

# Entwicklungen im Arbeits- und

Roger Rudolph  
Professor, Zürich (Arbeitsrecht)

Markus Wytenbach  
Rechtsanwalt, Zürich (Mietrecht)

Ein Überblick über die wichtigsten Entscheide und gesetzlichen Änderungen im Arbeits- und Mietrecht der letzten zwölf Monate.

## 1. Arbeitsrecht

### 1.1 Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses

Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich zur vertragsrechtlichen Qualifikation der Rechtsbeziehung zwischen einem Arzt und einer delegierten Psychotherapeutin geäußert und das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint.<sup>1</sup> Die Zusammenarbeit habe ihren Grund im versicherungstechnischen Konstrukt der delegierten Psychotherapie, weil die Psychotherapeutin ihre nicht-ärztlichen Leistungen ohne diese Zusammenarbeit mit dem Facharzt nicht über die Grundversicherung der Krankenkasse abrechnen und dementsprechend nur Patienten mit Zusatzversicherung oder Selbstzahler behandeln könne. Die Psychotherapeutin habe das wirtschaftliche Risiko weitgehend und bewusst selbst getragen. Abgesehen von der Tatsache, dass sie zur Abrechnung auf den Arzt angewiesen und deshalb in einem gewissen Mass seinen fachlichen und einzelnen organisatorischen Weisungen unterlegen war, sei sie in der Gestaltung der Arbeitstätigkeit vollkommen frei gewesen. Vorliegend, so das Fazit des Obergerichts, fehle es am für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnis und an der Pflicht zur Arbeitsleistung, weshalb das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden könne. Der Entscheid wurde vom Bundesgericht bestätigt.<sup>2</sup>

Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangte das Kantonsgericht Waadt in einem auch medial viel beachteten Entscheid zur Tätig-

keit eines Fahrers für den Fahrdienst Uber.<sup>3</sup> Gegen das beeindruckende, 82 Seiten starke Urteil wurde kein Rechtsmittel an das Bundesgericht ergriffen, sodass es im Herbst 2020 in Rechtskraft erwuchs. Damit hat erstmals ein zweitinstanzliches Zivilgericht die Vertragsbeziehung zwischen Uber und einem Chauffeur als arbeitsrechtlich qualifiziert. Der Entscheid ist bemerkenswert und hat Signalkraft. Er darf allerdings auch nicht überbewertet werden: So datieren die prozessrelevanten Vertragsgrundlagen mehrere Jahre zurück, sodass sie heute in dieser Form kaum noch zum Einsatz gelangen werden. Dazu kommt, dass der besonders umstrittene und in casu betroffene Fahrdienst «Uber-Pop», der auch Amateurfahrern ohne Taxilizenz die Tätigkeit erlaubte, in der Schweiz mittlerweile eingestellt wurde. Wie andere Gerichte und insbesondere das Bundesgericht allfällige Uber-Fälle in Zukunft entscheiden werden, bleibt damit genauso offen wie das bis heute noch ungeklärte und nicht weniger umstrittene sozialversicherungsrechtliche Statut von Uber-Fahrern.

Die Diskussion um die privatrechtliche Rechtsnatur moderner Beschäftigungsformen wie die Plattformarbeit von Uber & Co. könnte unverkrampfter geführt werden, wenn eine Abkehr von der heute noch dominierenden «Alles oder nichts»-Optik gelänge.<sup>4</sup> Die Rechtsprechung und Teile der Literatur neigen noch immer zu stark dazu, im konkret zu beurteilenden Fall entweder das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und damit die integrale Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Be-

stimmungen zu bejahen oder aber umgekehrt die Qualifikation als Arbeitsvertrag pauschal zu verneinen und daraus auf einen vollständigen Ausschluss arbeitsrechtlicher Schutznormen zu schliessen.<sup>5</sup> Dabei hat das Bundesgericht die methodische Türe für vermittelnde Lösungen mit Augenmass schon vor Jahren überzeugend geöffnet, indem es auch im Bereich des Arbeitsrechts sowohl Innominat- als auch gemischte Verträge für zulässig erklärt hat.<sup>6</sup> Dies mit der Folge, dass je nach persönlicher Abhängigkeit und konkreter Schutzbedürftigkeit ausgewählte arbeitsrechtliche Bestimmungen wie etwa der Kündigungsschutz analog zur Anwendung gebracht werden können, auch wenn rechtlich kein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der mutigere Griff der Gerichte zu solchen punktuellen Analogieschlüssen würde im Spannungsfeld zwischen berechtigtem Sozialschutz, Vertragsfreiheit und technologischem Wandel differenzierte, damit sachgerechtere und dogmatisch überzeugendere Ergebnisse erlauben, als wenn komplexe Vertragskonstrukte durch ausufernde oder gar ergebnisgetriebene juristische Akrobatik in ein letzten Endes eben doch nicht passendes, rechtlich eindimensionales Korsett gezwängt werden.

### 1.2 Prekäre Arbeitsbedingungen

Mit prekären, ja haarsträubenden Arbeitsbedingungen sah sich das Bundesgericht in einem strafrechtlichen Fall aus dem Kanton Genf konfrontiert.<sup>7</sup> Es bejahte die Strafbarkeit wegen Wuchers (Art. 157 StGB), nachdem eine Arbeit-