

**Zusammenfassung des
Gutachtens von Prof. Kurt Pärli zu den
„Arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen 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

(Zusammenfassung erstellt durch Philip Thomas, Rechtsanwalt)

I) EINLEITUNG	3
1 Wer ist und wie funktioniert „Uber“?	3
2 Die komplexen Vertragsverhältnisse	3
II) VERTRAGSRECHTLICHE QUALIFIKATION DER ARBEIT VON UBER-TAXIFAHNER/INNEN	3
1 Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Uber-Fahrer/in und Uber	3
1.1 Vorbemerkung	3
1.2 Beförderungsvertrag zwischen Fahrgast und Uber (Uber-Fahrer/in)	3
1.3 Qualifikation des Nutzungsvertrages zwischen Uber-Fahrer/in und Rasier (bzw. Uber)	4
a) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Dauerschuldverhältnis	4
b) Untergeordnete Stellung	4
c) Ergebnis: Uber-Fahrer/innen sind Arbeitnehmende	5
2 Konsequenzen des Vorliegens eines Arbeitsvertrags	5
2.1 Wer ist Arbeitgeberin im „Uber-Konstrukt“	5
2.2 Anwendung des Arbeitsgesetzes	6
III) SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE QUALIFIKATION DES EINKOMMENS VON UBER-TAXIFAHNERN/INNEN	6
1 Definition der Begriffe „Arbeitnehmende, Arbeitgeberin und Selbstständigerwerbende“ im Sozialversicherungsrecht	6
2 Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Entschädigung für Uber-Fahrer/in	7
3 Wer ist beitragspflichtige Arbeitgeberin im Uber-Konstrukt?	8
IV) BEDEUTUNG DER KLAUSEL ZUM ANWENDBAREN RECHT UND GERICHTSSTAND	8
1 Internationaler Sachverhalt	8
2 Die Schiedsklausel im Vertrag zwischen Rasier und Uber-Fahrer/innen	8
2.1 Gültigkeit der Schiedsklausel	8
a) Vorläufiges Fazit	9
2.2 Exkurs: Uber Switzerland als Arbeitgeberin	9
V) FAZIT	10

I) Einleitung

1 *Wer ist und wie funktioniert „Uber“?*

Uber ist eine Firma (GmbH), die Fahrer/innen mittels Smartphone-App mit Fahrgästen verbindet, deren europäischer Hauptsitz sich in Amsterdam befindet („Uber International Holding B.V.“ (ab hier: Uber)). Ebenfalls Sitz in Amsterdam hat die Uber Tochterfirma Rasier die ein Vertragsverhältnis mit den Uber-Fahrern/innen abschliesst.

Unter dem Namen „Uber Switzerland GmbH“ (ab hier: Uber Switzerland) unterstützt dieses Unternehmen der Uber-Gruppe Transportdienstleistungen durch mobile Kommunikation und Online-Anfragen sowie alle damit direkt und indirekt verbundenen Dienstleistungen. Gesellschafterin der „Uber Switzerland GmbH“ ist Uber in Amsterdam.

UberPOPFahrer/innen müssen keine professionellen Fahrer/innen sein. Sie benötigen einen Führerausweis seit mindestens drei Jahren und ein Fahrzeug mit mindestens vier Türen, das nicht älter als zehn Jahre sein darf. Es braucht sodann einen Strafregisterauszug ohne Einträge. Etwas höher sind die Ansprüche bei UberX- und Uber-Black-Fahrern/innen, die eine Zulassung zum berufsmässigen Personentransport benötigen und Fahrzeuge einer gehobeneren Klasse haben müssen.

2 *Die komplexen Vertragsverhältnisse*

Die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Uber, dem Fahrgast und dem/der Uber-Fahrer/in sind äusserst komplex organisiert. Die Firma Uber hat mit der „Rasier Operations B.V.“ (ab hier Rasier) einen Kooperationsvertrag abgeschlossen, in dessen Rahmen Uber der Rasier eine Lizenz für den Gebrauch der Uber-Software erteilt.

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 und die AGB von Uber zu akzeptieren. Dieses durch Akzept der AGB entstandene Vertragsverhältnis gibt den Fahrgästen weltweiten Zugriff (exkl. USA und China) auf die Produkte und Dienstleistungen von Uber.

Wer sich als Uber-Fahrer/in registrieren möchte, schliesst einen Nutzungsvertrag mit Rasier (und nicht mit Uber) ab. Gemäss Vertrag, muss der/die Fahrer/in ein Auto besitzen und auf der Suche nach Mitfahrern/innen sein. Die vertragliche Leistung von Rasier gegenüber dem/der Fahrer/in besteht darin, dass Rasier Anfragen von natürlichen Personen über die UberPOP-Software der Uber an den/die Fahrer/in weiterleitet. Für die Bereitstellung des Zugangs zur UberPOP-Software verlangt Rasier vom/von der Fahrer/in eine Gebühr.

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

1 *Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen Uber-Fahrer/in und Uber*

1.1 **Vorbemerkung**

Im Nutzungsvertrag zwischen Uber-Fahrer/in und Rasier ist niederländisches Recht vereinbart, dessen ungeachtet wird in einem ersten Schritt geprüft, ob im Verhältnis zwischen dem/der Uber-Fahrer/in und der Rasier (ggf. Uber-Schweiz) ein Arbeitsvertrag nach schweizerischem Arbeitsrecht vorliegt.

1.2 **Beförderungsvertrag zwischen Fahrgast und Uber (Uber-Fahrer/in)**

Der Inhalt des Vertrages zwischen Uber-Fahrgast und Uber wird durch die 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/die Uber-Fahrer/in umgesetzt werden kann.

Das Verhältnis zwischen Uber und dem Uber-Fahrgast ist entgegen den Darstellungen in den AGB aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten als **Beförderungsvertrag** zu bezeichnen. Der/die Beförderungsvertragsnehmer/in, also Rasier ist zur Vertragserfüllung regelmässig auf die Hilfe Dritter angewiesen. Das können

Arbeitnehmende im Sinne von Art. 319 ff. OR oder aber Auftragnehmende nach Art. 394 ff. OR sein, für die der/die Beförderer/in nach den allgemeinen Vorschriften von Art. 101 OR und Art. 55 OR haftet. Aufgrund der Rechtswahl-, Gerichtsstand- und Schiedsklauseln ist auf das Verhältnis zwischen Uber und Uber-Fahrgast **niederländisches Recht** anwendbar und allfällige Streitigkeiten müssten vor einem **Schiedsgericht** in Amsterdam ausgetragen werden.

1.3 Qualifikation des Nutzungsvertrages zwischen Uber-Fahrer/in und Rasier (bzw. Uber)

Das Gutachten schliesst die Anwendung des Auftrags und des Werkvertrags aus und prüft, sodann ob die vier typensbestimmenden Leistungen des Arbeitsvertrages erfüllt sind (Art. 319 OR), welche sind:

- Verpflichtung zur Erbringung einer Arbeitsleistung,
- auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (Dauerschuldverhältnis),
- gegen Entrichtung eines Lohnes,
- bei Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Unterordnungsverhältnis, Subordination).

a) Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit, Dauerschuldverhältnis

Ein/e Uber-Fahrer/in erbringt als Hilfsperson von Rasier zur Erfüllung des Beförderungsvertrages 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 Tagen.

Der Nutzungsvertrag sieht vor, dass der/die Uber-Fahrer/in als Gegenleistung für die Annahme und vollständige Ausführung einer Anfrage keine vereinbarte Vergütung, sondern eine freiwillige Servicepauschale erhält. 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/die Uber-Fahrer/in für die Nutzung der Uber-App zur Entrichtung einer Gebühr von 20 % der von dem/der Mitfahrer/in „freiwillig“ geleisteten Servicepauschale. Die Ausgestaltung des Entschädigungssystems zeigt, dass im Ergebnis eine entgeltliche Arbeitsleistung vereinbart wurde.

b) Untergeordnete Stellung

Das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses bildet das weitaus wichtigste Kriterium zur Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt. Nach Lehre und Praxis ist Voraussetzung eines Arbeitsvertrages, dass eine rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht vorliegt.

Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt sich in rechtlicher Hinsicht darin, dass der/die Arbeitnehmer/in an ihn/sie persönlich gerichtete Weisungen (Art. 321d OR) zur Ausführung der Arbeit und zum Verhalten erhält. Regelmässig mussten sich die Gerichte mit der Qualifikation von Vertragsverhältnissen von Fahrern/innen und Chauffeuren/innen auseinandersetzen. In einem vom Bundesgericht entschiedenen Fall ging es um einen Lastwagenchauffeur, der auf Weisung des Auftrags- bzw. Arbeitgebers (X) für eine Drittfirma (Z) regelmässig Transporte durchführte. 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 Arbeitsvertrages

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

Die Uber-Fahrer/innen 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 anzubieten. 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** gleichkommt. Zudem sieht der Nutzungsvertrag eine automatische Beendigung des Vertrages vor, wenn während 90 Tagen keine Fahrt ausgeführt wurde.

Im Nutzungsvertrag halten die Parteien fest, dass das Unternehmen **keine Disziplingewalt oder Kontrolle**

über die Fahrer/innen ausüben und kein Recht habe, die Fahrer/innen bei der Ausübung des „Ride Sharing“ zu beaufsichtigen oder anzuweisen. 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/e Uber-Fahrer/in Folge zu leisten hat. So muss der/die Uber-Fahrer/in eine angenommene Anfrage ausführen, wobei der Vertrag **detailliert vorschreibt**, was eine vollständige Ausführung der Anfrage bedeutet (Benachrichtigung des/der Mitfahrers/in über die Ankunft mithilfe der mobilen Anwendung von Uber, eine Wartezeit von mindestens zehn Minuten, bis der/die Mitfahrer/in am angegebenen Abholungsort erscheint, die Durchführung der zwischen dem/der Fahrer/in und dem/der Mitfahrer/in vereinbarten Fahrt und die fristgerechte Einreichung aller vom Unternehmen benötigten Unterlagen). **Auffallend** ist auch die vertragliche Verpflichtung zur **Vertraulichkeit des Vertrages**. Die Uber-Fahrer/innen verpflichten sich, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Offenbarung des Inhalts und der Bedingungen des Vertrages gegenüber Dritten zu verhindern. Insgesamt überwiegen somit die Tatbestandsmerkmale, die auf eine Unterordnung in persönlicher Hinsicht hindeuten.

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

Bei Uber-Fahrern/innen, die in ihrer Arbeitszeit als Fahrer/in tätig sind, ist auch die betriebliche Unterordnung zu bejahen. Auch wenn ein/e Uber-Fahre/in 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.

c) Ergebnis: Uber-Fahrer/innen sind Arbeitnehmende

Uber-Fahrer/innen 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.

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/innen 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.

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.

2 Konsequenzen des Vorliegens eines Arbeitsvertrags

2.1 Wer ist Arbeitgeberin im „Uber-Konstrukt“

Ein/e Uber-Fahrer/in 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/der Uber-Fahrer/in 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/innen und um die Beziehungspflege zwischen Fahrgast und Fahrer/in.

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 besteht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag (nach der hier vorgenommenen Qualifikation) zwischen dem/der Uber-Fahrer/in und der Rasier abgeschlossen wurde. Die eigentliche Arbeitsleistung erbringt der/die Uber-Fahrer/in indes für die Uber zwecks Erfüllung deren Beförderungsvertrags.

2.2 Anwendung des Arbeitsgesetzes

Die Uber-Fahrer/innen werden von der niederländischen Uber-Tochterfirma „Rasier“ angestellt und üben ihre Tätigkeit in der Schweiz aus. Damit ist das ArG anwendbar. Es stellt sich auch die Frage, ob angesichts der engen Verbindung der Uber Switzerland mit der Rasier und Uber nicht die Schweizer Niederlassung (also Uber Switzerland GmbH) als Arbeitgeberin im Sinne des ArG zu bezeichnen wäre.

Für Chauffeure/innen 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 Lastwagenchauffeure/innen und Kleinbusse (ab neun Plätze) und Cars beschränkt. Die typischen Taxi-Fahrer/innen unterstehen indes der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer/innen von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personewagen (ARV 2). Die Bestimmungen der ARV 2 ergänzen die Vorschriften des ArG zur Arbeitszeit und zum Gesundheitsschutz.

Die ARV 2 unterscheidet zwischen Taxifahrern/innen, die als Arbeitnehmende tätig sind und solchen, die als selbstständigerwerbend gelten.

Als Arbeitnehmende gelten nach Art. 2 Abs. 2 lit. c ARV 2, „wer nicht selbstständigerwerbender Führer ist, insbesondere wer Fahrzeuge in einem Anstellungs- oder Unterstellungsverhältnis führt“. Der Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem/der Uber-Fahrer/in sieht zwar in formaler Hinsicht die Dispositionsfreiheit des/der Uber-Fahrers/in vor. Wie gezeigt wurde, ist diese Freiheit aber faktisch beschränkt, da Uber-Fahrer/innen, wenn sie angebotene Fahrten ablehnen, das Risiko tragen, nicht oder weniger eingesetzt zu werden. 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 Arbeitnehmendenstatus auszugehen. Folglich finden die Vorschriften für Arbeitnehmende der ARV 2 auf Uber-Fahrer/innen Anwendung.

III) Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Einkommens von Uber-Taxifahrern/innen

1 Definition der Begriffe „Arbeitnehmende, Arbeitgeberin und Selbstständigerwerbende“ im Sozialversicherungsrecht

Auf jedem in der Schweiz erzielten Erwerbseinkommen sind Sozialversicherungsbeiträge geschuldet. Eine Arbeitgeberin schuldet dann Sozialversicherungsbeiträge, wenn er Arbeitnehmende beschäftigt. Als Arbeitnehmer/innen gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen. Beitragsschuldner ist dabei die Arbeitgeberin, sie muss sowohl die eigenen Beiträge wie diejenigen der Arbeitnehmenden an die zuständige Ausgleichskasse abliefern. Das betrifft die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die Invalidenversicherung (IV), die Ersatzerwerbsordnung (EO), Familienzulagen (FamZ) und die Arbeitslosenversicherung (ALV). Auch die Unfallversicherung (UV) und Berufliche Vorsorge (BV) knüpfen ebenfalls an den Status in der AHV ab.

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, wurde von der **Ausgleichskasse** als unselbstständig Erwerbender eingestuft, was vom Bundesgericht bestätigt wurde. Am **17. Juni 2014** prüfte das **Bundesgericht** eine Beschwerde eines Taxifahrers gegen den **Entscheid der Unfallversicherungsanstalt SUVA**, ihn als unselbstständig Erwerbender einzustufen. 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 auf. Nicht zielführend war auch der Einwand des Beschwerdeführers, er würde neben vermittelten Aufträgen auch selbständig Taxifahrten 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 selbständige Erwerbstätigkeit) anerkannt, was vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde. Ein klarer Indiz für eine unselbstständige

Tätigkeit ist der Umstand, dass ein Fahrer kein Inkassorisiko trägt und an eine Funkzentrale angeschlossen ist.

2 Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Entschädigung für Uber-Fahrer/in

Ein/e Uber-Fahrer/in erhält als Entschädigung für seine/ihre Beförderungsdienstleistung gemäss Nutzungsvertrag (zwischen Uber-Fahrer/in und der Rasier) eine sogenannte freiwillige Servicepauschale, die dem Fahrgast über dessen Kreditkarte über die Uber-Software belastet und dem/der Uber-Fahrer/in gutgeschrieben wird. Der/die Uber-Fahrer/in erhält monatlich eine Aufstellung über seine/ihre Fahrten und die dadurch generierten Einnahmen sowie die Abzüge (Uber-Kommission). Diese Abrechnung enthält den Hinweis, dass sich die Uber-Fahrer/innen 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).

Obwohl die Fahrer/innen die Fahrkosten selber tragen, spricht der Umstand, dass den Fahrern/innen die Tarife vorgegeben sind, gegen das **Unternehmerrisiko**. Auch die Verpflichtung des Unternehmens, den Uber-Fahrern/innen im Falle des Nichterscheinens des Fahrgastes, eine **Stornierungsgebühr** auszurichten, spricht gegen das Vorliegen eines Unternehmerrisikos durch den/die Uber-Fahrer/in. Uber-Fahrer/innen handeln gegenüber den Uber-Fahrgästen nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, was ein weiteres Indiz für das **Fehlen eines Unternehmerrisikos** im sozialversicherungsrechtlichen Sinne darstellt.

Für eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit spricht, dass wer regelmässig Fahrten ablehnt, von der Uber-App nicht mehr berücksichtigt wird, was im Ergebnis einer Pflicht zur Annahme der Fahrten gleichkommt. Zudem sieht der Nutzungsvertrag eine automatische Beendigung des Vertrages vor, wenn während 90 Tagen keine Fahrt ausgeführt wurde.

Der Nutzungsvertrag enthält **umfangreiche Weisungen**, denen ein/e Uber-Fahrer/in Folge zu leisten hat. So muss der/die Uber-Fahrer/in eine angenommene Anfrage ausführen, und der Vertrag schreibt **detailliert vor**, was eine vollständige Ausführung der Anfrage bedeutet (Benachrichtigung des/der Mitfahrers/in über die Ankunft mithilfe der mobilen Anwendung von Uber, eine Wartezeit von mindestens zehn Minuten, bis der/die Mitfahrer/in am angegebenen Abholungsort erscheint, die Durchführung der zwischen dem/der Fahrer/in und dem/der Mitfahrer/in vereinbarten Fahrt und die fristgerechte Einreichung aller vom Unternehmen benötigten Unterlagen.

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

Beurteilt man die gesamten Umstände der Tätigkeit eines/einer Uber-Fahrers/in 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.

Die Tätigkeit der Uber-Fahrer/innen 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.

3 Wer ist beitragspflichtige Arbeitgeberin im Uber-Konstrukt?

Arbeitgeberin der Uber-Fahrer/innen 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 beitragspflichtige Arbeitgeberin in Frage kommt. Die Beitragspflicht betrifft alle Arbeitgeberinnen, **die in der Schweiz eine Betriebsstätte** haben. Gemäss Art. 12 Abs. 3 lit. a AHVG resp. FZA sind auch Arbeitgeberinnen **ohne Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz beitragspflichtig**, wenn sich dies aus einer zwischenstaatlichen Vereinbarung oder völkerrechtlicher Übung ergibt.

Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu prüfen, ob **Uber eine Betriebsstätte in der Schweiz** hat. Nach der einschlägigen Verwaltungsweisung gilt als Betriebsstätte im Sinne des AHV-Rechts „ständige Anlagen und Einrichtung wie Fabrikations- Geschäfts- oder Büroräumlichkeiten, in denen Arbeitnehmende des Inhabers oder der Inhaberin der Betriebsstätte tätig sind. Die Tochterfirma von Uber, die Firma „Uber Switzerland“ hat Büroräumlichkeiten in der Schweiz. Zwischen Uber-Fahrern/innen und den Angestellten von Uber Switzerland finden Kontakte statt. Das zeigt sich auch anhand einer jüngst publizierten Stellenausschreibung von Uber Switzerland: Insgesamt ist also davon auszugehen, dass Uber Switzerland als beitragspflichtige Arbeitgeberin 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 hat.

IV) Bedeutung der Klausel zum anwendbaren Recht und Gerichtsstand

1 Internationaler Sachverhalt

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) führt.

2 Die Schiedsklausel im Vertrag zwischen Rasier und Uber-Fahrer/innen

Unter dem Titel „Anwendbares Recht und Gerichtsstand“ hält der Nutzungsvertrag zwischen der Rasier und dem/der Uber-Fahrer/in fest, dass **Streitigkeiten ausschliesslich und endgültig durch ein Schiedsgerichtsverfahren beigelegt** werden. Der **Ort des Schiedsverfahrens ist Amsterdam, Niederlande. Die Sprache des Schiedsverfahrens ist Englisch.**

2.1 Gültigkeit der Schiedsklausel

Es fragt sich, ob eine solche Vertragsklausel ggf. in einem Streit zwischen einem/einer Uber-Fahrer/in und der Rasier für ein angerufenes schweizerisches Gericht bindend ist.

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 Arbeitnehmende gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht verzichten kann, binden ihn nicht. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine solche Schiedsabrede zwar grundsätzlich zulässig sei, sich aber nicht auf Ansprüche beziehen kann, auf die Arbeitnehmende nach Art. 341 OR nicht verzichten können, 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“. Das Bundesgericht führt weiter aus, es wäre inkohärent, wenn das Gesetz im Interesse der schwächeren Vertragspartei eine Gerichtsstandsvereinbarung verbiete, jedoch eine Schiedsabrede erlaube.

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 – wie vorliegend – um einen „vermögensrechtlichen Anspruch“ handelt.

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 sollen. 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 Binnen-

sachverhalte nicht. Es lässt sich mit dem Schutzgedanken des Arbeitsrecht kaum vertreten, wenn ein/e Uber-Fahrer/in gestützt auf eine in den Uber-Fahrer/innen-Verträgen standardmässig verankerte Schiedsklausel seine Ansprüche gegenüber dem Uber-Konzern nicht vor einem schweizerischen Gericht einfordern kann.

a) Vorläufiges Fazit

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/der Uber-Fahrer/in gültig ist. Ein vertragsrechtlicher Streit müsste demnach gemäss der oben dargestellten Klausel im Nutzungsvertrag erst in einem Mediationsverfahren beigelegt werden. Gelingt dies nicht, müsste ein Schiedsgericht mit Sitz in Amsterdam angerufen werden.

b) Einwände gegen die Schiedsklausel

Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass bereits einige ausländischen Gerichte den Schiedsklauseln zwischen der Rasier und Uber-Fahrern/innen die Gültigkeit abgesprochen.

Zweifelhaft ist sicher die Abrede wonach das **Schiedsgericht endgültig entscheidet**. Gemäss schweizerischem Recht ist nämlich ein Verzicht auf Rechtsmittel gegen einen Schiedsentscheid nicht möglich, **wenn eine der involvierten Parteien Sitz in der Schweiz** hat (Art. 192 IPRG). Das ist in der vorliegenden Konstellation der Fall (soweit die Uber-Fahrer/innen 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 an.

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/e einzelner/e, in der Regel tendenziell rechtsunkundiger Uber-Fahrer/innen – 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 mangle.

Im Fall der Uber-Fahrer/innen 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. Das Gutachten folgert, dass die Gültigkeit der Schiedsklausel mit guten Gründen in Frage gestellt werden kann (Verstoss gegen Art. 27 ZGB). Des Weiteren dürfte die Schiedsklausel vom/von der Uber-Fahrer/in dann gekündigt werden, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege vorliegen, da ansonsten die Uber-Fahrer/innen ihren verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verlieren würden. Die Kündigung der Schiedsklausel kann vor einem schweizerischen Gericht geltend gemacht werden.

2.2 Exkurs: Uber Switzerland als Arbeitgeberin

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

Falls jedoch nach Würdigung der konkreten Umstände der Schluss gezogen werden kann, dass die vertragliche Beziehung nicht zwischen Rasier und dem/der Uber-Fahrer/in sondern vielmehr zwischen Uber Switzerland und dem/der Fahrer/in zustande gekommen ist, verändert dies die Rechtslage grundlegend. In diesem 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 Arbeitnehmende gemäss Art. 341 OR nicht verzichten kann.

V) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Elemente der Unterordnung im Verhältnis Uber-Fahrer/in – Rasier/Uber überwiegen. Im Widerspruch zur vertraglichen Klausel, wonach kein Weisungsrecht vorliege, finden sich im Vertrag umfangreichen Weisungen, denen ein/e Uber-Fahrer/in Folge zu leisten hat. Im Endergebnis erfüllt der/die Uber-Fahrer/in seine/ihre Tätigkeit als Arbeitnehmer/in. Ergänzend zur arbeitsvertragsrechtlichen Qualifikation ist festzustellen, dass die Tätigkeit der Uber-Fahrer/innen unter den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes fällt. Zudem kommt die Chauffeur-Verordnung zur Anwendung. Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist die Schiedsklausel nicht relevant. Nach dem auf den Sachverhalt anwendbaren schweizerischen Sozialversicherungsrecht handelt es sich bei der Tätigkeit der Uber-Fahrer/innen um eine unselbstständigerwerbende Beschäftigung. Insgesamt überwiegen die Indizien für eine arbeitsorganisatorische Unterordnung und gegen das Vorliegen eines Unternehmerrisikos. Folglich schuldet die Arbeitgeberin als Beitragsschuldnerin gegenüber den schweizerischen AHV-Behörden sowohl die Arbeitnehmer- als auch die Arbeitgeberbeiträge.

Trotz der Schiedsklausel, die auf niederländisches Recht verweist, wird ein allenfalls angerufenes schweizerisches Gericht die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung jedoch auch im Lichte des Verzichtsverbot nach Art. 341 OR und Art. 27 ZGB prüfen müssen. 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/von der Uber-Fahrer/in 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.