

Arbeitsrecht Droit du travail

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Revue de droit du travail et d'assurance-chômage



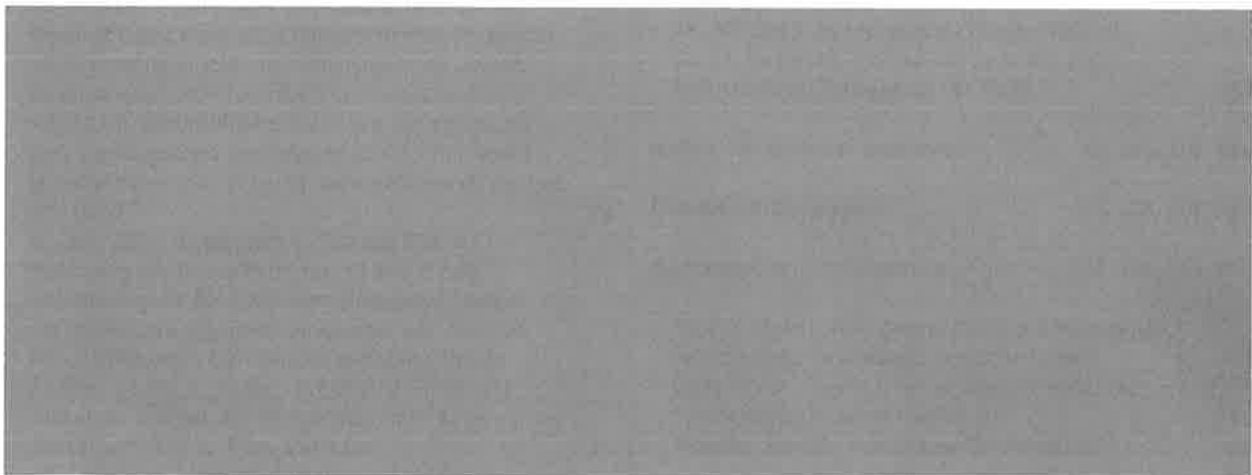
Herausgegeben von/Publié par

Prof. Dr. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence),
Prof. Dr. Gabriel Aubert, Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand,
Dr. Adrian von Kaenel, Prof. Dr. Roland A. Müller,
Dr. Boris Zürcher (SECO)

In Zusammenarbeit mit/En collaboration avec

SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft /
Secrétariat d'Etat à l'économie)

2016 **ARV**
DTA



Schulthess §

A-2290598

Katalog

Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Universität Basel

Die Allgegenwärtigkeit von Smartphones und die Digitalisierung fördern die Entwicklung neuer, auch grenzüberschreitender Arbeitsformen. Für das weitgehend national kodifizierte und national durchgesetzte Arbeitsrecht stellen diese Entwicklungen eine grosse Herausforderung dar. Es stellt sich unter anderem die Frage, ob gewisse global, aber auch regional tätige Internetplattformen reine Vermittlungsorganisationen von Aufträgen sind oder nicht (vielmehr Auftraggeber oder «Quasi-Arbeitgeber»). Als problematisch erweisen sich auch Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln, die bei Streitigkeiten auf eine fremde Rechtsordnung verweisen, ein Verfahren in englischer Sprache und eine ausschliessliche Streitbeilegungskompetenz für Schiedsgerichte vorsehen. Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach und schliesst mit ein paar grundsätzlichen Überlegungen.

L'omniprésence des smartphones et la digitalisation favorisent le développement de nouvelles formes de travail, notamment sur le plan international. Ce développement met au défi le droit du travail, largement codifié et appliqué dans un cadre national. Des plateformes internet actives sur le plan global ou régional se bornent-elles à transmettre des mandats ou ne jouent pas plutôt le rôle de mandants ou de quasi-employeurs? Les problèmes concernent aussi l'élection de droit ou de for, ainsi que les clauses d'arbitrage, qui renvoient, en cas de litige à l'application d'une loi étrangère, qui instaurent une procédure en anglais ou qui prévoient la compétence exclusive de tribunaux arbitraux en cas de différend. L'auteur examine ces questions et conclut par quelques réflexions de principe.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - 1. Schöne neue Arbeitswelt
 - 2. Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Gang der Untersuchung
- II. Rechtswahl, Gerichtsstand und Schiedsklausel
 - 1. Regelungen in Verträgen und AGB der Plattformen
 - 2. Auf die Fälle anwendbare Regelungen zum Gerichtsstand im IPRG und LugÜ
 - 3. Gültigkeit einer Schiedsklausel
 - 4. Anwendbares Recht
- III. Plattformbeschäftigungsverhältnisse im Lichte des schweizerischen Rechts
 - 1. In Frage kommende Vertragstypen
- 2. Vertragsverhältnisse bei Crowdwork-Plattformen und Vermittlungsplattformen
 - a) Crowdwork-Plattform als direkter Vertragspartner des Dienstleisters
 - b) Vermittlungsplattformen
- 3. Exkurs: Sozialversicherungsrechtliche Fragestellungen
- IV. Schutz guter Arbeitsbedingungen – im und ausserhalb des Arbeitsrechts

I. Einleitung

1. Schöne neue Arbeitswelt

Die rasch voranschreitende Digitalisierung und die diese weiter beschleunigende Globalisierung der Arbeitswelt rufen neue und innovative Formen der Organisation der Arbeit hervor¹. Der allgegenwärtige mobile Internetzugang über Smartphones führt zu einem Verschwinden der Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit sowie Arbeits- und Wohnort². Viele Arbeitnehmer/innen erledigen zumindest einen Teil ihrer Arbeit nicht mehr am Ort ihres Arbeitgebers, sondern von zu Hause aus oder unterwegs³. Ganze Wertschöpfungseinheiten werden mehr und mehr digital organisiert und gesteuert⁴. Auch kognitiv anspruchsvolle Tätigkeiten können zudem von miteinander kommunizierenden und interagierenden Computersystemen erledigt werden. Diese technologischen Entwicklungen werden zum einen möglicherweise zu einem massiven Stellenabbau führen⁵. Zum anderen werden sich auch die Tätigkeiten an sich verändern. Die (noch verbleibenden) Mitarbeitenden werden punktuell, örtlich und zeitlich com-

puterbasiert berechnet und flexibel dort eingesetzt, wo die Tätigkeit des Computers oder Roboters die menschliche Arbeitskraft erfordert⁶. Diese Entwicklungen stellen für sich alleine bereits eine grosse Herausforderung für das Arbeitsrecht⁷ und auch für die damit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen dar⁸.

Die Digitalisierung erleichtert eine Zergliederung von Aufgaben und Tätigkeitsprofilen und schafft so einen unmittelbaren Anreiz zu zwei Erscheinungsformen der Organisation des Arbeitens, auf die in der Folge näher eingegangen und die aus arbeitsrechtlicher Sicht näher analysiert werden. Bei der sogenannten *Plattformökonomie*⁹ werden Dienstleistungen über eine digitale Plattform organisiert, die Angebot und Nachfrage zusammenführt. Die Plattform versteht sich dabei als Dienstleistungsvermittler. Die Vermittlung erfolgt online und über Smartphone-Apps. Prominente Beispiele für diese Geschäftstätigkeit sind der global tätige Fahrgelegenheitsvermittlungsdienst «Uber» oder die ebenfalls in zahlreichen Ländern aktive Vermittlungsplattform «TaskRabbit», die Dienstleistungen unterschiedlichster Art vermittelt. Das Phänomen der Plattformökonomie ist aber keineswegs auf international tätige Konzerne wie «Uber» beschränkt. Laufend entstehen neue Angebote. Das gilt auch für das als *Crowdwork* bezeichnete Phänomen. Bei der *Crowdwork* funktionieren Plattformen wie «Mechanical Turk»¹⁰ von Amazon oder die deutsche Agentur «Clickworker»¹¹ als eine Art digitale Jobvermittlungsbörse. Die Clickworker bewerben sich für einzelne, durch die Plattform in Microjobs zerlegte Aufträge der Kunden der Platt-

¹ Werner Eichhof/Holger Hinte/Ulf Rinne/Verena Tobsch, Digitalisierung und Arbeitsmarkt: Aktuelle Entwicklungen und sozialpolitische Herausforderungen, Institut zur Zukunft der Arbeit (IZA), IZA-Standpunkte Nr. 85, 2016.

² Jens O. Meissner/Johann Weichbrodt/Bettina Hübscher/Sharon Baumann/Ute Klotz/Ulrich Pekruhl/Leila Gisin/Alexandra Gisler, Flexible neue Arbeitswelt Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene, TA-Swiss-Studie, Zürich, 2016, S. 13 ff. Zu den damit verbundenen arbeitsrechtlichen Problemen siehe Adrian von Kaenel, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in: ARV 2000 S. 1 ff.

³ In der Politik (zum Teil auch in der Wissenschaft) wird für das Phänomen der etwas antiquierte Begriff der «Telearbeit» verwendet. Siehe zur Entwicklung der Telearbeit und zur Einschätzung der rechtlichen Folgen den Bericht des Bundesrates vom 16. November 2016 zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz (ab hier: «Bericht Telearbeit», Quelle: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-11-16/ber-br-d.pdf> (zuletzt besucht am 21.11.2016)). Gemäss diesem Bericht nimmt der Anteil der Telearbeit seit Jahren zu (S. 18).

⁴ Christophe, Degrye, Digitalisation of the economy and its impact on Labour markets, Working Paper 2016.02, Etui, Brüssel, 2016 (Quelle: <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets> (zuletzt besucht am 25.11.2016)).

⁵ Gemäss der Studie von Frey/Osborne werden in den USA in den nächsten zwei Jahrzehnten 47% aller Jobs verschwinden, siehe Carl Benedikt Frey/Michael A. Osborne, The Future of employment: How susceptible are Jobs to Computerisation?, Quelle: http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (zuletzt besucht am 21.11.2016).

⁶ Wolfgang Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, Soziales Recht, Sonderausgabe Juli 2016, S. 5 ff.

⁷ Bericht Telearbeit (Fn 3), S. 34 ff.

⁸ Eichhorst/Hinte/Rinne/Tobsch (Fn 1), S. 4, die Autoren/innen sprechen von einer «Sozialversicherungslandschaft 4.0».

⁹ Die Plattformökonomie wird je nach politischem Standpunkt auch euphorisch als Teil der «Sharing Economy» gefeiert oder als «Plattformkapitalismus» gebrandmarkt, siehe zu Letzterem Tom Slee, Deins ist Meins, Die unbequemen Wahrheiten der Sharing Economy, München, 2016.

¹⁰ <https://www.mturk.com/mturk/welcome> (zuletzt besucht am 25.11.2016).

¹¹ <https://www.clickworker.de/ueber-uns/unsere-crowd-die-clickworker/> (zuletzt besucht am 25.11.2016).

form. Auftraggeber (bzw. ggf. Arbeitgeber) ist dabei die Plattform. Verschiedene Studien gehen davon aus, dass «Crowdwork» in nächster Zeit massiv an Bedeutung gewinnen wird, insbesondere in internet-affinen Branchen¹². Gemäss einer Recherche des Onlineportals «Watson» sind 3400 Personen aus der Schweiz für die Plattform «Clickworker» tätig¹³. Ein Indiz für die wachsende Bedeutung des Phänomens ist auch der «Crowdservice», den das Schweizer Jungunternehmen «Mila» anbietet. Mila vermittelt technisch versierte Privatpersonen (friends) und Kleinunternehmer (profis), die Kunden bei Fragen rund um Internet, TV oder Smartphone vor Ort unterstützen¹⁴. Mila kooperiert u.a. mit der Swisscom unter dem Label «Swisscomfriends»¹⁵. Das System funktioniert vergleichbar wie die oben erwähnten Vermittlungsplattformen. Ein «friend» ist eine natürliche Person, die bei Mila registriert ist und eine Dienstleistung im selbständigen Nebenerwerb anbietet.

2. Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Gang der Untersuchung

Sowohl Vermittlungsplattformen wie «Uber» oder «Mila» als auch Auftragsplattformen wie «Clickworker» stellen für das Arbeitsrecht eine grosse Herausforderung auf mehreren Ebenen dar. Besonders bei global tätigen Firmen wie «Uber» aber auch die Amazon Plattform «Mechanical Turk» enthalten die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Rechtswahl-, Gerichtsstands- und im Falle von Uber auch Schiedsklauseln. In einem Streitfall zwischen einem in der Schweiz für eine internationale Plattform tätigen Clickworker oder einem für Uber tätigen Fah-

rer¹⁶ stellen sich diesfalls Fragen der Gültigkeit dieser AGB-Klauseln. Auf diese Problematik wird unter II. Rechtswahl, Gerichtsstand und Schiedsklausel vorab eingegangen. Danach (III) folgen allgemeine Ausführungen zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem Dienstleistungserbringer und der Plattform und zwar sowohl in der Konstellation, in der die Plattform lediglich Aufträge vermittelt (Modell «Uber» oder «Mila») als auch beim Modell, in dem die Plattform selbst den Dienstleister beauftragt (Modell «Clickworker» oder «Mechanical Turk»). Die Perspektive ist dabei diejenige des Arbeitsrechts, das heisst, es wird geprüft, bei welchen Konstellationen die Elemente eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 OR vorliegen. Ergänzend wird auch gefragt, welche Konsequenzen das allfällige Vorliegen eines Arbeitsvertrages hinsichtlich der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz (ArG)¹⁷ und Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)¹⁸ hat. Nur im Sinne eines Exkurses wird auf Fragen der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation eingegangen. Dafür sind die zivilrechtlichen Verhältnisse grundsätzlich nicht massgebend, das heisst, in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht kann ein Einkommen aus einem Auftrag ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit darstellen. Abgeschlossen (IV) wird der Beitrag mit einigen grundsätzlichen Überlegungen zur Frage, ob und inwieweit das geltende Arbeitsrecht in der Lage ist, die mit der beschriebenen Entwicklung einhergehenden Probleme adäquat zu lösen.

¹² Meissner/Weichbrodt/Hübscher/Baumann/Klotz/Pekruhl/Gisin/Gisler, Flexible neue Arbeitswelt, TA-Swiss, 1. Aufl., Zürich 2016, (Fn 2), S. 125 ff.

¹³ <http://www.watson.ch/Wirtschaft/International/163827012-Crowdworker-%E2%80%93-neue-Helden-der-Arbeit-oder-digitale-Tagl%C3%B6hner-> (zuletzt besucht am 25.11.2016).

¹⁴ <https://www.mila.com/> (zuletzt besucht am 25.11.2016).

¹⁵ <https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/services/friends.html> (zuletzt besucht am 25.11.2016). Zur Kooperation siehe <http://www.startupticker.ch/en/news/november-2015/swisscom-ubernimmt-mehrheit-an-startup-mila> (zuletzt besucht am 21.11.2016).

¹⁶ Siehe zur arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern das Gutachten, dass der Autor des vorliegenden Beitrages im Auftrag der Gewerkschaft UNIA auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Dokumentation (u.a. Vereinbarungen zwischen der Uber-Tochter Rasier und Uber-Fahrern) erstellt hat (Kurt Pärli, Gutachten «Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen», verfügbar hier: http://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-Gutachten-Arbeitsrecht-Sozialversicherungsrecht-Uber-Taxifahrer-innen-Professor-Kurt-P%C3%A4rli.pdf (zuletzt besucht am 25.11.2016).

¹⁷ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 821.11.

¹⁸ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989, SR 823.11.

II. Rechtswahl, Gerichtsstand und Schiedsklausel

1. Regelungen in Verträgen und AGB der Plattformen

Ein Merkmal vieler Plattform-Beschäftigungsverhältnisse besteht darin, dass grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen entstehen und sich somit Fragen des Internationalen Privatrechts stellen. Wenn ein in der Schweiz tätiger «Clickworker» gegen die Plattform-Unternehmung oder ein Uber-Fahrer gegen die Uber-Tochterfirma Rasier gerichtlich vorgehen will, ist zu prüfen, ob ein schweizerisches Gericht zuständig ist und nach welchem Recht der Fall zu entscheiden ist.

Die Plattformen sehen hinsichtlich Gerichtsstand und anwendbarem Recht regelmässig Bestimmungen in AGBs vor. Die Plattform «Clickworker» etwa hält in ihren AGB fest, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem Clickworker und der Firma «Clickworker» ausschliesslich dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unterliegt, und als Gerichtsstand wird, soweit gesetzlich zulässig, Essen (Deutschland) bestimmt¹⁹. Wer seine Dienste als «Clickworker» dem US-amerikanischen Unternehmen «Mechanical Turk» anbietet, muss sich nach den AGB US-amerikanischem Recht und amerikanischer Gerichtsbarkeit unterwerfen²⁰. Die Schweizerfirma «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. Ausdrücklich wird festgehalten, dass in allen Fällen zwingende Gerichtsstände vorbehalten bleiben²¹. 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 aus-

gelegt wird. Weiter sieht der Vertrag vor, dass nach einem zwingend zu befolgenden Mediationsverfahren ein Streit ausschliesslich und endgültig 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 Englisch²².

2. Auf die Fälle anwendbare Regelungen zum Gerichtsstand im IPRG und LugÜ

Wird von einer Person in der Schweiz ein Vertrag mit einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland abgeschlossen, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, was zur Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG)²³ führt. Nach Art. 1 IPRG regelt das Gesetz im internationalen Verhältnis u.a. die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden (lit. a), das anzuwendende Recht (lit. b) und die Schiedsgerichtsbarkeit (lit. e.). Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG sind völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Für die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit geht das Lugano-Übereinkomm (LugÜ)²⁴ als völkerrechtlicher Vertrag dem IPRG vor. Sachlich regelt das LugÜ gemäss Art. 1 Ziff. 1 die Zivil- und Handelssachen. Allerdings schliesst Art. 1 Ziff. 2 lit. 2 LugÜ die Schiedsgerichtsbarkeit von dessen Anwendungsbereich aus.

Die Frage nach dem Gerichtsstand ist also nach IPRG bzw. LugÜ zu prüfen. Sowohl IPRG als auch LugÜ unterscheiden zwischen Klagen aus Arbeitsverträgen und «gewöhnlichen» Verträgen²⁵. Für Klagen aus einem Arbeitsvertrag sind nach Art. 115 Abs. 1 IPRG die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, zuständig. Dem Arbeitnehmer steht

¹⁹ Paragraphen 8.2 und 8.3 der AGB der Firma «Clickworker», siehe https://workplace.clickworker.com/de/agreements/10123?_ga=1.210438549.1645743026.1480052539 (zuletzt besucht am 25.11.2016).

²⁰ Däubler (Fn 6), S. 41 und weiterführend Wolfgang Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0, Social Media und Crowdwork, 5. Auflage, S. 309 ff.

²¹ Art. 14 AGB Mila, siehe https://www.mila.com/public/pdf/partner/swisscom/swisscom_friends_agb_de.pdf (Zuletzt besucht am 25.11.2016).

²² Siehe bei Pärli (Fn 16), Rz 94.

²³ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291.

²⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007, SR 0.275.12.

²⁵ Zu erwähnen sind auch noch die speziellen Gerichtsstände, sowohl nach IPRG als auch nach LugÜ, für Klagen aus Konsumentenverträgen; auf diese wird aber hier nicht weiter eingegangen.

überdies nach Art. 115 Abs. 2 IPRG das Recht zu, die Klage an seinem Wohnsitz einzureichen. Nach dieser Rechtslage wäre ein schweizerisches Gericht für eine Klage eines in der Schweiz tätigen Clickworkers gegen ein Unternehmen mit Sitz in den USA, wie z.B. «Mechanical Turk», zuständig. Wie weiter oben erwähnt, sehen indes die AGB von Plattformen regelmässig einen (ausschliesslichen) Gerichtsstand am Ort des Hauptsitzes des Unternehmens vor. Eine solche Gerichtsstandvereinbarung ist nach Art. 5 IPRG im Rahmen von Arbeitsverträgen zulässig, und dies auch vor Entstehung der Streitigkeit. Anders verhält es sich, wenn das LugÜ anwendbar ist. Nach Art. 19 LugÜ kann ein Arbeitnehmer am Wohnsitzort des Beklagten aber auch am Arbeitsort klagen. Zur Zulässigkeit der Gerichtsstandvereinbarung hält Art. 21 Ziff. 1 LugÜ fest, dass eine Gerichtsstandvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit zulässig ist. Vor Entstehung der Streitigkeit ist eine Gerichtsstandvereinbarung zulässig, sofern dem Arbeitnehmer die Befugnis eingeräumt wird, andere als die in Abschnitt 5 LugÜ genannten Gerichte anzurufen.

Konkret bedeutet dies, dass ein schweizerisches Gericht für die Klage einer in der Schweiz tätigen Person gegen die Plattform «Clickworker» zuständig wäre. Das trifft aber nur zu, wenn sich die Klage auf einen Arbeitsvertrag stützt. Wenn indes die Beschäftigungsverhältnisse als Auftrag oder Werkvertrag zu qualifizieren sind, dann gilt nach den Bestimmungen nach Art. 112 IPRG bzw. Art. 5 LugÜ der Grundsatz des Gerichtsstandes am Wohnsitz, Niederlassung oder gewöhnlicher Aufenthalt der beklagten Partei. Art. 113 IPRG und Art. 5 Ziff. 1 b LugÜ sehen überdies einen Gerichtsstand am Erfüllungsort der vertraglichen Leistung vor. Da es in den oben erwähnten Fällen an einem Anknüpfungspunkt in der Schweiz fehlt und die Schweiz auch nicht als Erfüllungsort in Frage kommt²⁶, ist eine Klage vor einem schweizerischen Gericht gegen den Plattform-Auftraggeber mit Sitz im Ausland nicht möglich²⁷.

²⁶ Im Falle der Plattform «Clickworker» muss der Auftragnehmer (bzw. evtl. Arbeitnehmer) sein Arbeitsergebnis auf einer Plattform hochladen, deren Server sich in Essen befindet. Die Bezahlung erfolgt via Pay-Pal, d.h. auch die Geldforderung des Clickworkers wird nicht in der Schweiz erfüllt sondern am Ort des Servers von PayPal.

²⁷ So für die Rechtslage in Deutschland auch *Däubler* (Fn 6), S. 141 f.

3. Gültigkeit einer Schiedsklausel

Wie oben gezeigt, sieht der Vertrag zwischen einem Uber-Fahrer und der Uber-Tochterfirma Rasier eine Schiedsklausel vor. Es fragt sich, ob eine solche für ein angerufenes schweizerisches Gericht bindend ist²⁸.

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 nicht²⁹. Für die Schiedsgerichtsbarkeit in *internationalen Verhältnissen* gelten diese Schranken indes nach schweizerischem IPRG nicht. Hier ist nach Art. 177 Abs. 1 IPRG eine Sache schiedsfähig, sofern es sich um einen «vermögensrechtlichen Anspruch» handelt. Solcher Natur ist jeder Anspruch, der sich als geldwerter Aktiv- oder Passivposten im Vermögen des Berechtigten auswirkt³⁰. Auch arbeitsrechtliche Ansprüche können deshalb vermögensrechtlicher Art sein und sind somit grundsätzlich schiedsfähig³¹. Allerdings wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, ob nicht zwingende Gerichtsstände, wie sie für das Arbeitsrecht vorgesehen sind, der Schiedsvereinbarung entzogen sein sollen³². Diese Regelungen 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 «Übereinkom-

²⁸ Siehe dazu ausführlich *Pärli* (Fn 16), Rz 94–113.

²⁹ BGE 136 III 467.

³⁰ *Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2011, S. 174.

³¹ So auch das Bundesgericht in BGE 136 III 467, E. 4.2, weiter: *Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi*, International Arbitration: Law and Praxis in Switzerland, Corby Northants 2015, Rn. 3.47, *Alexandra Johnson/Isabelle Wildhaber*, Arbitrating Labor Disputes in Switzerland, in: *Journal of International Arbitration* 27(6), 2010, S. 643; *Ramon Mabilard/Robert Briner*, in *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2013, Rn. 10 zu Art. 177 IPRG, wonach sogar der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis eine vermögensrechtliche Sache in diesem Sinne ist. Rn. 12 zu Art. 177 IPRG, *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 319 OR N 68.

³² *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.», *Daniel Girsberger/Nathalie Voser*, *International Arbitration*, 3. Aufl., Zürich, S. 107.

mit Sitz in den Niederlanden ab)⁴². In diesem Fall wäre nach Art. 121 Abs. 3 IPRG eine Rechtswahl «Niederländisches Recht» ungültig und der Vertrag würde nach Art. 121 Abs. 1 IPRG dem schweizerischen Arbeitsrecht unterstehen⁴³.

III. Plattformbeschäftigungsverhältnisse im Lichte des schweizerischen Rechts

1. In Frage kommende Vertragstypen

Beim «Plattformbeschäftigungsverhältnis» kann es sich um einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR, einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR oder einen Auftrag nach Art. 394 ff. OR handeln⁴⁴. Nach Art. 394 Abs. 2 OR fallen alle Verträge über Arbeitsleistungen, welche keinem anderen Vertragstypus zugeordnet werden können, unter das Auftragsrecht. Bei einer wörtlichen Auslegung dieser Bestimmung wären keine Innominatverträge (nicht gesetzlich geregelte Verträge) über Arbeitsleistungen möglich. Das Bundesgericht⁴⁵ und die herrschende Lehre⁴⁶ lehnen eine solche Auslegung ab und lassen gemischte Verträge⁴⁷, einen Vertrag *sui generis*⁴⁸ oder einen Vertrag, in dessen Rahmen einzelne Schutzbestimmungen einer anderen Vertragsart analog angewendet werden, zu⁴⁹. Das wichtigste Abgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Werkvertrag oder Vertrag auf Arbeitsleistung *sui generis* einerseits und Arbeitsvertrag andererseits bildet die Frage der Subordination. Nach Lehre und Praxis ist Voraussetzung eines Arbeitsver-

trages, dass eine rechtliche Unterordnung in *persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher* Hinsicht vorliegt⁵⁰. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der Umstände im konkreten Fall⁵¹. Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich in *rechtlicher Hinsicht* darin, dass der Arbeitnehmer an ihn *persönlich* gerichtete Weisungen (Art. 321d OR) zur Ausführung der Arbeit und zum Verhalten erhält⁵². Ein Weisungsrecht liegt allerdings auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung wie beispielsweise dem Auftrag vor. Relevant ist, in welchem Ausmass der Auftragnehmer bzw. Arbeitnehmer weisungsgebunden ist⁵³. Eine starke Weisungsgebundenheit spricht eher für einen Arbeitsvertrag⁵⁴. Die *betriebliche Eingliederung* manifestiert sich durch die Einbettung in eine hierarchische Struktur, etwa dadurch, dass bestimmte Arbeitszeiten oder eine Arbeitsplatzpflicht vorgeschrieben sind⁵⁵. Ein Indiz für eine betriebliche Eingliederung ist ferner die Zurverfügungstellung von Arbeitsgeräten und Arbeitsmaterial⁵⁶. Wenn jedoch ein Arbeitnehmer auch eigene Betriebsmittel einzusetzen hat, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. So wurde die Tätigkeit eines Redakteurs, der ein Büro beim Arbeitgeber zu mieten hatte, als Arbeitsverhältnis qualifiziert⁵⁷. Betrieblich eingegliedert ist bspw. auch, wer gegenüber Dritten als «Legal Counsel» einer Firma vorgestellt wird und über eine E-Mail-Adresse und Visitenkarte des Betriebes verfügt⁵⁸. Die Unterordnung im Sinne des Abgrenzungsmerkmals zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung kann sich auch durch eine *wirtschaftliche Abhängigkeit* des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber ergeben. Gemäss einer jüngeren Bundesgerichtsentscheidung kommt es darauf an,

⁴² Siehe dazu *Pärli* (Fn 16), Rz 112–113.

⁴³ In der Lehre wird kritisiert, dass die Beschränkung der Rechtswahl auf den Sitzstaat der Arbeitgeberin in internationalen Konzernen dazu führt, dass bei der Anstellung durch eine Tochtergesellschaft die Wahl des auf die Muttergesellschaft anwendbaren Arbeitsrechts unmöglich wird, siehe *Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz*, Art. 121 IPRG N 57, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004.

⁴⁴ Weitere Verträge: Agenturvertrag, Art. 418a ff. OR, Kommission, Art. 425 ff. OR.

⁴⁵ BGE 115 II 108; 112 II 41, 110 II 380; 109 II 462.

⁴⁶ *Streiff/Rudolph/Von Kaenel*, Art. 319, N 2, S. 77, mit zahlreichen Hinweisen auf weitere befürwortende Stimmen in der Lehre. Kritisch zum Bundesgericht und zur herrschenden Lehre in dieser Frage sind *Manfred Rehbinde/Jean-Fritz Stöckli*, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht: Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 319, N 49.

⁴⁷ BGE 109 II 462.

⁴⁸ BGE 112 II 46; 115 II 108.

⁴⁹ BGE 118 II 157 E.4.

⁵⁰ Bger 4A_55/2008, E. 4; *Manfred Rehbinde*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., N. 42 ff. zu Art. 319 OR; *Streiff/Rudolph/von Kaenel*, N. 6 ff. zu Art. 319 OR; *Wolfgang S. Harder*, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit: ein Beitrag zur Abgrenzung von Beschäftigungsformen in der Grauzone zwischen abhängiger und selbstständiger Arbeit, Diss. Bern 2000, 80 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4.460/1995 vom 24 Februar 1997 E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, S. 104.

⁵¹ Bger 4C.346/1999 vom 4. Februar 2000 E. 2a; BGE 112 II 41, E.1.

⁵² Bger 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016, E. 2.1.1.

⁵³ BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1.

⁵⁴ *Gerber*, S.125 ff.

⁵⁵ Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 5.

⁵⁶ JAR 2006, 131.

⁵⁷ Obergericht Zürich, JAR 2001, S. 154.

⁵⁸ *Streiff/Rudolph/Von Kaenel*, N 6 zu Art. 319 OR; Bger 4A_404/2009 vom 11. Oktober 2009.

men über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche» (New Yorker Übereinkommen, NYÜ)³³ prüfen³⁴.

Die Gültigkeit der Schiedsklausel ist mit Blick auf Art. 27 ZGB in Frage zu stellen. Zudem kann die Schiedsklausel vom Uber-Fahrer gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege vorliegen³⁵. Andernfalls verliert der Uber-Fahrer seinen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Eine Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, es bedarf deshalb keiner Zustimmung der Gegenpartei. Die Kündigung kann auch erst mit einer Klage vor einem schweizerischen Gericht der Gegenpartei zugestellt werden³⁶.

Die Schiedsklausel in den Uber-Fahrer-Verträgen führen weltweit zu Kontroversen und zu zahlreichen Gerichtsverfahren. Besonders grosses Aufsehen erregte die Rechtssache «Mohamed v. Uber Techs», das von Uber angerufene Appellationsgericht erachtet die Schiedsklausel im konkreten Fall als gültig³⁷. Das fragliche Urteil wird in der Doktrin kritisiert³⁸. Schiedsklauseln im Umfeld von Verträgen über Arbeitsleistungen würden eine beträchtliche Bedrohung für den einzelnen Arbeitnehmer und für das Arbeitsrecht insgesamt darstellen. Entsprechend wird eine Gesetzesänderung gefordert³⁹.

³³ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ) vom 30 August 1965, SR 0277.12, von der Bundesversammlung genehmigt am 2. März 1965, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 1. Juni 1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. August 1965, SR 0.277.12.

³⁴ Axel Buhr/Dorothee Schramm, Kommentar zu Artikel 1.32, 129–142 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zu Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich, Art 7 IPRG 7 N 2, siehe auch Streiff/Rudolf/Von Kaenel, Art. 319 OR N 68.

³⁵ Näheres bei Pärli (Fn 16), Rz 110–111.

³⁶ Tarkan Göksu, Prozessarmut im Schiedsverfahren: Rechtslage nach der schweizerischen lex arbitri, S. 154 ff.

³⁷ Mohamed v. Uber Technologies, Inc., — F.3d —, Nos. 15-16178, 15-16181, 15-16250, 2016 WL 4651409 (9th Cir. Sept. 7, 2016), <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2016/09/07/15-16178.pdf> (zuletzt besucht am 27.11.2016).

³⁸ Katherine V.W. Stone/ Alexander J.S. Colvin, The arbitration epidemic Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights, briefing paper 414, Quelle: <http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/> (zuletzt besucht am 28.11.2016).

³⁹ https://www.franken.senate.gov/files/documents/150429_AFAOnePager.pdf (zuletzt besucht am 22.11.2016).

4. Anwendbares Recht

Die AGB der Plattformen sehen regelmässig eine Rechtswahl vor. So sehen die AGB der deutschen Plattform «Clickworker» das deutsche Recht als das anwendbare Recht vor, bei den AGB der US-amerikanischen Plattform «Mechanical Turk» wird das Recht von Massachusetts (USA) vereinbart und im Fall der Uber-Fahrer verweist der Nutzungsvertrag zwischen der Uber-Tochterfirma Rasier und dem Fahrer auf das niederländische Recht.

Wie beim Gerichtsstand kommt es auch für die Frage des anwendbaren Rechts wesentlich darauf an, ob es sich beim Verhältnis zwischen den Dienstleistern und der Plattform um Arbeitnehmer/innen handelt oder nicht. Für «gewöhnliche» Verträge sieht Art. 116 IPRG vor, dass der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht untersteht. Für Arbeitsverträge ist bezüglich Rechtswahl Art. 121 Abs. 3 IPRG einschlägig. 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. Die Rechtswahl ist somit bei allen drei erwähnten Plattformen zulässig. Auch ein allenfalls für einen Konflikt zuständiges schweizerisches Gericht müsste demnach den Fall auf der Grundlage der vereinbarten ausländischen Rechtsordnung lösen⁴⁰. Zu prüfen bliebe aber nach Art. 18 IPRG die Anwendung zwingender Bestimmungen des schweizerischen Rechts. In arbeitsrechtlicher Hinsicht kommen als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 18 IPRG namentlich die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes in Frage⁴¹.

Die Unterstellung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen einer beschäftigten Person und der internationalen Plattform unter das schweizerische Arbeitsrecht scheitert also regelmässig an der durch die AGB getroffenen Wahl einer ausländischen Rechtsordnung. Schweizerisches Recht könnte allenfalls auf das Verhältnis zwischen dem Uber-Fahrer und dem Uber-Konzern dann Anwendung finden, wenn die Uber-Niederlassung in der Schweiz als (faktischer) Arbeitgeber qualifiziert würde (Der Uber-Fahrer schliesst den Vertrag jedoch mit der Uber-Tochterfirma Rasier

⁴⁰ Siehe dazu auch die Analyse von Däubler (Fn), S. 39 f., und Pärli (Fn 16), Rz 105.

⁴¹ Buhr/Gabriel/Schramm, N 12 zu Art. 18 IPRG.

ob «durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann»⁵⁹. Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit bildet der Umstand, dass eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist⁶⁰.

Um dem Schutzbedürfnis von Personen zu entsprechen, die eine Arbeitsleistung erbringen, ohne dass eine Eingliederung in die Organisation des Betriebes vorliegt, haben Lehre und Praxis die Rechtsfigur der «arbeitnehmerähnlichen Person» entwickelt. Im Leitentscheid des Bundesgerichts zu dieser Frage ging es um einen Franchisevertrag, der zu einer weitgehenden Abhängigkeit der Franchisenehmerin zur Franchisegeberin führte. Das Bundesgericht hielt fest: «All das rückt den Vertrag in seiner Bedeutung für die Beklagte in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses, bestand doch, obschon die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit formell selbständig ausübte, faktisch eine Abhängigkeit von der Klägerin, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kommt. Damit rechtfertigt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. Die Heranziehung von Arbeitsrecht für Franchiseverträge mit ausgeprägtem Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisenehmer und -geber wird denn auch in der Lehre befürwortet (...)»⁶¹. Im konkreten Fall wurden die Vorschriften zur missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 ff. OR auf den Franchisevertrag angewendet. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person wird von der arbeitsrechtlichen Lehre weitgehend akzeptiert⁶². Von einer arbeitnehmerähnlichen Person kann dann gesprochen werden, wenn eine Person aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird, ohne dass alle vier Merkmale eines Arbeitsvertrages vorliegen, jedoch eine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung und eine wirtschaftliche Abhängigkeit bestehen. Abzugrenzen ist die arbeitnehmerähnliche Person von Fällen der Scheinselbstständigkeit. 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 Scheinselbstständigkeit zur Folge, dass die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR integral anwendbar sind⁶³.

2. Vertragsverhältnisse bei Crowdwork-Plattformen und Vermittlungsplattformen⁶⁴

a) Crowdwork-Plattform als direkter Vertragspartner des Dienstleisters

Crowdwork kommt in verschiedenen Ausprägungen vor⁶⁵. So werden Aufgaben über eine Plattform an eine «Crowd» als Wettbewerb ausgeschrieben, honoriert wird nur derjenige Crowdworker, der die Aufgabe als Erster oder mit der besten Qualität gelöst hat. In dieser Konstellation scheidet die Anwendung von Arbeitsrecht zum vorneherein aus⁶⁶. Auf der Crowdworkplattform «Clickworker» werden so genannte «Mikrojobs» ausgeschrieben. Jeder Clickworker kann aus dem Pool von ausgeschriebenem Aufträgen auswählen, wobei das Aufgabenangebot von Testergebnissen und Qualität bisheriger Aufträge abhängt. Die Entschädigung ist für jeden Auftrag im Voraus definiert. Eine Verpflichtung zur Übernahme von Aufträgen besteht nicht. Diese Merkmale sprechen zumindest vordergründig gegen das Vorliegen

⁵⁹ So auch: *Andreas Vögeli*, Europäische Ebene, Die Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Jaag Tobias, Markus Rüssli et al. (Hrsg.), Zürich et al. 2012, S. 755. Zum Teil werden «Scheinselbstständigkeit» und «Arbeitnehmerähnliche Person» nicht auseinandergelassen, siehe z.B. *Jürg Brühwiler*, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, N 13 zu Art. 319.

⁶⁴ Die folgenden Ausführungen basieren auf der Annahme, dass schweizerisches Recht Anwendung findet. Das ist jedoch gerade in vielen Fällen nicht der Fall bzw. unklar, siehe dazu die Ausführungen unter II.4, S. 8.

⁶⁵ Siehe dazu umfassend: *Jan Leimeister/Shkodran Zogaj/Ivo Blohm*, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in: Christiane Brenner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, Frankfurt a.M., 2015, S. 9 ff.

⁶⁶ *Wolfgang Portmann/Rahel Nedi*, Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing, in: Breitenschmid/Jens-Sorensen/Schmid/Sogo (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich, 2015, S. 525–544.

⁵⁹ Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2.

⁶⁰ Bger 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.6.1.

⁶¹ BGE 118 II 157 E. 2c und E. 4, siehe auch Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 5.

⁶² Siehe zum Kriterium der Unterordnung ausführlich *Witzig*, La Subordination dans le contrat de travail, SJ 2015, II, S. 39 ff.

eines Arbeitsvertrages. Besonders bei einfachen Tätigkeiten spricht die Tatsache, dass die geschuldete Leistung bereits im Vertrag detailliert umschrieben ist, eher für einen Arbeitsvertrag. Zwar bleibt es dem Arbeitnehmer überlassen, einen Auftrag anzunehmen oder nicht, was für sich alleine betrachtet gegen ein Subordinationsverhältnis spricht. Allerdings kann sich bei einem Clickworker, der vorwiegend oder ausschliesslich für eine Plattform tätig ist, auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit ergeben. Eine solche bzw. das Fehlen eines Unternehmerrisikos bildet auch für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Einkommens einen zentralen Aspekt⁶⁷.

Die Frage, wie das vertragliche Verhältnis zwischen der Crowdwork-Plattform und dem Erbringer der Dienstleistung zu qualifizieren ist, lässt sich nicht generell beantworten. Es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände im Einzelfall an. Ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 OR wird in der Regel nicht vorliegen. Da je nach Konstellation jedoch zumindest punktuell ein Unterordnungsverhältnis vorliegt, könnte ein Clickworker als «arbeitnehmerähnliche Person» qualifiziert werden und es würden folglich einzelne Schutzvorschriften des Arbeitsrechts Anwendung finden. Zudem ist davon auszugehen, dass die Sozialversicherungsbehörden das Einkommen des Clickworkers angesichts des Fehlens eines Unternehmerrisikos in vielen Fällen als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren würden.

b) Vermittlungsplattformen

Gemäss AGB ist die Firma «Mila» eine Vermittlungsplattform zwischen Nutzern, die eine Dienstleistung anbieten («Anbieter») und Nutzern, die eine Dienstleistung suchen («Kunde»). Anbieter seien natürliche Personen, die eine Dienstleistung ausserhalb ihrer beruflichen Tätigkeit als einfache «Helfer» anbieten, oder natürliche oder juristische Personen, die in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit diese auf der Mila Plattform als zusätzlichen Vertriebskanal anbieten. Ausdrücklich wird in den AGB festgehalten, dass Mila kein Beschäftigungsdienst oder Arbeitgeber sei. Für sämtliche Pflichten, die den Anbieter im Zusammenhang mit dem Anbieten seiner Produkte und Dienstleistungen treffen (Steuern,

Sozialabgaben, Versicherungen und dgl.), sei ausschliesslich der Anbieter verantwortlich⁶⁸. Mila sieht sich also als reine Vermittlungsplattform. Eine Sichtung der weiteren Bestimmungen der Mila-AGB zeigt, dass die Plattform relativ wenig Steuerungsmacht gegenüber den Anbietern von Dienstleistungen ausübt. So sind die Anbieter bspw. in der Gestaltung der Preise für ihre Dienstleistungen frei⁶⁹. Auch übt Mila keine Weisungen hinsichtlich der Gestaltung der Dienstleistung aus. Schliesslich spricht gegen das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit, dass sich die Plattform an Personen richtet, die nebenberufliche Dienstleistungen als einfache Helfer anbieten (siehe AGB, oben). Allein aufgrund AGB-Bestimmungen lässt sich nicht auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses zwischen Mila und dem Anbieter einer Dienstleistung schliessen. Sofern die tatsächlichen Verhältnisse nicht von den AGB-Regulierungen abweichen ist deshalb davon auszugehen, dass zwischen Mila und den Dienstleistungsanbietern keine Arbeitsverhältnisse bestehen.

Anders verhält es sich bei der Uber-Fahrerlegenheitsvermittlungsplattform. Zwar sind die Uber-Fahrer nicht verpflichtet, Anfragen, die über die Uber-App an sie kommen, anzunehmen, was gegen eine Unterordnung in betrieblicher Hinsicht spricht. Auch erwähnt der Vertrag zwischen der Uber-Tochterfirma Rasier und dem Uber-Fahrer, dass das Unternehmen keine Disziplinergewalt oder Kontrolle über die Fahrer ausübe und kein Recht habe, die Fahrer bei der Ausübung des «Ride Sharing» zu beaufsichtigen oder anzuweisen⁷⁰. Im Unterschied zum oben beschriebenen Modell «Mila» nimmt Uber aber erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Dienstleistung. So muss der Uber-Fahrer eine angenommene Anfrage ausführen, wobei präzise vorgeschrieben ist, was eine vollständige Ausführung der Anfrage bedeutet

⁶⁸ AGB der Plattform Mila, siehe: https://www.mila.com/public/pdf/partner/swisscom/swisscom_friends_agb_de.pdf (Zuletzt besucht am 27.11.2016).

⁶⁹ Die AGB der Mila für die Dienstleistungsanbieter sehen vor: *Richtpreis: Dem Kunden bei Service Paketen zur Information bekanntgegebener Richtpreis für bestimmte Dienstleistungen. Richtpreise sind nicht bindend. Die definitiven Preise werden zwischen Kunde und Dienstleister direkt vereinbart und können vom Richtpreis abweichen. Richtpreise gelten nicht als Kostenvoranschläge* (Quelle: https://www.mila.com/public/pdf/nutzungsbedingungen_mila_provider_de.pdf, zuletzt besucht am 7.1.2017).

⁷⁰ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel «Bedingungen / Dienstleistungsvertrag», Nachweis bei *Pärli* (Fn 16), Rz 7, 8, 38 ff und 77 ff.

⁶⁷ Siehe dazu ausführlich *Pärli* (Fn 16), Rz 105 ff.

(Benachrichtigung des Mitfahrers über die Ankunft mithilfe der mobilen Anwendung von Uber, eine Wartezeit von mindestens zehn Minuten, bis der Mitfahrer am angegebenen Abholungsort erscheint, die Durchführung der zwischen dem Fahrer und dem Mitfahrer vereinbarten Fahrt und die fristgerechte Einreichung aller vom Unternehmen benötigten Unterlagen)⁷¹. Im Urteil «Douglas O'Connor et al. v. Uber»⁷² kommt das Gericht (District Court Northern District of California) zum Schluss, Uber übe eine starke Kontrolle auf die Fahrer aus, was auf ein Arbeitsverhältnis schliessen lasse. Auch in der internationalen Arbeitsrechtsliteratur wird auf die rechtliche und faktische Unterordnung der Uber-Fahrer hingewiesen und für die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen plädiert⁷³. Am 28. Oktober 2016 entschied das «Employment Tribunal» in London in einem vermutlich wegweisenden Urteil, dass Uber-Fahrer ein Recht auf Urlaubsgeld, bezahlte Arbeitspausen und die Zahlung des nationalen Mindestlohns haben⁷⁴. Die Urteilsbegründung lässt an Deutlichkeit keine Zweifel offen. Die Annahme, so die Richter, dass Uber in London lediglich ein Mosaik von 30 000 Kleinunternehmern sei, das durch eine Plattform vernetzt sei, klinge geradezu lächerlich; die Fahrer würden nicht mit Passagieren verhandeln, sie könnten dies auch gar nicht tun, sondern müssten sich an die strengen Vorgaben von Uber halten⁷⁵. Das «Uber-Konstrukt», die Annahme nämlich, dass zwischen dem Uber-Fahrer und dem Fahrgast ein Beförderungsvertrag zustande komme, bezeichnen die Richter als reine Fiktion («For all of these reasons, we are satisfied that the supposed driver/passenger contract is

a pure fiction which bears no relation to the real dealings and relationships between the parties»⁷⁶.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass Uber-Fahrer eine entgeltliche Dienstleistung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in untergeordneter Stellung erbringen und deshalb ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR vorliegt. Die im Vertrag verabredete Bezeichnung als «Auftrag» ist als «Scheinselbständigkeit» zu bezeichnen⁷⁷. Uber-Fahrer unterstehen auch dem ArG und der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personentransportwagen (ARV 2). Die Bestimmungen der ARV 2 ergänzen die Vorschriften des ArG zur Arbeitszeit und zum Gesundheitsschutz. Die ARV 2 unterscheidet zwischen Taxifahrern, die als Arbeitnehmer tätig sind und solchen, die als selbständigerwerbend gelten. Die Unterscheidung ist wichtig, weil bestimmte Vorschriften der ARV 2 nur für Arbeitnehmer gelten⁷⁸. Weiter unterscheidet die ARV 2 zwischen berufsmässigen Fahrzeugführern und solchen Fahrern, die nur im Nebenberuf Taxifahren⁷⁹. Als berufsmässiger Führer eines Motorfahrzeuges gilt nach Art. 3 Abs. 1^{bis} ARV 2, wer regelmässig Fahrten mit einem Fahrzeug durchführt und dabei bezweckt, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Regelmässig sind Fahrten, wenn sie in Zeitabständen von weniger als 16 Tagen mindestens zweimal durchgeführt werden⁸⁰.

3. Exkurs: Sozialversicherungsrechtliche Fragestellungen

Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation eines Arbeitnehmers 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 Sozialver-

⁷¹ Zum Ganzen siehe Pärli (Fn 16), Rz 34 ff, insbes. 42–46.

⁷² *O'Connor et al v Uber Technologies Inc*, US District Court, Northern District of California, 11 March 2015 C-13-3826 EMC, zum aktuellen Stand des Verfahrens siehe <http://www.cand.uscourts.gov/EMC/OConnorvUberTechnologies> (zuletzt besucht am 28.11.2016).

⁷³ Däubler (Fn 6), S. 35; Jeremias Prassl/Martin Risak, *Uber, TaskRabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the legal Analysis of Crowdfork, Comparative Labour Law and Policy*, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016; Robert Sprague, *Worker (mis)classification in the sharing Economy: Square pegs trying to fit in round holes*, 31 *A.B.A. Journal of Labor & Employment Law* 53 (2015).

⁷⁴ 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 28.11.2016).

⁷⁵ Employment Tribunals London (Fn 74), Urteil, Rz 90.

⁷⁶ Employment Tribunals London (Fn 74), Urteil, Rz 91.

⁷⁷ Für eine ausführliche Begründung siehe Pärli (Fn 16), Rz 38–50.

⁷⁸ So bspw. Art. 5 und 6 der ARV 2 (Höchstarbeitszeiten, Regelung zur Überzeitarbeit).

⁷⁹ Für letztere sieht Art. 27 ARV 2 vor, dass die Vorschriften der ARV 2 für Arbeitnehmer sinngemäss auch für Führer im Nebenberuf gelten. Dem Arbeitgeber obliegt die Verantwortung, dass die Vorschriften eingehalten werden.

⁸⁰ Die zuständige Behörde muss kontrollieren können, ob ein Uber-Fahrer in den Anwendungsbereich der ARV 2 fällt oder nicht. Das bedeutet konkret, dass Uber Switzerland den Behörden die notwendigen Daten über die Fahrer zur Verfügung stellen muss.

sicherungen abgeführt werden. Das Sozialversicherungsrecht qualifiziert den Begriff «Arbeitnehmer» autonom, d.h., es kommt auf die vertragsrechtliche Qualifikation nicht an⁸¹. Abreden zwischen den Vertragsparteien über ihre AHV-rechtliche Stellung (selbständig- oder unselbständigerwerbend), über die AHV-rechtliche Wertung eines Entgeltes oder über andere Sozialversicherungspflichten sind nicht relevant⁸². Massgebend sind nach ständiger Rechtsprechung vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten⁸³. Als selbständigerwerbend erwerbstätig wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerisiko trägt⁸⁴. In vielen Fällen wird es bei Personen, die für eine Crowdwork-Plattform oder eine Vermittlungsplattform ihre Dienstleistungen bzw. ihre Arbeitskraft anbieten, am Vorliegen eines Unternehmerisikos fehlen. Auch liegt zumindest teilweise eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vor. Folglich sind die Einkommen vieler Plattform-Beschäftigter sozialversicherungsrechtlich als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren⁸⁵.

IV. Schutz guter Arbeitsbedingungen – im und ausserhalb des Arbeitsrechts

Crowdworking und Vermittlungsplattformen wie diejenige der Firma Mila in der Schweiz oder weltweit tätige Konzerne wie Uber fordern das Arbeitsrecht heraus. Kritiker dieser neuen Phänomene beschwören die Gefahr der Erosion regulärer Beschäftigungs-

verhältnisse mit angemessenem Schutz⁸⁶. Die Rede ist von «App-Proletariern»⁸⁷, «digitalem Prekariat»⁸⁸ oder «Laptop-Elend»⁸⁹.

Das Arbeitsrecht hat in der Vergangenheit oft wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen adaptieren können. Oft wurden in der Rechtsprechung (namentlich des Bundesgerichts) durch Auslegung und Rechtsfortbildung problemadäquate Lösungen gefunden; zu erwähnen ist etwa die Erweiterung der Gründe missbräuchlicher Kündigung basierend auf Art. 2 ZGB oder die Entwicklung der Figur der (verbotenen) Kettenarbeitsverträge⁹⁰. In vielen Fällen bedurfte es eines Anstosses «von aussen», damit der Gesetzgeber aktiv wurde, bspw. im Falle der Vorschriften zur Massenentlassung, die im Zuge des angedachten EWR-Beitrittes in die schweizerische Arbeitsrechtsordnung Eingang fanden⁹¹. Im Konflikt zwischen den Sozialpartnern um die Erfassung der Arbeitszeit fand sich schliesslich ein (vorläufiger) Konsens auf Verordnungsstufe⁹².

Zur Lösung der mit der Plattform-Ökonomie zusammenhängenden bzw. durch diese hervorgerufene (arbeits)rechtlichen Probleme ist rechtliche Innovation und Flexibilität gefordert. Notwendig ist dabei eine klare Orientierung am im Arbeitsvölkerrecht und Verfassungsrecht verankerten Anspruch auf Arbeit zu angemessenen Bedingungen. Dieses Recht ist nicht auf die klassische abhängige Lohnarbeit

⁸¹ Locher/Gächter, § 22, N 16; BGE 122 V 175 E. 6a/aa.

⁸² 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 27.11.2016).

⁸³ BGE 111 V 267; 119 V 162; 123 V 163.

⁸⁴ BGE 123 V 162 E.1.; 122 V 171 E.3.

⁸⁵ Siehe für den Fall «Uber» *Pärli* (Fn 16), Rz 64 – Rz 89. Gemäss Einsprache-Entscheidung der SUVA vom 29.12.2016 sind Uber-Fahrer Arbeitnehmer im Sinne der Unfallversicherung (Quelle: http://www.unia.ch/uploads/tx_news/2017-01-05-Einspracheentscheid_Suva_gegen_Uber_01.pdf, zuletzt besucht am 7.1.2017). Auch bei den Nebeneinkommen der «privaten Helfer» der Plattform «Mila» dürfte es sich die Frage stellen, ob hier Einkommen aus unselbständiger 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).

⁸⁶ Siehe zur Rechtslage in Deutschland *Eva Kocher/Isabell Hensel*, «Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit», NZA 2016 Heft 16, 984 ff.

⁸⁷ <http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/crowd-guru--click-worker---co--das-app-proletariat-1212878> (zuletzt besucht am 21.11.2016).

⁸⁸ <https://www.buchundmehr.de/out/media/6086-Digitales-Prekariat-durch-Crowdworking-Daeubler.pdf> (zuletzt besucht am 28.11.2016).

⁸⁹ *Heinz J. Meyerhoff*, Crowdworking – Arbeiten auf Cloud sieben?, in: <https://www.adp-personalmanager.de/fachartikel> (Suchen in der Rubrik «Fachartikel»).

⁹⁰ *Wolfgang Portmann*, Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht Eine Würdigung der schöpferischen Leistungen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, ArbR-2005, S. 13 ff.

⁹¹ Siehe dazu umfassend: *Sara Licci*, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang und Massenentlassung, in: *Pärli/Baumgartner/Demir/Junghans/Licci/Uebe*, Arbeitsrecht im internationalen Kontext – Arbeitsvölkerrechtliche und Europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/Lachen, 2016, S. 769 ff.

⁹² Art. 73a und 73b ArG, in Kraft seit dem 1.1.2016. Siehe zum Ganzen *Roger Rudolph*, Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht AJP 2016 S. 145–160.

beschränkt. Aus menschenrechtlicher Sicht kann es nicht darauf ankommen, ob eine Arbeit als Selbständigerwerbender, Scheinselbständiger oder in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. So oder so müssen elementare Ansprüche auf faire Entlohnung und akzeptable Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantiert werden⁹³. Das heisst konkret: Ent-

weder werden Beschäftigungsverhältnisse wie diejenige der Uber-Taxifahrer ohne «Wenn und Aber» dem Arbeitsrecht unterstellt oder es drängen sich ähnliche Schutzvorschriften im Auftragsrecht und übrigen Vertragsrecht auf. Auf dieser Grundlage müssen die Szenarien zur Lösung der «Sozialen Frage Plattform-Beschäftigungsverhältnisse» basieren.

⁹³ Kurt Pärli, Gibt es ein Recht auf Arbeit?, Basler Juristische Mitteilungen, erscheint 2017.