichkeit der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis angemessen zu begegnen, ist fraglich. Diese Einschätzung betrifft indes nicht nur das Arbeitsverhältnis, wie die Diskussionen um Ausmass und Grenzen staatlicher Überwachung einerseits und um ausufernde Nutzung von Personendaten durch private Konzerne andererseits zeigen. Auf europäischer Ebene haben der Europarat durch eine Revision der Datenschutzkonvention und die Europäische Union durch den Erlass einer neuen Datenschutzgrundverordnung auf diese Herausforderung reagiert. In der Schweiz ist eine Revision des Datenschutzgesetzes im Gange. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insb. auf die Themen „Profiling“, „Informationspflichten“ und „datenschutzfreundlichen Voreinstellungen bei technischen Projekten“ sowie auf die „Datenschutzfolgeabschätzungen“. Die Problematik der Überwachung der Arbeitnehmer und des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis steht dabei nicht offensichtlich im Zentrum, was allenfalls auch auf ein fehlendes Problembewusstsein

³⁹³ SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 1995, S. 2 zu Art. 26.

³⁹⁴ Pärli, *digma*, S. 76 ff.

³⁹⁵ SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Bern 1995, S. 1-3 zu Art. 26.

³⁹⁶ Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDOEB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Bern 2013, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/leitfaeden/internet--und-e-mail-ueberwachung-am-arbeitsplatz.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

³⁹⁷ BGE 139 II 7, E. 5.

³⁹⁸ BGE 139 II 7, E. 6.

³⁹⁹ BGE 139 II 7, E. 5.5.7 mit Verweisen auf die Lehre.

⁴⁰⁰ BGer vom 10.12.2012, 4A_465/2012, E. 3.

der zuständigen Akteure zurückzuführen ist. Immerhin, falls und soweit der Gesetzgeber im DSG die Anforderungen an eine rechtmässige Datenbearbeitung erhöht, wird dies auch für die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis Gültigkeit haben⁴⁰¹.

319 Ob diese Bestimmungen ausreichen werden, um den spezifischen Gefahren der Überwachung und Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis zu begegnen, ist eher zu bezweifeln. Angesichts der nicht vollständigen und weitgehend nicht effektiven rechtlichen Regelungen eröffnen sich für die Sozialpartner Handlungsspielräume für das Gestalten von, den Bedürfnissen der Branchen und Betrieben und Mitarbeitenden angepassten, praktikablen Lösungen, die einen angemessenen Ausgleich der Interessen an Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre der Arbeitnehmer und den legitimen Interessen der Arbeitgeber an Beschaffung und Nutzung der Arbeitnehmerdaten bewirken. Bei einem blossen Bekenntnis zur Respektierung des Datenschutzes im GAV, wie dies heutig zum Teil der Fall ist, darf es nicht bleiben⁴⁰². Ausdrücklich aufzuführen ist beispielsweise die Verpflichtung der Arbeitgeberin, bei der Einführung neuer Technologien zur Unterstützung der Arbeitsabläufe die Beschäftigten zu informieren und zu konsultieren⁴⁰³. Sinnvollerweise enthält ein GAV auch Bestimmungen darüber, wie der Schutz der Privatsphäre der Arbeitnehmer zu realisieren ist, die im Home-Office tätig sind und elektronische Geräte sowohl zu privaten als auch zu geschäftlichen Zwecken nutzen.

320 Abschliessend ist noch auf den wichtigen Zusammenhang zwischen Digitalisierung, Mitwirkung und Überwachung hinzuweisen. Ändern sich die heutigen mehrheitlich hierarchisch geprägten Strukturen in den Betrieben nicht, so fehlt es an einer wirksamen Gegenmacht, um den Gefahren einer totalen Kontrolle der Arbeitnehmer begegnen zu können. Demokratische Strukturen in den Betrieben sind zur Verteidigung von Privatsphäre und Persönlichkeitsschutz unumgänglich.

7. Kontrolle der Arbeitsbedingungen

321 Die Kontrolle der Arbeitsbedingungen ist aus rechtlicher Sicht ein besonders komplexes Thema. Sie ist auch eine der zentralen Herausforderungen bei der Umsetzung des kollektiven Arbeitsrechts – und wird durch die Digitalisierung der Wirtschaft stark beeinflusst werden. Auf der einen Seite beeinflussen nämlich zahlreiche digitale Werkzeuge, die den Sozialpartnern, den paritätischen Kommissionen und den für die Kontrolle zuständigen Inspektoren zur Verfügung stehen, die Kontrollarbeit und werden diese auch künftig beeinflussen. Auf der anderen Seite verändern dieselben digitalen Werkzeuge die Art der Arbeit und machen die Kontrolle der Arbeitsbedingungen schwieriger. Wie kontrolliert man die Arbeitszeiten eines Arbeitnehmenden, der sich aus der Ferne über sein Mobiltelefon verbindet? Wie vergewissert man sich, dass die Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften eingehalten werden, wenn der Arbeitsort nicht mehr das Unternehmen, sondern das Wohnzimmer des Arbeitnehmenden oder das Café an der Ecke ist? Jedoch hat man gesehen, dass eine effektive Kontrolle notwendig ist, um den Risiken, die sich für die Arbeitnehmenden aus den technischen Fortschritten ergeben, vorzubeugen.

322 In diesem Kapitel werden noch einmal kurz die eidgenössischen Vorschriften wiederholt, die im Bereich der staatlichen Kontrolle anzuwenden sind (A), sowie diejenigen, die sich auf die von den Sozialpartnern durchgeführte Kontrolle beziehen (B). Danach soll festgestellt wer-

⁴⁰¹ Zum Ganzen siehe: Daedelow, S. 34 ff.

⁴⁰² Siehe z.B. Lidl GAV, https://www.lidl.ch/statics/lidl-offering-ch/ds_doc/GAV_final_DE.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018.)

⁴⁰³ So Art. 36 Bank GAV, http://www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Geschuetzter_Bereich/VAB/VAB_2016.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018)

den, welche Entwicklungen erwartet werden können (C) und welche Rolle die Sozialpartner dabei spielen (D).

A. Kontrolle der Arbeitsbedingungen durch die Behörden

Grundsätzlich obliegt die Kontrolle des Vollzugs des ArG und seiner Verordnungen den Kantonen, die unter der Oberaufsicht des Bundes (Art. 42 Abs. 1 ArG) die zuständigen Vollzugsbehörden und eine kantonale Rekursbehörde bestimmen (Art. 41 Abs. 1 ArG). Gemäss Art. 79 Abs. 1 ArGV 1 nehmen die kantonalen Behörden den Vollzug des Gesetzes und der Verordnungen wahr, soweit dieser nicht dem Bunde vorbehalten ist. Insbesondere haben sie Kontrollen in den Betrieben über die Einhaltung der Vorschriften des Gesetzes und der Verordnungen durchzuführen (lit. a).

323

Die Kantone und das SECO unterhalten zur Erfüllung der im ArG vorgesehenen Aufgaben Informations- oder Dokumentationssysteme, die auch besonders schützenswerte Daten enthalten können (Art. 44b ArG).

324

Der Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer sowie Personen, die in seinem Auftrag Aufgaben des ArG wahrnehmen, haben ihrerseits den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden alle Auskünfte zu erteilen, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen (Art. 45 Abs. 1 ArG). Insbesondere hat der Arbeitgeber die Verzeichnisse oder andere Unterlagen, aus denen die für den Vollzug dieses Gesetzes und seiner Verordnungen erforderlichen Angaben ersichtlich sind, den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu stellen, wobei die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz einzuhalten sind (Art. 46 ArG). Schliesslich hat der Arbeitgeber den Vollzugs- und Aufsichtsorganen den Zutritt zu jedem Raum des Betriebes, die Vornahme von Feststellungen, insbesondere die Befragung von Arbeitnehmenden, und die Entnahme von Proben zu gestatten (Art. 45 Abs. 2 ArG, Art. 72 ArGV 1).

325

Die staatliche Kontrolle der Arbeitsbedingungen geht mit verschiedenen Sanktionen einher. Werden Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung verletzt oder wird eine Verfügung nicht befolgt, so macht die Behörde den Fehlbaren darauf aufmerksam und verlangt die Einhaltung der nicht befolgten Vorschrift oder Verfügung (Art. 51 Abs. 1 ArG). Leistet der Fehlbare dem Verlangen keine Folge, so erlässt die kantonale Behörde eine entsprechende Verfügung, verbunden mit Strafandrohungen (Art. 51 Abs. 2 ArG). Wird aber durch einen Verstoß zugleich ein Gesamtarbeitsvertrag verletzt, so kann die kantonale Behörde in geeigneter Weise auf die Massnahmen der Vertragsparteien zur Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages Rücksicht nehmen (Art. 51 Abs. 3 ArG). Darüber hinaus sind in den Art. 52 ff. ArG sowie in den diversen kantonalen Ausführungsgesetzen verschiedene Verwaltungszwangs- und Strafmassnahmen vorgesehen⁴⁰⁴.

326

B. Kontrolle der Arbeitsbedingungen durch die Sozialpartner

Wenn ein GAV zwischen Verbänden abgeschlossen wird, so können diese vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusteht, insbesondere, wenn es sich um den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von Einzelarbeitsverträgen handelt (Art. 357b Abs. 1 OR). Dieser Grundsatz der gemeinsamen Durchführung ermöglicht die Einrichtung paritätischer Kommissionen, die eine Kontrollfunktion ausüben, die in jedem GAV festgelegt ist.

327

Zum Beispiel sieht der L-GAV des Gastgewerbes eine paritätische Aufsichtskommission vor

328

⁴⁰⁴ Siehe beispielsweise das Genfer Gesetz über die Inspektion und die Arbeitsbeziehungen (Loi sur l'inspection et les relations du travail genevoise) (LIRT; J 1 05), Art. 45 ff.

(Art. 35 a) L-GAV). Die Aufsichtskommission hat verschiedene Aufgaben, darunter die Wahl einer Kontrollstelle (Art. 35 b) 1 L-GAV). Die Kontrollstelle nimmt Kontrollen oder Stichproben vor (Art. 35 d) 3 L-GAV). Zu diesem Zweck ist sie befugt, die Betriebe zu betreten, in die erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen sowie Arbeitgeber und Mitarbeiter zu befragen (Art. 35 d) 3 L-GAV).

329 Der LMV Bauhauptgewerbe sieht ebenfalls ein paritätisches Kontrollorgan vor. Dieses hat insbesondere die Aufgabe, „auftrags und namens der LMV-Vertragsparteien die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inklusive deren Anhänge und Zusatzvereinbarungen durchzusetzen“ (Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV). Insbesondere obliegen ihr die Durchführung von gemeinsamen Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Arbeitsverhältnisse im Betrieb entweder auf Einzelanzeige hin oder systematisch (Art. 76 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 LMV). Das Kontrollorgan führt Kontrollen bezüglich Einhaltung des LMV durch und kontrolliert die Baustellen (Art. 76 Abs. 4 lit. b LMV).

330 Die beiden vorgenannten L-GAV sehen bei Verstössen verschiedene Sanktionen gegen die Fehlbaren vor (Art. 79 LMV Bau; Art. 35 lit. f und g L-GAV), die hauptsächlich aus Konventionalstrafen bestehen.

331 Über die gesetzlichen Vorschriften hinaus stellt die von den GAV vorgesehene Kontrolle eine zweite Schutzschicht für die Arbeitsbedingungen und deren Einhaltung dar. Diese Schutzschicht ermöglicht zum einen, dass gleichzeitig ein Einschreiten von Kontrolleuren möglich ist, die mit den Besonderheiten der jeweiligen Branche besser vertraut sind, und zum anderen, dass de facto eine grössere Anzahl von Kontrollen gewährleistet werden kann, als der Staat leisten kann.

C. Technologische Entwicklungen und Kontrolle der Arbeitsbedingungen

332 Wie oben bereits kurz dargelegt, sehen sowohl das Gesetz als auch die GAV Kontrollbefugnisse vor, die den zuständigen Organen zur Verfügung stehen. Diese Kontrollbefugnisse können allgemein in zwei Kategorien eingeteilt werden: Kontrollen im Betrieb und Kontrolle der die Arbeitsverhältnisse betreffenden Unterlagen.

333 Die Kontrollen im Betrieb basieren auf dem physischen Begriff des Betriebs, d.h. auf dessen klassischer Definition, wie sie zu Anfang im ArG enthalten ist. Die Arbeitnehmenden arbeiten in den Räumen des Betriebes oder auf Baustellen, für die der Betrieb verantwortlich ist. Die Kontrollorgane begeben sich physisch zu diesen Orten, um zu überprüfen, ob der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmenden eingehalten wird (die Gebäude, die Baumaschinen entsprechen den Normen, die Büros, Stühle und Computer sind ergonomisch, etc.).

334 Mit dem Phänomen der Telearbeit und der Entmaterialisierung des Betriebes wird die Kontrolle – wie man gesehen hat – schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Zunächst einmal vervielfacht die Aufsplitterung eines einzigen Arbeitsortes in so viele Orte, wie es Arbeitnehmende gibt, die zu planenden Kontrollen in einem solchen Ausmass, dass sie schliesslich konkret nicht mehr durchführbar sind. Zudem erweist es sich besonders für die öffentlichen Kontrollorgane als schwierig, Inspektionen in der Wohnung eines Arbeitnehmenden durchzuführen. Daher stellt sich die Frage nach einer möglichen Entmaterialisierung einer derartigen Kontrolle durch das Zurverfügungstellen von Daten, die die Arbeitsbedingungen betreffen (Fotos, spezifische Besonderheiten der Arbeitsmittel, etc.) und danach, ob diese den Anforderungen des ArG und der GAV genügt.

335 Die Punkte, die heute aufgrund von Unterlagen kontrolliert werden, müssten einfacher werden. Die Entmaterialisierung der Arbeit verursacht, relativ gesehen, weniger Probleme für

diese Art der Kontrollen. Wie schon zuvor erwähnt, ist die Zeiterfassung ein wesentlicher Aspekt, der verdient, dass darüber eigens nachgedacht wird. Die Telearbeit oder jede andere digitale Fernarbeit muss nämlich genau erfasst werden. Der technologische Fortschritt sollte es dem Arbeitgeber erlauben, die geleisteten Stunden exakt festzustellen.

Es muss allerdings daran erinnert werden, dass bei der Verwendung technologischer Werkzeuge, vor allem durch den Arbeitgeber, aber auch ganz allgemein, die insbesondere in Art. 26 ArGV 3 verankerten Rechte des Arbeitnehmenden gewahrt werden müssen. In diesem Artikel ist das Verbot, Überwachungs- und Kontrollsysteme einzusetzen, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, verankert (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3). Wenn darüber hinaus Überwachungs- und Kontrollsysteme aus anderen Gründen erforderlich sind, sind sie insbesondere so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3)⁴⁰⁵.

336

D. Rolle der Sozialpartner

Bis heute ist es nicht vorgesehen, die Kontrollmodalitäten im Gesetz zu ändern. Allerdings wurden bei der Erstellung des vorliegenden Berichts die verschiedenen kantonalen Gesetze nicht untersucht.

337

Die Modalitäten dieser Kontrollen sind dazu geeignet, in den GAV im Detail aufgeführt zu werden, da diese den Eigenheiten und der Gliederungstiefe jeder Branche wesentlich näher sind als das Gesetz. Die Sozialpartner haben nämlich die Möglichkeit, eine effiziente Kontrolle mithilfe der Werkzeuge der heutigen Technologien, zu aushandeln. Da deren Verwendung besondere Fragen im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz und dem Schutz der persönlichen Daten der Arbeitnehmenden aufwerfen kann (wenn man sich beispielsweise eine Software zur automatischen Erfassung jedes Verbindungsaufbaus des Arbeitnehmenden vorstellt), haben die Sozialpartner die Möglichkeit und die Aufgabe, hier den Umfang und die Grenzen festzulegen.

338

Darüber hinaus ist es auch wichtig, in den GAV festzulegen, welche Ausrüstungen und Ressourcen den Inspektoren zur Verfügung stehen müssen und welchen Aus- und Weiterbildungsgrad sie haben müssen, damit sie die für die Kontrolle notwendigen technischen Mittel beherrschen.

339

Die Sozialpartner setzen sich auch im Rahmen der von den paritätischen Kommissionen durchgeführten Kontrollen stark für den Schutz der Arbeitnehmenden ein. Es ist wesentlich, dass sie auf einen gemeinsamen Nenner kommen, was die praktische und konkrete Organisation und die Anpassung der Kontrollen an den technischen Fortschritt betrifft.

340

VI. Zusammenfassung: Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft

1. Welche Themen sind in den GAV enthalten, welche sollten darin enthalten sein?

Jedoch ist heute in der Schweiz nur ein Teil der Arbeitnehmenden von einem GAV gedeckt. Ausserdem hat die obige Analyse gezeigt, dass es zwei Strukturelemente gibt, die das Handlungsfeld der Sozialpartner in Zukunft einschränken könnten, nämlich:

341

⁴⁰⁵ Näheres zu diesen Fragen siehe Ordolli, S. 262 ff.

- Erstens herrscht eine grosse Unsicherheit hinsichtlich der Qualifizierung der Vertragsverhältnisse, die von gewissen Akteuren der digitalen Wirtschaft eingegangen werden. Diese Unsicherheit betrifft natürlich die Person, welche die Arbeit erbringt. Sie erstreckt sich jedoch auch auf die Identität des Arbeitgebers selbst, dessen Funktionen entmaterialisiert oder fragmentiert sein können⁴⁰⁶. In diesem Zusammenhang muss daran erinnert werden, dass der Schutz des Arbeitnehmenden eine der Hauptfunktionen des Arbeitsrechts darstellt. Gibt es einen Schutzbedarf, so müssen die Gerichte diesen bei der Qualifizierung von Vertragsverhältnissen berücksichtigen. Den Sozialpartnern steht es nicht frei, eine autonome Definition des Arbeitsvertrags vorzunehmen, da die Qualifizierung des Arbeitsvertrags gemäss Art. 319 ff. OR zwingenden Charakter hat⁴⁰⁷. Je weniger Arbeitgeber und Arbeitnehmende es also geben wird, desto geringer wird die Reichweite der Sozialpartner sein.
- Zweitens bringt die Digitalisierung eine gewisse Entmaterialisierung des Unternehmens und/oder der Aufgaben mit sich. Die technologischen Fortschritte erlauben es den Unternehmen, punktuell besondere Aufgaben an Personen zu delegieren (oder *outzoursourcen*), die nicht im Unternehmen angesiedelt sind. Diese „*digitale Auslagerung*“ findet ohne die Entsendung von Arbeitnehmenden von der Schweiz ins Ausland, aber auch aus dem Ausland in die Schweiz statt. Schliesslich ist es möglich, dass eine für den Schweizer Markt bestimmte Arbeit vollständig im Ausland durchgeführt wird⁴⁰⁸.

342 Es dürfte schwierig sein, diese beiden strukturellen Aspekte der Digitalisierung der Arbeit nur auf der Ebene der nationalen Sozialpartner zu behandeln⁴⁰⁹. Dagegen hat es sich gezeigt, dass die Sozialpartner bei den folgenden Themen über ein weites Handlungsfeld verfügen:

- Mitwirkung der Arbeitnehmenden: Das Mitwirkungsgesetz legt einen Mindeststandard fest, der natürlich überschritten werden darf. Das Werkzeug GAV scheint ideal zu sein, um diese Punkte zu erfassen, einschliesslich des Zutritts der Gewerkschaften zum Unternehmen. Es wird daran erinnert, dass die Mitwirkung der Mitarbeitenden bei der Implementierung neuer Technologien am Arbeitsplatz und den dazu gehörenden bewährten Praktiken, wichtig ist⁴¹⁰.
- Gesundheit und Arbeitssicherheit: Da die Arbeitnehmenden in diesem Punkt ein Mitwirkungsrecht haben, kann das Thema Gesundheitsschutz und Sicherheit des Arbeitnehmenden im Kontext der Digitalisierung von den Sozialpartnern effizient behandelt werden. Die GAV können weiter gehen als die gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststandards; sie können konkrete und an die operativen Aspekte des Unternehmens angepasste Lösungen bieten. Zu beachten sind insbesondere Bereiche wie Empfehlungen und Anweisungen für die Telearbeit und das mobile Arbeiten. Der GAV könnte auch eine Verpflichtung enthalten, die Arbeitnehmenden auf die mit diesen Arbeitsformen verbundenen psychosozialen Risiken aufmerksam zu machen und zu instruieren⁴¹¹.
- Im Rahmen der Digitalisierung stellt sich die Arbeitszeit als zentrales Thema heraus. Hier würden die Bereiche der Internetverbindung und des Rechts auf Abmeldung, die Limitierung der Verbindungen eines Arbeitnehmenden, dessen Verantwortung und die des Arbeitgebers sowie der (in)direkte Zwang, der auf den Arbeitnehmenden ausgeübt

⁴⁰⁶ Siehe oben, Rz. 118 ff.

⁴⁰⁷ Siehe oben, Rz. 125.

⁴⁰⁸ Siehe oben, Rz. 151 ff.

⁴⁰⁹ Zum Anwendungsbereich der GAV: siehe oben, Rz. 358 ff.; zu den transnationalen Aspekten (einschliesslich der Schiedsklauseln): siehe unten, Rz. 372 f.

⁴¹⁰ Siehe oben, Rz. 177.

⁴¹¹ Siehe oben, Rz. 183 f.

wird, ausserhalb der gewöhnlichen Arbeitszeiten (ja sogar jederzeit) zu arbeiten, ein ausgezeichnetes Betätigungsfeld für die Sozialpartner darstellen. Es ist auch vorstellbar, dass die GAV mehrere Systeme implementieren, wie z. B. die digitale Bildung der verschiedenen Akteure, Nutzungsvereinbarungen, Vorschriften, Module zur Verbindungsunterbrechung oder auch das Abschalten der Server oder der Online-Zugänge während der Wochenenden oder der Ferien⁴¹².

- Auch auf dem Gebiet der Arbeitszeiterfassung besitzen die Sozialpartner besonders gute Voraussetzungen, um die Umsetzung der Arbeitszeiterfassung und die Implementierung moderner und genau passender Methoden zur Aufrechterhaltung eines Gleichgewichts zwischen der tatsächlichen Arbeitszeit, dem dafür geltenden Recht und der konkreten Erfassung der tatsächlich geleisteten Stunden zu verhandeln⁴¹³.
- Was den Arbeitsort betrifft, so eröffnet das weitgehende Fehlen von Regeln auf dem Gebiet der Telearbeit und des *Desk-Sharing* im Gesetz ein mögliches Betätigungsfeld, dessen sich die Sozialpartner annehmen können und müssen. Es ist ihre Aufgabe, präzise festzulegen, unter welchen Voraussetzungen (hinsichtlich des Ortes) die Arbeitnehmenden zu Hause oder an anderen Orten arbeiten können, in welchem Masse die Telearbeit freiwillig ist und welche Grundsätze hinsichtlich des Arbeitsortes gelten. Die Sozialpartner werden daher auch versuchen, die folgenden Fragen zu beantworten: Kann dem Arbeitnehmenden die Telearbeit aufgezwungen werden? Wie kann man diese organisieren und anlegen, um sicherzustellen, dass der Arbeitnehmende über einen geeigneten Ort verfügt, an dem er sich konzentrieren kann? Wie kann man sich vergewissern, dass der Arbeitnehmende über ein helles, ergonomisches Büro, über moderne und benutzerfreundliche EDV verfügt? Wer stellt die Tools und das Mobiliar zur Verfügung?⁴¹⁴
- Im Bereich der Aus- und Weiterbildung können die Sozialpartner künftig im GAV die folgenden Aspekte regeln: Welche Art einer Fort- oder Weiterbildung ist wünschenswert? Gibt es ein Recht des Arbeitnehmenden, Fort- oder Weiterbildungen zu nutzen? Wenn ja, in welchem Ausmass (z. B. wie viele Tage pro Jahr?)? Wie wird die für die Weiterbildung aufgewendete Zeit qualifiziert? Wird sie entlohnt?
- Auf dem Gebiet des Datenschutzes zeigt sich, dass gewisse Lücken in den derzeitigen gesetzlichen Vorschriften über die spezifischen Risiken bei der Überwachung des Arbeitnehmenden und der Verarbeitung der ihn betreffenden Daten durch den Arbeitgeber ein Handlungsfeld eröffnen, das für eine kollektive Regelung durchaus geeignet ist. Die GAV können Lösungen für eine gesamte Branche oder für ein Unternehmen finden und umsetzen, die einen Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmenden schaffen. Es wird nicht mehr ausreichen, im GAV einfach auf das DSGVO zu verweisen, wie es heute fast immer der Fall ist. Die Sozialpartner müssten insbesondere die folgenden Fragen regeln: Die Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitnehmenden bei der Einführung einer neuen Technologie für die Arbeitsausführung zu informieren und/oder ihnen das Mitspracherecht zu gewähren; das Ausmass des Schutzes der Privatsphäre des Arbeitnehmenden, einschliesslich des Telearbeiters, insbesondere im Falle der Verwendung persönlicher elektronischer Geräte für die Verrichtung der Arbeit⁴¹⁵.

Schliesslich sind die Modalitäten der Kontrolle der Arbeitsbedingungen sehr gut geeignet, um in den GAV im Detail aufgeführt zu werden, da diese den Eigenheiten und der Gliederungstiefe jeder Branche wesentlich näher sind als das Gesetz. Die Sozialpartner haben die

⁴¹² Siehe oben, Rz.272.

⁴¹³ Siehe oben, Rz. 269 ff.

⁴¹⁴ Siehe oben, Rz. 290 ff.

⁴¹⁵ Siehe oben, Rz. 320.

Möglichkeit zu verhandeln, welche Werkzeuge für eine wirksame Kontrolle mithilfe der heutigen Technologien eingesetzt werden können. Da deren Verwendung besondere Fragen im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz und dem Schutz der persönlichen Daten der Arbeitnehmenden aufwerfen kann (wenn man sich beispielsweise eine Software zur automatischen Erfassung jedes Verbindungsaufbaus des Arbeitnehmenden vorstellt), haben die Sozialpartner hier die Möglichkeit und die Aufgabe, den Umfang und die Grenzen festzulegen. Darüber hinaus wird es auch wichtig sein, in den GAV vorzusehen, welche Ausrüstungen und Ressourcen den Inspektoren zur Verfügung stehen müssen und welchen Aus- und Weiterbildungsgrad sie haben müssen, damit sie die für die Kontrolle notwendigen technischen Mittel beherrschen⁴¹⁶.

2. Wer sind die Sozialpartner – oder wer werden sie in Zukunft sein?

343 Wie oben bereits ausgeführt wurde, wird das Recht, unter bestimmten Bedingungen als Sozialpartner anerkannt zu werden und somit zu Tarifverhandlungen berechtigt zu sein, in der Bundesverfassung und im internationalen Recht anerkannt und verankert. Dies wurde auch vom Bundesgericht bestätigt⁴¹⁷.

344 Weil das Gesetz sich zu den Bedingungen, unter denen eine Gewerkschaft oder eine Arbeitgeberorganisation als Sozialpartner anerkannt wird, ausschweigt, haben die Lehre und Rechtsprechung die folgenden vier Bedingungen festgelegt, die eine Gewerkschaft kumulativ erfüllen muss, um als Sozialpartner anerkannt zu werden. Sie muss

- 1) dafür zuständig sein, Generalarbeitsverträge abzuschliessen ("*Tariffähigkeit*"),
- 2) örtlich und sachlich zuständig sein,
- 3) ausreichend repräsentativ sein (Bedingung der Repräsentativität) und
- 4) ein loyales Verhalten an den Tag legen (Bedingung der Loyalität).

345 Wie oben erwähnt, bezieht sich der Begriff „*Tariffähigkeit*“ auf das Recht, Partei eines Gesamtarbeitsvertrags zu sein. Art. 356 OR misst den Organisationen, die über die *Tariffähigkeit* verfügen, insofern grosse Bedeutung bei, als sie Vertragsparteien bei den GAV sein können.

346 Wenn das Schweizer Arbeitsrecht der Sozialpartnerschaft und den Tarifverhandlungen einen hohen Stellenwert einräumt, dann besonders aus dem Grund, dass der soziale Dialog in unserem Land zurzeit relativ effizient ist und ungefähr die Hälfte der Arbeitnehmenden von GAV gedeckt ist. Dies Verleiht der Sozialpartnerschaft ihre Legitimität. Diese Legitimität ergibt sich auch aus der Bedingung der Repräsentativität, die zur Anerkennung einer Arbeitnehmer- oder einer Arbeitgeberorganisation als Sozialpartner notwendig ist. Sie ergibt sich ebenfalls aus den Bedingungen, die für eine Allgemeinverbindlichkeit der GAV gelten: insbesondere dürfen die GAV von Unternehmen nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden; die Allgemeinverbindlichkeit muss notwendig sein; die an den GAV gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden müssen jeweils die Mehrheit der Arbeitgeber und der Arbeitnehmenden bilden, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll; ausserdem müssen die an den GAV gebundenen Arbeitgeber die Mehrheit aller Arbeitnehmenden beschäftigen⁴¹⁸.

347 Wie bereits oben ausgeführt, verliert die Rolle der Sozialpartner also an Bedeutung, je weniger Arbeitgeber und Arbeitnehmende es gibt, da ihre Repräsentativität in Frage gestellt werden könnte. Dies wird besonders dann von grosser Wichtigkeit sein, wenn die Sozialpartner die Allgemeingültigkeit eines GAV fordern ... und wird sich dann auch auf deren Rolle im

⁴¹⁶ Siehe oben, Rz. 337 f.

⁴¹⁷ BGE 140 I 257 und oben, Rz. 58 ff.

⁴¹⁸ Siehe oben, Rz. 71.

Kampf gegen Sozial- und Lohndumping auswirken (siehe Art. 2 EntsG: allgemein verbindlich erklärte GAV sind auch auf Unternehmen anzuwenden, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden).

Wie bereits erwähnt, können nur Arbeitnehmende (oder Stellensuchende) Gewerkschaftsmitglieder sein. Dies ist eine notwendige Voraussetzung für die Tariffähigkeit⁴¹⁹. Dies wird die Frage aufwerfen, in welchem Mass diese Organisationen auch die „digitalen Arbeiter“ und andere Personen, deren Status nicht klar ist (Selbstständige? Scheinselbstständige?) aufnehmen können – oder müssen – und in welchem Mass diese Umstrukturierung ihrer Basis ihre Berechtigung, Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen, beeinflussen wird⁴²⁰.

348

Seitens der Arbeitgeber kann die Problematik auf den ersten Blick einfacher erscheinen. Wenn man allerdings berücksichtigt, dass die „Plattform-Unternehmen“ erklären, keine Arbeitgeber zu sein, und man auch grenzüberschreitenden Aspekt der digitalen Arbeit in Betracht zieht, ist es nicht unmöglich, dass die Arbeitgeberorganisationen ihrerseits in näherer Zukunft mit denselben Fragen konfrontiert sind, die ihre Mitglieder und damit ihre Tariffähigkeit und ihre Repräsentativität betreffen.

349

Unter Berücksichtigung dieser heiklen – und bedeutsamen – grenzüberschreitenden Aspekte kann es wichtig erscheinen, Überlegungen über den Aufbau und/oder die Entwicklung einer internationalen Sozialpartnerschaft auf der Ebene unserer Nachbarländer, auf europäischer oder sogar auf weltweiter Ebene anzustellen. Diese neue Perspektive, die der Entwicklung der digitalen Arbeit folgt, wirft natürlich viele heikle Fragen auf und müsste eingehend untersucht werden. Derartige Überlegungen können im Rahmen der IAO angestellt werden.

350

3. Einfluss der technologischen Entwicklungen auf die Arbeit der Sozialpartner

Wie oben bereits ausgeführt, hat die Digitalisierung der Wirtschaft in der Arbeitswelt zahlreiche und tiefgreifende Änderungen zur Folge, die aber auch je nach dem betroffenen Unternehmen, dem Berufsstand oder der Branche sehr unterschiedlich sein können. Ausser der Tatsache, dass in bestimmten Fällen Unsicherheit über die Qualifizierung der Vertragsverhältnisse herrscht⁴²¹, kann die Arbeit der Sozialpartner, und insbesondere die der Gewerkschaften, in der Praxis bisweilen sehr schwierig werden. Die Aufgaben einer Gewerkschaft beinhalten nämlich die Information der Arbeitnehmenden über ihre Rechte und die kollektive Verteidigung ihrer Interessen⁴²².

351

Wenn der Arbeitnehmende seine Tätigkeit aus der Ferne ausführt (manchmal im Ausland) und oft für eine kurze oder sehr kurze Dauer und unregelmässig für mehrere Arbeitgeber parallel, ist seine Bindung an das Unternehmen sehr schwach⁴²³. Daher haben die Gewerkschaften Schwierigkeiten, die Identität und die Zahl der betroffenen Arbeitnehmenden festzustellen und folglich die gemeinsamen Bedürfnisse und Interessen herauszufinden. Dies macht die kollektive Verteidigung dieser Interessen praktisch unmöglich⁴²⁴. Im speziellen Fall der *Crowdworker* zeigt sich allerdings, dass diese Personen über die technischen Mittel verfügen, um miteinander in Kontakt zu treten, indem sie Foren gründen, einander E-Mails schicken und die sozialen Netzwerke nutzen⁴²⁵.

352

⁴¹⁹ Siehe oben, Rz. 62.

⁴²⁰ Siehe dazu Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 78 f.

⁴²¹ Siehe oben, Rz. 118 ff.

⁴²² Siehe dazu Meier, *New Employment*, S. 51 f. und die Verweise.

⁴²³ Meier, *New Employment*, S. 54 und die Verweise.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Siehe dazu Portmann/Nedi, S. 530 und die Verweise. Siehe ebenfalls Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, S. 78 f.

353 Dieser Aspekt der Verwendung der neuen Technologien scheint uns im Rahmen dieser Studie von besonderem Interesse zu sein. Wenn nämlich die neuen Technologien dazu dienen, die Qualität, die Flexibilität und die Rentabilität der Arbeit zu verbessern, könnten dieselben Werkzeuge sowohl zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen⁴²⁶, als auch der Arbeit der Gewerkschaften im Unternehmen dienen – der Stand der Technik er ermöglicht dies.

354 Auf der Ebene des Unternehmens oder der Branche könnten sich die Arbeitgeber daher in einen produktiven sozialen Dialog mit ihren Fernarbeitern einbringen. Die Informationen, die gesammelt und übermittelt werden könnten, könnten die Zahl und die Identität der vom *Outsourcing* von Aufgaben betroffenen Arbeitnehmenden (unter Verwendung des *Crowdsourcing* oder durch direkte Delegation an eine bestimmte Person), den Ort, an dem die Arbeit verrichtet wird, den für die Erfüllung der Aufgaben gezahlten Preis etc. betreffen. Mithilfe der Technologie wird auch eine Kontrolle der Arbeitsbedingungen möglich sein⁴²⁷.

355 Auf den ersten Blick könnte der Anschein erweckt werden, dass dieser „Technologiesprung“ dem Interesse des Arbeitgebers zuwiderläuft, der den Gewerkschaften oder den Arbeitnehmerverbänden nicht unbedingt einen erweiterten Zugang zum Unternehmen gestatten will. Selbstverständlich müsste die Art der gesammelten Informationen und deren Übermittlung in den GAV sehr genau geregelt sein, damit nicht nur das Unternehmen, sondern auch die Daten und die Persönlichkeit der betroffenen Arbeitnehmenden geschützt wird.

356 Sobald die Fragen der Informationsübermittlung geklärt sind, können diese Massnahmen und diese neue Form des Zugangs der Gewerkschaften zum Unternehmen bei genauer Betrachtung mehrere, nicht zu vernachlässigende Vorteile für die Schweizer Unternehmen bieten. Zu erwähnen sind namentlich folgende Beispiele:

- Wenn es den Arbeitnehmerverbänden gestattet ist, die Interessen der *outgesourceten* Arbeitnehmenden zu vertreten, werden die benötigten Quoren für die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV leichter erreicht⁴²⁸ ;
- Das systematische Sammeln von Daten wird es gegebenenfalls ermöglichen, die Existenz einer missbräuchlichen, wiederholten Lohnunterbietung im Sinne von Art. 360b OR aufzudecken und die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung der GAV zu verlangen (art. 1a AVEG)⁴²⁹ ;
- Die Bekämpfung von Sozial- und Lohndumping, die sowohl den Zweck der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, als auch das gemeinsame Ziel der Arbeitgeber- und Gewerkschaftsorganisationen darstellt, wird umso leichter und die Rolle der Sozialpartner wird gestärkt⁴³⁰ ;
- Die Bekämpfung der „Schmutzkonkurrenz“ im Zusammenhang mit dem Sozial- und Lohndumping erfolgt über eine Vertretung der Arbeitnehmenden, die die Interessen der „neuen Arbeitnehmenden“ berücksichtigt und einen sozialen Dialog sicherstellt, der näher an der Realität der Branche oder des Berufsstands ist. Dies erhält letztendlich den Arbeitsfrieden⁴³¹.

4. Neue Formen von GAV?

357 Wie oben erwähnt, führt die mit der Qualifizierung der Vertragsverhältnisse in bestimmten, durch die Digitalisierung der Arbeit bedingten Situationen zur folgenden Fragestellung: Muss

⁴²⁶ Siehe oben, Rz. 323 ff.

⁴²⁷ Siehe oben, Rz. 323 ff.

⁴²⁸ Zu diesen Quoren siehe oben, Rz. 68 ff.

⁴²⁹ Siehe oben, Rz. 86 ff.

⁴³⁰ Siehe oben, Rz. 73 ff. und 81 ff.

⁴³¹ Siehe oben, Rz. 89.

das Werkzeug GAV auf neue Gruppen, wie beispielsweise die „Selbstständigen“ ausgeweitet werden, wie es in den Niederlanden der Fall ist⁴³²?

Auch wenn diese Idee auf den ersten Blick attraktiv, weil inklusiv, erscheinen kann, so scheint sie uns doch einer Überprüfung nicht standzuhalten. Im Staat New York hat Uber seinen Fahrern die „Unterstützung“ einer „Gewerkschaft“, der *Independent Drivers Guild*, in Partnerschaft mit einer ankerkannten Gewerkschaft angeboten. Diese Organisation bietet den Fahrern insbesondere Rabatte auf Rechtsbeistand sowie die Möglichkeit, einmal pro Monat der Unternehmensleitung ihre Beschwerden mitzuteilen. Allerdings ist diese Organisation keine vom amerikanischen Recht anerkannte Gewerkschaft, und die Fahrer haben nicht abgestimmt, um ihr das Vertretungsrecht zu übertragen. Sie ist nicht berechtigt, Tarifverhandlungen zu führen. Manche meinen, dass sie nur dazu dienen würde, den Weg zu anerkannten Formen von Arbeitnehmerorganisationen zu versperren ... und sogar so weit gegangen sei, ausdrücklich auf Kampfmassnahmen – insbesondere Streiks – zu verzichten⁴³³.

Zunächst muss daran erinnert werden, dass das Konkurrenzrecht sich wie ein Spiegel zum Arbeitsrecht verhält: Jemand, der kein Arbeitnehmender im Sinne des Arbeitsrechts ist und einen „Tarifvertrag“ abschliessen würde, der insbesondere einen „Mindestlohn“ enthält, würde in Wirklichkeit einen Vertrag über den Preis abschliessen, der im Sinne des Konkurrenzrechts einen kartellartigen Charakter hätte⁴³⁴. Ausserdem spricht das geltende Recht wohl gegen die Möglichkeit, einem die „Selbstständigen“ einschliessenden Berufsverband, die Tariffähigkeit und somit das Recht, GAV zu verhandeln, zu verleihen (siehe Art. 356 OR). Nur *arbeitnehmerähnliche Personen* können in den Anwendungsbereich des GAV fallen, da sie eines kollektiven Schutzes bedürfen und da die Einbeziehung dieser Personen der Wirtschaftsordnung grundsätzlich nicht schaden würde⁴³⁵. Schliesslich erfüllt ein Vorausverzicht auf die Ergreifung von Kampfmassnahmen ausserhalb jeder Tarifverhandlung und bei Fehlen eines Tarifvertrags die Bedingung der Unabhängigkeit einer Arbeitnehmerorganisation nicht.

Unserer Meinung nach ist es daher notwendig, eher über die eigentliche Qualifizierung der Vertragsverhältnisse nachzudenken, wobei insbesondere die Schutzbedürfnisse der betroffenen Personen, ihre organisatorische und wirtschaftliche Integration in das Unternehmen und die negativen Auswirkungen auf die Konkurrenz der betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden müssen.

VII. Einige Überlegungen zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tripartismus

1. Tripartismus bei der IAO und in der Schweiz

Die Internationale Arbeitsorganisation ist «*l'unique organisation internationale dont les Membres ne sont pas que des Etats mais où les partenaires sociaux sont membres à part entière. Cette structure tripartite est unique dans le monde onusien. Les gouvernements, les employeurs et les travailleurs prennent en commun les décisions relatives à l'action de l'OIT*»⁴³⁶ (freie Übersetzung: die einzige internationale Organisation, bei der nicht nur Staaten, sondern auch Sozialpartner gleichberechtigte Mitglieder sind. Diese dreigliedrige Struktur ist UNO-weit ein-

⁴³² Siehe oben, Rz. 125.

⁴³³ Zu diesem Thema siehe insbesondere den Artikel in Bloomberg Business Week vom 27. Oktober 2016: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-27/uber-found-an-unlikely-friend-in-organized-labor> (zuletzt aufgerufen am 02.06.2018).

⁴³⁴ Siehe oben, Rz. 95 ff.

⁴³⁵ Siehe oben, Rz. 126.

⁴³⁶ Berset Bircher/Meier, S. 1.

malig. Regierungen, Arbeitgeber und Arbeitnehmer treffen gemeinsam Entscheidungen hinsichtlich des Vorgehens der IAO). Jedes Land ist bei der jährlichen Sitzung der Internationalen Arbeitskonferenz durch zwei Delegierte der Regierung und je einen Delegierten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber vertreten; alle Delegierten haben dieselben Rechte und können frei und offen diskutieren⁴³⁷.

362 Die Arbeitsweise der IAO beruht auf dem Grundsatz der Dreigliedrigkeit, einem Konzept, das es so im schweizerischen Recht nicht gibt. Die Vorrangstellung, die den Sozialpartnern im Arbeitsrecht eingeräumt wird, äussert sich jedoch in verschiedenen Ausprägungen des Tripartismus. Wie Mahon betont, kommt den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften *«jouent, naturellement, un rôle de premier plan dans le domaine du droit du travail. Leurs membres sont en effet les premiers concernés par la question. Vouées à la défense des intérêts de ces derniers, les organisations professionnelles se voient reconnaître par l'ordre juridique certaines prérogatives»*⁴³⁸ (freie Übersetzung: im Arbeitsrecht eine zentrale Rolle zu. Ihre Mitglieder sind bei dieser Thematik die Hauptbetroffenen. Die Berufsverbände, die sich die Vertretung ihrer Interessen zur Aufgabe gemacht haben, erhalten durch die Rechtsordnung bestimmte Vorrechte).

363 Zunächst einmal sei auf das IAO-Übereinkommen Nr. 144 über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführung internationaler Arbeitsnormen (1976) verwiesen, das die Schweiz im Jahr 2000 ratifiziert hat⁴³⁹. Auf der Grundlage dieses Übereinkommens wurde die Tripartite Kommission für Angelegenheiten der IAO (TPK IAO) eingerichtet. Diese Kommission tagt grundsätzlich zweimal pro Jahr und wird beigezogen, wenn es um die Prüfung und Ratifizierung von IAO-Übereinkommen oder um Massnahmen zur Förderung der Umsetzung solcher Übereinkommen geht⁴⁴⁰.

364 Die TPK IAO hat 2013 die Strategie der Schweiz in der IAO definiert. Als gemeinsame Strategie von Staat und Sozialpartnern stützt diese sich auf drei Schwerpunkte, die gewährleisten sollen, dass *«die Schweiz ihre Verbundenheit mit der ILO und ihren Aktivitäten zur Förderung der sozialen Gerechtigkeit, der sozialen Dimension der Globalisierung, des sozialen Dialogs sowie der Arbeitnehmerrechte überall auf der Welt noch stärker zum Ausdruck bringen»* kann: das Engagement zur Stärkung der ILO, die glaubwürdige Anwendung und Förderung der IAO-Normen in der Schweiz und die Förderung menschenwürdiger Arbeit überall auf der Welt⁴⁴¹. Die Umsetzung der Initiative zur Zukunft der Arbeit⁴⁴² beginnt mit einem Dialog auf nationaler Ebene, was in der Schweiz begrüsst wird. Die TPK IAO hat sich bereit erklärt, eine nationale Erklärung der Sozialpartner auszuarbeiten, die der IAO anlässlich ihres 100-jährigen Jubiläums als Vorbild für eine umfassende Erklärung über die Zukunft der Arbeitswelt dienen könnte.

⁴³⁷ Art. 3 der Verfassung der IAO vom 28. Juni 1919 (SR 0.820.1). Siehe dazu auch die Website der IAO: <http://ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/international-labour-conference/lang--fr/index.htm> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴³⁸ Mahon, S. 57.

⁴³⁹ SR 0.822.724.4.

⁴⁴⁰ Siehe https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/IAO.html (zuletzt besucht am 01.06.2018).

⁴⁴¹ Siehe das Dokument *«Für soziale Gerechtigkeit: das Engagement der Schweiz in der Internationalen Arbeitsorganisation»* (hier abrufbar: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/IAO.html, zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁴² http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_369026.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018).

Überdies sieht das schweizerische Recht eine Verpflichtung zur Anhörung der Sozialpartner vor⁴⁴³. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens (Art. 147 BV) werden die Dachverbände der Wirtschaft bei wichtigen Erlassen und anderen Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen eingeladen, sich an der Vernehmlassung zu beteiligen; jede Person und jede Organisation kann sich im Übrigen an einem Vernehmlassungsverfahren beteiligen und eine Stellungnahme einreichen (siehe Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren⁴⁴⁴). Die Sozialpartner haben zudem verschiedene Wirkungsbereiche, insbesondere bei der Unfallprävention und der Einführung diesbezüglicher rechtlicher Vorschriften⁴⁴⁵ sowie bei der Berufsbildung (gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt, darunter die Sozialpartner (siehe Art. 1 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung). Die Sozialpartner sind im Übrigen im Parlament vertreten⁴⁴⁶.

365

Die Zuständigkeit der Sozialpartner wurde mit der Einführung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit⁴⁴⁷ signifikant erweitert: Gemäss Art. 2 EntsG sind die als allgemein verbindlich erklärten GAV auch auf in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anzuwenden, insbesondere bezüglich minimaler Entlohnung, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sowie Nichtdiskriminierung. Überdies sind die Sozialpartner per Gesetz Mitglied in der Tripartiten Kommission des Bundes⁴⁴⁸ und in den gemäss Art. 360b OR geschaffenen kantonalen Kommissionen. Zu den Aufgaben dieser Kommissionen gehört die Beobachtung des Arbeitsmarktes (Art. 360b Abs. 3 OR). Stellen sie fest, dass Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden, das kein Gesamtarbeitsvertrag vorliegt, der allgemein verbindlich erklärt werden kann, und dass die Suche nach direkten Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern erfolglos ist (Art. 360b Abs. 3 OR), so können sie der zuständigen Behörde vorschlagen, einen befristeten Normalarbeitsvertrag mit differenzierten Mindestlöhnen zu erlassen. Diese Kommissionen haben in den Betrieben das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind (Art. 360b Abs. 5 OR).

366

In manchen Fällen übernehmen Sozialpartner auch eine verfahrensrechtliche Rolle bei Rechtsstreitigkeiten. Sie sind insbesondere zur Beschwerde gegen Verfügungen von Ausführungsorganen des ArG berechtigt (Art. 58 ArG). Zudem sind die Sozialpartner in den in Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG vorgesehenen Fällen klageberechtigt (siehe Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG). Dies gilt insbesondere für Klagen gemäss Art. 7 UWG, mit denen ein unlauterer Wettbewerb beseitigt oder verhindert werden soll, der dadurch zustande kommt, dass ein oder mehrere Unternehmen Arbeitsbedingungen nicht einhalten, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind oder berufs- oder ortsüblich sind⁴⁴⁹.

367

Die oben erwähnten Rollen und Funktionen der Sozialpartner verstehen sich natürlich zusätzlich zu ihrer ureigenen Aufgabe, die darin besteht, Kollektivverhandlungen zu führen und, in der Folge, GAV abzuschliessen und die Allgemeinverbindlicherklärung bereits bestehender GAV anzufordern.

368

2. Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tripartismus

⁴⁴³ Siehe dazu Mahon, S. 57.

⁴⁴⁴ SR 172.061.

⁴⁴⁵ Siehe dazu: <http://www.ekas.admin.ch/index-de.php?frameset=22> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁴⁶ Siehe Mahon, S. 57.

⁴⁴⁷ Siehe unten, Rz. 73 ff.

⁴⁴⁸ Siehe https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/tripartite-kommission-des-bundes.html (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁴⁹ Siehe dazu Meier/Pärli, Rz. 296 ff. und Meier, Concurrence, S. 102 ff.

369 In dieser Studie soll es nicht darum gehen, umfassend zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tripartismus in der Schweiz und bei der IAO Stellung zu beziehen. Es werden vielmehr neue rechtliche Fragen aufgezeigt, die sich durch den tiefgreifenden Wandel des Arbeitsmarktes (zunehmende Ungewissheit hinsichtlich der Identität von Beschäftigten und Arbeitnehmern; ins Ausland verlagerte Aufgaben; in der Schweiz ohne Entsendung von Arbeitnehmern erbrachte Arbeit für einen ausländischen Arbeitgeber usw.) oder durch neue Formen der Arbeitsausführung (Roboterisierung, Telearbeit, digitales Nomadentum, *Crowdworking*) stellen.

370 Betrachtet man diese Entwicklungen im Lichte des schweizerischen Arbeitsrechts, das sich – bisher mit Erfolg – auf soziale Partnerschaft und Tripartismus stützt, erscheint dringend erforderlich, dass sich die Sozialpartner mit diesen neuen Themen befassen und je nach Branche oder Beruf umsichtige und angemessene Lösungen finden. Festzustellen ist auch, dass einige Aspekte der digitalen Revolution struktureller Natur sind (insbesondere die transnationalen Auswirkungen) und daher notgedrungen einen staatlichen Eingriff und tripartite Lösungsansätze erfordern.

3. Mögliche Massnahmen zum Einbezug transnationaler Aspekte der Digitalisierung der Arbeit

371 Auch sollte über die Förderung und Ausweitung des Wirkungsbereichs der Sozialpartner und somit den Abdeckungsgrad der Gesamtarbeitsverträge nachgedacht werden. Folgende Ansätze sind insbesondere denkbar:

- Die oben erwähnte Überlegung zum Geltungsbereich der GAV und zum etwaigen Einbezug «*Selbständiger*» oder «*digitaler Arbeitnehmer*» muss auch auf tripartiter Ebene erfolgen. Grundsätzliche Fragen bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Unterstellung sind gesetzlich zu regeln. Materiell gesehen geniessen Selbständige nämlich wesentlich weniger soziale Sicherheit als Unselbständige. Überdies wird sich die Ausbreitung selbständiger Erwerbstätigkeit auch erheblich auf die Finanzierung der Sozialversicherungen auswirken: In dieser Hinsicht spielen die Sozialpartner keine untergeordnete Rolle. Dabei muss allerdings geprüft werden, inwiefern sich die entsprechenden Beschäftigten auf die Bestimmungen eines GAV berufen können. Die hier aufgeworfenen Fragen können in tripartiten Gesprächen behandelt werden, da sie über die einzelnen Sozialpartner hinausgehen und weitreichende ökonomische und soziale Auswirkungen haben. Fragen zum Gerichtsstand und zur Schiedsfähigkeit von Streitfällen sind ebenfalls gesetzlich zu regeln⁴⁵⁰. Es sollte auch überlegt werden, ob und in welchem Masse diese Beschäftigten einzubeziehen sind, wenn beurteilt wird, ob die erforderlichen Quoren für die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV erreicht sind. Ähnliches gilt bei Massenentlassungen und der Pflicht, einen Sozialplan auszuhandeln. Ob und in welchem Masse die Übertragung bestimmter Aufgaben an eine Plattform (direkt oder via *Crowdworking*) in Wirklichkeit als Unternehmensübergang anzusehen ist, sollte ebenfalls diskutiert werden⁴⁵¹.
- Die Stärkung der sozialen Partnerschaft und die Steigerung des GAV-Abdeckungsgrads können unter zwei Gesichtspunkten angegangen werden: Zunächst sei mit Nachdruck darauf verwiesen, dass Kollektivverhandlungen auf Branchenebene in der Schweiz auch weiterhin beibehalten und gefördert werden sollten. Bei Verhandlungen auf Unterneh-

⁴⁵⁰ Siehe unten, Rz. 173.

⁴⁵¹ Siehe unten, Rz. 131.

- mensebene besteht die Gefahr, dass Arbeitsverhältnisse weniger flexibel werden, da die Mobilität der Beschäftigten ebenso wenig gefördert würde wie ihre Weiterbildung⁴⁵².
- Ferner erscheint es notwendig, Überlegungen zu den Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV und eine eventuelle Ausweitung der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung auf andere als die in Art. 1a AVEG vorgesehenen Fälle anzustellen⁴⁵³. Ob die für die ordentliche Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV vorgeschriebenen Quoren beibehalten, gelockert oder aufgehoben werden sollten, ist ebenfalls eingehender zu untersuchen. Dies soll auf politischer und nicht auf rechtlicher Ebene diskutiert werden. Die Erörterung ist bereits im Gange, da der FDP-Nationalrat Olivier Feller am 6. März 2017 eine parlamentarische Initiative mit dem Namen «Für eine moderne Sozialpartnerschaft» eingereicht hat und darin darauf verweist, dass es «in der Praxis [...] in gewissen Fällen schwierig [ist], diese Quoren zu erreichen, insbesondere auf Arbeitgeberseite in Wirtschaftszweigen, in denen eine grosse Zahl von Mikro-Unternehmen jeweils nur eine kleine Zahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern beschäftigt»⁴⁵⁴.
 - Die «digitale Auslagerung» weist in wirtschaftlicher Hinsicht viele Gemeinsamkeiten mit der Problematik der Personenfreizügigkeit auf, da auch sie das Risiko des Lohn- und Sozialdumpings birgt. In der Schweiz konnten der Staat und die Sozialpartner effiziente Massnahmen zur Bekämpfung der negativen Auswirkungen der Freizügigkeit einführen⁴⁵⁵. Es erscheint notwendig, zeitnah darüber nachzudenken, wie ähnliche Instrumente genutzt werden können, um auf grenzüberschreitende Auswirkungen der Digitalisierung in der Arbeitswelt zu reagieren. Neben der oben erwähnten erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von GAV könnte beispielsweise der Idee nachgegangen werden, ähnlich wie beim EntsG eine Meldepflicht für den Fall vorzusehen, dass ein schweizerischer Arbeitgeber (direkt oder via Crowdfunding) Aufgaben auslagert, dass ein im Ausland ansässiger Arbeitgeber ohne Entsendung Personen auf dem Gebiet der Schweiz beschäftigt oder dass eine für den schweizerischen Markt bestimmte Arbeit komplett im Ausland ausgeführt wird⁴⁵⁶. Eine analoge Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts⁴⁵⁷ könnte ebenso in Betracht gezogen werden wie eine an die unternehmerische Sozialverantwortung (corporate social responsibility, CSR) angelehnte Logik⁴⁵⁸.
 - Die Fragen im Bereich Gesundheit und Arbeitssicherheit sind derart wichtig und komplex, dass auch sie auf der Ebene des Tripartismus behandelt werden sollten, und zwar über die Sozialpartnerebene hinaus im Rahmen der Themen «Digitalisierung/Flexibilisierung/Gesundheit»⁴⁵⁹. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei dem Datenschutz zu schenken, da die Beschäftigten (zumindest theoretisch) durch die neuen Technologien ständig und genau überwacht werden können. Es wäre wünschenswert, diese Überlegungen in die (laufende) Revision des Datenschutzgesetzes einzubeziehen⁴⁶⁰.

⁴⁵² Siehe dazu mit rechtsvergleichenden Aspekten Meier, New Employment, S. 114 ff. und die Verweise.

⁴⁵³ Siehe unten, Rz. 68 ff. und 86 ff.

⁴⁵⁴ Geschäft 17.406, parlamentarische Initiative von Olivier Feller: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20170406>, (zuletzt besucht am 02.06.2018). Am 23. April 2018 hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben der Initiative Folge gegeben.

⁴⁵⁵ Siehe unten, Rz. 73 ff.

⁴⁵⁶ Siehe unten, Rz. 143 ff.

⁴⁵⁷ Siehe unten, Rz. 169.

⁴⁵⁸ Siehe unten, Rz. 170.

⁴⁵⁹ Siehe unten, Rz. 172 f. und 343.

⁴⁶⁰ Siehe unten, Rz. 319 f.

372 Die hier gegebenen Denkanstöße gilt es zu vertiefen und juristisch sowie im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen abzuklären. Ziel ist hier, die entsprechende Diskussion anzustossen.

VIII. Einige Überlegungen zur Zukunft der internationalen Arbeitsnormen vor dem Hintergrund der Digitalisierung

373 Die nachfolgenden Betrachtungen sind nicht als wissenschaftlicher Ansatz zu verstehen, sondern vielmehr als Beschreibung und Versuch, den Stand der aktuellen «Normeninitiative» bei der IAO darzustellen⁴⁶¹.

374 Die internationalen Arbeitsnormen sind Rechtsinstrumente, die von den Mitgliedsgruppen der IAO (Regierungs-, Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter) ausgearbeitet werden und Prinzipien und Mindestrechte bei der Arbeit festlegen. Dabei handelt es sich entweder um Übereinkommen, also rechtlich verbindliche internationale Abkommen, oder um Empfehlungen, die eine Orientierung geben und unverbindlich sind. Ein Übereinkommen stellt oft die grundsätzlichen Prinzipien dar, die von den Staaten, die sie ratifiziert haben, anzuwenden sind, während die entsprechende Empfehlung das Übereinkommen ergänzt und präzisere Leitlinien zur Anwendung des Übereinkommens gibt. Es gibt auch eigenständige Empfehlungen, die nicht an ein Übereinkommen gebunden sind⁴⁶².

375 Bis heute hat die IAO 189 Übereinkommen verabschiedet (internationale Abkommen, die durch die Mitgliedstaaten ratifiziert werden können) und 204 Empfehlungen (unverbindliche Instrumente, manchmal zu denselben Themen wie die Übereinkommen; sie sind als Orientierungshilfe für die Politik und Praxis in den jeweiligen Ländern gedacht).

376 Als grundlegend werden 8 Übereinkommen bezeichnet, in denen es um vier grundlegenden Rechte und Prinzipien bei der Arbeit geht: Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen, Verbot der Kinderarbeit, Abschaffung der Zwangsarbeit, Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf. Die Prinzipien wurden 1998 in der Erklärung der IAO über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit erneut bestätigt⁴⁶³. Insgesamt wurden diese Übereinkommen bisher mehr als 1367-mal ratifiziert, was 91,4 Prozent der möglichen Ratifikationen entspricht. Es fehlen noch 129 Ratifikationen, um das Ziel der weltweiten Ratifizierung aller grundlegenden Übereinkommen zu erreichen⁴⁶⁴.

377 Aufgrund einer «normativen Krise» war die IAO 2012 teilweise handlungsunfähig⁴⁶⁵; die «Normeninitiative» ist das Ergebnis der schwierigen Diskussionen, die auf diese Krise folgten⁴⁶⁶. Im Rahmen dieser Massnahmen wurde ein Mechanismus zur Überprüfung der Normen eingeführt und speziell dafür eine dreigliedrige Arbeitsgruppe aus 16 Regierungsmitgliedern und je acht Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern eingerichtet. Die Schweiz ist Teil dieser Arbeitsgruppe.

⁴⁶¹ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/WCMS_502351/lang--fr/index.htm (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁶² Ganzer Abschnitt: <http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁶³ Berset Bircher/Meier, S. 4. Der Text der Erklärung ist hier abrufbar: <http://ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁶⁴ Siehe <http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

⁴⁶⁵ Berset Bircher/Meier, S. 10.

⁴⁶⁶ Näheres hierzu, einschliesslich zur Schweizer Mediation, siehe Berset Bircher/Meier, S. 10 f.

Das Mandat der Arbeitsgruppe bestand darin, über die Folgemassnahmen für 63 Instrumente – 36 Übereinkommen und 27 Empfehlungen – zu entscheiden, die zuvor als veraltet eingestuft worden waren. *«Les discussions en cours portent sur les liens entre les procédures, l'accessibilité des règles et pratiques, le processus de présentation des rapports et la portée de la mise en oeuvre des normes : des sujets qui ne soulèvent pas de désaccord. Un consensus minimal existe sur les principes qui doivent guider le renforcement du système de contrôle ; la formalisation de rencontres et discussions entre les organes de contrôle ; l'examen du fonctionnement de la procédure prévue à l'art. 24 Cst. OIT et la rationalisation accrue du processus de présentation des rapports (...) La lenteur des décisions, la difficulté à trouver un accord sur le fond d'un véritable renforcement du système impliquent que la sécurité juridique n'est toujours pas garantie. Aucune discussion sur les conditions de recevabilité n'a pu avoir lieu non plus»*⁴⁶⁷ (freie Übersetzung: Das Augenmerk der aktuellen Diskussionen liegt auf Bezügen zwischen den Verfahren, der Zugänglichkeit von Regeln und Praktiken, dem Verfahren der Berichterstattung und der Reichweite der Umsetzung der Normen: Themen, bei denen keine Uneinigkeit herrscht. Ein minimaler Konsens besteht hinsichtlich der Prinzipien, die der Stärkung des Kontrollsystems zugrunde liegen sollen, der Formalisierung von Besprechungen und Diskussionen zwischen den Kontrollinstanzen, der Überprüfung der Funktionsweise des in Art. 24 der IAO-Verfassung vorgesehenen Verfahrens und der zunehmenden Rationalisierung der Berichterstattungsverfahren (...). Die langwierige Entscheidungsfindung und die mühselige Einigung über den Inhalt einer tatsächlichen Stärkung des Systems weisen darauf hin, dass Rechtssicherheit immer noch nicht gewährleistet ist. Diskussionen zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen konnten auch nicht geführt werden). Bis heute wurde lediglich bei 6 Übereinkommen der Vorschlag gemacht, sie aufzuheben, weil sie als veraltet angesehen wurden⁴⁶⁸. Die Diskussionen zu den übrigen Instrumenten werden fortgeführt.

378

In Anbetracht der beschriebenen Sachlage ist zu befürchten, dass die altehrwürdige Institution andere zeitliche Massstäbe anlegt als es die Herausforderungen der Digitalisierung in der Arbeitswelt erfordern. Ganz offensichtlich werden die mit der Digitalisierung einhergehenden Veränderungen in der Schweiz (und selbst in Europa) nicht dieselben Konsequenzen und Auswirkungen wie im Rest der Welt haben. Diese starke Diskrepanz ist vermutlich mit ein Grund für die langwierige Aktualisierung der IAO-Instrumente. Der internationale Kontext sollte jedoch die schweizerischen Sozialpartner nicht davon abhalten, die Problematiken im Zusammenhang mit der Digitalisierung aktiv anzugehen und bei Systemproblemen gegebenenfalls eine staatliche Intervention einzufordern.

379

Die IAO selbst hat sicherlich Interesse daran, Überlegungen zu verschiedenen Themen im Zusammenhang mit der Digitalisierung einzuleiten. Als wichtiger Ansatzpunkt erscheinen hier wie oben bereits erwähnt die unweigerlichen transnationalen Auswirkungen der neuen Technologien⁴⁶⁹. Das im Arbeitsrecht und in den GAV vorherrschende Territorialitätsprinzip könnte beispielsweise in neue internationale Arbeitsnormen einfließen und damit dazu beitragen, dass der jeweilige Geltungsbereich präziser abgesteckt wird.

380

⁴⁶⁷ Berset Bircher/Meier, S. 12.

⁴⁶⁸ Es handelt sich um die Übereinkommen 50, 64, 65, 86, 104 und 21. Hinzu kommt die Empfehlung, folgende Empfehlungen zurückzuziehen oder zu ersetzen: E. 61, E. 62, E.7, E. 57, E. 60, E. 88, E. 87, E. 101, E. 117, E. 150, E. 119, E. 127, E. 112, E. 53, E. 55, E. 123, E. 196.

⁴⁶⁹ Siehe unten, Rz. 168 ff.

IX. Bibliographie - Literaturverzeichnis

Die Lehre und Rechtsprechung wurde bis zum 15. Mai 2018 berücksichtigt.

ANDERMATT ARTHUR, Koalitions- und Streikrecht, in ANDERMATT ET. AL. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009.

AUBERT GABRIEL, L'obligation de paix du travail, Diss., Genf 1981.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich, Basel, Genf 2003.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf 2015, S. 27 (zit.: Aubry Girardin, *Liber Amicorum*).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Santé et sécurité au travail : étude de droit suisse et communautaire, Diss., Zürich 1995 (zit.: Aubry Girardin, Diss.).

BAUMGARTNER ALEX, Industrial Relations in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Baden-Baden 2013, S. 362.

BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in : Panorama III de droit du travail (WYLER RÉMY Hrsg.), Lausanne 2017, S. 579.

BOVET CHRISTIAN, Le droit de la concurrence en tant que droit social in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf 2015, S. 41.

BRANDES ULF/GEMMER PASCAL/KOSCHEK HOLGER/SCHÜLTKEN LYDIA, Management Y – Agile, Scrum, Design Thinking & Co: So gelingt der Wandel zur attraktiven und zukunftsfähigen Organisation, Frankfurt 2014.

BRUCHEZ CHRISTIAN *ad art. 356 CO in* ANDERMATT ET. AL. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2010.

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014.

BUHR AXEL/SCHRAMM DOROTHEE, Kommentar zu Artikel 1.32, 129-142 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, in: FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Internationales Privatrecht (Art. 1-200 IPRG), 2. Aufl., Zürich 2012.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Teleheimarbeit in der Schweiz 2001-2015, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/indikatoren/teleheimarbeit.assetdetail.350538.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

BUNDES RAT, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard und 17.3222 Derder vom 8. November 2017, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/50248.pdf> (zuletzt besucht am 02.06.2018)

BUNDES RAT, Bericht des Bundesrates zur Weiterbildung im Arbeitsrecht vom 9. April 2003, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und

Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Informationen_Arbeitsmarktforschung/bericht-des-bundesrates-zur-weiterbildung-im-arbeitsrecht.html (zuletzt besucht am 02.06.2018; zit.: Bericht Weiterbildung).

BUNDESRAT, Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft vom 11. Januar 2017, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf> (zuletzt besucht am 02.06.2018; zit. Bericht vom 11. Januar 2017)

BUNDESRAT, Rechtliche Folgen der Telearbeit, Bericht des Bundesrates zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-11-16/ber-brd.pdf> (zuletzt aufgerufen am 02.06.2018; zit.: Bericht Telearbeit).

CIRIGLIANO LUCA, La Numérisation, défi pour le droit du travail ?, in Jusletter 6. Februar 2017.

DAEDELLOW ROMY, Beschäftigtendatenschutz und DSGVO, Digma 1/2017, S. 34.

DÄUBLER WOLFGANG, Arbeitsrecht und Wettbewerb, in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf 2015, S. 95 (zit.: Däubler, *Liber Amicorum*).

DÄUBLER WOLFGANG, Herausforderungen für das Arbeitsrecht - Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, in: AuR 2016 Heft 8, S. 325 (zit. Däubler, Herausforderungen).

DÄUBLER WOLFGANG, Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0, Social Media und Crowdwork, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2015. (zit. Däubler, Internet und Arbeitsrecht).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSÈNE INÈS/MADER MÉLANIE, Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, Neuenburg 2015, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/41059.pdf> (zuletzt besucht am 02.06.2018; zit.: Dunand/Mahon, Représentants).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, Etude sur la protection en cas de grève licite, Neuenburg 2016, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/studie-streik-cert-f.pdf> (zuletzt besucht am 02.06.2018; zit.: Dunand/Mahon, Grève).

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2014.

EIDG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER EDOEB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Bern 2013, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/leitfaeden/internet--und-e-mail-ueberwachung-am-arbeitsplatz.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018)

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Genf 2017.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A. (Hrsg.), Le contrat de travail, code annoté, Lausanne 2010.

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis, Ein Handkommentar für die Praxis zum Mitwirkungsgesetz sowie zu weiteren mitwirkungsrelevanten Gesetzen, 2. Aufl., Zürich 2012.

FULD STÉPHANIE/MICHEL JEAN-TRISTAN, Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses, in Jusletter 22. Oktober 2012.

FÜNDLING CAROLINE/SORBER DOMINIK, Arbeitswelt 4.0 - Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats? NZA, 2017, S. 552.

GEISER THOMAS, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 111/2015, S. 359 (zit.: Geiser, Entwicklungen).

GEISER THOMAS, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, AJP 20 (2011), S. 1047-1056 (zit. Geiser, interne Untersuchungen).

GEISER THOMAS, Weiterbildung im Arbeitsrecht, recht 2011, S. 118 ff. (zit.: GEISER, Weiterbildung).

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Das schweizerische Arbeitsrecht und der Wirtschaftsstandort Schweiz, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz. Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich 2007.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern ZBJV 146/2010 S. 1.

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, 3. Aufl., Zürich, 2016.

GREBNER SIMONE ET AL., Kurzfassung der Stressstudie 2010: Stress bei Schweizer Erwerbstätigen – Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit,

https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/stressstudie-2010--stress-bei-schweizer-erwerbstaetigen---zusamm.html (zuletzt abgerufen am 31.05.2018).

JUNKER ABBO, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, S. 184.

KARTHAUS BORIS, Mangelnde Beteiligungsfähigkeit des Algorithmus im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren, NZA 2017, S. 558.

KELLER STEFAN, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, sic! 2009, S. 214.

KNECHT MICHAELA/HÄMMIG OLIVER, Eidgenössische Hochschule Zürich, Mangelnde Work-Life Balance und Rückenschmerzen, Zürich 2008, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/mangelnde-work-life-balance-und-rueckenschmerzen---ausgewahlte-.html (zuletzt aufgerufen am 02.06.2018, zit.: Studie «Mangelnde Work-Life Balance»).

KUHLMANN MARTIN/SCHUHMANN MICHAEL, Digitalisierung fordert Demokratisierung der Arbeitswelt heraus in HOFFMAN REINER/BOGEDAN CLAUDIA (Hrsg.), Arbeit der Zukunft: Möglichkeiten nutzen - Grenzen setzen, Frankfurt a.M. 2015, S. 122.

LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4 Aufl., Bern 2014.

MAHON PASCAL, Réglementation du travail, Droit et vie économique, Lausanne, 1984.

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II 93 (zit.: Meier, Concurrence).

MEIER ANNE, L'engagement de musiciens : contrat de travail ou contrat d'entreprise ? — étude des contrats de service en droit suisse et en droit américain, thèse, Genf 2013 (zit.: Meier, Diss).

MEIER ANNE, Le compte épargne-temps en droit suisse du travail *in* WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf 2015, S. 213 (zit.: Meier, *Liber Amicorum*).

MEIER ANNE, Pour un retour de la notion d'intégration dans la définition du contrat de travail, ARV/DTA Bern 2013, S. 97 (zit.: MEIER, intégration).

MEIER ANNE, The New Employment Relationship. How "Atypical" Work Contracts Challenge Employment Law, Labour Law and Social Security Systems, A Comparative Legal Study, Zürich 2014 (zit.: Meier, New employment).

MEIER ANNE/PÄRLI KURT, Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux, Zürich 2018.

MEIER ANNE / SEILER ZOÉ, Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée, *in* ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI/ISABELLE WILDHABER (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 245.

MEISSNER JENS O./WEICHBRODT JOHANN/HÜBSCHER BETTINA/BAUMANN SHERON/KLOTZ UTE/PEKRUHL ULRICH/GISIN LEILA/GISLER ALEXANDRA, Flexible neue Arbeitswelt Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene, TA-Swiss-Studie, Zürich, 2016 (zit: Meissner et. al., TA-Swiss-Studie neue Arbeitswelt).

MEISSNER JENS O./WEICHBRODT JOHANN/HÜBSCHER BETTINA/BAUMANN SHERON/KLOTZ UTE/PEKRUHL ULRICH/GISIN LEILA/GISLER ALEXANDRA, Activité indépendante en solo, travailleurs-entrepreneurs, crowdworking et Cie : L'assouplissement du travail et ses conséquences, Synthèse de l'étude « Flexible neue Arbeitswelt. Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene », https://www.ta-swiss.ch/TA_KF_flexible_Arbeitswelt_f.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018; zit.: Meissner et. al., Activité indépendante).

METTLING BRUNO, Transformation numérique et vie au travail, 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_-_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf (zuletzt besucht am 02.06.2018).

METZ MARKUS, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum kollektiven Arbeitsrecht, ARV 2006, S. 161.

MÜLLER ROLAND/HOFER CÉLINE/STENGEL MANUEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP/PJA 4/2015, S. 565.

MÜLLER THOMAS, Braucht es ein Unternehmensjuristengesetz?, Jusletter vom 21. September 2009.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Kommentar zu Art. 35 DSG, *in* MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, S. 626.

ORDOLLI GENEVIÈVE, Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail, Genf 2013.

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, Aktuelle juristische Praxis 11 (2014), S. 1454 (zit.: Pärli, Zutritt).

PÄRLI, KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, *in* BÄNI EVA-MARIA/OBRIST ANGELA (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 435 (zit.: Pärli, Festschrift).

PÄRLI KURT, Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Einkommens von Uber-Fahrern/innen, Jusletter, 12.06.2017, *à paraître* (zit: Pärli, Qualifikation).

PÄRLI KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP/PJA 2015, S. 1672 (zit.: Pärli, EMRK).

PÄRLI KURT, Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: KIESER UELI/PÄRLI KURT (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern, St. Gallen 2012, S. 29 (zitiert: Pärli, Evaluieren).

PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, Arbeitsrecht, ARV/DTA 2016, 4, 243 (zit.: Pärli, Neue Formen).

PÄRLI KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, EUZA 2015, S. 48 (zitiert: Pärli, EUZA).

PÄRLI KURT, Uber – Gutachten.

https://ius.unibas.ch/uploads/publics/44647/20170303161127_58b9879fe0384.pdf. PÄRLI KURT, Urteil 6B_536/2009 der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 12. November 2009, digma 10 (2010) S. 76 (zitiert: Pärli, digma).

PORTMANN WOLFGANG/NEDI RAHEL, Neue Arbeitsformen - Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing in BREITSCHMID, PETER; ET AL. Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung: Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag. Zürich, 2015, S. 525.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.

PREIS ULRICH/WIEG FLORIAN, Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt – Kritische Überlegungen zur Rechtsentwicklung, AuR 2016, S. 313.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2001.

RIEGER ANDREAS, Entwicklung und Bedeutung der GAV in der Schweiz, in ANDERMATT ET AL. (Ed.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2010.

RIEMER-KAFKA/STUDER VIVIANE, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 4/2017, S. 354.

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008.

RUDOLPH ROGER, Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht, AJP 2016, S. 145.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement, in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genf 2015, S. 285.

SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2011, S. 174.

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND (SBG/USS) Mindestlöhne: Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Zürich 2011.

SECO, Bericht GAV-Standortbestimmung, 2014, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/Studien_und_Berichte/bericht-gav-standortbestimmung.html (zuletzt besucht am 02.06.2018).

SECO, Merkblatt zum Pikettdienst, 2016, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und

[Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter und Checklisten/merkblatt-zum-pikettdienst.html](#) (zuletzt besucht am 02.06.2018) .

SECO, Wegleitung zur ArGV 1 : Artikel einzeln, 2014, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

SECO, Wegleitung ArGV 3, 1995, S. 1-3 zu Art. 26, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zur-argv-3.html> (zuletzt besucht am 02.06.2018).

SECO/FACHHOCHSCHULE NORDWESTSCHWEIZ, Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz,, 2012 https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/flexible-arbeitszeiten-in-der-schweiz---auswertung-einer-repraes.html (zuletzt besucht am 02.06.2018).

STEINER, OLIVIER, Die arbeitnehmerähnliche Person – Auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft, ArbR 2008, S. 65.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

SUPIOT ALAIN (sous la direction de), Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, Paris 1999.

UFFMANN KATHARINA, Digitalisierung der Arbeitswelt, NZA 2016, S. 977.

VISCHER FRANCK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar, Art. 356-360f OR. Der Arbeitsvertrag, Band V/2c - Das Obligationenrecht, Zürich 2006 (zit.: ZK-Vischer/Albrecht).

VÖGELI ANDREAS, Europäische Ebene, Die Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Rüssli, Markus et al. (Hrsg.), Zürich 2012, S. 741.

VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV/DTA 2009, S. 2 f. (zit.: von Kaenel, ständige Erreichbarkeit)

VON KAENEL ADRIAN, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006, S. 93 (zit.: von Kaenel, Tests).

VON KAENEL ADRIAN, in GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Kommentar, Bern 2005 (zit.: von Kaenel, ArG).

WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail. Réponse juridique à une évolution économique, ZSR, Band 135 (2016), I, Heft 5, S. 457.

WOLFER SIMON, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Luzern, Zürich 2008.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Bern 2014.