

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

Festschrift für Stephan Breitenmoser



Hydan Feisner

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4582-1

© 2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch



Vorwort der Herausgeber

«Rechtsschutz in Theorie und Praxis». Dieser Titel der vorliegenden Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser bringt den Austausch und die wechselseitigen Bezüge zwischen Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck, der das langjährige berufliche Wirken des Jubilars in besonderer Weise auszeichnet und zugleich ein wesentliches Element seiner Persönlichkeit kennzeichnet. Mit seinen vielfältigen Tätigkeiten hat er beide Bereiche in geradezu idealer Weise miteinander verbunden, wobei ihn sein ausgeprägtes Streben nach dem Richtigen und Gerechten ständig begleitet und zur Sicherstellung einer sachgerechten Anwendung und Entwicklung des Rechts verpflichtet hat.

In Basel geboren und aufgewachsen, war der Jubilar nach seinem Rechtsstudium an der Universität Basel von 1980 bis 1983 Assistent bei Professor Luzius Wildhaber, der sich zunächst als Mentor und über die Jahre hinweg auch als Freund erwies. Gemeinsam mit ihm hat er zahlreiche Publikationen im Völker- und Europarecht sowie im Staats- und Verwaltungsrecht verfasst, allen voran zum Schutz der Grund- und Menschenrechte. Diese Rechtsgebiete sollten sich – entsprechend seinem gesellschaftspolitischen Interesse und Engagement unter anderem als Mitglied des Verfassungsrats für eine neue Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt – denn auch zu seinen fachlichen Schwerpunkten entwickeln.

1985 promovierte der Jubilar *summa cum laude* mit einer Dissertation über den Schutz der Privatsphäre nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte. Diese Arbeit fand weit über die Schweiz hinaus Beachtung und wurde mehrfach ausgezeichnet, war sie doch eine der ersten Analysen der frühen Rechtsprechung der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Beflügelt durch diesen Erfolg widmete er sich nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des Advokaturexamens in Basel seinen weiteren wissenschaftlichen Studien, indem er mit Unterstützung eines Nachwuchsstipendiums des Schweizerischen Nationalfonds seine Habilitationsschrift über den Rechtsschutz im völker- und landesrechtlichen Mehrebenensystem der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Angriff nahm. Diese Studien führten ihn im Rahmen von Forschungsaufenthalten an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. (1988), an die University of California in Berkeley (1988–1989) sowie an das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg (1989–1990), wodurch er mit ganz verschiedenen Rechtskulturen in Kontakt kam. Sein Rechtsdenken wurde durch diesen Austausch wesentlich erweitert und massgeblich geprägt. Der dadurch gewonnene internationale Aus- und Überblick, der seiner positiven Lebenseinstellung, Offenheit und Neugierde entsprach, wurde seither zu seinem ständigen Begleiter.

Ein weiterer Forschungsaufenthalt am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (1991) führte dann zu einer ebenfalls wichtigen Weichenstellung für sein weiteres Leben. Denn dort lernte er seine erste Ehefrau

Karolina Stransky kennen, mit der er eine Familie gründete, aus der die drei Kinder Jan, Basil und Thea hervorgingen.

1992 wurde dem Jubilar von der Universität Basel eine Assistenzprofessur für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht übertragen, die er bis 1998 inne hatte. Im selben Jahr wurde er vom Regierungsrat Basel-Stadt auch zum Stellvertreter des Präsidenten der Expropriationskommission ernannt und in einer Volkswahl zum ordentlichen nebenamtlichen Richter am Appellationsgericht Basel-Stadt gewählt. Diese beiden richterlichen Tätigkeiten übte er bis zu seiner Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 aus.

1995 erfolgte die Habilitierung des Jubilars durch die Juristische Fakultät der Universität Basel und die Erteilung der *venia docendi* auf den Gebieten des öffentlichen Rechts sowie des Völker- und Europarechts. In der Folge wurden ihm 1996 eine Jean Monnet-Gastprofessur am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn und danach Lehraufträge am Europainstitut der Universität Basel, an der Universität St.Gallen, an der Universität Krakau sowie an mehreren chinesischen Universitäten erteilt.

In den Jahren von 1999 bis 2006 war er mit einem Pensum von 50% Wissenschaftlicher Adjunkt beim Bundesamt für Justiz. Dort wirkte er massgeblich an den Vorbereitungsarbeiten zu den Bilateralen II-Verträgen mit der EU mit, die der Schweiz unter anderem die Teilnahme am Schengen- und Dublin-Recht ermöglichte.

2001 erfolgte dann die Berufung des Jubilars zum Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel mit einem Pensum von 50%. Diese Professur hatte er bis zu seiner Emeritierung im Sommer 2022 inne. Seit der Ablehnung eines Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum in einer Volksabstimmung im Jahr 1992 kam diesem Rechtsgebiet eine immer grösser werdende Bedeutung für die Schweiz zu. Der Jubilar hat diese Entwicklung in mehrfacher Weise begleitet. So hat er zum einen das Europarecht und das komplexe Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in mehreren Lehrbüchern und zahlreichen Beiträgen fundiert und umsichtig ausgeleuchtet und mit klarer Sicht analysiert. Zum anderen hat er sich immer wieder am öffentlichen Diskurs beteiligt und auch eigene Vorschläge eingebracht, wie etwa in der Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Dabei hat er sich nie gescheut, eigenständige und konstruktive Positionen zu vertreten und gemeinhin übersehene Fragen in das Blickfeld der Öffentlichkeit zu rücken. Damit verfügt eine neue Generation von Juristinnen und Juristen über ein umfassendes europarechtliches Grundlagenwissen dank des von ihm mit aufgebauten Studienangebots im Europarecht. In seinen stets gut besuchten Lehrveranstaltungen und Seminaren war es ihm denn auch ein grundlegendes Anliegen, den Studierenden das Zusammenwirken von nationalem und internationalem Recht verständlich und praxisbezogen zu vermitteln sowie ihren Sinn für kritisches und differenziertes Denken zu entwickeln und zu stärken.

2007 wurde der Jubilar von der Bundesversammlung zum Richter am Bundesverwaltungsgericht mit einem Pensum von 50% ernannt. Diese Tätigkeit wird er mit dem ihm eigenen Elan noch bis Ende 2023 ausüben. In dieser Zeit hat sich der Jubilar von den in der Öffentlichkeit unbeachteten Sachverhalten einer Über-

prüfung von Berufsabschlüssen und Diplomanerkennungen bis hin zu den «Causés Célèbres» der national beachteten Finanzmarkt- und Kartellrechtsfälle immer mit grosser Sorgfalt und Leidenschaft für das richtige Urteil eingesetzt, um die dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Dabei war er immer bestrebt, im Rahmen von Instruktions- und Vergleichsverhandlungen einen pragmatischen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Parteien und Interessen zu erreichen. Unvergessen sind zum Beispiel im Landwirtschaftsrecht die erfolgreichen Abschlüsse von Vergleichen, mit denen rasche Veränderungen beim Pestizideinsatz anstelle von weiteren langjährigen Rechtsverfahren erreicht werden konnten. Die intensive Zusammenarbeit mit seinen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern beruhte dabei auf einem gelebten Verhältnis des gegenseitigen Vertrauens und Respekts, das eine konstruktive, auf Augenhöhe und zuweilen mit viel Herzblut geführte Auseinandersetzung mit den zu lösenden, nicht selten präjudiziellen Rechtsfragen ermöglichte.

Mit Professur und Richteramt hat der Jubilar die höchsten Stufen von Theorie und Praxis erklommen. Seine jeweiligen Funktionen in Wissenschaft und Praxis standen in einem wechselseitigen und fruchtbaren Dialog, durch den mitunter wichtige Weiterentwicklungen der Rechtsprechung angestossen wurden. So wird in der Fachliteratur eine der von ihm instruierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Kartellrecht sogar den Gerichten der EU als Vorbild für deren Rechtsprechung angedient.

Die Symbiose von Praxis und Wissenschaft zeigt sich nicht zuletzt im reichhaltigen Schrifttum des Jubilars. Dieses zeichnet sich nicht nur durch eine thematische Breite und dogmatische Tiefe, sondern insbesondere auch durch seinen praxis- und problemorientierten Ansatz aus. So behandeln seine Publikationen oft auch Fragen des Rechts- und Verfahrensschutzes der von nationalen oder internationalen Massnahmen betroffenen Menschen und Unternehmen.

Die ausgesprochene Freude, mit welcher der Jubilar seinen Tätigkeiten ein Leben lang nachgegangen ist, und die sich daraus ergebende Schaffenskraft lassen sich anhand einiger Aspekte aufzeigen. So hat er mit der von ihm initiierten Tagungsreihe zu Fragen des Schengener und Dubliner Rechts für Wissenschaft und Praxis ein Forum geschaffen, in welchem die Entwicklungen in diesen komplexen Bereichen kontrovers diskutiert und analysiert werden können. Mittlerweile liegen sechs Tagungsbände vor, die auch in zahlreichen Bibliotheken europäischer und internationaler Institutionen vorhanden sind. Und zusammen mit Bundesrichter Thomas Stadelmann hat er jüngst zwei viel beachtete internationale Tagungen über die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine unabhängige Justiz durchgeführt.

Und auch die Unterstützung und Förderung von zukünftigen und gestandenen Juristinnen und Juristen war ihm ein wichtiges Anliegen. So geht eine Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen auf seine Anregung und seinen Zuspruch zurück. Darüber hinaus hat er während vielen Jahren den Advokatenprüfungskommissionen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft angehört. In der Einsicht, dass die Ausbildung nicht vor Landesgrenzen Halt machen sollte, hat der Jubilar zudem die Zusammenarbeit mit Universitäten in Deutschland und Frankreich entscheidend vorangebracht. So führte er während 20 Jah-

ren gemeinsam mit den Universitäten Strassburg (Prof. Constance Grewe und Prof. Catherine Haguénau-Moizard) und Freiburg i.Br. (Prof. Thomas Würtenberger und Prof. Matthias Jestaedt) Eucor-Seminare durch und veranstaltete zusammen mit Prof. Matthias Herdegen (Universität Bonn), Prof. Stefan Oeter (Universität Hamburg) und Prof. Bernhard Ehrenzeller (Universität St.Gallen) zunächst in Sils-Maria, danach auf dem Arenenberg am Bodensee und schliesslich in Castelen bei Kaiseraugst alljährlich ein Doktorandenseminar, an dem oft auch der Schweizer Richter und Präsident des EGMR, Prof. Luzius Wildhaber, über die neuesten Entwicklungen in der Strassburger Rechtsprechung referierte. Zu erwähnen ist auch das gemeinsam mit Prof. Peter Uebersax während fast zwei Jahrzehnten durchgeführte Seminar zum Migrationsrecht. Zudem betreute er während vielen Jahren erfolgreich das Team der Universität Basel am EMRK-Moot Court in Strassburg. Legendar sind schliesslich seine über 30 Studienreisen nach Strassburg, Luxemburg und Brüssel, mit denen er den Studierenden die Institutionen der EU näher brachte.

Zu allen Zeiten und in allen Funktionen offenbarte sich aber die wichtigste und prägendste Eigenschaft des Jubilars, die mit Fug und Recht als seine eigentliche Berufung bezeichnet werden kann: Stephan Breitenmoser ist ein Menschenfreund, der allen, die danach verlangen, aufrichtig mit Rat und Tat zur Seite steht. Sichtbarer Beleg hierfür waren etwa die Warteschlangen bei seinen wöchentlichen Sprechstunden an der Universität, in denen die Studierenden alleweil ein offenes Ohr und praktische Entscheidungshilfen bei Fragen des Studiums, des Berufseinstiegs und der Karriereplanung vorfanden. Und auch sein Umgang mit Kollegen und Mitarbeitern an Universität und Gericht war jederzeit von Respekt und Einfühlbarkeit geprägt. Er ist bekannt für seine vermittelnden und ausgleichenden Bemühungen, allfällig auftretende Probleme jeglicher Art zur Zufriedenheit aller Beteiligten pragmatisch aufzulösen.

Sinnbild für seine humanistische Grundhaltung ist auch sein während vieler Jahre als Vertreter der Juristischen Fakultät in der universitären Stipendienkommission ausgeübtes grosses Engagement für finanziell schwächer gestellte Studierende.

Letztlich sind diese Eigenschaften wohl auch einer der Hauptgründe dafür, dass sich eine solch grosse Anzahl an Personen, die den Jubilar auf dessen Berufs- und Lebensweg ein kürzeres oder längeres Stück begleiten konnten, für das vorliegende Werk engagiert haben, und den Unterzeichnern die Ehre zukommt, dieses herausgeben zu dürfen. Allen Autorinnen und Autoren sei deshalb für die Abfassung ihrer fachlich fundierten und mitunter auch originellen persönlichen Beiträge zur Festschrift gedankt. Denn ohne ihre Mitwirkung wäre das Erscheinen dieses Werks nicht möglich gewesen.

Ein herzlicher Dank gilt dabei auch Frau MLaw Stephanie Giese vom Helbing Lichtenhahn Verlag für ihre professionelle und konstruktive Zusammenarbeit bei der Erstellung der Festschrift. Mit viel Um- und Nachsicht hat sie die rollierende Planung des Werks auf Seiten der Herausgeber souverän bis zur tatsächlichen Auslieferung der gedruckten Bücher umgesetzt.

Unser ganz besonderer Dank gilt Frau Martine Conus, langjährige und verschwiegene «Perle» am Lehrstuhl des Jubilars, für ihre umsichtige, kompetente

und engagierte Betreuung aller anfallenden, sehr umfangreichen administrativen Arbeiten von Anbeginn bis zum Abschluss der Festschrift. Ihr ist es in herausragender Weise gelungen, die Herausforderungen der Koordinierung einer Hundertschaft von Autoren und von drei Herausgebern erfolgreich zu meistern.

Schliesslich wurde die Herausgabe dieser Festschrift erst durch die grosszügigen finanziellen Zuwendungen verschiedener Förderer ermöglicht. Es sind dies die Pro Iure-Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät, der Emil Dreyfus-Fonds II, die Stiftung für Schweizerische Rechtspflege, die Berta Hess-Cohn-Stiftung, die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel, der Swisslos-Fonds des Kantons Basel-Landschaft, der Basler Juristenverein sowie die Anwaltskanzleien Böckli Bühler Partner, Basel, LEXPARTNERS, Muttenez, und Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte. Ihnen allen sei unser aufrichtiger Dank für das äusserst geschätzte Engagement nachdrücklich versichert.

Wir wünschen unserem früheren Lehrer und heutigen Freund Stephan Breitenmoser und seiner Ehefrau Marianne für die Zukunft alles erdenklich Gute, beste Gesundheit und noch viele gemeinsame glückliche Stunden im Kreise ihrer Familie und Freunde.

Claudia Seitz

Ralf Michael Straub

Robert Weyeneth

Neue Arbeitswelt und Gesamtarbeitsverträge – Plädoyer für einen Rechtsschutz über die Sozialpartnerschaft angesichts der Herausforderungen der neuen Arbeitswelt

Isabelle Wildhaber/Raquel Pais

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	531
II. Neue Arbeitswelt als Herausforderung für das Arbeitsrecht	533
III. Rechtsschutz via Sozialpartnerschaft	535
1. Kaum Regelungen in bestehenden Gesamtarbeitsverträgen	535
2. Plädoyer für eine Konkretisierung der Grauzonen mit Hilfe von Gesamtarbeitsverträgen	536
3. Zurverfügungstellung von digitalen Tools an die Gewerkschaften	541
IV. Fazit	542

*Dieser Beitrag ist Stephan Breitenmoser gewidmet, den ich kenne und
schätze, seit ich klein bin – in Dankbarkeit für die jahrzehntelange
Verbundenheit*

I. Einleitung

Seit den 70er-Jahren hat sich viel geändert. **Megatrends** wie Globalisierung, Digitalisierung, der demographische Wandel, eine erhöhte Dynamik in Märkten sowie veränderte Werte der Mitarbeitenden beeinflussen die Arbeit in Unternehmen über alle Ebenen. Waren bisher hierarchische Strukturen in Unternehmen vorherrschend, entwickeln sich zunehmend flache und netzwerkartige Organisationsformen, in denen dezentraler und mit geringer Formalisierung gearbeitet wird.¹ Die Digitalisierung verstärkt die Hierarchieverschiebung, weil sie Information und Kommunikation zwischen den Netzwerkmitgliedern stark erleichtert und damit Netzwerkbeziehungen auch über grosse räumliche Distanzen hinweg ermöglicht. Durch die Auflösung gewohnter struktureller Grenzen ändern sich die Arbeitsformen und Aufgabenschwerpunkte.

1 HANAU HANS, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613 ff.; HEISE DIETMAR, Agile Arbeit, Scrum und Crowdworking – New Work ausserhalb des Arbeitsrechts?, NZA-Beilage 2019, 100 ff.

Neben dieser **organisationalen Entgrenzung** findet auch eine **technische Entgrenzung** statt. Einerseits entfällt zunehmend die Notwendigkeit der Konzentration von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern an einem physischen Ort – es kommt zu einer Entkoppelung von Arbeitsort und Betrieb («Entbetrieblichung»).^2 Andererseits führt der technologische Fortschritt zu neuen Beschäftigungsformen, wie z.B. Crowdwork.^3 Repetitive Geschäftsprozesse werden zunehmend automatisiert und dank neuen technologischen Entwicklungen wie Künstliche Intelligenz (KI), Robotik oder Blockchain entstehen laufend neue Dienstleistungen und Geschäftsmodelle.^4 All diese Entwicklungen ermöglichen räumlich und zeitlich flexibilisierte Arbeitsorganisationen und -formen in einer neuen Arbeitswelt.

Diese neue Arbeitswelt bringt **zahlreiche Vorteile** mit sich und eröffnet neue Wege. Das hat uns die Covid-19-Pandemie deutlich vor Augen geführt. Ohne den technologischen Fortschritt wäre es wohl kaum möglich gewesen, überall dort Homeoffice einzuführen, wo es die Art der Aktivität mit verhältnismässigem Aufwand zugelassen hat. Die neue Arbeitswelt stellt uns aber auch vor **zahlreiche Herausforderungen**, wie sich im Verlauf dieses Aufsatzes zeigen wird.

Aus diesen Überlegungen hinaus hat in Deutschland der Deutsche Beamtenbund mit den Gewerkschaften ver.di, dbb beamtenbund und tarifunion im September 2021 den deutschlandweit ersten **Digitalisierungs-Tarifvertrag (DigiTV)** für den öffentlichen Dienst abgeschlossen.^5 Dieser Tarifvertrag gilt ab dem 1.1.2022 für etwa 126 000 Beschäftigte in der Bundesverwaltung. Zwingende Voraussetzung für die Anwendung des Tarifvertrages ist, dass die Digitalisierung zur Folge hat, dass in einer Dienststelle eine wesentliche Änderung von Arbeitsprozessen zu wesentlichen Änderungen der Arbeitsplatzanforderungen oder Arbeitsplatzbedingungen führt. Im Zentrum des Tarifvertrages steht die Beschäftigungssicherung bei wesentlichen Veränderungen, die im Kontext mit der Digitalisierung auftreten können. Da diese Veränderungen auch Bedenken bei den Beschäftigten auslösen können, haben sich die Tarifvertragsparteien mit diesem deutschlandweit ersten Digitalisierungs-Tarifvertrag auf den Weg gemacht, diesen Bedenken mit Mechanismen, hier insbesondere der Arbeitsplatzsicherung und der notwendigen Qualifizierung, zu begegnen.

Da die Rahmenbedingungen für mobiles Arbeiten für alle Arbeitnehmer auch ausserhalb der Anwendung des Tarifvertrags und damit unabhängig von dessen Tatbestandsvoraussetzungen gelten sollen, bestand aus Sicht der Tarifvertragsparteien die Notwendigkeit, eine **separate Einigung über mobile Arbeitsformen** zu finden. Insoweit haben sich die Tarifvertragsparteien darauf verständigt, dass, wenn in einer Dienststelle Formen des mobilen Arbeitens zur Anwendung kom-

2 ITTERMANN PETER/NIEHAUS JONATHAN/HIRSCH-KREINSEN HARTMUT, *Arbeiten in der Industrie 4.0: Trendbestimmungen und arbeitspolitische Handlungsfelder*, Düsseldorf 2015.

3 RIEMER-KAFKA GABRIELA/STUDER VIVIANA, *Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt*, SZS 2017, 354 ff.; PARLI KURT, *Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber*, ARV 2016, 243 ff.

4 Bundesrat, Bericht in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.9.2015 und 17.3222 Derder vom 17.3.2017, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, 8.11.2017, 10.

5 STIER ANKE, *Der Digitalisierungstarifvertrag des Bundes*, öAT 2021, 243 ff.

men, die Ausgestaltung durch Dienstvereinbarungen erfolgen soll. Geregelt werden in der separaten Tarifeinigung zentrale Regelungsgegenstände, wie u.a. der persönliche Geltungsbereich, Beginn und Ende der Arbeitszeit, die Kostentragungspflicht für arbeitgeberseitig zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel sowie Fragen der Verwendung von personenbezogenen Daten zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle oder Benachteiligungsverbote bei Anwendung oder Nichtanwendung von mobilen Arbeitsformen. Auch diese Tarifeinigung trat am 1.1.2022 in Kraft. Wir finden den Ansatz des Digitalisierungs-Tarifvertrages plus Zusatz sinnvoll und machen deshalb ähnliche Vorschläge für die Schweiz.

In **unserem Aufsatz** zeigen wir zuerst auf, dass die neue Arbeitswelt viele Herausforderungen mit sich bringt, welche keine klaren juristischen Lösungsansätze kennen (II.). Wir plädieren sodann für einen Rechtsschutz über die Sozialpartnerschaft, damit diese für die Herausforderungen der neuen Arbeitswelt Lösungen erarbeiten kann (III.). Wir stellen fest, dass in der Schweiz die Herausforderungen der neuen Arbeitswelt in bestehenden Gesamtarbeitsverträgen kaum geregelt werden (III.1.) und heben die Vorteile einer Konkretisierung der rechtlichen Grauzonen über die Gesamtarbeitsverträge hervor (III.2.). Gesamtarbeitsverträge können einen Schlüssel zur Bewältigung der vielfältigen Herausforderungen darstellen, indem sie eine institutionelle Rahmung bieten, mit dem Ziel, die berührten Interessen angemessen auszubalancieren.⁶ Ebenso sehen wir es als wichtig an, dass Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen digitale Tools zur Verfügung gestellt werden (III.3.). Unser Aufsatz schliesst mit einem Fazit (IV.).

II. Neue Arbeitswelt als Herausforderung für das Arbeitsrecht

Die Digitalisierung führt zu einer **Veränderung der Arbeitsinhalte, der Arbeitsmittel und der Arbeitsorganisation**.⁷ Sie schafft dank der heutigen Informations- und Kommunikationstechnologien neue Arbeits- und Erwerbsformen,⁸ z.B. mobiles und häusliches Arbeiten, Arbeiten mit digitalen Hilfsmitteln⁹ oder Plattformökonomie.¹⁰ Diese neuen Beschäftigungsformen stellen das Arbeitsrecht und dessen Anwendung vor **zahlreiche neue Herausforderungen**. Die erste Frage ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen solche neuen Beschäftigungsformen als Arbeitsverhältnisse zu qualifizieren sind. Bewegen sich die agilen Arbeitsmethoden noch oder schon im Bereich des Arbeitsrechts?¹¹ Davon

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

7 KRAUSE, a.a.O., 54.

8 DÄUBLER WOLFGANG, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2018, Rz. 11; CIRIGLIANO LUCA, Numérisation et droit du travail, AJP 2018, 438ff.

9 DÄUBLER, a.a.O., Rz. 14ff.

10 DÄUBLER, a.a.O., Rz. 26ff.; PÄRLI KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Plattformökonomie: Status Quo, Analyse und Ausblick, BJM 2020, 141ff.; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit, SZS 2018, 581ff.; HIRSINGER RENÉ, Plattformbeschäftigungen, ARV-DTA 2019, 291ff.; WITZIG AURÉLIEN, L'Uberisation du monde de travail, ZSR 2016 I, 457ff.

11 HEISE, a.a.O., 101; zum Begriff der agilen Arbeit RIEMER/KAFKA/STUDER, a.a.O., 358ff.; PÄRLI, a.a.O. (FN 10), 143.

hängt ab, ob die Arbeitnehmerschutzbestimmungen überhaupt zur Anwendung gelangen. Tun sie dies nicht, so verlagert sich das unternehmerische Risiko zunehmend auf die «Arbeitnehmer» und es besteht die Gefahr einer Prekarisierung der Verdienstmöglichkeiten.¹² Sodann stellen sich Arbeitszeitfragen, die sich aufgrund der technisch möglichen ständigen Erreichbarkeit der Arbeitnehmer ergeben. Dadurch gerät die strikte Trennung zwischen Arbeitszeit und Freizeit ins Wanken und die Grenze zwischen Arbeits- und Privatleben verschwindet zunehmend. Dies kann wiederum zu erhöhtem Stress führen.¹³ Die Flexibilisierung der Arbeit und die ständige Erreichbarkeit können auch mit einer zunehmenden digitalen Kontrolle durch die Arbeitgeberin einhergehen.¹⁴ Dies bringt je länger je mehr ungelöste Datenschutzfragen mit sich. Sowohl bei der Arbeitgeberin als auch bei den Arbeitnehmern können alle diese Entwicklungen Unsicherheiten und Ängste hervorrufen.¹⁵

Es liegt deshalb nahe, sich die Frage zu stellen, **ob angesichts der heutigen Herausforderungen der neuen Arbeitswelt der Rechtsschutz für die Arbeitnehmer genügt.** Die Mehrheit der arbeitsrechtlichen Regelungen ist ja zu einem Zeitpunkt entstanden, in welchem der digitale Wandel und die damit einhergehenden Veränderungen nicht vorhersehbar waren. Die geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen lassen sich im Obligationenrecht (Art. 319–362 OR) sowie im Arbeitsgesetz und den dazugehörigen Verordnungen finden. Es handelt sich um offene Gesetzesnormen, welche einerseits eine grosse Flexibilität ermöglichen und andererseits einer hohen Konkretisierung bedürfen.¹⁶ Dies bringt natürlich eine gewisse Grauzone mit sich. Der Bundesrat stellt sich aber auf den Standpunkt, **dass auf gesetzgeberischer Ebene kein Handlungsbedarf** angezeigt sei, da die Bestimmungen zu Datenschutz, Arbeitsmarktaufsicht, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Sozialversicherungsrecht dem veränderten Umfeld standhalten würden.¹⁷ Bevor man über Revisionsbestrebungen auf gesetzlicher Ebene nachdenkt, lohnt es sich, Lösungen mit der Sozialpartner-

12 MATTMANN MICHAEL/WALTHER URSULA/FRANK JULIAN/MARTI MICHAEL, Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, seco, No 48, Bern, November 2017, 20.

13 KRAUSE, a.a.O., 55; MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOÉ, Die Zukunft des sozialen Dialogs und des Tripartismus vor dem Hintergrund der Digitalisierung der Wirtschaft, Genf/Bern/Basel, Juni 2018, 7.

14 HASSEL ANKE/AHLERS ELKE/SCHULZE BUSCHOFF KARIN/SIEKER FELIX, Die Rolle der Sozialpartnerschaft in der digitalen Transformation, Stellungnahme für die Enquêtekommission Digitale Transformation der Arbeitswelt, in: NRW, Policy Brief WSI, Nr. 29, Januar 2019, 7; PÄRLI KURT/MEIER ANNE, Digitalisierung bringt Sozialpartnerschaft unter Druck, Die Volkswirtschaft, April 2019, 20.

15 Bundesrat, Bericht in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.9.2015 und 17.3222 Derder vom 17.3.2017, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, 8.11.2017, 7.

16 RUDOLPH ROGER, Digitalisierung: Herausforderungen an das Arbeitsrecht und die Gerichte, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2019, 395.

17 Bundesrat, Bericht in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.9.2015 und 17.3222 Derder vom 17.3.2017, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, 8.11.2017, 6.

schaft zu erarbeiten. Wir plädieren deshalb für eine **Konkretisierung der gesetzlichen Grauzone über die Sozialpartnerschaft**, um angesichts der Herausforderungen der neuen Arbeitswelt Lösungen zu kreieren. Denn die Sozialpartnerschaft vermag es, eine bewusste Gestaltung auf der kollektivrechtlichen oder betrieblichen Ebene an die Hand zu nehmen.

III. Rechtsschutz via Sozialpartnerschaft

Die Sozialpartner sind aufgrund der Nähe zu den Unternehmen und den Arbeitnehmern besonders prädestiniert dafür, die Herausforderungen der neuen Arbeitswelt flexibel, rasch und sozial verträglich zu bewältigen.¹⁸ Seit Jahrzehnten regeln Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer unternehmens- und branchenspezifisch die Arbeitsbedingungen in ihrem Unternehmen, ihrer Branche oder ihrem Wirtschaftssektor. Die verhandelten Kompromisse sind massgeschneidert, pragmatisch und berücksichtigen bei Bedarf die individuellen Bedürfnisse der Vertragsparteien. **Zentrales Element der Sozialpartnerschaft ist der Gesamtarbeitsvertrag**, der das ideale Instrument ist, um dem Flexibilitätsbedarf gerecht zu werden.¹⁹ Darin regeln Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmerverbände gemeinsam die Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der Arbeitsverhältnisse und legen so gemeinsam und verbindlich die Vertragsbedingungen für die Arbeitnehmer fest.

1. Kaum Regelungen in bestehenden Gesamtarbeitsverträgen

Die Autorin RAQUEL PAIS untersucht in ihrem Dissertationsprojekt in der Schweiz geltende Gesamtarbeitsverträge mit Blick auf die Digitalisierung und den Umgang mit neuen Technologien. Teil der Untersuchung waren bis anhin (Stand: 1.4.2022) 47 allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge und 10 Firmenverträge.²⁰ In den untersuchten Gesamtarbeitsverträgen zeigt sich, dass die meisten Gesamtarbeitsverträge zwar Bestimmungen zu Gesundheitsschutz und Weiterbildung enthalten, diese aber mit wenigen Ausnahmen (z.B. Coop oder Post: «Weiterbildungen werden im Hinblick auf den technologischen Wandel gefördert») nicht mit Blick auf die Digitalisierung. Im Gegensatz zu den allermeisten allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen enthalten die untersuchten Firmenverträge einige Bestimmungen zum Datenschutz. Die Unter-

18 MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 6; WERDER HANS/MÜLLER PETER/VATERLAUS STEPHAN/ZENHÄUSERN PATRICK, CH2048 IMPULSE zur Sozialpartnerschaft und sozialen Sicherheit im digitalen Zeitalter, Luzern 2020, 10; BR, Bericht in Erfüllung der Postulate 15.3854 Reynard vom 16.9.2015 und 17.3222 Derder vom 17.3.2017, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, 8.11.2017, 5.

19 PÄRLI KURT, Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft, in: Dagron Stéphanie/Dupont Anne-Sylvie/Lempen Karine (Hrsg.), L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?, Genf 2019, 191 ff., 196.

20 Die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge sind abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege.html (14.7.2022). Die im Aufbau befindliche Sammlung von Firmenverträgen ist bei RAQUEL PAIS einsehbar.

suchung von RAQUEL PAIS zeigt ausserdem, dass der Umgang mit neuen Technologien in keinem der untersuchten Gesamtarbeitsverträge thematisiert wird.

2. Plädoyer für eine Konkretisierung der Grauzonen mit Hilfe von Gesamtarbeitsverträgen

Gesamtarbeitsverträge haben den Vorteil, dass sie **je nach Branche und Bedürfnissen massgeschneiderte Regelungen** enthalten können. Gesamtarbeitsverträge schaffen einen Ausgleich zur potenziell schwachen Verhandlungsposition des einzelnen Arbeitnehmers. Im Gegensatz zu staatlichen Regelungen bieten sie die Möglichkeit, flexibel, rasch und sozialverträglich auf die Herausforderungen der Digitalisierung zu reagieren und auf den wirtschaftlichen Strukturwandel ohne Blockaden hinzuarbeiten.²¹

Die Sozialpartnerschaft ist aber kein «Selbstläufer». Die **Sozialpartnerschaft muss sich mit Blick auf die digitale Transformation reformieren**. Ziel muss es sein, dass die Sozialpartnerschaft und die soziale Sicherheit auch in Zukunft dazu beitragen, die Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz zu erhalten und zu verbessern. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Sozialpartnerschaft zu einem Auslaufmodell wird.²² Für diese Erneuerung ist es erforderlich, dass sich die Sozialpartner mit den Auswirkungen der Digitalisierung auseinandersetzen und darüber einen praxisorientierten Dialog führen.²³ Wichtig ist dabei, dass möglichst alle Arbeitnehmer arbeitsmarktfähig bleiben und am Digitalisierungsgewinn teilhaben können.²⁴ Des Weiteren ist es mit Blick in die Zukunft notwendig, die Sozialpartnerschaft zu stärken und den GAV-Abdeckungsgrad zu steigern.²⁵ Denn die Entstehung neuer Arbeits- und Erwerbsformen findet ja vielfach ausserhalb der Sozialpartnerschaft statt.²⁶ Deshalb können neue Erwerbsformen die Repräsentativität der heutigen Sozialpartnerorganisationen gefährden²⁷ – ein Grund mehr, warum wir für einen Rechtsschutz via Sozialpartnerschaft mit neuen Ansätzen plädieren.

Die von RAQUEL PAIS in ihrer Dissertation untersuchten Gesamtarbeitsverträge zeigen mit Blick auf die Digitalisierung und den Umgang mit neuen Technologien zwar kaum Regelungen. Es gibt aber auch in der Schweiz Beispiele für Gesamtarbeitsverträge, die sich mit der neuen Arbeitswelt auseinandersetzen, so z.B. der Gesamtarbeitsvertrag von 2018 zwischen der **Swisscom AG** und den vertragsschliessenden Gewerkschaften Syndicom und Transfair. Dieser Gesamtarbeitsvertrag beschäftigt sich mit etlichen Aspekten der Digitalisierung (z.B. mit Smart-Data-Verarbeitungen der Personendaten von Mitarbeitenden) und ist damit richtungsweisend.

21 WERDER/MÜLLER/VATERLAUF/ZENHÄUSERN, a.a.O., 5; PÄRLI/MEIER, a.a.O., 20; VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar zu Art. 356–360f. OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 356 OR N 27.

22 So WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 5; MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 6.

23 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 13ff., Empfehlung 1.

24 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 4f.

25 MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 6.

26 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 6.

27 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 19, Empfehlung 5.

Folgende Themen könnten von einer Regelung im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags profitieren:

- a) Insbesondere im Bereich **Ausbildung und Weiterbildung** sind die Sozialpartner gefragt. Die Digitalisierung erhöht den Bedarf an dauernder Weiterbildung.²⁸ Es steht den Sozialpartnern frei, die verschiedenen Aspekte der Aus- bzw. Weiterbildung im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen zu regeln, bspw. welche Art von Aus- und Weiterbildungen erwünscht ist und angeboten wird, welche Rechte und Pflichten es diesbezüglich gibt, ob und inwieweit der Arbeitnehmer Anspruch auf Zusatzausbildungen oder Weiterbildungen hat, wie die Kosten für die Aus- und Weiterbildungen finanziert werden, und wie die Zeit, die der Weiterbildung gewidmet wird, einzuordnen und zu entlöhnen ist. Das hat z.B. Swisscom erkannt und hält fest: «Swisscom nimmt ihre soziale Verantwortung als Arbeitgeberin und ICT-Unternehmen wahr und will ihre Mitarbeitenden auf dem Weg in die digitalisierte Arbeitswelt bestmöglich begleiten. Ziel der beruflichen Entwicklung ist, die Employability der Mitarbeitenden zu erhalten und zu erhöhen.» (Art. 2.4 zur Beruflichen Entwicklung/Aus- und Weiterbildung).
- b) Die Digitalisierung der Arbeitswelt kann dazu führen, dass die Grenze zwischen Arbeits- und Berufsleben verschwindet und die **Gesundheit der Arbeitnehmer** durch deren **ständige Erreichbarkeit** beeinträchtigt wird.²⁹ Gesamtarbeitsverträge können die gesetzlichen Minimalstandards konkretisieren. Sie bieten eine Möglichkeit für die Sozialpartner, je nach Branche und Betrieb einen angemessenen Ausgleich der Interessen am Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre der Arbeitnehmer und den legitimen Interessen der Arbeitgeberin an der Beschaffung und Nutzung von Arbeitnehmerdaten zu erarbeiten.³⁰ So kann die ständige Erreichbarkeit aus der Grauzone informeller Erwartungen herausgeholt werden und eingeschränkt werden. In Art. 2.2.1 des Gesamtarbeitsvertrages der Swisscom steht z.B.: «Swisscom achtet das Recht der Mitarbeitenden, während ihrer Freizeit nicht erreichbar zu sein.» Darüber hinaus können Gesamtarbeitsverträge Handlungsanleitungen bezüglich der Gesundheitsvorsorge im Homeoffice und bei Remote Work vorsehen. In den USA konzentrieren sich viele Tarifvertrags-Bestimmungen betreffend Gesundheit auf die detaillierten Verantwortlichkeiten der Arbeitgeberin, auf die Überwachung und Überprüfung von Gesundheits- und Sicherheitsfragen (z.B. mittels eines paritätischen Sicherheitsausschusses), auf den Schutz der Arbeitnehmer vor technologiebedingten Gefahren und auf den Einsatz neuer Technologien zur Verbesserung der Sicherheit am Arbeitsplatz.³¹ Auch in der Schweiz können alle Belange rund um die Flexibilisierung

28 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 14–15; MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 9.

29 MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 7; VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV 2009, 1 ff.; CIRIGLIANO, a.a.O., 444.

30 PÄRLI, a.a.O. (FN 19), 214.

31 KRESGE LISA, Union Collective Bargaining Agreement Strategies in Response to Technology, Working Paper, Center for Labor Research and Education, University of California, Berkeley, November 2020, 20–21.

von Arbeitsverhältnissen innerhalb des gesetzlichen Rahmens über Gesamtarbeitsverträge geregelt werden.³² Verhandelt werden können z.B. ein Recht auf Abschalten oder das Recht/die Pflicht der Arbeitnehmer, ausserhalb der gewöhnlichen Arbeitszeiten zu arbeiten.

- c) Die Sozialpartner können besonders gut beurteilen, wie die Arbeitszeiten erfasst und welche modernen, geeigneten Methoden der Arbeitszeiterfassung eingeführt werden sollen. Seit Januar 2016 gibt es die Möglichkeit, gewisse Arbeitnehmer von der Pflicht zur **Arbeitszeiterfassung** auszunehmen (Art. 73a ArGV 1). Voraussetzung dafür ist, dass diese Möglichkeit in einem Gesamtarbeitsvertrag mit den Sozialpartnern vereinbart wurde, dass der Arbeitnehmer ein Bruttojahreseinkommen von über CHF 120 000 aufweist, über eine grosse Autonomie verfügt und dass mit dem Arbeitnehmer eine schriftliche Vereinbarung getroffen wurde, wonach er auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet. Solche Gesamtarbeitsverträge, wie z.B. die Vereinbarung über die Zeiterfassung (VAZ) des Arbeitgeberverbandes der Banken in der Schweiz, sehen verschiedene Informations- und Präventionsmassnahmen für Arbeitnehmer vor, welche auf die Zeiterfassung verzichten. Unter anderem erhalten die betroffenen Arbeitnehmer einmal pro Jahr Gelegenheit, im Rahmen einer Befragung zu psychosozialen Stressfaktoren die persönliche Stressbelastung testen zu lassen.
- d) **Homeoffice** ist im Schweizer Recht nicht explizit geregelt. In einzelnen Bereichen besteht Klärungsbedarf, so z.B. beim wirksamen Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Gesundheitsschutz und den Arbeitszeitvorschriften oder zur Klärung der Kostentragung für Arbeitsmittel im Homeoffice.³³ Daneben könnten weitere Präzisierungen der Rechtssicherheit dienen. Aus diesem Grund ist Homeoffice ein Thema, das sich für eine Regelung in einem Gesamtarbeitsvertrag, besonders in einem Firmenvertrag, eignet. Die Sozialpartner können regeln, wie Homeoffice organisiert und gestaltet werden soll, um sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer z.B. über einen adäquaten und ergonomischen Arbeitsort verfügt, und wie die Arbeitgeberin die Arbeitsbedingungen im Homeoffice kontrollieren kann. So regelt z.B. die Swisscom das Homeoffice in Art. 2.3.4 ihres Gesamtarbeitsvertrages und erklärt das «Reglement zum mobilen Arbeiten» für anwendbar.
- e) Ebenfalls von Vorteil ist ein wirkungsvoller **Beschäftigtendatenschutz** als Konsequenz der mit der Verbreitung digitaler Techniken einhergehenden Zunahme der Möglichkeit einer lückenlosen Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer. Datenschutzrechtliche Vorgaben im Gesamtarbeitsvertrag würden es ermöglichen, die widerstreitenden Interessen durch möglichst klare Regelungen zu ordnen. Durch Gesamtarbeitsverträge ist es möglich, branchen- oder unternehmensweite Lösungen zu finden und umzusetzen und damit eine ausgeglichene Wahrung der Interessen auf Arbeit-

32 MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 8.

33 WILDHABER ISABELLE (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021; STEIGER-SACKMANN SABINE, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, ARV 2020, 300 ff.

geber- und Arbeitnehmerseite zu gewährleisten. In den USA haben einige Gewerkschaften erfolgreich Tarifvertragsbestimmungen aufgenommen, die den Arbeitnehmern und den Gewerkschaften das Recht zusichern, über den Einsatz von Überwachungstechnologien am Arbeitsplatz informiert zu werden, und die den Einsatz von Kontroll- und Überwachungstechnologien (z.B. People Analytics) durch die Arbeitgeberinnen einschränken.³⁴ Insbesondere mehrere Sportgewerkschaften (welche NFL, MLB und NBA-Spieler vertreten) haben begonnen, über biometrische Daten zu verhandeln.³⁵ Dieser Ansatz ist auch für die Schweiz empfehlenswert. In der Schweiz ist die Swisscom vorangeschritten und hat ein «Reglement Smart-Data-Grundsätze» erlassen, welches die Grauzonen der Anwendung von People Analytics erhellte.

- f) Durch die Entstehung neuer Arbeits- und Erwerbsformen ist für die Sozialpartner die Klärung, ob eine **selbständige oder eine unselbständige Erwerbstätigkeit** vorliegt, teilweise unklar. Die Unterscheidung ist auch deshalb von Bedeutung, weil nur Letztere unter einen Gesamtarbeitsvertrag fallen können.³⁶ Es können Unsicherheiten bezüglich der Qualifikation des Vertragsverhältnisses und der damit verbundenen Frage, wer Arbeitnehmer ist, entstehen. Ob auch arbeitnehmerähnliche Personen unter den Schutz eines Gesamtarbeitsvertrags gestellt werden können, ist umstritten.³⁷ Für selbständig Erwerbstätige sind in der Praxis, z.B. im ICT- und Logistiksektor, Ansätze erkennbar, dass diesen besondere Dienstleistungspakete von den Sozialpartnern angeboten werden.³⁸ So hat z.B. Deliveroo im Mai 2022 in Grossbritannien eine historische Vereinbarung mit GMB über die Anerkennung der Gewerkschaft für die mehr als 90000 selbständigen Fahrer des Essenslieferdienstes in Grossbritannien unterzeichnet. Die freiwillige Tarifvereinbarung sieht vor, dass GMB das Recht auf Tarifverhandlungen über Löhne und Gehälter sowie auf Konsultationen zu Sozialleistungen und anderen Themen, einschliesslich Gesundheit, Sicherheit und Wohlbefinden der Fahrer, einräumt.³⁹ GMB wird auch in der Lage sein, einzelne Fahrer, die GMB-Mitglieder sind, bei Streitigkeiten zu vertreten, was ihnen eine stärkere Stimme verleiht. Die Vereinbarung erkennt an, dass Deliveroo-Fahrer:innen selbständig sind, nachdem eine Reihe von britischen Gerichtsurteilen diesen Status bestätigt hat. Solche Tarifvereinbarungen sind ein innovatives Konzept

34 Siehe dazu die Beispiele von amerikanischen Tarifvertragsbestimmungen in KRESGE, a.a.O., 15 ff.

35 BERMAN SKYLER R., *Bargaining Over Biometrics: How Player Unions Should Protect Athletes in the Age of Wearable Technology*, Brook. L. Rev. 2020.

36 MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., 5.

37 Bejahend VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., Art. 356b OR N 173 f.; MEIER/PÄRLI/SEILER, a.a.O., Rz. 126 und 141; PÄRLI, a.a.O. (FN 19), 201. Verneinend STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Berner Kommentar zu Art. 356–360 OR*, Bern 1999, Art. 356 OR N 62; STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 356 OR N 13. Vgl. auch SCHWERTNER SOPHIE, *Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit und Kollektivvertrag*, DRdA 2022, 126 ff.

38 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 6, 20.

39 Abrufbar unter <https://uk.deliveroo.news/news/deliveroo-gmb-union-deal.html> (14.7.2022).

für Selbständige im Plattformsektor und für die Zukunft der Arbeit. Die Berufsorganisationen der selbständigen Erwerbstätigen (Ingenieure, Informatiker etc.) könnten zu Sozialpartnern werden, die ihren Mitgliedern massgeschneiderte Dienstleistungen anbieten, die spezifische Interessen dieser Personen gegenüber den Auftraggebern wahrnehmen und den sozialpartnerschaftlichen Dialog führen.⁴⁰ Die Sozialpartnerschaft kann Flexibilität und Sicherheit für neue Arbeits- und Erwerbsformen gewährleisten.⁴¹ Sie kann neue Instrumente für die Plattformarbeit entwickeln.⁴² So gibt es z.B. den Vorschlag einer Auftragslosenversicherung von Syndicom und den Vorschlag einer Pensionskasse für flexible Arbeit von Swisstaffing.⁴³

Eine weitere Idee für die Schweiz ist die Regulierung des Umgangs mit neuen Technologien in Gesamtarbeitsverträgen. Denn in anderen Ländern, z.B. **USA oder Grossbritannien**, ist es nicht unüblich, **die Einführung von Technologie in Tarifverträgen zu regeln**.⁴⁴ Gewerkschaften haben erfolgreich Bestimmungen ausgehandelt, die den Arbeitnehmern ausreichende Warnungen, Informationen und Mitspracherechte einräumen, um die Auswirkungen des technologischen Wandels am Arbeitsplatz abzumildern (sogenannte «union rights clauses»⁴⁵). Einige Bestimmungen schützen die Arbeitnehmer vor Verdrängung oder Verschlechterung des Arbeitsplatzes, während andere das Verfahren zur Umsetzung des technologischen Wandels umreissen (z.B. mittels paritätischen Ausschüssen) oder einen Rahmen für die Weiterbildung rund um neue Technologien schaffen.⁴⁶ Solche Tarifverträge ermöglichen es den Arbeitgeberinnen, einen Dialog mit ihren anerkannten Gewerkschaften zu eröffnen und sicherzustellen, dass jede neue Technologie erfolgreich am Arbeitsplatz eingeführt wird und dass die Unternehmen den grösstmöglichen Nutzen aus ihren Investitionen ziehen können.

Eine übliche Bestimmung in solchen «Technology Agreements» ist die 6-monatige **Kündigungsfrist bei einem technologisch bedingten Arbeitsplatzabbau**.⁴⁷ Das kollektivrechtliche Las Vegas Casino Workers Agreement von 2018 (60000 Mitglieder) enthält bspw. eine solche Formulierung. Im Vorfeld des Abschlusses dieses Tarifvertrags hatte es im Juni 2018 einen zehnwöchigen Streik der Kasino-

40 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 20.

41 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 16ff., Empfehlung 3, als Anregung könne die heutige Praxis bei der Temporärarbeit dienen.

42 WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 16ff., Empfehlung 4, z.B. der Code of Conduct, Label, Übertragung des Temporärarbeits-Modells auf die Plattform-Arbeit.

43 <https://syndicom.ch/branchen/visuelle-kommunikation/alvfuerseלבstaendige> (14.7.2022); https://www.swisstaffing.ch/de/Blog/2019/09/Ein_Geniestreich_die_Pensionskasse_fuer_flexible_arbeit.php (14.7.2022).

44 KRESGE, a.a.O.; COLE PAULA, Working with unions to introduce new technology, 24.9.2019, <https://www.peoplemanagement.co.uk/article/1745776/working-with-unions-to-introduce-new-technology#gref> (14.7.2022).

45 Siehe KRESGE, a.a.O., 5ff.

46 Für Beispiele solcher Bestimmungen siehe KRESGE, a.a.O.

47 E-Mail-Verkehr vom April/Mai 2019 zwischen Isabelle Wildhaber und Garry Mathiason, Littler in San Francisco.

beschäftigten in Las Vegas gegeben, u.a. wegen der Einführung von Robotern.⁴⁸ Daraufhin wurde zwischen den Sozialpartnern eine sechsmonatige Kündigungsfrist mit bis zu sechs Monaten Abfindung ausgehandelt.

Zur Unterstützung der Einführung neuer Technologien können sogenannte **Technologie-Vertreter** eingesetzt werden, so z.B. im «Draft New Technology Agreement»⁴⁹ der Gewerkschaft Unite (Grossbritannien) in Form von sogenannten «New Technology Representatives». Deren Aufgaben umfassen z.B. die Untersuchung von Beschwerden der Arbeitnehmer, die er/sie vertritt, über die Einführung neuer Technologien am Arbeitsplatz; die Abgabe von Stellungnahmen gegenüber der Arbeitgeberin zu diesen Beschwerden; die Verbreitung relevanter Informationen über neue Technologien an die Arbeitnehmer oder die Entgegennahme von Informationen von der Unternehmensleitung in Bezug auf Angelegenheiten, die der Unterrichtung, Anhörung oder Verhandlung unterliegen.

3. Zurverfügungstellung von digitalen Tools an die Gewerkschaften

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit der Digitalisierung und der Sozialpartnerschaft ist die, ob Arbeitgeberinnen den Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretern einen digitalen Raum in ihrem Extranet und Tools für die Zusammenarbeit zur Verfügung stellen müssen, um diesen die Arbeit zu erleichtern.⁵⁰ In der neuen Arbeitswelt ist der Betrieb im klassischen Sinn gar nicht mehr der Ort, wo Arbeitnehmer für gewerkschaftliche Informationen sinnvollerweise zu erreichen sind. Deshalb stellt sich die Frage, ob es ein Recht der Gewerkschaften auf **Zugang zu betrieblichen Tools** gibt.

Die internationale Gewerkschaft UNI-Globalunion verabschiedete einen **Kodex «online rights@work»**⁵¹, der u.a. festhält, dass der Betriebsrat, die Gewerkschaft und ihre Vertreter berechtigt sind, die Kommunikationseinrichtungen im Unternehmen für die Zwecke der Betriebsrats- und Gewerkschaftsarbeit sowohl intern als auch extern zu nutzen. Dazu gehört gemäss dem Kodex auch das Recht, Gewerkschafts- und Betriebsinformationen an alle Beschäftigten zu senden, welche die vorhandenen elektronischen Kommunikationsmittel benutzen.⁵²

Die schweizerischen Gewerkschaften leiden heutzutage unter Mitgliederschwund. Aus diesem Grund wird oftmals das Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb kontrovers diskutiert, und einen Schritt weitergehend auch das **digitale Zugangsrecht** zum betrieblichen Internet.⁵³ Diese Forderung liegt auf der Hand, nicht nur mit Blick auf die Digitalisierung der Kommunikation, sondern,

48 HERNANDEZ DAN, Las Vegas casino worker prep for strike over automation: «Robots can't beat us», 3.6.2018, <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/02/las-vegas-workers-strike-automation-casinos>> (14.7.2022).

49 Unite, the Union, Draft New Technology Agreement, November 2017, <<https://www.unitetheunion.org/media/1237/new-tech-agreement.docx>> (14.7.2022).

50 Ius Laboris, The New Workplace – Labour relations, 23.11.2021, abrufbar unter <<https://ius-laboris.com/insights/the-new-new-workplace-labour-relations>> (14.7.2022).

51 Früher erhältlich auf <<http://www.uniglobalunion.org/>> (14.7.2022).

52 So auch PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP 2014, 1454ff.

53 PÄRLI, a.a.O. (FN 52), 1454ff.

weil den Gewerkschaften der physische Zugang zu den Betrieben zunehmend schwerfällt, nicht zuletzt aufgrund der Pandemie. Die Rechte der Gewerkschaften kennen aber trotz der Koalitionsfreiheit mit Blick auf ein digitales Zugangsrecht **gewisse Grenzen**: Oft verlangen Gewerkschaften den Zugang zu sensiblen Systemen der Arbeitgeberin. Die IT-Sicherheit und der störungsfreie Betriebsablauf gehören aber zu den schützenswerten Interessen der Arbeitgeberin. Auf Arbeitnehmerseite erfährt der digitale Zugang der Gewerkschaften zum Betrieb Grenzen in der negativen Koalitionsfreiheit, im Datenschutz und im Recht der informationellen Selbstbestimmung.

Anders und generöser ist das Zugangsrecht der **Arbeitnehmervertreter** zu betrieblichen Tools. Die Arbeitgeberin ist basierend auf Art. 11 Abs. 2 MitwG gesetzlich verpflichtet, die Tätigkeit der Arbeitnehmervertreter zu unterstützen und ihnen die notwendige Infrastruktur (d.h. Räume und Ressourcen) zur Verfügung zu stellen. Wenn die Arbeitnehmervertreter und die Arbeitnehmer nicht in der Lage sind, sich persönlich vor Ort zu treffen, kann die Arbeitgeberin verpflichtet sein, andere Mittel der Kommunikation und Zusammenarbeit bereitzustellen. Dabei muss die Arbeitgeberin aber aus Gründen des Datenschutzes nur die geschäftlichen E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer angeben.

IV. Fazit

Die Sozialpartner sind aufgrund der Nähe zu den Unternehmen und den Arbeitnehmern prädestiniert, die Herausforderungen der neuen Arbeitswelt zu bewältigen. Hierfür ist wichtig, die Sozialpartnerschaft zu stärken, auf Arbeitnehmerseite zu einer repräsentativen Sozialpartnerschaft zurückzufinden und den GAV-Abdeckungsgrad zu steigern. Die grösste Herausforderung für die Sozialpartnerschaft wird sein, den Strukturwandel, den die Digitalisierung mit sich bringt, zu begleiten und darauf zu achten, dass die Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz erhalten und vorangetrieben wird, während die Beschäftigten geschützt, gefördert und nicht überfordert werden.⁵⁴ Dabei sollte die Sozialpartnerschaft ihre Vorstellungen über eine Anpassung des institutionellen Rahmens an die neue Arbeitswelt sowohl an der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen als auch an den unmittelbaren Bedürfnissen der Arbeitnehmer orientieren. Kollektives Verhandeln über die herausfordernden und unklaren Aspekte der neuen Arbeitswelt ist genuin arbeitsrechtlich.⁵⁵ Die individuelle Unterlegenheit des/der Einzelnen wird durch das Kollektiv und das kollektive Auftreten ausgeglichen. Das kollektive Verhandeln und der Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags erlauben eine relativ niederschwellige, demokratisch legitimierte Mitgestaltung der Arbeitsbedingungen in der neuen Arbeitswelt. Dies sind alles gute Gründe für einen Gesamtarbeitsvertrag, um den Herausforderungen der neuen Arbeitswelt und der Digitalisierung zu begegnen und diese auch in Richtung schutzbedürftiger Selbständiger zu erweitern.

54 HASSEL/AHLERS/SCHULZE BUSCHOFF/SIEKER, a.a.O., 9; WERDER/MÜLLER/VATERLAUS/ZENHÄUSERN, a.a.O., 4.

55 GRUBER-RISAK MARTIN, Where do we go from here? – Trends in der Arbeitswelt und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, DRdA 2022, 106 ff., 111.

