



Peer Regulation – Bewertungssysteme in der Plattformökonomie

PHILIPP EGLI*



EYLEM DEMIR**

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der «Regulierung durch Reputation», wie sie auf Online-Plattformen über gegenseitige Bewertungssysteme sehr verbreitet ist. Im Fokus steht die Bewertung von Arbeitskräften bei Fahrdiensten wie Uber. Bewertungssysteme sind ein Indiz für eine Arbeitnehmerstellung, ohne allein ausschlaggebend zu sein. Überhaupt reichen die gesellschaftlichen Ordnungsanliegen über das Arbeitsrecht hinaus: Zu diesen Ordnungsanliegen zählen wir qualitätssichernde Massnahmen, die Gewährleistung der freien wirtschaftlichen Betätigung sowie eine angemessene Existenzsicherung. Anhand von Empfehlungen aus dem Europäischen Parlament werden wichtige Elemente einer Rahmenordnung für Bewertungssysteme von Arbeitskräften diskutiert und rechtlich verortet. Peer Regulation weist weiter auf die Potenziale kollektiver Organisation der Arbeitskräfte hin, und zwar auch jenseits der klassischen Arbeitnehmerstellung.

Le présent article traite de la « régulation par la réputation », très répandue sur les plateformes en ligne par le biais de systèmes d'évaluation réciproques. L'accent est mis ici sur l'évaluation du personnel employé par des services de transport tels qu'Uber. Les systèmes d'évaluation sont un indice de relation de subordination (employeur/employé), sans être toutefois l'unique critère déterminant. Les objectifs sociétaux vont même plus loin que le droit du travail : mesures d'assurance de la qualité, garantie de la libre activité économique et conditions d'existence appropriées font partie de ces objectifs. Les éléments essentiels d'un cadre légal destiné aux systèmes d'évaluation du personnel font l'objet d'une discussion et d'une identification juridique, sur la base des recommandations formulées par le Parlement européen. La régulation par les pairs renvoie en outre aux potentiels d'organisation collective du personnel, au-delà de la relation de subordination classique du salarié.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. (Selbst-)Regulierung durch Reputation
- III. Bewertung von Arbeitskräften
 - A. Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung
 - B. Bewertungssysteme als Ausdruck eines Unterordnungsverhältnisses?
 1. Neue Formen betrieblicher Abhängigkeit
 2. Zur Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts
 3. Zwischen Freiheit und Existenzsicherung
 - C. Ausgestaltung von Bewertungssystemen
- IV. Haben Arbeitskräfte ein Recht auf Nicht-bewertet-Werden?
 - A. Datenschutzrecht
 - B. Persönlichkeitschutz (Art. 28 ZGB)
 - C. Kollektive Rechte für arbeitnehmerähnliche Personen

I. Einleitung

Soziologische Untersuchungen haben sich mehrfach mit den Risiken und Vertrauensproblemen einer Taxifahrt befasst, wo mangels Zeit und Vorgeschichte persönliches Vertrauen fehlt:¹ Fahrer und Fahrgast sind sich

regelmässig ebenso unbekannt wie ausgeliefert. Woher nimmt etwa der Fahrgast die Gewissheit, dass der Fahrer fahrtauglich und das Fahrzeug betriebsicher ist? An solche Vertrauensprobleme knüpfen traditionellerweise staatliche Regulierungen des Taxigewerbes an, die – wie man heute formulieren könnte – massgeblich mit dem öffentlich-rechtlichen Konsumentenschutz gerechtfertigt werden.² Doch während man früher nach einem «konzessionierten» Taxi Ausschau gehalten hat, wird heute vermehrt zu Online-Fahrdiensten gegriffen und wesentlich auf die dortigen Bewertungssysteme vertraut, bei denen sich Fahrgäste und Fahrer wechselseitig bewerten (sog. *Peer Regulation*).³

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit dieser *Peer Regulation*. Im Fokus steht die Bewertung von Arbeitskräften bei Fahrdiensten wie Uber, Lyft und Co.⁴ Der

Io Truzzi (Hrsg.), *Sociology and Everyday Life*, Englewood Cliffs 1968, 138 ff.; DIEGO GAMBETTA/HEATHER HAMILL, *Streetwise: How Taxi Drivers Establish Customer's Trustworthiness*, New York 2005.

² BGE 79 I 334.

³ Anzumerken bleibt, dass Plattformen zur Kommunikation der Vertrauenswürdigkeit der über sie angebotenen Güter und Dienstleistungen nicht nur auf *Bewertungssysteme*, sondern vielfach (und damit verknüpft) auch auf *Überprüfungs- und Überwachungssysteme* hinweisen, dazu DEEPA DAS ACEVEDO, *Regulating Employment Relationships in the Sharing Economy*, *Employee Rights and Employment Policy Journal* 2016, 1 ff., 22.

⁴ Es handelt sich dabei nur um einen engen Ausschnitt aus der Plattformökonomie (auch *Collaborative Economy* oder *Sharing Eco-*

* PHILIPP EGLI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Sozialrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) in Winterthur.

** EYLEM DEMIR, Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Sozialrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) in Winterthur.

¹ NIKLAS LUHMANN, *Vertrauen*, 4. A., Stuttgart 2000, 59, mit Hinweis auf JAMES HENSLIN, *Trust and the Cab Driver*, in: Marcel

Aufsatz will einen Überblick über die Potenziale und Grenzen der dort anzutreffenden Bewertungssysteme sowie über die damit einhergehenden regulatorischen Herausforderungen geben. Bei einem solchen Überblick gerät man schnell an die Grenzen (unmittelbarer) rechtlicher Regulierung, da Bewertungssysteme eine Form der «Selbstregulierung durch Reputation» darstellen, die fehlende hoheitliche Regulierung kompensiert oder sogar an deren Stelle treten kann (II.). Bei der Bewertung von Arbeitskräften werden wir zum einen darlegen, wie Bewertungssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht zu beurteilen sind (III.A.–B.). Neben dieser rechtlich vertrauten Frage befassen wir uns zum anderen mit der regulatorischen Ausgestaltung von Bewertungssystemen (III.C.). Letzteres erscheint uns eine neue regulatorische Herausforderung zu sein. Wir widmen daher einer ersten rechtlichen Verortung der damit einhergehenden Fragen – jenseits des klassischen Arbeitsrechts – einen eigenen Abschnitt (IV.).

II. (Selbst-)Regulierung durch Reputation

Die Geschäftsmodelle der Plattformökonomie beruhen zu einem guten Stück auf der Reputation der Beteiligten.⁵ Von gegenseitigen Bewertungsmechanismen, bei denen beispielsweise der Fahrgast den Fahrer sowie der Fahrer den Fahrgast bewertet, verspricht man sich *Vertrauen durch Reputation*.⁶ Der «Ruf» soll mit anderen Worten ein reibungsloses Handeln ermöglichen: Bewertungspotenziale schaffen Transparenz wie auch Anreize, sich vorbildlich zu verhalten und qualitativ hochwertige Güter anzubieten.⁷ Damit soll eine (Selbst-)Korrektur von Marktversagen einhergehen; im besten Fall können Bewertungssysteme bisherige Regulierungen zum öffent-

lich-rechtlichen Konsumentenschutz überflüssig machen und möglicherweise eine fehlende Regulierung sozialrechtlicher Standards zumindest teilweise kompensieren.⁸

Eine (*Selbst-*)Regulierung durch Bewertungssysteme stösst allerdings relativ rasch an Grenzen, wie das Beispiel der Taxifahrten zeigt.⁹ Während die Freundlichkeit des Fahrers und die Sauberkeit des Fahrzeugs für den Fahrgast gut beurteilbar sind, sodass sich entsprechende staatliche Vorschriften erübrigen können,¹⁰ lässt bereits das Beispiel der Fahrweise Zweifel an einer *Peer Regulation* aufkommen. Zwar kann die Fahrweise vom Fahrgast beurteilt werden, aber aus Gründen seiner persönlichen wie der öffentlichen Sicherheit kaum seiner individuellen Beurteilung überlassen bleiben. Immerhin können solche sogenannten Erfahrungsgüter¹¹ vom Fahrgast überhaupt noch wahrgenommen bzw. erfahren werden. Dies trifft bei anderen Gütern, den sogenannten Vertrauensgütern, nicht zu: Die Fahrtauglichkeit des Fahrers dürfte nur eingeschränkt und die Betriebssicherheit des Autos (z.B. der Zustand des Motors) im Regelfall nicht durch den Fahrgast überprüfbar sein. Hier bleiben Fahrgast und Öffentlichkeit auf das Vorhandensein regulatorischer Vorgaben¹² und/oder auf sichtbare «Zeichen» der Vertrauenswürdigkeit angewiesen (z.B. Prüfplaketten).¹³

Diese Beispiele zeigen, dass die Qualität einer (Fahr-) Dienstleistung für den Fahrgast nur eingeschränkt überprüfbar ist. Hinzu kommt, dass Qualitätserwartungen immer auch *subjektiv geprägt* sind. Das lässt sich an der bereits erwähnten Fahrweise veranschaulichen: Ein Fahrgast bevorzugt eine zügige und sportliche Fahrweise mit einer eher pragmatischen Haltung des Fahrers zu den Verkehrsregeln, während ein anderer Fahrgast mehr

nomie genannt), die äusserst vielgestaltig ist, zum Ganzen jüngst z.B. VASSILIS HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford/Portland 2018; JEREMIAS PRASSL, *Humans as a Service*, Oxford 2018.

⁵ Bericht des Bundesrates vom 11. Januar 2017 über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft (zit. Bericht digitale Wirtschaft), 95, 100, 137; Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 15. Juni 2017 zu einer Europäischen Agenda für kollaborative Wirtschaft (2017/2003 [INI]) (zit. Entschliessung), N 24; MICHAEL GRAMPP/LUC ZOBRIST/ANDREAS ABEGG, *Die Sharing Economy in der Schweiz: mehr, weniger oder neue Regulierungen?*, Deloitte/ZHAW-Studie, September 2016; THOMAS VON STOKAR ET AL., *Sharing Economy – teilen statt besitzen*, TA-SWISS-Studie, Zürich 2018, 143 f.

⁶ Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 95.

⁷ Entschliessung (FN 5), N 27; GRAMPP/ZOBRIST, in: Grampp/Zobrist/Abegg (FN 5), 7.

⁸ Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 100; aus (Institutionen-)ökonomischer Sicht CHRISTOPH HAUSER, *Ordnung ohne Ort*, Zürich 2017, 182 ff.; sehr skeptisch PRASSL (FN 4), 35 ff., 5 f.; zur Kompensation siehe unten III.B.3.

⁹ Dazu weiterführend z.B. DAS ACEVEDO (FN 3), 19 ff.

¹⁰ Beispiele bei ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, *Das Recht der Sharing Economy*, Zürich/Basel/Genf 2018, 13 f.

¹¹ Die Unterscheidung von *Erfahrungs- und Vertrauensgütern* knüpft daran an, ob die asymmetrische Information (z.B. Unklarheit über Fahrstil des Fahrers) durch Erfahrung behoben werden (ja = Erfahrungsgut, nein = Vertrauensgut), vgl. Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 100.

¹² Neben der Strassenverkehrsgesetzgebung ist hier namentlich an Arbeits- und Ruhezeitvorschriften für Fahrer zu denken, vgl. dazu in der Schweiz die Verordnung vom 6. Mai 1981 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ARV 2; SR 822.222).

¹³ MARTIN PEITZ/ULRICH SCHWALBE, *Kollaboratives Wirtschaften oder Turbokapitalismus?*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2016, 232 ff., 245 f.

Wert auf Sicherheit und Regelkonformität legt.¹⁴ Überdies sind Bewertungssysteme *manipulationsanfällig*, was sich jüngst auf der Bewertungsplattform Trip-Advisor gezeigt hat, wo ein fiktives Restaurant während zweier Wochen als bestes Lokal in London geführt wurde.¹⁵ Erschreckend war zudem der Aufruf auf einem Campus in den USA, Uber- und Lyft-Fahrern unbegründet schlechte Bewertungen abzugeben, um so eine Gratis-Fahrt zu erhalten.¹⁶ Zu beobachten sind ganz allgemein *diskriminierende Praktiken*; Vorurteile von Fahrgästen können ohne entsprechende Qualitätssicherungen ungefiltert in die Bewertung einfließen.¹⁷

Neben diesen für die Fahrer negativen Verzerrungen vonseiten der Fahrgäste sind auch übertrieben positive Beurteilungen zu beobachten. Solche ungerechtfertigt guten Bewertungen nehmen gemäss einer aktuellen Untersuchung bei der Bewertung von *Personen* im Laufe der Zeit zu und führen dazu, dass Bewertungen zunehmend an Aussagekraft verlieren (sog. Reputationsinflation).¹⁸ Bei Uber ist beispielsweise die Bewertung mit 5 von 5 Sternen der Normfallfall¹⁹ und bereits bei einer Bewertung von unter 4.6 von 5 Sternen besteht für den Fahrer das Risiko, von künftigen Fahrdienstleistungen ausgeschlossen zu werden.²⁰ Regelmässig fehlt es auch an genügenden Anreizen, Bewertungen abzugeben, was deren Repräsentativität infrage stellt.²¹ Schliesslich ist auf *Zurechnungsprobleme* hinzuweisen, die etwa dann auftreten, wenn ein Fahrer eine schlechte Beurteilung aufgrund von Umständen erhält, die ihm nicht persönlich vorwerfbar sind (z.B. Stau, Verlust GPS-Signal, dynamische Preisbildung).²²

Diese nicht abschliessende Liste von Herausforderungen für digitale Bewertungssysteme bestätigt im Ergebnis Erfahrungen aus der «analogen» Welt der Beurteilung von Arbeitskräften, wonach objektive Beurteilungen beinahe unmöglich sind.²³ Sollen Bewertungssysteme staatliche Regulierungen auch nur teilweise ablösen, gerät die *Qualitätssicherung und Transparenz* von Bewertungssystemen in den Fokus, womit neue regulatorische Herausforderungen auftreten.²⁴ Bevor darauf näher eingegangen wird (III.C.), sind die Besonderheiten und rechtlichen Fragen der Bewertung von Arbeitskräften zu thematisieren (III.A.–B.).

Abschliessend sei erwähnt, dass die starke Stellung der Reputation auf Online-Plattformen ein Hinweis auf die eher schwache Leistung des Rechts ist. Die Verhaltenssteuerung unter den Beteiligten (*Peers*) beruht auf Online-Plattformen in einem bemerkenswerten Ausmass auf *ausserrechtlichen Motivquellen*.²⁵ Die Geschäftsmodelle der Plattformökonomie lassen sich zwar allesamt rechtlich erfassen²⁶ – Uber, Lyft und Co. bewegen sich nicht im rechtsfreien Raum –, aber einzelne Betroffene können ihre Rechte im Alltag kaum durchsetzen. Das gilt bereits bei ortsgebundenen Dienstleistungen wie einer Taxifahrt mit Uber²⁷ und noch stärker für ortsungebundene Dienstleistungen über Plattformen wie z.B. Amazon Mechanical Turk. Dies ist eine Schattenseite entgrenzter und fragmentierter Arbeit, der besonders aus juristischer Sicht vermehrt Aufmerksamkeit geschenkt werden darf.

¹⁴ PEITZ/SCHWALBE (FN 13), 238.

¹⁵ KATHRIN KLETTE, Wie ein fiktives Edelrestaurant bei Trip Advisor auf Platz 1 landet, NZZ Online vom 10.12.2017, Internet: <https://www.nzz.ch/panorama/wie-ein-fiktives-edel-restaurant-bei-trip-advisor-auf-platz-1-landet-ld.1337773> (Abruf 31.5.2018).

¹⁶ Vgl. die Berichte auf Foren wie ridesharedashboard.com.

¹⁷ CHRIS FORDE ET AL., The Social Protection of Workers in the Platform Economy, Study for the EMPL Committee, 2017, 21; RYAN CALO/ALEX ROSENBLAT, The Taking Economy: Uber, Information, and Power, Columbia Law Review 2017, 1623 ff., 1627, 1647; THOMAS VON STOKAR ET AL. (FN 5), 146 f.

¹⁸ APOSTOLOS FILIPPAS/JOHN J. HORTON/JOSEPH M. GOLDEN, Reputation Inflation, 8.3.2018, Internet: <https://ssrn.com/abstract=3136473> (Abruf 31.5.2018).

¹⁹ Im «Uber Handbuch» ist zu lesen: «Die meisten Fahrgäste geben eine Bewertung mit 5 Sternen ab, es sei denn, es gab bei der Fahrt ein bestimmtes Problem» (Internet: www.help.uber.com [Abruf 31.5.2018]).

²⁰ HATZOPOULUS (FN 4), 155.

²¹ PEITZ/SCHWALBE (FN 13), 238.

²² Uber hat gemäss eigenen Angaben in den USA im November 2017 Massnahmen ergriffen, um solche Zurechnungsprobleme künftig zu entschärfen, vgl. KARISSA BELL, Uber makes it harder to give

drivers bad ratings, 21.11.2017, Internet: mashable.com (Abruf 31.5.2018).

²³ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, La licéité de l'évaluation et du «forced ranking» en droit suisse du travail, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), La protection des données dans les relations de travail, Genf/Zürich 2017, 325 ff.

²⁴ Entschliessung (FN 5), N 27 ff.

²⁵ Zum rechtssoziologischen Hintergrund vgl. allgemein NIKLAS LUHMANN, Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995, 157 f.

²⁶ Wobei die Rechtsverhältnisse komplex sind, vgl. z.B. Bundesrat, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, Bericht vom 8. November 2017 in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.09.2015 und 17.3222 Derder vom 17.03.2017, 53 ff.

²⁷ Zu den Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung vgl. z.B. KURT PÄRLI, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, ARV 2016, 243 ff., 246 ff.

III. Bewertung von Arbeitskräften

A. Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung

«[T]he real point of rating algorithms is to control workers», schreibt JEREMIAS PRASSL in seinem jüngst erschienenen Buch «Humans as a Service».²⁸ In der Tat gewinnen Bewertungssysteme eine besondere Brisanz, wo Arbeitskräfte bewertet werden. Auf digitalen Plattformen verdichten sich die gesammelten Bewertungen der Arbeitskräfte zu ihrer beruflichen Reputation und zu einem ständig aktualisierten «Arbeitszeugnis».²⁹ Soweit die Arbeitsleistungen die Erwartungen der Kunden nicht erfüllen, werden die Arbeitskräfte automatisch von künftigen Tätigkeiten für die Plattform suspendiert oder gar ausgeschlossen.

Ungerechtfertigt negative Beurteilungen gefährden daher das wirtschaftliche Fortkommen der Arbeitskräfte und überhaupt ihre Persönlichkeit. «Daten sind geeignet Karrieren und in Folge Lebensgrundlagen zu zerstören», heisst es in einer aktuellen deutschen Dissertation zu Arbeitszeugnissen.³⁰ In klassischen Arbeitsverhältnissen hat das Bundesgericht diesen Gedanken bereits früh aufgenommen und im Fall eines entlassenen Fruchtputzers festgehalten, die Funktion von Arbeitszeugnissen liege in erster Linie in der Erleichterung des wirtschaftlichen Fortkommens.³¹ Dies gilt auch für die berufliche Reputation, wobei – allgemein formuliert – letztlich das «Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Betätigung» betroffen ist, auf das sich namentlich auch Selbständigerwerbende berufen können.³²

B. Bewertungssysteme als Ausdruck eines Unterordnungsverhältnisses?

In der Praxis interessiert vor allem auch die Frage, ob Bewertungssysteme *Ausdruck eines Unterordnungsverhältnisses* sind und für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR sowie einer Arbeitnehmerstellung

nach Art. 11 ATSG³³ sprechen.³⁴ Die Frage ist angesichts der weitreichenden Folgen ebenso wichtig wie umstritten.³⁵ Im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen steht die arbeitsvertragliche Qualifikation.

1. Neue Formen betrieblicher Abhängigkeit

Die Europäische Kommission ist der Auffassung, Beurteilungs- und Bewertungsfunktionen würden als solche noch keinen Einfluss und keine Kontrolle auf die zugrunde liegende Dienstleistung nachweisen. Die eigentliche Beurteilung oder Bewertung werde vom Nutzer vorgenommen und nicht von der Plattform. Einschränkend stellt die Europäische Kommission dann aber folgende Faustregel auf: «Je grösser das Ausmass, in dem kollaborative Plattformen die *Auswahl der Anbieter* der zugrunde liegenden Dienstleistungen und die *Art und Weise der Durchführung* regeln und organisieren (z.B. indem sie die Qualität der Dienstleistungen direkt prüfen und darauf einwirken), desto deutlicher wird, dass sie auch als Erbringer der zugrunde liegenden Dienstleistungen betrachtet werden könnten.»³⁶ Gemäss der Rechtsprechung des EuGH hat beispielsweise Uber einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen, unter denen die Fahrer ihre Leistungen erbringen.³⁷ Uber legt die Höchstpreise der Fahrten fest, erhebt die Fahrpreise und übt eine «gewisse Kontrolle» über die Qualität der Fahrzeuge und der Fahrer sowie

²⁸ PRASSL (FN 4), 54.

²⁹ Dazu und zum Folgenden FLORIAN A. SCHMIDT, Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork, Studie Friedrich-Ebert-Stiftung 2017, Internet: library.fes.de/pdf-files/wiso/12826.pdf (Abruf 31.5.2018), 11 f.; PRASSL (FN 4), 52 ff.

³⁰ KAROLINA MEISLOCH, Die Funktionalität von Arbeitszeugnis- und Referenzsystem im deutschsprachigen und angloamerikanischen Rechtsraum, Baden-Baden 2017, 367.

³¹ BGE 74 II 43.

³² Art. 28 ZGB; BGE 86 II 365; dazu näher unten IV.B.

³³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

³⁴ Der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff (dazu z.B. Art. 5 Abs. 2 AHVG; BGE 119 V 161; jüngst: NDIYA ONUOHA, Umgang mit der Digitalisierung aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive, AJP 2018, 327 ff.) ist *weiter gefasst* als der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff.

³⁵ Vgl. für die *Schweiz* die Parteigutachten BETTINA KAHIL-WOLFF, Avis juridique sur le statut des chauffeurs utilisant les applications Uber en Suisse au regard de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), 13.3.2017, sowie KURT PÄRLI, Gutachten, «Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen», 10.7.2016; ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 32 ff.; GABRIELA RIEMER-KAFKA/VIVIANA STUDER, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 2017, 354 ff.; AURELIEN WITZIG, L'ubérisation du monde du travail, Réponses juridiques à une évolution économique, ZSR I 2016, 457 ff.

³⁶ Europäische Kommission, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, Mitteilung vom 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 7 (Hervorhebungen beigefügt), zum Arbeitnehmerbegriff 12 ff.; *kritisch* dazu PRASSL (FN 4), 48.

³⁷ EuGH, Rs. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi gegen Uber Systems Spain SL*, 20.11.2017, N 39, was zur Qualifikation von «Uber Pop» (= Service für nicht berufsmässige Fahrer) als Verkehrsdienstleistung führt.

deren Verhalten aus und kann über einen allfälligen Ausschluss von der Plattform entscheiden.³⁸

Für das Schweizer Recht stellt der Bundesrat solche Überlegungen ausdrücklich in den Zusammenhang der Qualifikation der Vertragsverhältnisse und nennt das Vorhandensein von Bewertungssystemen als eines von mehreren Kriterien, die auf einen Arbeitsvertrag hinweisen können.³⁹ Das Bundesgericht hat in einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit entschieden, dass es sich bei Uber nicht um eine «Plattform» handelt, die bloss Fahrer und Fahrgäste vermittelt; das Geschäftsmodell von Uber sei nicht mit einer Telefonzentrale (Herstellung von Verbindungen zwischen Personen) vergleichbar.⁴⁰ Zusätzlich zur Verrechnung der Transportleistungen an die Fahrgäste kümmere sich Uber um die Fahrer und auferlege ihnen vorgegebene Bedingungen, darunter zu den Tarifen. Es handle sich um ein eigentliches, von Uber aufgesetztes Geschäftsmodell («un véritable modèle économique»). Es wäre daher vorschnell, ohne detaillierte Prüfung jeden Einfluss von Uber auf die Taxi-Dienstleistung zu verneinen.⁴¹

Bereits bei der letzten Totalrevision des Arbeitsrechts vor gut 50 Jahren hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass die enorme technische Entwicklung die Gestaltung der Arbeit in den Betrieben verändert. Das gelte namentlich mit Blick auf die Spezialisierung, Rationalisierung, Mechanisierung und Automatisierung der Arbeit: «Diese Veränderung der Arbeitsorganisation und der Arbeitsweise verstärkt die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von den technischen und organisatorischen Gegebenheiten des einzelnen Betriebs, in den er auf Grund eines Arbeitsvertrages eintritt».⁴² Diese Ausführungen weisen – losgelöst von ihrem historischen Kontext – auf eine zunehmende *betriebliche Abhängigkeit durch Automatisierung* hin, die sich im Zeitalter der Digitalisierung akzentuiert und in welcher die persönliche Abhängigkeit von den Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers heute vermehrt aufgeht. Mit anderen Worten: Auf digitalen Plattformen wird die Arbeitgeberfunktion tendenziell automatisiert

(«algorithmisches Management»),⁴³ ohne damit zu verschwinden.

Bewertungssysteme sind ebenso ein Ausdruck dieser *betrieblichen Abhängigkeit* wie der Umstand, dass die Plattformbetreiber bis heute weitgehend nach Gutdünken oder jedenfalls nach intransparenten Kriterien über Zugang und Ausschluss zur Plattform als unter Umständen massgeblicher Erwerbsquelle bestimmen.⁴⁴ Gemäss PRASSL sind Bewertungssysteme klares Indiz dafür, dass eine Plattform nahe an einem klassischen Arbeitgeberkonzept liegt. Je nach Ausgestaltung können über Bewertungssysteme erhebliche Weisungs- und Kontrollrechte ausgeübt werden, was sich am Beispiel von Uber zeigt, wo über Bewertungssysteme eine Überwachung der Arbeits- bzw. Dienstleistung der Fahrer erfolgt und schlechte Leistungen zu Abmahnungen und schliesslich zu einem Ausschluss von der Plattform führen können.⁴⁵ Dies ist ein Hinweis dafür, dass sich ein Fahrer in die Arbeitsorganisation der Plattform und damit in eine betriebliche Struktur einzuordnen hat, die zu einer Form unselbständiger, *abhängiger Arbeit* führt – bei aller Freiheit betreffend die Wahl der Arbeitszeiten und die Art der Arbeitsausführung. Entsprechend ausgestaltete Bewertungssysteme sprechen daher für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages,⁴⁶ ohne allein ausschlaggebend zu sein.

2. Zur Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts

Grundsätzlich erscheint es uns naheliegend und richtig, Plattformen eine soziale Verantwortung für die von ihnen organisierte Arbeit aufzuerlegen.⁴⁷ Das klingt im bereits

³⁸ EuGH, Rs. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi gegen Uber Systems Spain SL*, 20.11.2017, N 39.

³⁹ Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 78.

⁴⁰ BGer, 2C_500/2016, 31.10.2016, E. 3.4.

⁴¹ BGer, 2C_500/2016, 31.10.2016, E. 3.4, wobei die detaillierte Prüfung nicht vorzunehmen war, da die Beschwerdebefugnis von Uber gegen ein Taxireglement zu beurteilen war.

⁴² Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241 ff., 274.

⁴³ SCHMIDT (FN 29), 11.

⁴⁴ Für weitere Kriterien vgl. Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 78; weiterführend DEEPA DAS ACEVEDO, *Unbundling Freedom in the Sharing Economy*, California Law Review (im Erscheinen 2018), Manuskript unter Internet: <https://papers.ssrn.com/> (Abruf 31.5.2018).

⁴⁵ PRASSL (FN 4), 52 ff.

⁴⁶ Zu den Abgrenzungskriterien vgl. z.B. BGer, 4C.276/2006, 25.1.2007, E. 4.3 (Subordination); ferner Bericht digitale Wirtschaft (FN 5), 78; a.M. ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 34.

⁴⁷ Zur Forderung moderner Rechtslehre, in reflexiver Weise Probleme auf jene Personen zurückzuspiegeln, die sie verursachen oder zumindest im wesentlichen Masse die Lösung der Probleme beeinflussen können, vgl. ANDREAS ABEGG/SIMONE STEBLER, BGer 4A_102/2008: *Missbräuchliche Kündigung infolge Krankheit*, AJP 2008, 1177 ff., 1180. Zum Ansatz, über das Arbeitsrecht die Kosten von unternehmerischen Tätigkeiten zu internalisieren, vgl. insb. auch PRASSL (FN 4), 130 ff., insb. 131. Mit einer Revision im Jahr 2016 wurde in Frankreich der «Code du travail» um ein Kapitel zur sozialen Verantwortung der Plattformen («responsabilité sociale des plateformes») ergänzt, vgl. Art. L73

erwähnten Bundesgerichtsentscheid an, wonach es sich bei Uber um ein «véritable modèle économique» handle. Über Plattformen organisierte Arbeit hat dabei namentlich das fundamentale Schutzanliegen des internationalen Arbeitsrechts zu berücksichtigen, wonach Arbeit keine Ware und – so möchte man ergänzen – ein Mensch nicht eine blossе Dienstleistung ist.⁴⁸ Solange der (privatrechtliche) Sozialschutz von Arbeitskräften in erster Linie über das klassische Arbeitsvertragsrecht sichergestellt wird,⁴⁹ ist zu erwarten, dass Lehre und Praxis zumindest teilweise dazu tendieren, diese Normen direkt oder sinngemäss auf digitale Arbeitsmärkte anzuwenden.

Zu beobachten sind solche Tendenzen an Lehrmeinungen, welche das Element betrieblicher Abhängigkeit bei Arbeitsverträgen (wieder) stärker in den Vordergrund rücken wollen,⁵⁰ oder an Überlegungen und jüngst auch an der Gerichtspraxis hin zu einer Vermutung für unselbständige Arbeit auf digitalen Plattformen.⁵¹ Es gibt durchaus auch historische Vorläufer für solche *Grenzfälle abhängiger Arbeit*. Wertvolle Impulse kann etwa das Recht der Heimarbeiter liefern – eigentliche Crowdworker «avant la lettre».⁵² Bei ihnen liegt der Ursprung der Figur der arbeitnehmerähnlichen Person als Bezeichnung arbeitsvertragsnaher Rechtsverhältnisse.⁵³ Weiter zeichnet sich Heimarbeit durch eine zeitlich verschobene, nachträgliche Kontrolle aus, wie sie nun auch wieder bei der Plattformarbeit häufig anzutreffen ist und erneut zu Kontroversen über die Qualifikation der Vertragsverhältnisse

führt.⁵⁴ Beim Heimarbeitsvertrag hat der Gesetzgeber schliesslich eine eigene gesetzliche Regelung geschaffen, die als «gesetzliche Fiktion» eines Arbeitsverhältnisses kritisiert wurde,⁵⁵ heute aber wohl allgemein akzeptiert ist (Art. 351 ff. OR).

3. Zwischen Freiheit und Existenzsicherung

Allerdings wäre es zu kurz gegriffen, die soziale Verantwortung der Plattformen mit den Schutznormen des Arbeitsvertragsrechts auffangen zu wollen.⁵⁶ Das geltende Arbeitsvertragsrecht mit seiner Ausrichtung auf stabile Vollzeitverhältnisse kann die soziale Verantwortung der Plattformen nur ungenügend adressieren. Das zeigt sich namentlich darin, dass auf Online-Plattformen die *Verwirklichung der freien wirtschaftlichen Entfaltung der Arbeitskräfte* ein wichtiges gesellschaftliches Ordnungsanliegen ist.⁵⁷ Konkrete Forderungen sind in diesem Zusammenhang etwa (a) vertrauenswürdige und transparente Bewertungssysteme, (b) Kommunikationsmöglichkeiten auf Plattformen, (c) die Übertragbarkeit von Bewertungen, (d) Übergangsbestimmungen bei AGB-Änderungen und der Schutz vor willkürlichem Ausschluss sowie (e) die Möglichkeit, gleichzeitig auf mehreren Plattformen gleichartige Tätigkeiten anzubieten.

Im heutigen regulatorischen Kontext sind solche Forderungen ein zweischneidiges Schwert: Während gewisse Anliegen wie z.B. der Schutz vor willkürlichem Ausschluss Parallelen zum Arbeitnehmerschutz (Kündigungsschutz) aufweisen, sind andere Anliegen wie z.B. die Übertragbarkeit von Bewertungen auf die Stärkung der Unabhängigkeit der Arbeitskräfte von einer einzelnen Plattform gerichtet. Je mehr die zweitgenannten Anliegen verwirklicht werden, desto eher führt dies zur Verneinung der Arbeitnehmerstellung und damit zum Wegfall des Sozialschutzes. Und umgekehrt wird die freie wirtschaftliche Entfaltung geschwächt, wenn die Arbeitskräfte dem Arbeitsvertragsrecht und damit einer persönlichen Weisungsgewalt unterstellt werden.⁵⁸ Insofern kann eine zu enge Ausrichtung auf das Arbeitsvertragsrecht die Rechts-

42-1 ff. Code du travail/FR, Internet: www.legifrance.gouv.fr (Abruf 31.5.2018); ferner PRASSL (FN 4), 114.

⁴⁸ «Die Arbeit ist keine Ware» lautet der erste Grundsatz der Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) vom 10. Mai 1944 über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation («Erklärung von Philadelphia» = Beilage zur Verfassung der IAO vom 28. Juni 1919 [SR 0.820.1]). Dagegen setzte Jeff Bezos, Gründer von Amazon und Amazon Mechanical Turk (AMT), die Devise «Humans as a Service», vgl. dazu nun auch PRASSL (FN 4), *passim*.

⁴⁹ Zu den Schutz- und Treuepflichten im Auftragsrecht vgl. ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 39.

⁵⁰ Aufschlussreich ANNE MEIER, Pour un retour du critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail, ARV 2013, 97 ff.

⁵¹ Urteil des Supreme Court von Kalifornien i.S. *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* vom 30. April 2018; FORDE ET AL. (FN 17), 103.

⁵² Skeptisch dagegen Bundesrat, Rechtliche Folgen der Telearbeit, Bericht zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz vom 16. November 2016, 8 f.

⁵³ OLIVIER STEINER, Die arbeitnehmerähnliche Person – auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft, ArbR 2008, 65 ff., 70.

⁵⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 351 OR N 1; für das Crowdworking: RÜDIGER KRAUSE, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, 53 ff., 58 f.

⁵⁵ MANFRED REHBINDER, Zur gesetzlichen Begriffsbestimmung des Heimarbeitsvertrages, ArbR 1990, 79 ff.

⁵⁶ ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 34 Fn 99.

⁵⁷ Entschliessung (FN 5), N 33, 43.

⁵⁸ Art. 321 d OR; ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 34 Fn 99, die zusätzlich auf das Konkurrenzverbot (Art. 321 a Abs. 2 OR) hinweisen.

stellung der Arbeitskräfte unter Umständen schwächen statt stärken, was auf die Notwendigkeit eines sozialen Schutzes *jenseits der klassischen Arbeitnehmerstellung* hinweist. Eine Rahmenordnung für Bewertungssysteme (dazu sogleich III.C.) ist hierfür ein wichtiger, aber keineswegs der einzige Baustein.

Von der Verwirklichung der freien wirtschaftlichen Entfaltung als Funktionsvoraussetzung der Plattformökonomie zu unterscheiden sind Massnahmen für eine *angemessene wirtschaftliche, menschliche und familiäre Existenzsicherung* als ein zentrales Schutzanliegen des Sozialrechts.⁵⁹ Diesbezüglich bleibt zu prüfen, ob eine Regulierung über das soziale Privatrecht (z.B. gestufte Mindestlöhne⁶⁰) überhaupt möglich und auch anzustreben ist oder ob gegebenenfalls der Weg über das öffentliche Sozialrecht (z.B. Öffnung der Arbeitslosenversicherung für gewisse Gruppen von Selbständigerwerbenden) zielführender ist.⁶¹ In dieser Frage liegt unseres Erachtens neben der Ausgestaltung der Bewertungssysteme eine der zentralen regulatorischen Herausforderungen der Plattformökonomie.⁶² Diesbezüglich wird man sich wohl nicht mit einer blossen *Peer Regulation* oder einer *Governance by Reputation*⁶³ – das heisst dem *Naming and Shaming* schlechter Arbeitsbedingungen durch empörte Peers und eine empörte Öffentlichkeit – begnügen wollen. Auch wenn darin ein Disziplinierungsinstrument liegt, das im Verbund mit anderen Massnahmen nach ersten empirischen Untersuchungen durchaus Wirkung entfalten kann.⁶⁴

⁵⁹ ANDREAS ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich 2004, 314: «In nuce: Analoge Anwendung von Arbeitsrecht ist insofern gerechtfertigt, als zur wirtschaftlichen, menschlichen und familialen Existenzsicherung nötig ist und mit den entsprechenden zwingenden Normen auch ein Beitrag dazu geleistet werden kann.»

⁶⁰ So ein Vorschlag von PRASSL (FN 4), 108 ff.

⁶¹ Vgl. etwa die Position von ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 46, die eine Existenzabsicherung über das öffentliche Sozialrecht einer «übereilten» Ausweitung des sozialen Privatrechts vorziehen; dagegen unterstreicht JEREMIAS PRASSL die (ökonomische) Effizienz einer Regulierung über das *Arbeitsrecht*, vgl. PRASSL (FN 4), 130 ff.

⁶² Vgl. auch Entschliessung (FN 5), N 38 f.

⁶³ Begriff von GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Staat als Prozess, Frankfurt a.M. 2010, 94.

⁶⁴ Vgl. ALAN BENSON/AARON SOJOURNER/AKHMED UMYAROV, Can Reputation Discipline the Gig Economy? Experimental Evidence from an Online Labor Market, IZA DP No. 9501, November 2015, Internet: <http://ftp.iza.org/dp9501.pdf> (Abruf 31.5.2018), 21.

C. Ausgestaltung von Bewertungssystemen

Am 15. Juni 2017 hat das Europäische Parlament eine (nicht bindende) Entschliessung zu einer Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft verabschiedet.⁶⁵ Der vorberatende Ausschuss für Beschäftigung und Soziale Angelegenheiten hat detaillierte Empfehlungen zu Bewertungssystemen abgegeben, die den Rahmen für eine Qualitätssicherung von Bewertungssystemen abstecken.⁶⁶ Davon seien die nachfolgenden Punkte hervorgehoben:

1. Transparenz- und Offenlegungspflichten
2. Zertifizierungsinstrumente für Online-Bewertungen
3. Recht auf Übertragbarkeit von Ratings und Reviews
4. Mitwirkungsrechte, insbesondere
 - Mitwirkung bei Errichtung von Bewertungssystemen
 - Information und Schiedsverfahren vor Ergreifen der Sanktion
 - Löschen ungerechtfertigter Bewertungen
5. Bewertung durch Erwerbstätige und Kunden

Transparenz- und Offenlegungspflichten (1.) sollen das Vertrauen in Bewertungssysteme fördern. Das gilt sowohl für die betroffenen Arbeitskräfte und Konsumenten wie für die Öffentlichkeit. Frankreich hat beispielweise im *Code de la consommation* per 1. Januar 2018 eine ausdrückliche Pflicht für Online-Plattformen eingeführt, lauter, klar und transparent («loyale, claire et transparente») über Bewertungssysteme zu informieren.⁶⁷ Transparenz von Bewertungssystemen und die ihnen zugrunde liegenden Algorithmen sind im Übrigen Voraussetzung dafür, dass diskriminierende Algorithmen erkannt und wirksam unterbunden werden können.⁶⁸

Über (freiwillige) *Zertifizierungsinstrumente und -programme* (2.) sollen Plattformen transparente und glaubwürdige Qualitäts- und Leistungsbeurteilungen sicherstellen. Bewertungssysteme sollen auf sachlichen und gerechten (objektiven), genauen (reliablen) und gültigen (validen) Kriterien beruhen. Der Ausschuss erwähnt etwa, dass die Arbeitskräfte ein Recht erhalten sollen, sich

⁶⁵ Entschliessung (FN 5).

⁶⁶ Stellungnahme des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten vom 27. März 2017 für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz zu einer Europäischen Agenda für die kollaborative Wirtschaft (A8-0195/2017) (zit. Stellungnahme), insb. N 15, 26 ff.

⁶⁷ Art. L111-7 Code de la consommation/FR, Internet: www.legifrance.gouv.fr (Abruf 31.5.2018).

⁶⁸ Zum Verbot diskriminierender Algorithmen und Software vgl. Stellungnahme (FN 66), N 31.

ausserhalb der Arbeitszeit von ihren Geräten abzumelden («right to be offline»), und sich dies nicht negativ auf die Bewertung auswirken dürfe.⁶⁹ Allgemein sind freiwillige Zertifizierungen ein bewährtes Element der Selbstregulierung.⁷⁰ Prüfwert erscheint uns, ob aus Gründen der Qualitätssicherung nicht noch ein Schritt weitergegangen werden könnte, indem die Zertifizierung obligatorisch ausgestaltet und durch *unabhängige* (private) Zertifizierungsstellen erfolgt, die ihrerseits in einem staatlichen Verfahren anerkannt («akkreditiert») werden.⁷¹ Damit könnte der Staat gewisse Gütekriterien von Bewertungssystemen sicherstellen, ohne den Rahmen der regulierten Selbstregulierung zu verlassen.

Das Recht auf *Übertragbarkeit von Ratings und Reviews* (3.) berücksichtigt, dass die Reputation für die Arbeitskräfte einen Marktwert aufweist. Bei einer Plattform erworbene Ratings und Reviews sollen daher auf eine andere Plattform übertragen werden können, um Einschlusseffekte (Lock-in-Effekte) bei einer einzelnen Plattform zu unterbinden und einen Wechsel zwischen verschiedenen Plattformen für die Arbeitskräfte zu erleichtern.⁷² Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung kennt entsprechende Garantien.⁷³

Wichtig erscheinen *Mitwirkungsrechte* (4.), welche zum einen der Akzeptanz bzw. der Legitimierung der Bewertungssysteme dienen und zum anderen den betroffenen Personen ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam und rechtzeitig in das Verfahren einzubringen. Weiter weisen Mitwirkungsrechte bei der Errichtung von Bewertungssystemen darauf hin, dass die Legitimation von Bewertungssystemen (als einer Form der Selbstregulierung) unter anderem *transparente Verfahren* und die *Anhörung der Betroffenen* voraussetzt.⁷⁴ Gleichzeitig legt dies eine (repräsentative) kollektive Organisation der Arbeitskräfte nahe, sodass diese den Plattformen auf Augenhöhe begegnen können. Dagegen sind Verfahrensgarantien wie eine vorgängige Information, das Vorhandensein von leicht zugänglichen Schiedsverfahren⁷⁵ und die Möglichkeit der Löschung ungerechtfertigter Bewertungen typische

Individualrechte, die es erlauben sollen, den Standpunkt der betroffenen Personen rechtzeitig und wirksam in das Verfahren einzubringen. Ergänzt werden diese Fairnessgarantien heute auf europäischer Ebene durch ein «Recht auf *menschliches* Gehör» bzw. mit einem Verbot rein algorithmenbasierter Ausschlüsse.⁷⁶

Mit dem Akzent auf *gegenseitige* Bewertungssysteme, das heisst, der Fahrer bewertet auch den Fahrgast sowie die Plattform, nehmen die Empfehlungen aus dem EU-Parlament einen weiteren wichtigen Punkt auf (5.).⁷⁷ Bekannte Beispiele solcher «Gegenbewertungen» durch die Arbeitskräfte sind etwa *Turkopticon*⁷⁸ sowie *faircrowd.work*⁷⁹. Von Bewertungen durch die Erwerbstätigen verspricht man sich ein kollektives Gedächtnis zur Disziplinierung von Anbietern und Plattformen sowie eine breitenwirksame Mund-zu-Mund-Propaganda.⁸⁰ Angesprochen ist damit zum einen die bereits erwähnte *Governance by Reputation* – also die Hoffnung darauf, dass Plattformen mit attraktiven Erwerbsbedingungen bei den Arbeitskräften, aber auch bei der Öffentlichkeit einen Wettbewerbsvorteil erlangen können. Zum anderen liegt in «Gegenbewertungen» ein Potenzial zur Selbstorganisation von Arbeitskräften und damit zur Bildung von Gegenmacht.⁸¹ Arbeitskräfte haben traditionellerweise Gewerkschaften und Berufsverbände als Ort genutzt, um sich über Arbeitsbedingungen auszutauschen, um kollektive Arbeitsniederlegungen zu koordinieren und Arbeitgeber zu disziplinieren.⁸² Diese Aufgaben können teilweise durch neue digitale Instrumente und Institutionen übernommen werden, die den Informationsaustausch erleichtern.

Eine plattformübergreifende Mobilisation und Organisation von Arbeitskräften hat sich allerdings bis heu-

⁶⁹ Stellungnahme (FN 66), N 35.

⁷⁰ Allgemein LUCIE VON BÜREN, *Akkreditierte Zertifizierung im gesetzlich geregelten Bereich*, Bern 2013.

⁷¹ VON BÜREN (FN 70), 11 f.

⁷² Zum Einschlussprinzip vgl. HAUSER (FN 8), 144 ff. und 201 ff.

⁷³ Dazu unten IV.

⁷⁴ ABEGG, in: *Grampp/Zobrist/Abegg* (FN 5), 16; dazu auch bereits allgemein PHILIPPE MASTRONARDI, *Gesetzgebungsstrategien bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen*, *LeGes* 1998/2/3, 69 ff., 79 f.

⁷⁵ Zur strittigen Frage nach der Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche im internationalen Verhältnis vgl. Art. 177 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht

(IPRG; SR 291); BGE 136 III 467 E. 4.2; LUCA CIRIGLIANO, *Numerisation et droit du travail*, *AJP* 2018, 438 ff., 441 ff.

⁷⁶ FORDE ET AL. (FN 17), 107; vgl. auch unten IV.

⁷⁷ Vgl. dazu auch WOLFGANG DÄUBLER/THOMAS KLEBE, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*, *NZA* 2015, 1032 ff., 1041; PRASSL (FN 4), 113 ff.

⁷⁸ Internet: <https://turkopticon.ucsd.edu> (Abruf 31.5.2018); ein Add-on für Amazon Mechanical Turk.

⁷⁹ Internet: <http://faircrowd.work/de> (Abruf 31.5.2018); eine Meta-website betrieben von Gewerkschaften.

⁸⁰ CHRYSANTHOS DELLAROCAS, *The Digitization of Word of Mouth: Promise and Challenges of Online Feedback Mechanisms*, *Management Science* 2003, 1407 ff.; BENSON/SOJOURNER/UMYAROV (FN 64), 33.

⁸¹ RÜDIGER KRAUSE, *Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0*, *NZA-Beilage* 2017, 53 ff., 59.

⁸² Dazu und zum Folgenden BENSON/SOJOURNER/UMYAROV (FN 64), 33.

te als schwierig erwiesen.⁸³ Zu prüfen wäre daher, ob Plattformen verpflichtet werden können, die Bewertung durch Erwerbstätige (und Kunden) mittels eines Add-On auf der Website zu integrieren und einem externen Audit bzw. einer externen Zertifizierung zu unterziehen.⁸⁴ Soweit unabhängige Bewertungsforen wie faircrowd.work errichtet werden, sollten den Plattformen flankierend Transparenz- und Offenlegungspflichten auferlegt werden, damit der Informationszugang gesichert ist. Ob ein solches Recht aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden kann – quasi als notwendige Voraussetzung der Gegenmachtsbildung –, wäre näher zu prüfen.⁸⁵ Schliesslich ist die Vertrauenswürdigkeit von Bewertungen auch bei Bewertungen durch die Arbeitskräfte ein heikler Punkt; unzutreffende Bewertungen können den Wettbewerb verzerren.⁸⁶

VI. Haben Arbeitskräfte ein Recht auf Nicht-bewertet-Werden?

Wie bereits angesprochen,⁸⁷ gibt es im arbeitsrechtlichen Persönlichkeits- und Datenschutz rechtlich etablierte Grenzen von Bewertungssystemen bzw. von Arbeitszeugnissen: Zu denken ist vorab an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die Förderung des beruflichen Fortkommens sowie an den Gesundheits- und Datenschutz im Arbeitsverhältnis.⁸⁸ SCHWAAB hat diese Anforderungen mit Bezug auf Arbeitnehmerbewertungen jüngst wie folgt auf den Punkt gebracht: «L'évaluation doit être objective et bienveillante et les travailleurs doivent savoir ce qui sera éva-

lué et ce qu'il faut faire pour se conformer aux attentes.»⁸⁹ Diese Anforderungen gelten – die Anwendung schweizerischen Rechts vorausgesetzt – auch auf digitalen Plattformen.

Nachfolgend werden die rechtlichen Grenzen von Bewertungssystemen ausserhalb des klassischen Arbeitsrechts skizziert, gerade weil sich dort ein Sozialschutzbedarf besonders akzentuiert.⁹⁰ Eine vertiefte Erörterung muss an anderer Stelle erfolgen.

A. Datenschutzrecht

Angesichts der zahlreichen Defizite von Bewertungssystemen und deren potenziell weitreichenden Folgen für die Beteiligten scheint der Ruf nach einem Recht auf «Nicht-bewertet-Werden» zunächst naheliegend.⁹¹ Damit würde freilich über das Ziel hinausgeschossen; es kann kein grundsätzliches Recht geben, sich einer Bewertung der eigenen Arbeitsleistung zu entziehen. Die herrschende Konzeption des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) kann zwar zu einer solchen «Verbotsorientierung» führen, wird jedoch über Rechtfertigungsgründe wieder abgemildert,⁹² sodass im Ergebnis und richtigerweise ein *Anspruch auf faire Bewertung* besteht.

Doch was heisst fair? Übergreifende rechtliche Massstäbe ergeben sich namentlich aus dem Persönlichkeitschutz bzw. dem Datenschutz als digitalem Persönlichkeitsschutz. Gerade die Datenschutzgesetzgebung weist das Potenzial zur Gewährleistung von «algorithm fairness and transparency»⁹³ auf, wie sich etwa an jüngsten Entwicklungen des Datenschutzrechts – namentlich durch das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)⁹⁴ der Europäischen Union per 25. Mai 2018 – zeigt:

⁸³ Gerade für eigenständige sog. Meta-Evaluations-Websites wie faircrowd.work bleibt es eine Herausforderung, genügend Arbeitskräfte von verschiedenen Plattformen zu finden, um valide und reliable Beurteilungen zu erhalten, vgl. SCHMIDT (FN 29), 25.

⁸⁴ Vgl. zum Ganzen auch M. SIX SILBERMAN/LILLY IRANI, Operating an Employer Reputation System: Lessons from Turkopticon, 2008–2015, Comparative Labor Law and Policy Journal 2016, 505 ff., 536 ff.

⁸⁵ Vgl. zum *physischen* Zutrittsrecht bei öffentlichen Arbeitgebern jüngst BGer, 2C_499/2015, 6.9.2017 (zur Publikation vorgesehen); siehe auch unten IV.C.

⁸⁶ Vgl. dazu allgemein FLORENT THOUVENIN, Vergleichs- und Bewertungsdienste: eine Analyse aus Sicht des Wettbewerbsrechts (UWG), in: Florent Thouvenin/Rolf H. Weber (Hrsg.), Werbung – Online, Zürich 2017, 131 ff.; EDÖB, Erläuterungen zu Bewertungsplattformen im Internet (Stand: März 2009).

⁸⁷ Dazu oben III.A.

⁸⁸ Vgl. dazu insb. Art. 328 und 328b OR; Art. 330a OR; Art. 26 Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitschutz, ArGV 3; SR 822.113).

⁸⁹ SCHWAAB (FN 23), 339. Weiter erwähnt SCHWAAB ein Anhörungsrecht des Arbeitnehmers sowie die Beurteilung durch eine qualifizierte Person.

⁹⁰ Dazu oben III/B/3.

⁹¹ CHRISTIANE SCHULZKI-HADDOUTI, Es fehlt das Recht aufs Nicht-Bewertet-Werden, Zeit Online vom 25.9.2014, Internet: <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2014-09/scoring-gutachten-maas> (Abruf 28.5.2018).

⁹² Art. 12 Abs. 2 lit. b und 13 Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

⁹³ Entschliessung (FN 5), N 29.

⁹⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl L 119 vom 4.5.2016, 1–88.

Die DSGVO kennt *erstens* besondere Regeln zum Profiling, das heisst zur automatisierten (algorithmensbasierten) Bewertung von Personen, namentlich bei Arbeitsleistungen.⁹⁵ In der Schweiz soll künftig eine entsprechende Regelung geschaffen werden.⁹⁶ Während nach Auffassung des Bundesrates nur *vollständig* automatisierte Bewertungsprozesse unter das Profiling fallen (sollen), scheint das europäische Recht offener gehalten.⁹⁷ Das Europäische Recht kennt *zweitens* ein Recht auf Datenportabilität, das im Entwurf zur Totalrevision des Schweizer Datenschutzgesetzes nicht aufgenommen worden ist.⁹⁸ Im Vordergrund steht beim Recht auf Datenübertragung der Konsumentenschutz, namentlich bei Social Media.⁹⁹ Im Wesentlichen geht es um das Recht, von einem Online-Dienst bei der Benutzung erzeugte Daten zu einem konkurrierenden Online-Dienst migrieren zu können, was den Wettbewerb unter diesen fördern soll.¹⁰⁰ Die Bestimmung ist aber so breit und abstrakt formuliert, dass sie weit darüber hinausreicht. Schliesslich kennt das europäische Recht *drittens* ein grundsätzliches Verbot automatisierter Einzelentscheidung und ein weitreichendes Recht auf «menschliches Gehör», das heisst ein Anspruch darauf, dass eine Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.¹⁰¹ Auch die revidierte Europaratskonvention 108 sowie der Entwurf des Schweizer Datenschutzgesetzes enthalten eine Regelung zur automatisierten Einzelentscheidung, allerdings in abgeschwächter Form: Vorgesehen sind zumindest Informations- und Gehörsrechte bei einer automatisierten Einzelentscheidung

und¹⁰² sowie in der Schweiz ein Anspruch auf «menschliches Gehör»¹⁰³.

Zusammen mit den anerkannten Grundsätzen des Datenschutzrechtes (Art. 4 ff. DSG), der Richtigkeit der Datenbearbeitung (Art. 5 DSG) und den Rechten der betroffenen Person (insb. Art. 8 DSG) ergibt sich daraus eine Ordnung, die bereits zahlreiche der genannten Anliegen zur Ausgestaltung verlässlicher Bewertungssysteme und zum Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung aufnimmt.¹⁰⁴

B. Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB)

Ausserhalb des Datenschutzes ist man dagegen wesentlich auf allgemeine (privatrechts-)dogmatische Grundsätze wie namentlich den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) oder die Sittenwidrigkeit (Art. 19 Abs. 2 OR) angewiesen.¹⁰⁵ Sie erlauben es, grundlegende rechtsgebietsübergreifende Schutzanliegen wie z.B. das bereits mehrfach erwähnte *Recht auf freie wirtschaftliche Entfaltung* in konkrete Vertragsverhältnisse einzuführen, wobei Rechtsprechung und Lehre sehr zurückhaltend sind.¹⁰⁶ Als grundlegendes Schutzanliegen wäre aber dennoch *de lege lata* wie *de lege ferenda* prüfenswert, ob die Wirtschaftsfreiheit mit ihren Komponenten der Berufswahl-, Berufszugangs- und Berufsausübungsfreiheit auf digitalen Arbeitsmärkten nicht auch einen verstärkten Schutz durch das Privatrecht verdient.

Anknüpfen könnte man an die Boykottrechtsprechung des Bundesgerichts, in deren Rahmen die Rechtsprechung ein individuelles *Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Entfaltung* in Privatrechtsverhältnissen anerkannt hat.¹⁰⁷ Gerade bei erheblicher wirtschaftlicher Abhän-

⁹⁵ Art. 4 Ziff. 4 DSGVO.

⁹⁶ Art. 4 lit. f E-DSG; dazu und zum Folgenden Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., 7021 f.

⁹⁷ So die Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 der Article 29 Data Protection Working Party vom 3. Oktober 2017 (Stand: 6. Februar 2018), 7: «[H]uman involvement does not necessarily take the activity out of the definition».

⁹⁸ Art. 20 DSGVO; dazu auch PRASSL (FN 4), 111 ff.

⁹⁹ ANDRÉ GOLLIEZ/BALTHASAR GLÄTTLI, Recht auf Datenportabilität, NZZ vom 16.5.2018, 9.

¹⁰⁰ Dazu und zum Folgenden DAVID ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter vom 27.11.2017, N 12 Fn 11.

¹⁰¹ Art. 22 Abs. 1 und 3 DSGVO; dazu nun ROSSANA DUCATO/MIRIAM KULLMANN/MARCO ROCCA, Customer Ratings as a Vector for Discrimination in Employment Relations? Pathways and Pitfalls for Legal Remedies, Ducato, Rossana and Kullmann, Miriam and Rocca, Marco, Customer Ratings as a Vector for Discrimination in Employment Relations? Pathways and Pitfalls for Legal Remedies (January 31, 2018). Proceedings of the Marco Biagi Conference 2018, 31.1.2018, Internet: <https://ssrn.com/abstract=3141156> (Abruf 31.5.2018).

¹⁰² Art. 9 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (in der revidierten Fassung per 31. Mai 2018); Art. 19 Abs. 1 E-DSG.

¹⁰³ Art. 19 Abs. 2 E-DSG; zu den Ausnahmen vgl. Art. 19 Abs. 3 E-DSG.

¹⁰⁴ Weiterführend auch DAVID VASELLA, Social Media und Datenschutz, in: Oliver Staffelbach/Claudia Keller (Hrsg.), Social Media und Recht, Zürich 2015, N 7.140 ff.

¹⁰⁵ Siehe dazu auch ANDREAS ABEGG, Public-Private Contractual Networks and Third Parties' Rights, in: Graf-Peter Calliess et al. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, 201 ff., 212 ff.

¹⁰⁶ KATHRIN KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 2005, 161 ff.

¹⁰⁷ Art. 28 ZGB; BGE 86 II 365 E. 4c («privates Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit»); aus der älteren Lehre vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, 152; zum Persönlichkeitsschutz

gigkeit von einer Plattform (oder einem Anbieter) und/oder der Marktdominanz einer Plattform wird die freie wirtschaftliche Betätigung durch den Ausschluss von der Plattform massiv beschnitten. In diesen Fällen fehlt es am vorausgesetzten funktionierenden Wettbewerb.¹⁰⁸ Das wäre durchaus Anlass für ein regulatorisches Eingreifen – nicht um Freiheit einzuschränken, sondern um Freiheit herzustellen. Die Rechtsprechung anerkennt in solchen Konstellationen unter bestimmten (zusätzlichen) Voraussetzungen eine Kontrahierungspflicht.¹⁰⁹

C. Kollektive Rechte für arbeitnehmerähnliche Personen

Ein wichtiger Punkt sind schliesslich Überlegungen hin zu einer Öffnung von gewerkschaftlichen Rechten (kollektive Koalitionsfreiheit) auf Personen jenseits der klassischen Arbeitnehmerstellung bzw. in arbeitsvertragsnahen Rechtsverhältnissen.¹¹⁰ Das Schutzanliegen ist nach den vorangegangenen Ausführungen verständlich: Es geht darum, dass sich auch arbeitnehmerähnliche Personen in der Plattformökonomie wirksam kollektiv organisieren können, um so eine Gruppen- bzw. Gegenmacht zu bilden und sich gegenüber Plattformen wie «Auftraggebern» Gehör zu verschaffen.

Die rechtlichen Hürden zur Umsetzung dieser Anliegen sind indes hoch. Zum einen sind die individuelle und die kollektive Koalitionsfreiheit auf klassische Arbeitsverhältnisse zugeschnitten,¹¹¹ wobei zu prüfen bleibt, ob Gruppenvereinbarungen nicht auch darüber hinaus «ein unverzichtbares Element einer freien Wirtschaftsordnung»¹¹² bzw. eines funktionierenden Arbeitsmarktes sein können. Zum anderen dürfte nach heutiger Auffassung zweifelhaft sein, ob Preisabsprachen unter arbeitnehmerähnlichen Personen vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sind. Zumindest für das europäische Recht wird die Anerkennung einer

solchen Ausnahme verneint;¹¹³ in der Schweiz wurde die Frage – soweit ersichtlich – bis anhin nicht vertieft diskutiert.¹¹⁴

Damit drohen arbeitnehmerähnliche Personen «zwischen Stuhl und Bank» zu fallen. Angesichts der zurzeit schwachen Leistung des Rechts auf digitalen Arbeitsmärkten und ohne Gruppenvereinbarungen sind Arbeitskräfte nach bisheriger Erfahrung rasch einer Abwärtsspirale bei Arbeitsbedingungen ausgesetzt.¹¹⁵ Das Wettbewerbsrecht kann hier nur sehr eingeschränkt den Marktzugang und angemessene Geschäftsbedingungen sicherstellen.¹¹⁶ Im Ergebnis führt dies wieder zur Feststellung, dass die angemessene Existenzsicherung eine der zentralen Herausforderungen der Plattformökonomie darstellt.¹¹⁷ Ein wesentlicher Baustein hierzu ist die Gewährleistung von Gegenbewertungen und Gegenmacht durch die Arbeitskräfte. Insofern wird die Sozialpartnerschaft voraussichtlich auch zukünftig zentraler Pfeiler einer fairen Wirtschaftsordnung sein.¹¹⁸

recht als *Ausgangspunkt* der Boykottrechtsprechung vgl. KLETT (FN 106), 175 ff.; ferner ABEGG/BERNAUER (FN 10), N 35 Fn 103.

¹⁰⁸ Zu diesem Kriterium vgl. KLETT (FN 106), 178.

¹⁰⁹ BGE 129 III 35; KLETT (FN 106), 178 ff.

¹¹⁰ Entschliessung (FN 5), N 41; FORDE ET AL. (FN 17), 103; PRASSL (FN 4), 113 ff.

¹¹¹ Art. 28 BV; zu den völkerrechtlichen Vorgaben vgl. EYLEM DEMIR, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Kurt Pärli et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, N 274 ff.; ferner zu Art. 11 EMRK vgl. EGMR, *Manole und «Les Cultivateurs Direds de Roumanie» gegen Rumänien*, Nr. 46551/06, Urteil vom 16.6.2015.

¹¹² BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 9, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

¹¹³ VICTORIA DASKALOVA, Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?, Stockholm University Research Paper No. 38, 25.11.2017, Internet: <https://ssrn.com/abstract=3075197> (Abruf 31.5.2018), mit Hinweis u.a. auf EuGH, Rs. C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, 4.12.2014.

¹¹⁴ Vgl. allgemein z.B. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, N 1.63 ff., sowie das nicht veröffentlichten Gutachten ANNE MEIER/KURT PÄRLI/ZOÉ SEILER, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, Bern 2017.

¹¹⁵ Statt vieler: THOMAS GÄCHTER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., St. Gallen/Zürich 2014, Art. 110 N 11 ff.; für die Sharing Economy z.B. MIRIAM A. CHERRY/WINIFRED R. POSTER, *Crowdwork, corporate social responsibility, and fair labor practices*, in: F. Xavier Olleros/Majlinda Zhegu (Hrsg.), *Research Handbook on Digital Transformations*, Cheltenham/Northampton 2016, 291 ff., 292.

¹¹⁶ Bei marktbeherrschenden Unternehmen vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a und c Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251); dazu jüngst RAMIN SILVAN GOHARI, *Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen*, Bern 2017; ferner für Europa DASKALOVA (FN 113), 27 ff.

¹¹⁷ Dazu bereits oben III.B.3.

¹¹⁸ Vgl. zu den Regulierungsherausforderungen weiterführend ARUN SUNDARARAJAN, *The Collaborative Economy: Socioeconomic, Regulatory and Policy Issues*, In-depth Analysis for the IMCO Committee, Brüssel 2017.