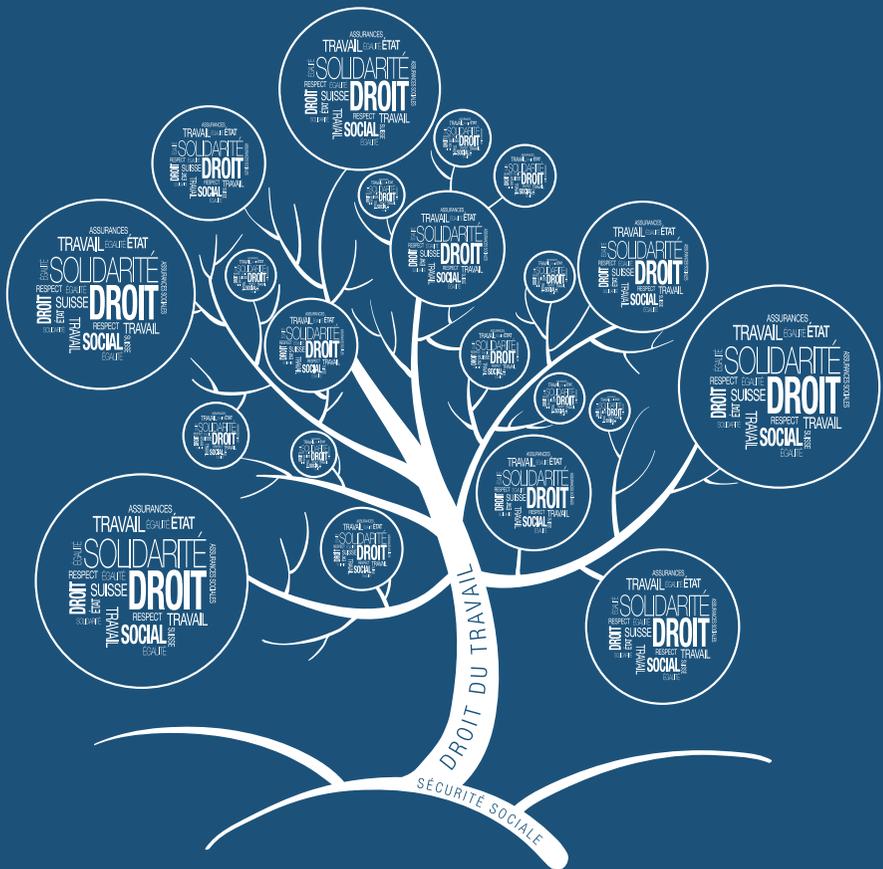


# L'OIT ET LE DROIT SOCIAL EN SUISSE : 100 ANS ET APRÈS ?

Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion  
des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail

ÉDITÉ PAR STÉPHANIE DAGRON/ANNE-SYLVIE DUPONT/KARINE LEMPEN



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE



PÔLE BERENSTEIN  
DROIT DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE



EDITIONS JURIDIQUES LIBRES  
FREIER JURISTISCHER VERLAG

# **L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?**

édité par

Stéphanie Dagon  
Anne-Sylvie Dupont  
Karine Lempen

Pôle Berenstein, Faculté de droit, Université de Genève

[www.unige.ch/droit/berenstein/](http://www.unige.ch/droit/berenstein/)

ISBN 978-2-88954-014-3 (print)

ISBN 978-2-88954-015-0 (pdf)

© 2019 Pôle Berenstein, Faculté de droit, Université de Genève, Genève

#### Editions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Editions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (open access). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

<https://www.ejl-fjv.ch/>



La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLOS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0.

# Abkürzungen

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALV	Arbeitslosenversicherung
ArbR	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
ArG	BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (SR 822.11)
Art.	Artikel
ArGV 3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz)
ARV/DTA	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATSG	BG vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVEG	Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Berufliche Vorsorge
BVGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz)
E.	Erwägung
ECLI	European Case Law Identifier
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EntsG	Entsendegesetz
EO	Ersatzerwerbsordnung
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EVG	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
f./ff.	Folgende Seite / Seiten
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IV	Invalidenversicherung
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
revESC	revidierte Europäische Sozialcharta
Rz.	Randziffer
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR o.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR o.103.2).
UV	Unfallversicherung
WML	Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

# Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft

KURT PÄRLI \*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage</b>	<b>197</b>
<b>II.</b>	<b>Herausgeforderte Sozialpartnerschaft</b>	<b>199</b>
	A. Die rechtlichen Grundlagen der Sozialpartnerschaft	199
	B. Anerkennung als Sozialpartner	202
	C. Allgemeinverbindlicherklärung	202
	D. Neue Arbeitsformen – Vereinbarkeit mit dem System der Gesamtarbeitsverträge	203
	1. Begriff des Arbeitnehmers	203
	2. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes	207
	E. Selbständigerwerbende in Gesamtarbeitsverträgen ?	209
	F. Exkurs : sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit	211
<b>III.</b>	<b>Sozialpartnerschaftliche Lösungen für ausgewählte „Digitalisierungsthemen“</b>	<b>214</b>
	A. Entgrenzung der Arbeit – Auswirkungen auf die Gesundheit	214
	1. Problemzonen	214
	2. Potenziale für GAV-Lösungen	216
	B. Kontrolle und Überwachung	217
	1. Problemaufriss und gesetzlicher Rahmen	217
	2. Potenziale für GAV-Lösungen	219
	C. Mitwirkung	220
<b>IV.</b>	<b>Fazit</b>	<b>221</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>221</b>

\* Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel. Der vorliegende Text basiert auf einer von Dr. iur. Anne Meier und Dr. iur. Zoé Seiler gemeinsam mit dem Autoren im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) erarbeiteten Studie zur Frage der Zukunft der Sozialpartnerschaft angesichts der Digitalisierung, siehe [https://www.isdc.ch/media/1600/23-dialogue\\_social\\_digitalisation\\_final\\_fr.pdf](https://www.isdc.ch/media/1600/23-dialogue_social_digitalisation_final_fr.pdf) (zuletzt besucht am 19. Dezember 2018).

## I. Ausgangslage

Digitalisierung und Globalisierung führen zu Veränderungen der Produktions- und Vertriebsformen und bringen neue Geschäftsmodelle hervor, die auf der Nutzung der digitalen Technologien beruhen wie sich bei so genannten Sharing-Plattformen zeigt, die Dienstleistungsanbieter- und Dienstleistungsempfänger/innen vermitteln oder zusammenführen.

Digitale Plattformen stellen für das Arbeitsrecht eine grosse Herausforderung dar. Es stellen sich zahlreiche Fragen. So besteht ein Merkmal vieler Plattform-Beschäftigungsverhältnisse darin, dass grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen entstehen und sich somit Fragen des Internationalen Privatrechts stellen. Wer seine Dienste bsw. als „Clickworker“ dem US-amerikanischen Unternehmen „Mechanical Turk“ anbietet, muss sich nach den AGB US-amerikanischem Recht und amerikanischer Gerichtsbarkeit unterwerfen<sup>1</sup>. Ganz grundsätzlich fragt sich, ob so genannte „Click-Worker“ Arbeitnehmer oder Auftragnehmer der Plattform sind. In vielen Fällen ist fraglich, ob die Plattformen lediglich Vermittler von Beschäftigungsmöglichkeiten oder nicht viel mehr selber Arbeitgeber sind oder zumindest teilweise Arbeitgeberfunktionen übernehmen. Auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ist umstritten, ob Plattformbeschäftigte als Arbeitnehmer im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes zu qualifizieren sind und ob es sich beim Verdienst aus Dienstleistung bzw. Arbeitsleistung um Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit handelt. Die Qualifikation einer Arbeitstätigkeit als selbständig- oder unselbständigerwerbend hat Konsequenzen sowohl für die betroffene Person als auch für die Finanzierung der Sozialversicherungen.

Wenn Arbeit und einzelne Arbeitsschritte durch digitale Plattformen komplexer organisiert werden, so stellen sich nicht nur Fragen, ob eine Person die Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder Auftrages oder eines anderen Vertragstypus' erbringt. Es fragt sich weiter, wer als Arbeitgeber gilt und was als Betrieb zu bezeichnen ist. Das Arbeitsrecht und insbesondere auch das kollektive Arbeitsrecht basieren auf den Prämissen „Arbeitnehmer“, „Arbeitgeber“ und „Betrieb“. Ein Gesamtarbeitsvertrag setzt Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände und

<sup>1</sup> DÄUBLER, *Internet und Arbeitsrecht*, 309 ff.

Arbeitnehmer/innen bzw. Gewerkschaften voraus. Zahlreiche arbeitsrechtliche Bestimmungen, etwa das Arbeitsgesetz (ArG)<sup>2</sup> oder die Obligationenrecht (OR)-Bestimmungen zum Betriebsübergang<sup>3</sup> knüpfen an den „Betrieb“ an. Angesprochen sind somit ganz grundsätzliche Fragen des kollektiven Arbeitsrechts und der Sozialpartnerschaft, so etwa auch diejenige nach der Möglichkeit des Einbezugs selbständig Erwerbender oder arbeitnehmerähnlicher Personen in den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV). Auch fragt sich, ob Plattformen als Partner eine GAV figurieren könnten.

Durch die Digitalisierung verändert sich aber auch die Arbeit an sich. Arbeitsprozesse werden beschleunigt, *Anforderungen* an die *Aus- und Weiterbildung* erhöht. Die zunehmende Vermischung zwischen Arbeits- und Arbeitsort sowie zwischen Arbeit und Freizeit fördert die *Entgrenzung der Arbeit*, was sowohl ein Gewinn an Autonomie in der Lebensgestaltung zur Folge haben kann als auch eine *Gefährdung der Gesundheit* und des Soziallebens. Zunehmende Datenmengen machen einen verstärkten Schutz betrieblicher Geheimnisse erforderlich und ermöglichen gleichzeitig auch eine stärkere *Überwachung der Beschäftigten*. Die Digitalisierung wirkt seit einigen Jahren auch als Katalysator der eingeschlagenen Debatte um „Demokratie im Betrieb“ und „Humanisierung der Arbeitswelt“, beides Themen sowohl der Sozialpartnerschaft als auch der betrieblichen *Mitwirkung*.

Im Folgenden werden ausgewählte Herausforderungen an die Sozialpartnerschaft erörtert, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung ergeben. Vorerst werden Grundsatzfragen wie diejenige nach den Folgen für das kollektive Arbeitsrecht eines möglichen Verschwindens oder Verwässerns der Konzepte „Arbeitnehmer/Arbeitgeber/Betrieb“ diskutiert. Danach werden einige durch die Digitalisierung akzentuierte Probleme der Entgrenzung der Arbeit (Arbeitszeit und Arbeitsort), des Gesundheits-, Daten- und Persönlichkeitsschutzes und der Mitwirkung analysiert, wobei vor allem auch gefragt wird, inwieweit die Sozialpart-

<sup>2</sup> Siehe Art. 1 ArG: „Das Gesetz ist, unter Vorbehalt des Artikels 2-4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe.“

<sup>3</sup> Art. 333, 333a und 333b OR.

ner hier einen Beitrag leisten können (und sollen)<sup>4</sup>. Ein Fazit rundet den Text ab.

## II. Herausgeforderte Sozialpartnerschaft

### A. Die rechtlichen Grundlagen der Sozialpartnerschaft

Die Sozialpartnerschaft ist im kollektiven Arbeitsrecht verankert, das die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden bzw. der jeweiligen Verbände regelt. Durch einen entsprechenden gesetzlichen Rahmen wird den Arbeitnehmenden die kollektive Interessenvertretung ermöglicht. Dies dient ebenso wie die zwingenden Bestimmungen des Individualarbeitsrechts und das öffentliche Arbeitsrecht dem Schutz der Arbeitnehmenden<sup>5</sup>.

Wichtigste Grundlage der Sozialpartnerschaft ist die sowohl im Arbeitsvölkerrecht als auch im EU-Recht und im nationalen Arbeitsrecht geschützte Vereinigungsfreiheit. Diese ist in der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) von 1919 und in der Erklärung von Philadelphia 1944<sup>6</sup> und in zwei der acht Kernarbeitskonventionen der IAO geregelt, nämlich dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948)<sup>7</sup> sowie dem das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949)<sup>8</sup>. Weitere Übereinkommen der IAO sind dem Thema gewidmet, namentlich das Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978)<sup>9</sup> und das Übereinkommen

<sup>4</sup> Nicht eingegangen wird auf die noch grösser werdende Bedeutung der Aus- und Weiterbildung als wichtige Voraussetzung der Bewältigung des digitalen Wandels. Hier wird integral auf die SECO-Studie (Fn \*) verwiesen.

<sup>5</sup> DEMIR, N 1948.

<sup>6</sup> Siehe konsolidierte Fassung dieser beiden Rechtsinstrumente unter SR o.820.1.

<sup>7</sup> SR o.822.719.7.

<sup>8</sup> SR o.822.719.9.

<sup>9</sup> SR o.822.725.1.

Nr. 154 über die Förderung von Kollektivverhandlungen (1981)<sup>10</sup>. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) garantiert in Art. 20 die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und in Art. 23 Abs. 4 ausdrücklich die Koalitionsfreiheit. In Art. 8 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)<sup>11</sup> und in Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)<sup>12</sup> wird ebenfalls das Recht auf Bildung von Gewerkschaften anerkannt. Auf europäischer Ebene hat nach Art. 11 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, 1950)<sup>13</sup> jede Person das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und beizutreten. In der Europäischen Sozialcharta (ESC) bzw. in der revidierten Europäischen Sozialcharta (revESC) finden sich die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen jeweils in Art. 5<sup>14</sup>. In der Europäischen Union (EU) ist die Koalitionsfreiheit einschliesslich des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmassnahmen in Art. 28 der Grundrechtecharta (GRC) verankert. In Art. 153 Abs. 5 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wird das kollektive Arbeitsrecht als Kompetenzbereich der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten definiert, wobei nach Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV die Union immerhin Regelungen betreffend die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinneninteressen (lit. f) einstimmig erlassen darf<sup>15</sup>.

Auf nationaler Ebene garantiert Art. 28 der Bundesverfassung (BV)<sup>16</sup> 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 fernzubleiben. Art. 28 Abs. 2-4 BV enthalten die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu den

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> SR 0.103.1.

<sup>12</sup> SR 0.103.2.

<sup>13</sup> SR 0.101.

<sup>14</sup> Zu Art. 5 und 6 ESC und revESC siehe DEMIR, N 319-323.

<sup>15</sup> Näheres siehe bei UEBE, N 549.

<sup>16</sup> SR 101.

Arbeitsstreitigkeiten. Auf Gesetzesstufe sind die Bestimmungen in Art. 356 ff. OR zum Gesamtarbeitsvertrag, das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)<sup>17</sup> sowie im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr insbesondere Entsendegesetz, EntsG<sup>18</sup>) zu erwähnen. Der *Gesamtarbeitsvertrag* ist das Rechtsinstrument, mit dem die an den Vertragsverhandlungen beteiligten Parteien gemeinsam die Arbeitsbedingungen vereinbaren<sup>19</sup>. Die *schuldrechtlichen Bestimmungen* regeln die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und verpflichten die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages gegenseitig als Vertragspartner (Art. 356 Abs. 3 OR)<sup>20</sup>. 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 ausgelegt<sup>21</sup>. 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 Arbeitsverträge<sup>22</sup>. 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.

<sup>17</sup> SR 221.215.311.

<sup>18</sup> SR 823.20.

<sup>19</sup> Siehe Art. 356 Abs. 1 OR.

<sup>20</sup> BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

<sup>21</sup> BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

<sup>22</sup> WYLER/HEINZER, 821 f.

### B. Anerkennung als Sozialpartner

Ein GAV wird zwischen Sozialpartnern abgeschlossen. Welche Organisationsform eine GAV-Partei haben muss, wird im Gesetz nicht definiert. Das Gesetz erwähnt den Begriff „Verband“ (Art. 356, Art. 357a OR). Auf Arbeitgeberseite können sowohl ein Arbeitgeberverband als auch einzelne Arbeitgeberinnen Vertragspartei sein, wobei im letzten Fall dann die Arbeitgeber auch persönlich berechtigt und verpflichtet sind. Arbeitnehmerseitig ist ein Verband Voraussetzung für die Stellung als GAV-Partei. Als Organisationsform kommen der Verein und die Genossenschaft infrage<sup>23</sup>. An einem GAV dürfen nur Verbände beteiligt sein, die als "Tariffähig"<sup>24</sup> gelten, örtlich und sachlich zuständig<sup>25</sup> und hinreichend repräsentativ<sup>26</sup> sind und zudem ein loyales Verhalten<sup>27</sup> zeigen. Für eine Gewerkschaft besonders wichtig sind ferner die Erfordernisse der Kampfbereitschaft<sup>28</sup> und der Gegnerunabhängigkeit<sup>29</sup>.

### C. Allgemeinverbindlicherklärung

Ein GAV bindet grundsätzlich nur Arbeitnehmende und Arbeitgebende, die Mitglieder von vertragschliessenden Organisationen sind. Anders verhält es sich, wenn ein GAV allgemein verbindlich erklärt wird. Die Grundlagen für die Allgemeinverbindlicherklärung sind in Art. 110, Abs. 1 lit. d BV festgehalten. 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. Im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)<sup>30</sup> werden die Voraussetzungen weiter konkretisiert. Insbesondere sind bestimmten

<sup>23</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 761.

<sup>24</sup> BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 17 ff.

<sup>25</sup> ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 Rz. 53.

<sup>26</sup> BGE 141 III 418, siehe auch BGer, 2C\_118/2014 vom 22. März 2015.

<sup>27</sup> BGE 140 I 257 E. 5.2.1.

<sup>28</sup> BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 25.

<sup>29</sup> Am Kriterium der Gegnerunabhängigkeit fehlt es insbesondere bei von Arbeitgebern organisierten und finanzierten Hausverbänden, siehe dazu BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 25.

<sup>30</sup> SR 221.215.311.

Quoren zu erfüllen. So müssen am GAV mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden, 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<sup>31</sup>.

Im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen hat der Gesetzgeber Voraussetzungen und Modalitäten einer erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung geschaffen. 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. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann u.a. die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit, die Vollzugskostenbeiträge und die paritätischen Kontrollen und Sanktionen betreffen.

### **D. Neue Arbeitsformen – Vereinbarkeit mit dem System der Gesamtarbeitsverträge**

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 werden<sup>32</sup>.

#### **1. Begriff des Arbeitnehmers**

Ein GAV setzt Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden voraus. Nach Art. 319 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im

<sup>31</sup> Zum AVEG siehe RONCORONI, 367 ff.

<sup>32</sup> 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.

Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akordlohn) bemessen wird. Dieser Legaldefinition des Arbeitsvertrages entnehmen sich die vier folgenden Merkmale: Erbringen einer Arbeitsleistung (geschuldet ist nicht der Arbeitserfolg), Entschädigung, Dauer-schuldverhältnis und Unterordnung. Für das letzte Merkmal ist nach Lehre und Praxis Voraussetzung, dass eine rechtliche Unterordnung in *persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher* Hinsicht vorliegt<sup>33</sup>. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der Umstände im konkreten Fall<sup>34</sup>. Ausdruck der Unterordnung ist gemäss Rechtsprechung insbesondere auch das Mass der Weisungsgebundenheit<sup>35</sup>. 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 solle<sup>36</sup>. Das Kriterium der „Unterordnung“ ist angesichts der gerade durch die Digitalisierung zumindest für qualifizierte Arbeiten verstärkt 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.

Liegt ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. 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

<sup>33</sup> BGer 4A\_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 4; BGer 4.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, 104; siehe ferner REHBINDER, Rz. 42 ff. zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Rz. 6 ff. zu Art. 319 OR.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.3.1.

<sup>36</sup> MEIER, *Intégration*, 99 ff.

die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Verantwortung zukommt. Schon vor der Ära der Digitalisierung stellten sich die entsprechenden Fragen im Konzern<sup>37</sup>, im Rahmen der Arbeitsvermittlung<sup>38</sup>, und bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen<sup>39</sup>.

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 GAV<sup>40</sup>. 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<sup>41</sup>.

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

<sup>37</sup> GEISER/UHLIG, 1 ff.

<sup>38</sup> SR 823.11, Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG vom 6. Oktober 1989).

<sup>39</sup> Siehe dazu das EuGH-Urteil C-384/10, Jan Voogtsgeerd v Navimer SA.

<sup>40</sup> 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, 196).

<sup>41</sup> Siehe dazu ausführlich : MEIER, *Concurrence*, 97.

seine kaufmännische Dispositionsfreiheit nehmen. In solchen Fällen drängt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, z.B. zum Kündigungsschutz, auf<sup>42</sup>. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person wird von der arbeitsrechtlichen Lehre weitgehend akzeptiert<sup>43</sup>. 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 sind<sup>44</sup>. 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.

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 vorgenommen<sup>45</sup>. 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 Bran-

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> WITZIG, 39 ff.; siehe auch MEIER, *Diss.* Rz. 495 ff.; MEIER, *Intégration*, 99 ff.; STREIFF/RUDOLPH/VON KAENEL, Rz. 2 zu Art. 319 OR. Kritisch zum Begriff ist STEINER, 64 ff. Auch dieser Autor befürwortet indes die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen in Vertragsverhältnissen mit entsprechendem Schutzbedarf.

<sup>44</sup> Siehe dazu PÄRLI, *Neue Formen*, 250, m.w.H. (Fn 63); VÖGELI, 755. Zum Teil werden „Scheinselbständigkeit“ und „Arbeitnehmerähnliche Person“ nicht auseinandergehalten, siehe anstelle vieler: BRÜHWILER, Rz. 13 zu Art. 319 OR.

<sup>45</sup> Der Heimarbeitsvertrag ist eine Form des Einzelarbeitsvertrages, siehe Art. 351 ff. OR.

chen sind Heimarbeiter im Geltungsbereich der Gesamtarbeitsverträge ausdrücklich aufgeführt<sup>46</sup>. Im „digitalen Zeitalter“ ist zu beachten, dass eine organisatorische Abhängigkeit auch bestehen kann, wenn die Arbeit zeit- und ortsautonom verrichtet werden kann.

### 2. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes

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 ausführt<sup>47</sup>. Die entscheidende Frage ist deshalb nicht, ob eine 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 kommt<sup>48</sup>. 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 hie-

<sup>46</sup> Z. B. im GAV der Uhrenbranche, Art. 1.1, siehe [http://www.cpih.ch/fichiers/files/politique-patronale/115182\\_CCT\\_Unia\\_dt.pdf](http://www.cpih.ch/fichiers/files/politique-patronale/115182_CCT_Unia_dt.pdf) (zuletzt besucht am 2. Juni 2018).

<sup>47</sup> Ob bei „Clickwork“ ein Auftrag, Werkvertrag oder Arbeitsvertrag vorliegt, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, siehe dazu PÄRLI, *Neue Formen*, 243 ff. und DAUBLER, *Herausforderungen*, 325 ff.; PORTMANN/NEDI, 532 ff.

<sup>48</sup> Zur Problematik siehe u.a.: UFFMANN, 980.

rarchischen 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 Splitt zwischen dem *rechtlichen und dem betriebswirtschaftlichen Arbeitgeber*.

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“ verstanden<sup>49</sup>, während es sich bei einem Betriebsteil um eine Leistungseinheit handelt, der die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt<sup>50</sup>. 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 zu<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> BGer 4C.193/2004, vom 30 Juli 2004, JAR 2005, 244; BGE 129 III 335, E.2.1.

<sup>50</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 333 OR.

<sup>51</sup> Art. 333a OR und Art. 335f OR.

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, eventuell 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 des Betriebs(teil)übergang erfasst werden<sup>52</sup> (auch dies könnte ggf. in einem GAV verankert werden).

### E. Selbständigerwerbende in Gesamtarbeitsverträgen ?

Die Zulässigkeit der Aufnahme Selbständigerwerbender in GAV's ist rechtlich umstritten. Das gilt erst recht für die Konstellation, dass eine Gruppe Selbständigerwerbender mit Auftraggebern einen GAV abschliessen würde.

Die Probleme betreffen das Wettbewerbsrecht. Ein Gesamtarbeitsvertrag ist an sich eine Art *Kartell*, denn branchenweite Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen wirken wie eine Preisabsprache. Solche Wettbewerbsbeschränkungen werden in der schweizerischen Rechtsordnung als Reaktion auf die wirtschaftliche Übermacht der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern bewusst in Kauf genommen<sup>53</sup>. Das ist auch im EU-Recht der Fall<sup>54</sup>. An sich sind Tarifverträge klassische Mindestpreisabsprachen, Unternehmen verpflichten sich, Arbeitnehmende nicht unter einem bestimmten Lohnminimum zu beschäftigen. Nach Art. 101 AEUV wäre eine solche Ausschaltung des Wettbewerbs unzulässig. Der

<sup>52</sup> Zur rechtlichen Qualifikation der Beschäftigungsverhältnisse im Rahmen der Plattform „Swisscomfriends“ siehe PÄRLI, *Neue Formen*, 243 ff.

<sup>53</sup> KELLER, 214 f.

<sup>54</sup> MOHR, 449 ff.

Europäische Gerichtshof (EuGH) hat indes in der Rechtssache Albany Tarifverträge im Interesse des Arbeitnehmerschutzes vom Kartellverbot ausgenommen<sup>55</sup>. Im Kartellrecht (Wettbewerbsrecht) gilt also der Grundsatz „*les travailleurs ne sont pas des entreprises*“<sup>56</sup>. Vom Kartellrecht werden *Unternehmen* in die Pflicht genommen, Gewerkschaften sind dem Kartellgesetz nicht unterworfen. Damit verhält sich das Kartellrecht spiegelbildlich zum Arbeitsrecht: Wenn ein Selbständigewerbender und damit Unternehmer i.S. des Kartellrechts einem GAV angehört, der einen „*Mindestlohn*“ vorsieht, liegt im Ergebnis eine Preisabsprache vor.

Zu dieser Problematik musste der EuGH im Urteil C-413/13<sup>57</sup> eine niederländische Tarif-Vertragsregelung beurteilen, die vorsah, dass „Aushilfsmusiker“, die als selbständigewerbend galten und in keinem Anstellungsverhältnis standen, ebenfalls dem Tarifvertrag unterstanden. 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. Ist dies der Fall, ist der Einbezug dieser Personen in den GAV mit dem Kartellrecht vereinbar. Die Rechtslage in der Schweiz ist vergleichbar. Das geltende Recht spricht gegen die Möglichkeit, einem die „*Selbstständigen*“ einschliessenden Berufsverband, die Tariffähigkeit und somit das Recht, GAV zu verhandeln, zu verleihen. Damit Plattformbeschäftigte und andere Personen in eher prekären Verhältnissen vom Schutz eines GAV profitieren können, ist erforderlich, den Begriff des Arbeitnehmers möglichst weit zu fassen. Auch sollen arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich des GAV fallen, denn auch sie bedürfen eines kollektiven Schutzes<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:430.

<sup>56</sup> BOVET, 42; KELLER, 215 ff. und Verweise.

<sup>57</sup> Urteil FNV Kunsten informatie en Media gegen Staat der Nederlanden vom 4. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.

<sup>58</sup> DEINERT, 3 ff.

## F. Exkurs : sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit

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: „Selbstständigerwerbend 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 Selbstständigerwerbende gleichzeitig auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sein können, wenn sie entsprechende Erwerbseinkommen erzielen.

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)<sup>59</sup>, die Invalidenversicherung (IV)<sup>60</sup>, die Ersatzerwerbsordnung (EO)<sup>61</sup>, Familienzulagen (FamZ)<sup>62</sup> und die Arbeitslosenversicherung (ALV)<sup>63</sup>. 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

<sup>59</sup> SR 831.10.

<sup>60</sup> SR 831.20.

<sup>61</sup> SR 834.1.

<sup>62</sup> SR 836.2.

<sup>63</sup> SR 837.0.

die Berufliche Vorsorge (BVG)<sup>64</sup> ebenfalls auf die Feststellung der AHV Bezug genommen.

Das Sozialversicherungsrecht qualifiziert den Begriff „Arbeitnehmer“ autonom, d.h., auf die vertragsrechtliche Qualifikation kommt es nicht an<sup>65</sup>. Abreden zwischen den Vertragsparteien über ihre AHV-rechtliche Stellung (selbstständig- oder unselbstständigerwerbend), über die AHV-rechtliche Wertung eines Entgeltes oder über andere Sozialversicherungspflichten sind nicht relevant<sup>66</sup>. Massgebend sind nach ständiger Rechtsprechung vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten<sup>67</sup>. Als unselbstständigerwerbend erwerbstätig wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerrisiko trägt<sup>68</sup>.

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 stammt<sup>69</sup>.

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.

<sup>64</sup> SR 831.40.

<sup>65</sup> LOCHER/GÄCHTER, Abs. 22, N 16; BGE 122 V 175, E.6a/aa.

<sup>66</sup> Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML), Rz. 1024, siehe <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22> (zuletzt besucht am 2. Juni 2018).

<sup>67</sup> BGE 111 V 267; 119 V 162; 123 V 163.

<sup>68</sup> BGE 123 V 162, E.1; 122 V 1691, E.3.

<sup>69</sup> Urteil des EVG vom 6. April 2001, AHI-Praxis 2001 214/99, 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).

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 unselbständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren und die betreffenden Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellen<sup>70</sup>.

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 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 sind 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 Selbständige als auch Unselbständige. Auch im Bereich der Familienzulagen bestehen keine Unterschiede zwischen den Selbständigen und den Unselbständigen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterstellung von Plattform-Beschäftigten als unselbständig Erwerbende insgesamt eine bessere Absicherung gegen soziale Risiken bringt.

Die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Qualifikation von Einkommen aus selbst- oder unselbständiger 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.

<sup>70</sup> Siehe für den Fall „Uber“ den Einspracheentscheid der SUVA und den vorläufigen Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich (dazu PÄRLI, *Uber-Urteile*).

gen (z.B. Taggeldversicherungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen oder Unfallversicherung für Selbstständigerwerbende; besondere Vereinbarungen im Bereich der beruflichen Vorsorge sind ebenfalls möglich<sup>71</sup>). 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.

### III. Sozialpartnerschaftliche Lösungen für ausgewählte „Digitalisierungsthemen“

#### A. Entgrenzung der Arbeit – Auswirkungen auf die Gesundheit

##### 1. Problemzonen

Die Digitalisierung fördert die Entgrenzung der Arbeit durch die zunehmende Vermischung zwischen Wohn- 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.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht fragt sich, wie heute gängige Arbeitsformen wie das Beantworten von E-Mail oder berufsbezogene Internetaktivitäten spätabends, an Wochenenden oder während der Ferien zu bewerten sind. An sich ergeben die geltenden Regelungen des Arbeitsgesetzes und des Arbeitsvertragsrechts ausreichend Klarheit. Zeit, während der sich ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers stellt und in seinen übrigen Aktivitäten eingeschränkt ist, stellt Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes dar, wobei noch zwischen Bereitschaftsarbeit und effektiver Arbeit zu diffe-

<sup>71</sup> Siehe SCHNEIDER, 285 ff.

renzieren ist<sup>72</sup>. Auch gelten die Arbeitszeitvorschriften hinsichtlich Nacht- und Sonntagsarbeitsverboten für die „digitale Arbeit“ gleichermaßen. Die Arbeitgeberin ist gestützt auf Art. 6 ArG, Art. 82 UVG und 328 OR verpflichtet, die Arbeitnehmenden vor Überlastung durch ständige Erreichbarkeit zu schützen. Dazu gehört auch und insbesondere die Pflicht, für die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeit- und Ruhezeitvorschriften zu sorgen, denn diese sind nicht einfach Selbstzweck sondern dienen u.a. dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden und damit auch einem öffentlichen Interesse.

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 ziehen. Auch möglich sind Regressforderungen der Unfallversicherer, wenn der Arbeitnehmer wegen eines durch die Arbeitgeberin verschuldeten Unfalles Leistungen bezieht<sup>73</sup>.

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

<sup>72</sup> Siehe MEIER/SEILER/PÄRLI (Fn \*), N 227 ff.

<sup>73</sup> Siehe MEIER/SEILER/PÄRLI (Fn \*), N 180.

Raum, arbeitnehmerähnliche Personen den Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes oder des Arbeitsgesetzes zu unterstellen<sup>74</sup>. 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.

### 2. Potenziale für GAV-Lösungen

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 Mitwirkungs-gesetz 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 Aufgabebereich 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 eignen sich hier auch die Felder, die durch die Digitalisierung zu neuen Gefahren führen und die vom gesetzlichen Regelwerk (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.

<sup>74</sup> Allerdings geht der Arbeitnehmerbegriff des UVG weit, so sind auch Schnupperlehre und Praktikanten/innen oder Beschäftigte in Wiedereingliederungsprojekten obligatorisch UVG-versichert, siehe dazu MEIER/PÄRLI, 28 f.

## B. Kontrolle und Überwachung

### 1. Problemaufriss und gesetzlicher Rahmen

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 Menu-Auswahl im Personalrestaurant<sup>75</sup>. Die Verknüpfung und Analyse dieser Daten ermöglicht, umfassende Persönlichkeitsprofile der Mitarbeitenden zu erstellen. Als weitere Treiber zunehmender Beschaffung und Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten 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 Umweltrecht<sup>76</sup>. 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 technologischen Entwicklungen der letzten Jahre erweiterten 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 Mehrfaches.

<sup>75</sup> PÄRLI, *Evaluierten*, 31.

<sup>76</sup> Zu den Konsequenzen der rechtlichen Vorgaben für Arbeitgebende auf interne Untersuchungen siehe bei Geiser (interne Untersuchungen), 1047 ff.

Art. 6 ArG und konkretisierend Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)<sup>77</sup> 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 EMRK interpretiert<sup>78</sup>. 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.

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

<sup>77</sup> Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993, SR 822.113.

<sup>78</sup> Siehe dazu mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR, PÄRLI, *EuZA*, 48 ff.

anzuordnen sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden.

### 2. Potenziale für GAV-Lösungen

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 bleiben<sup>79</sup>. Ausdrücklich aufzuführen ist beispielsweise die Verpflichtung der Arbeitgeberin, bei der Einführung neuer Technologien zur Unterstützung der Arbeitsabläufe die Beschäftigten zu informieren und zu konsultieren<sup>80</sup>. 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.

Auf einen wichtigen Zusammenhang zwischen Digitalisierung, Mitwirkung und Überwachung ist 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. Damit ist das Thema Mitwirkung/Mitbestimmung angesprochen, auf das sogleich eingegangen wird.

<sup>79</sup> Siehe z.B. Lidl GAV, [https://www.lidl.ch/statics/lidl-offering-ch/ds\\_doc/GAV\\_final\\_DE.pdf](https://www.lidl.ch/statics/lidl-offering-ch/ds_doc/GAV_final_DE.pdf) (zuletzt besucht am 02. Juni 2018).

<sup>80</sup> So Art. 36 Bank GAV, [http://www.sbpv.ch/fileadmin/user\\_upload/Geschuetzter\\_Bereich/VAB/VAB\\_2016.pdf](http://www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Geschuetzter_Bereich/VAB/VAB_2016.pdf) (zuletzt besucht am 02. Juni 2018).

### C. Mitwirkung

Die heutigen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden sind im internationalen Vergleich eher bescheiden. Die Digitalisierung erfordert jedoch nach in der neueren Personalführung- und Managementlehre vertretenen Ansichten eine Demokratisierung der Arbeitswelt<sup>81</sup>. 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 Abläufen<sup>82</sup>. Wenn gleichzeitig Führungs- und Organisationsstrukturen weitgehend top-down ausgerichtet sind und die Beschäftigten kaum Mitspracherechte haben, ist dies widersprüchlich<sup>83</sup>. 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.

Die Mitwirkungsrechte nach dem Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, 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.

<sup>81</sup> Siehe z.B. : BRANDES/GEMMER/KOSCHEK/SCHÜLTKEN, S. 206 ff. Siehe auch die Literaturangaben in den darauffolgenden Fussnoten.

<sup>82</sup> Siehe zu der Frage der Mitwirkung/Mitbestimmung in digitalen Zeiten die Diskussion in Deutschland, namentlich : FÜNDLING/SORBER, 552 ; KARTHAUS, 558 ff.

<sup>83</sup> PÄRLI, *Zutritt*, 1454 ff.

## IV. Fazit

Verbreitung von Beschäftigungs-Plattformen. Es ist vielmehr mit einer weiteren Verbreitung solcher Modelle der Organisation und Verteilung der Arbeit zu rechnen. Unter welchen Bedingungen die Plattformen ihr Geschäft betreiben können, unter welchem Bedingungen gearbeitet wird und das Erwerbseinkommen sozialversicherungsrechtlich abgesichert werden kann, ist gestaltbar. Es bedarf dafür eines umsichtigen *Gesetzgebers*, der durch kluge Entscheidungen die Rechte der Arbeitnehmenden schützt, die Innovationskraft der wirtschaftlichen Akteure stärkt und die Finanzierung der Sozialwerke mitberücksichtigt. Gefordert sind selbstredend auch *Verwaltung und Gerichte*, bei der *Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts* die vorhandenen Handlungsspielräume zu nutzen, um, soweit mit dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung zulässig, die Rechtsprobleme der neuen Formen des digitalen Wirtschaftens auf der Grundlage des bestehenden Rechts zu lösen<sup>84</sup>. Eine besondere Rolle kommt indes den Sozialpartnern zu. Durch ihre Nähe zur Arbeitswelt waren und sind sie es, die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung praxistauglicher Lösungen für arbeitsrechtliche Fragen und Probleme besonders geeignet sind. Die mit der Digitalisierung einher gehenden Umwälzungen eröffnen den Sozialpartnern Chancen, in Gesamtarbeitsverträgen Lösungen zu erproben, die später möglicherweise vom Gesetzgeber nachvollzogen werden<sup>85</sup>. Dabei ist aber das Konzept der Sozialpartnerschaft auch grundsätzlich herausgefordert.

## Literaturverzeichnis

BOVET CHRISTIAN, Le droit de la concurrence en tant que droit social, in : Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Rémy Wylér/Anne Meier/Sylvain Marchand (Hrsg.), Genf 2015, S. 41-52.

<sup>84</sup> Politik und Behörden dürfen sich nicht täuschen lassen : Innovation, die einzig darin besteht, geltende Arbeits- und Sozialschutznormen zu umgehen, verdient keinen Schutz.

<sup>85</sup> Siehe zur Innovationskraft von Gesamtarbeitsverträgen RIEMER-KAFKA.

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

BRUCHEZ CHRISTIAN, ad art. 356 CO, in : *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Basel 2010.

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

CIRIGLIANO LUCA, *La Numérisation, défi pour le droit du travail ?*, in : *Ju-sletter* 6. Februar 2017.

DÄUBLER WOLFGANG, *Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung*, in : *AuR* 8 (2016), S. 325-334 (zitiert : DÄUBLER, *Herausforderungen*).

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

DEINERT OLAF, *Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht – Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen*, Baden-Baden 2015.

DEMIR EYLEM, *Kollektive Rechte*, in : *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*, Kurt Pärli et al., Zürich/Sankt Gallen 2016, S. 841-924.

FÜNDLING CAROLINE/SORBER DOMINIK, *Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats ?*, in : *NZA* 9 (2017), S. 552-558.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2019.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, *Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern*, in : *ZBJV* 146 (2010), S. 1-56.

JUNKER ABBO, *Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, in : *EuZA* 9/2 (2016), S. 184-206.

KARTHAUS BORIS, Mangelnde Beteiligungsfähigkeit des Algorithmus im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren, in : NZA 9 (2017), S. 558-565.

KELLER STEFAN, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, sic! 3 (2009), S. 214-220.

LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014.

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, in : SJ 2017 II 93 (zitiert : MEIER, *Concurrence*).

MEIER ANNE, L'engagement de musiciens : contrat de travail ou contrat d'entreprise ? – Etude des contrats de service en droit suisse et en droit américain, Dissertation, Genève 2013 (zitiert : MEIER, *Diss*).

MEIER Anne, Pour un retour de la notion d'intégration dans la définition du contrat de travail, in : ARV/DTA Bern 2013, S. 97-104 (zitiert : MEIER, *Intégration*).

MEIER ANNE/PÄRLI KURT, Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beschäftigungsverhältnissen unter sozialhilferechtlichen Bedingungen, in : SZS 62/1 2018, S. 4-39.

MOHR JOCHEN, Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht am Beispiel solo-selbständiger Unternehmer, in : EuZA 2018, S. 436-462.

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, in : AJP 11 (2014), S. 1454-1462 (zitiert : PÄRLI, *Zutritt*).

PÄRLI KURT, Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in : Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich : Aktuelle Herausforderungen, Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern, Ueli Kieser/Kurt Pärli (Hrsg.), St. Gallen 2012, S. 29-54 (zitiert : PÄRLI, *Evaluieren*).

PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, in : ARV/DTA 4 (2016), S. 243-256 (zitiert : PÄRLI, *Neue Formen*).

PÄRLI KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, in : EuZA 1 (2015), S. 48-64 (zitiert : PÄRLI, *EuZA*).

PÄRLI KURT, *Über-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich*, in : Jusletter 3. September 2018 (zitiert : PÄRLI, *Über-Urteile*).

PORTMANN WOLFGANG/NEDI RAHEL, *Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing*, in : *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung : Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Zürich 2015, S. 525-544.

REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15. Aufl., Bern 2001.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, *Innovationskraft der GAV für die Gleichstellung und die soziale Sicherheit*, *Arbeitsrecht : Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, 2012/Sonderausgabe/110.

RONCORONI GIACOMO, in : *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Basel 2010.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, *Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement*, in : *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand* (Hrsg.), Genf 2015, S. 285-297.

STEINER OLIVIER, *Die arbeitnehmerähnliche Person – Auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft*, in : *ArbR* (2008), S. 65-107.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag*, *Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

UEBE WESSELINA, *Regelungskonzept des Europäischen Arbeitsrechts*, in : *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*, Kurt Pärli et al., Zürich/Sankt Gallen 2016.

UFFMANN KATHARINA, *Digitalisierung der Arbeitswelt*, in : *NZA* (2016), S. 977-984.

VISCHER FRANCK/ALBRECHT ANDREAS C., *Zürcher Kommentar*, Art. 356-360f OR. *Der Arbeitsvertrag*, Band V/2c – *Das Obligationenrecht*, Zürich 2006 (zitiert : 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, Markus Rüssli et al.* (Hrsg.), Zürich 2012, S. 741-756.

WITZIG AURÉLIEN, *L'ubérisation du monde du travail. Réponse juridique à une évolution économique*, in : *ZSR* 135 I (2016), Heft 5, S. 457-483.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Bern 2014.

Stéphanie Dagron/Anne-Sylvie Dupont/Karine Lempen

## L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?

Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion  
des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail

Paru à l'occasion du centenaire de l'Organisation internationale du Travail (OIT), cet ouvrage collectif réunit les contributions présentées lors du colloque « L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ? », qui s'est tenu le 10 mai 2019 à l'Université de Genève.

Dans une première partie, l'ouvrage commence par retracer l'histoire de l'OIT pour mieux envisager les perspectives d'avenir. Il aborde les principaux défis auxquels se trouve confrontée cette organisation : mondialisation, informalisation et digitalisation. Une seconde partie s'intéresse à la réception des normes de l'OIT en droit suisse et traite en particulier du revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie, de la protection contre la discrimination antisyndicale, des normes sur le temps de travail à l'ère numérique et de l'avenir du partenariat social.

L'ouvrage est édité par Stéphanie Dagron, Anne-Sylvie Dupont et Karine Lempen, Professeures à Faculté de droit de l'Université de Genève et co-directrices du Pôle Berenstein pour le droit du travail et de la sécurité sociale.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur  
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

[www.ejl-fjv.ch](http://www.ejl-fjv.ch)



ISBN 978-2-88954-014-3 (print)  
ISBN 978-2-88954-015-0 (PDF)

