

Was ist ein Arbeitsvertrag? – Abgrenzung des Einzelarbeitsverhältnisses von anderen Dienstleistungsverträgen in der Arbeitswelt 4.0

Frédéric Barth/Isabelle Wildhaber*

Arbeitsverhältnisse bewegen sich heute zunehmend weg von der klassischen, engen betrieblichen Einbindung hin zu loseren Arbeitsbeziehungen. Vor dem Hintergrund dieser strukturellen Veränderung fragen wir uns, ob die geltenden Qualifikationskriterien des Arbeitsvertragsrechts weiterhin eine taugliche Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und sonstigen Dienstleistungsverträgen gewährleisten können. Aufbauend auf dem historischen, teleologischen und systematischen Kontext des Arbeitsvertragsbegriffs analysieren wir hierfür dessen einzelne Elemente. Unsere Untersuchung zeigt, dass der verwendete Kriterienkatalog den neuen Herausforderungen der Arbeitswelt 4.0 nicht mehr vollständig gerecht wird.

Les rapports de travail s'assouplissent. Ils correspondent de moins en moins à l'image classique de l'étroite intégration dans l'entreprise. Sur l'arrière-fond de ce changement structurel, nous nous demandons si les critères actuels du contrat de travail offrent une base de distinction adéquate entre les contrats de travail et les autres contrats de service. Nous fondant sur une interprétation historique, téléologique et systématique, nous analysons ci-dessous les éléments constitutifs du concept de contrat de travail. Notre étude montre que le catalogue des critères actuellement en cours ne répond que partiellement aux défis du monde du travail 4.0.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage: Strukturelle Veränderungen des Arbeitsverhältnisses in der Arbeitswelt 4.0
 - A. Flexibilisierung betreffend Arbeitszeit und Arbeitsort («Flexwork»)
 - B. Dehierarchisierung und Selbstführung («Holacracy»)
 - C. Auslagerung der Arbeitserbringung über digitale Plattformen («Gig Economy»)
 - D. Zwischenfazit
- III. Kontextualisierung des Arbeitsvertragsbegriffs
 - A. Historischer Kontext: Entwicklung des Arbeitsvertragsbegriffs
 - B. Teleologischer Kontext: Sinn und Zweck des Arbeitsvertragsbegriffs
 - C. Systematischer Kontext: Verhältnis zwischen Zivil- und Sozialversicherungsrecht
- IV. Elemente des Arbeitsvertragsbegriffs
 - A. Arbeitsleistung
 - 1. Begriff der Arbeitsleistung im Allgemeinen
 - 2. Erfolgsbezug der Arbeitsleistung im Besonderen
 - B. Entgeltlichkeit

- C. Dauerschuldverhältnis
- D. Subordination
 - 1. Begriff der Subordination
 - 2. Beurteilung der Ausprägungen des Subordinationsbegriffs gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung
 - 3. Ergebnis
- V. Fazit

I. Einleitung

Die sog. Industrie 4.0 hat eine Reihe neuer, oftmals digitalisierter Methoden der Arbeitsverrichtung hervorgebracht, die zunehmend an Bedeutung gewinnen. Diese Entwicklung hat in den vergangenen Jahren zu

* MLaw, Advokat, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG); Prof. Dr. iur., LL.M., Advokatin, Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Direktorin am FAA-HSG. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt Ende Juni 2022 besucht.

einer anhaltenden rechtlichen Auseinandersetzung mit Phänomenen wie Plattformarbeit, Crowdwork und dergleichen geführt.

Der wohl zentralste, aber auch umstrittenste Aspekt der hierzu entbrannten Diskussion im Bereich des Arbeitsrechts ist die vertragliche Einordnung dieser neuartigen Erscheinungen der Arbeitswelt 4.0. In diesem Zusammenhang wurde in der Literatur bisher regelmässig dargelegt, wie einzelne Phänomene (z.B. die Plattformarbeit) aufgrund der geltenden Definitionsmerkmale des Arbeitsvertrags zu qualifizieren seien¹.

Unser Ansatz ist ein anderer. Wir möchten die strukturellen Veränderungen im Arbeitsverhältnis zum Anlass nehmen, um uns in grundsätzlicher Weise mit einer zeitgemässen Version des Arbeitsvertragsbegriffs zu befassen. Bereits 2004 hielt Völker fest, dass «erstaunlicherweise und trotz bestehender Legaldefinition [...] in der Schweiz keine überzeugend klare systematische Auflistung der Kriterien für die Qualifizierung eines Arbeitsverhältnisses» bestünden². Diese Aussage wurde im Kontext der damals im Arbeitsmarkt verstärkt aufkommenden Phänomene «Outsourcing» und «Scheinselbständigkeit» getätigt³. Auch gut zwei Jahrzehnte später gebietet der gesellschaftliche und technologische Wandel wiederum eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie sich in diesem neuartigen Umfeld der Arbeitsvertrag definiert.

Vor diesem Hintergrund untersuchen wir nachfolgend anhand einer kontextualisierten Analyse der geltenden Qualifikationskriterien, ob diese weiterhin eine hinreichende Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und sonstigen Dienstleistungsverträgen gewährleisten können. Hierfür gehen wir zunächst auf die wichtigsten strukturellen Änderungen des Arbeitsverhältnisses in der sog. Arbeitswelt 4.0 ein (II.). Alsdann erfolgt eine Kontextualisierung des Arbeits-

vertragsbegriffs (III.), um schliesslich dessen Begriffselemente im Einzelnen zu analysieren (IV.).

II. Ausgangslage: Strukturelle Veränderungen des Arbeitsverhältnisses in der Arbeitswelt 4.0

Nachfolgend befassen wir uns mit mehreren Entwicklungen im Bereich der Arbeitsverrichtung, welche vermehrt in der Arbeitswelt 4.0 auftreten. Es geht dabei nicht um eine abschliessende Erörterung des Phänomens «Arbeiten 4.0»⁴. Vielmehr soll mit der gebotenen Kürze auf diejenigen Tendenzen eingegangen werden, welche *strukturelle* Veränderungen im Arbeitsverhältnis mit sich bringen und deshalb auch dessen rechtliche Definition vor Herausforderungen stellen. Es sind dies insbesondere die Flexibilisierung betreffend Arbeitszeit und -ort (A.), ein Trend hin zur Dehierarchisierung und Selbstführung (B.) sowie eine zunehmende Auslagerung der Arbeitserbringung durch Plattformarbeit (C.).

A. Flexibilisierung betreffend Arbeitszeit und Arbeitsort («Flexwork»)

Eine Entwicklung, welche durch die Corona-Pandemie einen zusätzlichen Schub erhalten hat, ist die höhere Flexibilität hinsichtlich Zeit und Ort der Arbeitserbringung⁵. In der Fachliteratur wird diesbezüglich von «Flexwork» gesprochen⁶.

Mit der immer grösser werdenden Flexibilität geht einher, dass die Grenze zwischen Arbeitsleben (früher klar gekennzeichnet durch feste Arbeitsorte und -zeiten) und Privatleben zunehmend verschwimmt. Es ist deshalb hier die Rede von der «entgrenzten»

¹ Vgl. etwa Hirsiger, Plattformbeschäftigungen, ARV 2019, S. 291 ff.; Wyler/Zandirad, Plateformes numériques et contrat de travail, in: Jusletter vom 26. Oktober 2020, Rz. 1 ff.; Pärli, Neue Arbeitsformen der Arbeitsorganisation, Internet-Plattformen als Arbeitgeber, ARV 2016, S. 243 ff.

² Völker, Die Scheinselbständigkeit im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Regensburg 2005, S. 40 (zitiert nach der open-access-Version, verfügbar unter <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/163213/1/20050088.pdf>).

³ Vgl. Völker (Fn. 2), S. 9 ff.

⁴ Vgl. für eine ausführliche Darstellung dieses Gebiets z.B. Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl., Köln 2020 sowie das Weissbuch Arbeiten 4.0 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, verfügbar unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/a883-weissbuch.html>.

⁵ Günther/Böglmüller, Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, S. 1025 ff., 1028.

⁶ Vgl. Ajzen/Taskin, The re-regulation of working communities and relationships in the context of flexwork: A spacing identity approach, Information and Organization 2021, m.w.H.

Arbeit⁷. Zeitliche Entgrenzung drückt sich namentlich darin aus, dass Arbeitnehmende nicht mehr an starre Zeiten gebunden sind, sondern diese mehr oder weniger selbstbestimmt wählen können⁸. Das Homeoffice, verstanden als Arbeit an einem beliebigen Ort ausserhalb des Betriebs⁹, führt zusätzlich zu einer räumlichen Entgrenzung der Arbeit.

Die Entgrenzung kann für beide Arbeitsvertragsparteien Vor- und Nachteile haben. So kann etwa die ständige Verfügbarkeit für Arbeitnehmende belastend sein (Stichwort «Recht auf Nichterreichbarkeit»¹⁰), während aber die örtliche Unabhängigkeit der Arbeitserbringung Vorteile für die Vereinbarung von Berufs- und Privatleben bieten kann¹¹. Jedenfalls macht die Entwicklung deutlich, dass sich die Arbeitsbeziehung immer weiter von der klassischen Konzeption entfernt, welche davon ausgeht, dass die Arbeitgeberin innerhalb der gesetzlichen Schranken *einseitig* Ort und Zeit der Leistungserbringung bestimmt.

B. Dehierarchisierung und Selbstführung («Holacracy»)

Nicht nur die Umstände der Arbeitserbringung (Ort und Zeit) entfernen sich immer mehr von der ursprünglichen Konzeption des Arbeitsverhältnisses. Auch in der *inhaltlichen* Ausgestaltung der Arbeit existieren vermehrt neue Ansätze. So ist, zumindest in gewissen Branchen (z.B. bei Technologieunternehmen), ein Trend hin zur Auflösung von hierarchischen Strukturen erkennbar. Durch derartige Dehierarchisierungsprozesse wird auch der Arbeitsinhalt immer weniger durch Weisungen von aussen (bzw. «oben») bestimmt. Vielmehr sind es die Arbeitnehmenden selbst, welche in einer Art «Selbstführung» ihre Aufgaben definie-

ren¹². Eine prominente Ausprägung dieser Selbstführungsmodelle wird als «Holokratie» (vom Griechischen *holos* «vollständig, ganz» und *kratía* «Herrschaft») bzw. im Englischen als «Holacracy» bezeichnet¹³. Treiber zur Implementierung derartiger Modelle dürfte insbesondere die in einer Dienstleistungsgesellschaft verstärkt auftretende fachliche Spezialisierung von Arbeitnehmenden sein, welche die inhaltliche Weisungskompetenz der Arbeitgeberin (faktisch) verringert¹⁴.

Der juristische Arbeitnehmendenbegriff stellt traditionellerweise auf das Unterordnungsverhältnis, also die Hierarchie, zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmenden ab (s. unten, IV.D.). Zwar sind wir noch weit von hierarchiefreien Beschäftigungsverhältnissen entfernt. Sollte die soeben aufgezeigte Entwicklung aber anhalten, so muss geprüft werden, ob die gängige Definition von Arbeitnehmenden noch zeitgemäss ist.

C. Auslagerung der Arbeitserbringung über digitale Plattformen («Gig Economy»)

Eine dritte relevante Entwicklung kann in der Herausbildung einer «Gig Economy» gesehen werden. Diese lässt sich als eine Art digitalisiertes Outsourcing beschreiben: Arbeit wird nicht mehr durch klassische, interne Angestellte erbracht. Vielmehr werden Einzelaufgaben («Gigs») über webbasierte Plattformen nach aussen vermittelt, ohne dass über den jeweiligen Gig hinaus eine weitere Zusammenarbeit

⁷ Bissels/Meyer-Michaelis, *Arbeiten 4.0 – Arbeitsrechtliche Aspekte einer zeitlich-örtlichen Entgrenzung der Tätigkeit, Der Betrieb* 2015, S. 2331 ff.; Solmecke, in: Kramer (Hrsg.), *IT-Arbeitsrecht*, 2. Aufl., München 2019, Kap. A Rz. 9 ff.

⁸ Solmecke (Fn. 7), Rz. 9.

⁹ Vgl. Nordmann/Barth, in: Wildhaber (Hrsg.), *Handbuch Homeoffice*, Zürich/St. Gallen 2021, § 1 Rz. 6.

¹⁰ Durlach/Renaud, *Das Recht auf Nichterreichbarkeit – Droit à la Déconnection – nach der Loi Travail*, *Arbeit und Recht* 2017, S. 196 f.; vgl. auch von Kaenel, *Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers*, *ARV* 2000, S. 1 ff.

¹¹ Bissels/Meyer-Michaelis (Fn. 7), S. 2332.

¹² Vgl. etwa Schmitz, *Holacracy*, in: Ternès/Wilke (Hrsg.), *Agenda HR – Digitalisierung, Arbeit 4.0, New Leadership*, Wiesbaden 2018, S. 183 ff., 189: «Eine weitere Besonderheit in Bezug auf die Rollen liegt darin, dass es in der Verantwortung der Mitarbeiter liegt, diese zu definieren, weiterzuentwickeln und auch ggf. neue Rollen zu erschaffen bzw. nicht mehr relevante Rollen abzuschaffen»; vgl. auch Majkovic/Gundrum/Weiss/Külling/Lutterbach/Frigg, *IAP Studie 2020, Trendstudie zum Verständnis, Relevanz und Anwendung einer wirksamen Selbstführung in selbstorganisierten Arbeitskontexten*, Zürich 2020.

¹³ Zurückgehend auf Robertson, *Holacracy: The Revolutionary Management System that Abolishes Hierarchy*, London 2016. Vgl. für eine (arbeits-)rechtliche Aufarbeitung dieses Ansatzes Bodie, *Holacracy and the Law*, *Delaware Journal of Corporate Law* 2018, S. 619 ff.

¹⁴ Vgl. Schubert, *Beschäftigung durch Online-Plattformen im Rechtsvergleich – Zur Rechtsstellung von Fahrern bei Fahrrad- und Kurierdiensten in Europa*, *ZVGLRWiss* 2019, S. 341 ff., 365.

vorgesehen wäre¹⁵. Aufgrund des Einsatzes digitaler Plattformen (Uber, Batmaid, Clickworker, Amazon Mechanical Turk usw.) wird in diesem Zusammenhang auch von «Plattformökonomie» gesprochen¹⁶. Ein Teil der Gig-Economy basiert überdies auf dem Konzept von «Crowdwork», bei dem grössere Aufgaben, in einzelne Minitasks zerlegt, von einer Vielzahl unterschiedlicher Personen ausgeführt werden¹⁷.

Verschiedentlich wird hervorgehoben, dass die Gig Economy auch Rückwirkungen auf die Weisungsintensität bei der Arbeitserbringung habe: Viele der auf Plattformen ausgeübten Tätigkeiten seien, gerade wenn sie digital erbracht werden könnten, eng abgegrenzt und genau umrissen. Entsprechend seien bei der Aufgabenerfüllung keine zusätzlichen Weisungen notwendig¹⁸.

Zurzeit wird Plattformarbeit in der Schweiz oftmals lediglich zur Erzielung eines Zusatzverdienstes in kleinem Umfang geleistet¹⁹. Trotzdem ist ein Trend erkennbar, der weg von langanhaltenden Arbeitsbeziehungen hin zu vereinzelt Einsätzen führt, die über Plattformen vermittelt werden. Das schweizerische Arbeitsrecht in der heutigen Form entstand indes in einer Zeit, in der langdauernde Arbeitsverhältnisse die Norm darstellten. Fraglich ist daher, wie aus arbeitsrechtlicher Sicht mit den einzelnen, in der Gig Economy vorkommenden Vertragsverhältnissen umzugehen ist, und welche Rolle dabei den Plattformbetreibern zukommt.

¹⁵ Vgl. *Woodcock/Graham*, *The Gig Economy: A Critical Introduction*, Cambridge 2020, S. 4: «[...] we use the term <gig economy> to refer to labour markets that are characterized by independent contracting that happens through, via, and on digital platforms. The kind of work that is offered is contingent: casual and non-permanent work». Vgl. auch *Prassl*, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford 2018, S. 2; *Zein*, *Travail par les plateformes: quelles relations contractuelles?*, *AJP* 2018, S. 711 ff., 712; *Syndicom*, *Crowdwork in der Schweiz*, Bern 2017, S. 6 f.

¹⁶ *Pärli* (Fn. 1), S. 244.

¹⁷ *Pärli* (Fn. 1), S. 244.

¹⁸ *Schubert* (Fn. 14), S. 365, mit zahlreichen Hinweisen; *Hanau*, *Schöne digitale Arbeitswelt?*, *NJW* 2016, S. 2613 ff., 2615.

¹⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, *Internetbasierte Plattformarbeit ist in der Schweiz wenig verbreitet*, Medienmitteilung vom 19.5.2020, verfügbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.assetdetail.12787862.html>.

D. Zwischenfazit

Die vorstehend gemachten Beobachtungen zeigen, dass sich die Arbeitswelt im Wandel befindet. Möchte man aus den dargelegten Phänomenen eine generelle Entwicklungsrichtung ableiten, so wäre es wohl die, dass die traditionell enge Einbindung von Arbeitnehmenden in den Betrieb einer Arbeitgeberin zunehmend durch losere Arbeitskonzepte ersetzt wird.

Zentral bei diesen neuartigen Ausprägungen der Arbeitserbringung ist die Frage, ob jeweils ein Arbeitsvertrag vorliegt. Auch wenn uns die aktuellen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt also neuartig erscheinen mögen, sind wir aus rechtlicher Sicht doch auf die klassische Problematik der Definition des Arbeitsvertrags und dessen Abgrenzung von anderen Verträgen zurückgeworfen. Vor diesem Hintergrund ist es deshalb sinnvoll, zurück zu den Anfängen zu gehen. Vorliegend bedeutet dies, dass wir nachfolgend in grundsätzlicher Weise darlegen möchten, in welchen Kontext der heutige Arbeitsvertragsbegriff einzubetten ist.

III. Kontextualisierung des Arbeitsvertragsbegriffs

Nachfolgend gilt es, den Begriff des Arbeitsvertrags in seinem historischen (A.), teleologischen (B.) und systematischen Kontext (C.) darzustellen.

A. Historischer Kontext: Entwicklung des Arbeitsvertragsbegriffs

Die erste allgemeine Regelung des Arbeitsvertragsrechts auf Bundesebene, das OR von 1881, definierte den damaligen Dienstvertrag schlicht als «Leistung von persönlichen Diensten» durch den Arbeitnehmer

gegen eine Vergütung der Arbeitgeberin (Art. 338 OR 1881)²⁰.

Im Rahmen der Revision des OR von 1911 wurde allerdings das Bedürfnis nach einer klareren Abgrenzung des damaligen Dienstvertrags von anderen Dienstleistungsverträgen geäußert²¹. Als zentrales Abgrenzungskriterium sollte nach der gesetzlichen Konzeption neu das Zeitmoment dienen: In Art. 319 OR von 1911 wurde die Verpflichtung «zur Leistung von Diensten auf *bestimmte oder unbestimmte Zeit*» als begriffstypisches Merkmal des Dienstvertrags festgelegt²². Auch Rechtsprechung und Doktrin der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erblickten «in der zeitlichen Umschreibung der Dienste, in der Bindung auf *Zeit*» das wesentliche Element des Dienstvertrags²³. Hingegen wurden Verträge, welche «die Herstellung eines Rechtsgutes oder die Vornahme einer Handlung mit Rücksicht auf das Resultat [...] und

ohne Rücksicht auf die *Zeit*» zum Gegenstand hatten, dem Werkvertrags- bzw. Auftragsrecht zugeordnet²⁴.

Es setzte sich indes nach und nach die Ansicht durch, dass weniger im Zeitmoment als vielmehr in der Leistung von *unselbständiger, abhängiger Arbeit* das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags zu suchen ist²⁵: Indem der Arbeitnehmer in den Dienst der Arbeitgeberin trete, entstehe, so die Botschaft zur Arbeitsrechtsrevision von 1971, das für den Einzelarbeitsvertrag typische Abhängigkeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich der Weisungsgewalt der Arbeitgeberin unterstelle. Entsprechend wurde im revidierten Art. 319 Abs. 1 OR von 1971 neu verankert, dass die «Leistung von Arbeit *im Dienst* des Arbeitgebers» Gegenstand des Arbeitsvertrags sei. Damit wurde 1971 die zuvor vom Dienstvertragsrecht mitumfasste selbständige Arbeit aus dem neuen Arbeitsvertragsrecht ausgeklammert²⁶. Beibehalten wurde das Erfordernis, wonach die Verpflichtung, Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu leisten, zu bestehen habe²⁷. Die entsprechende Fassung des Art. 319 Abs. 1 OR ist auch heute noch in Kraft.

Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Motive, welche den Gesetzgeber dazu veranlassten, anstelle des Zeitmoments das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin ins Zentrum zu stellen: Den grundsätzlichen Ausschlag zur Revision gaben die grundlegenden wirtschaftlichen, sozialen und technologischen Umwälzungen in den Jahrzehnten seit der letzten Revision von 1911 – genannt wurden im Vorfeld der Revision von 1971 insbesondere die weite Verbreitung von unselbständiger Arbeit, die verstärkte betriebliche und persönliche Abhängigkeit Arbeitnehmender, Automatisierungsprozesse, zunehmende Spezialisierung usw.²⁸ Vor diesem Hintergrund war dem Gesetzgeber

²⁰ Die Definition geht – wie Grossteile des aOR 1881 generell – zurück auf den Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (Art. 614 Abs. 1; verfügbar unter <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb10551118?page=28>), vgl. *Stahelin*, Zürcher Kommentar zu Art. 319–330a OR. Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Zürich 2006, Vorbemerkungen zum 10. Titel N 6; vgl. auch *Honsell*, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011, S. 5 ff., 9. Zur Genese der arbeitsrechtlichen Bestimmungen im OR 1881 sind kaum Materialien verfügbar, vgl. *Eichholzer*, Entwicklungsjahre des heutigen Arbeitsrechts, Gewerkschaftliche Rundschau 1962, S. 200 ff., 206.

²¹ Die Botschaft attestierte der damaligen Praxis «ein peinliches Schwanken, dem so viel wie möglich abgeholfen werden sollte», Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3.3.1905, BBl 1905 II 1, S. 32. Vgl. auch AmtlBull NR 1909, S. 594.

²² Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechtes (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, BBl 1967 II 241 (nachfolgend: Botschaft OR 1971), S. 294 f. Im Nachtrag zur Botschaft und auch in den parlamentarischen Beratungen war diese Umschreibung des Arbeitsvertrags nicht kontrovers, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechtes, Nachtrag zur Botschaft vom 3.3.1905 vom 1.6.1909, BBl 1909 III 725, S. 743 f.

²³ Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 294; BGE 58 II 371 E. 2; 61 II 97 E. 2; 90 II 483 E. 1; *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 26 und *Fellmann*, Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, AJP 1997, S. 172 ff., 175, mit Hinweisen auf die ältere Lehre.

²⁴ Botschaft OR 1911 (Fn. 22), S. 32 f.

²⁵ Vgl. Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 276 f.; AmtlBull NR 1969, S. 401. Freilich wurde auch schon vor der Revision 1971 auf das Kriterium der Subordination abgestellt, allerdings kam ihm unter dem OR 1911 eine weniger gewichtige Rolle bei der Begriffsbestimmung zu, vgl. BGE 90 II 483 E. 1; vgl. auch AmtlBull NR 1909, S. 594.

²⁶ Vgl. Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 276 f.; AmtlBull NR 1969, S. 401.

²⁷ Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 294 f.

²⁸ Vgl. Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 273 ff.; AmtlBull NR 1969, S. 398 f.

bei der Neuordnung des Arbeitsvertragsrechts daran gelegen, eine «klare Konzeption» zu verfolgen und das zivile Arbeitsrecht auf den Tatbestand der abhängigen Arbeit auszurichten²⁹.

Dieser kurze geschichtliche Abriss zeigt uns: Der Arbeitsvertragsbegriff ist, historisch betrachtet, kein starres rechtliches Konzept. Vielmehr können die Definitionsmerkmale des Arbeitsvertrags in Abhängigkeit von sozialen, technischen oder wirtschaftlichen Entwicklungen Modifikationen erfahren bzw. neu gewichtet werden. Auch für die heutige Arbeitswelt, welche sich – wie wir oben (II.) gesehen haben – zweifelsohne zunehmend von der gesellschaftlichen Situation in den 1970er-Jahren (Zeitpunkt der letzten Revision) unterscheidet, stellt sich demnach die Frage, ob der Begriff des Arbeitsvertrags einer erneuten Aktualisierung bedarf. Ein wichtiges Element bei der Beantwortung dieser Frage ist die Rückbesinnung auf den teleologischen Kontext des Arbeitsvertragsbegriffs, den es nun darzustellen gilt.

B. Teleologischer Kontext: Sinn und Zweck des Arbeitsvertragsbegriffs

Bei der Konkretisierung des Arbeitsvertragsbegriffs ist stets auch dessen Sinn und Zweck mitzubersichtigen. Hervorzuheben sind in dieser Hinsicht v.a. die folgenden Aspekte:

Das heutige Arbeitsvertragsrecht hat, wie wir soeben gesehen haben, «den sozialen Tatbestand der abhängigen Arbeit» zum Gegenstand³⁰. Für derartige Fälle soll durch eine Einschränkung der Vertragsfreiheit ein hinreichender Schutz der fremdbestimmten arbeitenden Person gegenüber der (typischerweise) strukturell stärkeren Vertragspartnerin sichergestellt werden³¹.

²⁹ Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 276.

³⁰ *Rehbinder/Stöckli*, Berner Kommentar zu Art 319–330b OR. Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Bern 2010, Einleitung Art. 319–330b OR N 1; *Geiser/Müller/Pärli*, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Rz. 36.

³¹ Vgl. *Fellmann* (Fn. 23), S. 174; *Wildhaber*, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer «Pandemie und Recht» 2020, S. 157 ff., 160 f.; vgl. auch *Ricardi*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hrsg.), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I, 5. Aufl., München 2021, § 1 Rz. 11 f., wonach das Unterordnungsverhältnis «keine Abweichung von den Risikogrundsätzen, die sonst in einem schuldrechtlichen Austauschverhältnis gelten», rechtfertigt.

Der Normzweck von Art. 319 Abs. 1 OR besteht in diesem Kontext in erster Linie darin, im Sinne einer Weichenstellung *schützenswerte Konstellationen (d.h. Abhängigkeitsverhältnisse) dem Schutzbereich des Arbeitsrechts zuzuweisen*³². Die gesetzliche Regelung beruht auf der impliziten Annahme, dass «betriebliche und persönliche Abhängigkeit in starkem Masse die Persönlichkeitssphäre des arbeitenden Menschen [berühren]»³³, was wiederum den besonderen rechtlichen Schutz rechtfertigt. Umgekehrt soll das «Tor zum Arbeitsrecht»³⁴ für all jene Vertragsverhältnisse verschlossen bleiben, die eine geringere bzw. keine strukturelle Abhängigkeit zwischen den Vertragsparteien aufweisen³⁵.

Zumindest solange der privatrechtliche Sozialschutz fast ausschliesslich über das Arbeitsvertragsrecht implementiert wird³⁶, ist daher die Frage danach, welche Konstellationen über den Arbeitsvertragsbegriff dem Arbeitsrecht zugewiesen werden, stets

³² So auch für das deutsche Äquivalent zu Art. 319 OR: *Preis*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2022, § 611a BGB N 8; *Temming*, in: *Kiel/Lunk/Oetker* (Hrsg.), *Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. I, 5. Aufl., München 2021, § 18 Rz. 1; vgl. auch *Portmann*, Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen, in: *Grolimund et al.* (Hrsg.), *FS Schnyder*, Zürich 2018, S. 699 ff., 704; *Zein*, *Révolution 4.0 et droit privé et public du travail: où va-t-on? Besoin d'action législative et pistes de réflexion*, in: *Dunand/Mahon/Witzig* (Hrsg.), *La révolution 4.0 au travail*, Zürich/Genf 2019, S. 144 ff., 149.

³³ So Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 274.

³⁴ *Temming* (Fn. 32), § 18 Rz. 1.

³⁵ Zwecks Vermeidung von Missverständnissen sei hier hervorgehoben, dass der Arbeitsvertragsbegriff mit einer *typisierten* Annahme operiert (Abhängigkeit = Schutzbedarf), die keine Prüfung der Schutzwürdigkeit im Einzelfall erlaubt. Liegt also beispielsweise bei einer leitenden Angestellten mit Millioneneinkommen ein hinreichendes Unterordnungsverhältnis vor, kann nicht noch zusätzlich geprüft werden, ob die betreffende Person tatsächlich des Schutzes durch das Arbeitsvertragsrecht bedarf. Gleichwohl dürfte bei der Rechtsfindung in Grenzfällen oftmals auch die Frage der Schutzwürdigkeit einer Person (implizit) mitberücksichtigt werden; ähnlich auch *Egli/Demir*, Peer Regulation – Bewertungssysteme in der Plattformökonomie, *AJP* 2018, S. 837 ff., 842. Überdies behilft sich die Praxis mit der analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf andere Vertragstypen, vgl. dazu *Steiner*, Die arbeitnehmerähnliche Person, *ARV* 2008, S. 65 ff.

³⁶ *Egli/Demir* (Fn. 35), S. 842. Das Schutzniveau ist etwa beim Auftrag deutlich geringer, vgl. dazu *Abegg/Bernauer*, Das Recht der Sharing Economy, Zürich/Basel/Genf 2018, N 39.

mit der Frage nach hinreichendem Sozialschutz verknüpft³⁷.

C. Systematischer Kontext: Verhältnis zwischen Zivil- und Sozialversicherungsrecht

Beim systematischen Kontext geht es um die Frage, inwiefern die Qualifikation des betreffenden Rechtsverhältnisses durch andere Rechtsgebiete im Zivilrecht zu berücksichtigen ist. Für die oben genannten Fälle der Plattformarbeit interessiert diesbezüglich insbesondere, in welchem Verhältnis die sozialversicherungs- und die privatrechtliche Betrachtungsweise zueinander stehen.

Es entspricht der einhelligen Praxis, den Begriff der Arbeitnehmenden³⁸ (bzw. der unselbständigen Erwerbstätigkeit)³⁹ im Sozialversicherungsrecht *weiter* zu fassen als im Zivilrecht. Auch Beauftragte, Agentinnen usw. können sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmende behandelt werden, obwohl sie aus privatrechtlicher Perspektive nicht als solche qualifizieren⁴⁰. Wir haben es demnach mit zwei Arbeitnehmendenbegriffen zu tun, die *nicht deckungsgleich* sind. Aufgrund dessen begnügt sich die h.M. oftmals mit dem Hinweis, dass es für die privatrechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses nicht auf den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Person ankomme⁴¹. Ebenso wird umgekehrt davon ausgegangen, dass der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmendenbegriff keinen Rückgriff auf zivilrechtliche Überlegungen gebiete⁴².

Diese strikte Trennung zwischen privatrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Beurteilung gilt es u.E. in zweifacher Weise zu relativieren:

³⁷ Vgl. im Kontext der arbeitnehmerähnlichen Person *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 N 2.

³⁸ Art. 10 ATSG, dazu *Kieser*, Schulthess Kommentar ATSG, 4. Aufl., Zürich 2020, Art. 10 N 1 ff.

³⁹ Art. 5 Abs. 2 AHVG, der auf die «unselbständige Stellung» einer erwerbstätigen Person abstellt. Auch unter Art. 10 ATSG, dem Art. 5 AHVG als Vorbild diente, ist die Unselbständigkeit das ausschlaggebende Kriterium, vgl. *Janett*, Basler Kommentar ATSG, Basel 2020, Art. 10 N 10.

⁴⁰ Statt vieler *Janett* (Fn. 39), Art. 10 N 4 f.

⁴¹ *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2 m.w.H. sowie *Lanz*, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, AJP 1997, S. 1463 ff., 1467 m.w.H.

⁴² Vgl. die Hinweise bei *Lanz* (Fn. 41), S. 1467; *Kieser*, (Fn. 38), Art. 10 N 8.

Erstens ist die Qualifikation des fraglichen Rechtsverhältnisses als *Indiz* in einem anderen Rechtsgebiet mitzuberücksichtigen. So deutet die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen aus Sicht des Zivilrechts auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrags hin. Und auch umgekehrt können die zivilrechtlichen Verhältnisse Anhaltspunkte für den sozialversicherungsrechtlichen Status liefern. Dieser eher lose Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsgebieten wird auch von der h.M. anerkannt⁴³.

Für die vorliegenden Zwecke ist *zweitens* aber v.a. wesentlich, dass beide Rechtsgebiete die Arbeitnehmeneigenschaft vornehmlich an das Vorliegen eines hinreichenden Abhängigkeitsverhältnisses knüpfen⁴⁴. Demnach können die im sozialversicherungsrechtlichen Kontext verwendeten Abgrenzungserwägungen grundsätzlich ebenfalls für die zivilrechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses herangezogen werden⁴⁵. In den nachfolgenden Ausführungen, v.a. zur Subordination (s. unten, IV.D.), wird deshalb *auch die sozialversicherungsrechtliche Praxis herangezogen*, sofern diese einschlägig ist⁴⁶.

⁴³ Vgl. BGE 144 V 111 E. 4.2; 123 V 161 E. 1; 122 V 169 E. 3a; BGE 9C_946/2009 vom 30.9.2010, E. 2.1; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2; *Janett* (Fn. 39), Art. 10 N 4.

⁴⁴ *Lanz* (Fn. 41), 1481; *Janett* (Fn. 39), Art. 10 N 10.

⁴⁵ *Lanz* (Fn. 41), 1482 f.; *Völker* (Fn. 2), 42; vgl. auch *Cadotsch*, Der AHV-Arbeitnehmerbegriff im Wandel der Zeit, SZS 1990, S. 64 ff., 65; für Deutschland: *Preis* (Fn. 32), § 611a BGB N 15. Da, wie gezeigt, das Sozialversicherungsrecht von einem weiteren Arbeitnehmendenbegriff ausgeht, ist u.U. die geforderte *Intensität* hinsichtlich eines Abgrenzungskriteriums im privatrechtlichen Kontext zu modifizieren. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kriterien inhaltlich in dieselbe Richtung zielen und auch im Zivilrecht benutzt werden können.

⁴⁶ Dass herkömmlicherweise anstelle ihrer parallelen Stossrichtung die Autonomie von Privat- und Sozialversicherungsrecht betont wird, hat u.E. v.a. mit einem Missverständnis hinsichtlich der privatrechtlichen Vertragsfreiheit zu tun: Z.T. wird im sozialversicherungsrechtlichen Kontext festgehalten, dass privatrechtlich zwar die Vereinbarung eines bestimmten Vertragstypus möglich sei, dies aber für das Sozialversicherungsrecht nicht massgeblich sei (s. z.B. *Kieser* [Fn. 38], Art. 10 N 8). Nur: Auch für das Privatrecht ist die Eigenqualifikation des Vertragsverhältnisses nicht massgeblich; die Parteien können gerade nicht wählen, ob ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag vorliegt. Dies ist – nach Massgabe des Grundsatzes *iura novit curia* – vielmehr dem (Zivil-)Gericht vorbehalten. In beiden Rechtsgebieten geht es demnach um eine rechtliche Würdigung der tatsächlichen («wirtschaftlichen») Verhältnisse, die nicht von der «Etikettierung» des Vertrags durch die Parteien abhängt, vgl. *Lanz* (Fn. 41), S. 1481 ff.

IV. Elemente des Arbeitsvertragsbegriffs

Nachdem die für das Verständnis notwendigen Kontexte dargestellt worden sind, wenden wir uns auf dieser Grundlage nun den einzelnen Elementen des Arbeitsvertragsbegriffs zu.

Der Arbeitsvertrag ist ein synallagmatisches Schuldverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer (natürliche Person) und der Arbeitgeberin (natürliche oder juristische Person), welches sich durch den Austausch von Lohn gegen fremdbestimmte Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit charakterisiert (vgl. Art. 319 Abs. 1 OR)⁴⁷. Entsprechend sind die folgenden Begriffsmerkmale notwendig, um ein Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren: Das Zurverfügungstellen der einschlägigen Arbeitsleistung seitens des Arbeitnehmers (A.), die entgeltliche Gegenleistung durch die Arbeitgeberin (B.), das Bestehen eines Dauerschuldverhältnisses (C.) sowie die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordination, D.)⁴⁸. Wir werden uns v.a. auf das Kriterium der Subordination konzentrieren, da diesem in der Praxis weitaus am meisten Gewicht zukommt.

Zur methodischen Anwendung der nachfolgend dargestellten Begriffselemente sei in aller Kürze auf die herkömmlichen Grundsätze der Vertragsqualifikation hingewiesen: Grundlage der Vertragsqualifikation bildet der Inhalt des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses. Dieser ergibt sich aus dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien oder aber subsidiär (in den meisten Fällen) aus der Auslegung der Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip. Steht der Inhalt des Vertrags fest, hat eine rechtliche Einordnung der Vereinbarung zu erfolgen⁴⁹. Dabei ist eine Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen⁵⁰. Auf die Bezeichnung bzw. Qua-

lififikation des Vertrags durch die Parteien kommt es nicht an; vielmehr gibt die «gelebte Realität der Vertragsbeziehung» den Ausschlag⁵¹.

A. Arbeitsleistung

1. Begriff der Arbeitsleistung im Allgemeinen

Nur wer Arbeit leistet, kann Arbeitnehmer sein. In Betracht kommt «jede auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen»⁵², die körperlicher oder geistiger Natur sein kann⁵³. Es muss sich dabei um eine positive Leistung handeln, weshalb die blosser Verpflichtung zur Unterlassung keine Arbeit im hier relevanten Sinne darstellt⁵⁴. Dies bedeutet aber nicht, dass die geleistete Arbeit als aktive Betätigung in Erscheinung treten muss – auch passive Tätigkeiten (z.B. Überwachung von Maschinen oder auf den nächsten Arbeitsschritt warten⁵⁵, aber auch blosser Arbeitsbereitschaft⁵⁶) sind als Arbeitsleistung zu qualifizieren⁵⁷.

Aus der Umschreibung wird ersichtlich, dass grundsätzlich (fast) jede Tätigkeit als rechtlich relevante Arbeitsleistung qualifizieren kann. In dieser Form kann das Kriterium der Arbeitsleistung deshalb keinen grossen Beitrag zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags leisten.

2. Erfolgsbezug der Arbeitsleistung im Besonderen

Unter dem Titel der relevanten Arbeitsleistung wird oftmals auch die Unterscheidung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsbezug der Arbeit besonders hervorgehoben: Der Arbeitnehmer schuldet nur den *Einsetzung seiner Arbeitskraft*, allenfalls im Hinblick auf einen Arbeitserfolg, nicht aber einen Arbeitserfolg

⁴⁷ Portmann/Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 319 N 1; Rehbindler/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 1.

⁴⁸ Vgl. z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 2; Rehbindler/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 1. Teilweise wird auch das Vorliegen eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses als Kriterium besprochen, vgl. Portmann/Rudolph (Fn. 47), Art. 319 N 1. Wir nehmen dessen Bestand nachfolgend an, ohne gesondert darauf einzugehen, da u.E. die aktuellen Problematiken mit dem Arbeitsvertragsbegriff in erster Linie bei den vier klassischen, nachfolgend dargestellten Definitionsmerkmalen zu verorten sind.

⁴⁹ Statt vieler BGER 4A_53/2021 vom 21.9.2021, E. 5.1.1.

⁵⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 2; Zein (Fn. 15), S. 716 f.

⁵¹ Art. 18 Abs. 1 OR; Gersbach/Gross, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), SHK Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 319 N 6.

⁵² BGE 124 III 249 E. 3b.

⁵³ Portmann/Rudolph (Fn. 47), Art. 319 N 7.

⁵⁴ Völker (Fn. 2), S. 59 m.w.H. Unterlassungspflichten können aber arbeitsvertragliche Nebenpflichten darstellen, was insbesondere auf das Konkurrenzverbot zutrifft, Rehbindler/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 2.

⁵⁵ Rehbindler/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 2.

⁵⁶ Vgl. BGE 124 III 249 E. 3b.

⁵⁷ Rehbindler/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 2; Staehelin (Fn. 20), Art. 319 N 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 2.

an sich. Arbeitsleistung im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR ist demnach ein «Wirken» («obligation de moyen») und nicht ein «Werk» («obligation de résultat»)⁵⁸. Besteht hingegen ein Erfolgsbezug, handelt es sich um einen Werkvertrag⁵⁹ oder einen (werkvertragsähnlichen) Innominatvertrag⁶⁰, wobei das Bundesgericht sowohl körperliche als auch unkörperliche Leistungserfolge als Gegenstand des Werkvertrags anerkennt⁶¹.

Gerade auch für die Plattformarbeit wird der Erfolgsbezug der Arbeit als Merkmal angeführt, welches die Annahme eines Arbeitsvertrags ausschliesse⁶². Dem Kriterium des Erfolgsbezugs ist allerdings ein Grundproblem inhärent: Beinahe jede Verpflichtung kann sowohl als «Wirken» als auch als «Werk» beschrieben werden⁶³. Dies führt dazu, dass sich oftmals nur mit grösster Schwierigkeit bestimmen lässt, ob in einem konkreten Vertragsverhältnis das Tätigwerden im Hinblick auf einen Arbeitserfolg oder aber der eigentliche Arbeitserfolg geschuldet ist. So kann etwa eine Putzeteam Reinigung (Tätigkeit) oder aber saubere Räume (Erfolg) versprochen haben⁶⁴. Auch die Einordnung künstlerischer Darbietungen ist hier illustrativ⁶⁵: Wenn sich eine Sängerin zum Auftritt verpflichtet, kann darin einerseits die Verpflichtung zur Schaffung eines unkörperlichen Werks, der Ge-

sangsdarbietung, gesehen werden⁶⁶. Andererseits kann aber auch argumentiert werden, die Sängerin habe sich zu einer blossen Tätigkeit, nämlich dem Singen, verpflichtet⁶⁷. Anhand der Differenzierung zwischen Leistungs- und Erfolgsversprechen lässt sich in derartigen Fällen keine sinnvolle Abgrenzung treffen⁶⁸. Entsprechend stellt auch die Rechtsprechung zur vertraglichen Einordnung künstlerischer Darbietungen nicht auf den Erfolgsbezug, sondern vielmehr auf den Grad der Subordination ab: Besteht eine Unterordnung unter die künstlerische Leistung einer anderen Person? Ist die Sängerin organisatorisch in den Betrieb eingebunden? etc.⁶⁹

Demnach kann festgehalten werden, dass neben dem Begriff der «Arbeitsleistung» auch die Differenzierung zwischen geschuldeter Arbeitsleistung und geschuldetem Arbeitserfolg in vielen Fällen kein taugliches Abgrenzungskriterium bei der Vertragsqualifikation darstellt.

B. Entgeltlichkeit

Der Arbeitsvertrag ist begriffsnotwendig entgeltlich⁷⁰. Wird kein Lohn gezahlt, handelt es sich um einen unentgeltlichen Auftrag, eine Gefälligkeit oder einen Innominatvertrag⁷¹. Keine Rolle für die Qualifikation als Arbeitsvertrag spielt die Art der Entlohnung⁷².

Auch bei den oben beschriebenen, neuen Arbeitsformen wird Arbeit in der Regel gegen ein Entgelt geleistet⁷³. Ohne (explizite oder stillschweigende)

⁵⁸ Vgl. von Gierke, Schuldrecht, Leipzig/München 1917, S. 591 f.; Portmann/Rudolph (Fn. 47), Art. 319 N 7.

⁵⁹ Portmann/Rudolph (Fn. 47), Art. 319 N 7; Rehbinder/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 5 und 47; Gersbach/Gross (Fn. 51), Art. 319 N 5; Emmel, in: Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 319 N 11; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 5.

⁶⁰ Insbesondere, wenn ein Erfolg ohne Entlohnung geschuldet ist, vgl. Art. 363 OR *e contrario*, oder wenn es sich um einen «Dauerwerkvertrag» (den es gesetzlich eben nicht gibt) handelt. Die Qualifikation als Innominatvertrag ist für die unentgeltliche Erfolgsverpflichtung allerdings umstritten, gewisse Stimmen nehmen für solche Konstellationen einen einfachen Auftrag an, vgl. Zindel/Schott, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 363 N 6.

⁶¹ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung Zindel/Schott (Fn. 60), Vorbemerkungen zu Art. 363–379 N 3 ff.

⁶² Vgl. Hirsiger (Fn. 1), S. 299.

⁶³ Vgl. Rusch, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, S. 285 ff., 287 f.

⁶⁴ Rusch (Fn. 63), S. 287 f.

⁶⁵ Vgl. für einen Überblick über die Rechtsprechung betreffend die vertragliche Einordnung künstlerischer Darbietungen Staehelin (Fn. 20), Art. 319 N 37; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 5. Vgl. zuletzt auch BGer 4A_53/2021 vom 21.9.2021, E. 5.

⁶⁶ Zumindest sofern man davon ausgeht, dass der Werkbegriff von Art. 363 OR uneingeschränkt auch unkörperliche Werke umfasst, vgl. dazu Zindel/Schott (Fn. 60), Vor Art. 363–379 N 3 ff.

⁶⁷ Vgl. Rusch, (Fn. 63), S. 287 f.

⁶⁸ Zum gleichen Ergebnis im Kontext der Abgrenzung Auftrag – Werkvertrag kommen auch Oser/Weber in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 394 N 28 und Rusch (Fn. 63), S. 287 f.

⁶⁹ Vgl. Staehelin (Fn. 20), Art. 319 N 37; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 5; Rehbinder/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 42. Vgl. zuletzt auch BGer 4A_53/2021 vom 21.9.2021, E. 5.

⁷⁰ Vgl. Art. 319 Abs. 1 OR.

⁷¹ Staehelin (Fn. 20), Art. 319 N 24; Portmann/Rudolph (Fn. 47), Art. 319 N 12 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 37), Art. 319 N 2.

⁷² Staehelin (Fn. 20), Art. 319 N 25; Rehbinder/Stöckli (Fn. 30), Art. 319 N 12.

⁷³ Vgl. für die Plattformarbeit z.B. Hirsiger (Fn. 1), S. 299.

Vereinbarung eines Arbeitsentgelts wird sich der Lohnanspruch regelmässig aus der Annahme eines faktischen Arbeitsvertrags ergeben⁷⁴. Wird unentgeltliche Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation geleistet (z.B. Freiwilligenarbeit oder unbezahlte Praktika), geht die wohl überwiegende Lehre richtigerweise von einem gemischten Vertrag (Arbeitsvertrag und Auftrag) aus, auf den die Bestimmungen des Arbeitsvertrags Anwendung finden, soweit diese sich nicht auf den Lohn beziehen⁷⁵.

In der Praxis dürfte die Entgeltlichkeit nur sehr selten für sich allein ein hinreichendes Abgrenzungskriterium darstellen, da auch bei anderen Dienstleistungsverträgen in aller Regel ein Entgelt vorgeesehen sein wird.

C. Dauerschuldverhältnis

Neben dem Austauschverhältnis «Arbeit gegen Lohn» charakterisiert sich der Arbeitsvertrag durch eine *zeitliche* Komponente (vgl. bereits oben, III.A.): Der Arbeitnehmer verpflichtet sich nach Art. 319 Abs. 1 OR «auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit». Es handelt sich demnach beim Arbeitsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis, das sich nicht im einmaligen Austausch zweier Leistungen erschöpft. Vielmehr hängt der Umfang der geschuldeten Leistungen von der zeitlichen Dauer des Vertragsverhältnisses ab⁷⁶. Entsprechend kann der Arbeitsvertrag auch nicht durch Erfüllung, sondern nur über anderweitige Beendigungstatbestände (z.B. Kündigung, Zeitablauf) enden⁷⁷.

Mit der Charakterisierung als Dauerschuldverhältnis ist allerdings nicht gemeint, dass die Arbeitsleistung während einer bestimmten Minimaldauer erbracht werden müsste. Es können auch sehr kurze Arbeitseinsätze im Rahmen eines Arbeitsvertrags geleistet werden⁷⁸. So hat das Arbeitsgericht Zürich gar den Auftritt eines Musikers bei einem einzelnen Konzert als Arbeitsvertrag qualifiziert⁷⁹. Die (kurze) Dauer der Arbeitseinsätze in der Gig Economy (s. oben, II.C.) steht demnach einer Qualifikation als Arbeitsvertrag nicht entgegen.

Insgesamt lässt sich folglich feststellen, dass das zeitliche Begriffselement des Arbeitsvertrags kaum eine begrenzende Wirkung hat, weil nach h.M. auch sehr kurze Arbeitseinsätze als Dauerschuldverhältnis qualifizieren. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Vertragsdauer als Abgrenzungskriterium von begrenzter Bedeutung⁸⁰.

D. Subordination

Wesentlich für den Begriff des Arbeitsvertrags ist der Umstand, dass die Arbeit gemäss Art. 319 Abs. 1 OR «im Dienst des Arbeitgebers» geleistet wird. Wie wir bereits gesehen haben, kann der Gesetzgebungsgeschichte entnommen werden, dass mit dieser Umschreibung das Abhängigkeitsverhältnis bzw. die Unterstellung unter die Weisungsgewalt der Arbeitgeberin betont werden sollte (s. oben, III.A.). Heute wird dieser Aspekt zumeist unter dem Titel der «Subordination» oder «Unterordnung» behandelt⁸¹.

Die ganz h.M. geht heutzutage davon aus, dass dem Kriterium der Abhängigkeit/Subordination/Unter-

⁷⁴ Vgl. Art. 320 Abs. 2 OR.

⁷⁵ *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 24; *Portmann/Rudolph* (Fn. 47), Art. 319 N 13; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2.

⁷⁶ Statt vieler *Furrer/Müller-Chen*, *Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2018, Kap. 1 Rz. 125 f.; treffend auch *Gauch*, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Diss. Freiburg 1968, S. 6, zum Wesensmerkmal von Dauerschuldverhältnissen: «Die Dauer der Verbindlichkeit richtet sich nicht nach der Leistung; vielmehr richtet sich die Leistung nach der Dauer der Verbindlichkeit».

⁷⁷ *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 30), Art. 319 N 11; *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 16.

⁷⁸ *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 18; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2; *Portmann/Rudolph* (Fn. 47), Art. 319 N 11; so bereits auch die Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 295.

⁷⁹ AGer ZH, JAR 1988, S. 105; kritisch: *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2.

⁸⁰ *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2; vgl. auch *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 30), Art. 319 N 42.

⁸¹ Stellvertretend *Witzig*, *La subordination dans le contrat de travail*, SJ 2015, S. 39 ff.; *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 26.

ordnung weitaus am meisten Gewicht zukommt⁸². Aus den vorstehenden Ausführungen wird ebenfalls die geringe Bedeutung der anderen drei Begriffselemente für die Abgrenzung des Arbeitsvertrags deutlich. Deshalb ist es lohnenswert, das Element der Subordination genauer zu betrachten. Wir widmen uns zunächst ganz allgemein dem Begriff der Subordination (1.), um anschliessend dessen einzelne Bestandteile zu analysieren (2.).

1. Begriff der Subordination

a) In den Gesetzesmaterialien

Die Materialien zu Art. 319 Abs. 1 OR verwenden den Begriff der Subordination nicht. Die Botschaft spricht vom «Abhängigkeitsverhältnis» und davon, dass sich der Arbeitnehmer «*persönlich, betrieblich und zeitlich*» der Weisungsgewalt der Arbeitgeberin unterstelle⁸³.

b) In der Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Praxis spricht von der «Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (sog. Subordinations- oder Unterordnungsverhältnis)» bzw. vom «Merkmal der Subordination des Arbeitnehmers»⁸⁴. Für einzelne Ausprägungen der Subordination hat das Bundesgericht in der Vergangenheit immer wieder unterschiedliche Begriffe herangezogen⁸⁵. In neueren Urteilen hat es zunächst von einer rechtlichen Unterordnung «in *persönlicher, betriebli-*

cher und wirtschaftlicher Hinsicht» gesprochen⁸⁶. Heute verwendet es einen Textbaustein, gemäss welchem «die rechtliche Unterordnung des Arbeitnehmers in *persönlicher, betrieblicher, zeitlicher* und *in gewisser Weise auch in wirtschaftlicher* Hinsicht» entscheidend sei⁸⁷.

c) In der gängigen Doktrin

Auch die Lehre betont unterschiedliche Aspekte der Subordination. Zum Teil werden die vier Elemente «*persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich*» hervorgehoben⁸⁸. Gängig ist aber auch die Trias «*persönlich, betrieblich und zeitlich*»⁸⁹ oder «*persönlich, betrieblich und wirtschaftlich*»⁹⁰. Daneben bestehen weitere Kombinationen, welche bereits andernorts umfassend dargestellt wurden⁹¹.

d) Kritik an den Ansätzen der Rechtsprechung und gängigen Doktrin

Die soeben dargestellten Konzepte der Subordination in Rechtsprechung und Lehre werden z.T. kritisiert. So kritisiert Meier, dass der gängige Subordinationsbegriff zu eng sei, wodurch einer Vielzahl schutzbedürftiger Personen der Zugang zum arbeitsrechtlichen Sozialschutz verwehrt bleibe; sie schlägt vor, anstelle des Kriteriums der Subordination die *Integration* einer Person in einen Betrieb in den Vordergrund zu rücken⁹². Auch Billarant betont verschiedene Schwächen der herkömmlichen Auffassung zum Subordinationsverhältnis; er möchte in erster Linie auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abstellen, während die zeitlichen, örtlichen und hierarchischen Aspekte der Subordination bloss ergänzend beizuziehen seien⁹³.

⁸² BGE 125 III 78 E. 4; 121 I 259 E. 3a; 112 II 41 E. 1a/aa; BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.2; 4A_10/2017 vom 19.7.2017 E. 3.1; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; vgl. auch die zahlreichen Hinweise auf die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts bei *Abegg*, in: Gauch/Aeppli/Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, 9. Aufl., Zürich 2016, Art. 319 N 1; *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 26; *Pietruszak*, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 319 N 7; *Fellmann* (Fn. 23), S. 175; *Meier*, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 319 N 10; *Billarant*, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Diss. Zürich/Genf 2020, Rz. 64; Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 276 und 294 f.

⁸³ Botschaft OR 1971 (Fn. 22), S. 294.

⁸⁴ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.1 f.

⁸⁵ Vgl. für eine Darstellung der Entwicklung *Billarant* (Fn. 82), Rz. 68; *Witzig* (Fn. 81), S. 42.

⁸⁶ BGer 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.1; 4C_276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.3.1., Hervorhebung hinzugefügt.

⁸⁷ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.1; 4A_10/2017 vom 19.7.2017 E. 3.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.1., Hervorhebung hinzugefügt.

⁸⁸ *Portmann/Rudolph* (Fn. 47), Art. 319 N 14.

⁸⁹ *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 30), Art. 319 N 6 und 42.

⁹⁰ *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 26; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 37), Art. 319 N 2.

⁹¹ *Billarant* (Fn. 82), Rz. 70, *Witzig* (Fn. 81), S. 43 f. und *Meier*, Pour un retour du critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail, ARV 2013, S. 97 ff., 99.

⁹² *Meier* (Fn. 91), S. 99 ff.

⁹³ *Billarant* (Fn. 82), Rz. 1354 ff.

e) Würdigung

U.E. ergibt sich weder aus dem Gesetz noch dessen Sinn und Zweck, dass bloss gewisse Aspekte der Abhängigkeit bzw. Unterordnung bei der Vertragsqualifikation zu berücksichtigen wären. Demnach hilft nach hier vertretener Meinung die abstrakte begriffliche Umschreibung unterschiedlicher Spielarten der Subordination («organisatorisch, betrieblich, zeitlich» etc.) nur sehr bedingt weiter. Ein gewissermaßen begrifflich-logisches, in sich geschlossenes System an Abgrenzungskriterien existiert nicht⁹⁴. Der einschlägige Subordinationsbegriff kann letzten Endes nur durch eine kasuistische Annäherung konkretisiert werden⁹⁵. Entsprechend sollen nachfolgend die in der Rechtsprechung verwendeten Merkmale analysiert werden, welche bei der Qualifikation als Arbeitsvertrag herangezogen werden. Es versteht sich von selbst, dass eine derartige Darstellung nicht abschliessend sein kann, sondern sich auf häufig genannte Merkmale beziehen muss.

2. Beurteilung der Ausprägungen des Subordinationsbegriffs gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert den Subordinationsbegriff anhand einer ganzen Reihe von *materiellen* Merkmalen, bei denen es um konkrete Ausprägungen der vorausgesetzten Abhängigkeit geht (a.–g.). Daneben sind gemäss Bundesgericht auch gewisse *formelle* Kriterien zu berücksichtigen (h.)⁹⁶. Nebst den eigentlichen Merkmalen geht es nachfolgend auch darum, darzustellen, welches Gewicht die Praxis den einzelnen Aspekten der Subordination zukommen lässt. Für jedes der Kriterien ist alsdann zu ermitteln, ob mit diesem auch in der Arbeitswelt 4.0 eine taugliche Abgrenzung von anderen Formen der Dienstleistungserbringung erfolgen kann.

⁹⁴ Im sozialversicherungsrechtlichen Kontext hat das Sozialversicherungsgericht Zürich hierzu treffend festgehalten, es gehe nicht darum, «rein rechnerisch zu ermitteln, wie viele Kriterien erfüllt und wie viele nicht gegeben sind, um dann anschliessend die Mehrheit zu ermitteln» (SozVersGer ZH UV.2020.00015 vom 20.12.2021 E. 3.3.3).

⁹⁵ So auch *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 30), Art. 319 N 43.

⁹⁶ Eine ausführliche Übersicht über die bundesgerichtliche Praxis bietet BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2.

a) Zeitliche Vorgaben

Bundesgerichtliche Umschreibung: Die Pflicht zur Einhaltung von vorgeschriebenen Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen und die Pflicht zu regelmässigem Erscheinen seien allesamt Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags⁹⁷.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Das Bundesgericht erachtet die zeitlichen Aspekte der Subordination heute nicht mehr als ausschlaggebend. So setzt nach Bundesgericht ein Arbeitsvertrag nicht zwingend das Einhalten fester oder vorgeschriebener Arbeitszeiten voraus. Es komme vielmehr öfter vor, dass keine festen Arbeitszeiten vorgesehen seien, sondern die Arbeitseinsätze nach dem tatsächlichen Arbeitsanfall ausgerichtet würden⁹⁸.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Es wurde aufgezeigt, dass vermehrt Freiheit in der zeitlichen Ausgestaltung der Arbeit vorhanden ist. Das Bundesgericht bildet diese Entwicklung, wie gesehen, bereits in seiner Rechtsprechung ab, indem es davon ausgeht, dass klare zeitliche Vorgaben für die Vertragsqualifikation heute nicht mehr entscheidend seien. Auch hat die Praxis schon früher im Falle der (unechten) Arbeit auf Abruf, bei der Arbeitnehmende keine zeitlichen Arbeitsverpflichtungen aufweisen, trotz Freiheit in zeitlicher Hinsicht Arbeitsverträge angenommen. Diese Argumentation lässt sich nunmehr auch im Fall der Gig Economy finden⁹⁹. Insgesamt handelt es sich daher bei den zeitlichen Vorgaben um ein Merkmal von schwindender Relevanz, was zuletzt auch das Bundesgericht für digitale Arbeitsplattformen bestätigt hat¹⁰⁰.

b) Zuweisung eines Arbeitsplatzes im Betrieb

Bundesgerichtliche Umschreibung: Typischerweise werde die Arbeit im Betrieb der Arbeitgeberin verrichtet¹⁰¹. Entsprechend spreche das Zurverfügung-

⁹⁷ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2.

⁹⁸ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.4.1.

⁹⁹ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.4; 2C_575/2020 vom 30.5.2022 E. 6.6.1.

¹⁰⁰ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.8, wonach fehlende feste Arbeitszeiten zwar ein Indiz für unabhängige Arbeit sein könnten, aber die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht ausschliessen.

¹⁰¹ BGer 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.4.1.

stellen eines Arbeitsplatzes für einen Arbeitsvertrag¹⁰².

Bundesgerichtliche Gewichtung: Das Bundesgericht misst der Zuweisung eines Arbeitsplatzes im Betrieb keine grosse Bedeutung bei: «Eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation setzt aber nicht notwendigerweise voraus, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz an einem festen Ort im Betrieb des Arbeitgebers zugewiesen erhält [...] Die betriebliche und persönliche Subordination verlangt auch nicht unbedingt eine Tätigkeit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort. Es ist also für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend, wer den Arbeitsort bestimmt [...]. Mit der Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse ist es im Gegenteil häufiger geworden, dass der Arbeitnehmer die Arbeit vermehrt ganz oder teilweise ausserhalb des Betriebs des Arbeitgebers erledigen kann, etwa an einem von ihm gewählten Ort oder bei sich zu Hause»¹⁰³.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Gemeinsam mit der zeitlichen nimmt auch die örtliche Flexibilität in der Arbeitswelt 4.0 zu. Räumliche Aspekte der Arbeitserbringung verlieren in Zeiten des Homeoffice, des mobilen Arbeitens bzw. des Remote Work für die Vertragsqualifikation stark an Bedeutung. Das Bundesgericht zeichnet diese Entwicklung in seiner Rechtsprechung richtigerweise bereits vor, zuletzt auch im Zusammenhang mit Plattformarbeit¹⁰⁴.

c) Zurverfügungstellung von Arbeitsmaterialien

Bundesgerichtliche Umschreibung: Für den Arbeitsvertrag sei typisch, dass die Arbeitgeberin die Arbeitsmaterialien (Werkzeuge, IT-Infrastruktur etc.)

zur Verfügung stelle bzw. die Auslagen der Arbeitnehmenden hierfür vergüte¹⁰⁵.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Das Bundesgericht betont, es könne vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer mit eigenen Materialien arbeite (vgl. Art. 327 OR). Entspricht der Gebrauch eigener Werkzeuge der Übung in einer Branche (z.B. bei Musikerinnen und Coiffeuren), wird eine derartige Vereinbarung angenommen¹⁰⁶. Entsprechend gewichtet das Bundesgericht dieses Kriterium nicht allzu stark.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Die Trends hin zur Selbstführung und Gig Economy haben nebst anderem zur Folge, dass die arbeitsleistenden Personen vermehrt eigene Arbeitsutensilien benutzen. Beispielhaft lässt sich diese Entwicklung am Akronym BYOD (bring your own device) festmachen, welches beschreibt, dass Arbeitnehmende private mobile Geräte auch geschäftlich nutzen¹⁰⁷. Bei über Plattformen vermittelten Fahrdiensten ist es weiter üblich, private Fahrzeuge zu benutzen. Vor diesem Hintergrund ist die Abweichung vom Grundsatz, wonach Arbeitsmaterialien zur Verfügung gestellt werden, immer weniger aussagekräftig. Entsprechend ist die Abgrenzungsleistung dieses Kriteriums in der Arbeitswelt 4.0 begrenzt.

d) Regelmässige Entschädigung

Bundesgerichtliche Umschreibung: Die Regelmässigkeit der Entschädigung kann ebenfalls auf einen Arbeitsvertrag hindeuten. Dabei kann sich nach bundesgerichtlicher Praxis die entsprechende Regelmässigkeit sowohl zeitlich (d.h. periodische Ausrichtung) als auch betragsmässig (d.h. fixe Höhe) auswirken¹⁰⁸.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Wir haben bereits gesehen, dass auch im Anwendungsbereich des Arbeitsvertragsrechts variable Löhne verbreitet sind. Dies

¹⁰² BGer 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1

¹⁰³ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2 mit Verweis auf BGer 4C.390/2005 vom 2.5.2006 E. 2.5; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.4.1.

¹⁰⁴ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.8: Der fehlende Arbeitsplatz von Uber-Fahrern schliesse die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht aus.

¹⁰⁵ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.3; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1

¹⁰⁶ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.3; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.5.1.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Wildhaber/Hänsenberger, Bring Your Own Device (BYOD), ARV 2016, S. 151 ff.

¹⁰⁸ BGer 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1.

anerkennt auch das Bundesgericht, wenn es festhält, dass fixe Zeitlöhne nicht zwingend vorausgesetzt seien und Vergütungen häufig auch Leistungselemente beinhalteten¹⁰⁹. Aus diesem Grund wird dieses Kriterium praxisgemäss nicht allzu stark gewichtet.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Flexible Arbeitsentschädigungen sind keine neuen Erscheinungen der Arbeitswelt 4.0. Es dürfte hier dabei bleiben, dass die Art des Lohnes nur eine eingeschränkte Bedeutung zur Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen hat. Soweit es sich um überwiegende oder ausschliessliche Leistungslöhne handelt, wird sich allerdings die noch zu erörternde Frage der wirtschaftlichen Risikoverteilung stellen.

e) Wirtschaftliche Abhängigkeit

Bundesgerichtliche Umschreibung: Unter dem Titel der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist für das Bundesgericht zum einen relevant, dass im Rahmen der vertraglich zur Verfügung gestellten Arbeitsleistung andere Einkommensquellen ausgeschlossen werden. Zum anderen besteht die wirtschaftliche Abhängigkeit nach Ansicht des Bundesgerichts im Umstand, dass durch eigene unternehmerische Entscheide kein Einfluss auf das Einkommen genommen werden kann;¹¹⁰ es komme letztlich darauf an, ob aufgrund der vertraglichen Bindung nicht mehr über den Lohn hinaus am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden könne. Ein wesentliches Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit liege jedenfalls vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig sei. Verstärkt werde dieses Indiz durch eine vertragliche Verpflichtung, jede wirtschaftliche Tätigkeit ähnlicher Art zu unterlassen¹¹¹.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Das Bundesgericht relativiert die Stellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium explizit. Es weist in seiner Rechtsprechung darauf hin, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit keine zwingende Voraus-

setzung für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sei; so liege trotz fehlender wirtschaftlicher Abhängigkeit z.B. dann ein Arbeitsvertrag vor, wenn jemand auf Grund seiner Vermögensverhältnisse nicht auf den Lohn angewiesen sei oder bloss in kleinem Umfang Teilzeitarbeit leiste¹¹². Umgekehrt geht die bundesgerichtliche Praxis davon aus, dass wirtschaftliche Abhängigkeit auch bei anderen Vertragstypen bestehen könne¹¹³. Entsprechend trägt das Bundesgericht der alleinigen wirtschaftlichen Abhängigkeit ohne betriebliche Einbindung denn auch mit der analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen Rechnung (Figur der arbeitnehmerähnlichen Person), anstatt basierend auf derartigen Gesichtspunkten bei der eigentlichen Vertragsqualifikation anzusetzen¹¹⁴. Insgesamt ist somit die wirtschaftliche Abhängigkeit in der Praxis des Bundesgerichts für sich genommen kein ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Mit dem Begriff Gig Economy wird bereits ange-tönt, dass die Arbeitswelt 4.0 mit einer Partikularisierung der Arbeitsbeziehungen einhergehen kann: Aufgaben werden für verschiedene Vertragspartner erbracht und die Intensität der Beziehung zu einer einzigen Arbeitgeberin nimmt ab (oben, II.B und II.C). Dies trifft insbesondere auf sog. Portfolio-karrieren zu, bei denen eine Person nicht über eine einzige Arbeitsstelle verfügt, sondern eine Vielzahl von unterschiedlichen Rollen miteinander kombiniert¹¹⁵. Die exklusive wirtschaftliche Bindung an eine Arbeitgeberin ist daher inskünftig von untergeordneter Relevanz. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Arbeitgeberin in der Arbeitswelt 4.0 eine hinreichende Abgrenzungsleistung erbringen kann¹¹⁶.

¹⁰⁹ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.4.

¹¹⁰ BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 9.2; 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.6; 4A_53/2021 vom 21.9.2021 E. 5.1.3.2; 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 9.2.

¹¹¹ BGer 4A_53/2021 vom 21.9.2021 E. 5.1.3.2; 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.6; 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.2; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 4.6.1.

¹¹² BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.6; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.6.1.

¹¹³ Vgl. BGE 118 II 157 E. 4a.aa.

¹¹⁴ Vgl. *Stahelin* (Fn. 20), Art. 319 N 29; vgl. zur arbeitnehmerähnlichen Person statt vieler *Rehbinder/Stöckli* (Fn. 30), Art. 319 N 64 ff.

¹¹⁵ Vgl. etwa Forbes, 15.9.2015, Why It's Time To Consider A Portfolio Career, <https://www.forbes.com/sites/caroline-castrillon/2019/09/15/why-its-time-to-consider-a-portfolio-career/>.

¹¹⁶ Gl.M. *Riemer-Kafka*, Selbständig- oder unselbständigerwerbstätig – das ist hier die Frage, AJP 2022, S. 755 ff., 761.

f) Mass der Weisungsgebundenheit

Bundesgerichtliche Umschreibung: Arbeitnehmende erhalten von ihren Vorgesetzten Weisungen. Weil allerdings auch in anderen Dienstleistungsverträgen Weisungsrechte bestehen, kommt es auf das Mass der Weisungsgebundenheit an. Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags spricht, so das Bundesgericht, ein «hohes Mass an Weisungsgebundenheit»: «Die Weisungen beschränken sich also nicht auf bloss allgemeine Weisungen über die Erfüllung der Aufgabe, sondern sie beeinflussen unmittelbar den Gang und die Gestaltung der Arbeit und geben dem Berechtigten (dem Vorgesetzten) eine Kontrollbefugnis»¹¹⁷. Das Bundesgericht stellt demnach auf den Detailgrad der Weisungen sowie die Befugnis ab, deren Befolgung zu kontrollieren.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Dem Kriterium kommt in der Praxis grundsätzlich eine grosse Bedeutung zu, die es aber unter gewissen Umständen zu relativieren gilt. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass gerade Fachanweisungen nicht zwingend bestehen müssten, damit von einem Arbeitsvertrag ausgegangen werden könne¹¹⁸. Zum einen gebe es Tätigkeiten, bei denen der Arbeitnehmer im Vergleich zur Vorgesetzten erhöhte Fachkenntnisse habe¹¹⁹. Zum anderen kämen Arbeitsverhältnisse vor, in denen der Arbeitnehmer über eine ausgeprägte Eigenverantwortlichkeit verfüge (insbesondere freie Berufe und geschäftsführende Personen)¹²⁰. Schliesslich existiert in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein weiterer Ausnahmefall: Weisungen, die lediglich die Einhaltung strafrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die arbeitsleistende Person sicherstellen wollen (z.B. die Einhaltung der Geldwäschereivorschriften), sind bei der Vertragsqualifikation nicht zu berücksichtigen, sofern sie nicht über das gesetzlich vorgeschriebene

hinausgehen¹²¹. Bei Fällen der Plattformarbeit hat die Rechtsprechung der Weisungs- und Kontrollbefugnis der Plattformbetreiberin ein nicht unerhebliches Gewicht eingeräumt¹²².

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Wir haben oben (II.B.) gesehen, dass in gewissen Bereichen ein Trend hin zur Dehierarchisierung besteht, der u.a. auf die zunehmende fachliche Spezialisierung von Arbeitnehmenden zurückzuführen ist. Für derartige Konstellationen dürfte die Praxis zu Arbeitnehmenden, die keine Fachanweisungen erhalten, einschlägig sein. In diesen Fällen ist daher weniger auf die inhaltliche, als vielmehr auf die organisatorische Weisungsbefugnis der anderen Partei und gegebenenfalls auf deren Kontrollbefugnis abzustellen. Für die Abgrenzungsleistung des Kriteriums scheint problematisch, dass dadurch vermehrt eine Annäherung an andere Dienstleistungsverträge erfolgt, in denen ebenfalls detaillierte Leistungsaufträge ausgegeben werden. Erschwerend kommt hinzu, dass infolge der verminderten organisatorischen Einbindung von Arbeitnehmenden auch die organisatorische Weisungsbefugnis immer weniger relevant sein dürfte. Insgesamt vermag daher das Mass der Weisungsbefugnis in der Arbeitswelt 4.0 keine hinreichend klaren Grenzen zwischen Arbeitsverträgen und anderen Dienstleistungsverträgen zu ziehen.

g) Tragung des Unternehmens- bzw. Betriebsrisikos

Bundesgerichtliche Umschreibung: Das Bundesgericht hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Tragung des Unternehmensrisikos durch die Arbeitgeberin für den Arbeitsvertrag typisch sei. Der Arbeitnehmer verzichte auf eine Marktteilnahme als Unternehmer. Im Gegenzug für ein gesichertes Einkommen werde der Nutzen aus der Arbeitsleistung

¹¹⁷ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2; 4A_500/2018 vom 11.4.2019 E. 4.1; 4A_10/2017 vom 19.7.2017 E. 3.1; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_61/2012 vom 15.5.2012 E. 2.1; 4P.83/2003 vom 9.3.2004 E. 3.2; 4C.216/1994 vom 21.3.1995 E. 1a.

¹¹⁸ Vgl. BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.2.

¹¹⁹ BGer 4A_562/2008 vom 30.1.2009 E. 3.2.3; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.3.1.

¹²⁰ BGer 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1.

¹²¹ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.6.2; 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.3.2; im sozialversicherungsrechtlichen Kontext: BGer 8C_38/2019 vom 12.8.2020 E. 6.2.2; 8C_554/2018 vom 5.5.2020 E. 7.2.3.

¹²² Vgl. SozVersGer ZH UV.2020.00015 vom 20.12.2021 E. 3; BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.1 ff. (Vorgaben von Uber zur Ausführung der Fahrer) und E. 10.7 (Kontrolle durch Bewertungssystem und Geolokalisation); 2C_575/2020 vom 30.5.2022 E. 6.5 und 6.6.3; gl.M. *Riemer-Kafka* (Fn. 116), S. 761 f.

einem anderen überlassen¹²³. Auch bei der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Arbeitnehmenden wird das Kriterium des Unternehmensrisikos angewandt¹²⁴.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Im sozialversicherungsrechtlichen Kontext ist die Tragung des wirtschaftlichen Risikos einer Arbeitsleistung ein zentrales Abgrenzungskriterium zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit¹²⁵. Auch bei der privatrechtlichen Vertragsqualifikation wird die Frage, welche Partei das wirtschaftliche Risiko einer Tätigkeit trägt, relativ stark gewichtet¹²⁶. Allerdings hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass bei starker sonstiger Subordination (im zu beurteilenden Fall lag v.a. ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit vor) die Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf die arbeitsleistende Partei nicht entscheidend sein könne¹²⁷.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: Gerade bei der Auslagerung der Arbeitsleistung über digitale Plattformen tragen die dienstleistungserbringenden Personen vermehrt ein eigenes wirtschaftliches Risiko. Es ist fraglich, ob in derartigen Fällen tatsächlich das Kriterium des Unternehmensrisikos herangezogen werden soll, um zu begründen, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. Es könnte nämlich auch umgekehrt argumentiert werden, dass die betroffenen Personen, gerade weil sie einem derartigen Risiko ausgesetzt sind, dem Schutz des Arbeitsvertragsrechts zu unterstellen sind, welches eine Abwälzung des unternehmerischen Risikos auf Arbeitnehmende nur beschränkt zulässt. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn die dienstleistende Person ein grosses wirtschaftliches Risiko trägt, dem aber nicht gleichzeitig auch die Möglichkeit auf Teilhabe am allfälligen unternehmerischen Gewinn im Erfolgsfall gegenübersteht. Auch wenn ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit besteht, dürfte das Unternehmensrisiko ein fragwürdiges Abgrenzungskriterium sein, denn diesfalls sind aufgrund der Bindung an Weisungen doch gerade keine

eigenständigen unternehmerischen Entscheide möglich, was bei gleichzeitiger Tragung des wirtschaftlichen Risikos stossend scheint. In derartigen Fällen von asymmetrischer Risikoverteilung sollte das Kriterium des unternehmerischen Risikos bei der Vertragsqualifikation folglich nicht den Ausschlag geben können (s. unten, IV.D.3.). Von ähnlichen Überlegungen scheint sich auch das Bundesgericht in einem Fall von Plattformarbeit geleitet lassen zu haben¹²⁸.

h) Formelle Kriterien

Bundesgerichtliche Umschreibung: Als formelle Kriterien bezeichnet das Bundesgericht zum einen die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses in anderen Rechtsgebieten (namentlich Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht)¹²⁹. Zum andern sei die Vertragsbezeichnung ein formeller Gesichtspunkt, der u.U. ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sein könne¹³⁰.

Bundesgerichtliche Gewichtung: Das Bundesgericht misst den genannten formellen Merkmalen lediglich eine «untergeordnete Bedeutung» bei. In seiner Rechtsprechung haben die formellen Kriterien demnach eine gegenüber den materiellen Gesichtspunkten vernachlässigbare Stellung¹³¹.

Abgrenzungsleistung des Merkmals in der Arbeitswelt 4.0: An der nebensächlichen Bedeutung der formellen Kriterien dürfte der Wandel in der Arbeitswelt wenig ändern.

3. Ergebnis

Nach Analyse der wichtigsten Konkretisierungen des bundesgerichtlichen Subordinationsbegriffs ergibt sich folgendes Bild:

¹²³ BGer 4A_53/2021 vom 21.9.2021 E. 5.1.3.2; 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.3.5; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1.

¹²⁴ Vgl. dazu *Janett* (Fn. 39), Art. 10 N 14 ff.

¹²⁵ Statt vieler *Janett* (Fn. 39), Art. 10 N 14 ff.

¹²⁶ Vgl. insbesondere 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 8.7 ff. und 9; 4A_360/2021 vom 6.1.2022 E. 5.5.

¹²⁷ BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.5.

¹²⁸ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 10.5.

¹²⁹ BGer 4A_10/2017 vom 19.7.2017 E. 3.1; 4A_592/2016 vom 16.3.2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.2; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2.

¹³⁰ BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.4.

¹³¹ Vgl. BGer 2C_34/2021 vom 30.5.2022 E. 9.2; 4A_53/2021 vom 21.9.2021 E. 5.1.3.2; 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 6.4.

Die «äusserlichen» Umstände der Arbeitserbringung wie zeitliche Vorgaben und die Zuweisung eines Arbeitsplatzes sind bereits jetzt praxisgemäss für die Vertragsqualifikation von geringer Relevanz. Mit der zeitlichen und örtlichen Entgrenzung der Arbeit in der Arbeitswelt 4.0 werden derartige Kriterien noch weniger zur Abgrenzung verschiedener Vertragstypen beitragen können. Gleiches gilt ebenfalls für das Zurverfügungstellen von Arbeitsmaterialien¹³².

Auch das Mass der Weisungsgebundenheit ist für sich genommen kein taugliches Abgrenzungskriterium, da vermehrt Arbeitsverhältnisse existieren, welche keine hohe Weisungsintensität aufweisen, und umgekehrt auch bei anderen Dienstleistungsverträgen Weisungsbefolgs- und Kontrollpflichten in hohem Masse bestehen können.

Weiter scheinen finanzielle bzw. wirtschaftliche Gesichtspunkte keine entscheidende Abgrenzung vornehmen zu können: Zunächst ist die Regelmässigkeit von Entschädigungen keine allzu aussagekräftige Ausprägung der Subordination. Es wurde zudem aufgezeigt (oben, IV.D.2.e.), dass schon die geltende Rechtsprechung das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit in seiner Bedeutung relativiert. Diese Entwicklung wird u.E. aufgrund der zunehmenden Partikularisierung von Arbeitsverhältnissen weiter verstärkt, sodass auch hierin kein taugliches Qualitätsmerkmal zu finden ist. Die Tragung des unternehmerischen Risikos kann schliesslich zumindest dann nicht ausschlaggebend sein, wenn es der dienstleistenden Person nicht auch gleichzeitig möglich ist, am potenziellen unternehmerischen Gewinn zu partizipieren und eigenständige unternehmerische Entscheide zu treffen. Die Abgrenzungsleistung der dargestellten formellen Kriterien ist schliesslich ebenfalls bescheiden.

Insgesamt dürfte somit keines der dargelegten Elemente des Subordinationsbegriffs eine hinreichende Abgrenzungsleistung vollbringen.

V. Fazit

Ausgangspunkt der vorstehenden Überlegungen war die Feststellung, dass sich Arbeitsverhältnisse heute zunehmend weg von der klassischen, engen betrieblichen Einbindung hin zu loseren Arbeitsbeziehungen entwickeln. Darauf aufbauend fragten wir uns, wie diese strukturellen Veränderungen vom geltenden Arbeitsvertragsbegriff erfasst werden.

Dabei zeigte eine kontextualisierende Betrachtung zunächst, dass der Arbeitsvertragsbegriff seit jeher in Abhängigkeit von gesellschaftlichen Entwicklungen aktualisiert worden ist, um seinem Sinn und Zweck weiterhin gerecht werden zu können. Entsprechend unterzogen wir sodann die heutige Definition des Arbeitsvertrags einer genaueren Prüfung. Hier wurde festgestellt, dass von den klassischen vier Begriffsmerkmalen höchstens das Element der Subordination den Arbeitsvertrag von anderen Dienstleistungsverträgen abzugrenzen vermag. Indes hat eine detaillierte Untersuchung der geltenden Rechtsprechung zum Subordinationsbegriff gezeigt, dass selbst der für die Bestimmung der Subordination verwendete Kriterienkatalog den neuen Herausforderungen der Arbeitswelt 4.0 nicht mehr gerecht wird.

Dieses Ergebnis führt zur Frage, wie inskünftig die Abgrenzung von Arbeitsverträgen und anderweitigen Dienstleistungsverträgen vorzunehmen ist. Vorstellbar sind grundsätzlich unterschiedliche Varianten: Erstens könnte man bei der aktuellen Gesamtbetrachtung der vorstehend dargestellten, traditionellen Kriterien bleiben, wobei die Gefahr besteht, dass die Grenze zu anderen Dienstleistungsverträgen immer unklarer wird. Zweitens kann das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung auch eine Diskussion darüber anregen, ob in Zukunft nicht neue bzw. modifizierte Abgrenzungskriterien verwendet werden sollten – ähnlich wie dies in der Vergangenheit bei gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen bereits geschehen ist. Dabei ist die Formulierung neuer oder angepasster Kriterien eine äusserst anspruchsvolle Aufgabe, der weitere Untersuchungen zu widmen wären.

Im Sinne einer dritten Überlegung kann freilich gefragt werden, ob tatsächlich die Dichotomie Arbeitsvertrag – andere Dienstleistungsverträge jene Problematik ist, mit welcher wir uns in Zukunft hauptsächlich auseinandersetzen sollten. Die Diskussion

¹³² So auch *Wylser/Zandirad* (Fn. 1), Rz. 17; *Riemer-Kafka* (Fn. 116), S. 761 f.

wird sicherlich so lange entlang dieser Demarkationslinie geführt werden, wie der (privatrechtliche) Sozialschutz in erster Linie durch das klassische Arbeitsvertragsrecht erbracht wird¹³³. Allerdings ist es nicht zwingend, den aktuell grossen Unterschied zwischen Arbeitnehmenden und anderen Dienstleistungserbringenden aufrecht zu erhalten. Gewisse Autoren schlagen beispielsweise vor, eine Zwischenkategorie (z.B. diejenige des «independent worker»¹³⁴) zu schaffen, welche die soziale Verantwortung interessengerecht zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger verteilt. Dadurch könnte auch die zuweilen allzu binär ausgestaltete Abgrenzungsfrage (Arbeitsvertrag = voller Schutz, sonstiger Vertrag =

kaum Schutz) überwunden werden. Andere wiederum verlangen, das momentan geltende Alles-oder-Nichts-Prinzip mit einem Mehr-oder-Weniger-Prinzip zu ersetzen, das rechtliche Schutzinstrumente entsprechend dem Grad der Schutzbedürftigkeit heranzieht¹³⁵. Schliesslich wird auch ein eigener Sozialschutz für Selbständige vorgeschlagen¹³⁶. Entsprechende Vorstösse zur Schaffung neuer Kategorien liegen mittlerweile auch in der Schweiz vor¹³⁷.

Insgesamt sollte also die laufende, durchaus berechtigte Diskussion um den Arbeitsvertragsbegriff im Kontext der Arbeitswelt 4.0 den Blick für innovative Lösungsansätze nicht vernebeln.

¹³³ Vgl. Egly/Demir (Fn. 35), S. 842.

¹³⁴ McAfee/Brynjolfsson, Human Work in the Robotic Future, Foreign Affairs Juni/August 2016, S. 139 ff., 144.

¹³⁵ Hanau (Fn. 18), S. 2616.

¹³⁶ Schubert (Fn. 14), S. 366; Wildhaber/Pais, Neue Arbeitswelt und Gesamtarbeitsverträge – Plädoyer für einen Rechtsschutz über die Sozialpartnerschaft angesichts der Herausforderungen der neuen Arbeitswelt, Festschrift Stephan Breitenmoser, Basel 2022 (im Erscheinen).

¹³⁷ Motion Natermod (22.3630), Neuer Status für Selbständige in Plattform-Beschäftigung – soziale Absicherung sicherstellen.