



Rechtsgutachten
über den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes im
Zusammenhang mit neuen Beschäftigungsformen
durch digitale Technologien

erstellt
auf Ersuchen und im Auftrag
des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)

vom 20. November 2018

Inhaltsverzeichnis

- I. Allgemeine Einleitung
 - A. Auftrag
 - B. Ausgangslage
 - C. Ablauf

- II. Geschichte des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes
 - A. Von der Helvetischen Republik zum Arbeitsgesetz
 - B. Der ursprüngliche Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes
 - C. Die Entwicklung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes

- III. Analyse der drei Konzepte zur Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes
 - A. Der Betrieb
 - B. Der Arbeitgeber
 - C. Der Arbeitnehmer

- IV. Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes im Zusammenhang mit neuen Beschäftigungsformen durch digitale Technologien

- V. Zusammenfassung

- VI. Praktische Vorgehensweise zur Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes in einem konkreten Fall

I. Allgemeine Einleitung

Am 15. September 2017 hat das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) beim Centre d'étude des relations du travail (CERT) der Universität Neuenburg, vertreten durch Herrn Professor Jean-Philippe Dunand und Herrn Professor Pascal Mahon, ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Dieser Auftrag wurde im Anschluss an ein Gespräch in den Räumlichkeiten des SECO am 17. August 2017 in Anwesenheit von Frau Corina Müller, Leiterin Ressort Arbeitnehmerschutz (ABAS), Herrn Alessandro Marranchelli, wissenschaftlichem Mitarbeiter, Herrn Alain Vuissoz, Jurist bei der Eidgenössischen Arbeitsinspektion, und den vorgenannten Professoren erteilt.

Es wurde vereinbart, dass Herr Aurélien Witzig, Rechtsanwalt, Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Neuenburg, an der Ausarbeitung der Studie mitwirken wird.

In dieser allgemeinen Einführung wird erstens auf die Ziele des Auftrags hingewiesen (**Abschnitt A**), zweitens der sozioökonomische Kontext der «digitalen Transformation» dargelegt (**Abschnitt B**) und schliesslich drittens die in diesem Rechtsgutachten verfolgte Vorgehensweise erläutert (**Abschnitt C**).

A. Auftrag

Gemäss dem schriftlichen Auftrag vom 15. September 2017 und den vorangegangenen Beratungen verfolgt unser Rechtsgutachten vier Hauptziele.

Zunächst werden unter Berücksichtigung des aktuellen wirtschaftlichen Umfelds und der durch digitale Technologien hervorgerufenen neuen Beschäftigungsformen die charakteristischen Elemente des Begriffs «Betrieb» im Sinne des Arbeitsgesetzes (ArG)¹ erläutert, um zu bestimmen, inwieweit der Geltungsbereich dieses Gesetzes erweitert werden sollte.

Als nächstes müssen die Definition des Betriebsbegriffs und der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes mit den Kriterien zur Bestimmung des Geltungsbereichs des privaten Arbeitsrechts sowie den Kriterien des Sozialversicherungsrechts zur Bestimmung des Status des Arbeitnehmers verglichen werden.

Darüber hinaus sollte auch der Einzelfall der Innominatverträge und die Möglichkeit der gleichzeitigen Anwendung mehrerer rechtlichen Regelungen auf das gleiche Vertragsverhältnis geprüft werden.

Abschliessend soll den Vollzugsbehörden ein praktischer Ansatz vorgeschlagen werden, um den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts festzulegen.

B. Ausgangslage

Der Kontext des vorgenannten Auftrags ist derjenige der grundlegenden Veränderungen bestimmter Wirtschaftsmodelle, die durch die «digitale Transformation» hervorgerufen werden.

Es handelt sich um eine Transformation des Wirtschaftslebens, die sowohl mit bestimmten Werkzeugen wie dem PC oder dem Mobiltelefon, mit bestimmten Prozessen wie umfangreicher Datenverarbeitung, Algorithmen und künstlicher Intelligenz als auch

¹ SR 822.11.

mit bestimmten Anwendungen wie dem umfassenden Einsatz von Computern für den Zugang zu Informationen und die Organisation des beruflichen und privaten Lebens verbunden ist².

Diese Transformation erfolgte zunächst in Form von «Digitalen Vermittlungsprozessen», d. h. als Verknüpfung von Dienstleistern und Konsumenten, die sich bisher direkt oder über einen nicht-digitalen Vermittler begegnet sind. Als Beispiele seien hier Plattformen für Transport, für Dienstleistungen in Bereichen Banking, Recht, Gesundheitswesen, Haushaltshilfen, Kinder oder Do-it-yourself genannt.

Die digitale Transformation der Wirtschaft verändert allmählich das Verhältnis zur Beschäftigung, insbesondere durch die Förderung der Selbständigkeit und der Mehrfachbeschäftigung. Die «Lohngesellschaft»³ verändert sich so sehr, dass einige heute von «Post-Lohnarbeit» (Lohnarbeit, die in der Gesellschaft zum Minderheitsphänomen würde)⁴ oder sogar von «Neo-Lohnarbeit» (aufrechterhaltener Lohnarbeit, welche aber nicht mehr ihren bisherigen Schutz hat)⁵ sprechen. Durch einen verstärkten Rückgriff auf Selbständigkeit kann die digitale Transformation so weit führen, dass die traditionelle Aufteilung des wirtschaftlichen Risikos umgekehrt und der Arbeitnehmer stärker belastet wird als der Arbeitgeber. Neben der Verringerung der Inanspruchnahme von Arbeitnehmern kann die digitale Transformation auch Auswirkungen auf die Lohnarbeit selbst haben, sowohl in Bezug auf die Arbeitszeit (durch Förderung atypischer Arbeitszeiten, Aufhebung der Trennung zwischen Arbeitszeit und Freizeit) als auch auf den Arbeitsplatz (durch Förderung der Telearbeit)⁶.

Es gilt zu bedenken, dass die digitale Transformation der Wirtschaft nicht frei von ideologischen Grundlagen ist: in der Tat entspricht sie der Logik des Outsourcings. Nach dieser Theorie hängt «die Entscheidung, eine Tätigkeit zu internalisieren oder auszulagern [...] von einem Vergleich zwischen den Kosten einer innerhalb eines Betriebs erfolgten Transaktion [...] und den Kosten einer Transaktion auf dem Markt [...] ab»⁷.

Outsourcing wurde schon vor der digitalen Transformation der Wirtschaft umgesetzt, sei es auf der Ebene der Funktionen (IT, Reinigung usw.), der Infrastrukturen oder der betrieblichen Prozesse (Franchising usw.).

Dieser Zusammenhang ist nicht ohne Einfluss auf den Arbeitsalltag vieler Menschen. Nur wenige Menschen bleiben von den durch die digitale Transformation hervorgerufenen Aspekten unberührt.

² Vgl. Aurélien Witzig, «L'ubérisation du monde du travail. Réponses juridiques à une évolution économique», ZSR 2016 457.

³ Der Begriff stammt von Robert Castel, in *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995. [Anm. d. Ü.: Deutsche Übersetzung/Ausgabe: *Die Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit*, Konstanz, UVK-Verlag, 2000.]

⁴ Vgl. «Uber prêt à payer cher pour ne pas avoir de salariés», *Le Point*, 24. April 2016.

⁵ Conseil national du numérique (Frankreich), Bericht «*Travail Emploi Numérique – Les nouvelles trajectoires*», Januar 2016, S. 34. Zu den Begriffen «Post-Lohnarbeit» [«post-salariat»] und «Neo-Lohnarbeit» [«néo-salariat»] siehe Diana Filippova, «La crise du salariat aura-t-elle lieu?» <magazine.ouishare.net>.

⁶ Siehe BGer, Geschäftsbericht 2011, S. 20.

⁷ Conseil national du numérique, vorgenannter Bericht, S. 31. Vgl. auch die «Transaktionskostentheorie», welche von Ronald Coase in einem Artikel von 1937 «The Nature of the Firm» aufgestellt wurde.

Die offensichtlichsten Auswirkungen betreffen jedoch vor allem neue Beschäftigungsformen, die durch diese Entwicklungen hervorgerufen werden, insbesondere die durch die Erweiterung der digitalen Plattformen geschaffenen Arbeitsplätze. Dabei handelt es sich oft um neue Arbeitsplätze, die ausserhalb der «klassischen» Betriebsstruktur, nämlich des «fordistischen» Betriebs, welcher während des 20. Jahrhunderts grosse Verbreitung gefunden hat, entstehen.

C. Ablauf

Unser Vorgehen ist wie folgt strukturiert. Zuerst soll die Geschichte des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes (**Kapitel II**) nachgezeichnet werden. Da das Arbeitsgesetz von den konkreten Arbeitsformen abhängt, lässt sich erst durch eine historische Perspektive nachvollziehen, wie sein Geltungsbereich gedacht und konzipiert wurde und in welche Richtung er sich entwickeln kann oder muss.

Anschliessend daran sind die Umriss des Begriffs des «Betriebs» im Sinne dieses Gesetzes festzulegen und die vorgesehenen Ausnahmen sowohl aus Sicht der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer zu überprüfen (**Kapitel III**). Insbesondere ist die Stellung des «Arbeitnehmers» im Sinne des ArG mit den im privaten Arbeitsrecht und im Sozialversicherungsrecht festgelegten Kriterien zu vergleichen. Ähnlichkeiten und Unterschiede müssen erkannt und begründet werden.

Diese Auslegung wird sich an den traditionellen Methoden der Gesetzesauslegung orientieren müssen. In Anlehnung an das Bundesgericht wird ein «pragmatischen Methodenpluralismus» übernommen, der grammatikalische, systematische, teleologische, historische und geltungszeitliche Auslegungsmethoden verbindet⁸.

Selbstverständlich werden die Auslegungen, die bereits von der Verwaltung, der Rechtsprechung und der Lehre gegeben wurden, aufgezeigt. Sie müssen jedoch den neuen Gegebenheiten gegenübergestellt werden, die sich insbesondere aus den jüngsten wirtschaftlichen Entwicklungen bei der Betriebsorganisation und der Struktur der Arbeitsplätze ergeben (**Kapitel IV**).

Wir werden in dieser Studie oft Gelegenheit haben, auf die Kommentare und Richtlinien des SECO zu verweisen. Es sei darauf hingewiesen, dass die Wegleitungen des SECO zum Arbeitsgesetz und seinen Verordnungen nach Ansicht des Bundesgerichts als Richtlinien gelten⁹. Soweit diese Richtlinien keinen Gesetzesrang haben, werden wir uns jedoch auch einmal einen kritischen Blick erlauben und gleichzeitig versuchen, ihren Inhalt so weit wie möglich beizubehalten, damit die Verwaltungspraxis trotz der neuen Überlegungen, die wir hier anstellen werden, im Laufe der Zeit beständig bleibt.

Zum Schluss wird eine Zusammenfassung (**Kapitel V**) und eine praxisbezogene mehrstufige Vorgehensweise vorgeschlagen, um den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes in einem konkreten Fall zu bestimmen (**Kapitel VI**).

⁸ Zusammenfassend: BGE 140 V 227, E. 3.2.

⁹ Urteil des Bundesgerichts, 9. Mai 2012, 2C_462/2011, E. 4.2.

II. Geschichte des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes

Wir werden hier einen historischen Überblick in drei Teilen vorlegen. Wir werden uns, in dieser Reihenfolge, mit der Entwicklung von der Helvetischen Republik bis zum Arbeitsgesetz (**Abschnitt A**), und dann, kurz gefasst, mit dem ursprünglichen Geltungsbereich (**Abschnitt B**) und der Entwicklung (**Abschnitt C**) des Gesetzes befassen.

A. Von der Helvetischen Republik zum Arbeitsgesetz

Im Jahr 1798 verkündete das Helvetische Direktorium die Handels- und Gewerbefreiheit¹⁰. In der so geschaffenen neuen Rechtsordnung standen sich im Arbeitsrecht nur zwei mutmasslich freie und gleichberechtigte Vertragspartner – der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer – gegenüber, fast ohne jegliche rechtliche Verpflichtung zur Gestaltung ihrer Beziehung.

Diese Position eines umfassenden Liberalismus schien schnell unhaltbar.

So wurden schnell Gesetze verabschiedet, um Kinderarbeit unter einem bestimmten Alter zu verbieten, den Arbeitstag zu begrenzen usw. Mit der am 7. November 1815 in Zürich in Kraft gesetzten Verordnung über Kinderarbeit in Fabriken, nahm die Schweiz eine Vorreiterrolle in diesem Gebiet ein¹¹. Durch eine Glarner Verordnung von 1846 machte die Schweiz dann Erfahrungen mit einer Arbeitsgesetzgebung, die nicht nur Kinder-, sondern auch Erwachsenenarbeit regelt¹². Die Gesetzgebung des Kantons Glarus, insbesondere das Gesetz vom 10. August 1864, diente als Vorbild für das erste Bundesgesetz betreffend die Arbeit in Fabriken von 1877¹³.

Um die damalige Rechtsentwicklung zu verstehen, muss man bedenken, dass die Schweizer Industrie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor allem aus Lokomotiv- und Maschinenfabriken, Seidenstoff- und Seidenbandwebereien, Baumwoll- und Leinenspinnereien und Webereien, mechanische Stickereien, Druckereien, chemische Fabriken und Färbereien, Papier- und Holzstofffabriken, Strohwarenfabriken, Zigarrenfabriken, Glashütten, Musikdosen- und Uhrenfabriken bestand¹⁴.

Zu den Problemen der Arbeitnehmer gehörten das Einatmen von Schadstoffen, Verletzungsgefahren, übermässige Arbeitszeiten, Kinderarbeit, Nachtarbeit, Arbeit während Sonn- und Feiertagen, nachteilige Zahlungsmethoden, zu restriktive Betriebsvorschriften. Kurz gesagt, die Arbeitnehmer sahen sich Gefahren «[für ihre] Gesundheit und [für ihr] Leben» ausgesetzt¹⁵.

¹⁰ Bundesarchiv, 1798, Band 548, Blatt 159.

¹¹ Vgl. Johannes Schregle/Wilfred Jenks, «Labour Law», in: Encyclopedia Britannica, <britannica.com>.

¹² René Lavollée, *Les Classes ouvrières en Europe*, Paris, Guillaumin & Cie, 2. Aufl., 1884, Band II, S. 13.

¹³ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse* (1. Aufl. 1914), Genf/Zürich/Basel, Schulthess, 2008, S. 218.

¹⁴ Bericht der Kommission des Nationalrats, 24. Mai 1876, BBI 1876 II 787-788.

¹⁵ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 789.

Seit Mitte des 19. Jahrhunderts haben die Kantone deshalb Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer und deren Rechte erlassen. Das Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken sollte also ein Mittel sein, «um den grössten Übelständen, wie sie da und dort bei dieser Arbeit zu Tage treten, abzuweichen», mit dem Ziel, den «billigen Forderungen der Arbeiterklasse gerecht zu werden»¹⁶.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass das Arbeitsrecht dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht direkt zuwiderlaufen wollte¹⁷. Ziel war es, eine «Korrektion» zu bilden, die in der Lage ist, die Interessen der Arbeiter mit denjenigen der Arbeitgeber in Einklang zu bringen¹⁸. Es sei daran erinnert, dass der Industrie damals eine «zivilisatorische Mission» zugeschrieben wurde¹⁹.

Neben den Anforderungen zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer war das Fabrikgesetz insofern von besonderer Bedeutung, als es eine objektive Haftung des Arbeitgebers vorsah: «Wenn durch den Betrieb einer Fabrik die Körperverletzung oder der Tod eines Arbeiters herbeigeführt wird, so haftet der Fabrikbesitzer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht den Beweis leisten kann, dass der Unfall durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten erfolgt ist» (Art. 4)²⁰.

Eine solche Haftungsregelung war auf eine Weise gerechtfertigt, die auch geeignet ist, die gegenwärtige Situation entsprechend zu überdenken: «Angesichts der Ausdehnung, welche die Anwendung der Dampfkraft im industriellen Betriebe erlangt hat, wird man nicht einwenden können, dass es in der Hand des Arbeiters liege, in minder gefährlichen Unternehmungen Beschäftigung zu suchen, noch auch wird sich im Allgemeinen behaupten lassen, dass schon der Arbeitslohn eine Prämie für die Übernahme der Gefahren enthalte. Da der Arbeiter in Fabriken bezüglich der Sicherheit seiner Person den Einrichtungen und Vorkehrungen des Unternehmers vertrauen und denselben oftmals willenlos sich überlassen muss, so wird die Forderung nicht abzuweisen sein, dass auch hier der Grösse der Gefahr die Verantwortlichkeit des Unternehmers entsprechen müsse.»²¹

Dabei kommt die Logik *ubi onus ibi emolumentum* (wer den Gewinn erhält, muss die Risiken tragen) zur Anwendung: «Der gesetzgeberische Gedanke ist allerdings berechtigt, dass, wer um eines Erwerbes willen Naturkräfte in seinen Dienst nimmt, auch für den Schaden eintreten müsse, welchen dieselben anrichten; dass dies insbesondere dann gelte, wenn Menschenleben vernichtet oder die menschliche Gesundheit zerstört werden; vornehmlich aber gegenüber denen, die von ihrer Hände Arbeit leben und deren Hinterbliebene durch den Unfall in das bitterste Elend geraten.»²²

Es wird daran erinnert, dass neben dieser Arbeitsgesetzgebung die Vertragsgestaltung, wie sie die römische Tradition überliefert hat, den Arbeitsvertrag weiterhin bestimmte. So enthielt das Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht nur zwölf

¹⁶ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 786.

¹⁷ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 787.

¹⁸ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 787.

¹⁹ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 787.

²⁰ BBI 1876 II 818.

²¹ Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 792.

²² Vorgenannter Bericht, BBI 1876 II 793.

Artikel zum Arbeitsvertrag und machte nur wenige Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit²³.

Später begünstigte die zweite «industrielle Revolution» in der Schweiz die Wasserkraft, den Tourismus, die Uhrenindustrie, den Maschinenbau und die Nahrungsmittelindustrie. Es wurde jedoch die gleiche Gesetzgebungslogik wie bisher verfolgt.

Zwar wurde 1919 von der Bundesversammlung ein einheitliches Gesetzgebungsprojekt verabschiedet, das alle Arbeitsbedingungen geregelt hätte²⁴. Dieses Projekt wurde jedoch bei der Volksabstimmung vom 21. März 1920 abgelehnt²⁵. Das Arbeitsrecht wurde somit nicht vereinheitlicht, und das ist bis heute so geblieben.

Eines der Merkmale des schweizerischen Arbeitsrechts, das es mit dem deutschen Recht, nicht aber mit dem französischen Recht teilt, besteht darin, dass es nicht in einem einzigen Kodex vereinheitlicht ist, sondern in verschiedene Gesetze aufgeteilt ist, darunter das Obligationenrecht (OR) und das Arbeitsgesetz (ArG), das Gesetz über Heimarbeit (HArG), das Entsendegesetz (EntsG), das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), das Gleichstellungsgesetz (GIG), das Gesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), das Gesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) usw.

Diese Gesetze sind von ihrer Entstehungsgeschichte geprägt und weisen daher Anwendungsbereiche auf, die sich nicht zwingend überschneiden.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das Schweizer Arbeitsrecht bis heute durch die Annahme von drei aufeinander folgenden wichtigen Gesetzen verändert und strukturiert:

- zum kollektiven Arbeitsrecht (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956),
- zur Industriegesetzgebung (Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964), mit der wir uns hier beschäftigen und
- zum Arbeitsvertrag (Bundesgesetz vom 25. Juni 1971).

B. Der ursprüngliche Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz trat am 1. Februar 1966 in Kraft. Seine ersten Artikel legen seinen eigenen Geltungsbereich fest (Art. 1 bis 5).

Artikel 1, der den betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich regelt, enthält den Grundsatz, dass das ArG für «alle öffentlichen und privaten Betriebe» anwendbar ist (Art. 1 Abs. 1 ArG).

Es zeigt sich also, dass der Geltungsbereich des ArG in erster Linie von der Definition des Betriebs abhängt.

Dieser Grundsatz unterliegt jedoch Ausnahmen, die in den Artikeln 2 bis 4 ArG aufgeführt sind; einige Betriebe oder Arbeitnehmer unterliegen dem ArG nicht. Mit

²³ Stéphanie Perrenoud, «L'évolution historique du droit de la relation de travail», in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (Hrsg.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins*, Genf/Zürich/Basel, Schulthess, 2016, S. 35.

²⁴ BBI 1919 III 846.

²⁵ Bericht des Bundesrates, 19. April 1920, BBI 1920 II 263.

anderen Worten, das ArG gilt für alle Betriebe und alle Arbeitnehmer, es sei denn, sie sind davon explizit ausgenommen²⁶.

Artikel 2 ArG sieht Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich vor, Artikel 3 ArG sieht Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich vor. Für Familienbetriebe (Art. 4 ArG) und für industrielle Betriebe (Art. 5 ArG) bestehen Sondervorschriften.

Allerdings können die Ausnahmen nur teilweise zur Anwendung kommen (vgl. Art. 3a und 27 ArG, ArGV 2 usw.), während einige Arbeitnehmer verstärkten Schutz geniessen (vgl. Art. 29 ff. ArG, ArGV 5, Mutterschutzverordnung usw.).

Schliesslich ist zu beachten, dass Kapitel 1 der ArGV 1 einige Präzisierungen zum Geltungsbereich des Arbeitsrechts enthält. Insbesondere legt sie fest:

«Art. 1 Arbeitnehmer

(Art. 1 ArG)

1 Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin ist jede Person, die in einem unter das Gesetz fallenden Betrieb dauernd oder vorübergehend während der ganzen Arbeitszeit oder eines Teils davon beschäftigt wird.

2 Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen sind auch Lehrlinge, Praktikanten, Praktikantinnen, Volontäre, Volontärinnen und andere Personen, die hauptsächlich zur Ausbildung oder zur Vorbereitung der Berufswahl im Betrieb tätig sind.»

C. Entwicklung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes

Das ArG wurde seit seinem Erlass und bis heute mehrfach revidiert. Sein Geltungsbereich ist jedoch nahezu unverändert geblieben²⁷.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass durch eine Gesetzesnovelle vom 8. Oktober 1993, die als Teil des Swisslex-Pakets verabschiedet wurde, die Arbeitnehmer, die eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben, sowie diejenigen, die eine höhere leitende Tätigkeit wahrnehmen, dem Gesetz bezüglich der Anforderungen an die «Hygiene» unterstellt wurden: (heute «Gesundheit»²⁸, vgl. Art. 3a ArG)²⁹.

Im Übrigen hatte das Parlament am 22. März 1996 einen weitreichenden Entwurf zur Revision des ArG gutgeheissen. Dieser Entwurf wurde jedoch an der Referendumsabstimmung vom 1. Dezember 1996 abgelehnt³⁰. Nach der Volksabstimmung wurde ein neuer Entwurf zur Revision des ArG vorgelegt, der 1998 angenommen und im Jahr 2000 in Kraft gesetzt wurde.

²⁶ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 2. Aufl., 2012, Rz. 931, S. 339. Vgl. auch: Peter Böhringer/Rainer Mössinger, *Das neue Arbeitsgesetz*, Zürich, KV, 2001, S. 13.

²⁷ Bezüglich der Revision von 1989, vgl. Philippe Bois, «La révision de la loi sur le travail (1989)», in: *Etudes en droit social*, Zürich, Schulthess, 1991, S. 177.

²⁸ Vgl. Änderung vom 20. März 1998, AS 2000 1569.

²⁹ Hans-Peter Tschudi/Thomas Geiser/Rémy Wyler, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 21 zu Einleitung.

³⁰ Schweizerischer Arbeitgeberverband, *Das Arbeitsgesetz, Handbuch für die Praxis*, Zürich, 2000, S. 2.

III. Analyse der drei Konzepte zur Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes

Um den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes zu bestimmen, muss man zunächst den Wortlaut seines Titels analysieren: «Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel»

Der Titel des Gesetzes gibt jedoch keine direkte Auskunft über seinen Geltungsbereich, da er in Bezug auf die ersten Artikel desselben Gesetzes eindeutig zu eng gefasst ist³¹. Darüber hinaus ist das Gesetz gemäss Rechtsprechung auch auf andere als die in diesem Titel genannten Bereiche, wie beispielsweise das Gesundheitswesen, anwendbar³².

Anders als der Titel gibt das erste Kapitel des Gesetzes genauere Angaben über dessen Geltungsbereich. Insgesamt ergibt sich aus der Rechtsordnung, dass der Geltungsbereich des ArG das Zusammenwirken von drei Elementen voraussetzt:

- einem Betrieb;
- einem Arbeitgeber, der nicht vom Geltungsbereich ausgenommen ist;
- einem Arbeitnehmer, der nicht vom Geltungsbereich ausgenommen ist.

Dieses Kapitel widmet sich genau der Analyse dieser drei Konzepte.

Zunächst muss der Begriff des «Betriebs» definiert werden (**Abschnitt A**). Wenn die Einrichtung, in der eine Person ihre Tätigkeit ausübt, kein Betrieb im Sinne des ArG ist, ist dieses Gesetz nicht anwendbar, ungeachtet der ausgeführten Arbeit und der Art und Weise, in der sie ausgeführt wird³³.

Weiter dürfen weder der Arbeitgeber (**Abschnitt B**) noch der Arbeitnehmer (**Abschnitt C**) vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sein, selbst wenn es einen Betrieb im Sinne des ArG gibt.

In Bezug auf den Arbeitnehmer kann die Ausnahme entweder aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder aus dem Grund erfolgen, dass er an sich nicht als «Arbeitnehmer» im Sinne dieser Gesetzgebung angesehen werden kann.

Es obliegt der Verwaltungsbehörde, über die strittigen Fälle zu entscheiden (Art. 41 Abs. 3 ArG). Dabei muss die Behörde jedoch darauf achten, nicht gegen das Gesetz zu verstossen (vgl. insbesondere Art. 5 der BV).

A. Der Betrieb

1. Vorgängig: Definition des Betriebs im privaten Arbeitsrecht

³¹ Gleicher Ansicht: Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 4 zu Art. 1 ArG; Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 7 zu Art. 1 ArG.

³² Urteil des Bundesgerichts, 14. Juni 2002, 2P.251/2001, E. 4; Urteil des Bundesgerichts, 5. März 2009, 2C_308/2008, E. 2.

³³ Vgl. Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 1 zu Art. 3 ArG.

Allgemein ist der «Betrieb» durch die Rechtsprechung im Bereich des Rechts des Betriebsübergangs definiert (vgl. z. B. Art. 333 Abs. 1 OR). Gemäss dem Bundesgericht ist unter einem «Betrieb» «eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zu verstehen, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt»³⁴.

2. Definition des Betriebs durch das ArG

Das ArG gibt jedoch eine eigene Definition eines Betriebs vor, die viel weiter gefasst ist als die durch das Bundesgericht bezüglich des Betriebsübergangs festgelegte Definition: «Ein Betrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind.» (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 ArG).

Nach der Rechtsprechung ist der Begriff des Betriebs sehr weit auszulegen, da dieser im Gesetz bewusst sehr weit gefasst ist³⁵.

Ein Betrieb liegt somit vor, wenn «ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt»³⁶. Die Dauer gilt daher, ebenso wie die Selbständigkeit des Betriebs, nicht als Kriterium³⁷.

Der Betrieb im Sinne des ArG ist nicht notwendigerweise mit dem Arbeitgeber identisch: das Arbeitsverhältnis kann nicht mit dem Betriebsinhaber, sondern mit einem Dritten bestehen, wie beispielsweise bei der Leiharbeit³⁸.

Der Betrieb im Sinne des ArG ist dann jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt und die Arbeit organisiert³⁹.

Nicht relevant sind: die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer – nicht einmal die Tatsache, dass die Arbeitnehmer unter den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen⁴⁰ –, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Ort der Tätigkeit (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 ArG *a contrario*), die Tatsache, ob der Arbeitgeber eine natürliche oder juristische Person (privat- oder öffentlich-rechtlich) ist, ob es sich um eine Körperschaft oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt⁴¹, oder ob eine hoheitliche oder privatrechtliche Tätigkeit ausgeübt wird⁴².

Abgesehen von der Frage des Geltungsbereichs der Sondervorschriften für industrielle Betriebe (Art. 5 ArG) und Betriebe, die vom Bundesrat der Plangenehmigung und Betriebsbewilligung unterstellt werden (Art. 8 ArG), ist es nicht erforderlich, dass der

³⁴ BGE 129 III 335, E. 2.1 = JdT 2003 II 75 = ARV 2003 216 = JAR 2004 212 = komm. Lorandi, in: AJP 2003 1093.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts, 20. Juni 2016, 2C_703/2015, E. 2.1.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts, 20. Juni 2016, 2C_703/2015, E. 2.1.

³⁷ Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts, 20. Juni 2016, 2C_703/2015, E. 2.1.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts, 20. Juni 2016, 2C_703/2015, E. 2.1.

⁴⁰ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 10 zu Art. 1 ArG.

⁴¹ BBI 1960 II 939.

⁴² Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 1 zu Art. 1 ArG.

Betrieb besondere Einrichtungen oder Räumlichkeiten⁴³, «zum Beispiel besondere Betriebsräumlichkeiten», aufweist.⁴⁴ So fällt das Wandergewerbe ebenso unter das ArG wie die Telearbeit (jedoch nicht die Heimarbeit, die durch Art. 3 lit. f ArG ausdrücklich ausgenommen ist)⁴⁵. Im Grunde «werden feste Betriebseinrichtungen im Zusammenhang mit den Vorschriften über die industriellen Betriebe vorausgesetzt und bei Betrieben, die der Plangenehmigungspflicht nach Artikel 8 des Gesetzes unterstehen»⁴⁶.

Der Betrieb muss auch kein wirtschaftliches Ziel haben; es geht auch um Betriebe mit gemeinnütziger Zielsetzung; «entscheidend ist allein, dass eine bestimmte Person Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation leistet»⁴⁷.

Es ist auch wichtig zu erwähnen, dass der «Betrieb» im Sinne des ArG nicht unbedingt gewinnorientiert sein muss⁴⁸.

3. Bedeutung der aktuell vom ArG festgelegten Definition

Die heute gültige Definition des Betriebs entspricht derjenigen des 1960 vom Bundesrat vorgelegten Entwurfs eines Arbeitsgesetzes⁴⁹. Die erste Fassung des Gesetzes veranschaulichte die Definition auch durch eine Reihe von Bereichen, auf die das Gesetz anzuwenden wäre: Industrie, Handwerk, Handel, Bank-, Versicherungs-, Transport- und Gastgewerbe, Krankenpflege und anderer Dienstleistungen, sowie auf Forstbetriebe öffentlicher Wälder⁵⁰. Verschiedene Änderungen, von denen die letzte 1996 stattfand, trugen zur «Kürzung» dieser Aufzählung und schliesslich zu ihrer vollständigen Streichung bei⁵¹.

Der Bundesrat macht deutlich, dass «das Gesetz [...] vielmehr sämtliche Betriebe in Industrie, Gewerbe und Handel im weitesten Sinne, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind, [erfasst]»⁵². Dazu gehören Bergwerke, Steinbrüche, die Bauwirtschaft, Bildungs- und Sozialeinrichtungen, Verbandssekretariate, Zeitungsredaktionen und die freien Berufe⁵³.

Die Idee war damals, alle Bereiche des so genannten sekundären und tertiären Sektors einzubeziehen, mit Ausnahme des grössten Teils des primären Sektors (aber nicht der Bewirtschaftung öffentlicher Wälder)⁵⁴. Was die Dreiteilung der Wirtschaft in drei

⁴³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 4 zu Art. 1 ArG.

⁴⁴ BBI 1960 II 939.

⁴⁵ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 4 zu Art. 1 ArG.

⁴⁶ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-1.

⁴⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 4 zu Art. 1 ArG.

⁴⁸ BBI 1960 II 939; Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 7 zu Art. 1 ArG.

⁴⁹ BBI 1960 II 1032.

⁵⁰ AS 1966 57.

⁵¹ BBI 1994 II 176.

⁵² BBI 1960 II 937.

⁵³ BBI 1960 II 937.

⁵⁴ BBI 1960 II 937 f.

Sektoren betrifft – eine Dreiteilung, die sicherlich von einigen Ökonomen kritisiert wurde –, so scheint es, dass der primäre Sektor in der ursprünglichen gesetzgeberischen Logik grundsätzlich vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen war, dass der sekundäre Sektor diesem in Gänze unterstand (vgl. Art. 41 Abs. 3 ArG: es besteht kein Zweifel an der Anwendbarkeit des Gesetzes, mit Ausnahme eines nichtindustriellen Betriebs), während der tertiäre Sektor bis auf wenige Ausnahmen grundsätzlich unter den Geltungsbereich fiel. Diese Analyse stützt sich jedoch auf die vom Gesetzgeber in den Artikeln 2 bis 4 ArG durchgeführte Ausscheidung, da auf die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die ganz oder teilweise vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind, ausdrücklich verwiesen wird.

Zwar entspricht der Begriff des Betriebs im Sinne des ArG nicht dem allgemeinen Begriff des Betriebs⁵⁵, da das Gesetz ihn mit der Arbeitsorganisation gleichsetzt. Wie erläutert, fordert das ArG weder die Selbständigkeit noch die Dauerhaftigkeit des Betriebs⁵⁶. Dies lässt sich damit erklären, dass ohne die Ausnahmen des Art. 2 Abs. 1 lit. a und g auch der öffentliche Dienst und die privaten Haushalte unter dieses Gesetz fallen würden⁵⁷.

Einige Autoren bedauern, dass die gemeinsame Definition des Begriffs Betrieb nicht eingehalten wurde, was die Dinge einfacher gemacht hätte⁵⁸.

4. Teilweise Anwendung entsprechend der Betriebsdefinition

Es wird klargestellt, dass «Wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Gesetzes nur für einzelne Teile eines Betriebes gegeben sind, [...] das Gesetz nur auf diese anwendbar [ist]» (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 ArG).

Ursprünglich ging es bei dieser Klarstellung vor allem um die mit einem Landwirtschaftsbetrieb verbundenen Gaststätten⁵⁹. Das bedeutet, dass ihr Zweck darin bestand, den Schutz auf diejenigen Teile des primären Sektors auszudehnen, die Tätigkeiten des sekundären oder tertiären Sektors darstellen.

Anders gesagt, Betriebsteile, die eine eigene organisatorische Einheit darstellen, können dem ArG unterliegen, auch wenn dies für den Rest des Betriebs nicht der Fall ist⁶⁰. Mit anderen Worten, «Betriebsteile, welche nicht unter eine Ausnahme fallen, unterstehen dem ArG»⁶¹. Dazu war es bisher ratsam festzustellen, welcher Teil der Tätigkeit in den einzelnen Betriebsbereichen den Schwerpunkt bildete⁶². Derzeit wird jedoch vielmehr

⁵⁵ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 8 zu Art. 1 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 3 zu Art. 1 ArG.

⁵⁶ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 8 zu Art. 1 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 3 zu Art. 1 ArG.

⁵⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 3 zu Art. 1 ArG.

⁵⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 3 zu Art. 1 ArG.

⁵⁹ BBI 1960 II 939.

⁶⁰ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 7 zu Art. 1 ArG.

⁶¹ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 7 zu Art. 1 ArG.

⁶² Direktion der Volkswirtschaft/ZH, *Entscheid vom 24. Mai 1985*, ARV 1985 2 = JAR 1986 53; SECO, *27. April 1984*, ARV 1985 3 = JAR 1986 54.

davon ausgegangen, dass es keine Rolle spielt, ob eine Tätigkeit überwiegt, sondern dass man von einem eigentlichen «Betriebsteil» sprechen kann⁶³.

5. Ausgenommene Betriebe

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die einzigen Ausnahmen von der Anwendung des ArG im Gesetz selbst vorgesehen sind. Ausgenommen sind Betriebe in Branchen, in denen andere Gesetze den Arbeitnehmern bereits ausreichenden Schutz bieten oder in denen die Art der Arbeit die eine Regelung im Arbeitsgesetz gegenstandslos macht⁶⁴. So schliesst das ArG ausdrücklich Betriebe aus, die bereits besonderen Bestimmungen unterliegen, wie z. B. Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen (Art. 2 Abs. 1 lit. b ArG) und solche, die der Bundesgesetzgebung über die Seeschifffahrt unter Schweizerflagge unterstehen (Art. 2 Abs. 1 lit. c ArG).

Es erscheint daher logisch, dass die Wegleitung des SECO erläutert, dass keine weitere Ausnahmen bestehen, «auch wenn im Titel des Gesetzes die Dienstleistungsbetriebe nicht ausdrücklich erwähnt werden»⁶⁵. Das SECO weist zu Recht darauf hin, dass das ArG «auch auf die freien Berufe und auf weitere Dienstleistungserbringer anwendbar [ist], soweit ein Arbeitsverhältnis nach Gesetz vorliegt»⁶⁶.

6. Übersicht über den Betriebsbegriff gemäss ArG

Auf den ersten Blick scheint der hier verwendete Begriff «Betrieb» mit der Arbeitsbeziehung verwechselt zu werden. Tatsächlich ist nur der Umstand, dass «ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt», in der Praxis tatsächlich unterscheidend.

Der Betriebsbegriff im Sinne des ArG ist daher eher ein neutraler Begriff. Da es sich nicht wirklich um eine Bedingung handelt, die einen Zustand aus dem Geltungsbereich des ArG ausschliessen könnte (ausser vielleicht für den Staat und die privaten Haushalte, wie wir später sehen werden), wird dieser Geltungsbereich auf der Grundlage der Konzepte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes bestimmt.

B. Der Arbeitgeber

1. Auf schweizerischer Ebene

Wie der Begriff «Betrieb» ist auch der Begriff «Arbeitgeber» ein nicht unterscheidungskräftiger Begriff für unsere Studie, dessen Nutzen darin besteht, dass er dazu beiträgt, Zustände in den Geltungsbereich des ArG einzubeziehen, anstatt sie auszuschliessen.

⁶³ Thomas Geiser in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 5 zu Art. 1 ArG.

⁶⁴ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 2. Aufl., 2012, Rz. 931, S. 339.

⁶⁵ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-1.

⁶⁶ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-1.

Als Arbeitgeber muss als derjenige betrachtet werden, der «Träger der Arbeitsorganisation» ist, das heisst im Regelfall der Betriebsinhaber⁶⁷.

Eine solche Qualifikation ermöglicht es, die Person, die von den Leistungen eines Zeitarbeiters profitiert, als Arbeitgeber zu bezeichnen: im Rahmen der Leiharbeit ist der gesetzliche Arbeitgeber im Sinne des Privatrechts nicht die Person, die den Leiharbeitnehmer tatsächlich täglich beschäftigt⁶⁸. Gemäss dem ArG ist es derjenige, der dem Arbeitnehmer, auf den die Auflagen dieses Gesetzes Anwendung finden, tatsächlich Arbeit gibt. Anders ausgedrückt unterliegt also nicht nur der Verleiher, sondern auch der Einsatzbetrieb den Bestimmungen des ArG bei der Einstellung von Personal⁶⁹.

Bei Konstellationen, bei denen ein Exklusivvertrag (wie etwa ein Franchisevertrag) einer Person die Arbeitsorganisation und die betrieblichen Einrichtungen zur Verfügung stellt, ist zu prüfen, welchen Handlungsspielraum der «Arbeitnehmer» bei der Entscheidungsfindung hat: «Müssen aufgrund eines Exklusivvertrags die betriebliche Einrichtung sowie Dienstleistungen und Waren oder die Logistik übernommen werden, dürfte in aller Regel ein gesetzliches Arbeitsverhältnis vorliegen, weil dem Betreiber oder der Betreiberin praktisch kein unternehmerischer Handlungsspielraum belassen wird. Arbeitgeber wäre dann nicht der rechtliche Betriebsinhaber, sondern jene natürliche oder juristische Person, die den Betrieb zur Verfügung stellt»⁷⁰.

Wie im vorigen Abschnitt festgestellt, kann «das Gesetz [...] auch auf bloss einzelne Teile eines Betriebes anwendbar sein, soweit diese Teile für sich eine organisatorische Einheit darstellen»⁷¹.

2. Sondervorschrift für ausländische Arbeitgeber

Eine Sondervorschrift legt die Rechtslage für im Ausland gelegene Betriebe fest, die Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen: Das ArG ist anwendbar, «soweit dies nach den Umständen möglich ist» (Art. 1 Abs. 3 ArG).

Diese Bestimmung ermöglicht es, Personen, die der öffentlichen Verwaltung eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation angehören, vom Geltungsbereich des Gesetzes auszunehmen, wobei internationale Übereinkommen ohnehin rechtlichen Vorrang haben⁷².

Die zweite Richtung der Klarstellung der Umstände ist rein praktischer Art: sie besagt, dass «die Vorschriften gegenüber einem im Ausland gelegenen Betrieb tatsächlich durchgesetzt werden können»⁷³.

⁶⁷ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-1; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 5 zu Art. 1 ArG.

⁶⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 5 zu Art. 1 ArG.

⁶⁹ Remo Wagner, «Die Rund-um-die-Uhr Betreuung in der Pflege», AJP 2016 772.

⁷⁰ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 5 zu Art. 1 ArG.

⁷¹ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

⁷² BBI 1960 II 939.

⁷³ BBI 1960 II 939.

C. Der Arbeitnehmer

1. Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des ArG

Der Begriff des «Arbeitnehmers» muss angesichts der beiden umfassenden Definitionen von «Betrieb» und «Arbeitgeber» eine entscheidende Rolle bei der Anwendung des ArG spielen.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Geltungsbereich des ArG mit dem Geltungsbereich des privaten Arbeitsrechts übereinstimmt, oder ob das ArG nicht für alle Fälle des privaten Arbeitsrechts gilt oder im Gegenteil, ob es auch für Fälle gilt, die nicht als Arbeitsverhältnisse im Sinne des Privatrechts gelten.

2. Grundlegende Definition des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht

Wie bereits dargelegt definiert das ArG den Begriff des «Arbeitnehmers» nicht⁷⁴.

Art. 1 ArGV 1 enthält zwar eine Legaldefinition, die aber so allgemein gehalten ist, dass sie von geringem praktischen Nutzen ist⁷⁵. Diese Bestimmung kann zumindest so verstanden werden, dass «das Gesetz alle Personen gleich, unabhängig von ihrem Arbeitsverhältnis zum Betrieb» behandelt, wobei die blossе Tatsache, in einem Betrieb beschäftigt zu sein, der selbst nicht vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen ist, ausreicht, um den Schutz zu gewährleisten⁷⁶.

Allerdings fehlt hier das entscheidende Kriterium des «Arbeitnehmers».

3. Verhältnis zur Definition des Arbeitnehmers im Sinne des Privatrechts

Verwaltung und Lehre berücksichtigen in jedem Fall, dass alle Arbeitnehmer im Sinne des Privatrechts in den Geltungsbereich des ArG fallen, es sei denn, das Gesetz selbst schliesse dies ausdrücklich aus⁷⁷. Tatsächlich wird allgemein davon ausgegangen, dass das ArG wie andere zwingende Vorschriften (vgl. Art. 341, 361 und 362 OR, GIG, EntsG usw.) anwendbar ist, sobald ein Arbeitsvertrag im Sinne des Obligationenrechts⁷⁸ vorliegt, der die beiden unter Punkt 1 genannten Fälle regelt.

⁷⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

⁷⁵ Thomas Geiser in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 11 zu Art. 1 ArG.

⁷⁶ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 101-1.

⁷⁷ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 11 und f. zu Art. 1 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG; Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 2. Aufl., 2012, Rz. 932, S. 340.

⁷⁸ Jean-Philippe Dunand, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, Stämpfli, 2013, Rz. 33 zu Art. 319 OR.

In der Praxis ist ein formeller Arbeitsvertrag nicht erforderlich, Unterordnung ist ausreichend⁷⁹. Massgeblich ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, nicht die im Vertrag enthaltene Qualifikation oder die Position im Organigramm des Unternehmens⁸⁰.

Das wesentliche Kriterium ist daher laut der Wegleitung des SECO nicht die rechtliche Einordnung des Verhältnisses: die Frage ist einzig, ob ein Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeber angestellt ist. Diese Beurteilung erscheint in dem Sinne relevant, als dass die Idee hinter der Einführung des ArG darin besteht, «sämtliche in einem Betrieb beschäftigten Personen gegen die mit der Arbeit verbundenen Gefahren schützen»⁸¹.

Die Gültigkeit des Arbeitsvertrages im Sinne des Privatrechts ist daher unerheblich, da das De-facto-Arbeitsverhältnis in gleicher Weise geschützt ist wie das, das sich auf eine formelle rechtliche Anerkennung stützen kann⁸². Dementsprechend ist von der Überprüfung auf Treu und Glauben, von der Art. 320 Abs. 3 OR bestimmte Wirkungen der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages abhängig macht, Abstand zu nehmen.

Der faktische Aspekt scheint daher im Arbeitsrecht vorherrschend zu sein.

Im privaten Arbeitsrecht hingegen ist es vielmehr die Rechtsform des Verhältnisses, die den Arbeitsvertrag vom Auftrag oder Werkvertrag unterscheidet. So wird ein Arbeitsvertrag im Allgemeinen als ein Vertrag definiert, durch den sich eine Person gegen Lohn auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste einer anderen Person verpflichtet⁸³. Die Arbeit, die so im Dienst eines andern zu leisten ist, ist nicht «irgendwelche bestimmte Arbeit», sondern «Arbeit, die dem dazu Verpflichteten *auf Grund seiner Stellung im Betrieb* oder Haushalt des andern übertragen wird»⁸⁴ (Hervorhebung hinzugefügt).

Das Kriterium der rechtlichen Unterordnung ist daher das allgemein anerkannte Kriterium für die Qualifizierung des Arbeitsvertrages⁸⁵. Die Rechtsprechung und die Lehre schliessen jedoch nicht aus, dass bestimmte eher wirtschaftliche Aspekte wie die

⁷⁹ Gabriela Riemer-Kafka/Nicole Elischa Krenger, *Arbeitsrecht, Kommentierte Tafeln*, Bern, Stämpfli, 2012, S. 111.

⁸⁰ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 2. Aufl., 2012, Rz. 934, S. 341.

⁸¹ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 101-1.

⁸² Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG; Hans Peter Tschudi, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Bern, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 1985, S. 28.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts, 14. Dezember 2010, 2C_714/2010 = ARV 2011 115 = JAR 2011 383, E. 3.4.1; siehe auch in der Lehre: Jean-Philippe Dunand, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, Stämpfli, 2013, Rz. 8 zu Art. 319 OR.

⁸⁴ Botschaft des Bundesrates, 25. August 1967, BBl 1967 II 276-277.

⁸⁵ Zu diesem Punkt insbesondere: Urteil des Bundesgerichts, 2. Mai 2006, 4C_390/2005, E. 2.6. Im Allgemeinen vgl. BGE 112 II 41, JdT 1986 I 253, SJ 1986 388, E. 1a/aa und 1a/bb; BGE 125 III 78 = SJ 1999 I 385 = Pra 1999 91 506, E. 4; Urteil des Bundesgerichts, 3. September 2015, 4A_200/2015 = JAR 2016 321 = ARV 2015 298, E. 4.2.1.

wirtschaftliche Abhängigkeit⁸⁶ oder die Eingliederung in einen fremden Betrieb⁸⁷ berücksichtigt werden. Art. 320 Abs. 2 OR erlaubt auch die Berücksichtigung von tatsächlichen Umständen, sofern in der Qualifikation des Arbeitsvertrages die Ausführung von Arbeiten, «deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist», vorgesehen ist⁸⁸.

Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des ArG scheint daher weiter gefasst zu sein als derjenige des OR. Gemäss SECO spricht man «laut Gesetz von Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin, wenn sich eine Person bei der Ausübung einer Tätigkeit in eine fremde Arbeitsorganisation einordnen muss und wenn die Arbeitsleistung in persönlicher Unterordnung zu erfolgen hat, die Ausübung der Arbeit also an eine klare Weisung des Arbeitgebers gebunden ist»⁸⁹.

Anders ausgedrückt ist «im Unterschied zum Arbeitsvertragsrecht [...] somit der Begriff des Arbeitnehmers [...] breiter gefasst, weil weniger bestimmte Kriterien für den Begriff der Arbeitnehmereigenschaft vorausgesetzt werden. So verlangt das Gesetz nicht die Ausrichtung der Arbeit auf das wirtschaftliche Fortkommen der Person, wie das beim Arbeitsvertrag der Fall ist, wo Lohn als Gegenleistung für Arbeit bezahlt werden muss»⁹⁰.

Die herrschende Lehre stimmt dem SECO zu, indem sie das Vorliegen eines Arbeitsvertrages im Sinne des Privatrechts nicht als Kriterium für die Anwendung des ArG betrachtet⁹¹.

Aus anderer Perspektive könnte das primäre Kriterium im ArG nach Ansicht einiger nicht das des «Arbeitnehmers», sondern das des «Betriebs» sein: wenn der Betrieb dem ArG unterstellt ist, wird der Arbeitnehmer, der seine Tätigkeit in diesem Betrieb ausübt, ebenfalls dem ArG unterstellt, sofern dieser Betrieb eine ihm fremde Organisation darstellt⁹². Diese Überlegung bringt uns jedoch nicht viel weiter, da sie uns zur Frage nach dem entscheidenden Kriterium zurückführt, die wir am Anfang dieses Abschnitts gestellt haben.

Es kann jedoch festgehalten werden, dass es gleichgültig ist, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers während der normalen Betriebszeit erfolgt oder nicht (z. B. Reinigung oder Überwachung)⁹³. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Stelle bei der Ermittlung der Mindestzahl der Arbeitnehmer nach Art. 5 Abs. 2 lit. a ArG mitzuzählen ist⁹⁴.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts, 20. April 2005, 4C.462/2004, E. 4.3.3; Urteil des Bundesgerichts, 25. Januar 2007, 4C.276/2006, E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts, 9. Februar 2009, 4A_553/2008, E. 4.2; CAPH/GE, 9. April 2010, JAR 2001 459, E. 2.4.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts, 4. Februar 2000, JAR 2001 135; Urteil des Bundesgerichts, 9. März 2004, 4P.83/2003.

⁸⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts, 6. März 2013, 4A_641/2012, ARV 2013 127.

⁸⁹ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

⁹⁰ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

⁹¹ Roland Müller/Christian Maduz, Kommentar ArG, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG; Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2017, Rz. 12 zu Art. 1 ArG; Hans Peter Tschudi, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Bern, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 1985, S. 28.

⁹² Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

⁹³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

⁹⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Tätigkeit zu Erwerbszwecken des Arbeitnehmers erfolgt: entscheidend ist nur, ob die Tätigkeit zu Erwerbszwecken des Betriebs ausgeführt wird⁹⁵. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass nach Ansicht eines Autors unentgeltliche Tätigkeiten nicht unter den Geltungsbereich des ArG fallen, es sei denn, sie haben einen Ausbildungszweck⁹⁶. Diese Ansicht scheint isoliert zu sein⁹⁷.

Zusammengefasst sind Personen, die in ihrer Freizeit und im Rahmen eines Vereins Dienstleistungen erbringen, wie z. B. junge «Verkehrskadetten», die nicht als «Arbeitnehmer» im Sinne des ArG gelten, ausgenommen. Tatsächlich lernen «die Verkehrskadetten die Verkehrsregeln kennen», sie werden «in erster Hilfe und als Nothelfer geübt und geschult», sie «erfüllen damit zu einem guten Teil eine öffentliche Aufgabe, die ihrem Verein von der Polizei zur Entlastung des eigenen Personals übertragen wird», doch «es besteht kein Zweifel, dass die Polizeibeamten eine besondere Verwaltungsaufgabe erfüllen und nicht Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgesetzes sind»; im Übrigen liegt «kein Unterordnungsverhältnis im Sinne des Obligationenrechts vor»⁹⁸.

4. Vergleich mit der Definition des Arbeitnehmers im Sozialversicherungsrecht

Das wirtschaftliche Kriterium, das manchmal im privaten Arbeitsrecht oder im Rahmen des ArG angewandt wird, unterscheidet sich nicht von dem im Sozialversicherungsrecht, obwohl die Anforderungen in diesen beiden Rechtsgebieten nach wie vor unterschiedlich sind⁹⁹. Das Sozialversicherungsrecht hat die Besonderheit, grundsätzlich alle Erwerbseinkünfte in seinen Geltungsbereich einzubeziehen. Die Regelungen variieren je nachdem, ob sie als «unselbständig» oder «selbständig» gelten, wobei die Begriffe «Arbeitgeber» und «Arbeitnehmer» auch für die Beitragszahlung relevant sind.

Die Definition des Begriffs «Arbeitnehmer» im Sinne der Sozialversicherung stammt nicht aus dem Gesetz, das auf sich selbst bezogen ist. Nach Art. 10 ATSG gilt als Arbeitnehmer, wer in unselbständiger Stellung Arbeit leistet und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz bezieht¹⁰⁰. Nach dem Gesetz müssen also zwei Bedingungen erfüllt sein: die Leistung von abhängiger Arbeit und die Zahlung eines massgebenden Lohns¹⁰¹. Die Definition des massgebenden Lohnes ist jedoch kaum nützlich, da als massgebender Lohn «jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit» gilt (Art. 5 Abs. 2 AHVG).

Es liegt daher an der Rechtsprechung, für Klärung zu sorgen. Letztere bestätigt, dass sie ein eigenes Verständnis des Begriffs des «Arbeitnehmers» im

⁹⁵ Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 15 zu Art. 1 ArG.

⁹⁶ Thomas Geiser in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 17 zu Art. 1 ArG.

⁹⁷ Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 15 zu Art. 1 ArG.

⁹⁸ Bundesrat, Antwort vom 20. Juni 1979, ARV 1980 23.

⁹⁹ Eine bessere Abstimmung zwischen diesen beiden Rechtsgebieten wäre wünschenswert: Urteil des Bundesgerichts, 22. Dezember 2016, 8C_161/2015, E. 4.3.

¹⁰⁰ Für einen aktuellen Kommentar zu dieser Bestimmung, vgl. Jean-Philippe Dunand, *Commentaire de l'art. 10 LPGA*, in: Dupont/Moser (Hrsg.), *Commentaire romand LPGA*, Basel 2018 (erscheint demnächst).

¹⁰¹ BGE 140 V 368 = Pra 2014. 928 = komm. Perrenoud, in: SAS 2015 77, E. 4.

Sozialversicherungsrecht hat¹⁰². Ist der untergeordnete Arbeitnehmer weiterhin als Unselbständiger beschäftigt, da der Arbeitsvertrag ein sicheres Zeichen für eine unselbständige Tätigkeit ist¹⁰³, kann ein freier Dienstnehmer, der durch einen anderen Vertrag als einen Arbeitsvertrag gebunden ist, in bestimmten Fällen auch als unselbständig im Sinne des Sozialversicherungsrechts angesehen werden. Tatsächlich ist der Begriff der Abhängigkeit, der sich aus den oben genannten Kriterien ergibt, weiter gefasst als der des Arbeitnehmers im Sinne des Privatrechts¹⁰⁴.

Zur Beurteilung, ob in einem bestimmten Fall eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit vorliegt, muss man sich daher gemäss Rechtsprechung auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten stützen. Als Arbeitnehmer im Sinne der Sozialversicherung gilt also, wer in wirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer von seinem Arbeitgeber abhängig ist und kein wirtschaftliches Unternehmerrisiko trägt¹⁰⁵.

Aus dieser Sicht sind die von den Parteien vereinbarten Vertragsbeziehungen weniger entscheidend als die wirtschaftlichen Gegebenheiten¹⁰⁶. Es ist daher vor allem zu beachten, ob der freie Dienstnehmer in wirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht von einer anderen Person abhängig ist und ob er das Unternehmerrisiko trägt oder nicht¹⁰⁷. So wird davon ausgegangen, dass eine Arbeitsleistung in unselbständiger Stellung erbracht wird, wenn eine Person mehr oder weniger den Anweisungen einer anderen Person unterworfen ist, ohne das Unternehmerrisiko selbst tragen zu müssen¹⁰⁸. Es gibt verschiedene Merkmale, die für eine Unselbständigkeit sprechen: Weisungen, persönliche Ausführung, Konkurrenzverbot, Einhaltung bestimmter Zeitpläne, Regelmässigkeit der Zusammenarbeit, Nutzung der Einrichtungen der anderen Partei usw.¹⁰⁹. Das wirtschaftliche Risiko kann definiert werden als «das Risiko, das die Person infolge unangemessener Bewertungen oder beruflichen Verhaltens mit Verlusten der wirtschaftlichen Substanz des Unternehmens eingeht. Als Nachweis für das Bestehen eines unternehmerischen wirtschaftlichen Risikos gilt insbesondere, dass die versicherte Person grössere Investitionen tätigt, Verluste erleidet, das Inkasso- und Delkredererisiko trägt, Gemeinkosten trägt, im eigenen Namen und auf eigene

¹⁰² Vgl. auch: Aline Bonard, «Le statut de l'administrateur-travailleur au regard des assurances sociales», in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II en droit du travail*, Bern, Stämpfli, 2012, S. 726.

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts, 10. Januar 2005, H 334/03, E. 6.1-6.3; Urteil des Bundesgerichts, 22. September 2014, 8C_183/2014, E. 7.

¹⁰⁴ Vgl. Sara Rousselle-Ruffieux, «Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS», in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II en droit du travail*, Bern, Stämpfli, 2012, S. 197.

¹⁰⁵ EVG, 10. Januar 2005, H 334/03, E. 6.1-6.3

¹⁰⁶ BGE 199 V 161 = Pra 1994 151 = AJP 1997 1465; BGE 122 V 169, E. 3; BGE 123 V 161 = AJP 1998 594, E. 1; EVG, 13. Dezember 2004, H 98/04, E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts, 18. Juni 2013, 8C_97/2013, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts, 1. Mai 2014, 8C_222/2014, E. 2; Urteil des Bundesgerichts, 17. Juni 2014, 8C_357/2014, E. 2. Für Anwendungsfälle vgl. BGE 121 I 259; BGE 122 V 169; BGE 122 V 281; BGE 124 V 97; vgl. auch: Ueli Kieser, *ATSG Kommentar*, Zurich, Schulthess, 3. Aufl. 2010, Rz. 9 zu Art. 10, S. 175.

¹⁰⁷ *Inter alia*: EVG, 19. Mai 2006, H 6/05 und H 23/05, E. 2.2. Vgl. auch Wegleitung des Bundesamts für Sozialversicherungen über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), 1. Januar 2016, Rz.1013 bis 1032, S. 25-30.

¹⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts, 18. Juni 2013, 8C_97/2013, E. 2.2; KG/FR, 4. November 2014, 605 2014 91 und 605 2014 151.

¹⁰⁹ EVG, 10. Januar 2005, H 334/03, E. 6; WML, Rz. 1015.

Rechnung handelt, die Aufträge selbst akquiriert, Personal einstellt und eigene Geschäftsräume nutzt»¹¹⁰.

Die Bedeutung der autonomen Qualifizierung der Unselbständigerwerbenden im Sozialversicherungsrecht gegenüber dem Arbeitsrecht wird sowohl durch die Lehre¹¹¹ als auch durch die Rechtsprechung¹¹² regelmässig in Frage gestellt. Die Exekutive hat sich auch im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht für eine einheitliche Anwendung der Kriterien für die Qualifizierung als unselbständige und selbständige Erwerbstätige ausgesprochen¹¹³. Nach den Worten des Bundesrates wäre es damit möglich, «der Tendenz zu Mischformen zwischen selbstständigem und unselbstständigem Erwerb Rechnung zu tragen»¹¹⁴.

Die Qualifikation des Sozialversicherungsrechts ist jedoch nicht mehr entscheidend für die Festlegung des Geltungsbereichs des ArG. Tatsächlich schliesst die sozialversicherungsrechtliche Einstufung die Unterstellung unter das ArG nicht aus¹¹⁵.

5. Vergleich mit dem Geltungsbereich des Entsendegesetzes

Das Entsendegesetz definiert seinen Geltungsbereich nicht direkt; es legt jedoch seinen Zweck fest, aus dem sich der Geltungsbereich ableiten lässt: «Dieses Gesetz regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum: a. auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen; b. in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört» (Art. 1. Abs. 1).

Es hält allgemein fest, dass «der Begriff der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers [...] sich nach schweizerischem Recht (Art. 319-362 OR)» bestimmt (Art. 1 Abs. 3). Die Botschaft besagt lediglich, «dass Arbeitgeber, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen, [gehalten sind], die Bestimmungen des OR einzuhalten»¹¹⁶. Es sind die üblichen Kriterien des Privatrechts anzuwenden¹¹⁷.

¹¹⁰ EVG, 10. Januar 2005, H 334/03, E. 6.3.1; WML, Rz. 1014.

¹¹¹ Raphaël Lanz, «Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht», AJP 1997 1482. Sara Rousselle-Ruffieux, «Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS», in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II en droit du travail*, Bern, Stämpfli, 2012, S. 198.

¹¹² Urteil des Bundesgerichts, 3. Februar 2006, 4C.359/2005, E. 2.1. Für eine vollständige und differenzierte Zusammenfassung vgl. Gabriela Riemer-Kafka, *Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen, Problemfelder und Lösungsvorschläge*, Bern, Stämpfli, 2014, S. 66-69.

¹¹³ Bericht des Bundesrates über eine einheitliche und kohärente Behandlung von selbstständiger bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Steuer- und im Sozialversicherungsabgaberecht, BBl 2002 1126.

¹¹⁴ Vorgenannter Bericht, S. 1158.

¹¹⁵ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 8 zu Art. 1 ArG.

¹¹⁶ Botschaft des Bundesrates, 2. März 2012, BBl 2012 3421.

¹¹⁷ Botschaft des Bundesrates, 23. Juni 1999, BBl 1999 6400-6401. «Diese Kriterien beziehen sich hauptsächlich auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien; ein Element, das für den Einzelarbeitsvertrag typisch ist. Ferner muss der Grad

Interessanter ist es, von der entgegengesetzten Situation der Selbständigeerwerbenden auszugehen. Gemäss Gesetz haben «ausländische Dienstleistungserbringerinnen und Dienstleistungserbringer, die sich auf selbstständige Erwerbstätigkeit berufen, [...] diese gegenüber den zuständigen Kontrollorganen nach Artikel 7 Absatz 1 auf Verlangen nachzuweisen. Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit bestimmt sich nach schweizerischem Recht» (Art. 1a Abs. 1 EntsG). Anders ausgedrückt verlangt das System, dass «eine Dienstleistungserbringerin oder ein Dienstleistungserbringer aus dem Ausland, die oder der sich auf selbstständige Erwerbstätigkeit beruft, [...] diese auf Verlangen nachweisen [muss]. Damit der Nachweis erbracht ist, müssen die schweizerischen Kriterien, die eine Selbstständigkeit definieren, erfüllt sein»¹¹⁸.

Das Gesetz gibt Auskunft über die Dokumente zum Nachweis der Selbstständigkeit, dabei kann es sich um folgendes handeln: eine Kopie Meldung nach Art. 6 EntsG oder eine Kopie der erteilten Bewilligung, wenn die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz dem Meldeverfahren oder dem Bewilligungsverfahren nach der Ausländergesetzgebung unterliegt; eine Bescheinigung nach Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (Formular A1); eine Kopie des Vertrags mit der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber beziehungsweise der Bestellerin oder dem Besteller; wenn kein schriftlicher Vertrag vorhanden ist, eine schriftliche Bestätigung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers beziehungsweise der Bestellerin oder des Bestellers für den in der Schweiz auszuführenden Auftrag oder Werkvertrag (Art. 1a Abs. 2 EntsG).

Die Botschaft führt weiter aus: «Für die Überprüfung der selbstständigen Erwerbstätigkeit müssen bei einer Kontrolle vor Ort drei Dokumente vorgewiesen werden. Es handelt sich dabei um Dokumente, die von jeder selbstständigen Dienstleistungserbringerin und jedem selbstständigen Dienstleistungserbringer einfach beschafft und mitgeführt werden können. Es ist ferner anzunehmen, dass diese Dokumente sowieso bei einem Einsatz im Ausland mitgeführt werden, wie dies beispielsweise beim Führerschein der Fall ist. Die Meldebestätigung gibt Auskunft über die eigene Einschätzung der betreffenden Person bezüglich ihres Status, das Sozialversicherungsdokument E 101 gibt Auskunft über den sozialversicherungsrechtlichen Status der kontrollierten Person im Herkunftsstaat und die Kopie des Auftrags oder Werkvertrags bzw., falls dieses Dokument nicht schriftlich vorhanden ist, die schriftliche Bestätigung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers bzw. der Bestellerin oder des Bestellers für den in der Schweiz auszuführenden Auftrag oder Werkvertrag gibt Hinweise zur Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und zur Person, die im Fall einer Scheinselbstständigkeit als Arbeitgeber zur Einhaltung der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet ist»¹¹⁹.

Da es die drei Dokumente nicht in jedem Fall ermöglichen, den Status einer Person zweifelsfrei zu klären, holen die Kontrollorgane weitere Auskünfte oder Unterlagen ein, die dem Nachweis der Selbstständigkeit dienen (Art. 1a Abs. 4 ArG). Wenn trotz Vorlage

der Freiheit in der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit berücksichtigt werden, die Pflicht, über seine Tätigkeit Rechenschaft abzulegen, die Pflicht, Instruktionen zu befolgen oder weiter die Identifikation der Partei, die das wirtschaftliche Risiko trägt. Falls diese verschiedenen Kriterien auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages schliessen lassen, so sind die Vertragsparteien den entsprechenden arbeitsrechtlichen Gesetzesbestimmungen vollständig unterstellt. Dasselbe gilt für die selbstständigen Akkordgruppen, die bereits heute allen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag unterstellt sind, falls die Analyse der tatsächlichen Situation im Einzelfall zu diesem rechtlichen Schluss führt.»

¹¹⁸ Botschaft des Bundesrates, 2. März 2012, BBI 2012 3421.

¹¹⁹ Vorgenannte Botschaft, BBI 2012 3421-3422.

der vorgenannten Dokumente Zweifel oder Verdacht auf Scheinselbständigkeit bestehen, muss die Behörde weitere Informationen oder Dokumente einholen¹²⁰.

Nach Angaben des Bundesrates können insbesondere die folgenden weiteren Unterlagen angefordert werden: «Gewerbeschein, Nachweis der Mitgliedschaft in einem Berufsverband (z. B. in einer Handwerkskammer), Mehrwertsteuer- oder Umsatzsteuernummer, Abrechnungen, die die eigene Rechnungsstellung belegen, Abrechnungen für Übernachtungen am Einsatzort mit Hinweis darauf, wer diese bezahlt hat, Kaufbelege für Arbeitsmaterial und Geräte, Liste von Kundinnen und Kunden in der Schweiz, Autoversicherung, falls ein eigenes Fahrzeug vorhanden ist, Betriebshaftpflichtversicherung oder Mietverträge für Geschäftsräumlichkeiten»¹²¹.

Die im EntsG festgelegten Kriterien scheinen auch im Rahmen des ArG massgeblich zur Bestimmung, wer als Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbender anzusehen ist.

6. Gesetz über den Personalverleih

In Bezug auf das Arbeitsvermittlungsgesetzes antwortete das SECO der Gewerkschaft UNIA kürzlich in einer Stellungnahme, dass die Fahrer der Uber-Partnerfirmen Arbeitnehmer und keine Selbständigerwerbenden sind und dass die sie beschäftigenden Firmen das AVG einhalten müssen¹²². Gemäss UNIA habe das SECO entschieden, dass es sich bei dem Konstrukt um Personalverleih vorliegt und dass der GAV für den Personalverleih zur Anwendung kommt. Laut UNIA «können nur Arbeitgeber Personal von Personalverleihern ausleihen. Das SECO stellt fest, dass Uber eindeutig ein Weisungsrecht über die Fahrer/innen ausübe, und dass diese in die Arbeitsorganisation des Transportunternehmens eingebunden sind. Ebenfalls wird auf Entscheide der SUVA, des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs verwiesen, wonach Uber als Arbeitgeber anzusehen ist»¹²³.

7. Konkrete Beispiele für die rechtliche Qualifikation im ArG

Obwohl der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des ArG nicht notwendigerweise das Bestehen eines Arbeitsvertrages im Sinne des Privatrechts voraussetzt, ist nicht jede Person, die in den Räumlichkeiten eines Betriebs tätig ist, notwendigerweise dem ArG unterstellt: Beauftragte und Unternehmer, die selbständig tätig sind, unterstehen nicht dem ArG¹²⁴. Anders ausgedrückt gilt das ArG nicht für Personen, die als Unternehmer oder freie Mitarbeiter beschäftigt sind, deren Beziehung zum Betrieb einem Auftrags- oder einem Werkvertrag entspricht¹²⁵.

¹²⁰ Vorgenannte Botschaft, BBI 2012 3422.

¹²¹ Vorgenannte Botschaft, BBI 2012 3422-3423.

¹²² «Uber: certains chauffeurs sont des salariés (Seco)», 19. März 2018, <romandie.com>.

¹²³ «Confirmation du SECO: Uber est bien un employeur», 28. März 2018, <geneve.unia.ch>.

¹²⁴ Walther Hug, *Kommentar zum Arbeitsgesetz*, Bern, 1971, Rz. 18 zu Art. 1 ArG.

¹²⁵ Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter in Strafsachen, 23. November 1993, ARV 1993/1994, S. 75-79; Manfred Rehbinder, *Arbeitsgesetz Kommentar*, Zürich, 1987, Rz. 4 zu Art. 1 ArG; Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern, 1991, S. 26.

Die Lage ist komplizierter, sobald eine Situation vorliegt, die die französische Doktrin als «Para-Subordination» und die deutsche Doktrin als «arbeitnehmerähnliche Personen» bezeichnet.

Der historische Gesetzgeber hatte bestimmte Gegebenheiten dieser Art berücksichtigt, indem er Spezialgesetze für Heimarbeiter und Geschäftsreisende geschaffen und ihnen im Obligationenrecht ein Kapitel gewidmet hatte (vgl. Art. 344 ff. OR). Die Ausweitung des Schutzbereichs des privaten Arbeitsrechts wurde seinerzeit durch die Verwendung des Begriffs «Zeit» gerechtfertigt, d. h. die Vorstellung, dass als Arbeitnehmer derjenige gilt, der verspricht, seine Arbeitskraft für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung zu stellen, ohne ein bestimmtes Ergebnis zu versprechen¹²⁶.

Nach Ansicht einiger Autoren ist die Tätigkeit der arbeitnehmerähnlichen Personen mit derjenigen der Heimarbeiter vergleichbar¹²⁷. Diese Arbeitnehmer würden daher in Analogie zu Art. 3 lit. f ArG vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen, es sei denn, das Rechtsverhältnis weise eine arbeitsvertragliche Ausprägung auf¹²⁸. Ein solcher Ausschluss scheint jedoch im Widerspruch mit dem Gedanken, dass nur Arbeitnehmer, die unter das Heimarbeitsgesetz fallen, vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen werden¹²⁹.

Die vom ArG festgelegte, weit gefasste Definition umfasst im Allgemeinen auch bestimmte Freiwillige, Auftragnehmer, Unternehmer, Franchisenehmer, Auszubildende oder andere¹³⁰.

Einige Autoren sind der Meinung, dass bestimmte Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts in Analogie angewendet werden sollten¹³¹. Das SECO ist der Ansicht, dass ein Franchisenehmer ebenfalls durch das ArG geschützt werden kann, wenn er praktisch keinen Handlungsspielraum hat, wie es beispielsweise bei einem Exklusivvertrag der Fall ist.¹³² Die Lehre bestätigt diese Ansicht der Behörden¹³³.

Beispielsweise hält es die Rechtsprechung für angemessen, die Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers analog anzuwenden, wenn sich der Franchisenehmer gegenüber dem Franchisegeber in einem Unterordnungsverhältnis befindet, das mit dem zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber vergleichbar ist¹³⁴. So lehnt

¹²⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. März 1905, BBl 1905 II 32-33; Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts, 25. August 1967, BBl 1967 II 276-277; Aurélien Witzig, «L'ubérisation du monde du travail», ZSR 2016 457.

¹²⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 10 zu Art. 1 ArG; Roland Müller, «Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsprobleme der Scheinselbstständigkeit», ArbR 2000 38.

¹²⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 10 zu Art. 1 ArG.

¹²⁹ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 003-2; Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 31 zu Art. 3 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 20 zu Art. 3 ArG.

¹³⁰ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

¹³¹ Manfred Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern, Stämpfli, 2002, S. 32-33.

¹³² SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

¹³³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 5 zu Art. 1 ArG.

¹³⁴ BGE 118 II 157 = JdT 1993 I 648.

die Rechtsprechung die künstliche rechtliche Schaffung einer Situation ab, die unter dem Gesichtspunkt der Abhängigkeit derjenigen eines Arbeitnehmers gleichkommt¹³⁵.

«Entsprechend ist beispielsweise bei Franchiseverträgen aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Vereinbarung zu prüfen, ob dem Franchisenehmer ein genügender unternehmerischer Spielraum bleibt, um als selbständig Erwerbender anerkannt zu werden, oder ob die Abhängigkeit vom Franchisegeber derart stark ist, dass der Franchisenehmer des Schutzes des Arbeitsgesetzes bedarf»¹³⁶. Wenn der Franchisenehmer eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, ist sein Schutz begrenzt, aber nicht völlig verschwunden¹³⁷. Für die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften ist diejenige Person verantwortlich, welche den Betrieb organisieren und konkrete Weisungen erteilen kann¹³⁸.

Der Einbezug der Franchisenehmer in den Schutz des ArG unterscheidet sich nicht von der analogen Anwendung bestimmter Teile des Arbeitsrechts auf Agenturverträge (Art. 418r Abs. 2 OR) oder dem Vorgehen der Gerichte in Sachen «Subordinationsfranchising»¹³⁹. Wenn also die Selbständigkeit einer Partei nur scheinbar ist, kann das arbeitsrechtliche Regime Anwendung finden, um zu verhindern, dass das «ganze Konstrukt der sozialen Absicherung» ins Wanken gerät¹⁴⁰. Die Anwendung arbeitsrechtlichen Bestimmungen wird jedoch nicht unbegrenzt ausgeweitet, und das Bundesgericht gebietet gelegentlich einen Stillstand, indem es sich weigert, bestimmte arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf andere Verträge anzuwenden¹⁴¹.

Umgekehrt sind Mitglieder von Verbänden oder Körperschaften ebenso ausgenommen wie Gesellschafter sowie Personen, die als selbständige Unternehmer tätig sind¹⁴², d. h. ohne in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert zu sein.¹⁴³ Selbständigerwerbende wie kaufmännische Hilfspersonen (Agenten, Mäkler, Kommissionäre) oder Handwerker, so wie auch Freiberufler (Ärzte, Anwälte, Revisoren)

¹³⁵ Vgl. Wolfgang Portmann, «Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen», in: *Festschrift für Anton K. Schnyder: zum 65. Geburtstag*, 2018, S. 719.

¹³⁶ Thomas Geiser in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG.

¹³⁷ Thomas Geiser in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG.

¹³⁸ Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 11 zu Art. 1 ArG.

¹³⁹ BGE 118 II 157 = JdT 1993 I 648; Urteil des Bundesgerichts, 8. September 2011, 4A_148/2011, E. 4; vgl. auch: Jacques de Werra, «Contrat de franchise», in: *Recueil de contrats commerciaux*, 2013, S. 998.

¹⁴⁰ Kassationshof/NE, RJN 2001 83; vgl. auch: Caroline Franz Waldner, «Chancen und Risiken flexibilisierten Arbeitsverhältnisse für Frauen», AJP 2000 1223.

¹⁴¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts, 6. März 2007, 4P.243/2006, SJ 2007 I 482, E. 8.3. Vgl. auch: Aurélien Witzig, «L'ubérisation du monde du travail», ZSR 2016 457.

¹⁴² SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2.

¹⁴³ Vgl. BezG/ZH, ARV 1993/94 75; vgl. auch: Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 9 und 11 zu Art. 1 ArG.

die zwar für andere tätig sind, aber dies nicht unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation der anderen tun¹⁴⁴.

Aufgrund einer ähnlichen Logik sind auch selbständige Künstler und Wissenschaftler ausgenommen (Art. 3 lit. d ArG).

In Bezug auf die geschäftsführenden Organe juristischer Personen sind nach Ansicht des SECO die spezifischen Gegebenheiten der Tätigkeit zu berücksichtigen (insbesondere die Grösse des Unternehmens, da die Unabhängigkeit der Führungskräfte mit zunehmender Unternehmensgrösse tendenziell abnimmt)¹⁴⁵. Darüber hinaus kann die Rechtsform der Gesellschaft Besonderheiten hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnisse aufweisen, wie z. B. bei einer Kommanditgesellschaft (vgl. Art. 594 OR)¹⁴⁶. Das SECO unterscheidet die Organe juristischer Personen unter Berücksichtigung des «Status einzelner Personen [...] entsprechend den Statuten, Reglementen und Betriebsverhältnissen der jeweiligen juristischen Person [...]». Bei mittelgrossen und grossen Unternehmen sind die Verantwortlichen der Geschäftsführung meist in gegebene Rechtsstrukturen eingebettet, auf die sie nicht einen gleich grossen Einfluss nehmen können wie in einem kleineren Unternehmen¹⁴⁷. Das SECO erinnert daran, dass das revidierte Aktienrecht vom 4. Oktober 1991 zu einer Verschärfung der Anforderungen an die geschäftsführenden Organe und die Revisionsstelle geführt hat: Ist «die Geschäftsführung, wie meist üblich, nicht mit dem Verwaltungsrat identisch, wird ein Organisationsreglement verfasst, das die Geschäftsführung, deren Aufgaben und die Berichterstattung sind klar definiert (Art. 716b OR). Diese Geschäftsführung ist dem Verwaltungsrat und der Aktionärsversammlung gegenüber verantwortlich. Ähnliche Strukturen können auch bei grossen Genossenschaften gegeben sein (Art. 898 OR), wo sich die geschäftsführenden Mitglieder eindeutig in eine fremde Arbeitsorganisation einordnen müssen. In aller Regel liegt dann Arbeitnehmereigenschaft vor. In einem solchen Fall ist allerdings zu prüfen, ob die betreffende Person eine höhere leitende Tätigkeit ausübt (Art. 9 ArGV 1)»¹⁴⁸.

Einige Autoren teilen diese Auffassung nicht und sind der Ansicht, dass die geschäftsführenden Organe einer juristischen Person dieser nicht fremd sind und daher nicht als Arbeitnehmer im Sinne des ArG gelten¹⁴⁹. Ihrer Ansicht nach gilt das gleiche für die im Betrieb mitarbeitenden Gesellschafter (anders nur, wenn ihnen – wie beim Kommanditär – kein originäres Direktionsrecht zusteht) und Personen, die aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung Arbeit leisten (z. B. die Bedienung von Gästen durch die Mitglieder eines Klubs)¹⁵⁰.

Der Ausschluss aus dem Geltungsbereich des ArG würde daher nur für Selbständige oder aufgrund der besonderen Ausnahme für Personen mit höherer leitender Tätigkeit gelten (Art. 3 lit. d ArG und Art. 9 ArGV 1)¹⁵¹, also im Wesentlichen diejenigen, die

¹⁴⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 9 zu Art. 1 ArG.

¹⁴⁵ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2 f.

¹⁴⁶ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 9 zu Art. 1 ArG.

¹⁴⁷ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2 und 3.

¹⁴⁸ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-2 und 3.

¹⁴⁹ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 9 zu Art. 1 ArG.

¹⁵⁰ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 9 zu Art. 1 ArG.

¹⁵¹ SECO, Wegleitung zum ArG, März 2018, 001-3.

Entscheidungen und die Zukunft des Betriebs oder dessen Struktur stark beeinflussen können, wobei die Höhe der Vergütung an sich jedoch nicht entscheidend ist¹⁵².

8. Vom ArG festgelegte Ausnahmen

«Das ArG kann nicht von allen Arbeitnehmern in Anspruch genommen werden, da sich bestimmte Betriebe und Kategorien von Arbeitnehmern den darin festgelegten Anforderungen ganz oder teilweise entziehen (vgl. Art. 2-4 ArG)»¹⁵³.

Ausgenommen sind Personen geistlichen Standes (Art. 3 lit. a ArG) – deren Institutionen oft einen Sonderstatus im kantonalen öffentlichen Recht haben –, Lehrer an Privatschulen sowie Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten (Art. 3 lit. e ArG) (bestimmte Schutzvorschriften sind jedoch anwendbar (Art. 3a ArG)), sowie ausdrücklich für Heimarbeiter (Art. 3 lit. f ArG) und Handelsreisende (Art. 3 lit. g ArG).

Die Ausnahmen bestimmter Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des ArG sind aus öffentlich-rechtlicher Sicht zwingend. Die Parteien des Arbeitsvertrags können jedoch vereinbaren, den Schutz des ArG zu gewährleisten¹⁵⁴.

Die anhaltende Ausnahme bestimmter Arbeitnehmer scheint daher nur wegen des Vorhandenseins anderer Regelungen, die ihrer Situation bereits Rechnung tragen, oder bei einer tatsächlichen selbständigen Erwerbstätigkeit, zulässig zu sein. Tatsächlich sind die «Gründe für die Ausnahme [...] einmal politischer Natur: Der Gesetzgeber wollte es den Gemeinwesen (Bundesverwaltung, Kantone und Gemeinden) überlassen, die Arbeitsbedingungen für ihre Bediensteten zu regeln; dann juristischer Art (Regelung durch internationale Abkommen, wie etwa für das fliegende Personal der vorwiegend im internationalen Luftverkehr tätigen Betriebe oder die Arbeitnehmer der Rheinschiffahrt oder Personen mit Diplomatenstatus); oder dann Motive rein praktischer Art: Berufe der Landwirtschaft und der Fischerei, die vom Wetter abhängig sind oder spezielle Rahmenbedingungen aufweisen (z. B. Personen geistlichen Standes usw.)»¹⁵⁵.

Aus Gründen der Zweckmässigkeit wurden auch Arbeitnehmer aus privaten Haushaltungen (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG) und, unter bestimmten Voraussetzungen, Familienbetriebe ausgenommen (Art. 4 ArG).

Als «Familienbetriebe» gelten Betriebe, in denen lediglich der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner des Betriebsinhabers, seine Verwandten in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner sowie seine Stiefkinder tätig sind (Art. 4 Abs. 1 ArG)¹⁵⁶. Anders ausgedrückt sind nur Familienmitglieder vom Schutz durch das Arbeitsgesetz ausgenommen¹⁵⁷. Ein Handelsunternehmen kann nicht als Familienbetrieb qualifiziert

¹⁵² BGE 98 Ib 344, E. 2; BGE 126 III 337; Urteil des Bundesgerichts, 14. Februar 2003, 4C.310/2002, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts, 27. März 2015, 2C_745/2014, komm. Dunand, in: Droitdu travail.ch, Mai 2015, E. 3.

¹⁵³ Stéphanie Perrenoud, «Durées du travail et discrimination», AJP 2017 668.

¹⁵⁴ Gleicher Ansicht: Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 36 zu Art. 3 ArG; Roland Müller/Christian Maduz, Kommentar ArG, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 1 zu Art. 3 ArG.

¹⁵⁵ Botschaft des Bundesrates, 15. Juni 1992, BBl 1992 V 661-662.

¹⁵⁶ Für weitere Erläuterungen zum Begriff des Familienbetriebs, vgl. Roland Müller/André Bomatter, «Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG», AJP 2012 975 f.

¹⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts, 21. Dezember 2015, 2C_1135/2015 = ARV 2015 313.

werden¹⁵⁸. Sind im Betrieb auch andere als die vorgenannten Personen tätig, so ist das Arbeitsgesetz auf diese anwendbar (Art. 4 Abs. 2 ArG). Auf jugendliche Familienglieder können einzelne Vorschriften des Gesetzes durch Verordnung anwendbar erklärt werden, soweit dies zum Schutze von Leben und Gesundheit der Jugendlichen oder zur Wahrung der Sittlichkeit erforderlich ist. (Art. 4 Abs. 3 ArG).

Zur Ausnahme von Führungskräften führt Art. 9 ArGV 1 aus, dass eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Gemäss der Rechtsprechung ist der Begriff der «höheren leitenden Tätigkeit» eng auszulegen¹⁵⁹. Eine höhere leitende Tätigkeit muss einen dauerhaften Einfluss auf den Gang und die Struktur des Betriebs als Ganzes oder zumindest eines bedeutenden Teils haben.¹⁶⁰ Nach der Rechtsprechung ist es nicht ausschlaggebend, eine Vertrauensstellung innezuhaben, im Namen des Arbeitgebers zu unterzeichnen oder Anweisungen zu erteilen, da sie auch Arbeitnehmern übertragen werden können, die keine höhere leitende Tätigkeit ausüben¹⁶¹. Allgemein muss der Umfang der Ausnahmeregelung für leitende Angestellte im Einzelfall aufgrund der tatsächlichen Art der ausgeübten Tätigkeit festgelegt werden, ungeachtet der Funktionsbezeichnung oder der Ausbildung der betreffenden Person. Auch muss die Grösse des Betriebs berücksichtigt werden¹⁶². So kann in einem kleinen Betrieb eine Person, die regelmässig dazu aufgefordert wird, den Vorgesetzten zu vertreten und an seiner Stelle wichtige Entscheidungen zu treffen, als eine höhere leitende Tätigkeit ausübend betrachtet werden, auch wenn sie keine besondere Funktionsbezeichnung hat und keine höhere Ausbildung aufweist¹⁶³.

Andererseits gelten die Vorschriften über den Gesundheitsschutz des ArG (hauptsächlich Art. 6, 35 und 36a ArG) auch für Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Tätigkeit ausüben (Art. 3a lit. b ArG), sowie für Lehrer an Privatschulen sowie Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten (Art. 3a lit. c ArG). Die ArGV 3 ist anwendbar, da sie

¹⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts, 29. Juni 2013, 2C_886/2012; Urteil des Bundesgerichts, 1. Juli 2013, 2C_129/2013; Thomas Geiser, «Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013», AJP 2014 118.

¹⁵⁹ BGE 126 III 337, E. 5a; Urteil des Bundesgerichts, 14. Februar 2003, 4C.310/2002, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts, 23. August 2010, 4A_258/2010, E. 1; Urteil des Bundesgerichts, 27. März 2015, 2C_745/2014, komm. Dunand, in: Droitdu travail.ch Mai 2015, E. 3; vgl. auch die Weisung des SECO an die Vollzugsbehörden betreffend Kontrollen der Arbeitszeiterfassung, Bern, 2013, Rz. 2 A.

¹⁶⁰ BGE 98 Ib 344, E. 2; BGE 126 III 337, E. 5b; Urteil des Bundesgerichts, 14. Februar 2003, 4C.310/2002, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts, 27. März 2015, 2C_745/2014, komm. Dunand, in: Droitdu travail.ch, Mai 2015, E. 3.

¹⁶¹ BGE 126 III 337, E. 5b; Urteil des Bundesgerichts, 4. Juli 1997, 4C.322/1996, E. 2b; Urteil des Bundesgerichts, 25. Oktober 2005, 4C.157/2005, E. 5.2.

¹⁶² BGE 126 III 337, E. 5b; Urteil des Bundesgerichts, 4. Juli 1997, 4C.322/1996, E. 2b; Urteil des Bundesgerichts, 25. Oktober 2005, 4C.157/2005, E. 5.2.

¹⁶³ Urteil des Bundesgerichts, 27. März 2012, 2C_745/2014, komm. Dunand, in: Droitdu travail.ch, Mai 2015, E. 3.

sich auf Artikel 6 ArG stützt¹⁶⁴. Demzufolge wäre es korrekter, zu sagen, dass diese Arbeitnehmer nicht ausgenommen sind, sondern dass nur ein Teil der Verordnung auf sie anwendbar ist¹⁶⁵.

Zu beachten ist auch, dass für bestimmte Gruppen von Betrieben (kleingewerbliche Betriebe, Geschäfte in stark frequentierten Bahnhöfen, an Tankstellen, in Flughäfen sowie Hotels, Restaurants und Cafés, Zeitungsredaktionen, Krankenhäuser, Apotheken usw.) oder Arbeitnehmer (Art. 27 ArG) Sonderbestimmungen vorgesehen werden können. Diese Bestimmungen passen den Schutz durch das Arbeitsgesetz an die Besonderheiten bestimmter Branchen an (vgl. ArGV 2).

Für Handelsreisende weist der Handelsreisendenvertrag eine Nähe zum Agenturvertrag auf. Der Agent und der Handelsreisende erfüllen die gleiche wirtschaftliche Funktion: beide sind Vertreter, die für die Aufnahme oder Aufrechterhaltung der Beziehung zwischen dem vertretenen Unternehmen und dessen Kunden verantwortlich sind¹⁶⁶. Was sich unterscheidet, ist ihre Rechtslage: Der Agent übt seinen Beruf selbständig aus, während der Handelsreisende in einem Subordinationsverhältnis zu seinem Arbeitgeber steht¹⁶⁷. Im Gegensatz zum Agenten ist der Handelsreisende in der Organisation seiner Arbeit und in der Nutzung seiner Zeit eingeschränkt; er ist in der Regel in die hierarchische Organisation des vertretenen Unternehmens eingegliedert und unterliegt strengen Anweisungen und Richtlinien, einschliesslich der Verpflichtung, periodische Berichte zu erstellen, eine Mindestanzahl von Kunden zu besuchen oder einen Mindestumsatz zu erzielen¹⁶⁸. Der zum Zeitpunkt der Annahme des Arbeitsgesetzes 1964 gerechtfertigte Ausschluss von Handelsreisenden aus dem Geltungsbereich des ArG kann in Frage gestellt werden; das frühere Sondergesetz über Handelsreisende wurde aufgehoben¹⁶⁹.

Es ist auch zu prüfen, ob Artikel 328 des Obligationenrechts nicht auch die Wirkung haben sollte, gewisse Arbeitnehmer, die vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind, unter den Schutz bestimmter Normen zu stellen, bezüglich derer eine unterschiedliche Behandlung ungerechterweise diskriminierend wäre. Dies gilt insbesondere für Bestimmungen, die Eltern bestimmte Rechte einräumen, wie z. B.

¹⁶⁴ Michèle Schnider, «Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck», *Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*, Bd. 823, 2017, S. 90.

¹⁶⁵ In diesem Sinn: Broschüre des SECO vom 14. September 2016, in: JAR 2016 58.

¹⁶⁶ BGE 99 II 313 = JdT 1974 I 287; BGE 129 III 664 = JdT 2004 I 60 = Pra 2004 67 381, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts, 29. April 2015, 4A_86/2015, E. 4.1.

¹⁶⁷ BGE 99 II 313 = JdT 1974 I 287; BGE 129 III 664 = JdT 2004 I 60 = Pra 2004 67 381 = komm. Koller, in: ZBJV 2004 520 = komm. Reinert, in: AJP 2009 4, E. 3.1; BGE 137 III 32 = JdT 2010 I 439 = JdT 2011 II 225 = SJ 2011 I 168, E. 2.4.2; Urteil des Bundesgerichts, 21. Juni 2011, 4A_184/2011, E. 6; Urteil des Bundesgerichts, 29. April 2015, 4A_86/2015, E. 4.

¹⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts, 29. April 2015, 4A_86/2015, E. 4.1; vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts, 1. September 2000, 4C.135/2000, E. 3; Urteil des Bundesgerichts, 3. Februar 2006, 4C.359/2005, E. 2; nach altem Recht: vgl. BGE 40 I 474; BGE 86 IV 190 = JdT 1961 IV 150.

¹⁶⁹ Gleicher Ansicht: David Aubert, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, Stämpfli, 2013, Rz. 7 zu Art. 347 OR; vgl. auch David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, Rz. 32-35, S. 9-10; Aurélien Witzig, *Droit du travail*, Zürich, Schulthess, 2018, S. 179.

Artikel 36 des Arbeitsgesetzes¹⁷⁰: es gibt keinen Grund, nicht alle Eltern davon profitieren zu lassen.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass die Lehre selbst bei den vorgesehenen Ausnahmen davon ausgeht, dass sie restriktiv ausgelegt werden sollten; im Zweifelsfall sollte das ArG anwendbar sein¹⁷¹.

¹⁷⁰ Gleicher Ansicht: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag*, Zürich, Schulthess, 2012, Rz. 20 zu Art. 324a/b OR; Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, Bern, Stämpfli, 2014, S. 223. Anderer Ansicht: Angela Hensch, «Arbeitnehmer mit Familienpflichten», AJP 2016 1634.

¹⁷¹ Adrian Staehelin, «Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler», ARV 2002 7; Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 2. Aufl., 2012, Rz. 933, S. 341; Roland Bachmann, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2018, Rz. 1 zu Art. 1 ArG.

IV. Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes im Zusammenhang mit neuen Beschäftigungsformen durch digitale Technologien

Zur eindeutigen Bestimmung der Personen, für die der Schutz des ArG gelten sollte, ist es notwendig, die Systematik des Geltungsbereichs des ArG, die vom Gesetzgeber in den Gesetzestext aufgenommen wurde, aufzugreifen und diese angesichts der heute bestehenden neuen Beschäftigungsformen zu überdenken.

Als roter Faden dienen die folgenden Punkte:

- Der Geltungsbereich des ArG ist durch seinen historischen Ursprung in der Industriegesetzgebung geprägt.
- Neue Überlegungen haben dazu geführt, dass sein Geltungsbereich erheblich erweitert wurde, so dass er nun praktisch nur noch den primären Sektor ausschliesst und der sekundäre und der tertiäre Sektor grundsätzlich davon erfasst sind.
- Die Beachtung staatlicher Eigenheiten führt jedoch zur Ausnahme bestimmter Arbeitnehmer des schweizerischen Staats und ausländischer Staaten, zumindest bei der Ausübung gewisser Hoheitsrechte. Dieser Aspekt wird hier nicht näher behandelt.
- Pragmatische Gründe haben auch dazu geführt, dass Arbeitnehmer, die bereits durch Sonderregelungen geschützt sind oder in Familien oder Privathaushalten arbeiten, ausgenommen sind. Dieser Aspekt wird hier ebenfalls nicht näher behandelt.
- Es gilt die Kriterien für die Abgrenzung zwischen den Schutzbedürftigen und denjenigen, die davon ausgeschlossen sind, zu identifizieren, da die Kriterien unabhängig von denen des privaten Arbeitsrechts oder des Sozialversicherungsrechts festgelegt sein können.
- Es geht also darum, die Kriterien zu identifizieren, die der *ratio legis* der Arbeitsgesetzgebung entsprechen, die auf der Beobachtung beruht, welchen Zwecken die verschiedenen in dieser Gesetzgebung enthaltenen Normen entsprechen.

Vorab ist es notwendig, sich der Rechtsfolgen einer Unterstellung unter das ArG bewusst zu sein:

- Erstens ist die Qualifikation durch die Verwaltungsbehörde eine Voraussetzung¹⁷²;
- Zweitens ist der Geltungsbereich des ArG zwingend, da der Schutz von Gesundheit und Hygiene am Arbeitsplatz ein Anliegen von öffentlichem Interesse ist¹⁷³. Anders ausgedrückt darf die «Vertragsfreiheit nicht zu einer Umgehung der Schutzbestimmungen führen»¹⁷⁴;

¹⁷² Anne Meier, «Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes», AJP 2018 314.

¹⁷³ Rémy Wyler, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, Stämpfli, 2013, Rz. 16 zu Art. 320 OR.

¹⁷⁴ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG.

- Drittens kann der Arbeitnehmer die Verpflichtungen aufgrund einer Schutzbestimmung aus öffentlichem Recht direkt gegenüber seinem Arbeitgeber geltend machen (Art. 342 Abs. 2 OR).

1. Die ratio legis des ArG

Das ArG gliedert sich in *Anwendungs- und Umsetzungsnormen* (Art. 1 bis 5, 40 bis 62) und *normative Bestimmungen* (Art. 6 bis 39).

Normative Bestimmungen betreffen entweder sogenannte *industrielle* Betriebe (Art. 7, 37 bis 39) oder *sämtliche* Betriebe (Art. 6, 8 bis 36a, 37 Abs. 3).

Die normativen Bestimmungen für Industriebetriebe beziehen sich auf die Betriebspläne und die Betriebsbewilligung (Art. 7) sowie auf die Betriebsordnung (Art. 37 bis 39).

Die normativen Bestimmungen für sämtliche Betriebe beziehen sich in erster Linie auf den «Gesundheitsschutz» (Art. 6). Artikel 6 ArG ist die Ausgangsnorm, auf der der allgemeine Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz beruht.

Darauf folgen die Vorschriften zur Begrenzung der «Arbeitszeit» (Art. 9 bis 13) und zur Durchsetzung der «Ruhezeit» (Art. 15 bis 22). Spezialnormen befassen sich mit «ununterbrochenem Betrieb» (Art. 24) und «Schichtenwechsel» (Art. 25).

Es bestehen *Sonderbestimmungen* für bestimmte Betriebe oder bestimmte Arten von Aufgaben (Art. 26 bis 28).

Der folgende Abschnitt beinhaltet *Sonderschutzvorschriften* für jugendliche Arbeitnehmer (Art. 29 bis 32), schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35 bis 35b) und Arbeitnehmer mit Familienpflichten (Art. 36) sowie auch andere Gruppen von Arbeitnehmern (Art. 36a).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das ArG den Gesundheitsschutz unter zwei Aspekten thematisiert: gegen *Gesundheitsschäden im engeren Sinne*, für Erwachsene im Allgemeinen (Art. 6 ArG, ArGV 3) und für bestimmte gefährdete Bevölkerungsgruppen: Jugendliche, Schwangere, Wöchnerinnen und stillende Frauen (Art. 29 ff. ArG, ArGV 1, ArGV 5, Mutterschutzverordnung); gegen Gesundheitsschäden im weiteren Sinne (Art. 9 ff. ArG, ArGV 1)¹⁷⁵.

Zu beachten ist, dass sich das ArG wie auch andere Regelungen wie das EntsG und der VUV, mit der Sicherheit befasst, insbesondere durch die Plangenehmigung und die Betriebsbewilligung (Art. 7 und 8 ArG, OLT 4)¹⁷⁶.

Alles in allem geht es dem ArG vor allem um die Gesundheit am Arbeitsplatz; es «garantiert einen Mindeststandard für den Schutz der Arbeitnehmer in einem Sozialstaat»¹⁷⁷. «Das ArG will die Arbeitnehmer vor schädlichen Auswirkungen der

¹⁷⁵ Anstelle von kurz-, mittel- oder langfristigen Beeinträchtigungen spricht die deutschschweizerische Lehre vom Gesundheitsschutz im engeren und weiteren Sinne (Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 2 S. 26; Scheidegger/Pitteloud, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 9 zu Art. 6 ArG).

¹⁷⁶ Vgl. Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zürich, Orell Füssli, 2017, Rz. 3 S. 26.

¹⁷⁷ Rémy Wyler, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern, Stämpfli, 2013, Rz. 16 zu Art. 320 OR; Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 36 zu Art. 3 ArG, Rz. 25 zu Einleitung.

Arbeit schützen. Es geht darum, mit geregelten Arbeits- und Ruhezeiten und mit modernen technischen Massnahmen an den Arbeitsplätzen die Gesundheit und das Wohlbefinden zu erhalten»¹⁷⁸.

2. Anwendung der ratio legis des ArG auf konkrete Fälle

Es steht somit fest, dass das ArG alle diejenigen schützt, die ihre Arbeitszeiten nicht frei wählen können oder die ihre Arbeitsinstrumente, ihren Arbeitsplatz und ihre Einrichtungen nicht aussuchen können. Dies sind die Elemente, die es in der Regel erlauben, das Bestehen eines *Subordinationsverhältnisses* zu erkennen.

Es scheint daher eindeutig, dass jede Person, die in einem Subordinationsverhältnis steht, durch das Arbeitsgesetz geschützt ist, sofern dieses keine besondere Ausnahme vorsieht.

Es stellt sich die Frage nach den übrigen Kriterien des Arbeitsvertrages – manchmal als alternativ, manchmal als kumulativ betrachtet –, wie die *Bereitstellung von Zeit ohne Ergebnispflicht* (wenn der freie Dienstnehmer nur die Funktion kennt, die er zu erfüllen hat, aber nicht im Voraus den genauen Inhalt der Aufgaben kennt, die er an jedem einzelnen Tag zu erfüllen hat), *wirtschaftliche Abhängigkeit* (wenn der freie Dienstnehmer seinen Lebensunterhalt vollständig oder überwiegend von einem einzelnen Auftraggeber bezieht) oder *Eingliederung in das Unternehmen* (wenn der freie Dienstnehmer gegenüber Dritten Teil des Unternehmens zu sein scheint, weil er ein Büro im Betrieb hat, eine E-Mail-Adresse im Namen des Unternehmens hat, das Recht hat, dessen Logo zu verwenden usw.)¹⁷⁹.

Wenn diese Kriterien zur Anerkennung eines Arbeitsvertrages im Sinne des Obligationenrechts führen, so muss auch das ArG anwendbar sein. Es geht um die Rechtssicherheit.

Es stellt sich zudem die Frage, ob das ArG für Sachverhalte gelten soll, die keinen Arbeitsvertrag im Sinne des Privatrechts darstellen. Ist sein Geltungsbereich weiter gefasst?

Es ist festzustellen, dass Art. 1 ArG den Anwendungsbereich zunächst als «möglichst weit» umschreibt¹⁸⁰. Darüber hinaus gilt für andere Verträge (Auftrag, Werkvertrag, gemischte Verträge, Innominatverträge usw.), «dass die zwingenden Schutzbestimmungen des Gesetzes in analoger Weise angewendet werden, wenn die Interessenlage in gleicher Weise auftritt wie in der vom Gesetzgeber mit zwingenden Bestimmungen ausgestalteten geregelten Vertragsart»¹⁸¹.

¹⁷⁸ Schweizerischer Arbeitgeberverband, *Das Arbeitsgesetz, Handbuch für die Praxis*, Zürich, 2000, S. 2.

¹⁷⁹ Vgl. Aurélien Witzig, «La subordination dans le contrat de travail», SJ 2015 II 39.

¹⁸⁰ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 2 zu Art. 1 ArG.

¹⁸¹ Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG.

Es ist daher «für jede Frage einzeln zu prüfen, ob im vorliegenden Vertragsverhältnis bezüglich dieser Frage die Interessenlage in gleicher Weise auftritt wie im Arbeitsvertrag»¹⁸².

Konkret ist daher festzustellen, ob der freie Dienstnehmer die Entscheidungsgewalt über die vom ArG geschützten Aspekte hat: Wahl der Räumlichkeiten, Einrichtungen und Arbeitsinstrumente; Wahl der Arbeits- und Ruhezeiten. Kann der freie Dienstnehmer nicht frei über diese Aspekte entscheiden, ist er als Arbeitnehmer im Sinne des ArG zu betrachten, der in den Genuss der entsprechenden Schutzbestimmungen kommt. Ist der Arbeitnehmer in einem Punkt frei (z. B. bei der Wahl von Einrichtungen oder Arbeitsinstrumenten), nicht aber in einem anderen Punkt (z. B. weil ihm Öffnungs- oder Eingriffszeiten auferlegt werden), so gelten die entsprechenden Bestimmungen des ArG.

Es bleibt zu klären, nach welchen Kriterien definiert wird, ob eine Person frei über Arbeitseinrichtungen und -instrumente sowie über ihre Arbeitszeiten entscheiden kann. Frei zu entscheiden bedeutet, keine Rechenschaftspflicht gegenüber dem Auftraggeber zu haben. Letzterer muss daher die konkreten Umstände der Ausführung der übertragenen Aufgaben ignorieren. Er darf keine vertragliche Kontrolle über diese Aspekte haben.

Es besteht lediglich das Recht, die Erfordernisse des öffentlichen Interesses im Zusammenhang mit der Ausübung der Tätigkeit zu überprüfen. So kann der Auftraggeber die Regeln für die Gesundheit und Sicherheit der Kunden, den Schutz ihrer Privatsphäre und ihrer Persönlichkeit im Allgemeinen festlegen; er kann auch die Einhaltung der Berufsethikregeln verlangen.

Solche Anforderungen dürfen jedoch nicht die Grundlage für eine Weisungsbefugnis oder eine damit verbundene Kontrollbefugnis bilden.

Konkret stellt sich die Frage, ob der freie Dienstnehmer im Falle einer Meinungsverschiedenheit seine eigene Vorstellung von den im Unternehmen zu ergreifenden Massnahmen oder der Organisation durchsetzen kann¹⁸³ oder ob er die vom Auftraggeber auferlegten Vorkehrungen einhalten muss. Mit anderen Worten, ist der freie Dienstnehmer wirklich der «Chef» oder muss er sich an die strategischen Entscheidungen des Auftraggebers halten?

Ein sehr typischer konkreter Punkt ist die Frage, wer den Preis der vom freien Dienstnehmer erbrachten Leistung festlegt. Wenn der Preis ausschliesslich vom Auftraggeber festgelegt wird, ist unverständlich, warum der freie Dienstnehmer nicht als Arbeitnehmer im Sinne des ArG zu betrachten ist.

¹⁸² Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern, Stämpfli, 2005, Rz. 12 zu Art. 1 ArG.

¹⁸³ Das Bundesgericht ist zum Schluss gekommen, dass die Loyalitätspflicht den Arbeitnehmer daran hindert, seine eigene Meinung über die im Betrieb zu ergreifenden Massnahmen oder Organisationen zu äussern: Urteil des Bundesgerichts, 6. Oktober 2008, 4A_325/2008, E. 3; Urteil des Bundesgerichts, 24. Oktober 2011, 4A_381/2011, E. 6.

V. Konkrete Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass jeder «Betrieb» dem ArG untersteht.

Was den «Arbeitnehmer» betrifft, fallen drei Elemente auf:

- die rechtlich wünschenswerteste Situation ist eine identische Definition des Begriffs «Arbeitnehmer» im privaten und im öffentlichen Arbeitsrecht. Jeder Arbeitnehmer im Sinne des Privatrechts muss vom ArG geschützt werden, es sei denn, dieses sieht ausdrücklich etwas anderes vor;
- die Rechtsprechung tendiert zunehmend dazu, die Kriterien der rechtlichen Unterordnung, der wirtschaftlichen Abhängigkeit und der Eingliederung in den Betrieb gleichzeitig zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Auftraggeber selbst über den Preis der Dienstleistung entscheidet oder ob dies dem freien Dienstnehmer überlassen wird. Das historische Kriterium der Bereitstellung von Zeit ohne Ergebnispflicht ist ebenfalls heranzuziehen. Es ist diese weit gefasste Definition des Arbeitnehmers, die sowohl im privaten Recht als auch im öffentlichen Arbeitsrecht am geeignetsten erscheint;
- auch über diese Definition hinaus muss jede Person, die nicht selbst über Elemente entscheiden kann, welche durch das ArG geschützt sind, ganz oder teilweise durch dieses Gesetz geschützt werden. Mit anderen Worten, eine Person, die nicht frei über die Räumlichkeiten, Einrichtungen oder Instrumente entscheiden kann, in oder mit denen sie ihre Tätigkeit ausübt, muss durch die entsprechenden Bestimmungen des ArG geschützt werden; eine Person, die nicht frei über ihre Arbeitszeiten entscheiden kann, muss durch die entsprechenden Bestimmungen des ArG geschützt werden.

Zur Erklärung dieses dritten Elements dienen zwei Erläuterungen, die eine Reihe von Hinweisen beinhalten:

- Es darf nur eine Person als frei in ihren Entscheidungen angesehen werden, die keinen Einschränkungen seitens des Arbeitgebers unterliegt, d. h. deren Auftraggeber nicht weiss, wann und wie sie ihre Tätigkeit ausübt und insbesondere nicht über den Preis der Leistung entscheidet.
- Es wird zwar akzeptiert, dass im Rahmen einer Erwerbstätigkeit bestimmte Anforderungen festgelegt werden müssen; die wesentliche Frage ist jedoch, ob die für die Ausführung der Arbeiten festgelegten Anforderungen ausschliesslich im öffentlichen Interesse liegen (Gesundheit und Sicherheit der Kunden, Schutz der Privatsphäre der Kunden, Achtung der Berufsethik) oder ob sie, auch nur teilweise, im privaten Interesse des Auftraggebers liegen. Anders ausgedrückt, solange die für die Erbringung der Dienstleistung festgelegten Bedingungen nur im öffentlichen Interesse liegen (z. B. die Verpflichtung eines Rechtsanwalts, die Vertraulichkeit der erhaltenen Informationen zu schützen, die Verpflichtung eines Fahrers, ein Fahrzeug zu führen, das regelmässig von einer Werkstatt überprüft wird usw.), kann davon ausgegangen werden, dass der freie Dienstnehmer seine Freiheit behält. Wenn nun aber die Anforderungen über das einfache öffentliche Interesse hinausgehen, und eher eine Frage der Handelsstrategie sind (Verpflichtung zur Pünktlichkeit, Festlegung eines Preises, Anforderungen an den Stand der Räumlichkeiten oder Fahrzeuge usw.), kann man davon ausgehen, dass der freie Dienstnehmer die Freiheit, die seine Selbstständigkeit ausmachen würde, verliert.

VI. Praktische Vorgehensweise zur Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes in einem konkreten Fall

Bei der Bestimmung des Geltungsbereichs des Arbeitsgesetzes in einem konkreten Fall stellen sich zwei Hauptfragen:

- Erstens, liegt ein Arbeitsverhältnis vor?
- Zweitens, kann die betroffene Person nicht frei entscheiden, wann und wie sie ihre Tätigkeit ausübt?

Wenn beide Fragen bejaht werden, kommt das Arbeitsgesetz zur Anwendung.

Das ArG kommt auch dann zur Anwendung, wenn die erste Frage verneint, aber die zweite bejaht wird.

Im Folgenden schlagen wir eine praktische Vorgehensweise – sozusagen eine *Checkliste* – vor, die aus einer Reihe von Teilfragen besteht, deren Antworten es ermöglichen sollen, die beiden Hauptfragen zu beantworten.

1. Frage: Liegt ein Arbeitsverhältnis vor?

Um diese erste Frage zu beantworten, muss festgestellt werden, ob die folgenden Fragen vorwiegend bejaht werden können:

- a. Gibt es eine Arbeitsleistung?
- b. Gibt es einen Lohn oder sollte es einen geben (vgl. Art. 320 OR)?
- c. Liegt ein Subordinationsverhältnis vor:
 - Ist der Ort der Leistungserbringung vorgeschrieben?
 - Ist der Zeitpunkt der Leistungserbringung vorgeschrieben?
 - Gibt es eine Hierarchie, in die der freie Dienstnehmer eingegliedert wird?
 - Sind die Anweisungen, die der freie Dienstnehmer zu befolgen hat, ausreichend genau und detailliert?

ODER eine einfache Bereitstellung seiner Zeit ohne Verpflichtung zu einem Ergebnis:

- Ist der freie Dienstnehmer bereit, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, indem er nur seine Funktion, nicht aber den konkreten Inhalt der täglich zu erledigenden Aufgaben kennt?

ODER eine wirtschaftliche Abhängigkeit:

- Ist der freie Dienstnehmer ganz oder sehr stark von einem einzelnen Auftraggeber abhängig?
- Ist er als Arbeitnehmer bei einer Ausgleichskasse angemeldet? Zahlt er keine Mehrwertsteuer in seinem Namen? Hat er keine eigene Haftpflichtversicherung?
- Legt der freie Dienstnehmer den Preis der Leistung nicht selbst fest?

ODER eine Eingliederung in den Betrieb:

- Hat der freie Dienstnehmer ein Büro im Unternehmen des Auftraggebers? Eine E-Mail-Adresse auf seinen Namen? Das Recht – oder sogar die Pflicht –, den Namen und das Logo des Unternehmens zu verwenden?
- Werden die Leistungen an die Kunden nicht im Namen des freien Dienstnehmers, sondern im Namen des Auftraggebers vereinbart?

Wird nach Beantwortung dieser Fragen ein Arbeitsverhältnis festgestellt, ist das ArG anwendbar (mit gesetzlichen Ausnahmen).

Auch wenn nach Beantwortung der Fragen kein Arbeitsverhältnis vorliegt, kann das ArG – zumindest teilweise – zur Anwendung kommen, wenn die zweite Frage bejaht wird (siehe unten).

Darüber hinaus kann es in dieser zweiten Annahme zu einer vollständigen oder teilweisen Anwendung des ArG kommen, je nach den beiden gestellten Teilfragen (z. B. gelten nur die Bestimmungen über die Arbeitszeit [Dauer, Pausen usw.] oder nur die Bestimmungen über Räumlichkeiten und Einrichtungen usw.).

2. Frage: Kann die betroffene Person nicht frei entscheiden, wann und wie sie ihre Tätigkeit ausübt?

Zur Beantwortung dieser zweiten Frage sind die beiden folgenden Teilfragen nacheinander zu beantworten:

- a. Entscheidet der freie Dienstnehmer nicht darüber, welche Räumlichkeiten, Einrichtungen oder Instrumente zur Durchführung der Arbeiten genutzt werden sollen? Sind die Anforderungen, die der Auftraggeber an die Erbringung der Arbeitsleistung stellt, zudem nur im öffentlichen Interesse oder teilweise im privaten Interesse des Auftraggebers?
 - ⇒ Ist dies der Fall, wenn also der freie Dienstnehmer nicht über die Räumlichkeiten, Anlagen oder Arbeitsinstrumente entscheidet oder wenn der Auftraggeber Anforderungen stellt, die teilweise in seinem eigenen Interesse liegen, finden die entsprechenden Bestimmungen des ArG, das heisst bezüglich der Sicherheit der Räumlichkeiten und Anlagen, Hygiene oder Gesundheit Anwendung.
- b. Entscheidet der freie Dienstnehmer nicht, zu welchen Zeiten die Arbeitsleistung erbracht werden soll? Sind die Anforderungen an die Ausführung der Arbeitsleistung konkret nur im öffentlichen Interesse oder liegen sie teilweise im privaten Interesse des Auftraggebers?
 - ⇒ Ist dies der Fall, wenn also der freie Dienstnehmer nicht über die Zeit, in der die Arbeitsleistung erbracht werden soll, entscheidet oder wenn der Auftraggeber diesbezüglich Anforderungen stellt, die teilweise in seinem eigenen Interesse liegen, so finden die entsprechenden Bestimmungen des ArG, das heisst über die Arbeitszeiten (Dauer, Pausen usw.) Anwendung.