

ARBEITSRECHT

MÄRZ 2023
NEWSLETTER 03

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

In den letzten Jahren haben sich verschiedene **neue Arbeitsformen wie Freelancer, Crowdfunding etc.** entwickelt. In unserem ersten Top-Thema werden Ihnen diese erläutert und insbesondere die Vor- und Nachteile dieser neuen Arbeitsformen aufgezeigt.

Unser zweites Top-Thema gibt Ihnen einen Überblick über die **Arbeitgeberpflichten** im Zusammenhang mit der **Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bzw. bei Arbeitslosigkeit**.

Beste Grüße

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Neue Arbeitsformen Seite 1
- FAQ:
Neue Arbeitsformen Seite 3
- Top-Thema:
Arbeitgeberpflichten
bei Arbeitslosigkeit Seite 4
- Gerichtsentscheid:
Missbräuchliche Kündigung Seite 6
- Arbeitshilfe:
Austritt Seite 12

Neue Arbeitsformen: Freelancer, Crowdfunding etc.

Seit der COVID-19-Pandemie und der rasanten Weiterentwicklung digitaler Möglichkeiten sind neue Arbeitsformen wie z.B. Freelancing, Plattformarbeit, Crowdfunding, Gig-Working oder New Work im Trend. Arbeitgebende sehen sich neuartigen Herausforderungen gegenübergestellt.

■ **Von Stefan Müller und Sabine Taxer**

Neue Arbeitsformen in der Arbeitswelt 4.0

Neue Beschäftigungsformen stellen das Arbeitsrecht und dessen Anwendung vor zahlreiche Herausforderungen. Die Digitalisierung treibt die Anwendung von neuen Informations- und Kommunikationstechnologien (ICT)

im Arbeitsrecht voran. Es stellt heute kein Problem mehr dar, weltweit Dienstleistungen innert kürzester Zeit auszutauschen. Neuartige Entwicklungen wie z.B. Big Data, Mobile Computing oder die Cloud ermöglichen völlig neuartige Arbeitsformen. Der klassische Büroplatz entspricht nicht mehr den geänderten

Bedürfnissen und heutigen Vorstellungen von Arbeitnehmenden. Hingegen fordern sie mehr Selbstbestimmung sowie Flexibilität bei der Arbeitseinteilung sowie -ausführung. Der Begriff Work-Life-Balance ist in aller Munde, und das Arbeiten mit mobilen Geräten von unterwegs, vom Homeoffice, vom Café oder von Co-Working-Spaces ist gefragter denn je.

Speziell die neue Form des Crowdfundings ist aus der heutigen Arbeitswelt 4.0 nicht mehr wegzudenken. Das Crowdfunding ist eine neue Form der Arbeitsauslagerung für Arbeitgebende und eine neue Arbeitsbeschaffungsmöglichkeit für Arbeitnehmende. Bei dieser jungen Arbeitsform funktionieren nationale oder internationale Plattformen als eine Art digitale Jobvermittlungsbörse. Durch dieses Outsourcing werden Einzelprojekte über die webbasierte Plattform



in die ganze Welt vermittelt, ohne dass über die jeweilige Aufgabenerfüllung hinaus eine weitere Zusammenarbeit vorgesehen wäre. Auf der Plattform werden einzelne sogenannte Mikrojobs von Kunden oder vom Plattformbetreiber selbst ausgeschrieben, auf welche sich Crowdworker bewerben können. Eine solche Plattformbeschäftigung kann in ganz verschiedenen Ausprägungen vorliegen. Der Fahrdienst Uber ist ein Beispiel für die internet- bzw. App-basierte Vermittlung von Fahraufträgen. Eine Plattform kann auch dermassen ausgestaltet sein, dass einzelne Aufgaben (z.B. das Testen einer neuen Software) ausgeschrieben werden. Auf diese Anzeige können interessierte Personen aus der ganzen Welt mit dem Ausschreiber Kontakt aufnehmen und die Einzelheiten der Ausführung der Tätigkeit verhandeln oder direkt ihr Arbeitsergebnis präsentieren. Grundsätzlich werden Arbeiten oder spezifische Projekte in kleinere Aufträge zerlegt und in die Crowd – die englische Bezeichnung für Menge – gegeben. Das Unternehmen kann so in der Crowd den perfekten Kandidaten für diesen Mikrojob aussuchen.

Beschränkter Anwendungsbereich neuer Arbeitsformen

Einleuchtend ist, dass solche neuen Arbeitsformen nicht für jede Arbeitstätigkeit infrage kommen. Einerseits existieren Berufe, in welchen digitales Arbeiten schlicht nicht umsetzbar ist. Ein Busfahrer, eine Pflegefachperson oder eine Kellnerin beispielsweise können in ihren klassischen Tätigkeiten diese Flexibilität von neuen Arbeitsformen kaum beanspruchen. Hingegen existieren Tätigkeitsfelder, in welchen flexible Arbeitsmodelle problemlos möglich sind. Es spielt für einen Blogger keine Rolle, ob er seinen Beitrag für Social Media von zu Hause oder vom Strand in Hawaii schreibt. Auch ein Programmierer kann am anderen Ende der Welt sitzen und von dort aus eine Software testen, obwohl sein Arbeitgeber hier in der Schweiz ist.

Vorteile neuer Arbeitsformen

Die Vorteile von solch neuen Beschäftigungsformen sind offensichtlich. Arbeitnehmende können weltweit ihre Arbeitskraft über das Internet anbieten, ohne dabei an einen festen Arbeitsplatz oder den lokalen Arbeitsmarkt gebunden zu sein. Die zeitliche und örtliche Flexibilität wird in der Regel sehr geschätzt, Arbeitnehmende sparen sich allfällige Pendelzeiten. Überdies können Kosten für auswärtige Verpflegung oder

Abonnemente für den öffentlichen Verkehr bzw. Treibstoff gespart werden. Crowdworker können durch diese neuen Arbeitsformen selbst bestimmen, welche Aufgaben sie auswählen möchten und wann, wie viel und von wo sie arbeiten. Dies erlaubt ein hohes Mass an Freiheit, Selbstverwirklichung und Selbstorganisation – und damit Vereinbarkeit von Beruf und Familie – anstelle der Fremdbestimmung durch klassische Arbeitsformen.

Arbeitgebende hingegen können auf zusätzliches kreatives Potenzial zurückgreifen. Ein solcher Input von aussen ist frisch und losgelöst von starren Firmenstrukturen. Die Auswahl an Abnehmern für solche Mikrojobs im Internet ist gross, da eine solche Plattform eine globale Reichweite hat. In der Regel sparen Arbeitgebende Steuern durch eine solche Auslagerung. Ebenso sind auch die Personalkosten tiefer, da Arbeitnehmende in anderen Ländern tiefere Lohn- und Lebenskostenstandards haben. Ferner spielt der zeitliche Faktor für Arbeitgebende oftmals eine wichtige Rolle; durch ICT können Arbeitsaufträge innert kürzester Zeit an einen Crowdworker im Ausland vergeben werden. Arbeitgebende müssen nicht neue Fachkräfte einstellen, und durch das Crowdworking bleiben im Unternehmen selbst freie Kapazitäten für andere Aufgaben.

Nachteile neuer Arbeitsformen

Crowdworker geniessen nicht die gleiche arbeitsrechtliche und soziale Absicherung wie lokal angestellte Arbeitnehmende. Für Risiken wie z.B. Arbeitslosigkeit, Krankheit oder Unfall müssen sich Crowdworker oftmals selbst absichern. Sie sehen sich unsicheren Arbeitsbedingungen ohne den Rückhalt einer möglichen Gewerkschaft gegenübergestellt. Häufig fehlt es an der Subordination eines Plattformbeschäftigten, welche für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach Schweizer Recht notwendig ist. Solche Crowdworker sind daher oftmals als selbstständige Dienstleistungserbringer anzusehen. Des Weiteren ist das Lohnniveau regelmässig tief, denn es gibt immer jemanden, der die gleiche Arbeit für einen günstigeren Lohn anbietet. Dies erhöht gleichzeitig auch den Druck auf und die Ansprüche an die Arbeitnehmenden. Wenn nicht genügend Aufgaben zur Verfügung stehen, führt dies dazu, dass Arbeitnehmende kein regelmässiges Einkommen erzielen können. Die ständige Erreichbarkeit durch ICT kann ausser-

dem negative Folgen für das Privat- und Familienleben von Arbeitnehmenden mit sich bringen. Wenn die Grenzen zwischen Berufs- und Privatleben verschwimmen, kann dies zu Mehrarbeit oder Stress führen. Auch sehen sich Crowdworker dem Risiko ausgesetzt, keine genügende Altersvorsorge aufbauen zu können.

Ein negativer Aspekt für Arbeitgebende ist das Risiko der Scheinselbstständigkeit der Crowdworker. Das eigene Image kann ferner aufs Spiel gesetzt werden, wenn Arbeitsaufträge von Crowdworkern nicht zufriedenstellend ausgeführt werden. Mangelndes Zeit- und Selbstmanagement von Crowdworkern kann ein Risiko für Arbeitgebende darstellen. Auch fehlende Aufsicht oder Führung kann dazu führen, dass ein Projektauftrag am Ende scheitert. Denn ein Weisungsrecht besteht oftmals nur in formalen oder materiellen Anweisungen, da Crowdworker sich nicht in den Betrieb des Plattformbetreibers eingliedern wollen. Die Anforderungen an den Datenschutz sind durch neue Arbeitsformen enorm gestiegen. Denn die neue Arbeitswelt 4.0 funktioniert grösstenteils elektronisch und resultiert darin, dass durch virtuelle Arbeit bearbeitete Daten rund um die Welt verschickt werden.

Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass insbesondere im Rahmen von internationalen Plattformbeschäftigungen Arbeitgebende sich vielen und neuartigen Herausforderungen gegenübergestellt sehen. In solch neuen Beschäftigungsformen stellen sich Fragen zur Abgrenzung des Crowdworkers als unselbstständiger Arbeitnehmer oder selbstständiger Auftragnehmer, zur Absicherung durch Sozialversicherungen, zur Anwendbarkeit schweizerischer oder ausländischer Rechts, zum Subordinationsverhältnis oder zur Anwendbarkeit der Vorschriften zur Arbeitsvermittlung.

Neue Beschäftigungsformen entwickeln sich von der klassischen engen Betriebseinordnung hin zur losen Arbeitsbeziehung. Eine starre Anwendung des Begriffs des Arbeitsvertrags sowie von arbeitsrechtlichen Vorschriften wird in der Arbeitswelt 4.0 nicht immer möglich sein. Zukünftige Rechtsprechung sowie Gesetzgebung wird zeigen, inwiefern innovative Lösungsansätze für neue Arbeitsformen Anwendung finden werden.



Fragen & Antworten zum Thema Neue Arbeitsformen

Neue Arbeitsformen bringen Unsicherheiten mit sich, und Arbeitgebende sehen sich unbekanntem Fragen gegenübergestellt. Nachstehend finden Sie eine Auswahl von Fragen, welche sich Schweizer Arbeitgebende im Zusammenhang mit neuartigen Beschäftigungsformen stellen.

■ Von Stefan Müller und Sabine Taxer

Frage: Ich habe Freelancer in der Schweiz über eine Plattform angestellt. Muss ich diese als Arbeitnehmende bei den entsprechenden Versicherungen anmelden?

Antwort: Beim Abschluss eines Vertrags über eine solche Plattform ist in jedem Einzelfall von Neuem zu beurteilen, ob es sich um ein arbeitsvertragliches, ein auftrags- bzw. werkvertragliches Verhältnis oder eine Zwischenform handelt. Von der Bestimmung des Erwerbsstatuts ist abhängig, ob der arbeits- sowie sozialversicherungsrechtliche Schutz Anwendung findet. Kriterien, welche unter anderem für das Vorliegen eines arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnisses sprechen, sind die persönliche Pflicht zur Arbeitsleistung, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation oder die Weisungsgebundenheit.

Frage: Ein in Frankreich wohnhafter Crowdworker hat über eine Plattform einen Auftrag ausgeführt. Gemäss Vertrag ist schweizerisches Recht anwendbar. Kann er eine Entschädigung für Überstunden sowie Überzeit verlangen?

Antwort: Die Fragen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt und ob der Crowdworker für allenfalls geleistete Überstunden entschädigt werden muss, werden aufgrund der Rechtswahl nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) beantwortet. Die gesetzlichen Vorschriften zur Überzeit finden hier aber keine Anwendung, da gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts das Arbeitsgesetz (ArG) auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmende nicht anwendbar ist. Vielmehr richten sich solche Ansprüche betreffend die Arbeitszeitsvorschriften nach französischem Recht.

Frage: Über eine ausländische Plattform hat ein Crowdworker im Ausland einen Projekt-auftrag für eine Arbeitgebende in der Schweiz



ausgeführt. Liegt hier ein Vermittlungs- oder Verleihverhältnis im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) vor?

Antwort: Nein. Für das AVG ist der Anwendungsbereich durch das Territorialitätsprinzip zu bestimmen. Eine Vermittlungs- oder Verleihtätigkeit ist immer dann bewilligungspflichtig, wenn ein genügender Bezug zur Schweiz vorliegt. Da sich Plattformbetreiber wie auch Dienstleister im Ausland befinden, liegt kein genügender Bezug zur Schweiz vor.

Frage: Als Arbeitgebende habe ich über meine eigene Plattform einen Freelancer angestellt, welcher im Homeoffice in der Schweiz tätig ist. Darf ich seine Arbeitstätigkeit überwachen?

Antwort: Nein. Es gilt der Grundsatz des Verbots der Verhaltensüberwachung, und Datenschutzgrundsätze müssen beachtet werden. Eine permanente Überwachung der Benutzung des Internets, des E-Mail-Verkehrs oder auch der Plattform an sich ist ohne konkreten Verdacht unzulässig. Eine Überwachung ist nur in engen Grenzen zulässig und benötigt ein überwiegendes Interesse der Arbeitge-

berin (z.B. Sicherheitsbedenken). Als erster Schritt ist in der Regel eine Überwachung auf anonymisierter Basis oder durch Stichproben zu empfehlen.

Frage: Ich führe als Arbeitgebende eine eigene Plattform, um Crowdworker zu engagieren. Es sind Geschäftsgeheimnisse an die Öffentlichkeit gelangt, durch welche der Unternehmung ein Schaden entstanden ist. Ist der Crowdworker als Arbeitnehmer für diesen Schaden haftbar?

Antwort: Hier kommt es darauf an, welche Partei den Schaden verursacht hat und wie die vertragliche Regelung betreffend die Haftung ausgestaltet ist. Wenn die Arbeitgebende z.B. ungenügende Sicherheitsmassnahmen auf ihrer Plattform implementiert hat, so ist sie in der Regel für ihren eigenen Schaden selbst verantwortlich. Wenn aber der Arbeitnehmende zwingende Sicherheitsupdates am eigenen Gerät nicht installiert hat, Passwörter in der Öffentlichkeit hat liegen lassen oder eine Verletzung der Datensicherheit der Arbeitgebenden nicht gemeldet hat, so kommt eine mögliche Haftung des Arbeitnehmenden infrage.

Frage: Über eine schweizerische Plattform habe ich einen Freelancer im Rahmen eines Arbeitsvertrags angestellt. Der Kontakt fand nur digital statt. Kann ich nach Beendigung des Projekts alle Daten sowie Dokumente unwiderruflich löschen?

Antwort: Nein. Es gelten die arbeitsrechtlichen Vorschriften z.B. zur Erstellung eines Personaldossiers sowie die diesbezüglichen Aufbewahrungsfristen. Etwa die Personalien oder der Arbeitsvertrag müssen bis zehn Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufbewahrt werden.

AUTOREN



Stefan Müller, MLaw, LL.M., Notar des Kantons Zug, Attorney and Counsellor at Law (NY) ist Partner und leitet das Migrations- und Arbeitsrecht-Team bei Wenger Vieli AG. Er ist auf Migrations- und Arbeitsrecht sowie auf Gesellschaftsrecht und M&A spezialisiert.



Sabine Taxer, MLaw, LL.M., ist Associate bei Wenger Vieli AG und vorwiegend in den Bereichen des Arbeits- und Migrationsrechts tätig. Sie berät und prozessiert in allen Bereichen des Arbeitsrechts und vertritt sowohl Arbeitgebende als auch Arbeitnehmende.