

Gutachten „Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen“

Kurt Pärli Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht, Juristische Fakultät, Universität Basel

Bern und Basel, 10. Juli 2016

I) EINLEITUNG	3
1 Wer ist und wie funktioniert „Uber“?	3
2 Die komplexen Vertragsverhältnisse	4
3 Auftrag und methodisches Vorgehen	6
II) VERTRAGSRECHTLICHE QUALIFIKATION DER ARBEIT VON UBER-TAXIFAHNER/INNEN	7
1 Verträge auf Arbeitsleistung	7
1.1 Vorbemerkungen	7
1.2 Übersicht	7
1.3 Die vier Elemente des Arbeitsvertrages	9
a) Die gesetzliche Definition	9
b) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit und Dauerschuldverhältnis	9
c) Unterordnungsverhältnis	10
d) Kasuistik zur Abgrenzung Arbeitsvertrag/Auftrag	11
1.4 Die Beweislastverteilung für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages	12
2 Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Uber-Fahrer und Uber	12
2.1 Vorbemerkungen	12
2.2 Beförderungsvertrag zwischen Fahrgast und Uber (Uber-Fahrer)	12
2.3 Qualifikation des Nutzungsvertrages zwischen Uber-Fahrer und Rasier (bzw. Uber)	13
a) Vorbemerkungen	13
b) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Dauerschuldverhältnis	14
c) Untergeordnete Stellung	14
d) Ergebnis: Uber-Fahrer sind Arbeitnehmer	15
3 Konsequenzen des Vorliegens eines Arbeitsvertrags	16
3.1 Wer ist Arbeitgeber im „Uber-Konstrukt“	16
3.2 Anwendung des Arbeitsvermittlungsgesetzes?	16
3.3 Anwendung des Arbeitsgesetzes	17
III) SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE QUALIFIKATION DES EINKOMMENS VON UBER-TAXIFAHNERN	19
1 Definition der Begriffe „Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbstständigerwerbende“ im Sozialversicherungsrecht	19
2 Abgrenzung selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit	20
2.1 Allgemeines	20
2.2 Kriterien „betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Abhängigkeit“ und „Unternehmerrisiko“	21
2.3 Kasuistik	21
3 Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Entschädigung für Uber-Fahrer	23
4 Wer ist beitragspflichtiger Arbeitgeber im Uber-Konstrukt?	25
IV) BEDEUTUNG DER KLAUSEL ZUM ANWENDBAREN RECHT UND RICHTSSTAND	26

1	Internationaler Sachverhalt	26
2	Die Schiedsklausel im Vertrag zwischen Rasier und Uber-Fahrer	27
2.1	Gültigkeit der Schiedsklausel	28
a)	Die anwendbaren rechtlichen Bestimmungen	28
b)	Unterschiede bei nationalen und internationalen Sachverhalten	29
c)	Vorläufiges Fazit	30
d)	Folgen einer allfälligen Gültigkeit der Schiedsklausel	30
e)	Einwände wegen Willensmängeln und Art. 27 ZGB	31
f)	Möglichkeit der Kündigung der Schiedsklausel	32
2.2	Exkurs: Uber Switzerland als Arbeitgeber	32
2.3	Zusammenfassung:	33
V)	ZUSAMMENFASSENDE ERGEBNISSE	33
	LITERATURVERZEICHNIS	35

I) Einleitung

1 Wer ist und wie funktioniert „Uber“?

- 1 Uber ist eine Technologieplattform, die Fahrer mittels Smartphone-App mit Fahrgästen verbindet¹. Das Unternehmen sieht sich selbst als ein Technologie-Unternehmen, das eine App zur Verfügung stellt, und nicht als Transport-Firma². Das Unternehmen wurde 2009 in San Francisco (USA) gegründet³. Der Hauptsitz in Europa befindet sich in Amsterdam in den Niederlanden (eingetragen im niederländischen Handelsregister unter dem Namen „Uber International Holding B.V.“ (ab hier: Uber) als Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁴. Ebenfalls Sitz in Amsterdam hat die Uber Tochterfirma Raiser die, wie zu zeigen sein wird⁵, ein Vertragsverhältnis mit den Uber-Fahrern abschliesst.
- 2 Unter dem Namen „Uber Switzerland GmbH“ (ab hier: Uber Switzerland) ist Uber im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Der Sitz von Uber Switzerland befindet sich an der General-Wille-Strasse 8 in 8002 Zürich. Gemäss Handels-Registereintrag bezweckt das Unternehmen, insbesondere der Uber-Gruppe beim Anbieten von Transportdienstleistungen durch mobile Kommunikation und Online-Anfragen zu unterstützen sowie alle damit direkt und indirekt verbundenen Dienstleistungen zu erbringen. Gesellschafter der „Uber Switzerland GmbH“ ist Uber in Amsterdam.
- 3 In der Schweiz werden Fahrgästen verschiedene Uber-Dienstleistungen zu den folgenden Konditionen angeboten:

¹ <https://help.uber.com/h/738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e> (zuletzt besucht am 13.06.2016), zur Geschichte von uber siehe: <http://www.startlin.es/timelines/uber/> (zuletzt besucht am 13.06.2016).

² Rasoul Jalali, Chef Uber Schweiz, Quelle: <http://www.watson.ch/Schweiz/Wirtschaft/388567640-Uber-soll-Fahrern-das-Benzin--die-Werkstatt-und-Sozialleistungen-zahlen> (zuletzt besucht am 13.06.2016).

³ Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/Uber_%28Unternehmen%29#Unternehmen (zuletzt besucht am 13.06.2016).

⁴ HR-Nummer 56317441, Quelle: <http://www.kvk.nl/orderstraat/product-kiezen/?kvknummer=559762550000> (zuletzt besucht am 13.06.2016).

⁵ Siehe hinten, Rz 7.

UberPOP (Basel und Zürich)⁶:

Grundpreis: 3.00 CHF

+ Pro Minute: 0.30 CHF

+ Pro km: 1.35 CHF

Mindestbetrag: 6.00 CHF

Stornogebühr: 6.00 CHF

UberPOPFahrer müssen nicht professionelle Fahrer sein, aber folgende Voraussetzungen⁷ erfüllen:

1. Führerausweis seit mindestens drei Jahren; 2. Besitz eines gepflegten Fahrzeugs mit mindestens vier Türen, das nicht älter als zehn Jahre sein darf; 3. Einen Strafregisterauszug ohne Einträge, der nicht älter als drei Monate ist.

UberX (Basel und Zürich):

Grundpreis: 3.00 CHF

+ Pro Minute: 0.30 CHF

+ Pro km: 1.80 CHF

Mindestbetrag: 6.00 CHF

Stornogebühr: 6.00 CHF

UberX-Fahrer müssen folgende Voraussetzungen⁸ erfüllen: 1. **121 Zulassung im Führerausweis**⁹; 2. **Fahrtenschreiber** und eine **BPT-Zulassung**¹⁰ für das verwendete Fahrzeug; 3. Das Fahrzeug muss eine Mittelklasselimousine mit mindestens vier Türen sein, das nicht älter als zehn Jahre ist.

uberBLACK (Zürich):

Grundpreis: 6.00 CHF

+ Pro Minute: 0.60 CHF

+ Pro km: 3.60 CHF

Mindestbetrag: 15.00 CHF

Stornogebühr: 10.00 CHF

UberBLACK-Fahrer müssen folgende Voraussetzungen erfüllen: 1. Besitz eines der folgenden Autos: Mercedes E-Kl., S-Kl., BMW 7, 5, Audi A6, A7, A8, Tesla S (bestehende uberBLACK Partner-Fahrer, 2010-2016) oder Mercedes S-Kl., BMW 7, Audi A8, Tesla-S (neue UberBLACK Partner-Fahrer, 2013-2016); 2. 121 Zulassung im Führerausweis; 3. Fahrtenschreiber und BPT-Zulassung; 4. Gepflegte Oberklassenlimousine mit mindestens vier Türen, die nicht älter als drei Jahre ist.

2 Die komplexen Vertragsverhältnisse

4 Die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Uber, dem Fahrgast und dem Uber-Fahrer ist äusserst komplex organisiert¹¹. Die Firma „Uber International B.V.“ (ab hier: Uber) hat mit der „Rasier Operations B.V.“

⁶ <https://www.uber.com/de/cities/zurich/> (zuletzt besucht am 13.06.2016).

⁷ <http://www.uberpartner.ch/fahrer-registrierung/ridesharing-fahrer-uberpop/> (zuletzt besucht am 14.06.2016).

⁸ <http://www.uberpartner.ch/fahrer-registrierung/professionelle-fahrer-uberx/> (zuletzt besucht am 14.06.2016).

⁹ Taxifahrer benötigen gemäss Verkehrszulassungsverordnung (VZV) eine Bewilligung (Code 121 auf dem Führerausweis) zum berufsmässigen Personentransport.

¹⁰ Die Bewilligung für den berufsmässigen Personentransport (BPT) wird von den Kantonen erteilt, siehe die Informationen betreffend den Kanton Bern hier: http://www.pom.be.ch/pom/de/index/strassenverkehr-schiffahrt/fuehrerausweise/fuehrerausweiskategorien/berufsmuessiger_personentransportbpt.html).

¹¹ Das musste auch die kanadische Stadt Edmonton erfahren, die gegen Uber gerichtlich vorging, jedoch die falsche Uber-Gesellschaft einklagte, siehe das Urteil des Court of Queens Bench of Alberta in der Sache „Edmonton vs. Uber Canada“ vom 01.04.2015: <http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2015/2015abqb214/2015abqb214.html> (zuletzt besucht am 14.06.2016).

(ab hier Raiser) einen Kooperationsvertrag abgeschlossen, in dessen Rahmen „Uber International B.V.“ der „Rasier Operations B.V.“ eine Lizenz für den Gebrauch der Uber-Software erteilt.

- 5 Wer einen Uber-Fahrdienst benutzen will, muss sich vorerst bei Uber registrieren. Diese Anmeldung erfordert u.a. eine Einwilligung auf Zugriff zu persönlichen Daten. Weiter sind die Kreditkartendaten zu registrieren. Auch müssen umfangreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen von Uber akzeptiert werden. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln den Zugriff durch eine natürliche Person mit Wohnsitz in irgendeinem Land (mit Ausnahme der USA und China) auf die Produkte und Dienstleistungen von Uber. Mit dem Akzeptieren der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen Uber und dem Nutzer.
- 6 Wer sich als Uber-Fahrer registrieren möchte, kann seine Anmeldung unter folgendem Link vornehmen: <https://partners.uber.com/join/>. Weiter müssen die für UberPOP, UberX oder UberBLACK benötigten Dokumente eingereicht werden. Anschliessend erhält der Uber-Fahrer von der Rasier einen Nutzungsvertrag¹². Ob dem Fahrer bewusst ist, dass ein Vertragsverhältnis nicht etwa zwischen dem Fahrer und Uber oder zwischen dem Fahrer und der „Uber Switzerland GmbH“, sondern zwischen dem Fahrer und der Rasier entsteht, kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht beurteilt werden.
- 7 Dem Gutachter liegt ein solcher „Nutzungsvertrag“ zwischen einem Uber-Fahrer (UberPOP) und der Rasier vor. Der Vertrag hält fest, dass der Fahrer ein Auto besitzt und auf der Suche nach Mitfahrern ist. Ausdrücklich wird festgehalten, dass Rasier selbst keine Beförderungsdienstleistungen erbringt. Die **vertragliche Leistung** von Rasier gegenüber dem Fahrer besteht darin, dass **Rasier Anfragen von natürlichen Personen über die UberPOP-Software der Uber an den Fahrer weiterleitet**. Für die Bereitstellung des Zugangs zur UberPOP-Software verlangt Rasier vom Fahrer eine Gebühr. Der Vertrag hält zudem fest, dass **zwischen Fahrgast und Fahrer für die jeweilige Mitfahrt ein eigenständiger Vertrag** zustande kommt. Im Anhang zum Nutzungsvertrag hat der UberPOP-Fahrer zu erklären, dass er keine im Sinne von Art. 3 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ARV 2) **als berufsmässig zu qualifizierenden Fahrten** vornimmt.
- 8 Der genannte Nutzungsvertrag (UberPOP) wird weiter hinten noch detailliert analysiert¹³. Bereits an dieser Stelle ist auf zwei Besonderheiten hinzuweisen. Zum einen sieht der Vertrag **keine verbindliche Entschädigung für die Mitfahrtätigkeit** vor. Die Rede ist vielmehr von einer **freiwilligen Servicepauschale**, die der Fahrer für die Annahme und vollständige Ausführung einer Anfrage erhalte. Der Fahrer erklärt sich im Vertrag ausdrücklich damit einverstanden, dass kein Anspruch auf eine bestimmte Servicepauschale bestehe. Gleichzeitig hält der Vertrag fest, dass die Servicepauschale dem Fahrer gemäss den Zahlungspraktiken des Unternehmens elektronisch überwiesen werde. Zum anderen ist festgehalten, dass der Vertrag ausschliesslich dem niederländischen Recht unterstehe und eine allfällige Streitigkeit zwingend vor einem **Schiedsgericht mit Sitz in Amsterdam und in englischer Sprache** auszutragen sei. Auch auf diesen Punkt wird zurückzu-

¹² Dokument liegt dem Gutachter vor.

¹³ Siehe hinten, Rz 38 ff. und Rz. 77 ff.

kommen sein¹⁴.

- 9 Dem Gutachter liegen weiter ein „Dienstleistungsvertrag“ und „Fahrrernachtrag“ vor. Der Dienstleistungsvertrag wird zwischen dem Beförderungsunternehmen („Kunde“) und der Uber, einer in den Niederlanden gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Amsterdam, Niederlande geschlossen. Vertragsparteien sind folglich der „Kunde“ und Uber. Beim Kunden handelt es sich (vermutlich) um Rasier. Dienstleistungsvertrag und Fahrrernachtrag sind miteinander verknüpft. Auf die Inhalte, soweit sie für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Uber-Fahrern und einer oder mehreren Uber-Gesellschaften relevant sind, wird weiter hinten eingegangen¹⁵. Wichtig ist aber bereits hier der Hinweis, dass der Dienstleistungsvertrag ebenfalls das niederländische Recht für anwendbar erklärt und eine verbindliche Schiedsgerichtsbarkeitsklausel enthält. Diese soll auch im Verhältnis zwischen Fahrer und Kunde (vermutlich auch hier Rasier) gelten.
- 10 Bereits dieser kurze Einblick in die komplexen Vertragsverhältnisse zeigt, dass sich unzählige Fragen stellen, die über die vertrags- und sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Tätigkeit von Uber-Fahrern hinausgehen. So ist insbesondere die Schiedsklausel in den Verträgen auf ihre Vereinbarkeit mit schweizerischem Recht zu überprüfen. Auch ist zu untersuchen, wer überhaupt Arbeitgeber ist bzw. ob ein Fall einer geteilten Arbeitgeberschaft vorliegen könnte. Weiter interessiert, ob in der Ausgestaltung des „Uber-Konstruktes“ ggf. eine Konstellation vorliegt, die dem Arbeitsvermittlungsgesetz (Personalverleih) unterstehen könnte.

3 Auftrag und methodisches Vorgehen

- 11 Die Auftraggeberin erwartet eine rechtsgutachterliche Klärung der Frage, wie die Tätigkeit von Uber-Fahrern in vertrags- und in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht zu qualifizieren ist¹⁶. Weiter wünscht die Auftraggeberin eine zumindest summarische Klärung, ob allenfalls Uber die Stellung eines Personalverleihers habe und ggf. der GAV Personalverleih anwendbar wäre¹⁷. Nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens bilden demgegenüber aufsichtsrechtliche Fragestellungen und die Prüfung der Frage, ob das Verhalten der Uber-Firmen ggf. nach dem Gesetz über unlauteren Wettbewerb (UWG) als unlauter zu qualifizieren ist.
- 12 Die vorangehenden Ausführungen zu Uber und den Vertragsverhältnissen erfordern auch, die Rechtswahl- und Schiedsklausel in den Verträgen der Uber-Fahrer auf ihre Gültigkeit zu untersuchen. Falls die beiden Bestimmungen nach schweizerischem Recht als zulässig zu bezeichnen wären, so wäre für die vertragsrechtliche Qualifikation niederländisches Recht anwendbar und der Streit müsste vor einem Schiedsgericht in Amsterdam ausgetragen werden. Das Ergebnis dieser Analyse wird vor der Zusammenfassung am Ende des Gutachtens dargestellt. **Ungeachtet des Ergebnisses dieser Prüfung** wird jedoch vorgängig dargestellt, wie das Vertragsverhältnis nach schweizerischem Vertragsrecht (Auftrag, Arbeitsvertrag, arbeitnehmerähnliche

¹⁴ Siehe hinten, Rz 90 ff.

¹⁵ Siehe hinten, Rz 34 ff.

¹⁶ E-Mail-Austausch zwischen dem Gutachter und der Auftraggeberin vom 5.4.2016.

¹⁷ Nachtrag zum Auftrag durch E-Mail an den Gutachter vom 14.04.2016.

Stellung) zu qualifizieren ist bzw. wäre und welche Folgen sich daraus in vertragsrechtlicher Hinsicht und mit Blick auf die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz und das Arbeitsvermittlungsgesetz ergeben würden. An dieser Stelle wird auch zu erörtern sein, **welche** der verschiedenen **Uber-Gesellschaften** allenfalls Arbeitgeberstellung hat.

- 13 Vorzunehmen ist danach die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Tätigkeit von Uber-Fahrern. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob angesichts der vertraglichen Bindung mit einer niederländischen Gesellschaft auch die Regelungen des Anhangs II zum Freizügigkeitsabkommen (Sozialversicherungsrechtliche Koordinationsbestimmungen) zur Anwendung kommen. Nicht relevant ist für diese Frage von vorneherein die Schiedsklausel, da es sich hier um eine öffentlich-rechtliche Fragestellung handelt und somit eine schweizerische Behörde nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen Grundlagen zu entscheiden hat.

II) Vertragsrechtliche Qualifikation der Arbeit von Uber-Taxifahrer/innen

1 Verträge auf Arbeitsleistung

1.1 Vorbemerkungen

Im Nutzungsvertrag zwischen Uber-Fahrer und Rasier ist niederländisches Recht vereinbart. Es wird hier noch nicht darauf eingegangen, ob diese Rechtswahl gültig ist¹⁸. Die Prüfung, ob im Verhältnis zwischen dem Uber-Fahrer und der Raiser (ggf. Uber-Switzerland) ein Arbeitsvertrag vorliegt, wird vielmehr nach schweizerischem Arbeitsrecht vorgenommen. Nur der Vollständigkeit halber ist zu vermerken, dass auch das niederländische Arbeitsrecht vom Gedanken des Schutzes der schwächeren Vertragspartei ausgeht und dass insbesondere das niederländische Kündigungsschutzrecht und die Regelungen zur Gehaltsfortzahlung bei Krankheit als arbeitnehmerfreundlich gelten¹⁹.

1.2 Übersicht

- 14 Das schweizerische Obligationenrecht (OR)²⁰ sieht mehrere Vertragstypen vor, die beim Erbringen einer Dienstleistung für eine andere Person zur Anwendung kommen könnten. Die drei wichtigsten Verträge sind²¹:

- Arbeitsvertrag, Art. 319 ff. OR
- Werkvertrag, Art. 363 ff. OR
- Auftrag, Art. 394 ff. OR

- 15 Die typenbestimmenden Leistungen eines **Arbeitsvertrages** sind (Art. 319 OR):

- Verpflichtung zur Erbringung einer Arbeitsleistung,
- auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (Dauerschuldverhältnis),
- gegen Entrichtung eines Lohnes,

¹⁸ Siehe dazu hinten, IV) Bedeutung der Klausel zum anwendbaren Recht und Gerichtsstand, Rz. 90 ff.

¹⁹ Für einen Überblick siehe: <https://www.uni-muenster.de/NiederlandeNet/nl-wissen/rechtjustiz/vertiefung/arbeitsrecht/kernpunkte.html> (zuletzt besucht am 4. Juli 2016).

²⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

²¹ Weitere Verträge: Agenturvertrag, Art. 418a ff. OR, Kommission, Art. 425 ff. OR.

- bei Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Unterordnungsverhältnis, Subordination).

- 16 Bei einem **Werkvertrag** verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Werkbesteller zur Leistung einer Vergütung. Im Unterschied zum Arbeitsvertrag ist der Werkvertrag kein Dauerschuldverhältnis. Auch befindet sich der Werkunternehmer nicht in einem Subordinationsverhältnis zum Besteller und ist nicht in einen Betrieb eingegliedert. Bei einem **Auftrag** verpflichtet sich der Auftragnehmer vertraglich zur Geschäftsbesorgung oder zum Erbringen einer Dienstleistung im Interesse und nach dem Willen der Auftraggeberin. Eine Vergütung ist geschuldet, wenn sie verabredet oder üblich ist. Der Auftrag hat mit dem Werkvertrag gemein, dass im Unterschied zum Arbeitsvertrag **keine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation** vorliegt. Beim Auftrag ist – wie beim Arbeitsvertrag – sorgfältiges Tätigwerden des Auftragnehmers (bzw. Arbeitnehmers bei einem Arbeitsvertrag) im Hinblick auf den angestrebten Erfolg geschuldet; beim Werkvertrag indes ist der Erfolg (das Werk) geschuldet.
- 17 Nach Art. 394 Abs. 2 OR fallen alle Verträge über Arbeitsleistungen, welche keinem anderen Vertragstypus zugeordnet werden können, unter das Auftragsrecht. Bei einer wörtlichen Auslegung dieser Bestimmung wären keine Innominatverträge (nicht gesetzlich geregelten Verträge) über Arbeitsleistungen möglich. Das Bundesgericht²² und die herrschende Lehre²³ lehnen eine solche Auslegung ab und lassen gemischte Verträge²⁴, einen Vertrag sui generis²⁵ oder einen Vertrag, in dessen Rahmen einzelne Schutzbestimmungen einer anderen Vertragsart analog angewendet werden zu²⁶.
- 18 Um dem Schutzbedürfnis von Personen zu entsprechen, die eine Arbeitsleistung erbringen, ohne dass eine Eingliederung in die Organisation des Betriebes vorliegt, haben Lehre und Praxis die Rechtsfigur der „**arbeitnehmerähnlichen Person**“ entwickelt. Im Leitentscheid des Bundesgerichts zur dieser Frage ging es um einen Franchisevertrag, der zu einer weitgehenden Abhängigkeit der Franchisenehmerin zur Franchisegeberin führt. Das Bundesgericht hielt fest: „All das rückt den Vertrag in seiner Bedeutung für die Beklagte in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses, bestand doch, obschon die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit formell selbständig ausübte, faktisch eine Abhängigkeit von der Klägerin, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kommt. Damit rechtfertigt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. Die Heranziehung von Arbeitsrecht für Franchiseverträge mit ausgeprägtem Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisenehmer und -geber wird denn auch in der Lehre befürwortet (...)“²⁷. Im konkreten Fall wurden die Vorschriften zur missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 ff. OR auf den Franchisevertrag angewendet.
- 19 Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person wird von der arbeitsrechtlichen Lehre weitgehend akzeptiert²⁸. Von einer arbeitnehmerähnlichen Person kann dann gesprochen werden, wenn eine Person aufgrund eines

²² BGE 115 II 108; 112 II 41, 110 II 380; 109 II 462.

²³ Streiff/Rudolph/Von Kaenel, Art. 319, N 2, S. 77, mit zahlreichen Hinweisen auf weitere befürwortende Stimmen in der Lehre. Kritisch zum Bundesgericht und zur herrschenden Lehre in dieser Frage sind Rehbinder/Stöckli, Art. 319, N 49.

²⁴ BGE 109 II 462.

²⁵ BGE 112 II 46; 115 II 108.

²⁶ BGE 118 II 157 E.4.

²⁷ BGE 118 II 157 E.2c und E. 4, siehe auch Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 5.

²⁸ Siehe zum Kriterium der Unterordnung ausführlich Witzig, S. 39 ff.

privatrechtlichen Vertrages tätig wird ohne dass alle vier Merkmale eines Arbeitsvertrages vorliegen, jedoch eine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung und eine wirtschaftliche Abhängigkeit bestehen. **Abzugrenzen** ist die arbeitnehmerähnliche Person von Fällen der **Scheinselbständigkeit**. Hier schliessen die Parteien keinen Arbeitsvertrag ab, obwohl die Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages, namentlich die Subordination und die wirtschaftliche Abhängigkeit, vorliegen. Während in der Konstellation „arbeitnehmerähnliche Person“ lediglich bestimmte arbeitsvertragsrechtliche Schutznormen zur Anwendung kommen, hat die Scheinselbständigkeit zur Folge, dass die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR integral anwendbar sind²⁹.

- 20 Mit Blick auf „das Uber-Konstrukt“ ist auch noch der Agenturvertrag zu erwähnen. Art. 418a OR definiert, wer Agent ist, nämlich „wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen“. Art. 418b OR verweist für die Tätigkeit des Vermittlungsagenten auf den Mäklervertrag (Art. 412 OR und für diejenige des Abschlussagenten auf die Vorschriften über die Kommission, Art. 425 OR). Es fragt sich, ob im Verhältnis zwischen Uber bzw. Uber-Tochterfirmen und Uber-Fahrern allenfalls ein Agenturverhältnis dahingehend vorliegt, als Uber den Uber-Fahrern Kunden vermittelt, die dann mit dem Uber-Fahrer einen Beförderungsvertrag abschliessen. Die Klärung dieser Frage ist jedoch **nicht Auftrag** des vorliegenden Gutachtens.

1.3 Die vier Elemente des Arbeitsvertrages

a) Die gesetzliche Definition

- 21 Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet (Art. 319 Abs. 2 OR). Der Einzelarbeitsvertrag bedarf mangels anderer Gesetzesnorm keiner besonderen Form (Art. 320 Abs. 1 OR). Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR).

- 22 Zusammenfassend lässt sich ein Arbeitsvertrag wie folgt charakterisieren: Geschuldet ist Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis, die in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterordnungsverhältnis geleistet wird³⁰.

b) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit und Dauerschuldverhältnis

- 23 Unter Arbeit ist jede planmässige Tätigkeit zu verstehen, die auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerich-

²⁹ So auch: Vögeli, S. 755. Zum Teil werden „Scheinselbständigkeit“ und „Arbeitnehmerähnliche Person“ nicht auseinandergehalten, siehe z.B. Brühwiler, N 13 zu Art. 319.

³⁰ Bger 4A_504/2015, vom 28. Januar 2016 E.2.1.1; 4A_344/2015 vom 10. Dezember 2015 E. 3.4; 4A_200/2015 vom 3. September 2015 E. 4.2.1.

tet ist³¹. **Nicht massgeblich** ist, ob ein bestimmter **Arbeitserfolg** eintritt (Abgrenzung zum Werkvertrag). Auch **Rufbereitschaft und Pikettdienst** gelten als Arbeit und sind folglich zu **entschädigen**, wobei eine tiefere Entlohnung für die Zeit der Bereitschaft im Vergleich zu effektiven Arbeit zulässig ist³². Bei einem angestellten Taxi-Chauffeur ist die Zeit, die er auf dem Standplatz warten muss, Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes³³. Hier liegt ein typischer Fall von Präsenzzeit vor, bei deren Ausgestaltung der Arbeitnehmer nicht frei ist³⁴.

24 In einem Arbeitsvertrag ist Lohn geschuldet, der nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) oder nach Zeitabschnitten bemessen sein kann. Die Lohnhöhe bestimmt sich nach Abrede der Parteien oder bei fehlender Abrede nach der Üblichkeit, sofern nicht ein Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag die Lohnhöhe vorschreiben (Art. 322 OR). Bei unentgeltlicher Arbeit liegt entweder ein Auftrag (hier ist die Ausrichtung einer Entschädigung keine Voraussetzung) oder eine reine Gefälligkeit vor³⁵.

25 Eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung muss auf „bestimmte oder unbestimmte“ Zeit verabredet sein. Die gesetzliche Regelung erfordert indes keine Mindestdauer eines Arbeitsverhältnisses. Auch wenn eine Arbeitsleistung nur für sehr kurze Zeit erbracht wird, kann ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Weiter kommen in der Praxis Anstellungen mit einem Rahmenvertrag ohne fixes Pensum und jeweils kurzfristig einberufenen Arbeitseinsätzen vor. Die Praxis qualifiziert solche Verträge auch als Teilzeitpensum mit schwankendem Beschäftigungsgrad³⁶.

c) Unterordnungsverhältnis

26 Das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses bildet das weitaus wichtigste Kriterium zur Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag oder ein anderer Vertrag, meist ein Auftrag oder ein Vertrag sui generis, vorliegt³⁷. Nach Lehre und Praxis ist Voraussetzung eines Arbeitsvertrages, dass eine rechtliche **Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher** Hinsicht vorliegt³⁸. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der Umstände im konkreten Fall³⁹.

27 Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich in rechtlicher Hinsicht darin, dass der Arbeitnehmer an ihn persönlich gerichtete Weisungen (Art. 321d OR) zur Ausführung der Arbeit und zum Verhalten erhält⁴⁰. Ein Weisungsrecht liegt allerdings auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung wie beispielsweise dem Auftrag vor. Relevant ist, in welchem **Ausmass** der Auftragnehmer bzw. Arbeitnehmer

³¹ Portmann/Rudolph, N 7 zu Art. 319 OR.

³² BGE 124 III 251.

³³ Wegleitung zur ARV 2, Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen vom 6. Mai 1981, Stand 1. Januar 2012, Art. 2 Abs. 2 lit. e.

³⁴ Judith Bregnard-Lustenberger, S. 49.

³⁵ Bger 4A_641/2012 vom 6. März 2013.

³⁶ Bger 4C.29/2006 vom 21. März 2006 E.3, siehe auch Streiff/Rudolph/Von Kaenel, N 19 zu Art. 319, mit Hinweisen auf kantonale Judikatur.

³⁷ Brühwiler, N 5 zu Art. 319 OR, Vischer/Müller, § 1, N 14, Rehbinder/Stöckli, N 6-8 zu Art. 319 OR, Streiff/Rudolph/Von Kaenel, N 2 zu Art. 319 OR.

³⁸ 4A_55/2008, E. 4.; Rehbinder, N. 42 ff. zu Art. 319 OR; Streiff/Rudolph/von Kaenel, N. 6 ff. zu Art. 319 OR; Harder, 80 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, S. 104).

³⁹ Bger 4C.346/1999 vom 4. Februar 2000 E. 2a; BGE 112 II 41, E.1.

⁴⁰ Bger 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016, E. 2.1.1.

weisungsgebunden ist⁴¹. Eine starke Weisungsgebundenheit spricht eher für einen Arbeitsvertrag⁴².

28 Die **betriebliche Eingliederung** manifestiert sich durch die Einbettung in eine hierarchische Struktur, etwa dadurch, dass bestimmte Arbeitszeiten oder eine Arbeitsplatzpflicht vorgeschrieben sind⁴³. Ein Indiz für eine betriebliche Eingliederung ist ferner die Zurverfügungstellung von Arbeitsgeräten und Arbeitsmaterial⁴⁴. Wenn jedoch ein Arbeitnehmer auch eigene Betriebsmittel einzusetzen hat, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. So wurde die Tätigkeit eines Redakteurs, der ein Büro beim Arbeitgeber zu mieten hatte, als Arbeitsverhältnis qualifiziert⁴⁵. Betrieblich eingegliedert ist bspw. auch, wer gegenüber Dritten als „Legal Counsel“ einer Firma vorgestellt wird und über eine E-Mail-Adresse und Visitenkarte des Betriebes verfügt⁴⁶.

29 Die Unterordnung im Sinne des Abgrenzungsmerkmals zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung kann sich auch durch eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber ergeben. Gemäss einer jüngeren Bundesgerichtsentscheidung kommt es darauf an, ob „durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann“⁴⁷. Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit bildet der Umstand, dass eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist⁴⁸.

d) Kasuistik zur Abgrenzung Arbeitsvertrag/Auftrag

30 Der Vertrag eines Platzwarts mit einem Sportclub wurde als Auftrag und nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert. Es lagen keine Umstände vor, die eindeutig auf ein arbeitsrechtliches Unterordnungsverhältnis schliessen liessen. Entscheidend waren letztendlich die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten, der nur 15 bis 18% seiner Arbeitskraft aufzuwenden hatte, sowie die Tatsachen, dass er selbst Maschinen und Material gestellt, sich gegen Unfall und Krankheit versichert und die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hatte⁴⁹.

31 Regelmässig mussten sich die Gerichte mit der Qualifikation von Vertragsverhältnissen von Fahrern und **Chauffeuren** auseinandersetzen. In einem vom Bundesgericht entschiedenen Fall ging es um einen Lastwagenchauffeur, dessen ursprünglich vorgesehene Halbtagespensum im Laufe der Zeit ausgeweitet wurde. Der Chauffeur führte auf Weisung des Auftrags- bzw. Arbeitgebers (X) für eine Drittfirma (Z) regelmässig Transporte durch. Zur Erfüllung seiner Arbeitsleistung benutzte er den Lastwagen und das Mobiltelefon der X. Die Vorinstanz und das Bundesgericht schlossen aus dieser Konstellation auf das Vorliegen eines Ar-

⁴¹ BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1.

⁴² Gerber, S.125 ff.

⁴³ Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 5.

⁴⁴ JAR 2006, 131.

⁴⁵ Obergericht Zürich, JAR 2001, S. 154.

⁴⁶ Streiff/Rudolph/Von Kaenel, N 6 zu Art. 319 OR; Bger 4A_404/2009 vom 11. Oktober 2009.

⁴⁷ Bger 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2.

⁴⁸ Bger 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.6.1.

⁴⁹ Bger, ARV 2003, 18, E.2.

beitsvertrages⁵⁰. Das Obergericht Baselland stufte demgegenüber einen Vertragsfahrer mit eigenem Auto als Auftragnehmer ein, obwohl eine recht weitgehende betriebliche Ein- und Unterordnung bestand⁵¹. Das Bundesgericht entschied in einem allerdings lange zurückliegenden Fall bei einem Chauffeur, der selbst in sein Fahrzeug investiert hatte, gleich⁵².

1.4 Die Beweislastverteilung für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages

32 Das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages und der Inhalt muss nach der Grundbeweislastregel nach Art. 8 ZGB von derjenigen Partei bewiesen werden, die daraus Rechte ableitet. Wer demnach als Uber-Fahrer Lohn oder andere Ansprüche arbeitsvertraglicher Natur ableiten will, muss beweisen, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt⁵³. Bewiesen werden müsste im Prozess, dass das Erbringen der Beförderungsdienstleistung durch den Uber-Fahrer nur gegen eine Entschädigung erwartet werden durfte, dass ein Dauerschuldverhältnis eingegangen wurde und dass eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt.

33 Das Vorliegen der Tatbestandselemente des Arbeitsvertrages muss behauptet werden. Der Behauptungslast ist nach Bundesgericht genüge getan, wenn „die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind“⁵⁴. Wenn der Prozessgegner allerdings die Tatsachenbehauptung bestreitet, muss die beweisbelastete Partei die Tatsachen detailliert, umfassend und klar darlegen, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann⁵⁵.

2 Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Uber-Fahrer und Uber

2.1 Vorbemerkungen

34 Wie in der Einleitung dargestellt wurde, sind die Vertragsverhältnisse im „Uber-Konstrukt“ sehr komplex. Für die nachfolgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, dass zwischen einem Uber-Fahrer und Uber (noch unabhängig zu welcher Uber-Gesellschaft) ein Vertragsverhältnis zustande kommt, dass es auf der Grundlage der vorangehenden Ausführungen zur Typologie von Verträgen über Dienstleistungen zu qualifizieren ist. Erst danach wird die Frage behandelt, welche der Uber-Firmen im Falle der Qualifikation als Arbeitsvertrag die Arbeitgeberstellung zu kommt bzw. zukäme. Der Vollständigkeit halber wird einleitend kurz dargestellt, wie das Vertragsverhältnis zwischen dem Fahrgast und Uber-Fahrer bzw. allenfalls zwischen Fahrgast und Uber rechtlich zu fassen ist.

2.2 Beförderungsvertrag zwischen Fahrgast und Uber (Uber-Fahrer)

35 Im Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer wird suggeriert, dass zwischen Uber und dem Fahrgast kein Beförderungsvertrag zustande komme⁵⁶. Das Verhältnis zwischen Uber und Fahrgast beschränkt sich nach dieser Logik auf einen Vertrag über die Nutzung der UberApp zur Vermittlung einer Mit-

⁵⁰ 4C.220/2003, E.2.

⁵¹ JAR 1998, S. 107.

⁵² Bger in ZAK 1983, S. 443 (Nachweis bei Streiff/Rudolph/Von Kaenel), S. 90.

⁵³ BGE 125 III 78 E. 3b.

⁵⁴ Bger 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016 E 2.1.1.

⁵⁵ BGE 127 III 365 E. 2b; Bger, 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.4.

⁵⁶ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen/Dienstleistungsvereinbarung“.

fahrgelegenheit. Der Inhalt des Vertrages zwischen Uber-Fahrgast und Uber wird durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bestimmt, die vom Uber-Fahrgast als Voraussetzung des Zugangs zur Uber-App zu akzeptieren sind. Der Uber-Fahrgast muss überdies bei der Anmeldung Kreditkarteninformationen angeben, damit die automatische Zahlung an den Uber-Fahrer umgesetzt werden kann.

36 Diese Ausgangslage legt aber nahe, das Verhältnis zwischen Uber und dem Uber-Fahrgast entgegen den Darstellungen in den AGB aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten als **Beförderungsvertrag** zu bezeichnen⁵⁷. Der Beförderungsvertragsnehmer ist zur Vertragserfüllung regelmässig auf die Hilfe Dritter angewiesen. Das können Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 ff. OR oder aber Auftragnehmer nach Art. 394 ff. OR sein, für die der Beförderer nach den allgemeinen Vorschriften von Art. 101 OR und Art. 55 OR haftet⁵⁸.

37 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die AGB Rechtswahl-, Gerichtsstand- und Schiedsklauseln vorsehen. Demnach ist auf das Verhältnis zwischen Uber und Uber-Fahrgast **niederländisches Recht** anwendbar und allfällige Streitigkeiten müssten vor einem **Schiedsgericht** in Amsterdam ausgetragen werden. Auf die Gültigkeit dieser Klausel ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, da sich der Gutachterauftrag auf die Qualifikation des Verhältnisses zwischen Uber (bzw. Rasier) und dem Uber-Fahrer beschränkt.

2.3 Qualifikation des Nutzungsvertrages zwischen Uber-Fahrer und Rasier (bzw. Uber)

a) Vorbemerkungen

38 Wie oben ausgeführt wurde, ist das Vertragsverhältnis zwischen Uber-Fahrgast und Uber als Beförderungsvertrag zu qualifizieren⁵⁹. Der Uber-Fahrer ist jedoch vertraglich nicht mit Uber sondern mit der Uber-Tochterfirma Rasier gebunden. Somit besteht zwischen Rasier und Uber ein Vermittlungsverhältnis, Rasier vermittelt Uber Fahrer zur Erfüllung des Beförderungsauftrages. Falls das Verhältnis zwischen Uber-Fahrer und Rasier als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, liegt ein Arbeitsverleih vor, so dass auch die Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) geprüft werden muss⁶⁰.

39 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die **Rechtslage nach schweizerischem Recht**. Die Ergebnisse sind jedoch von vorneherein zu relativieren. Wie ausgeführt wurde, haben die Parteien im Nutzungsvertrag eine Rechtswahl- und Schiedsklausel verabredet⁶¹. Selbst wenn ein schweizerisches Gericht trotz Schiedsgerichtsverpflichtung auf eine Klage eines Uber-Fahrers eintreten würde, müsste angesichts der nach IPRG gültigen Rechtswahl die Frage der Qualifikation des Nutzungsvertrages nach **niederländischem Recht** beurteilt werden.

⁵⁷ Zur Qualifikation des Beförderungsvertrages ausführlich Hochstrasser, S. 65 ff.

⁵⁸ Hochstrasser, S. 78.

⁵⁹ Siehe vorne, Rz 35 ff.

⁶⁰ Siehe hinten, Rz 53 ff.

⁶¹ Siehe hinten, Rz 90 ff. Rz

b) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Dauerschuldverhältnis

40 Ein Uber-Fahrer erbringt als Hilfsperson von Rasier zur Erfüllung des Beförderungsvertrags eine Arbeitsleistung. Die Ausgestaltung des Nutzungsvertrages zeigt zudem eindeutige Elemente eines Dauerschuldverhältnisses. Das zeigt sich u.a. in den Bestimmungen im Nutzungsvertrag über die Vertragsbeendigung. Der Vertrag kann entweder einvernehmlich aufgelöst oder gekündigt werden. Bei wesentlicher Verletzung des Vertrages erfolgt die Kündigung mit einer Frist von sieben Tagen⁶².

41 Der Nutzungsvertrag sieht vor, dass der Uber-Fahrer als Gegenleistung für die Annahme und vollständige Ausführung einer Anfrage keine vereinbarte Vergütung, sondern eine freiwillige Servicepauschale erhält⁶³. Die Freiwilligkeit der Servicepauschale gilt es allerdings zu relativieren, da die Bezahlung des Fahrpreises durch die Uber-App und die vom Fahrgast als Bedingung für die Nutzung zwingend anzugebenden Kreditkarteninformationen sichergestellt wird. Zudem verpflichtet sich der Uber-Fahrer für die Nutzung der Uber-App zur Entrichtung einer Gebühr von 20 % der von dem Mitfahrer „freiwillig“ geleisteten Servicepauschale⁶⁴. Die Ausgestaltung des Entschädigungssystems zeigt, dass im Ergebnis eine entgeltliche Arbeitsleistung vereinbart wurde.

c) Untergeordnete Stellung

42 Im Nutzungsvertrag und in der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Uber-Fahrer und der Rasier (bzw. der Uber) finden sich verschiedene Regelungen, die zur Klärung der Frage dienen, ob Uber-Fahrer arbeitsrechtlich als untergeordnet zu betrachten sind.

43 Die Uber-Fahrer sind nicht verpflichtet, Anfragen, die über die Uber-App an sie kommen, anzunehmen. Auch sind sie nicht angehalten, die Fahrbereitschaft während bestimmten Zeiten oder während einer bestimmten Dauer anzubieten⁶⁵. Dieser Umstand spricht an sich **gegen Unterordnung in betrieblicher Hinsicht**. Allerdings scheint es so zu sein, dass, wer regelmässig Fahrten ablehnt, von der Uber App nicht mehr berücksichtigt wird, was **de facto einer Pflicht zur Annahme der Fahrten** gleichkommt⁶⁶. Zudem sieht der Nutzungsvertrag eine automatische Beendigung des Vertrages vor, wenn während 90 Tagen keine Fahrt ausgeführt wurde⁶⁷.

44 Im Nutzungsvertrag halten die Parteien fest, dass das Unternehmen **keine Disziplingewalt oder Kontrolle** über die Fahrer ausüben und kein Recht habe, die Fahrer bei der Ausübung des „Ride Sharing“ zu beaufsichtigen oder anzuweisen⁶⁸. Diese Klausel spricht für sich alleine betrachtet **gegen eine rechtliche Unterordnung in persönlicher Hinsicht**. Allerdings steht diese Bestimmung im **Widerspruch zu umfangreichen Weisungen** im Vertrag, denen ein Uber-Fahrer Folge zu leisten hat. So muss der Uber-Fahrer eine ange-

⁶² Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Vertragsbeendigung“.

⁶³ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Freiwillige Servicepauschale“.

⁶⁴ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Rasiers Gebühr“.

⁶⁵ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Freiwillige Servicepauschale“.

⁶⁶ Prassl/Risak (im Erscheinen, siehe Literaturverzeichnis).

⁶⁷ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Vertragsbeendigung“.

⁶⁸ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

nommene Anfrage ausführen, wobei der Vertrag **detailliert vorschreibt**, was eine vollständige Ausführung der Anfrage bedeutet (Benachrichtigung des Mitfahrers über die Ankunft mithilfe der mobilen Anwendung von Uber, eine Wartezeit von mindestens zehn Minuten, bis der Mitfahrer am angegebenen Abholungsort erscheint, die Durchführung der zwischen dem Fahrer und dem Mitfahrer vereinbarten Fahrt und die fristgerechte Einreichung aller vom Unternehmen benötigten Unterlagen)⁶⁹. **Auffallend** ist auch die vertragliche Verpflichtung zur **Vertraulichkeit des Vertrages**. Die Uber-Fahrer verpflichten sich, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Offenbarung des Inhalts und der Bedingungen des Vertrages gegenüber Dritten zu verhindern⁷⁰. Insgesamt überwiegen somit die Tatbestandsmerkmale, die auf eine Unterordnung in persönlicher Hinsicht hindeuten.

45 Für eine **Unterordnung in persönlicher und betrieblicher Hinsicht** spricht weiter die Ausgestaltung des „Qualitätsrahmens“ des Fahrers (Bezeichnung im Nutzungsvertrag⁷¹). Mit dem Vertrag anerkennt der Uber-Fahrer das Recht von Rasier, dass diese Unternehmung Zugriff auf das Sternebewertungssystem von Uber hat. Dieses dient dazu, das Niveau der Dienstleistung der Fahrer, die mit dem Unternehmen vertraglich verbunden sind, über ein **Kundenfeedback** zu bestimmen. Das Bewertungssystem hat für die Fahrer erhebliche Folgen. Der Nutzungsvertrag erwähnt ausdrücklich, dass Fahrer mit einer niedrigen Bewertung nur eine beschränkte Möglichkeit zur Annahme von Anfragen haben. Die für das **Kundenfeedback relevanten Fragen** werden dabei von **Uber definiert**⁷². Im Ergebnis handelt es sich somit um **Weisungen des Unternehmens**, die der Uber-Fahrer, will er (weiterhin) Fahrdienstleistungen ausführen können, einhalten muss.

46 Nicht eindeutig zu beantworten, ist die Frage, ob Uber-Fahrer auch in **wirtschaftlicher Hinsicht** als vom Arbeitgeber (bzw. ggf. Auftraggeber) abhängig (Unterordnung in wirtschaftlicher Hinsicht) zu qualifizieren sind. Bei Uber-Fahrern, die ihre ganze Arbeitszeit als Fahrer tätig sind, ist dies eher zu bejahen als für Fahrer, die lediglich gelegentlich Uber-Fahrgäste transportieren. Für die Feststellung einer Unterordnung sind jedoch die gesamten Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen. Auch wenn ein Uber-Fahrer nur sporadisch Beförderungsdienstleistungen für Rasier erbringt und eine wirtschaftliche Abhängigkeit im konkreten Fall nicht oder nur schwach vorliegt, bleibt es bei Unterordnung in persönlichen und betrieblicher Hinsicht. Gesamthaft betrachtet ist deshalb von einer Unterordnung auszugehen.

d) Ergebnis: Uber-Fahrer sind Arbeitnehmer

47 Uber-Fahrer erbringen eine entgeltliche Dienstleistung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in untergeordneter Stellung. Es liegt deshalb ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR vor. Die im Nutzungsvertrag verabredete Bezeichnung als „Auftrag“ ist als „Scheinselbständigkeit“ zu bezeichnen. Angesichts dieses klaren Ergebnisses ist die Prüfung der Frage, ob allenfalls eine Konstellation einer „arbeitnehmerähnlichen Person“ vorliegt, entbehrlich.

⁶⁹ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

⁷⁰ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Vertraulichkeit des Vertrages“.

⁷¹ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Qualitätsrahmen des Fahrers“.

⁷² Siehe https://help.uber.com/de_DE/h/83930cce-c3ee-42cb-9495-104cad42cfa4 (zuletzt besucht am 21. Juni 2016).

48 Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR hat zur Folge, dass die absolut und relativ zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts Anwendung finden. Sofern und soweit der Nutzungsvertrag zwischen Uber-Fahrer und Rasier Bedingungen enthält, die dagegen verstossen, sind diese nichtig und durch die im Gesetz vorgesehenen Bestimmungen zu ersetzen. Das betrifft beispielsweise die Kündigungsbestimmungen, die im Nutzungsvertrag abweichend von den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts verabredet sind.

49 Liegt ein Arbeitsvertrag vor, so finden die Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts, namentlich das Arbeitsgesetz und das Sozialversicherungsrecht, Anwendung. Gleiches gilt für das Gleichstellungsgesetz (GIG), das auf sämtliche Arbeitsverhältnisse Anwendung findet.

50 Nochmals ist in Erinnerung zu rufen, dass die vorangehenden Ausführungen die Rechtslage nach schweizerischem Recht betreffen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die vereinbarte Rechtswahlklausel allenfalls gültig ist und demzufolge niederländisches Recht anwendbar ist⁷³.

3 Konsequenzen des Vorliegens eines Arbeitsvertrags

3.1 Wer ist Arbeitgeber im „Uber-Konstrukt“

51 Ein Uber-Fahrer schliesst den Nutzungsvertrag, der im vorliegenden Gutachten als Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR qualifiziert wird, mit der Rasier, einer Tochterfirma der Uber, ab. Die Ausrichtung der Entschädigung (Lohn), für die vom Uber-Fahrer erbrachte Leistung erfolgt über die Uber. In der praktischen Abwicklung des Vertragsverhältnisses spielt auch Uber Switzerland eine gewisse Rolle. Das von Uber Switzerland beschäftigte Personal kümmert sich gemäss Stelleninserat von Uber u.a. um die Kontakte zu den Uber-Fahrern und um die Beziehungspflege zwischen Fahrgast und Fahrer⁷⁴.

52 Die gerade beschriebene Ausgangslage ist für **Arbeitsverhältnisse im Konzern** nicht untypisch. Die Lehre geht davon aus, dass auch im Konzern in aller Regel das Arbeitsverhältnis nur mit einer Gesellschaft besteht⁷⁵. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag (nach der hier vorgenommenen Qualifikation) zwischen dem Uber-Fahrer und der Rasier abgeschlossen wurde. Die eigentliche Arbeitsleistung erbringt der Uber-Fahrer indes für die Uber zwecks Erfüllung deren Beförderungsvertrags. Damit liegt ein **Arbeitsverleih** vor. Es ist somit zu prüfen, ob nach Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) eine staatliche Bewilligung notwendig ist.

3.2 Anwendung des Arbeitsvermittlungsgesetzes?

53 Art. 12 Abs. 1 AVG hält fest: „Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetriebe) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, benötigen eine Betriebsbewilligung“. Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz AVG bestimmt überdies, dass der Personalverleih **aus dem Ausland** nicht gestattet ist⁷⁶. Will ein ausländischer Personalverlei-

⁷³ Siehe dazu hinten, Rz 90 ff.

⁷⁴ Siehe dazu hinten, Rz 88.

⁷⁵ BGE 130 III 123 E. 2.2.1 ; siehe auch Geiser/Uhlig, S. 764 und 767 f. und Dallèves, S. 559 ff, 616.

⁷⁶ Siehe dazu Kull, S. 70 f.

her in der Schweiz tätig sein, ist dafür eine Niederlassung in der Schweiz notwendig, die entsprechend den Vorschriften des AVG eine Bewilligung bei der zuständigen Behörde beantragen muss⁷⁷.

54 Personalverleih ist vom Auftrag abzugrenzen, wobei die Unterscheidung in der Praxis manchmal schwer fällt. In Art. 26 der Verordnung zum AVG (AVV)⁷⁸ wird die Verleihtätigkeit definiert. Demnach ist Verleiher im Sinne des AVG, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt und dabei die wesentlichen Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (Art. 26 Abs. 1 AVV). Auf ein Verleihverhältnis kann weiter geschlossen werden, wenn der Arbeitnehmer in **persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht** in die **Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes** eingebunden ist (Art. 26 Abs. 2 AVV).

55 Im „Uber-Konstrukt“ wird das Weisungsrecht der „Arbeitgeberin“, der Rasier, **nicht** an die Uber (die als Einsatzbetrieb zu bezeichnen ist, da sie den Beförderungsvertrag mit dem Uber-Gast abgeschlossen hat) abgetreten. Die Weisungen sind vielmehr im Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer (nach der vorliegend vertretenen Auffassung handelt es sich um einen Arbeitsvertrag) verankert bzw. werden durch die Uber-App, deren Nutzung sich Rasier durch den Dienstleistungsvertrag mit der Uber sichert, an den Uber-Fahrer vermitteln. Diese Umstände deuten darauf hin, **dass kein Arbeitsverleih** vorliegt.

3.3 Anwendung des Arbeitsgesetzes

56 Beim Arbeitsgesetz (ArG) handelt es sich um öffentliches Recht. Die Rechtswahlklausel im Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer ist für die Frage der Geltung des ArG auf die Tätigkeit eines Uber-Taxi-Fahrers mit Blick auf Art. 18 IPRG (lois d’application immédiate) zu relativieren⁷⁹.

57 Das ArG ist anwendbar auf Betriebe, die einen oder mehrere Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigen (Art. 1 ArG). Art. 1 der Verordnung 1 zum ArG (ArGV 1)⁸⁰ definiert den Arbeitnehmerbegriff wie folgt: „Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin ist jede Person, die in einem unter das Gesetz fallenden Betrieb dauernd oder vorübergehend während der ganzen Arbeitszeit oder eines Teils davon beschäftigt wird“. Diese Legaldefinition ist sehr allgemein gehalten und nicht gerade zielführend. Der Arbeitnehmerbegriff nach Art. 319 OR ist nicht identisch mit demjenigen des ArG. Wo sich ein besonderes Schutzbedürfnis der beschäftigten Person aufdrängt, sind das ArG oder Teile davon auch in zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen ausserhalb des Arbeitsvertrages anzuwenden⁸¹. Das Arbeitsgesetz ist demzufolge allenfalls auch anwendbar, wenn das Vertragsverhältnis zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren wäre.

⁷⁷ Voraussetzung einer Bewilligungspflicht ist überdies wie in Art. 12 AVG erwähnt die Gewerbsmässigkeit der Verleihung; wann Gewerbsmässigkeit vorliegt, ist in Art. 29 AVV umschrieben. Siehe zum Ganzen Kull, S. 67 ff.

⁷⁸ Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (SR 823.111).

⁷⁹ Gemäss Art. 18 IPRG bleiben unabhängig davon, welches Recht anwendbar ist, diejenigen Normen des schweizerischen Rechts vorbehalten, die wegen ihres besonderen Zwecks zwingend anzuwenden sind. Solche Regeln sind der Parteiautonomie entzogen. Ihre Anwendung kann deshalb auch nicht durch eine Rechtswahl ausgeschlossen werden, siehe zum Ganzen Geiser, N zu Art. 1 ArG.

⁸⁰ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (SR 822.111).

⁸¹ Geiser, N 12 ff. zu Art. 1 ArG.

58 Art. 1 Abs. 3 ArG hält fest: „Auf Arbeitnehmer, welche ein im Auslande gelegener Betrieb in der Schweiz beschäftigt, ist das Gesetz anwendbar, soweit dies nach den Umständen möglich ist“. Die Uber-Fahrer werden von der niederländischen Uber-Tochterfirma „Rasier“ angestellt und üben ihre Tätigkeit in der Schweiz aus. Damit ist das ArG anwendbar. Die Grenzen der Anwendbarkeit, auf die Art. 1 Abs. 3 ArG verweist, betreffen der Sache nach das Territorialitätsprinzip; eine hoheitliche Handlung einer in der Schweiz für den Vollzug des ArG zuständigen Behörde ist nicht möglich. Fraglich ist allerdings, ob angesichts der engen Verbindung der Uber Switzerland mit der Rasier und Uber nicht die Schweizer Niederlassung (also Uber Switzerland GmbH) als Arbeitgeber im Sinne des ArG zu bezeichnen wäre. In diesem Fall würde das Territorialitätsproblem entfallen.

59 Im ArG finden sich u.a. in den Art. 9 ff. Bestimmungen zu den Höchstarbeitszeiten, wobei für bestimmte Berufe spezialgesetzliche Höchstarbeitszeiten gelten. Das trifft namentlich auch für Berufschaffeuere zu. Für sie gilt die Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1). Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a und b ARV 1 ist der Geltungsbereich der Verordnung auf Lastwagenchauffeuere und Kleinbusse (ab neun Plätze) und Cars beschränkt. Die typischen Taxi-Fahrer unterstehen indes der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ARV 2). Die Bestimmungen der ARV 2 ergänzen die Vorschriften des ArG zur Arbeitszeit und zum Gesundheitsschutz.

60 Die ARV 2 unterscheidet zwischen Taxifahrern, die als Arbeitnehmer tätig sind und solchen, die als selbstständigerwerbend gelten. Die Unterscheidung ist wichtig, weil bestimmte Vorschriften der ARV 2 nur für Arbeitnehmer gelten⁸². Weiter unterscheidet die ARV 2 zwischen berufsmässigen Fahrzeugführern und solchen Fahrern, die nur im Nebenberuf Taxifahren⁸³.

61 Als Arbeitnehmer gilt nach Art. 3 Abs. 2 lit. c ARV 2, „wer nicht selbstständigerwerbender Führer ist, insbesondere wer Fahrzeuge in einem Anstellungs- oder Unterstellungsverhältnis führt“. Der selbstständigerwerbende Fahrzeugführer ist in Art. 2 Abs. 2 lit. b ARV 2 definiert als eine Person, die in keinem Anstellungs- oder Unterstellungsverhältnis steht und allein über den Einsatz des Fahrzeuges entscheidet. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. d ARV 2 ist Arbeitgeber, „wer als Betriebsinhaber oder Vorgesetzter gegenüber dem Führer weisungsberechtigt ist“.

62 Der Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer sieht zwar in formaler Hinsicht die Dispositionsfreiheit des Uber-Fahrers vor. Wie gezeigt wurde, ist diese Freiheit aber faktisch beschränkt, da Uber-Fahrer, wenn sie angebotene Fahrten ablehnen, das Risiko tragen, nicht oder weniger eingesetzt zu werden. Es ist deshalb zumindest fraglich, ob Uber-Fahrer im Sinne der ARV 2 als selbstständigerwerbende Fahrzeugführer zu bezeichnen sind. Folgt man der arbeitsrechtlichen Qualifikation, wie sie in diesem Gutachten dargelegt wird, ist auch für die Frage der Unterstellung unter die ARV 2 von einem Arbeitnehmerstatus aus-

⁸² So bspw. Art. 5 und 6 der ARV 2 (Höchstarbeitszeiten, Regelung zur Überzeitarbeit).

⁸³ Für letztere sieht Art. 27 ARV 2 vor, dass die Vorschriften der ARV 2 für Arbeitnehmer sinngemäss auch für Führer im Nebenberuf gelten. Dem Arbeitgeber obliegt die Verantwortung, dass die Vorschriften eingehalten werden.

zugehen. Folglich finden die Arbeitnehmervorschriften der ARV 2 auf Uber-Fahrer Anwendung. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um im Sinne der ARV 2 berufsmässige Führer von Motorfahrzeugen handelt.

63 Die ARV 2 regelt gemäss Art. 1 die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der **berufsmässigen** Führer von Fahrzeugen sowie Kontrolle und Pflichten ihrer Arbeitgeber. Als berufsmässiger Führer eines Motorfahrzeuges gilt nach Art. 3 Abs. 1^{bis} ARV 2, wer regelmässig Fahrten mit einem Fahrzeug durchführt und dabei bezweckt, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Regelmässig sind Fahrten, wenn sie in Zeitabständen von weniger als 16 Tagen mindestens zweimal durchgeführt werden. Der wirtschaftliche Erfolg gilt als gegeben, wenn für die Fahrt ein Fahrpreis zu entrichten ist, der die Fahrzeugkosten und den Auslagenersatz des Fahrzeugführers übersteigt. Art. 3 Abs. 1^{ter} ARV 2 stellt überdies Personentransporte mit Mietfahrzeugen samt Chauffeur den berufsmässigen Personentransporten gleich.

III) Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Einkommens von Uber-Taxifahrern

1 *Definition der Begriffe „Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbstständigerwerbende“ im Sozialversicherungsrecht*

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

65 Vorliegend geht es darum, die Entschädigung, die Uber-Fahrer für ihre Personentransporte erhalten, **in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht** zu qualifizieren. Ausgangslage ist dabei, dass auf jedem in der Schweiz erzielten Erwerbseinkommen Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind, entweder als Selbständigwerbender im Sinne von Art. 12 ATSG oder aber als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 10 ATSG. Ein Arbeitgeber schuldet dann Sozialversicherungsbeiträge, wenn er Arbeitnehmer im Sinne von Art. 10 ATSG beschäftigt.

66 Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation eines Arbeitnehmers ist massgebend, ob **Arbeit in unselbständiger Stellung** geleistet wird. Wenn dies der Fall ist, müssen auf der Grundlage des **massgebenden Lohnes** Beiträge an die jeweiligen Sozialversicherungen abgeführt werden. Beitragsschuldner ist dabei der Arbeitgeber, er muss sowohl die eigenen Beiträge wie diejenigen des Arbeitnehmers an die zuständige Aus-

gleichskasse abliefern. Das betrifft die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die Invalidenversicherung (IV), die Ersatzerwerbsordnung (EO), Familienzulagen (FamZ) und die Arbeitslosenversicherung (ALV). Auch die Unfallversicherung (UV) knüpft an den Arbeitnehmerbegriff nach Art. 10 ATSG an, wobei nach Art. 1a Abs. 2 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) durch Verordnung auch Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt werden können, die in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis stehen. Die Berufliche Vorsorge (BV) knüpft für die Feststellung, ob jemand Arbeitnehmer im Sinne der BV ist, ebenfalls an den Status in der AHV ab.

⁶⁷ Das Sozialversicherungsrecht qualifiziert den Begriff „Arbeitnehmer“ autonom, d.h., auf die vertragsrechtliche Qualifikation kommt es nicht an⁸⁴. Irgendwelche Abreden zwischen den Vertragsparteien über ihre AHV-rechtliche Stellung (selbstständig- oder unselbstständigerwerbend), über die AHV-rechtliche Wertung eines Entgeltes oder über andere Sozialversicherungspflichten sind nicht relevant⁸⁵. Massgebend sind nach ständiger Rechtsprechung vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten⁸⁶. Dreh- und Angelpunkt der sozialversicherungsrechtlichen Feststellungen zum Arbeitnehmerstatus bilden die Regelungen in der AHV, auf die nachfolgend ausführlicher eingegangen wird⁸⁷.

2 Abgrenzung selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit

2.1 Allgemeines

⁶⁸ Die Begriffe „selbstständigerwerbend“ und „unselbstständigerwerbend“ werden weder im ATSG noch in den Einzelgesetzen näher definiert. Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch Auslegung zu bestimmen sind⁸⁸. Als selbstständigerwerbend erwerbstätig wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerrisiko trägt⁸⁹. Diese beiden Hauptabgrenzungskriterien – betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit bzw. Unternehmerrisiko – sind jedoch zu allgemein, um einheitliche, schematische Lösungen abzuleiten. Aus diesem Grund fordern Rechtsprechung und Lehre, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen⁹⁰. Ein solches Vorgehen erlaubt, der Vielfalt der Beschäftigungsformen und sich laufend ändernden Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Auch haben die zuständigen Behörden so die Möglichkeit, Missbräuche zu vermeiden, indem Versicherte formal als selbstständigerwerbend auftreten obwohl sie faktisch den Status von Unselbstständigerwerbenden haben⁹¹.

⁸⁴ Locher/Gächter, § 22, N 16; BGE 122 V 175 E.6a/aa.

⁸⁵ Wegleitung über den massgebenden Lohn (VML), Rz 1024, Quelle: <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang/deu/category/22> (zuletzt besucht am 21. Juni 2016).

⁸⁶ BGE 111 V 267; 119 V 162; 123 V 163.

⁸⁷ Nach Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) sind Arbeitnehmer von Verkehrs- und Transportbetrieben obligatorisch bei der SUVA versichert. Die SUVA klärt ab, ob ein Taxifahrer als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 66 Abs. 1 lit. g UVG zu qualifizieren ist. Der Entscheid der SUVA über die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation wird von den AHV-Behörden übernommen.

⁸⁸ Forster, § 6 N 4.

⁸⁹ BGE 123 V 162 E.1.; 122 V 171 E.3.

⁹⁰ Kieser, N 18 zu Art. 10 ATSG; Locher /Gächter, § 22, BGE 123 V E. 3.

⁹¹ Gächter, S. 8.

2.2 Kriterien „betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Abhängigkeit“ und „Unternehmerisiko“

69 Für das Tatbestandsmerkmal der betriebswirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit ist entscheidend, ob die Arbeitsleistung in einer **fremden Arbeitsorganisation** erbracht wird. Eine wesentliche Rolle kommt hier der **Weisungsbefugnis** der Arbeitgeberin zu. Wenn die Arbeitgeberin Vorschriften zur Präsenzpflicht aufstellt, die eine andere Erwerbstätigkeit während dieser Zeit ausschliesst, bildet dies ein Indiz für eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit⁹². Weitere Indizien sind die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeit Bericht zu erstatten oder das Angewiesensein auf Infrastruktur am Arbeitsplatz⁹³. Eine Rolle spielt ferner die **Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung**; wo eine solche vorliegt, spricht dies für eine unselbstständige Tätigkeit⁹⁴. Ist die Arbeit klar vorgegeben, erfolgt die Entschädigung aufgrund einer Abrechnung nach Stundenaufwand und wird die Tätigkeit regelmässig überprüft, ist von einer unselbstständigen Tätigkeit auszugehen⁹⁵.

70 In allgemeiner Form lässt sich das **Unternehmerrisiko** als das Risiko einer Person beschreiben, von den Folgen möglicher Fehleinschätzungen unmittelbar selber betroffen zu sein. Kehrseite des Unternehmerrisikos bildet die Chance auf den Unternehmensgewinn als Folge eigener Entscheidungen. Wird ein Arbeitnehmer im Akkordlohn entschädigt, stellt dies nicht die Übernahme eines Unternehmerrisikos dar, da sich das wirtschaftliche Risiko auf die Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg beschränkt⁹⁶. Als Indizien für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos gelten erhebliche **Investitionen** in Arbeitsgeräte unter Einsatz von eigenem und/oder fremdem Kapital⁹⁷, die **Beschäftigung von eigenem Personal**⁹⁸, das **Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung**⁹⁹ und das Vorhandensein eigener **Geschäftsräumlichkeiten**¹⁰⁰.

71 Da in einem konkreten Fall regelmässig sowohl Merkmale der selbstständigen als auch solche unselbstständiger Erwerbstätigkeit vorliegen, muss sich der Entscheid zu zuständigen Behörde danach richten, welche der Merkmale überwiegen¹⁰¹.

2.3 Kasuistik

72 Zur Abgrenzung zwischen unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit existiert eine reiche Praxis zu zahlreichen Berufen und Tätigkeiten. Nachfolgend werden vier Fallkonstellationen herausgegriffen, die für die vorzunehmende Qualifikation der Uber-Fahrer-Tätigkeit besondere Relevanz haben.

73 Bei **Dienstleistern** hat das Bundesgericht festgehalten, eine Pflicht zur Erstellung von Zeitrapporten belege

⁹² BGE 122 V 172 E. 3c.

⁹³ Forster, § 6 N 45.

⁹⁴ Locher/Gächter, § 22, N 18, mit Verweis VML (Fn 85), Rz 1013 ff.

⁹⁵ BGE 122 V 175 f.

⁹⁶ Locher/Gächter, § 22, N 19.

⁹⁷ BGE 122 V 171 E. 3c.

⁹⁸ VML (Fn 85), Rz 1014.

⁹⁹ VML (Fn 85), Rz 1014.

¹⁰⁰ VML (Fn 85), Rz 1014.

¹⁰¹ BGE 123 V 161 E. 1.; 122 V 169 E. 3a; SVR 2009 AHV Nr. 9 S. 33, 9C_219/2009 E. 2; Urteile 9C_618/2015 vom 22. Januar 2016 E. 2.1 und 9C_377/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2.

noch nicht, dass eine unselbstständige Tätigkeit vorliege. Der privatautonomen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses müsse nach Möglichkeit Rechnung getragen werden. Zu berücksichtigen sei ferner das vereinbarte Stundenhonorar. Ein Honorar, das weit höher als dasjenige liege, welches für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit bezahlt würde, sei ein Indiz dafür, dass die betreffende Person nicht nur die gesamten Personalkosten, sondern auch zumindest einen Teil der Arbeitsplatz- und Infrastrukturkosten zu tragen habe¹⁰².

74 Die AHV-rechtliche Einordnung einer Tätigkeit im Rahmen eines **Franchisevertrages** fällt den Behörden schwer. Nach der Gerichtspraxis sind die allgemeinen Kriterien (also betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Einordnung und Unternehmerrisiko) anzuwenden, wobei der einheitlichen Betrachtung der beteiligten Ausgleichskassen besonderes Gewicht zukommt¹⁰³.

75 Bezüglich **Lastwagenfahrer** ist der Umstand, dass der Lastwagen im Eigentum des Fahrers liegt und dieser auch die Kosten für den Unterhalt trägt, ein Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. Daran ändert auch nichts, wenn zwischen Fahrer und Auftraggeber eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit besteht¹⁰⁴. Wer jedoch Weisungen einzuhalten und den Lastwagen ausschliesslich einem Vertragspartner zur Verfügung zu stellen hat, ist unselbstständigerwerbend, auch wenn ihm der Lastwagen gehört. Wer Weisungen einzuhalten hat und den – zwar in seinem Eigentum stehenden – Lastwagen ausschliesslich dem Vertragspartner zur Verfügung zu stellen hat, ist unselbstständig erwerbstätiger Lastwagenfahrer¹⁰⁵.

76 In einer schon etwas länger zurückliegenden Entscheidung wurde ein **Taxifahrer**, der nicht frei über seine Arbeitszeit verfügen konnte und nicht wirksam gegen den Beizug zusätzlicher Fahrer durch die Gesellschaft, welcher er angeschlossen ist, Einspruch erheben konnte, von der **Ausgleichskasse** als unselbstständig Erwerbender eingestuft, was vom Bundesgericht bestätigt wurde¹⁰⁶. Am **17. Juni 2014** prüfte das **Bundesgericht** eine Beschwerde eines Taxifahrers gegen den **Entscheid der Unfallversicherungsanstalt SUVA**, ihn als unselbstständig Erwerbender einzustufen¹⁰⁷. Das Bundesgericht vermochte diese Qualifikation der SUVA und der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hatte u.a. erwogen, der Beschwerdeführer sei von der Funkzentrale abhängig, trage praktisch kein Unternehmerrisiko und habe keine wesentlichen Investitionen getätigt, auch habe er keine eigenen Büroräumlichkeiten und trete gegenüber den Fahrkunden nicht als eigenes Unternehmen auf¹⁰⁸. Nicht zielführend war auch der Einwand des Beschwerdeführers, er würde neben vermittelten Aufträgen auch selbständig Taxifahren akquirieren. Selbst die Anschaffung eines eigenen Fahrzeuges, das für den Taxisdienst besonders geeignet ist, hatte die Vorinstanz nicht als Beleg für erhebliche Investitionen (und damit als Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit) anerkannt, was vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde¹⁰⁹. Abschliessend hielt das Bundesgericht fest, das obwohl im konkreten Fall

¹⁰² SVR 2010 AHV Nr. 12, 9C_1094/2009 E. 3.7.

¹⁰³ AHI-Praxis 1998 145 ff.; BSV.

¹⁰⁴ Zeitschrift für die AHV-Ausgleichskassen (ZAK) 1983, 444, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) H 60/81 vom 22. Juni 1983.

¹⁰⁵ ZAK (Fn 104) 1979 345.

¹⁰⁶ ZAK (Fn 104) 1971 31 f.

¹⁰⁷ Siehe zum Verhältnis des SUVA-Entschoides zur AHV vorne in Fussnote 87.

¹⁰⁸ Bger, Urteil 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 3.2.

¹⁰⁹ Bger, Urteil 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 4.2.

auch einige Aspekte auf eine selbständige Erwerbstätigkeit hindeuten würden, sei insgesamt doch von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen. Der Taxi-Fahrer sei deshalb als Arbeitnehmer im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes zu qualifizieren. Gleich habe im Jahre 1970 bereits des (damalige) Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden und es bestehe kein Anlass, von der damaligen Rechtsprechung abzuweichen¹¹⁰. In eine gleiche Richtung tendieren auch **zwei jüngere Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich**¹¹¹. In beiden Fällen bewertete die SUVA u.a. den Umstand, dass die Fahrer kein Inkassorisiko tragen, an eine Funkzentrale angeschlossen waren, als Indizien für eine unselbständige Erwerbstätigkeit¹¹².

3 Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Entschädigung für Uber-Fahrer

77 Ein Uber-Fahrer erhält als Entschädigung für seine Beförderungsdienstleistung gemäss Nutzungsvertrag (zwischen Uber-Fahrer und der Rasier) eine sogenannte freiwillige Servicepauschale, die dem Fahrgast über dessen Kreditkarte über die Uber-Software belastet und dem Uber-Fahrer gutgeschrieben wird. Der Uber-Fahrer erhält monatlich eine Aufstellung über seine Fahrten und die dadurch generierten Einnahmen sowie die Abzüge (Uber-Kommission). Diese Abrechnung enthält den Hinweis, dass sich die Uber-Fahrer für die Frage der Steuerpflicht beim Finanzamt oder einem Steuerberater melden sollen. Auf dem Abrechnungsdokument wird ersichtlich, dass die Zahlungen via Uber erfolgen (also nicht über die Rasier).

78 Die Vertragsparteien bezeichnen das Verhältnis zwischen Uber und Uber-Fahrer als Auftrag¹¹³ und weisen darauf, dass die Annahme der Anfrage eines Uber-Fahrgastes, einen Vertrag zwischen Uber-Fahrer und Uber-Fahrgast begründen würden¹¹⁴. Auch wird erwähnt, dass das Unternehmen nicht befugt sei, Sozialversicherungsbeiträge einzubehalten¹¹⁵. Die **Vertragsbezeichnung der Parteien** und überhaupt die **zivilrechtlichen Verhältnisse** sind indes wie ausgeführt wurde für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation **nicht relevant**.

79 Die Uber-Fahrer erbringen ihre Dienstleistung mit ihrem eigenen Auto, ein solches ist überhaupt Voraussetzung, um den Nutzungsvertrag abschliessen zu können. Auch tragen die Uber-Fahrer sämtliche Kosten. Diese beiden Umstände stellen – für sich alleine betrachtet – **Indizien** für die **Tragung des Unternehmerrisikos** der Uber-Fahrer dar. **Gegen ein Unternehmerrisiko** spricht allerdings, dass den Fahrern die **Tarife vorgegeben** sind. Auch die Verpflichtung des Unternehmens, den Uber-Fahrern im Falle des Nichterscheins des Fahrgastes, eine **Stornierungsgebühr**¹¹⁶ auszurichten, spricht gegen das Vorliegen eines Unternehmerrisikos durch den Uber-Fahrer. Uber-Fahrer handeln gegenüber den Uber-Fahrgästen nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, was ein weiteres Indiz für das **Fehlen eines Unternehmerrisikos** im

¹¹⁰ Bger, Urteil 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 4.3, mit Verweis auf das Urteil des EVG H 108/69 vom 9. Juli 1970.

¹¹¹ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil UV.014.00273 vom 28. November 2014 und Urteil UV.2015.00106 vom 11. November 2015.

¹¹² Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil UV.014.00273 vom 28. November 2014, E. 3.1.; Urteil UV.2015.00106 vom 11. November 2015, E. 4.1.

¹¹³ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Verhältnis zwischen den Parteien“.

¹¹⁴ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

¹¹⁵ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

¹¹⁶ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Freiwillige Servicepauschale“.

sozialversicherungsrechtlichen Sinne darstellt.

- 80 Im Nutzungsvertrag und in der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Uber-Fahrer und der Rasier (bzw. der Uber) finden sich verschiedene Merkmale, für die Bestimmung, ob eine „betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Abhängigkeit“ vorliegt, relevant sind.
- 81 Die Uber-Fahrer sind nicht verpflichtet, Anfragen, die über die Uber-App an sie kommen, anzunehmen. Auch sind sie nicht angehalten, die Fahrbereitschaft während bestimmten Zeiten oder während einer bestimmten Dauer anzubieten¹¹⁷. Dieser Umstand spricht **gegen eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit**. Allerdings scheint es so zu sein, dass, wer regelmässig Fahrten ablehnt, von der Uber-App nicht mehr berücksichtigt wird, was im Ergebnis einer Pflicht zur Annahme der Fahrten gleichkommt¹¹⁸. Zudem sieht der Nutzungsvertrag eine automatische Beendigung des Vertrages vor, wenn während 90 Tagen keine Fahrt ausgeführt wurde¹¹⁹.
- 82 Im Nutzungsvertrag halten die Parteien fest, dass das Unternehmen **keine Disziplinergewalt oder Kontrolle** über die Fahrer ausüben und kein Recht habe, die Fahrer bei der Ausübung des „Ride Sharing“ zu beaufsichtigen oder anzuweisen¹²⁰. Auch diese Klausel spricht für sich alleine betrachtet **gegen eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit**. Allerdings steht diese Bestimmung im **Widerspruch** zu **umfangreichen Weisungen** im Vertrag, denen ein Uber-Fahrer Folge zu leisten hat. So muss der Uber-Fahrer eine angenommene Anfrage ausführen, wobei der Vertrag **detailliert vorschreibt**, was eine vollständige Ausführung der Anfrage bedeutet (Benachrichtigung des Mitfahrers über die Ankunft mithilfe der mobilen Anwendung von Uber, eine Wartezeit von mindestens zehn Minuten, bis der Mitfahrer am angegebenen Abholungsort erscheint, die Durchführung der zwischen dem Fahrer und dem Mitfahrer vereinbarten Fahrt und die fristgerechte Einreichung aller vom Unternehmen benötigten Unterlagen)¹²¹. **Auffallend** ist auch die vertragliche Verpflichtung zur Vertraulichkeit des Vertrages. Die Uber-Fahrer verpflichten sich, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Offenbarung des Inhalts und der Bedingungen des Vertrages gegenüber Dritten zu verhindern¹²².
- 83 Für eine **arbeitsorganisatorische Abhängigkeit** spricht weiter die Ausgestaltung des „Qualitätsrahmens“ des Fahrers (Bezeichnung im Nutzungsvertrag¹²³). Mit dem Vertrag anerkennt der Uber-Fahrer das Recht von Rasier, dass diese Unternehmung Zugriff auf das Sternebewertungssystem von Uber hat. Dieses dient dazu, das Niveau der Dienstleistung der Fahrer, die mit dem Unternehmen vertraglich verbunden sind, über ein Kundenfeedback zu bestimmen. Das Bewertungssystem hat für die Fahrer erhebliche Folgen. Der Nutzungsvertrag erwähnt ausdrücklich, dass Fahrer mit einer niedrigen Bewertung nur eine beschränkte Möglichkeit zur Annahme von Anfragen haben. Die für das **Kundenfeedback relevanten Fragen werden dabei**

¹¹⁷ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Freiwillige Servicepauschale“.

¹¹⁸ Prassl/Risak (im Erscheinen, siehe Literaturverzeichnis).

¹¹⁹ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Vertragsbeendigung“.

¹²⁰ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

¹²¹ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Bedingungen / Dienstleistungsvertrag“.

¹²² Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Vertraulichkeit des Vertrages“.

¹²³ Nutzungsvertrag Rasier – Uber-Fahrer, Titel „Qualitätsrahmen des Fahrers“.

von Uber definiert¹²⁴. Im Ergebnis handelt es sich somit um **Weisungen des Unternehmens**, die der Uber-Fahrer, will er (weiterhin) Fahrdienstleistungen ausführen können, einhalten muss.

84 Beurteilt man die gesamten Umstände der Tätigkeit eines Uber-Fahrers und der daraus resultierenden Entschädigung, so zeigt sich, dass sowohl beim Kriterium des Unternehmerrisikos als auch bei demjenigen der betriebswirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit Indizien vorliegen, die auf eine selbstständige oder eine unselbstständige Erwerbstätigkeit hindeuten. Werden jedoch die einzelnen Indizien gewichtet, so **überwiegen diejenigen, die auf das Vorliegen einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit hinweisen**. Ein solches Ergebnis entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen, Personen, die eine sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ausüben, nicht leichtfertig als selbstständigerwerbend zu qualifizieren und ihnen so den Schutz namentlich auch der Arbeitslosenversicherung zu entziehen.

85 Die Tätigkeit der Uber-Fahrer ist demnach als **unselbständige Erwerbstätigkeit** im Sinne von Art. 10 ATSG zu qualifizieren. Das hat zur Folge, dass das erzielte Einkommen **massgebenden Lohn** im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellt. Auf dem massgebenden Lohn sind die gesetzlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge für die AHV, IV, EO, FamZ, UV und BV geschuldet. Beitragsschuldner ist für die gesamten Beiträge die Arbeitgeberin.

4 Wer ist beitragspflichtiger Arbeitgeber im Uber-Konstrukt?

86 Arbeitgeberin der Uber-Fahrer ist in zivilrechtlicher Hinsicht die Rasier, die ihren Sitz in den Niederlanden hat. So stellt sich die Frage, ob Rasier oder allenfalls eine andere Uber-Gesellschaft als beitragspflichtiger Arbeitgeber in Frage kommt.

87 Als im Sinne der AHV (und als Reflex auch der übrigen Sozialversicherungen) beitragspflichtiger Arbeitgeber gilt nach Art. 12 Abs. 1 AHVG, wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte nach Art. 5 Abs. 2 AHVG ausrichtet. Art. 12 Abs. 2 AHVG bestimmt, dass die Beitragspflicht alle Arbeitgeber betrifft, **die in der Schweiz eine Betriebsstätte** haben. Beitragspflichtig sind aber nach Art. 12 Abs. 3 lit. a AHVG auch Arbeitgeber **ohne Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz**, wenn sich dies aus einer zwischenstaatlichen Vereinbarung oder völkerrechtlicher Übung ergibt. Das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA)¹²⁵ und die durch Anhang II anwendbare Verordnung 883/2004/EG¹²⁶ sehen vor, dass Arbeitgebende mit Wohnsitz, Sitz oder Betriebsstätte in einem EU/EFTA-Mitgliedstaat die gesamten Beiträge schulden, sofern keine Vereinbarung nach Art. 21 Abs. 2 der VO 987/2009/EG abgeschlossen wurde¹²⁷.

88 Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu prüfen, ob **Uber eine Betriebsstätte in der Schweiz** hat. Nach der

¹²⁴ Siehe https://help.uber.com/de_DE/h/83930cce-c3ee-42cb-9495-104cad42cfa4 (zuletzt besucht am 21. Juni 2016).

¹²⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

¹²⁶ FZA, Anhang II, Abschnitt A: Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird: 1. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

¹²⁷ Siehe dazu die Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO (WBB), Rz 1019 und 1032 ff.

einschlägigen Verwaltungsweisung gilt als Betriebsstätte im Sinne des AHV-Rechts „ständige Anlagen und Einrichtung wie Fabrikations- Geschäfts- oder Büroräumlichkeiten, in denen Arbeitnehmende des Inhaber oder der Inhaberin der Betriebsstätte tätig sind¹²⁸. Die Tochterfirma von Uber, die Firma „Uber Switzerland“ hat Büroräumlichkeiten in der Schweiz. Die Uber-Fahrer sind indes nicht in diesen Büroräumlichkeiten beschäftigt. Allerdings finden zwischen Uber-Fahrern und den Angestellten von Uber Switzerland durchaus Kontakte statt. Das zeigt sich auch anhand einer jüngst publizierten Stellenausschreibung von Uber Switzerland¹²⁹ (Hervorhebung durch den Verfasser):

WHAT YOU'LL DO:

Analytics. Utilize driver data to understand driver behavior and areas for improvement in our driver communication, sign-up and incentive programs. Develop & Optimize Processes. Take big picture ideas and break them into actionable steps with aggressive timelines for completion. Product Improvement. Pro-actively search for bugs or new features which could improve a seamless driver and rider experience. Take ownership of Uber's growth in their city. **Partner Relations. Manage driver relationships, identify & attack problem areas for drivers, and negotiate with businesses for partner rewards. Driver Support. Manage the day-to-day issues of thousands of drivers on our system.** Hustle. Take ownership of Uber's growth in their city and do whatever it takes to get the job done

WE'RE LOOKING FOR: Masters degree in Economics, Finance, Statistics, Engineering or similar field. 3-6 years of Strategy Consulting, Banking, Engineering or start-up background with previous experience using data to drive business decisions. Excellent excel skills, SQL skills preferred. Demonstrated leadership of leading initiatives and projects at your organization.Startup (all-hands-on-deck) approach. German fluent.

89 Insgesamt ist also davon auszugehen, dass Uber Switzerland als beitragspflichtiger Arbeitgeber zu bezeichnen ist. Auch wenn dies mangels Vorliegen einer Betriebsstätte nicht der Fall sein sollte, bleibt es bei einer Beitragsschuld durch den Uber-Konzern; diesfalls durch die Uber-Tochterfirma Rasier, die gestützt auf das FZA Anhang II und die einschlägigen Bestimmungen des EU-Sozialversicherungs koordinationsrechts die Beiträge zu entrichten hat¹³⁰.

IV) Bedeutung der Klausel zum anwendbaren Recht und Gerichtsstand

1 Internationaler Sachverhalt

90 Wie gezeigt wurde, schliessen Uber-Fahrer den Vertrag mit der Rasier, einer Gesellschaft niederländischen Rechts ab. Die Rasier B.V. ist eine Tochtergesellschaft der Uber International Holding B.V., ebenfalls eine Gesellschaft niederländischen Rechts. Die Uber International Holding B.V. ist Gesellschafterin der Uber Switzerland GmbH mit Sitz in Zürich.

¹²⁸ WBB (Fn 128127), Rz 1021.

¹²⁹ <https://www.uber.com/de/careers/list/20007/> (zuletzt besucht am 26.06.2016).

¹³⁰ Siehe vorne, Rz 87.

- 91 Wird von einer Person in der Schweiz ein Vertrag mit einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland abgeschlossen, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, was zur Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG)¹³¹ führt. Nach Art. 1 IPRG regelt das Gesetz im internationalen Verhältnis u.a. die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden (lit. a), das anzuwendende Recht (lit. b) und die Schiedsgerichtsbarkeit (lit. e.).
- 92 Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG sind völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Für die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit geht das Lugano-Übereinkomm (LugÜ)¹³² als völkerrechtlicher Vertrag dem IPRG vor. In persönlicher Hinsicht ist das LugÜ anwendbar, da im Fall eines Streites zwischen einem Uber-Fahrer und der Rasier B.V. (oder allenfalls der Uber International Holding B.V.) die Beklagten Sitz in den Niederlanden und damit in einem durch das Abkommen gebundenen Staat haben. Sachlich regelt das LugÜ gemäss Art. 1 Ziff. 1 die Zivil- und Handelssachen. Allerdings schliesst Art. 1 Ziff. 2 lit. 2 LugÜ die Schiedsgerichtsbarkeit von dessen Anwendungsbereich aus.
- 93 Gemäss Ziff. 6¹³³ der AGB von Uber und nach der einschlägigen Klausel im Nutzungsvertrag zwischen Rasier und Uber-Fahrer (UberPOP) sowie nach Ziffer 15 des Dienstleistungsvertrages liegt eine Bestimmung über das geltende Recht und das Schiedsverfahren vor in welcher u.a. statuiert wird: „*Ort des Schlichtungs- als auch Schiedsverfahren ist Amsterdam.*“ Unter dem **Vorbehalt der Gültigkeit** der Schiedsklausel ist das LugÜ deshalb nicht anwendbar und der Anwendungsbereich des IPRG ist eröffnet.

2 Die Schiedsklausel im Vertrag zwischen Rasier und Uber-Fahrer

- 94 Unter dem Titel „Anwendbares Recht und Gerichtsstand“ hält der Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer fest:

Anwendbares Recht und Gerichtsstand

Sofern in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt wird, unterliegt dieser Vertrag unter Ausschluss des Kollisionsrechts ausschliesslich den Gesetzen der Niederlande und wird gemäss diesen Gesetzen ausgelegt. Das Übereinkommen von Wien über Verträge über den internationalen Warenverkauf von 1980 (CISG) findet keine Anwendung. Alle Streitigkeiten, Unstimmigkeiten oder Auseinandersetzungen müssen unabhängig davon, ob sie sich aus oder im weitesten Sinn in Verbindung mit oder bezüglich dieses Vertrags ergeben, insbesondere in Bezug auf seine Gültigkeit, seine Auslegung oder Durchsetzbarkeit, zunächst zwingend zur Beilegung gemäss dem Vergleichsverfahren nach den Mediationsregelnder Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce Amicable Dispute Resolution Rules, ICC ADR Rules) eingereicht werden. Wenn die erwähnte Streitigkeit nicht innerhalb von 60 Tagen, nachdem ein Mediationsantrag gemäss den erwähnten ICC ADR Rules eingereicht wurde, beigelegt worden ist, wird die **Streitigkeit ausschliesslich und endgültig durch ein Schiedsgerichtsverfahren gemäss den Regeln der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, ICC Arbitration Rules) beigelegt** (*Hervorhebung durch den Verfasser des vorliegenden Gutachtens*). Die Bestimmungen der ICC für Notfallschieds-

¹³¹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291.

¹³² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen abgeschlossen am 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12).

¹³³ <https://www.uber.com/legal/terms/ch/> (zuletzt aufgerufen am: 28.5.2016).

richter (ICC Rules' Emergency Arbitrator) werden ausgeschlossen. Die Streitigkeit wird von einem Schiedsrichter, der gemäss den ICC Rules benannt wird, beigelegt. **Der Ort des Schiedsverfahrens ist Amsterdam, Niederlande. Die Sprache des Schiedsverfahrens ist Englisch** (*Hervorhebung durch den Verfasser des vorliegenden Gutachtens*).

2.1 Gültigkeit der Schiedsklausel

a) Die anwendbaren rechtlichen Bestimmungen

95 Es fragt sich, ob eine solche Vertragsklausel ggf. in einem Streit zwischen einem Uber-Fahrer und der Rasier für ein angerufenes schweizerisches Gericht bindend ist. Nach Art. 7 IPRG lehnt das schweizerische Gericht seine Zuständigkeit ab, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, es sei denn, der Beklagte habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (lit. a) oder das Gericht stelle fest, dass die Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (lit. b) oder wenn das Schiedsgericht nicht bestellt werden kann (lit. c).

96 Diese Regelung kommt zur Anwendung, wenn die Parteien eine **Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz** verabredet haben, was vorliegend gerade **nicht zutrifft**. Ein schweizerisches Gericht muss aber in einem solchen Fall seine Zuständigkeit in einem Konflikt zwischen einem Uber-Fahrer und der Rasier (oder der Uber) gestützt auf das „Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche“ (New Yorker Übereinkommen, NYÜ)¹³⁴ prüfen¹³⁵. Sowohl die Niederlande wie die Schweiz haben dieses Abkommen ratifiziert.

97 Art. II Abs. 1 NYÜ sieht vor: „Jeder Vertragsstaat erkennt eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann“. In Abs. 2 ist geregelt, dass unter „schriftlichen Vereinbarung“ eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen ist, „sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben“; Abs. 3 beinhaltet die Möglichkeit eines **Gerichtes**, die Hinfälligkeit, Unwirksamkeit oder Nicht-Erfüllbarkeit einer Schiedsabrede zu **prüfen**¹³⁶. Liegen solche Gründe nicht vor, hat das Gericht unter Verweis auf die Schiedsklausel nicht auf die Sache einzutreten.

98 Die **formellen Voraussetzungen** der Gültigkeit der Schiedsabrede nach Art. II Abs. 2 NYÜ entsprechen gemäss Bundesgerichtspraxis den Anforderungen, wie sie in Art. 178 IPRG festgehalten sind¹³⁷. In der Schiedsklausel muss der Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, dass über bestimmte bestehende oder

¹³⁴ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche Abgeschlossen in New York am 10. Juni 1958
Von der Bundesversammlung genehmigt am 2. März 1965, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 1. Juni 1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. August 1965, SR 0.277.12.

¹³⁵ Buhr/ Schramm, N 2 zu Art. 7 IPRG siehe auch Streiff/Rudolph/von Kaenel, S. 68.

¹³⁶ BGE 121 III 38 E. 1; Müller, S. 397.

¹³⁷ BGE 121 III 38 E. 1.

künftige Streitigkeiten ein bestimmtes oder zumindest bestimmbares Schiedsgericht und damit kein staatliches Gericht entscheiden soll¹³⁸. Die vorliegende Schiedsklausel des Nutzungsvertrages zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer entspricht diesen Anforderungen.

99 Die **Voraussetzungen** einer **gültigen Schiedsabrede** sind im NYÜ nicht ausdrücklich enthalten. In **materieller** Hinsicht muss sich die Schiedsgerichtsabrede aber auf eine **schiedsfähige** Angelegenheit beziehen. Es stellt sich die Frage, ob arbeitsrechtliche Ansprüche bzw. die Klärung der Frage, ob ein arbeitsrechtlicher Anspruch vorliegt, im Anwendungsbereich des NYÜ überhaupt schiedsfähig sind.

b) Unterschiede bei nationalen und internationalen Sachverhalten

100 In der Schweiz hat das Bundesgericht in BGE 136 III 447 der **Binnenschiedsgerichtsbarkeit** für arbeitsrechtliche Ansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit **Schranken** gesetzt: Schiedsvereinbarungen über Ansprüche, auf die der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, binden ihn nicht¹³⁹. Im konkreten Fall ging es um eine Schiedsklausel in einem Arbeitsvertrag, die vorsah, dass für alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten ausschliesslich ein Schiedsgericht mit Sitz in Bern zuständig sei, das endgültig entscheiden könne. Streitig war, ob diese Schiedsabrede gegen Art. 24 des Gerichtsstandgesetzes verstossen würde. Art. 24 Gerichtsstandsgesetz gewährte den Arbeitnehmern die Klagemöglichkeit u.a. am Ort, dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Heute Art. 34 Abs. 1 Zivilprozessordnung ZPO¹⁴⁰). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine solche Schiedsabrede zwar grundsätzlich zulässig sei, sich aber nicht auf Ansprüche beziehen kann, auf die der Arbeitnehmer nach Art. 341 OR nicht verzichten kann, in den Worten des Bundesgerichts: „Wenn der Arbeitnehmer gemäss dieser Bestimmung auf gewisse Forderungen nicht verzichten kann, kann er auch nicht zum Voraus verabreden, dass diese der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werde“¹⁴¹. Das Bundesgericht führt weiter aus, es wäre inkohärent, wenn das Gesetz im Interesse der schwächeren Vertragspartei eine Gerichtsstandvereinbarung verbiete, jedoch eine Schiedsabrede erlaube¹⁴².

101 Für die Schiedsgerichtsbarkeit in **internationalen Verhältnissen** gelten die durch BGE 136 III 447 gesetzten Schranken nicht ohne Weiteres. Art. 177 Abs. 1 IPRG erklärt eine Sache für schiedsfähig, sofern es sich um einen „vermögensrechtlichen Anspruch“ handelt. Solcher Natur ist jeder Anspruch, der sich als geldwerter Aktiv- oder Passivposten im Vermögen des Berechtigten auswirkt¹⁴³. Das Bundesgericht erwähnt in BGE 136 III 447 ausdrücklich, dass auch individuelle Arbeitskonflikte Streitigkeiten vermögensrechtlicher Art im Sinne von Art. 177 IPRG darstellen und somit grundsätzlich schiedsfähig sind¹⁴⁴.

¹³⁸ BGE 129 III 675 E.2.3.

¹³⁹ BGE 136 III 467.

¹⁴⁰ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

¹⁴¹ BGE 136 III 367, E. 4.6, Praxis 100 (2011) Nr. 28.

¹⁴² BGE 136 III 467, E. 4.6.

¹⁴³ Schnyder/Liatowitsch, 174.

¹⁴⁴ BGE 136 III 467, E. 4.2, weiter: Kaufmann-Kohler/Rigozzi, Rn. 3.47., Johnson/Wildhaber, S. 643; Mabillard/Briner, in BSK-IPRG, Rn. 10 zu Art. 177 IPRG, wonach sogar der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis eine vermögensrechtliche Sache in diesem Sinne ist. Rn. 12 zu Art. 177 IPRG, Streiff/Rudolph/Von Kaenel, S. 68.

102 In der Lehre wird zu Recht die Frage aufgeworfen, ob nicht zwingende Gerichtsstände wie sie für das Arbeitsrecht vorgesehen sind, der Schiedsvereinbarung in internationalen Verhältnissen entzogen sein sollen¹⁴⁵. Nach der hier vertretenen Position ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb in internationalen Sachverhalten ein Verzicht auf den Gerichtsstand für Ansprüche nach Art. 341 OR zulässig sein soll und für reine Binnensachverhalte nicht. Es lässt sich mit dem Schutzgedanken des Arbeitsrecht kaum vertreten, wenn ein Uber-Fahrer gestützt auf eine in den Uber-Fahrer-Verträgen standartmässig verankerte Schiedsklausel seine Ansprüche gegenüber dem Uber-Konzern nicht vor einem schweizerischen Gericht einfordern kann.

c) Vorläufiges Fazit

103 Aufgrund der wohl herrschenden Lehre und der Praxis (BGE 136 III 447 E. 4.2) ist nicht auszuschliessen, dass die Schiedsabrede zwischen der Rasier und dem Uber-Fahrer gültig ist. Ein vertragsrechtlicher Streit müsste demnach gemäss der oben dargestellten Klausel im Nutzungsvertrag erst in einem Mediationsverfahren beigelegt werden. Erst danach könnte ein Schiedsgericht mit Sitz in Amsterdam angerufen werden.

104 Einige ausländischen Gerichte¹⁴⁶ haben Schiedsklauseln zwischen der Rasier und Uber-Fahrern die Gültigkeit abgesprochen. Diese Urteile lassen sich aber nicht ohne weiteres auf den vorliegend zu beurteilenden Nutzungsvertrag übertragen, da die Schiedsklauseln durch Uber und die Tochterfirmen laufend und je nach Land und ergangener Urteile auch angepasst werden. Ein schweizerisches Urteil zu der Schiedsklausel im Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und Uber-Fahrern existiert soweit ersichtlich nicht.

d) Folgen einer allfälligen Gültigkeit der Schiedsklausel

105 Gemäss der Klausel im Nutzungsvertrag unterliegt der Vertrag ausschliesslich dem **niederländischen Recht**. Das bedeutet, das angerufene Schiedsgericht muss eine allfällige Forderung eines Uber-Fahrers gegenüber der Rasier oder eine Forderung der Rasier gegenüber einem Uber-Fahrer nach niederländischem Recht beurteilen. Auch die Vorfrage, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, müsste demnach nach niederländischem Recht geklärt werden.

106 Der Vollständigkeit halber ist beizufügen: Selbst wenn sich ein **schweizerisches Gericht** entgegen den vorangehenden Ausführungen als zuständig erklären würde, wäre **niederländisches Recht** anwendbar. Art. 121 Abs. 3 IPRG sieht vor, dass die Parteien den Arbeitsvertrag u.a. dem Recht des Staates unterstellen können, in dem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat. Die Rasier hat ihren Sitz bekanntlich in Amsterdam.

107 Die Abrede über das anwendbare Recht und den Gerichtsstand im Nutzungsvertrag sieht weiter vor, dass das **Schiedsgericht endgültig entscheidet**. Ob diese Klausel gültig ist, d.h., ob eine Beschwerde an ein staatliches Gericht gegen den Entscheid eines Schiedsgerichts möglich ist, muss nach niederländischem Recht

¹⁴⁵ Girsberger/Voser hält dies für fraglich: „Again, however, the question arises whether arbitrability may be affected by mandatory provisions outside of Chapter 12 SPILA.“, Girsberger/Voser, 107.

¹⁴⁶ Siehe z.B. Mohamed v. Uber, Order Denying Defendants’ Motions to Compel Arbitration, 109 F. Supp. 3d 1185 (N.D. Calif. 2005) <http://sites.jenner.vutorex.com/12/487/pdf-attachments/mohamed-v.-uber.pdf> (zuletzt aufgerufen am: 27.06.2016).

entschieden werden, denn der Nutzungsvertrag untersteht niederländischem Recht¹⁴⁷. Nach schweizerischem Recht wäre ein Verzicht auf Rechtsmittel gegen einen Schiedsentscheid nur möglich, **wenn keine der involvierten Parteien Sitz in der Schweiz** hat (Art. 192 IPRG). Das ist in der vorliegenden Konstellation nicht der Fall (soweit die Uber-Fahrer Wohnsitz in der Schweiz haben). In BGE 133 III 235 hat das Bundesgericht Art. 192 IPRG zudem sehr restriktiv ausgelegt. Das schweizerische Recht ist gegenüber Schiedsvereinbarungen an sich sehr offen, wendet aber bei der Prüfung, ob ein Rechtsmittelverzicht zulässig ist, einen strengen Massstab an¹⁴⁸.

e) Einwände wegen Willensmängeln und Art. 27 ZGB

108 Angesichts des **strukturellen Ungleichgewichts** zwischen den Vertragsparteien – auf der einen Seite der Uber-Konzern, handelnd durch seine Tochterfirma Rasier und auf der anderen Seite ein einzelner, in der Regel tendenziell rechtsunkundiger Uber-Fahrer – fragt sich, ob die Schiedsabrede nicht allenfalls an einem **Willensmangel** leiden könnte. Als Vorbild für eine solche Argumentation könnte das Urteil des Landesgerichtes München dienen, das in einer Angelegenheit zwischen einer Athletin und ihrem Sportverband entschieden hat, dass die Schiedsvereinbarung, die von der Athletin akzeptiert werden musste, unwirksam sei, da es an der Freiwilligkeit des Abschlusses mangle¹⁴⁹. Allerdings widersprach der Bundesgerichtshof (BGH) der Einschätzung des Oberlandesgerichtes und hob dessen Urteil am 7. Juni 2016 Urteil auf¹⁵⁰.

109 Das Urteil des Landesgerichtes München wurde in der schweizerischen Lehre unterschiedlich beurteilt¹⁵¹. Schiedsklauseln würden regelmässig nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, wenn sie nicht eine Bindung in einem höchstpersönlichen Bereich vorsehen¹⁵². Zu Recht wird denn auch darauf hingewiesen, dass es für eine Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Sports sachliche Gründe gibt, da es sich um ein fachlich kompetentes Gericht handelt¹⁵³. Im Fall der Uber-Fahrer trifft dies allerdings nicht zu. Vielmehr sind die Arbeitsgerichte die fachlich richtigen Instanzen, um arbeitsrechtliche Ansprüche bzw. die Frage, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt, zu prüfen. Dazu kommt: Eine vertragliche Vereinbarung, wonach Ansprüche (allenfalls arbeitsrechtlicher Natur) gegenüber einem Weltkonzern nur vor einem im Ausland gelegenen Schiedsgericht und in englischer Sprache geltend gemacht werden können, stellt zwar nicht eine Bindung im höchstpersönlichen Bereich dar, hat aber, vor allem wenn das durch die Tätigkeit für Uber erzielte Einkommen einen substantiellen Teil der Existenzsicherung ausmacht, vergleichbar einschneidende Konsequenzen. Je nach den **konkreten Umständen** bei einzelnen Fahrern kann die Schiedsklausel im Vertrag zwischen Uber-Fahrer deshalb **gegen Art. 27 ZGB** verstossen.

¹⁴⁷ Das niederländische Recht wurde vom Gutachter nicht untersucht.

¹⁴⁸ Göksu (Pechstein), S. 359.

¹⁴⁹ <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/lg-münchen-az-37-o-28331-12-datum-2014-02-26-id1585> (zuletzt aufgerufen am: 26.06.2016).

¹⁵⁰ <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75021&pos=0&anz=1> (zuletzt aufgerufen am: 26.06.2016).

¹⁵¹ Kritisch ist Göksu, S. 356 ff., eher zustimmend sind Muresan/Korff, S. 199 ff.

¹⁵² Göksu, (Pechstein), S. 361.

¹⁵³ Göksu (Pechstein), S. 361.

f) Möglichkeit der Kündigung der Schiedsklausel

110 Mit der Schiedsklausel bringen sich die Uber-Fahrer in eine ungünstige Position. Sie tragen ein **erhebliches Kostenrisiko**, müssen das Verfahren in **englischer Sprache**, nach einer ihnen nicht bekannten Rechtsordnung (niederländisches Recht) und an einem fremden Ort führen. **Faktisch verzichten** die Uber-Fahrer somit auf ihren **Rechtsschutz**. Das trifft vor allem dann zu, wenn sich die betroffenen Parteien die Kosten eines Schiedsverfahrens in den Niederlanden nicht leisten können, denn in **Schiedsverfahren** ist die **unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen**¹⁵⁴. Das ist in Art. 380 ZPO für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich festgehalten und gilt gemäss Gerichtspraxis auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit¹⁵⁵.

111 Es fragt sich nun, ob die **Mittellosigkeit** einer Schiedspartei ein wichtiger Grund darstellt, der zur **Kündigung der Schiedsabrede** ermächtigt. Nach einer sorgfältig begründeten Lehrmeinung¹⁵⁶ stellt eine solche Kündigungsmöglichkeit zwar ein Problem der Vertragstreue dar; vor allem, wenn die Mittellosigkeit bereits bei Vertragsabschluss bestanden hat, denn in einer solchen Situation kann man sich nicht auf die *clausula rebus sic standibus* berufen¹⁵⁷. Den Bedenken gegenüber dem Prinzip der Vertragstreue steht aber die Gefahr gegenüber, dass mittellose Personen durch die Schiedsabrede ihren **verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege** verlieren¹⁵⁸. Wird einer Partei aus finanziellen Gründen verunmöglicht, ihre Rechte in einem Schiedsverfahren wahrzunehmen, muss deshalb die **Kündigung der Schiedsklausel** möglich sein und zwar auch dann, wenn die Mittellosigkeit bereits bei Vertragsbeginn bestanden hat. Eine Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, es bedarf deshalb keine Zustimmung der Gegenpartei. Die Kündigung kann auch erst mit einer Klage vor einem schweizerischen Gericht der Gegenpartei zugestellt werden¹⁵⁹.

2.2 Exkurs: Uber Switzerland als Arbeitgeber

112 Aufgrund der dem Gutachter zur Verfügung stehenden Unterlagen wird der Vertrag zwischen dem Uber-Fahrer und der Rasier abgeschlossen. Dadurch entsteht ein interationaler Sachverhalt und die Schiedsklausel ist nach Lehre und Praxis zum IPRG und NYÜ wohl gültig, wobei nach der hier vertretenen Position allefalls eine Anfechtung wegen Verstoss gegen Art. 27 ZGB und/oder eine Kündigung der Klausel in Frage kommt.

113 Falls jedoch nach Würdigung der konkreten Umstände der Schluss gezogen werden kann, dass die vertragliche Beziehung nicht zwischen Rasier und dem Uber-Fahrer sondern vielmehr zwischen Uber Switzerland und dem Fahrer zustande gekommen ist, verändert dies die Rechtslage grundlegend. In diesen Fall liegt kein internationaler Sachverhalt vor. Die Schiedsabrede ist zwar per se noch immer als gültig zu erachten, sie umfasst aber im Lichte von BGE 136 III 447 nicht die Ansprüche, auf die ein Arbeitnehmer gemäss Art. 341

¹⁵⁴ Göksu (Prozessarmut), S. 133 ff.

¹⁵⁵ Bger 4A_178/2014 E. 4.

¹⁵⁶ Göksu (Prozessarmut), S. 133 ff.

¹⁵⁷ Göksu (Prozessarmut), S. 142 ff.

¹⁵⁸ Göksu (Prozessarmut), S. 147 ff.

¹⁵⁹ Göksu Prozessarmut, S. 154 ff.

OR nicht verzichten kann.

2.3 Zusammenfassung:

- 114 Der Nutzungsvertrag sieht vor, dass für das gesamte Vertragsverhältnis niederländisches Recht gelten soll. Zudem müssen allfällige Ansprüche in einem Mediationsverfahren und gegebenenfalls in einem anschließenden Schiedsverfahren nach den Regeln der internationalen Handelskammer in Amsterdam in englischer Sprache durchgesetzt werden. Nach dem auf diesen Fall in der Schweiz anwendbaren New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche und unter Berücksichtigung der Lehre und Praxis zu Art. 177 und 178 IPRG (für Fälle mit Vereinbarung eines Schiedsgerichtes in der Schweiz) ist eine solche Vereinbarung wohl grundsätzlich gültig. Allerdings kann mit guten Gründen die Gültigkeit der Schiedsklausel in Frage gestellt werden (Verstoss gegen Art. 27 ZGB). Zudem kann die Schiedsklausel nach der hier vertretenen Meinung vom Uber-Fahrer dann gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege vorliegen, da ansonsten die Uber-Fahrer ihren verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verlieren würden. Die Kündigung der Schiedsklausel kann vor einem schweizerischen Gericht geltend gemacht werden.

V) Zusammenfassende Ergebnisse

- 115 Nach der hier vertretenen Position wird der Beförderungsvertrag zwischen einem Uber Konzern (Uber, Rasier oder Uber Switzerland) und dem Fahrgast abgeschlossen. Die Firma Rasier – der Partner des Uber-Fahrers im Nutzungsvertrag – vermittelt in dieser Konstruktion die Uber-Fahrer zur Ausführung des Beförderungsvertrages. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob der Uber-Fahrer seine Tätigkeit als Auftrag- oder Arbeitnehmer erfüllt.
- 117 Trotz der Schiedsklausel, die auf niederländisches Recht verweist, interessiert, wie der Nutzungsvertrag nach schweizerischem Vertragsrecht zu qualifizieren ist. Streitig ist dabei vor allem die Frage, ob ein Uber-Fahrer gegenüber der Rasier untergeordnet ist. Gesamthaft betrachtet überwiegen die Elemente, die auf eine Unterordnung hindeuten. Im Widerspruch zur vertraglichen Klausel, wonach kein Weisungsrecht vorliege, finden sich im Vertrag umfangreichen Weisungen, denen ein Uber-Fahrer Folge zu leisten hat¹⁶⁰.
- 118 Ergänzend zur arbeitsvertragsrechtlichen Qualifikation ist festzustellen, dass die Tätigkeit der Uber-Fahrer unter den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes fällt¹⁶¹. Zudem kommt die Chauffeur-Verordnung zur Anwendung¹⁶². Mangels Delegation des Weisungsrechts der Arbeitgeberin (gemäss Auffassung des Gutachters) der Rasier an den Einsatzbetrieb (Uber), liegt kein Arbeitsverleih im Sinne des AVG vor¹⁶³.
- 119 Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist die Schiedsklausel und das damit (allenfalls gültig)

¹⁶⁰ Siehe vorne, Rz 42 ff.

¹⁶¹ Siehe vorne, Rz 56 ff.

¹⁶² Siehe vorne, Rz 60 f.

¹⁶³ Siehe vorne, Rz 53 ff.

vereinbarte niederländische Recht nicht relevant. Nach dem auf den Sachverhalt anwendbaren schweizerischen Sozialversicherungsrecht handelt es sich bei der Tätigkeit der Uber-Fahrer um eine unselbstständigerwerbende Beschäftigung. Insgesamt überwiegen die Indizien für eine arbeitsorganisatorische Unterordnung und gegen das Vorliegen eines Unternehmerrisikos¹⁶⁴. Folglich schuldet die Arbeitgeberin als Beitragsschuldnerin gegenüber den schweizerischen AHV-Behörden sowohl die Arbeitnehmer- als auch die Arbeitgeberbeiträge. Als schwierig erweist sich die Frage, welche der Uber-Firmen im Uber-Konstrukt letztendlich für die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich ist. Fest steht indes, dass entweder Rasier, Uber oder Uber Switzerland die Sozialversicherungsbeiträge bezahlen muss¹⁶⁵.

- 120 Die Vertragsverhältnisse im „Uber-Konstrukt“ sind äusserst komplex. Ein Uber-Fahrer schliesst mit der Uber-Tochterfirma Rasier einen Nutzungsvertrag ab, der vorsieht, dass für das gesamte Vertragsverhältnis niederländisches Recht gelten soll. Zudem müssen allfällige Ansprüche in einem Mediationsverfahren und gegebenenfalls in einem anschliessenden Schiedsverfahren nach den Regeln der internationalen Handelskammer in Amsterdam in englischer Sprache durchgesetzt werden. Nach dem auf diesen Fall in der Schweiz anwendbaren New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist eine solche Vereinbarung möglicherweise gültig. Ein allenfalls angerufenes schweizerisches Gericht hat die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung jedoch auch im Lichte des Verzichtsverbot nach Art. 341 OR und Art. 27 ZGB zu prüfen. Der Schutzgedanke des Arbeitsrechtes gebietet, die Gültigkeit der Schiedsklauseln kritisch zu überprüfen und je nach konkreten Umständen die Gültigkeit zu verneinen. Die Schiedsklausel kann nach der hier vertretenen Meinung vom Uber-Fahrer zudem dann gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege vorliegen. Die Kündigung der Schiedsklausel kann vor einem schweizerischen Gericht geltend gemacht werden.

¹⁶⁴ Siehe vorne, Rz 69 ff.; Rz. 79.

¹⁶⁵ Siehe vorne, Rz 86 ff.

Literaturverzeichnis

BREGNARD-LUSTENBERGER, JUDITH	Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss. Bern 2006
BRÜHWILER, JÜRIG	Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014
BUHR, AXEL/SCHRAMM, DOROTHEE	Kommentar zu Artikel 1-32, 129-142 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012
DALLÈVES, LOUIS	Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, in: ZSR 92/1973 II S. 559 ff.
FORSTER, PETER	AHV-Beitragsrecht, Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Personen, Zürich 2007
FURRER, ANDREAS/GIRSBERGER, DANIEL/SCHRAMM, DOROTHEE	Kommentar zu Art. 176-178 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012
GÄCHTER, THOMAS	Die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit, in: Paul Richli (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Sozialversicherungs- und Migrationsrecht aus der Sicht der KMU, Zürich 2009, S. 1-30
GEISER, THOMAS	Kommentar zum Arbeitsgesetz, Geiser, Thomas et al. (Hrsg.), Bern 2005
GEISER, THOMAS/UHLIG, KAI-PETER	Arbeitsverhältnisse im Konzern, in: ZBJV 139/2003, S. 757 ff.
GERBER, SIMON	Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen 2002
GIRSBERGER, DANIEL/VOSER, NATHALIE	International Arbitration, 3. Aufl., Zürich 2016
GÖKSU, TARKAN	Das „Pechstein-Urteil“ des Landesgericht München: Falsche Anwendung schweizerischen Rechts, CaS 2014, 356
DERS.	Prozessarmut im Schiedsverfahren: Rechtslage nach der schweizerischen Lex Arbitri, ¹⁶⁶
HARDER, WOLFGANG S.	Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit: ein Beitrag zur Abgrenzung von Beschäftigungsformen in der Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, Diss. Bern 2000
HOCHSTRASSER, MICHAEL	Der Beförderungsvertrag, die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, Zürich 2015
JOHNSON, ALEXANDRA/WILDHABER, ISABELLE	Arbitrating Labor Disputes in Switzerland, in: Journal of International Arbitration 27(6), 2010, S. 631 ff

¹⁶⁶ Beitrag in deutscher Sprache in türkischer Festschrift, nähere Angaben hier:
http://kutuphane.barobirlik.org.tr/web/catalog/file_download.php?file_id=10535 (zuletzt besucht am 26.06.2016).

KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE/RIGOZZI, ANTONIO	International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Corby Northants 2015
KIESER, UELI	Kommentar ATSG, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2015
KULL, MICHAEL	Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014
LOCHER, THOMAS/GÄCHTER, THOMAS	Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014
MABILLARD, RAMON/BRINER, ROBERT	Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Honsell, Heinrich et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2013
MÜLLER, CHRISTOPH	Swiss Case Law in international Arbitration, 2. Aufl. Zürich 2010
MURESAN, REMUS/KORFF, NIKLAS	Sportschiedsgerichtsbarkeit: Wie weiter nach dem „Pechtstein-Urteil“ des Landgerichts München?, in: Cas 2014, S. 199-211
PORTMANN, WOLFGANG/RUDOLPH, ROGER	Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015
PRASSL, JEREMIAS/RISAK, MARTIN	Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdword, in: Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016
REHBINDER, MANFRED	Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2001
REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht: Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, Bern 2014
REHBINDER MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht: Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330b OR, Bern 2010.
SCHNYDER, ANTON/LIATOWITSCH, MANUEL	Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2011
STAEHELIN, ADRIAN	Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 319-330a OR, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Zürich 2006
STREIFF, ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH, ROGER	Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
VISCHER, FRANK/MÜLLER, ROLAND M.	Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014
VÖGELI, ANDREAS	Europäische Ebene, Die Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Rüssli, Markus et al. (Hrsg.), Zürich et al. 2012, S. 741 ff.
WITZIG AURELIEN	La Subordination dans le contrat de travail, SJ 2015, II, S. 39 -65.