

Gutachten „UberEats – GAV-Unterstellung und andere Fragen“

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität
Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel

im Auftrag der

Gewerkschaft Unia, Weltpoststrasse 20, 3015 Bern

Bern, 30. April 2021

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
Zusammenfassung.....	2
I Auftrag	4
II) Essenstransport als Postdienstleistung: Grundlagen und Folgen	5
1. <i>Die einschlägigen Regelungen im Postgesetz und die Verfügung der PostCom vom 10. Dezember 2020.....</i>	<i>5</i>
2. <i>Die Auswirkungen der Postgesetzgebung auf die Arbeitsverhältnisse.....</i>	<i>7</i>
a) Allgemeines	7
b) Anwendungsgereich	8
c) Inhalt der Mindestarbeitsbedingungen	11
d) Die Durchsetzung der Mindestarbeitsbedingungen.	12
e) Kritische Würdigung der PostCom-Verfügung.....	14
3. <i>Beantwortung der ersten und zweiten Gutachtersfrage</i>	<i>15</i>
III) GAV: Unterstellungs- und Konkurrenzfragen.....	16
1. <i>Grundlagen zum Geltungsbereich und zur Konkurrenz von GAV.....</i>	<i>16</i>
2. <i>In Frage kommende GAV.....</i>	<i>18</i>
a) Einleitung	18
b) GAV-KEP+Mail	19
c) GAV-Velokuriere	19
d) L-GAV des Gastgewerbes	20
e) GAV-Personalverleih	23
3. <i>Lösung (allfälliger) Konkurrenzprobleme</i>	<i>24</i>
a) Variante Personalverleih.....	24
b) Variante ohne Personalverleih	24
IV) Personalverleih	25
1. <i>Die Regelungen im Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG).....</i>	<i>25</i>
2. <i>Das Genfer Urteil</i>	<i>28</i>
3. <i>Anwendung des AVG auf die Konstellation UberEats-Chaskis.....</i>	<i>33</i>
a) Chaskis SA als Arbeitgeberfirma	33
b) Personalverleih bei „Ménage à quatre“	34
c) Chaskis SA als Personalverleiherin: Nur bei „Ménage à trois“ möglich	35
4. <i>Auswirkungen des „Konstrukts Chaskis SA/UberEats“ auf die PostCom-Verfügung und den GAV Personalverleih</i>	<i>36</i>
V) Beantwortung der Gutachterfragen.....	37

Zusammenfassung

Die PostCom hat verfügt, dass die Tätigkeit von UberEats eine meldepflichtige Postdienstleistung darstellt. Aus den Erwägungen der PostCom lässt sich ableiten, dass Uber (konkret die Uberfirma Uber Portier B.V.) als meldepflichtiges Unternehmen zu bezeichnen ist, weil Uber den ganzen Prozess der Postdienstleistung steuert und kontrolliert. Dies hat auch zur Folge, dass die UberEats-Kuriere Anspruch auf die Mindestarbeitsbedingungen gemäss Postgesetzgebung haben. Das trifft auch zu, wenn ein meldepflichtiger Postdienstleister zur Erfüllung des Auftrages Subunternehmen bezieht.

Gemäss einem Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts liegt beim Essenslieferdienst UberEats Personalverleih vor. Konkret bedeutet dies, dass die Firma Uber Switzerland GmbH (als Betreiberin der UberEats App/Dienstleistung) eine rechtliche Arbeitgeberstellung im Verhältnis zu den UberEats-Kurier*innen hat. Das Genfer Verwaltungsgericht kommt zudem zum Schluss, dass die Restaurants, in denen die Kurier*innen das Essen abholen, als Einsatzbetriebe zu qualifizieren sind.

Die Unternehmung Uber hat in Genf auf das Verwaltungsgerichtsurteil reagiert und dafür gesorgt, dass die Firma Chaskis SA die Kurier*innen anstellt. Dieses Konstrukt wirft die Frage auf, ob hier nach Personalverleihgesetzgebung unzulässiger Weiterverleih stattfindet. Dies festzustellen und gegebenenfalls zu sanktionieren, ist Aufgabe der zuständigen Behörden.

Die Feststellungen des Genfer Verwaltungsgerichts, wonach die Tätigkeit der UberEats-Essenslieferung als Personalverleih zu qualifizieren ist, wirft die Frage auf, welche Auswirkungen dies auf allenfalls anwendbare Gesamtarbeitsverträge (GAV) hat.

Betrachten wir vorerst den L-GAV des Gastgewerbes. Gemäss Art. 1 Abs. 1 sind Betriebe, die fertig zubereitete Speisen ausliefern, gastgewerblichen Betrieben gleichgestellt und der L-GAV auf sie anwendbar. Im Kommentar zum L-GAV werden Pizzakuriere ausdrücklich als Beispiel für eine GAV-Unterstellung genannt. Vor einigen Jahren wurde in der Presse über einen „Pizza-Kurier-Fall“ berichtet. Das Unternehmen Dino's Pizzakurier GmbH geriet wegen Löhnen unterhalb der Bestimmungen des L-GAV in die Kritik. Nach öffentlichem

Druck anerkannte die Arbeitgeberin die Geltung des L-GAV des Gastgewerbes. Was bedeutet dies nun für den vorliegenden Zusammenhang?

Die UberEats-Kurier*innen liefern fertig zubereitete Speisen aus. Die erwähnte GAV-Bestimmung könnte nun so verstanden werden, dass nur Betriebe gemeint sind, die genannte Speisen auch selber zubereiten (was bei den Pizza-Kurierdiensten in der Regel der Fall ist). Eine solche Schlussfolgerung ist jedoch überhaupt nicht zwingend.

Überzeugender ist vielmehr folgender Gedankengang: Werden Speisen im Restaurant zubereitet und durch den Kellner oder die Kellnerin zum Gast im Restaurant gebracht, ist klar, dass auch die Tätigkeit des Kellners bzw. der Kellnerin unter den L-GAV fällt. Das wäre auch dann der Fall, wenn diese Person über Personalverleih im Restaurant tätig wäre (dann müsste das Verhältnis zum GAV-Personalverleih geklärt werden, dazu mehr später). Wenn nun ein Restaurant die von ihm zubereiteten Speisen via Kuriere mit eigenem Personal zu den Kund*innen nach Hause oder ins Büro bringt, ist ebenfalls von der Anwendung des L-GAV auszugehen. Es gibt keinen vernünftigen Grund, den Transport der Speisen durch eine/n externe/n Kurier*in bezüglich GAV-Unterstellung anders zu behandeln. Das gilt grundsätzlich für alle Essenslieferdienste.

Ein weiterer Aspekt spricht für die Unterstellung der Kurier*innen unter den L-GAV des Gastgewerbes. Art. 2 Abs. 1 des L-GAV hält die Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich ausdrücklich und abschliessend fest. Möchten die GAV-Parteien die externen Kurier*innen vom Anwendungsbereich des L-GAV des Gastgewerbes ausnehmen, müsste dies folglich in Art. 2 Abs. 1 ausdrücklich erwähnt sein. Auch aus Art. 2 Abs. 1 des L-GAV lässt sich demnach kein anderer Schluss ziehen als die Unterstellung (auch) der externen Kurier*innen unter den L-GAV.

Wie erwähnt, liegt im Fall von UberEats gemäss dem Genfer Verwaltungsgerichtsurteil Personalverleih vor. Somit besteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem L-GAV des Gastgewerbes und dem GAV Personalverleih. Relevant ist hier nun Art. 3 des GAV Personalverleih, wonach die Bestimmungen hinsichtlich Lohn und Arbeitszeit des L-GAV des Gastgewerbes auf Kurier*innen anwendbar sind. Über Schweiz (als Betreiberin der UberEats-App) bzw. ggf. Chaskis SA sind verpflichtet, den Kurier*innen die entsprechenden Arbeitsbedingungen zu gewähren.

I Auftrag

- 1 Der Essenslieferdienst UberEats wurde nach einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG)¹ unterstellt.² Gemäss dem Urteil liegt Personalverleih vor. Der Verleih von „Personal“ setzt konsequenterweise voraus, dass Arbeitsverhältnisse vorliegen, so dass sich auch Fragen eines allenfalls anwendbaren Gesamtarbeitsvertrages (GAV) stellen.
- 2 Im Nachgang zum genannten Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts ist Uber dazu übergegangen, die UberEats-Fahrer*innen durch ein Unternehmen namens Chaskis SA anzustellen. In dieser Konstellation besteht also ein Arbeitsverhältnis zwischen den UberEats-Fahrer*innen und Chaskis. Die UberEats-Fahrer*innen nutzen für die Ausübung ihrer Tätigkeit weiterhin die UberEats App. Im Ergebnis liegt hier somit ein Fünfecksverhältnis vor (Restaurant, Endkund*in, UberEats, Chaskis und Fahrer*in).
- 3 Die Postkommission (PostCom) hat am 10. Dezember 2020 eine Feststellungsverfügung erlassen (Feststellungsverfügung der PostCom: Uber Portier B.V. übt eine postalische Tätigkeit aus³, gemäss der Uber Portier B.V. mit ihrem Dienst UberEats in der Schweiz eine postalische Tätigkeit in Form eines Kurierdienstes im eigenen Namen ausübe. Das Unternehmen mit Sitz in Amsterdam ist deshalb meldepflichtig nach dem Postgesetz.
- 4 Aufgrund dieser Ausgangslage will die Auftraggeberin (Unia) vom Gutachter die folgenden vier Fragen erörtert und beantwortet haben:
 1. Welche Auswirkungen hat die Entscheidung der PostCom (Siehe Rz. 3) auf UberEats bzw. die rechtliche Stellung der UberEats-Fahrer*innen?
 2. Ist die Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP) anwendbar?
 3. Welchem GAV unterstehen die Fahrer*innen von UberEats (L-GAV des Gastgewerbes, GAV Veloziere, anderer GAV)?
 4. Liegt in der Konstellation Chaskis-UberEats (Siehe Rz. 2) in Genf Personalverleih vor und falls ja, wer ist als Personalverleiher zu bezeichnen?
- 5 Für die Beantwortung dieser Fragen wird wie folgt vorgegangen: In einem ersten Teil werden die aufsichtsrechtlichen Aspekte der Postgesetzgebung und insbesondere die

¹ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989, SR 823.11.

² Cour de Justice, Urteil vom 29. Mai 2020, Nr. A/2520/2019.

³ [VFG_11_2020_PostCom_Feststellungsverfuegung_Uber_Portier_BV_20201210.pdf \(admin.ch\)](#)

Auswirkungen der genannten PostCom-Verfügung auf den Status der UberEats-Fahrer*innen sowie die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen erläutert. Darauf aufbauend können die ersten beiden Fragen beantwortet werden. Anschliessend folgen allgemeine Ausführungen zur Thematik der Konkurrenz von GAV. Auf deren Grundlage kann die dritte Frage beantwortet werden. Abschliessend widmet sich das Gutachten dem Personalverleih. Hier ist erforderlich, das erwähnte Genfer Urteil sowie weitere Judikatur und Doktrin zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) näher zu analysieren, um so die Basis für die Beantwortung der vierten Gutachterfrage zu erhalten.

II) Essenstransport als Postdienstleistung: Grundlagen und Folgen

1. Die einschlägigen Regelungen im Postgesetz und die Verfügung der PostCom vom 10. Dezember 2020

- 6 Das Postgesetz (PG⁴) regelt die landesweite Versorgung mit Dienstleistungen im Post- und Zahlungsverkehr (Art. 1 Abs. 1 PG). Zu den Postdiensten gehören gemäss Art. 2 lit. a PG „das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen“. Wer gewerbsmässig Postdienste anbietet, ist nach Art. 4 Abs. 1 PG verpflichtet, die Tätigkeit der PostCom⁵ zu melden. Wer der Meldepflicht unterliegt, muss gemäss Art. 4 Abs. 3 PG die Informationspflichten nach Art. 9⁶ und die Auskunftspflichten nach Art. 23 Abs. 2 PG⁷ erfüllen (lit. a) und darüber hinaus die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gewährleisten (lit. b) sowie mit den Personalverbänden Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag führen (lit. c).⁸
- 7 Die Meldepflichten stehen im Zusammenhang mit der Marktöffnung, die geordnet und transparent erfolgen soll. Ziel der Gesetzgebung ist die Verwirklichung eines wirksamen

⁴ Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG), SR 783.0.

⁵ Zu den Aufgaben und Kompetenzen der PostCom siehe <https://www.postcom.admin.ch/de/postcom-startseite/> (zuletzt besucht am 11.02.2021).

⁶ Siehe Art. 9 PG:

1 Die Anbieterinnen von Postdiensten müssen:

a. die Transparenz der Preise für die Kundinnen und Kunden gewährleisten;
b. für die Kundinnen und Kunden als Anbieterinnen von Postdiensten erkennbar sein;
c. die Kundinnen und Kunden angemessen über ihre Rechte und Pflichten informieren, insbesondere über den Umgang mit ihren Daten sowie über ihre Einwilligungsrechte.

2 Die Anbieterinnen sind verpflichtet, Informationen über die Qualität ihrer Postdienste sowie über die ökologischen Auswirkungen und die sozialverträgliche Leistungserbringung zu veröffentlichen. Der Bundesrat regelt Inhalt und Form der Veröffentlichung

⁷ Siehe Art. 23 Abs. 2 PG: Die Anbieterinnen von Postdiensten müssen der PostCom und dem Fachsekretariat jährlich die Unterlagen einreichen, die erforderlich sind, um die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen zu überprüfen und eine Statistik über Postdienste zu erstellen.

⁸ Zum Ganzen siehe BOUCHER-KIND NATASCHA, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post, Bern 2020 S. 173.

Wettbewerbes.⁹ Die Aufsichtsbehörde ist deshalb mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet.¹⁰

- 8 Mit Verfügung vom 10. Dezember 2020 hat die PostCom entschieden, dass die Uber Portier B.V. mit Sitz in Amsterdam meldepflichtig nach Art. 4 Abs. 1 PG ist¹¹. Die Uber Portier B.V. musste sich deshalb bis zum 30. Januar 2021 in der Datenbank der PostCom als meldepflichtige Anbieterin von Postdiensten registrieren. Gegen diese Verfügung konnte Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht werden. Es ist davon auszugehen, dass diese Beschwerde eingereicht wurde.¹²
- 9 Die PostCom begründet ihre Entscheidung wie folgt:

Ein Postdienst im Sinne von Art. 2 lit. b PG liege einerseits vor bei einer Verarbeitung spezifischer Sendungen und andererseits bei bestimmten postalischen Prozessen (Art. 2 lit. a PG). Meldepflichtige Unternehmen würden gegenüber dem Absender eine Gesamtverantwortung für den postalischen Prozess tragen.¹³ Nicht entscheidend für die Frage der Meldepflicht sei, ob die Anbieterin die Dienste tatsächlich selber erbringe, oder ob sie dafür Subunternehmerinnen beauftrage.¹⁴

Die PostCom stellt fest, dass es sich bei den von UberEats transportierten Lebensmitteln um Postsendungen im Sinne des Postgesetzes handelt (Art. 2 lit. b PG).¹⁵ Bei der Lieferung der Lebensmittel vom Restaurant zum/zur Kund*in handle es sich zudem um einen Postdienst (Abs. 2 lit. a PG).¹⁶ Anders verhalte es sich nur dann, wenn der/die Kund*in das Essen beim Restaurant selber abhole. Dies diesbezügliche Verwendung der UberEats App falle nicht unter die meldepflichtigen Dienstleistungen.¹⁷

Das Erfordernis der Gewerbsmässigkeit der Dienstleistung (eine auf Verdienst ausgerichtete Dienstleistung für Kund*innen) liegt gemäss PostCom-Verfügung für die UberEats-Variante „Marketplace Method“ vor. Das Geschäftsmodell sehe vor, dass Restaurants die Gerichte über die sogenannten Lieferpartner von Uber Portier B.V. gegen eine Liefergebühr ihren Kund*innen liefern lassen könnten. Die Lieferkosten würden von Uber Portier B.V. zu Lasten der Restaurants verrechnet. Die von Uber Portier B.V. dafür eingesetzten Lieferpartner wären Fahrer*innen, die sich auf der Uber-Plattform registriert haben, um Essenzustellungen auf Abruf zu tätigen. Sobald eine Bestellung

⁹ Siehe auch die Verfügung der PostCom vom 10. Dezember 2020, Ziffer 19.2 (Fn 11).

¹⁰ Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBI 2009 5207.

¹¹ Die Verfügung ist öffentlich einsehbar: https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Verfuegungen/VFG_11_2020_PostCom_Feststellungsverfuegung_Uber_Portier_BV_20201210.pdf (zuletzt besucht am 11.02.2021).

¹² Am 11. Februar 2021 ist Uber Portier B.V. in der öffentlich einsehbaren Datenbank der PostCom nicht aufgeführt, siehe: <https://www.postcom.admin.ch/de/postmaerkte/meldepflicht/gemeldete-unternehmen/> (zuletzt besucht am 11. Februar 2021).

¹³ An dieser Stelle verweist die PostCom auf die Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBI 2009 5206.

¹⁴ Ziffer 13.1 der Verfügung der PostCom (Fn 11).

¹⁵ Ziffer 14.4. der Verfügung der PostCom (Fn 11).

¹⁶ Ziffer 15.1 und 15.2 der Verfügung der PostCom (Fn 11).

¹⁷ Ziffer 15.2 der Verfügung der PostCom (Fn 11).

mit anschliessender Lieferung eingehen, kontaktiere Uber Portier B.V. über ihre Plattform einen geeigneten Lieferpartner, der den Auftrag übernehme. Somit bestimme Uber Portier B.V. die logistische Dienstleistung sowohl durch ihre Geschäftsbedingungen mit den Restaurants und den Lieferpartnern als auch bei den einzelnen Lieferungen, indem sie jede Lieferung operativ mittels der Uber-Plattform steuere, einen bestimmten Lieferpartner mit der Zustellung beauftrage, den Preis für die Lieferung festsetze und die Entschädigung zugunsten des Lieferpartners festlege. Uber Portier B.V. steuere somit bei der "Marketplace Method" den ganzen Prozess und sei dafür verantwortlich. Der in der Schweiz von Uber Portier B.V. angebotene Lieferservice mit der „Marketplace Method“ stelle somit das Angebot eines Postdiensts dar.¹⁸

In der Verfügung der PostCom wird weiter darauf hingewiesen, dass die Pflichten gemäss Art. 4 Abs. 3 PG (also auch die Pflicht zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche und der Pflicht zu GAV-Verhandlungen) ex lege entstehen und nicht von der erfüllten Meldepflicht abhängen.¹⁹

- 10 Die Verfügung der PostCom bedeutet vorab, dass Uber Portier B.V. der Meldepflicht nachkommen muss (und die Arbeitsbedingungen einhalten muss, dazu mehr sogleich). Zur Durchsetzung der Verfügung sieht Art. 25 PG Verwaltungssanktionen in der Höhe von bis zu zehn Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes der letzten drei Jahre vor. Zudem droht den verantwortlichen Personen gemäss Art. 31 PG eine Busse von bis zu 100 000 Franken.
- 11 Von Bedeutung ist weiter die in Art. 26 PG vorgesehene Amtshilfe. Die PostCom sowie weitere mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraute Personen übermitteln anderen Behörden des Bundes und der Kantone diejenigen Daten, die diese zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigen.

2. Die Auswirkungen der Postgesetzgebung auf die Arbeitsverhältnisse

a) Allgemeines

- 12 Art. 4 Abs. 3 lit. b PG hält fest, dass die meldepflichtigen Unternehmen die Einhaltung der **branchenüblichen Arbeitsbedingungen** gewährleisten müssen und Art. 4 Abs. 3 lit. c PG **verpflichtet die Anbieter von Postdienstleistungen zu GAV-Verhandlungen mit den Personalverbänden**. Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b PG überwacht die PostCom, ob die branchenüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden und ob der GAV-Verhandlungspflicht nachgekommen wird. In dieser Bestimmung wird deutlich, dass sich der

¹⁸ Ziffer 16.3 der Verfügung der PostCom (Fn 11).

¹⁹ Ziffer 19.2 der Verfügung der PostCom (Fn 11).

Gesetzgeber der grossen Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen für das sozialpolitische Klima in der Schweiz durchaus bewusst ist.

- 13 In der Verordnung zum Postgesetz (VPG²⁰) hält Art. 5 Abs. 1 fest, dass die meldepflichtige Postdienstleistungsanbieterin jährlich den Nachweis zu erbringen hat, dass sie die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhält. Art. 5 Abs. 2 VPG bestimmt, dass **bei Vorliegen eines GAV die Vermutung** gilt, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen würden eingehalten. Weiter verpflichtet Art. 5 Abs. 3 VPG die Anbieterinnen von Postdienstleistungen, Vereinbarungen mit den Subunternehmer*innen über die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen zu treffen, sofern die Subunternehmer*innen mit Postdiensten mehr als 50 Prozent ihres jährlichen Umsatzes erzielen.
- 14 Der Nachweis der GAV-Verhandlungspflicht ist in Art. 6 VPG präzisiert. Festgehalten wird hier, der Nachweis sei der PostCom mit Dokumenten (Briefen, E-Mails oder Protokollen) zu erbringen. Die Verhandlungen müssen geführt werden mit den in der Branche anerkannten, **tariffähigen und repräsentativen** Personalverbänden. Gemäss den Erläuterungen zur VPG ist eine Anbieterin von der Pflicht entbunden, Verhandlungen zu führen, wenn es auf Seiten ihrer Arbeitnehmenden keinen tariffähigen und repräsentativen Ansprechpartner gibt. Für die **Tariffähigkeit** wird auf die anerkannten Kriterien hingewiesen (ein Verband muss über die rechtliche Eigenschaft zum Abschluss oder Anschluss zu einem GAV verfügen). Hinsichtlich **Repräsentativität** ist die Anzahl der Mitglieder sowie die Bedeutung der Organisation in geografischer Hinsicht relevant. Es solle verhindert werden, dass beliebig kleine Organisationen Verhandlungen verlangen können und dass eine Anbieterin durch den Abschluss eines Vertrags mit einem vorgesuchten, aber nicht repräsentativen Personalverband die Vorgabe der Branchenüblichkeit umgeht. Die Erläuterungen halten weiter fest, der Nachweis, dass ein Personalverband nicht den genannten Kriterien entspreche, sei Sache der Anbieterin.²¹

b) Anwendungsgereich

- 15 Die Frage steht im Raum, wie die branchenüblichen Arbeitsbedingungen zu bestimmen sind. Dazu hält Art. 61 VPG fest, dass die PostCom die branchenüblichen Arbeitsbedingungen periodisch zu ermitteln hat. Erfasst werden müssen die Parameter Entlohnung

²⁰ Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG) SR 783.01.

²¹ Erläuterungen zur VPG, Quelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Gesetzgebung/Erlaeuterungsbericht-Postverordnung-d-20120829.pdf>.

inkl. Zuschläge und Lohnfortzahlung bei Verhinderung (Art. 61 Abs. 1 lit. a VPG), Arbeitszeit einschliesslich Regelungen zur Überzeit, Nacht- und Schichtarbeit (Art. 61 Abs. 1 lit. b VPG) sowie der Ferienanspruch (Art. 61 Abs. 1 lit. c VPG). Zudem verpflichtet Art. 61 Abs. 2 VPG die PostCom, Mindeststandards festzulegen.

- ¹⁶ Die PostCom hat am 30. August 2018 die Verordnung über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP²²) erlassen. In den Erläuterungen der PostCom wird auf den **Zweck der Mindeststandards** hingewiesen: „Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Postsektor sollen verhindern, dass sich der im Postsektor erwünschte Wettbewerb auf Kosten der Löhne und Arbeitsbedingungen der Angestellten entwickelt. (...) Die Mindeststandards sollen zwischen den Anbieterinnen von Postdiensten einen fairen Wettbewerb schaffen. Sie verfolgen im Gegensatz zu anderen, z.B. kantonalen Mindestlöhnen keine sozialen Ziele“²³. Diese **Erläuterungen der Postcom** sind **widersprüchlich**, denn die **Verhinderung von Wettbewerb durch Lohndumping** hat durchaus auch eine soziale Dimension. Es zeigt sich in der Argumentation der „Hüterin über den Postmarkt“ ein einseitiges und **nicht zeitgemäßes Marktmarktverständnis**. Die Spielregeln des Marktes sind nicht „nur“ durch die Wirtschaftsverfassung geprägt. Die Bestimmungen in der Bundesverfassung (BV) zur Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV und 94-96 BV) sowie die arbeits- und sozialverfassungsrechtlichen Normen in Art. 110 ff BV und zum Konsumenten- und Mieterschutz (Art. 97 und 108-109 BV) sind gleichwertig und müssen in ihrem Zusammenspiel verstanden werden.²⁴
- ¹⁷ Die VMAP hält in Art. 1 Abs. 2 fest, dass die Verordnung für die Arbeitsverhältnisse zwischen Anbieterinnen von Postdiensten und ihren Arbeitnehmer*innen gelte (lit. a) und zudem zwischen Subunternehmen, die mehr als 50 Prozent ihres Umsatzerlöses mit Postdiensten erzielen und ihren Arbeitnehmer*innen. Die **Erläuterungen zur VMAP** präzisieren, dass die **Mindeststandards auch für Temporärangestellte** gelten, wobei günstigere Bedingungen des GAV für den Personalverleih vorgehen. Diese Rechtslage

²² Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP) vom 30. August 2018, SR 783.016.2.

²³ Erläuterungen der Postkommission vom 30. August 2018 zur VMAP, Quelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Mindeststandards/Erlaeuterungen-Postkommission-VerordnungMindeststandards-20180830-DE.pdf> (zuletzt besucht am 15.02.2021).

²⁴ Näheres dazu im Zusammenhang mit den Herausforderungen der Sharing Economy bei PÄRLI KURT, in: Von Stokar et. al. Sharing Economy, Teilen statt Besitzen, Zürich 2018, S. 105 ff.

ergibt sich ohne Weiteres bereits aus Art. 20 AVG und aus den Art. 2 und 3 des GAV-Personalverleih.²⁵

- ¹⁸ In den Erläuterungen der PostCom zur VMAP ist weiter festgehalten, das gewählte Geschäftsmodell habe keinen Einfluss auf die Pflicht zur Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen und könne insbesondere auch nicht als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung dienen. Ob Arbeitsverhältnisse vorlägen, sei anhand der anerkannten Merkmale (Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Dauerschuldverhältnis, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation usw.) zu entscheiden.²⁶
- ¹⁹ An dieser Stelle sind einige **Klarstellungen** erforderlich. Nach PG meldepflichtige Unternehmen müssen die Mindestarbeitsbedingungen der von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer*innen gewährleisten bzw. im Falle des Beizuges von Subunternehmen dafür sorgen, dass diese die Arbeitsbedingungen der von ihnen beschäftigten Arbeitnehmenden einhalten. Ziel dieser Anforderungen ist die Vermeidung von Wettbewerbsvorteilen durch Sozialdumping. Diese Rechtslage bedeutet, dass ein meldepflichtiges Unternehmen bzw. das Subunternehmen die Dienstleistung durch Arbeitnehmende vornehmen. Bei den durch das **meldepflichtige Unternehmen für die Dienstleistung eingesetzten Personen** kann es sich demnach **in keinem Fall um Selbständigerwerbende handeln**. Das ergibt sich aus den Voraussetzungen der Meldepflicht, die besteht, wenn ein Anbieter den ganzen Prozess der Postdienstleistung definiert, steuert und kontrolliert. Die Meldepflicht hat somit zwangsläufig zur Folge, dass von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Würde **eine als Kurier*in tätige Person** als **selbständig erwerbend** qualifiziert, würde zwangsläufig **sie selbst der Meldepflicht** unterstehen.²⁷ Mit anderen Worten: Wenn eine natürliche oder juristische Person der Meldepflicht untersteht und die Postdienstleistung nicht persönlich ausführt, liegen zwischen dieser Person und den Beschäftigten Arbeitsverhältnisse vor. In diesem Sinne sind die **Erläuterungen der PostCom zur VMAP**, wonach es auf das gewählte Geschäftsmodell ankomme und dass anhand der genannten Kriterien zu entscheiden sei, ob ein Arbeitsverhältnis vorliege, unnötigerweise irreführend oder zumindest unklar. Richtig ist vielmehr: Wenn eine Meldepflicht nach PG besteht, liegen konsequenterweise auch Arbeitsverhältnisse vor.

²⁵ Siehe dazu hinten, Rz. 59 ff., 75.

²⁶ Erläuterungen der Postkommission vom 30. August 2018 zur VMAP, Quelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Mindeststandards/Erlaeuterungen-Postkommission-VerordnungMindeststandards-20180830-DE.pdf> (zuletzt besucht am 15.02.2021).

²⁷ In diesem Falle würde es sich um die vereinfachte Meldepflicht handeln, siehe Art. 4 Abs. 2 PG in Verbindung mit Art. 8 VPG.

²⁰ Es zeigt sich hier übrigens eine gewisse Ähnlichkeit zur Problematik der **Scheinselbstständigkeit** im Zusammenhang mit dem **Entsendegesetz** (EntsG²⁸). Ausländische Unternehmen müssen ihren Arbeitnehmenden, die sie zur Erfüllung eines Dienstleistungsauftrages in die Schweiz entsenden, die in der Schweiz geltenden Mindestlohn- und Mindestarbeitsbedingungen gewähren. Einzelne Unternehmen versuchen nun, die Aufträge durch den Beizug von Scheinselbstständigen auszuführen. Das EntsG sieht deshalb verschiedene Massnahmen vor, die es den Behörden erlauben, gegen Scheinselbstständigkeit vorzugehen.²⁹ Soll das Ziel der Mindeststandards – die Vermeidung von Wettbewerbsvorteilen durch Sozialdumping – nicht durch Scheinselbstständigkeit vereitelt werden, ist durch die PostCom und durch weitere Behörden (siehe dazu unten, Rz. 25 ff.) entschlossenes und wirksames Vorgehen gegen die fehlbaren Akteure erforderlich.

c) Inhalt der Mindestarbeitsbedingungen

²¹ Die Mindeststandards sind wie folgt ausgestaltet:

- Brutto-Mindestlohn: 18.27 Franken pro Stunde
- Vertragliche Höchstarbeitszeit: 44 Stunden pro Woche

²² Die VMAP enthält keine weiteren Mindeststandards, etwa zu Ferien, Zuschlägen oder Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung. Das erstaunt, denn in **der Botschaft zum Postgesetz** hält der Bundesrat fest, dass die von der PostCom zu ermittelnden Vorgaben für die Mindeststandards auch **Ferienregelungen, Sozialpläne oder Mitsprachemöglichkeiten des Personals** berücksichtigen sollten.³⁰ Die PostCom beschränkt sich entgegen der Botschaft auf den **Lohn** und die **(vertragliche) Höchstarbeitszeit**. Das bedeutet, dass für die weiteren Fragen die Bestimmungen des OR Anwendung finden, soweit kein GAV anwendbar ist. Auch unterstehen die Arbeitsverhältnisse der Postdiestanbieterinnen dem Arbeitsgesetz (ArG³¹) und es gelten selbstverständlich die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten.

²⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

²⁹ Siehe dazu PÄRLI, KURT, Kommentar zum EntsG, N 7 zu Art. 1a EntsG.

³⁰ Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBI 2009 5213 f.

³¹ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (ArG), SR 822.11.

- ²³ Eine **Verletzung der Mindestarbeitsbedingungen**, die von den Postdienstanbieterinnen einzuhalten sind, liegt aber **nicht etwa nur dann vor**, wenn weniger als 18.27 Franken Lohn ausgerichtet werden oder wenn die vertragliche Arbeitszeit über 44 Stunden liegt. Zu den Mindestarbeitsbedingungen gehören weiter das gesamte öffentliche Arbeitsrecht und die relativ und absolut zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts.
- ²⁴ Der tiefe Mindestlohn von etwas über 18 Franken pro Stunde führt zu Frage des **Verhältnisses zu den höheren kantonalen Mindestlöhnen**.³² Die PostCom hält hierzu fest, dass es Sache der zuständigen Kantone sei, festzulegen, ob die kantonalen Mindestlöhne anwendbar sind.³³ In Erinnerung zu rufen ist, dass kantonale Mindestlöhne nach Bundesgericht zulässig sind, soweit sie nicht wirtschaftspolitische Zielsetzungen verfolgen. In BGE 143 I 403 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kantone trotz der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts (Art. 122 BV) und derjenigen hinsichtlich Arbeitnehmerschutz (Art. 110 BV) ermächtigt wären, sozialpolitische Massnahmen wie einen kantonalen Mindestlohn einzuführen.³⁴ In den Kantonen mit Mindestlöhnen gelten deshalb die entsprechenden kantonalen Mindestlöhne, die höher sind als der minimale Lohn gemäss VMAP.
- d) Die Durchsetzung der Mindestarbeitsbedingungen.
- ²⁵ Der in der VMAP garantierte **Mindestlohn und die Höchstarbeitszeit** werden zu **zwingenden Vertragsinhalten**; sind also vor Gericht durch die betroffenen Arbeitnehmer*innen unmittelbar durchsetzbar. Das trifft weiter zu auf alle relativ und absolut zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts und auf diejenigen Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts, die im Rahmen der Rezeptionsklausel (Art. 342 Abs. 2 OR) vor Zivilgerichten einklagbar sind.
- ²⁶ Die PostCom ist für die Kontrolle der Einhaltung des PG zuständig. Stellt die PostCom fest, dass eine Postdienstanbieterin die Mindestarbeitsbedingungen nicht einhält, so muss sie gemäss der in Art. 24 Abs. 2 PG vorgesehenen Kaskade vorgehen (Behebung des Mangels, d.h. Korrektur der Arbeitsbedingungen verlangen, Veröffentlichung der

³² In den Kantonen Jura und Neuenburg beträgt der Mindestlohn 20 Franken, in Genf 23 Franken und in Basel-Stadt sind für den gesetzlichen Mindestlohn 21 Franken vorgesehen.

³³ Erläuterungen der Postkommission vom 30. August 2018 zur VMAP, Quelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Mindeststandards/Erlaeuterungen-Postkommission-VerordnungMindeststandards-20180830-DE.pdf> (zuletzt besucht am 15.02.2021).

³⁴ BGE 143 I 403, E. 7. Siehe zum Urteil PÄRLI KURT, Kantonale Mindestlöhne sind zulässig, ARV 2018 S. 294 ff., 296.

Feststellung der Verletzung, Tätigkeit einschränken oder ganz verbieten, Gewinne einziehen, die durch die Rechtsverletzung erzielt wurden). Die PostCom kann darüber hinaus nach Art. 25 PG **Verwaltungssanktionen** ergreifen. In Erinnerung zu rufen ist, dass zu den Mindestarbeitsbedingungen nicht nur der Mindestlohn von etwas über 18 Franken und die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 44 Stunden gehört. Die Mindestarbeitsbedingungen umfassen darüber hinaus die **Arbeitsschutzbestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts** sowie die absolut und relativ zwingenden Bestimmungen des OR. Auch ein Unterbieten des Mindestferienanspruches nach Art. 329 OR oder der Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR stellt eine Verletzung von Mindestarbeitsbedingungen im Sinne des PG dar. Das Ziel des **fairen Wettbewerbs ohne Sozialdumping** würde vereitelt, wenn ein Unternehmen zwar den **Mindestlohn und die Höchstarbeitszeit einhalten**, aber andere gesetzlich vorgesehene Mindestansprüche wie **Ferien oder Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung missachten** würde. Hat die PostCom **Kenntnis von solchen Verstößen**, kann und **muss** sie deshalb selbst dann Massnahmen ergreifen, wenn der Mindestlohn und die wöchentliche Höchstarbeitszeit eingehalten werden.

²⁷ Besondere Bedeutung kommt der in Art. 26 PG vorgesehenen **Amtshilfe** zu. Die Amtshilfe dient dazu, dass die avisierten Behörden ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllen können. Die Feststellungen der PostCom hinsichtlich des Bestehens einer Meldepflicht einer Postdienstanbieterin bedeuten wie oben aufgeführt (siehe oben, Rz. 19 f.) zwangsläufig, dass entweder bei der Anbieterin selbst oder beim Subunternehmer Arbeitsverhältnisse vorliegen. Das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen ist ein Faktum, das folgenden Behörden zu übermitteln ist:

- Ausgleichskassen (zuständig für Erfassung der AHV-pflichtigen Arbeitgeber)³⁵,
- SUVA (zuständig für den Vollzug des UVG-Obligatoriums)³⁶,
- kantonalen Vollzugs-Behörden des ArG³⁷,

³⁵ Art. 63 Abs. 2 AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR 831.10), näheres dazu PÄRLI, KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy – Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich, 2019, N 113.

³⁶ Art. 66 Abs. 1 lit. g UVG (Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20) weist für das UVG-Obligatorium Verkehrs- und Transportbetriebe der Suva zu. Die Suva muss von Amtes wegen abklären, ob eine UVG-Unterstellung vorliegt.

³⁷ Siehe Art. 41 und 58 ArG. Die Behörden müssen von sich aus abklären, ob ein Betrieb dem ArG untersteht und entsprechend verfügen. Auch die Verbände haben praxisgemäß Anspruch auf eine Feststellungsverfügung, dass ein bestimmter Betrieb dem ArG untersteht. Siehe zum Thema PÄRLI, KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy – Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich, 2019, N 160.

- kantonalen Behörden, die das Bundesgesetz über die Schwarzarbeit (Schwarzarbeitsgesetz³⁸) anwenden³⁹.
- 28 Im vorliegenden Fall ist die Verfügung der PostCom vom 10. Dezember 2020 betreffend Uber Portier B.V. zwar noch nicht rechtskräftig. Das soll und darf die angesprochenen Behörden nicht daran hindern, **unverzüglich Abklärungen vorzunehmen**, um die AHV-Beitragspflicht und UV-Pflicht abzuklären bzw. **die Einhaltung des ArG zu kontrollieren** und allenfalls wegen **Verstößen gegen das Schwarzarbeitsgesetz** aktiv zu werden.
- 29 Ist wie dargelegt wurde, von Arbeitsverträgen zwischen den Kurier*innen und Uber Portier B.V. auszugehen, sind auch **Abklärungen** seitens der **paritätischen Organe** von in Frage kommenden allgemeinverbindlichen GAV erforderlich. Die Tätigkeit der Kurier*innen besteht im Transport von in Restaurants zubereiteten Speisen an die externen Kund*innen des Restaurants. Wie noch zu zeigen sein wird, ist auf solche Konstellationen der L-GAV Gastgewerbe anwendbar. Die zuständigen paritätischen Organe des L-GAV haben diesbezüglich einen gerichtlichen Feststellungsanspruch.⁴⁰ Soweit beim Einsatz von Kurier*innen überdies Personalverleih vorliegt, ist der GAV-Personalverleih anwendbar.⁴¹
- e) Kritische Würdigung der PostCom-Verfügung.
- 30 Positiv hervorzuheben sind vorab die klaren Feststellungen der PostCom über „das Wesen der UberEats App“. Als Inhaber der App definiert, steuert, kontrolliert und sanktioniert Uber B.V. den ganzen Prozess der Postdienstleistung,
- 31 Eher kritisch zu beleuchten ist das **Konzept des Arbeitnehmerschutzes der Postgesetzgebung** und mehr noch dessen Postgesetzgebung. Die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen am Massstab der „Branchenüblichkeit“ würde im Falle der Kurier*innen, die in Restaurants zubereite Speisen zu den Kund*innen des Restaurants bringen, auch den Einbezug von Lohn- und Arbeitsbedingungen im Gastgewerbe erfordern. Wei-

³⁸ Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA) vom 17. Juni 2005, SR 822.41.

³⁹ Näheres dazu PÄRLI, KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy – Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich, 2019, S. 85.

⁴⁰ Für weiteres siehe PÄRLI, KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy – Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich, 2019, S. 107 f.

⁴¹ Siehe zum L-GAV Gastgewerbe im Allgemeinen unten, Rz. 50 ff. und zum Verhältnis L-GAV Gastgewerbe zum GAV-Personalverleih in Rz. 84 und Rz. 98.

ter ist nicht begründbar, weshalb **lediglich der Lohn und eine vertragliche Höchstarbeitszeit** Eingang in die VMAP gefunden haben. Zudem muss bzw. müsste die PostCom ihr Augenmerk generell und stärker auch auf **die Bekämpfung von Scheinselbständigkeit** werfen und in diesem Punkt mit anderen involvierten Behörden zusammenarbeiten.

- ³² Wie noch im Detail gezeigt wird, fallen die Kurierdienste im Zusammenhang mit Essenslieferungen in den Anwendungsbereich des L-GAV.⁴² Es fragt sich hier ganz grundsätzlich, ob es sachlich richtig ist, den Transport von in Restaurants zubereiteten Speisen an die Kund*innen dieser Restaurants durch Kurier*innen als Postdienste zu qualifizieren und somit der Postgesetzgebung zu unterstellen. Wenn man die PostCom-Verfügung als sachlich richtig qualifiziert, muss sich dies unbedingt auf die **Feststellung der Brancheüblichkeit von Lohn- und Arbeitsbedingungen**⁴³ auswirken.

3. Beantwortung der ersten und zweiten Gutachtensfrage

- ³³ Die erste Gutachtensfrage – Welche Auswirkungen hat die Entscheidung der PostCom auf UberEats bzw. die rechtliche Stellung der UberEats-Fahrer*innen? – wird wie folgt beantwortet:

Über Portier B.V. gilt gemäss Verfügung der PostCom als meldepflichtige Anbieterin von Postdienstleistungen. Konsequenterweise bestehen zwischen der Über Portier B.V. und den Kurier*innen Arbeitsverhältnisse. Sofern und soweit Über Portier die Erbringung der Postdienstleistung an Subunternehmen weitergibt, liegen zwischen dem Subunternehmen und den Kurier*innen ebenfalls Arbeitsverhältnisse vor. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hat zur Folge, dass der Arbeitgeber auf dem erzielten Lohn die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat. Auch unterstehen die Arbeitsverhältnisse dem ArG.

- ³⁴ Die zweite Gutachtensfrage – Ist die Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP) anwendbar? – ist wie folgt zu beantworten:

Auf die Beschäftigungsverhältnisse zwischen UberEats (Über Portier B.V.) und den Fahrer*innen bzw. zwischen den Subunternehmen und den Fahrer*innen sind vorab alle gesetzlichen Bestimmungen (relativ und absolut zwingende OR-Bestimmungen und die Schutzbestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts) anwendbar. Zudem gelten der Mindestlohn und die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss VMAP. Soweit ein

⁴² Siehe die Verweise in Fn 41.

⁴³ Siehe oben, Rz. 31.

GAV anwendbar ist (durch Anschluss oder durch Allgemeinverbindlichkeit), werden der Mindestlohn und die wöchentliche Höchstarbeitszeit der VMAP durch die für die Arbeitnehmenden günstigeren Bestimmungen verdrängt.

III) GAV: Unterstellungs- und Konkurrenzfragen

1. Grundlagen zum Geltungsbereich und zur Konkurrenz von GAV

- ³⁵ Art. 357 OR hält zum Geltungsbereich eines GAV fest, dass die normativen GAV-Bestimmungen unmittelbar für die **beteiligten**⁴⁴ Arbeitgeber und Arbeitnehmenden gelten. Ein **allgemeinverbindlich erklärter** GAV gilt gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG⁴⁵) für die nicht am GAV beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmenden des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes.
- ³⁶ Der sachliche Geltungsbereich eines GAV ergibt sich durch die Zugehörigkeit der an den GAV gebundenen Arbeitgeber zu einem bestimmten Wirtschaftszweig.⁴⁶ Die Bestimmungen in einem GAV zum sachlichen Anwendungsbereich sind im Falle eines allgemeinverbindlich erklärten GAV nach den Auslegungsgrundsätzen für Gesetze auszulegen.⁴⁷ Anzustreben ist eine möglichst grosse Rechtssicherheit, damit die Arbeitnehmenden und Arbeitgeber möglichst Klarheit haben, ob sie dem GAV unterstehen oder nicht.⁴⁸
- ³⁷ Es kommt relativ häufig vor, dass durch Auslegung der Geltungsbereichsbestimmungen eines GAV bzw. der Allgemeinverbindlichkeitserklärung zu ermitteln ist, welcher von zwei oder mehr GAV auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Rede ist hier von „GAV-Konkurrenz“.
- ³⁸ Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss zwischen **echter und unechter GAV-Konkurrenz** unterschieden werden.⁴⁹ **Echte** GAV-Konkurrenz liegt vor, wenn zwei GAV für

⁴⁴ Zu den Optionen der Beteiligung siehe Art. 356b OR.

⁴⁵ Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 28. September 1956, SR 221.215.311.

⁴⁶ STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 527.

⁴⁷ BGE 139 III 165, E. 3.2,

⁴⁸ BGE 139 III 165, E. 3.2 mit Hinweisen auf BGer-Urteile 9C_374/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 2.3 und 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002 E. 2.1.2.

⁴⁹ Zum Ganzen: STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 531 ff., VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2006, Art. 356 / D. - F. N 139, GIUDICI CAMILLA, Der Sozialplan in einer vergleichenden europäischen Perspektive, Unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands und Italiens, Bern 2019 (= SSA 86), S. 68; BGE 141 V 657, E. 3 und 4, BGE 139 III 165.

ein und dasselbe Einzelarbeitsverhältnis Geltung erheischen.⁵⁰ Um **unechte** Konkurrenz geht es in Fällen, in denen im gleichen Betrieb ein Kader-GAV und ein Mitarbeitenden - GAV Anwendung finden und es zu prüfen gilt, welcher GAV in einem bestimmten Arbeitsverhältnis gilt.⁵¹ Der Begriff „unechte GAV-Konkurrenz“ wird auch verwendet, wenn im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang die Normen des übernommenen GAV individualrechtlich weiterbestehen und mit dem GAV des neuen Betriebes konkurrieren. Die beiden GAV konkurrieren hier nicht auf der gleichen Ebene.⁵²

- 39 Die Konkurrenz zwischen einem in Frage kommenden allgemeinverbindlichen und einem nicht allgemeinverbindlichen GAV hat der Gesetzgeber geklärt. Art. 4 Abs. 2 AVEG hält den **Vorrang des allgemeinverbindlichen GAV** fest, wobei abweichende Bestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden zulässig sind.⁵³
- 40 Ein wichtiger Grundsatz der „GAV-Konkurrenz-Lehre“ ist die **Tarif- oder GAV-Einheit**.⁵⁴ Aus Gründen der Rechtsicherheit soll auf ein Arbeitsverhältnis nur ein GAV Anwendung finden. Ausnahmen sind dann zulässig, wenn ein Landes-GAV und ein damit verbundener regionaler GAV normative Bestimmungen enthalten.⁵⁵ Weitere Ausnahmen entnehmen sich dem GAV-Personalverleih.⁵⁶
- 41 Auch in den GAV selbst können Bestimmungen zur Konkurrenz enthalten sein. So kann ein GAV eine Subsidiaritätsklausel enthalten (Anwendung nur, wenn kein anderer GAV gilt). Solche Bestimmungen sind unproblematisch.⁵⁷ Anders verhält es sich, wenn ein GAV eine Prioritätsbestimmung enthält. Eine solche greift in die Vertragsautonomie anderer Verbände ein und ist nicht wirksam.⁵⁸

⁵⁰ STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeits-recht, Zürich, 2018, S. 531.

⁵¹ STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 531.

⁵² SCHWIZER MARINA, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers, Zürich/St. Gallen 2020, S. 263. Siehe zu GAV-Konkurrenz im Zusammenhang mit Betriebsübergängen weiter Wildhaber, Isabelle, Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen, ARV 3/2008, S.177.

⁵³ Zum Ganzen: GIACOMO RONCORONI ET AL., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Schriftenreihe schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Basel 2009, Q Art. 1-21 AVEG.

⁵⁴ BGer, Urteil 4A_377/2009 vom 25.11.2009, E.3.1.

⁵⁵ STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 356, N 4.

⁵⁶ Siehe dazu unten, Rz. 59.

⁵⁷ STÖCKLI, JEAN-FRITZ, Ausgewählte Probleme des kollektiven Arbeitsrechts, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 532.

⁵⁸ Bger Urteil vom 12.03.2001 in ARV 2001 S. 119 ff., 120.

- ⁴² Lässt sich die Konkurrenz-Problematik weder nach Gesetz (Art. 4 Abs. 2 AVEG) noch durch die Anwendung der GAV-Klauseln lösen, ist nach Lehre und Praxis wie folgt vorzugehen:
- Liegt eine Konkurrenz zwischen Branchen-GAV und Berufs-GAV vor, sind die Bestimmungen des Branchen-GAV prioritär.
 - Bei einer Konkurrenz zwischen Branchen-GAV hat nach dem Spezialitätsprinzip derjenige GAV Vorrang, der in persönlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht spezieller auf den konkreten Betrieb zugeschnitten ist.
 - Wenn die Spezialitätenregelung nicht zielführend ist, wird geprüft, in welchem der in Frage kommenden GAV anzahlmässig mehr Arbeitnehmende erfasst werden können (Günstigkeits- bzw. Mehrheitsprinzip).
- ⁴³ Im nachfolgenden Unterkapitel wird zu prüfen sein, ob auf die Fahrer*innen von UberEats (bzw. Uber Portier oder einem Subunternehmen) ein GAV anwendbar ist und wie eine allfällige GAV-Konkurrenz zu entscheiden ist.

2. In Frage kommende GAV

- a) Einleitung
- ⁴⁴ Beschäftigungsverhältnisse, in deren Rahmen zubereitete Speisen mit dem Velo vom Restaurant zur/zum Endkund*in transportiert werden, können in den Anwendungsbereich verschiedener GAV fallen. Aufgrund des bisherigen Geschäftsgebarens ist nicht davon auszugehen, dass Uber Portier B.V. (welche die UberEats-Dienstleistung erbringt) willens ist, sich einem GAV anzuschliessen. Auch ist nicht ersichtlich, dass Uber Portier B.V. (oder Uber Switzerland) Mitglied eines Arbeitgeberverbandes wäre. Die Frage einer allfälligen GAV-Unterstellung stellt sich somit aus heutiger Sicht nur bei in Frage kommenden **allgemeinverbindlichen GAV**. Das betrifft primär den GAV Personalverleih sowie den ebenfalls allgemeinverbindlichen L-GAV des Gastgewerbes. Bei diesen beiden GAV ist demzufolge das Konkurrenzverhältnis zu klären. Sollten die beiden weiteren potentiell in Frage kommenden GAV, nämlich der GAV KEP+Mail sowie der GAV Velokuriere eines Tages ebenfalls **allgemeinverbindlich** sein, so wäre die GAV-Konkurrenz-Problematik etwas komplexer und anhand der in den Rz. 42 dargestellten Vorgehensweise zu klären..

b) GAV-KEP+Mail

- ⁴⁵ Der **Branchen-GAV KEP+Mail** wurde zwischen dem Verband der privaten Postdienstleister und den Gewerkschaften Syndicom und transfair abgeschlossen.⁵⁹ Der GAV KEP+Mail ist nicht allgemeinverbindlich, die GAV-Parteien streben indes gemäss der Präambel des GAV die Allgemeinverbindlichkeit an. Gemäss Art. 1 GAV KEP+Mail gilt der GAV für **das ganze Gebiet der Schweiz**. Zum betrieblichen Geltungsbereich hält der GAV in Art. 2 fest:

- 1 Der GAV KEP & Mail gilt grundsätzlich für alle privaten Erbringer von Kurier-, Express-, Paket- und Maildienstleistungen, welche der ordentlichen Meldepflicht gemäss Postverordnung (VPG) unterstehen.
 - 2 Die dem GAV KEP & Mail unterstehenden privaten Erbringer von Kurier-, Express-, Paket- und Maildienstleistungen vereinbaren mit ihren Subunternehmern, welche mehr als 50 Prozent ihres jährlichen Umsatzes mit Postdiensten erzielen, schriftlich, dass sie die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhalten.
- ⁴⁶ Über Portier B.V. (UberEats) untersteht der Meldepflicht gemäss VPG. Falls der GAV KEP+Mail eines Tages allgemeinverbindlich wird, würden die Voraussetzungen für die Unterstellung vorliegen.

c) GAV-Velokuriere

- ⁴⁷ Ebenfalls (noch) nicht allgemeinverbindlich ist der **GAV Velokuriere**, der zwischen dem Arbeitgeberverband Swiss Messenger Logistics (SML) und der Gewerkschaft Syndicom abgeschlossen wurde.⁶⁰ Auch hier streben die Vertragsparteien die Allgemeinverbindlichkeit an und der räumliche Geltungsbereich umfasst ebenfalls das ganze Gebiet der Schweiz.⁶¹
- ⁴⁸ Der betriebliche Geltungsbereich ist in Art. 2 GAV-Velokuriere umschrieben:

Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) gilt unmittelbar für alle Betriebe und Betriebsteile (Arbeitgeber), deren Tätigkeit hauptsächlich, d. h. überwiegend, in der Bereitstellung und Erbringung von Kurierdienstleistungen und/oder in deren Vermittlung liegt.

⁵⁹ Der aktuell (Februar 2021) geltende GAV findet sich hier: https://syndicom.ch/fileadmin/user_upload/Web/Website/GAV/01_KepMail/DE/01_GAV_KepMail_v2015_de.pdf (Zuletzt besucht am 15.02.2021).

⁶⁰ Die aktuelle Version (Februar 2021) des GAV findet sich hier: https://syndicom.ch/fileadmin/user_upload/Web/Website/GAV/28_Velokuriere/GAV_Velokuriere_d_web.pdf (Zuletzt besucht am 15.02.2021).

⁶¹ Art. 1 GAV Velokuriere.

Die dem GAV Velokuriere und urbane Kurierdienstleistungen unterstehenden privaten Erbringer von Kurier-, Express-, Paketdienstleistungen verpflichten ihre Subunternehmer schriftlich, dass sie diese GAV-Bestimmungen vollumfänglich einhalten. Sie haften dafür solidarisch.

- 49 Der GAV-Velokuriere ist hinsichtlich des betrieblichen Geltungsbereichs gegenüber dem GAV KEP+Mail in zwei Punkten abweichend. Zum einen sind nicht nur die **Erbringer von Kurierdiensten** erfasst, sondern auch die **Vermittler**. Zum anderen sieht der GAV eine **Solidarhaftung des Hauptunternehmers** für Verstöße gegen den GAV durch Subunternehmen vor.

d) L-GAV des Gastgewerbes

- 50 Die Arbeitnehmendenverbände Unia, Syna und Hotel & Gastro Union sowie die Arbeitgeberverbände Swiss Catering Association (SCA), GastroSuisse und HotellerieSuisse haben einen allgemeinverbindlichen GAV abgeschlossen.⁶² Der räumliche Geltungsbereich umfasst die ganze Schweiz.
- 51 Der betriebliche Anwendungsbereich ist in Art. 1 L-GAV Gastgewerbe wie folgt festgehalten:

Dieser Vertrag gilt unmittelbar für alle Betriebe, die gastgewerbliche Leistungen anbieten (nachfolgend gastgewerbliche Betriebe genannt) sowie deren Arbeitnehmer (Teilzeitarbeitnehmer sowie Aushilfen inbegriffen). Als gastgewerbliche Betriebe gelten alle Betriebe, die gegen Entgelt Personen beherbergen oder Speisen oder Getränke zum Genuss an Ort und Stelle abgeben. Gastgewerblichen Betriebe gleichgestellt sind Betriebe, die fertig zubereitete Speisen ausliefern. Gewinnorientierung ist nicht vorausgesetzt.

- 52 Art. 2 Abs. 1 L-GAV Gastgewerbe regelt abschliessend die Nichtanwendbarkeit des L-GAV betrieblicher Hinsicht:

Ausgenommen vom betrieblichen Geltungsbereich sind abschliessend:

- Kantinen und Personalrestaurants, die im Wesentlichen dem betriebseigenen Personal dienen und im Wesentlichen durch betriebseigenes Personal bedient werden;
- Restaurationsbetriebe in Spitälern und Heimen, die ausschliesslich den Patienten respektive Bewohnern und deren Besuchern dienen und nicht öffentlich zugänglich

⁶² Die aktuell (Februar 2021) geltende Fassung des L-GAV Gastgewerbe findet sich hier: <https://l-gav.ch/downloads-1/vertraege/l-gav-stand-01012018> (zuletzt besucht am 16.02.2021).

sind oder für deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Falle der öffentlichen Zugänglichkeit zwingend im Vergleich mit dem vorliegenden Gesamtarbeitsvertrag mindestens gleichwertige reglementarisch oder gesamtarbeitsvertraglich festgelegte Arbeitsbedingungen gelten;

- Restaurationsbetriebe mit bis zu 50 Sitzplätzen, die räumlich mit Verkaufsgeschäften des Detailhandels verbunden sind, mit diesen eine Betriebseinheit bilden und im Wesentlichen die gleichen Öffnungszeiten wie das dazugehörige Verkaufsgeschäft haben;
- Restaurationsbetriebe mit mehr als 50 Sitzplätzen, die räumlich mit Verkaufsgeschäften des Detailhandels verbunden sind, mit diesen eine Betriebseinheit bilden und im Wesentlichen die gleichen Öffnungszeiten wie das dazugehörige Verkaufsgeschäft haben, sofern für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dieses Betriebes zwingend ein im Vergleich mit dem vorliegenden Gesamtarbeitsvertrag mindestens gleichwertiger Gesamtarbeitsvertrag gilt. Liegt kein gleichwertiger Gesamtarbeitsvertrag vor, so ist die vorliegende Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anwendbar, die hauptsächlich eine gastgewerbliche Leistung erbringen;
- gastgewerbliche Leistungen, die im Zug erbracht werden.

Der Ausschuss der Aufsichtskommission befindet über die Gleichwertigkeit von gesamtarbeitsvertraglichen und reglementarischen Arbeitsbedingungen nach den Kriterien von Artikel 20 Absatz 1 erster Satz des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG, SR 823.11) und Artikel 48a der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV, SR 823.111). Die beteiligten Gesamtarbeitsvertragsparteien können gemeinsam beim SECO ein Gutachten beantragen, das beim Befund des Ausschusses der Aufsichtskommission berücksichtigt wird.

⁵³ Nähere Betrachtung verdient der Satz in Art. 1 Abs. 1 L-GAV Gastgewerbe, wonach gastgewerblichen Betrieben solche Betriebe gleichgestellt sind, die fertig zubereitete Speisen ausliefern. Im Kommentar zum L-GAV⁶³ werden Pizzakurier*innen ausdrücklich als Beispiel für eine GAV-Unterstellung genannt. Vor einigen Jahren wurde in der Presse über einen „Pizza-Kurier-Fall“ berichtet. Das Unternehmen Dino's Pizzakurier GmbH geriet wegen Löhnen unterhalb der L-GAV-Gastgewerbe-Bestimmungen in die Kritik. Nach öffentlichem Druck anerkannte der Arbeitgeber die Geltung des L-GAV Gastgewerbe.⁶⁴

⁶³ Quelle: https://l-gav.ch/fileadmin/downloads/L-GAV2017/Kommentar_d_L_GAV_2017_internet.pdf (zuletzt besucht am 15.02.2021)

⁶⁴ Quelle: https://ostschweiz-graebunden.unia.ch/uploads/tx_news/Dino_s_Pizza-Kurier-1.pdf (zuletzt besucht am 16.02.2021).

Soweit ersichtlich kam es zur spezifischen Frage der GAV-Unterstellung von Essenslieferdiensten noch nie zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung.⁶⁵

- ⁵⁴ Die von Uber Portier B.V. (UberEats) angestellten⁶⁶ Fahrer*innen liefern fertig zubereitete Speisen aus. Diese GAV-Bestimmung kann nun so verstanden werden, dass nur Betriebe darunter zu verstehen sind, die genannte Speisen auch selber zubereiten, was bei den Pizza-Kurierdiensten in der Regel der Fall ist. Eine solche Argumentation ist allerdings nicht sachgerecht. Anknüpfungspunkt für den Vergleich muss vielmehr die Situation bilden, in der die Speisen im Restaurant zubereitet und durch die/den Kellner*in zum Gast im Restaurant gebracht werden. Es ist fraglos, dass in diesem Fall der L-GAV Gastgewerbe auf die Kellner*innen anwendbar ist. Wenn ein Restaurant die von ihm zubereiteten Speisen via Kurier*innen mit eigenem Personal ins Büro oder zu den Kund*innen nach Hause bringt, ist ebenfalls fraglos von der Anwendung des L-GAV auszugehen. Es gibt **keinen vernünftigen Grund**, den Transport der Speisen durch **externen Kurier*innen** bezüglich GAV-Unterstellung **anders zu behandeln**.
- ⁵⁵ Ein weiterer Aspekt spricht für die Unterstellung der Kurier*innen unter den L-GAV Gastgewerbe. Art. 2 Abs. 1⁶⁷ des L-GAV hält die **Ausnahmen** vom betrieblichen Geltungsbereich ausdrücklich und **abschliessend** fest. Möchten die GAV-Partien die externen Kurier*innen von Speisen vom Anwendungsbereich des L-GAV Gastgewerbe ausnehmen, müsste dies folglich in Art. 2 Abs. 1 ausdrücklich sein. Auch aus Art. 2 Abs. 1 L-GAV Gastgewerbe lässt sich demnach kein anderer Schluss ziehen, als die Unterstellung (auch) der externen Kurier*innen unter den L-GAV. Diese Schlussfolgerung drängt sich auch für andere Essenslieferdienste auf.
- ⁵⁶ Das Gleiche gilt auch, wenn wie im Falle von UberEats im Kanton Genf die Fahrer*innen rechtlich von einem Drittunternehmen (Chaskis SA) angestellt sind. Auch in dieser Konstellation ist von einer Unterstellung unter den L-GAV Gastgewerbe auszugehen. Allerdings besteht in dieser Situation ein Konkurrenzverhältnis zum – ebenfalls allgemein verbindlichen GAV Personalverleih.⁶⁸

⁶⁵ In den Leitentscheiden der Rekurskommission L-GAV finden sich ebenfalls keine Hinweise: <https://www.tempservice.ch/de/tempservice/rekurskommission.php> (zuletzt besucht am 18.02.2021).

⁶⁶ Von einem Anstellungsverhältnis ist, wie in diesem Gutachten dargelegt wurde, aufgrund der PostCom-Verfügung auszugehen. Nicht von Anstellungsverhältnissen zwischen Uber Portier B.V. (UberEats) und Fahrer*innen ist dann auszugehen, wenn ein Restaurant die UberEats App lediglich zur Vermittlung nutzt und das Essen durch eigene Fahrer*innen auslieferiert. Für diese Konstellationen besteht gemäss der PostCom-Verfügung keine Meldepflicht (Ziff. 15.2. der Verfügung), siehe dazu oben, Rz. 9.

⁶⁷ Siehe oben, Rz. 52.

⁶⁸ Siehe dazu unten, Rz. 59 f.

e) GAV-Personalverleih

- ⁵⁷ Vertragsschliessende Parteien des GAV-Personalverleih sind der Arbeitgeberverband Swissstaffing und dessen Mitglieder sowie die Gewerkschaften Unia, Syna, der Kaufmännische Verband und Angestellte Schweiz und deren Mitglieder.⁶⁹ Der GAV-Personalverleih ist allgemeinverbindlich⁷⁰ und gilt für die ganze Schweiz.⁷¹
- ⁵⁸ Der betriebliche Geltungsbereich ist in Art. 2 GAV Personalverleih wie folgt umschrieben:

1 Der GAV Personalverleih gilt für alle Betriebe und Betriebsteile, die:

Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung nach Arbeitsvermittlungs- gesetz (AVG) sind und deren Hauptaktivität der Personalverleih ist.

2 Die Allgemeinverbindlichkeit gilt für alle Arbeitnehmende, die von Betrieben gemäss Abs. 1 verliehen werden. Ausgenommen sind Arbeitnehmende mit Löhnen über dem maximal versicherten Verdienst nach SUVA. Ausgenommen sind weiter Arbeitnehmende, die bei Engpässen (z.B. Ferienabwesenheiten und Arbeitsverhinderungen der Betriebsleiter oder Arbeitsspitzen) in landwirtschaftliche Betriebe verliehen werden.

- ⁵⁹ Das Verhältnis des GAV-Personalverleih zu anderen GAV wird in Art. 3 definiert. Aus der, mehrere Absätze umfassenden Norm, ist für den vorliegenden Zusammenhang folgendes von Bedeutung:

Grundsätzlich gilt der GAV-Personalverleih auch in Einsatzbetrieben, in denen ein anderer GAV gilt. Der GAV Personalverleih übernimmt dabei unter Ausschluss einer Anwendung der Bestimmungen des GAV-Personalverleih die rechtskräftigen, gesamtarbeitsvertraglich geregelten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen nach Art. 20 AVG von im Einsatzbetrieb geltenden GAV, die allgemeinverbindlich erklärt sind oder die als nicht allgemein verbindlich erklärt Regelungen sozialpartnerschaftliche Verträge gemäss Anhang I darstellen.

- ⁶⁰ In Anhang I sind verschiedene GAV aufgeführt, bei denen das Vorrangprinzip gilt. Darunter fallen auch einige GAV im Bereich Transport, jedoch weder der GAV KEP+Mail noch der GAV Velokuriere. Art. 3 GAV Personalverleih sieht weiter vor:

⁶⁹ Zur aktuellen Version des GAV-Personalverleih siehe: https://www.tempservice.ch/docs/de/bestellformular/GAV_Personalverleih_2019-2020_Gesetzeserkl.pdf (zuletzt besucht am 16.02.2021).

⁷⁰ Die Allgemeinverbindlichkeit ab 1.1.2021 steht noch aus, siehe aber zur Einigung der GAV-Parteien über die Weitergeltung hier: https://www.swissstaffing.ch/de/Blog/2021/01/merkblatt_gav_personalverleih_2021.php (zuletzt besucht am 16.02.2021).

⁷¹ Art. 1 GAV-Personalverleih.

In Einsatzbetrieben mit nicht allgemein erklärten GAV, die nicht im Anhang 1 aufgeführt sind, gelten vollumfänglich die Bestimmungen des GAV-Personalverleih.

- 61 Für den Fall, dass UberEats (bzw. die rechtliche Trägerin Uber Switzerland oder allenfalls Uber Portier B.V. oder sogar Chaskis SA⁷²) als Personalverleiher zu qualifizieren sind, ist der allgemein verbindliche⁷³ GAV-Personalverleih auf die Arbeitsverhältnisse anwendbar. Da der L-GAV des Gastgewerbes auf die Kurier*innen ebenfalls anwendbar ist, so sind die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen dieses GAV anwendbar.

3. Lösung (allfälliger) Konkurrenzprobleme

a) Variante Personalverleih

- 62 Sofern und soweit der Einsatz von Fahrer*innen mittels der UberEats App als Personalverleih qualifiziert würde, ist die Konkurrenzproblematik einfach zu lösen: Der allgemein verbindliche GAV Personalverleih geht den nicht allgemein verbindlichen GAV vor. Die Konkurrenzproblematik zwischen dem allgemein verbindlichen GAV-Personalverleih und dem L-GAV des Gastgewerbes ist durch Art. 3 GAV Personalverleih gelöst.
- 63 Sollte entgegen der hier vertretenen Position der L-GAV des Gastgewerbes nicht anwendbar sein, so würde der GAV-Personalverleih den allenfalls (durch Anschluss) anwendbaren, aber nicht allgemeinverbindlichen GAV KeP+Mail und/oder GAV Velokuriere vorgehen.

b) Variante ohne Personalverleih

- 64 Sofern beim Einsatz von Kurier*innen via UberEats App entgegen der hier vertretenen Meinung kein Personalverleih vorliegen sollte, würde sich die folgende GAV-Konkurrenz-Thematik stellen: Uber Portier B.V. bzw. eine andere Uber-Gesellschaft (naheliegend: Uber Switzerland) ist als Arbeitgeber der Kurier*innen zu bezeichnen. Wie dargelegt wurde, ist der L-GAV des Gastgewerbes auf Essenskuriere anwendbar. Der allgemeinverbindliche L-GAV des Gastgewerbes würde einem allenfalls (durch Anschluss) anwendbaren GAV KEP+Mail oder GAV Velokuriere vorgehen.

⁷² Siehe zum Ganzen unten, Rz. 91 ff.

⁷³ Auf die Problematik, dass der GAV 2021 bislang noch nicht vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt wurde, wird hier nicht weiter eingegangen.

- ⁶⁵ Kommt man zum Schluss, der L-GAV des Gastgewerbes sei nicht anwendbar und wären sowohl der GAV KEP+Mail und der GAV Velokuriere anwendbar, so würde letzterer aufgrund des Spezialitätsprinzips vorgehen.⁷⁴

IV) Personalverleih

1. Die Regelungen im Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)

- ⁶⁶ Das AVG regelt sowohl die Arbeitsvermittlung als auch den Personalverleih. Die Bestimmungen zur Arbeitsvermittlung finden sich in den Art. 2 bis 11 AVG und diejenigen zum Personalverleih in den Art. 12 bis 22 AVG. Die Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV) konkretisiert einzelne Bestimmungen des AVG.
- ⁶⁷ Das AVG bezweckt die Regelung privater Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs, die Einrichtung einer öffentlichen Arbeitsvermittlung, die zur Schaffung und Erhaltung eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts beiträgt, sowie den Schutz der Arbeitnehmenden, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen.⁷⁵ Der **Arbeitnehmendenschutz** bildete den entscheidenden Grund dafür, nicht nur die Arbeitsvermittlung, sondern auch den Personalverleih einer **Bewilligungspflicht** zu unterstellen.⁷⁶
- ⁶⁸ Die **Arbeitsvermittlung** ist nach Art. 2 AVG bewilligungspflichtig, wenn regelmässig gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt wird, indem Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zusammengeführt werden.
- ⁶⁹ Die **Bewilligungspflicht für den Personalverleih** ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 AVG, der festhält, dass „Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen“, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes benötigen. Art. 12 Abs. 2 AVG handelt vom grenzüberschreitenden Personalverleih. Für den **Personalverleih ins Ausland** ist neben der kantonalen Bewilligung zusätzlich eine Betriebsbewilligung des **SECO** erforderlich. **Verboten** ist der **Personalverleih vom Ausland in die Schweiz**. Ein ausländischer Personalverleiher kann jedoch eine Zweigniederlassung in der Schweiz begründen, die ihrerseits eine Bewilligung für den Personal-

⁷⁴ Siehe dazu oben, Rz. 42.

⁷⁵ Art. 1 Bst. a-c AVG.

⁷⁶ Botschaft des Bundesrats zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBI 1985 III 580.

verleih erlangen kann. Schliesslich verlangt Art. 12 Abs. 3 AVG, dass **Zweigniederlassungen**, die in einem anderen Kanton liegen als der Hauptsitz, **eine Betriebsbewilligung** benötigen. Falls sich die Zweigniederlassung im gleichen Kanton wie der Hauptsitz befindet, so besteht lediglich eine Meldepflicht an das kantonale Arbeitsamt.

- ⁷⁰ Nach Art. 26 Abs. 1 der Verordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVV⁷⁷) gilt als Verleiher, wer eine/n **Arbeitnehmer*in** einem **Einsatzbetrieb überlässt**, indem er diesem **Weisungsbefugnisse gegenüber der/dem Arbeitnehmer/in** abtritt. Die Weisungsbefugnis muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die **Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten**.⁷⁸
- ⁷¹ Art. 26 Abs. 2 AVV listet **Indizien** auf, bei deren Vorliegen **Personalverleih** vorliegt. Genannt wird, „wenn der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden wird“ (lit. a), die/der Arbeitnehmer*in die Arbeiten mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführt (lit. b) oder „der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechtersfüllung des Vertrages trägt“ (lit. c). Letzteres Indiz ist vor allem geeignet, den Unterschied zwischen Auftrag und Personalverleih zu verstehen. Bei einem Auftrag oder Werkvertrag haftet der Unternehmer für die sorgfältige Erfüllung des Vertrages. Anders verhält es sich beim Personalverleih.
- ⁷² Art. 26 Abs. 3 AVV verbietet das Weiterverleihen von verliehenen Arbeitnehmenden. Gestattet ist jedoch das Weiterverleihen von Arbeitnehmenden an einen dritten Betrieb, wenn „der erste Betrieb für die Dauer des Einsatzes das Arbeitsverhältnis an den zweiten Betrieb abtritt, der zweite Betrieb Arbeitgeber wird, im Besitz einer Verleihbewilligung ist und die/den Arbeitnehmer*in dem dritten Betrieb überlässt“ (lit. a) oder „der erste Betrieb Arbeitgeber bleibt und mit dem dritten Betrieb einen Verleihvertrag abschliesst und der zweite Betrieb das Verleihverhältnis nur vermittelt“ (lit. b).
- ⁷³ Im AVG werden drei Formen des Personalverleihs unterschieden (siehe Art. 27 AVV). Bei der **Temporärarbeit** schliesst das Temporärbüro (der Verleiher), als formeller Ar-

⁷⁷ Verordnung, über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16. Januar 1991 SR 823.111.

⁷⁸ KULL, MICHAEL / BÄNI-SOMMER, EVA-MARIA, Personalverleih oder einfacher Auftrag? Qualifikation der Hausbetreuung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Überblick, AJP 2016, S. 778 ff. (S. 780).

beitgeber anstelle eines festen Arbeitsvertrages mit der/dem Arbeitnehmer*in (Temporärarbeitnehmer*in) zunächst nur einen (allgemeinen) Rahmenvertrag ab und bietet in der Folge Einsätze in verschiedenen Drittbetrieben an. Die/der Temporärarbeitnehmer*in ist frei, ein bestimmtes Arbeitsangebot anzunehmen. Kommt es hinsichtlich des Einsatzes zu einer Einigung, so wird ein in der Regel auf die Dauer des Einsatzes befristeter Einsatzvertrag abgeschlossen. Erst so entsteht mit dem Temporärbüro der eigentliche Arbeitsvertrag (unter den Rahmenbedingungen des Rahmenvertrags). **Leiharbeit** liegt vor, wenn der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden hauptsächlich darin besteht, die Arbeitnehmenden an den Einsatzbetrieb zu verleihen und die Dauer des Arbeitsvertrages von einzelnen Einsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist. Der Arbeitgeber (als Verleiher) trägt für die Dauer des Arbeitsvertrags das Risiko der Lohnfortzahlung bei fehlenden Aufträgen. Die dritte Form wird als „**Gelegentliches Überlassen** von Arbeitskräften aus besonderen Anlässen“ bezeichnet. Hier finden die Vorschriften des AVG nicht Anwendung.

- ⁷⁴ Beim Personalverleih sind einige Besonderheiten hinsichtlich des Arbeitsvertrages zu beachten. So verlangen Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG bei Arbeitsverträgen mit Personalverleih die Schriftform, Art. 19 Abs. 3 AVG verweist auf die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist, wobei für die Arbeitnehmenden günstigere mündliche Abmachungen vorgehen. Bemerkenswert ist, dass bei Personalverleih im Vergleich zum OR kürzere Kündigungsfristen gelten (Art. 19 Abs. 4 lit. a und b AVG). Nach Art. 19 Abs. 5 AVG sind Vereinbarungen nichtig, die von den Arbeitnehmenden Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte verlangen oder es ihnen verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Arbeitsvertrags in den Einsatzbetrieb überzutreten. Schliesslich bestimmt Art. 19 Abs. 6 AVG, dass die fehlende Be willigung des Personalverleihs zur Ungültigkeit der Arbeitsverhältnisse führt. Das Arbeitsverhältnis wird aber nach Art. 320 Abs. 3 OR so behandelt, wie wenn keine Ungültigkeit bestehen würde bis die Ungültigkeit des Vertrages von der einen oder anderen Partei geltend gemacht wird.
- ⁷⁵ Art. 20 AVG handelt von der Bedeutung allgemeinverbindlicher GAV. Gilt im Einsatzbetrieb ein solcher allgemeinverbindlicher GAV, muss der Verleiher gegenüber der/dem Arbeitnehmer*in die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen dieses GAV einhalten. Weiter besteht eine Beteiligungspflicht des Verleihs an allfälligen obligatorischen Beiträgen

an Weiterbildungs- und Vollzugskosten. Zudem ist vorgesehen, dass die im allgemein-verbindlich erklärten GAV zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organe zur Kontrolle des Verleiher berechtigt sind und auch Sanktionen ergreifen können.

- ⁷⁶ Die Anwendung der Vorschriften des AVG zum Personalverleih setzt mindestens drei Parteien voraus. Es sind dies der Personalverleiher und dessen Arbeitnehmer*in sowie der Einsatzbetrieb. Im Falle des Transports zubereiteter Speisen sind es sogar vier Partien: Personalverleiher, Arbeitnehmer*in, Restaurant sowie Kunde*in des Restaurants.

2. Das Genfer Urteil

- ⁷⁷ Das kantonale Arbeitsamt in Genf verfügte am 11. Juni 2019 gestützt auf diverse Abklärungen, dass Uber Switzerland GmbH Sitz in Zürich im Kanton Genf eine Zweigniederlassung betreibt und dass diese in das Handelsregister einzutragen sei. Zudem kommt das Arbeitsamt zum Schluss, dass die UberEats-Fahrer*innen zu Uber Switzerland in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, also Arbeitsverhältnisse vorliegen und dass von Personalverleih auszugehen ist, da UberEats Weisungsrechte an die Restaurants abtrete. Die Verfügung beinhaltete eine Aufforderung, innert 30 Tagen den Bewilligungsantrag für Personalverleih zu stellen.
- ⁷⁸ Für die Beurteilung des Falles waren insbesondere die drei folgenden Dokumente relevant:
- Allgemeine Nutzungsbedingungen zwischen Uber Switzerland und den Fahrer*innen (Conditions générale d'utilisation, CGU)
 - Technologie-Dienstleistungsvertrag zwischen Uber Portier B.V. und den Fahrer*innen (Contrat de services technologiques, CST)
 - Rahmenvertrag UberEats zwischen Uber Portier B.V. und den Restaurants (Rahmenvertrag)
- ⁷⁹ Gegen die Verfügung des Genfer Arbeitsamtes hat Uber Switzerland beim Genfer Verwaltungsgericht Beschwerde eingereicht. Das Genfer Verwaltungsgericht lehnte mit Urteil vom 29. Mai 2020 die Beschwerde ab. Bereits am 24. Juli 2019 wurde der Antrag auf aufschiebende Wirkung abgelehnt. Das Urteil wurde an das Bundesgericht weitergezogen.

- 80 Das Genfer Verwaltungsgericht legt in seinem Urteil die rechtlichen Grundlagen des AVG dar und verweist dabei insbesondere darauf, dass Art. 12 AVG weit auszulegen sei. Dies diene dazu, Umgehungen der AVG-Vorschriften zu verhindern. Auch weist das Gericht darauf hin, dass es keine Rolle spiele, ob sich Arbeitnehmende als selbständig erwerbend bezeichnen oder von den Verleihern so bezeichnet würden.⁷⁹ Die Anwendung der Bestimmungen für Personalverleih auf die Tätigkeit von Uber (UberEats) wird wie folgt begründet⁸⁰:

Uber Switzerland verfüge in Genf über Räumlichkeiten, welche auf der Internetseite von Uber aufgeführt sind. Am Eingang sei eine Empfangstafel mit der Aufschrift „Uber“ angebracht und auf dem Briefkasten figuriere der Firmenname, wie er im Handelsregister Zürich eingeschrieben sei. Zudem habe eine Untersuchung des Arbeitsamts Genf am 11.9.2019 ans Licht gebracht, dass drei Personen dort Arbeiten im Zusammenhang mit der UberEats App ausführen und 28 Fahrer*innen die Räumlichkeiten besucht hätten. Die behauptete Unabhängigkeit mit Bezug auf die App sei demnach nicht gegeben.

Uber mache weiter geltend, die Kurier-Tätigkeit sei nicht Ziel der Aktivitäten. Für das Verwaltungsgericht ist dies im Einklang mit dem Arbeitsamt Genf nicht überzeugend. Aus dem Eintrag der Uber Switzerland GmbH im Handelsregister Zürich ergebe sich, dass ein Teil des Zwecks der Gesellschaft, explizit in lit. c umschrieben, die Erbringung von Fahrtenvermittlungsdiensten (services de diffuseurs de courses) innerhalb der Kantone Genf und Waadt, sei.

Uber Switzerland behaupte weiter, sie sei nicht Vertragspartei von Verträgen im Zusammenhang mit der Plattform, ausser von den Allgemeinen Nutzungsbedingungen zwischen Uber Switzerland und den Lieferanten bezüglich Ausleihe von Werbematerial. Auch dies überzeugt das Verwaltungsgericht nicht. Der Vertrag müsse von den Fahrer*innen unterschrieben werden, damit diese ihre Tätigkeit ausführen dürften. Gleichermaßen gelte auch für die AGB in zwei Teilen, also die „Bedingungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Fahrtenvermittlungsdiensten in Genf“ und die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“. Auch wenn es stimmen sollte, dass die Allgemeinen Nutzungsbedingungen zwischen Uber Switzerland, den Lieferanten und der „Rahmenvertrag UberEats“ zwischen den Restaurants und Uber Portier abgeschlossen würden, sei es dennoch so, dass diese Verträge explizit festhalten würden, dass die angegliederten Unternehmen die Kompetenz hätten, Vertragspartei zu sein. Die „Bedingungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Fahrtenvermittlungsdiensten in Genf“ und die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ – in einem Dokument vereint – müssten von den Fahrer*innen unterschrieben werden. Dies zeige, dass die Uber Gruppe auf Uber

⁷⁹ Cour de Justice, Chambre administrative, Arrêt du 29. Mai 2020, ATA/553/2020, S. 15/25, "en Droit", Ziffer 5-8.

⁸⁰ Cour de Justice, Chambre administrative, Arrêt du 29. Mai 2020, ATA/553/2020, "en Droit", Ziffer 9 et "en Fait", Ziff 1 ff.

Switzerland als Erbringer von Fahrtenvermittlungsdiensten im Kanton Genf zurückgreifen kann, und dass die Gruppe verschiedene Dienstleistungen im Bereich Transport und Logistik anbiete.

Das Verwaltungsgericht setzte sich auch mit der komplexen Struktur des Uber-Konzerns auseinander. Die Bezeichnung „Uber“ werde sehr oft verwendet, ohne dass es tatsächlich möglich wäre zu wissen, welches Unternehmen der Gruppe gemeint ist. Diese würden zumindest vom Anschein her eine Einheit bilden. Die Behauptung der juristischen Unabhängigkeit der einzelnen Unternehmen der Gruppe sei rechtsmissbräuchlich und würde gegen das Transparenzprinzip verstossen. Die Tätigkeit von Uber Switzerland beschränke sich nicht auf die „lokale Unterstützung“ von Uber Portier bezüglich Beziehungen mit Lieferanten und Restaurants, wie das Handelsregister sie umschreibe. Das Arbeitsamt Genf hätte zu Recht festgestellt, dass Uber Switzerland als Vertragspartei dieser Beziehungen zu betrachten ist.

Zur Frage, ob Uber Switzerland bewilligungspflichtigen Personalverleih im Sinne des AVG betreibt, enthält das Urteil des Verwaltungsgerichts die folgenden Erwägungen: Uber behauptete, die Fahrer*innen wären selbständig und es sei kein Subordinationsverhältnis zu Uber und den Restaurants gegeben; die Kurier*innen könnten sich nach ihrem freien Ermessen mit der Plattform verbinden, seien nicht verpflichtet, Aufträge anzunehmen und würden weder Instruktionen erhalten noch sanktioniert werden. Das Gericht hält fest, diese Aspekte würden tatsächlich für Selbständigkeit sprechen. Abzustützen sei aber auf die objektive Natur der Verträge und der Vertragspraxis. Diese Prüfung erfolge durch das Gericht nach objektivem Interesse. Der „Technologie-Dienstleistungs-Vertrag“ sehe vor, dass die wiederherholte Ablehnungen von Aufträgen für die Benutzer*innen der App nachteilig sein könne und Uber unter Umständen die Möglichkeit habe, Fahrer*innen den Zugriff zur Plattform zu entziehen. Auch, dass die Fahrer*innen nicht durch ein Konkurrenzverbot gebunden sind, solange sie nicht mit der App verbunden sind, sei nicht massgebend, da es sich um Teilzeitarbeit handle. Die Fahrer*innen müssten mit der App verbunden bleiben und mehrere Aufträge ausführen, um ein adäquates Entgelt zu erwirtschaften. Die Kurier*innen seien zwar in der Handhabung ihrer Fahrten frei, der Standort werde aber, solange sie mit der App verbunden sind, überwacht, verfolgt und mit Dritten geteilt. Wenn sie nicht die direkteste Route fahren, könne ihr Lohn gekürzt werden. Diese Kontrollmechanismen seien nicht mit der behaupteten Unabhängigkeit kompatibel. Die Fahrer*innen müssten außerdem gemäss den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ die Marke Uber bewerben. Auch die Behauptung, dass die Fahrer*innen nicht instruiert und nach ihrem Ermessen handeln würden, sei falsch. In den Verträgen seien verschiedene Empfehlungen formuliert, wie dass die Fahrer*innen den Instruktionen der Restaurants Folge leisten und sowohl beim Restaurant als auch bei den Kund*innen zehn Minuten warten sollten, bis diese erscheinen würden. Die Fahrer*innen könnten durch die Kund*innen und die Restaurants bewertet werden. Eine tiefe Gesamtbewertung könne zu einer Verwarnung und zum Ausschluss von der App führen. Die Bezahlung der Fahrer*innen werde

einseitig durch Uber bestimmt, die Fahrer*innen könnten auf keine andere Weise bezahlt werden. Uber ziehe einen Prozentsatz des Preises der gelieferten Speise als Servicegebühr für sich ab, wovon sie danach einen Teil an die Fahrer*innen überweise. Auch all dies spreche dagegen, die Aktivität der Fahrer*innen als selbständige einzustufen. Das Verhältnis zwischen den Fahrer*innen und Uber Switzerland ist aufgrund des Subordinationsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis und keine selbständige Tätigkeit.

Uber Switzerland behauptet weiter, das von ihr verfolgte Geschäftsmodell sei das blosse In-Verbindung-Bringen nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage und nicht Personalverleih. Laut dem Genfer Verwaltungsgericht ist dem nicht so. Die App erlaube es den Restaurants nicht, eine/n Kurier*in frei auszuwählen und umgekehrt seien es nicht die Kurier*innen, die einen Auftrag „suchen“ müssten, sondern die App. Die Restaurants hätten keine vertragliche Beziehung zu den Fahrer*innen, sondern nur zu Uber. Uber lasse den Fahrer*innen überdies Richtlinien bezüglich Lieferung der Speisen zukommen. Ausserdem müssten die Fahrer*innen den Instruktionen des Restaurants Folge leisten, was eindeutig einen Übergang des Weisungsrechts darstelle. Es stimme deshalb nicht, dass die Fahrer*innen nur den Instruktionen der Konsumenten Folge leisten müssten, wie dies Uber behauptete. Es seien nämlich vor allem die Restaurants, die je nach Verfügbarkeit und Öffnungszeiten den Bestellrhythmus angeben würden. Die Kund*innen hätten drauf keinerlei Einfluss.

Uber delegiert das Weisungsrecht an die Restaurants, was ein Charakteristikum der Temporärarbeit ist, die dem AVG untersteht. Uber Switzerland behauptet, die Restaurants könnten nie mit der Verfügbarkeit der Fahrer*innen rechnen. Das Gericht sieht dies anders und verweist darauf, dass die Restaurants dank der Benutzung der App ihre Umsatzzahlen erhöhen würden. Dies, indem sie auf Angestellte verzichten könnten, die diese Arbeit ausführen. Nichts hindere die Restaurants daran, den Fahrer*innen Material für den Transport zu übergeben, welches diese annehmen müssten, z.B. Taschen oder Behälter. Aus dem Rahmenvertrag ergebe sich weiter, dass das Risiko einer Schlechterfüllung einer Lieferung beim Restaurant liegt. Aus diesen Gründen müsse die Aktivität von Uber Switzerland als bewilligungspflichtiger Personalverleih qualifiziert werden, auf den das AVG anwendbar sei.

Betreffend Verfügung des Genfer Arbeitsamtes, wonach Uber Switzerland im Handelsregister in Genf eine Zweigniederlassung eintragen müsse, machte Uber Switzerland geltend, dass nur die Verantwortlichen von Uber am Hauptsitz in Zürich dafür zuständig sein könnten. Auch in diesem Punkt folgte das Verwaltungsgericht der Vorinstanz. Uber Switzerland übe seine Aktivitäten teilweise in Genf aus. Die in Carouge (GE) domizilierte Betriebsstätte müsse deshalb in eine Zweigniederlassung umgewandelt und im Handelsregister in Genf eingetragen werden. Dies sei aufgrund von Art. 12 AVG erforderlich.

Die Beschwerde von Uber Switzerland gegen die Verfügung des Arbeitsamtes Genf wurde vom Verwaltungsgericht im Ergebnis vollumfänglich abgewiesen.⁸¹

- ⁸¹ Wie ist das Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts zu würdigen? Das Ergebnis, also das Vorliegen bewilligungspflichtigen Personalverleihs, impliziert konsequenterweise das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen. Das Gericht hat zu Recht u.a. die Kontrolle von UberEats über die Fahrer*innen hervorgehoben. UberEats hat erhebliche Weisungsbefugnisse gegenüber den Fahrer*innen. Es liegt deshalb nahe, von einem Unterordnungsverhältnis und somit von Arbeitsverhältnissen auszugehen. Personalverleih liegt aber nur vor, wenn der Verleiher dem Einsatzbetrieb **wesentliche Weisungsbefugnisse** an den Einsatzbetrieb abtritt (Art. 26 Abs. 1 AVV lit. a). Das Arbeitsamt und das Verwaltungsgericht gehen davon aus, dass wesentliche Weisungsbefugnisse an die Restaurants abgetreten werden. Auch die weiteren in Art. 26 AVV Abs. 1 erwähnten Indizien (lit. b und c) liegen gemäss dem Verwaltungsgericht aus nachvollziehbaren Überlegungen vor.
- ⁸² Ob dieses Ergebnis vor Bundesgericht standhält, muss naturgemäß offenbleiben. Allerdings ist das Genfer Urteil wie erwähnt gut begründet. Die in der Gesetzgebung zum Personalverleih vorgesehene Bewilligungspflicht und damit eingehend die Kautionspflicht (Art. 14 AVG) dient dem Schutz der Arbeitnehmenden in Dreiecks-Konstellationen, die per se mit der Gefahr für Arbeitnehmendenrechte einhergehen.⁸² Eine behördliche Kontrolle im Geschäft des Personalverleihs liegt auch im Interesse aller Konkurrenten, die sich an alle gesetzlichen Vorschriften halten. Somit erfüllt eine strikte Anwendung der Regelungen des Personalverleihs auch eine wettbewerbssichernde Funktion.
- ⁸³ Wichtig ist die Feststellung, dass auch ein wider Erwarten korrigierender Entscheid des Bundesgerichts nichts am **Vorliegen von Arbeitsverhältnissen zwischen Uber Switzerland und den Fahrer*innen** ändern würde. Die Folge wäre einzig, dass kein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegen würde. Nach wie vor wäre insbesondere auch die Verfügung der PostCom gültig, die wie ausführt wurde⁸³, ebenfalls zum zwingenden Schluss führt, dass UberEats-Kurier*innen Arbeitnehmendenstatus haben. Hin gewiesen werden kann schliesslich auch auf die Urteile des Waadtländer Kantonsgerichts betreffend Arbeitnehmendenstatus eines UberPop-Fahrers⁸⁴ und dem Urteil des

⁸¹ Cour de Justice, Chambre administrative, Arrêt du 29. Mai 2020, ATA/553/2020, S. 24/25.

⁸² So auch bereits STÖCKLI, HUBERT, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit», recht 5/2010, S. 137 ff.

⁸³ Siehe oben, Rz. 12 ff.

⁸⁴ Tribunal cantonale Vaud, Cour d'appel Civil, Arrêt du 23 avril 2020, P317.026539-190917.

Verwaltungsgerichts Genf vom 17. November 2020⁸⁵ (betreffend Schwarzarbeit). Beide Gerichte bejahen die Arbeitgeberstellung von Uber.

- ⁸⁴ Auswirkungen hätte ein Entscheid des Bundesgerichts, wonach kein Personalverleih vorliegt, auf die Frage der anwendbaren GAV. Ohne Personalverleih findet auch der allgemeinverbindliche GAV Personalverleih nicht Anwendung, siehe aber sogleich die Rechtslage, wenn die Kurier*innen nicht bei Uber Switzerland, sondern bei der Chaskis SA angestellt sind.

3. Anwendung des AVG auf die Konstellation UberEats-Chaskis

a) Chaskis SA als Arbeitgeberfirma

- ⁸⁵ Im Nachgang zum Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts wurde in Genf am 25. August 2020 eine Aktiengesellschaft unter dem Namen Chaskis SA gegründet. Gemäss Handelsregistereintrag erbringt das Unternehmen u.a. Logistikdienstleistungen und ist auch im Personalverleih tätig.⁸⁶ Das Unternehmen **Chaskis SA** beschäftigt **Fahrer*innen**, die von **Restaurants** zubereitete Mahlzeiten **über die Plattform UberEats** zu den **Kunden*innen** bringen. Soweit ersichtlich handelt es sich um die einzige wirkliche Aktivität der Chaskis SA.

- ⁸⁶ Unmittelbar nach der Gründung der Gesellschaft wurden die (meisten der) bislang für UberEats tätigen Fahrer*innen von Chaskis SA angestellt. Der Arbeitnehmendenstatus ist hier also nicht streitig. Gemäss einem dem Gutachter zur Verfügung gestellten Arbeitsvertrag sollen auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Chaskis SA und den Kurier*innen auch die Bestimmungen des GAV Velokuriere anwendbar sein (»à titre supplétif, au présent contrat pour toute question non expressément traitée par ce dernier»).

- ⁸⁷ Es ist davon auszugehen, dass Chaskis SA den sozialversicherungsrechtlichen Pflichten als Arbeitgeberin nachkommt. Nicht bekannt ist, ob die Firma Chaskis SA tatsächlich operativ tätig ist oder ob nicht vielmehr nicht alle oder die meisten Aktivitäten nach wie vor über Uber Switzerland laufen. Es ist zumindest nicht ganz unwahrscheinlich, dass die Chaskis SA ein von den Uber-Verantwortlichen geschaffenes Phantom darstellt. Das rechtliche Konstrukt dient dem Ziel zu vermeiden, dass Uber Switzerland Adressat der

⁸⁵ Cour de Justice, Chambre administrative, Arrêt du 17. Novembre 2020, A/4453/2019-Taxis ATA/1151/2020.

⁸⁶ Quelle: <https://www.moneyhouse.ch/de/company/chaskis-sa-17343262951> (zuletzt besucht am 18.02.2021).

Bewilligungspflicht für den Personalverleih ist bzw. bleibt und die entsprechenden Pflichten als Arbeitgeberin zu erfüllen hat. An dieser Stelle ist der Hinweis angebracht, dass Art. 39 AVG erhebliche verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen für den Fall der Verletzung von AVG-Vorschriften vorsieht.

- 88 Aufgrund der dem Gutachter zu Verfügung stehenden Unterlagen und Informationen ist davon ausgehen, dass die bei Chaskis SA formell angestellten Kurier*innen nach wie vor die UberEats-App nutzen und so weiterhin den Weisungen von Uber Switzerland(Uber Portier B.V., soweit man der Logik der Postcom folgt, siehe dazu oben, Rz. 9) untersteht.
- 89 Soweit Chaskis SA nur zum Schein eine Arbeitgeberstellung einnimmt, ist weiterhin Uber Switzerland als Arbeitgeberin und Personalverleiherin zu bezeichnen. Die Übernahme der Arbeitsverträge und ggf. Übernahme der Lohnadministration, einschliesslich der Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Abgabepflichten durch die Chaskis SA, wäre demnach zu vergleichen mit einem „gewöhnlichen Outsourcen“ des Lohn- und Sozialabgabewesen, wie es in der Praxis häufig vorkommt. Chaskis SA wäre diesfalls nicht Arbeitgeberin der Kuriere, sondern weiterhin Uber Switzerland.
- 90 Für eine verlässliche Beurteilung, ob eine solche „**Schein-Arbeitgeberstellung**“ vorliegt, fehlen dem Gutachter die erforderlichen Informationen. Wie sogleich gezeigt wird, ist das gewählte Geschäftsmodell „UberEats/Uber Switzerland/Chaskis“ aus anderen Gründen illegal.
- b) Personalverleih bei „Ménage à quatre“
- 91 Wie ausgeführt wurde, gilt gemäss Genfer Arbeitsamt und Genfer Verwaltungsgericht Uber Switzerland mit (noch ins Handelregister einzutragender Zweigstelle Genf) als Personalverleiher. Es fragt sich nun, ob das die Erweiterung der Komplexität durch die Schaffung der Arbeitgeberfirma Chaskis SA einen Einfluss auf die Bewilligungspflicht für den Personalverleih hat.
- 92 Nach Art. 26 Abs. 3 AVV ist das Weiterverleihen (Unter- oder Zwischenverleihe) ausdrücklich verboten.⁸⁷ Personalverleih ist somit nur im **Rahmen eines Dreieckverhältnisses zulässig**. Gemäss SECO-Weisung zum AVG kann ein dazwischen geschobener

⁸⁷ Art. 26 Abs. 3 lit. a und b AVV sehen Ausnahmen vor, gestattet ist jedoch das Weiterverleihen eines Arbeitnehmers an einen dritten Betrieb, wenn (lit. a) "der erste Betrieb für die Dauer des Einsatzes das Arbeitsverhältnis an den zweiten Betrieb abtritt,

Betrieb nicht als Verleiher im Sinne des Gesetzes auftreten, weil er zur/zum betroffenen Arbeitnehmer*in in keinem arbeitsvertraglichen Verhältnis steht. Zudem würden klare gesetzliche Vorgaben gegen den Unter- oder Zwischenverleih sprechen. Das SECO weist darauf hin, dass schon die Kontrolle der normalen Personalverleihkonstellation schwierig ist und mit der Zulassung von Weiterverleih die Gefahren für Arbeitnehmende erhöht werde, denn bei Unter- oder Zwischenverleih würde die Kontrolle zusätzlich erschwert oder sogar verunmöglich.⁸⁸

- 93 Die Konsequenzen des Verbots der „Ménage à quatre“ liegen auf der Hand: Wenn und sobald die Beschwerde von Uber Switzerland das Bundesgericht betreffend Unterstellung von Uber Switzerland unter AVG abgelehnt wird und die Verfügung des Genfer Arbeitsamtes definitiv in Rechtskraft erwächst, liegt eine nach Art. 26 verbotene Weiterverleihung bzw. Zwischenverleihung durch Uber Switzerland Chaskis SA vor.

c) Chaskis SA als Personalverleiherin: Nur bei „Ménage à trois“ möglich

- 94 Wenn man der Logik des Genfer Verwaltungsgerichts folgt und das Restaurant im Sinne des AVG als Einsatzbetrieb qualifiziert, so kann Chaskis SA anstelle von Uber Switzerland als Personverleiher wirken, denn die **Aktivitäten der Chaskis SA sind ohne UberEats** nicht denkbar.

- 95 Man könnte **allenfalls** aus den folgenden Gründen Chaskis als Personalverleiher und Uber Switzerland(ev. Uber Portier B.V.) als Einsatzbetrieb bezeichnen:

Die Arbeitgeberfirma, also Chaskis SA, tritt wesentliche Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb ab. Als Einsatzbetrieb wäre diesfalls Uber Switzerland(ev. Uber Portier B.V. als Betreiberin der UberEats-App) zu bezeichnen, denn über die UberEats-App wird der Arbeitsprozess der Kurier*innen in einer Art und Weise gesteuert, die nicht anders als Ausübung eines Weisungsrechts zu betrachten ist (Art. 26 Abs. 1 lit. a AVV, Eingliederung in den Einsatzbetrieb).

Die Kurier*innen als Angestellte des Verleiher nutzen die UberEats-App, also Material des Einsatzbetriebes (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVV, Ausführen der Arbeiten mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes).

der zweite Betrieb Arbeitgeber wird, im Besitz einer Verleihbewilligung ist und den Arbeitnehmer dem dritten Betrieb überlässt" oder (lit. b) "der erste Betrieb Arbeitgeber bleibt und mit dem dritten Betrieb einen Verleihvertrag abschliesst und der zweite Betrieb das Verleihverhältnis nur vermittelt." Diese Ausnahmen sind vorliegend nicht einschlägig.

88 SECO-Mitteilungen, "Änderung -der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) --der Gebührenverordnung AVG (GebV-AVG), Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen, Art. 26 AVV, S. (Quelle: SECO-Direktion für Arbeit –PAVV, 23. Oktober 2013, AVV_Revision_MD_Erläuterungen_D, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/32945.pdf> (zuletzt besucht am 18.02.2021).

Uber Switzerland (ev. Uber Portier B.V.) als Einsatzbetrieb ist mit dem Restaurant und den Kund*innen vertraglich über die Nutzung der UberEats App verbunden. Zwischen der Arbeitgeberfirma Chaskis SA und den Restaurants besteht keine vertragliche Beziehung. Eine Schlechterfüllung der Kurierfahrt fällt in die Risikosphäre des Einsatzbetriebes, also vorliegend Uber Switzerland (ev. Uber Portier B.V. als Betreiberin der App). Damit liegt ein weiteres Indiz für das Vorliegen von Personalverleih durch Chaskis SA an Uber vor (Art. 26 Abs. 1 lit. c AVV).

- 96 Mit dieser Argumentation kann man zum Ergebnis gelangen, dass **Chaskis SA bewilligungspflichtigen Personalverleih** betreibt und es sich bei **Uber Switzerland** um den **Einsatzbetrieb** handelt.

4. Auswirkungen des „Konstrukts Chaskis SA/UberEats“ auf die PostCom-Fähigkeit und den GAV Personalverleih

- 97 Die PostCom hat in ihrer Verfügung vom 10. Dezember 2020 Uber Portier B.V. als Betreiber der UberEats App bezeichnet und der Meldepflicht unterstellt. Wenn nun die Kurier*innen, die mittels der UberEats-App zubereitete Speisen ausliefern, von der Firma Chaskis SA angestellt sind, so handelt es sich bei Chaskis SA um ein Subunternehmen von Uber Portier B.V.. Entsprechend ist auch das Subunternehmen verpflichtet, den Angestellten die Mindeststandards gemäss der VMAP zu gewähren.⁸⁹ Ein allenfalls anwendbarer GAV geht jedoch vor. Da wie gezeigt wurde von Personalverleih durch Uber Switzerland(bzw. alternativ durch die Chaskis SA) auszugehen ist, finden der allgemein verbindliche GAV Personalverleih auf die Arbeitsverhältnisse zwischen Uber Switzerland bzw. Chaskis SA und den Fahrer*innen Anwendung.
- 98 Nach der hier vertretenen Meinung findet der allgemein verbindliche L-GAV des Gastgewerbes auf die Kurier*innen von zubereiteten Speisen Anwendung. Insofern besteht eine GAV-Konkurrenz. Der GAV-Personalverleih geht vor, wobei die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des L-GAV angewendet werden. Würde sich Chaskis SA dem (noch) nicht allgemein verbindlichen GAV KEP+Mail oder dem ebenfalls (noch) nicht allgemein verbindlichen GAV Velokuriere anschliessen, wäre noch immer vom Vorrang des GAV Personalverleih (inkl. anwendbare Bestimmungen des L-GAV des Gastgewerbes) auszugehen.

⁸⁹ Siehe zum Ganzen oben, Rz. 17 ff.

V) Beantwortung der Gutachterfragen

- 99 Die erste Gutachtensfrage – Welche Auswirkungen hat die Entscheidung der PostCom auf UberEats bzw. die rechtliche Stellung der UberEats-Fahrer*innen? – wird wie folgt beantwortet:

Über Portier B.V. gilt gemäss PostCom Verfügung als meldepflichtiger Anbieter von Postdienstleistungen. Konsequenterweise bestehen zwischen der Über Portier B.V. und den Kurier*innen Arbeitsverhältnisse. Sofern und soweit Über Portier B.V. die Erbringung der Postdienstleistung an Subunternehmen weitergibt, liegen zwischen dem Subunternehmen und den Kurier*innen ebenfalls Arbeitsverhältnisse vor. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hat zur Folge, dass der Arbeitgeber auf dem erzielten Lohn die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat. Auch unterstehen die Arbeitsverhältnisse dem ArG.

- 100 Die zweite Gutachtensfrage – Ist die Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP) anwendbar? – ist wie folgt zu beantworten:

Auf die Beschäftigungsverhältnisse zwischen UberEats (Über Portier B.V.) und den Fahrer*innen bzw. zwischen den Subunternehmern und den Fahrer*innen sind vorab alle gesetzlichen Bestimmungen (relativ und absolut zwingende OR-Bestimmungen und die Schutzbestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts) anwendbar. Zudem gelten der Mindestlohn und die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss VMAP. Soweit ein GAV anwendbar ist (durch Anschluss oder durch Allgemeinverbindlichkeit), werden der Mindestlohn und die wöchentliche Höchstarbeitszeit der VMAP durch die für die Arbeitnehmenden günstigeren GAV-Bestimmungen verdrängt.

- 101 Die dritte Gutachtensfrage – Welchem GAV unterstehen die Fahrer*innen von UberEats (GAV Velokuriere, L-GAV des Gastgewerbes, anderer GAV) – wird wie folgt beantwortet:

Die Fahrer*innen von UberEats unterstehen dem allgemein verbindlichen L-GAV des Gastgewerbes (sowie Pizza-Kurier*innen) bzw. falls Personalverleih vorliegt, dem GAV Personalverleih, wobei hier Art. 3 GAV Personalverleih zu beachten ist (Löhne und Arbeitszeiten gelten gemäss L-GAV des Gastgewerbes. Angesichts (noch) fehlender Allgemeinverbindlichkeit der GAV KEP+Mail und GAV Velokuriere stellen sich keine weiteren Konkurrenzfragen).

Die vorliegend für UberEats geprüfte Rechtslage hinsichtlich L-GAV ist vorbehaltlich anderer Umstände im Sachverhalt auf alle Essenslieferungsdienste anwendbar.

¹⁰² Die Antwort auf die vierte Gutachtensfrage – Liegt in der Konstellation Chaskis-UberEats (Siehe Rz. 2) in Genf Personalverleih vor und falls ja, wer ist als Personalverleiher zu bezeichnen? – lautet:

Uber Switzerland ist gemäss Genfer Entscheid Personalverleiher. Nach Art. 26 Abs. 3 AVV ist Weiterverleih (oder Zwischen- und Unterverleih) verboten. Wenn das Genfer Verwaltungsgerichtsurteil bestätigt wird, ist das Modell „Uber Switzerland /Chaskis“ illegal.