

René Hirsiger

Der sozialversicherungsrechtliche Status des Uber-Fahrers

Auswirkungen der neuen Funktionen der Uber-App auf den sozialversicherungsrechtlichen Status

Die Uber-App erhielt im Sommer 2020 gewisse neue Funktionen für die Fahrer. Im Rahmen eines Gutachtens wurde die Frage beurteilt, ob und wie sich diese Änderungen auf den sozialversicherungsrechtlichen Status des Fahrers auswirkt. Der Autor kommt zum Schluss, dass die neuen Funktionen ausnahmslos Elemente darstellen, die für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fahrers von Bedeutung sind, und dass sie die bis anhin schon bestehenden Merkmale für eine selbständige Erwerbstätigkeit eines Fahrers bestärken und die diesbezüglichen Einwände der Sozialversicherungsbehörde noch weiter entkräften.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: René Hirsiger, Der sozialversicherungsrechtliche Status des Uber-Fahrers, in: Jusletter 7. Dezember 2020

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen für die Bestimmung des Status eines Fahrers
3. Wesentliche Bestimmungen des Dienstleistungsvertrages und der Community Guidelines
 - 3.1. Fassung des Dienstleistungsvertrags und der Community Guidelines bis Juli 2020
 - 3.2. Geänderte Bestimmungen des Dienstleistungsvertrags ab Juli 2020
4. Grundsätzliches zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der Fahrer
5. Auswirkungen der Änderungen im Dienstleistungsvertrag ab Juli 2020
 - 5.1. Vorbemerkung
 - 5.2. «favorite driver»-Funktion
 - 5.3. Zusätzliche Informationen vor dem Entscheid hinsichtlich einer Anfrage
 - 5.4. Funktion des Fahrpreis-Multiplikators
6. Fazit

1. Ausgangslage

[1] Uber bietet über eine mobile Applikation (Uber App) einem Fahrer die Möglichkeit, Fahraufträge von Nutzern der Uber App (Fahrgast) zu erhalten. Kommt über die Uber App ein Fahrauftrag zustande, verpflichtet sich der Fahrer im Wesentlichen, den Fahrgast am vereinbarten Ort abzuholen und ans gewünschte Ziel zu befördern. Grundlage des Verhältnisses zwischen Uber und dem Fahrer ist der Dienstleistungsvertrag in der jeweils gültigen Fassung. Zusätzlich gelten für alle Nutzer der Uber App so genannte Uber Community Guidelines.

[2] Der sozialversicherungsrechtliche Status eines Fahrers (selbständig Erwerbstätiger vs. unselbständig Erwerbstätiger) ist bislang gerichtlich nicht geklärt; Verfahren zur Klärung dieser Frage sind derzeit hängig.

[3] Ab Mitte Juli 2020 ermöglicht die Uber App in der Schweiz neu, dass (i) ein Fahrgast einen oder mehrere Fahrer als «Lieblingsfahrer» (*favorite driver*) auswählen und einen Fahrauftrag von einem seiner Lieblingsfahrer ausführen lassen kann, (ii) dem Fahrer vor Annahme einer spezifischen Anfrage zusätzliche Informationen über den Fahrauftrag angezeigt werden, und (iii) der Fahrer den von der Uber App vorbestimmten Fahrpreis mit einem individuellen Multiplikator auf maximal die Hälfte reduzieren oder auf maximal das Dreifache erhöhen kann. Gestützt darauf wurden gewisse Bestimmungen im Dienstleistungsvertrag mit den Fahrern angepasst.

[4] Im Rahmen eines Gutachtens zuhanden von Uber wurde untersucht, wie sich diese Änderungen im Dienstleistungsvertrag auf die Frage des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fahrers auswirken. Der vorliegende Beitrag stellt dieses Gutachten einem breiten Publikum zur Verfügung.

2. Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen für die Bestimmung des Status eines Fahrers

[5] Zur Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fahrers sind Art. 5 Abs. 2 AHVG und die daraus abgeleitete Praxis massgebend. Als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG, wer eine Tätigkeit in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit leistet. Zur Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Er-

werbstätigkeit besteht eine langjährige, vielfältige Praxis.¹ Massgebend zur Unterscheidung ist letztlich stets, ob im Einzelfall (i) ein betriebswirtschaftliches beziehungsweise arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, und (ii) die betreffende Person im konkreten Fall ein spezifisches Unternehmerrisiko trägt:²

- Von einem *arbeitsorganisatorischen beziehungsweise betriebswirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis* ist dann auszugehen, wenn die betreffende Person vorgegebene Arbeitszeiten einzuhalten hat und während der Arbeitszeit in den Betrieb des Arbeitgebers eingeordnet ist. Des Weiteren ist für die Beurteilung massgebend, ob die betreffende Person zur persönlichen Aufgabenerfüllung verpflichtet ist und gegenüber dem Arbeitgeber in einem Subordinationsverhältnis steht. Weiter kann ein allfälliges Konkurrenzverbot massgebend sein.
- Für das Vorliegen eines spezifischen *Unternehmerrisikos* spricht sodann, wenn die betreffende Person für die Ausübung der Tätigkeit erhebliche Investitionen tätigen muss, eigene Geschäftsräumlichkeiten besitzt sowie eigenes Personal beschäftigt. Weiter ist eine Unkosten- und Verlusttragung relevant und ob die Person gegenüber den Kunden in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auftritt. Überdies ist das Inkasso- und Delkredererisiko ein Merkmal für ein Unternehmerrisiko. Zudem spricht für ein unternehmerisches Risiko, wer Aufträge selber beschaffen muss.

[6] Obwohl von der Praxis gesamthaft 13 klar umrissene und abgrenzbare Kriterien entwickelt wurden, lehnt das Bundesgericht einheitliche, schematische Lösungen ab und betont, dass die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte dazu zwingt, die gesamten Umstände des Einzelfalles zu würdigen.³ Sind dabei Merkmale beider Erwerbsarten erfüllt, muss sich der Entscheid danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen⁴. Bei einem Versicherten, der gleichzeitig mehrere Tätigkeiten ausübt, ist jedes Erwerbseinkommen tätigkeitsspezifisch dahingehend zu prüfen, ob es aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit stammt, selbst wenn die Arbeiten für das gleiche Unternehmen vorgenommen werden. Grundsätzlich unbeachtlich ist, ob eine Tätigkeit im Haupt- oder Nebenberuf erfolgt.⁵

[7] Das Bundesgericht betont stets, dass die wirtschaftlichen Gegebenheiten entscheidend sind.⁶ In der Lehre wird folgerichtig darauf hingewiesen, dass die Anwendung der konventionellen Merkmale auf Plattform-Beschäftigungen zu unsachgemässen Ergebnissen führen kann, zumal neuartige, innovative Zusammenarbeitsformen gewisse Besonderheiten aufweisen, die durch die konventionellen Merkmale nicht oder nicht adäquat berücksichtigt werden.⁷ Letztlich entschei-

¹ Vgl. PETER FORSTER, AHV-Beitragsrecht – Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselbständig erwerbenden Personen, Zürich 2007, *passim*.

² BGE 146 V 139 E. 3.1.; BGE 123 V 161 E.1.; BGE 122 V 169 E. 3.c); BGE 119 V 161 E. 3.b); Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML) [Stand: 1. Januar 2020], Rz. 1018 ff.

³ BGE 146 V 139 E. 3.1.; BGE 144 V 111 E. 4.2.; BGer Urteil 9C_377/2015, vom 22. Oktober 2015, E. 3.2.

⁴ BGE 146 V 139 E. 3.1.; BGE 144 V 111 E. 4.2.

⁵ BGE 122 V 169 E. 3.b); BGE 119 V 161 E. 3.c).

⁶ Jüngst in BGE 146 V 139 E. 3.1.

⁷ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich? Mit einigen Bemerkungen zu BGE 144 V 111, in: SZS/RSAS 62/2018, S. 596; RENÉ HIRSIGER, Sharing Economy: Zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Plattform-Beschäftigten, SZW 2019, S. 375 ff.

dend sind auch bei Plattform-Beschäftigungen die konkreten Umstände des Einzelfalls, wobei die Behörden und Gerichte den gesetzgeberischen Auftrag umsetzen, die effektiven wirtschaftlichen Gegebenheiten im Kontext dynamischer Entwicklungen berücksichtigen und gegebenenfalls eine Praxis weiterentwickeln oder anpassen müssen.⁸

3. Wesentliche Bestimmungen des Dienstleistungsvertrages und der Community Guidelines

3.1. Fassung des Dienstleistungsvertrags und der Community Guidelines bis Juli 2020

[8] Mit der Registrierung als Fahrer schliesst dieser mit Uber⁹ einen Dienstleistungsvertrag ab, der materiellem Schweizer Recht unterstellt wird (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 25). Dieser regelt die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen den Parteien. Als Gegenleistung für die von Uber vereinnahmten Servicegebühren (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 7.1) erhält der Fahrer über die von Uber zur Verfügung gestellte Technologie einerseits Zugang zu einer Plattform, die Dienstleistungen zur Verbindung von Benutzern anbietet, und andererseits Abrechnungs- und Inkassodienstleistungen hinsichtlich des Fahrpreises für die über die Uber App vermittelten Fahrten (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 2.). Gemäss dem Dienstleistungsvertrag erbringt der Fahrer mit anderen Worten keine Transportleistungen für oder im Namen von Uber, sondern selber und für den Fahrgast, während Uber seinerseits über die Uber App lediglich eine elektronische Dienstleistung für Fahrer und Fahrgast zur Verfügung stellt.

[9] Der Fahrer ist nicht verpflichtet, sich in die Uber App einzuloggen oder diese grundsätzlich oder zu einem spezifischen Zeitpunkt zu nutzen, d.h. er entscheidet frei, ob, wann und wo er sich in die Uber App einloggt und seine Dienste anbieten will (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 7.a und b). Auch entscheidet er frei, ob er einen Fahrauftrag, der ihm über die Uber App zugeht, annehmen, ignorieren oder ablehnen will (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 7.b). Auch nach Annahme eines Fahrauftrags kann der Fahrer diese ohne Angabe von Gründen stornieren. Lehnt ein Fahrer einen oder mehrere Fahraufträge ab bzw. storniert sie, wird er von Uber dafür nicht sanktioniert. Zur Entscheidung, ob er einen Fahrauftrag annehmen will, stellt die Uber App dem Fahrer gewisse Informationen über einen ihm zugetragenen Fahrauftrag zur Verfügung (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 7.g).

[10] Der maximale Fahrpreis wird von der Uber App aufgrund gewisser Parameter und unter Verwendung des «*dynamic pricing*» vorgeschlagen (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 8.a). Der Fahrer kann den vorgeschlagenen Fahrpreis nach eigenem Ermessen reduzieren (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 8.g) und darf von einem Fahrgast ein Trinkgeld entgegennehmen (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 8.d). Der Fahrpreis wird entweder in bar direkt an den Fahrer bezahlt oder periodisch über die auf der Uber App hinterlegten Kreditkarten des Fahrers und des Fahrgasts abgerechnet (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 8.c und h). Uber stellt nach jeder Fahrt automatisch eine elektroni-

⁸ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 8. November 2017, Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken, S. 64 ff.

⁹ Die Frage, mit welcher Konzerngesellschaft dieser Vertrag zustande kommt und welche der Konzerngesellschaften gegebenenfalls als Arbeitgeberin eines Fahrers gilt, ist nicht Gegenstand dieser Beurteilung und für die Beantwortung der Fragestellung nicht von Belang. Nachfolgend wird deshalb vereinfachend von «Uber» gesprochen.

sche Quittung im Namen des Fahrers an den Fahrgast aus, die sowohl die Rechnungsbeträge als auch persönliche Informationen des Fahrers enthält (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 10.a).

[11] Der Fahrer bestätigt im Dienstleistungsvertrag, als selbständig Erwerbender tätig zu sein (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 5) und allfällige Steuern im Zusammenhang mit der Durchführung von Fahrten selber zu tragen (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 11). Er verwendet für die Fahrten ein auf seinem Uber-Konto registriertes Fahrzeug (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 6.e) und für den Zugang zur Uber App das eigene Mobiltelefon (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 12). Für beide Anschaffungen und Nutzungen trägt der Fahrer die Kosten. Er muss über eine genügende Fahrzeug-Haftpflichtversicherung verfügen (Dienstleistungsvertrag, Ziff. 18).

[12] Uber veröffentlicht sodann sog. Community-Richtlinien, die für alle Nutzer der Dienste von Uber (also nicht nur für Fahrer) gelten. Entsprechend den drei Verhaltensgrundlagen als Basis der Community-Richtlinien («Behandle jeden Menschen respektvoll», «Trage zur Sicherheit aller Beteiligten bei», «Befolge die Gesetze») enthalten diese fundamentale, allgemein anerkannte Verhaltensregeln wie etwa, dass man sich gegenüber anderen Personen umsichtig und höflich verhalten soll, dass sexuelle Belästigung oder Missbrauch sowie aggressives, konfrontatives oder belästigendes Verhalten untersagt ist, eine diskriminierende Dienstleistungsverweigerung inakzeptabel ist, während der Fahrt Sicherheitsgurten verwendet werden müssen, ein Fahrer für einen guten Betriebszustand seines Fahrzeugs besorgt sein soll und nicht alkoholisiert oder unter Drogeneinfluss fahren darf. Uber behält sich vor, einem Nutzer (Fahrer und Fahrgast) den Zugang zu den Apps zu sperren, sollte dieser gegen die Community-Richtlinien verstossen.

3.2. Geänderte Bestimmungen des Dienstleistungsvertrags ab Juli 2020

[13] Uber teilte am 9. Juli 2020 mit, dass gewisse Bestimmungen im Dienstleistungsvertrag – testweise in der Schweiz – geändert werden sollen. Namentlich handelt es sich um folgende Änderungen:

- Ein Fahrgast kann neu einen Fahrer zu seiner persönlichen Liste von «Lieblingsfahrern» («*favorite driver*») hinzufügen. So kann er eine geplante Fahrt mit einem Fahrer aus dieser Liste durchführen. Dem Fahrer steht es auch bei einem solchen Fahrauftrag frei zu entscheiden, ob er diesen ausführen will (Dienstleistungsvertrag, nZiff. 7.m).
- Der Fahrer erhält vor seinem Entscheid, ob er einen ihm zugetragenen Fahrauftrag annimmt, weitere Informationen zu diesem Fahrauftrag, namentlich den Mindestfahrpreis abzüglich der Servicegebühren, die ungefähre Distanz zum Ort des Abholens des Fahrgasts, sowie den Ort (Postleitzahl und Stadt) des Absetzens (vgl. Dienstleistungsvertrag, nZiff. 8.a).
- Bis anhin war es dem Fahrer bereits möglich, mit dem Fahrgast einen Preis auszuhandeln, der tiefer war als der von der App vorgeschlagene Preis. Neu erhält der Fahrer die Möglichkeit, das «*dynamic pricing*» zu deaktivieren und/oder den vorgeschlagenen Fahrpreis mit einem individuellen Multiplikator zu reduzieren oder zu erhöhen. Der Fahrer hat dabei die Möglichkeit, seine Einstellungen jederzeit und mit sofortiger Wirkung zu ändern. Die Uber App berücksichtigt bei der Zuteilung eines Fahrauftrags die individuellen Einstellungen des Fahrers, d.h. ein Fahrer erhält nur einen Fahrauftrag, der seinen persönlichen Einstellungen (Multiplikator und/oder «*dynamic pricing*») entspricht (Dienstleistungsver-

trag, nZiff. 8.b). Die Bandbreite des Multiplikators soll nach Aussagen von Uber anlässlich der Pressekonferenz vom 9. Juli 2020 zwischen der Hälfte und dem Dreifachen des vorgeschlagenen Fahrpreises liegen.

4. Grundsätzliches zur sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der Fahrer

[14] Der sozialversicherungsrechtliche Status eines Fahrers ist gerichtlich noch nicht geklärt. In den aktuell hängigen Verfahren in Zürich und Waadt vertreten die involvierten Sozialversicherungsbehörden unter strikter Anwendung der konventionellen Merkmale und bezüglich des Dienstleistungsvertrages in der Fassung vor den geplanten Änderungen grundsätzlich die Auffassung, ein Fahrer sei unselbständig Erwerbender. Dementsprechend sei Uber als Arbeitgeberin verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge auf dem vom Fahrer erzielten Einkommen im Sinne eines massgebenden Lohns abzuführen. Diese Auffassung begründen die Behörden¹⁰ im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen:

- Hinsichtlich des Unternehmerrisikos gelangen die Sozialversicherungsbehörden zum Schluss, dass ein Fahrer keine erheblichen Investitionen tätigen und daher kein ins Gewicht fallendes Verlustrisiko zu tragen habe. Ein Inkassorisiko bestehe weder für den Fahrer noch für Uber. Ein Fahrer trete in der Aussenwahrnehmung nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auf und beschaffe seine Aufträge nicht selber. Daher trage ein Fahrer kein wesentliches unternehmerisches Risiko. Allfällige Unkosten des Fahrers für die Anschaffung und den Betrieb der benötigten Infrastruktur erschienen nicht derart erheblich, dass sie ein ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko begründen würden.
- Mit Blick auf das wirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis vertreten die Sozialversicherungsbehörden die Auffassung, dass mit der freien Wahl der Arbeitszeit sowie des Arbeitsortes, dem fehlenden Konkurrenzverbot und der jederzeitigen sofortigen Kündigungsmöglichkeit Merkmale für eine selbständige Erwerbstätigkeit eines Fahrers gegeben seien. Gleichzeitig unterstünde ein Fahrer gewissen Vorgaben und Kontrollmechanismen, was Ausdruck eines Unterordnungsverhältnisses zu Uber sei. Überdies seien die Fahrer wegen den über die App zentral geführten Kundenzuweisungen und den Zahlungsmodalitäten wirtschaftlich und arbeitsorganisatorisch in den Betrieb von Uber eingegliedert.
- Gemäss den Sozialversicherungsbehörden zeige eine Gesamtwürdigung, dass zwar Merkmale für eine selbständige Erwerbstätigkeit eines Fahrers vorlägen, insgesamt die Merkmale einer unselbständigen Erwerbstätigkeit deutlich überwiegen.

[15] Uber ist demgegenüber der Auffassung, dass die Fahrer als selbständige Erwerbstätige qualifizieren. Diese Auffassung stützt Uber insbesondere mit Verweis auf die grosse Selbständigkeit

¹⁰ Uns liegt stellvertretend für die bisherigen Erwägungen der Behörden der Einspracheentscheid der SVA Zürich vom 3. März 2020 gegen die Verfügungen vom 16. August 2019 und vom 2. Dezember 2019 an Uber B.V. bzw. Uber Switzerland GmbH vor. Wir stützen uns nachfolgend im Wesentlichen auf die Erwägungen in diesem Einspracheentscheid.

eines Fahrers bezüglich der Frage, ob und gegebenenfalls wann er die App nutzt und ob er einen Fahrauftrag annimmt, der Möglichkeit der individuellen Preisfestlegung, den fehlenden Weisungen bezüglich Art der Auftragsabwicklung sowie der Möglichkeit, Transportdienstleistungen jederzeit ausserhalb der App und mithin auch über eine konkurrenzierende App anzubieten. Bei einer sachgerechten Betrachtung scheinen diese Elemente für eine selbständige Erwerbstätigkeit – selbst vor Einführung der Änderungen im Dienstleistungsvertrag – in der Tat zu überwiegen.¹¹

[16] Bei der Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status sind die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt der Leistungserbringung massgebend. Für die derzeit hängigen Verfahren betreffend die Sozialversicherungsbeiträge aus früheren Jahren sind somit die Änderungen im Juli 2020 nicht relevant. Umgekehrt muss ab diesem Zeitpunkt der sozialversicherungsrechtliche Status eines Fahrers neu beurteilt werden.

5. Auswirkungen der Änderungen im Dienstleistungsvertrag ab Juli 2020

5.1. Vorbemerkung

[17] Das Bundesgericht hat hinsichtlich von Dienstleistungstätigkeiten, für deren Ausübung keine besonderen Investitionen getätigt werden müssen und keine Angestelltenlöhne zu bezahlen sind, festgestellt, dass das Unternehmerrisiko im Verhältnis zum arbeitsorganisatorischen bzw. wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis in den Hintergrund rücke.¹² Es liess jedoch offen, ob diese Zweitrangigkeit auch dann gelten solle, wenn von der Auftraggeberin selbst erhebliche finanzielle und personelle Aufwendungen getätigt werden, von denen der Versicherte in hohem Masse profitiert.¹³

[18] Nachfolgend wird für die Frage, ob die Änderungen im Dienstleistungsvertrag geeignet sind, die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fahrers zu beeinflussen, (auch) das Kriterium des Unternehmerrisikos gewürdigt. Dies einerseits im Einklang mit der Praxis der involvierten Behörden¹⁴, andererseits auch mit Blick auf die jüngste «Taxi-Rechtsprechung» des Bundesgerichts.¹⁵ Welches Gewicht diesem Kriterium im Verhältnis zum arbeitsorganisatorischen bzw. wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis letztlich beigemessen wird, müssen die Behörden bzw. Gerichte im Einzelfall entscheiden.¹⁶

5.2. «favorite driver»-Funktion

[19] Ein (gewichtiges) Merkmal des eigenen Unternehmerrisikos ist das *Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung*. Diesbezüglich vertreten die Behörden bislang die Meinung, dass ein Fahrer in der Aussenwahrnehmung für Uber tätig sei, da sich der Fahrgast den Fahrer nicht

¹¹ Ausführlich dazu HIRSIGER (FN 7), S.381 ff.

¹² BGE 144 V 111 E. 6.2.2. m.w.H.; WML (FN 2), Rz. 1018.

¹³ BGE 144 V 111 E. 6.2.2.

¹⁴ S. vorstehend, Ziff. III.3.

¹⁵ BGer Urteil 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 4.1. und 4.2., sowie 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 4.2.

¹⁶ Statt vieler BGE 146 V 139 E. 3.1.

eigenständig aussuchen könne, sondern dieser von der App zugeteilt würde. Auch erstellt Uber nach erfolgter Fahrt die Abrechnung und nicht der Fahrer selber, wobei der Fahrpreis in der Regel von der hinterlegten Kreditkarte abgebucht würde. Es fehle daher am Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

[20] Vorauszuschicken ist, dass der Fahrer schon unter dem bisherigen Dienstleistungsvertrag im eigenen Namen auftrat, da er die Uber App mit einem individualisierten Nutzer-Profil nutzte und seine persönliche Leistung und sein Verhalten nach erfolgter Fahrt vom Fahrgast auch bewertet wurde. Ein Fahrer konnte sich also nicht in der anonymen Masse der Fahrer verstecken, sondern die womöglich negativen Folgen seines Handelns in eigenem Namen (bzw. unter seinem Nutzer-Profil) trafen ihn unmittelbar. Zudem hat (und hatte) ein Fahrer jederzeit die Möglichkeit, Fahrgäste – auch solche, die ihm über die Uber App zugewiesen wurden – beispielsweise durch Aushändigen einer persönlichen Visitenkarte in seinen persönlichen Kundenstamm zu überführen.

[21] Die neue Funktion des «*favorite driver*» verstärkt dieses Merkmal des Handelns in eigenem Namen signifikant: Durch das Hinzufügen eines Fahrers zur Liste der eigenen «*favorite drivers*» wird einem Fahrgast ermöglicht, eine geplante Fahrt von einem seiner gespeicherten Fahrer ausführen zu lassen, wenn er die Fahrt rechtzeitig (mindestens 30 Minuten im Voraus) plant. Auch im Falle von Spontanbuchungen berücksichtigt die Uber App künftig, ob einer der verfügbaren Fahrer vom Fahrgast als «*favorite driver*» gespeichert ist.

[22] Es ist davon auszugehen, dass diese Funktion von beiden Beteiligten (Fahrer und Fahrgast) rege benutzt wird, da der Fahrgast positive Erfahrungen mit einem Fahrer gerne wiederholen und er einen von ihm als gut empfundenen Fahrer deshalb in seine Liste der «*favorite drivers*» aufnehmen will. Umgekehrt wird der Fahrer versuchen, sich durch möglichst viele Nennungen als «*favorite driver*» eine Stammkundschaft (auch innerhalb der Uber App) aufzubauen und so einen gewissen konstanten Umsatz zu erzielen versuchen.

[23] Der einzelne Fahrer kann sich durch gute Leistungen und Verhalten «einen Namen machen» und seine Stammkundschaft pflegen. Die in den Augen gewisser Beobachter bislang eher von der Marke Uber geprägte Aussenwahrnehmung¹⁷ verschiebt sich durch diese neue Funktion klar hin zum individuellen Fahrer.

[24] Da ein Fahrer durch die neue Funktion Fahranfragen erhalten wird, die ihm durch die Uber App ansonsten womöglich nicht zugegangen wären, hat diese neue Funktion auch einen Einfluss auf das Merkmal des *Beschaffens von Aufträgen*. Dieses Kriterium verdeutlicht, dass der selbstständig Erwerbstätige sich im freien Markt behaupten und sich gegen Konkurrenz durchsetzen muss. Bislang waren die Behörden der Auffassung, dass ein Fahrer seine Kunden allesamt von Uber vermittelt erhält und somit keine eigenen Aufträge akquiriere.¹⁸ Diese Auffassung war bereits unter dem alten Dienstleistungsvertrag nicht zutreffend, zumal der Fahrer Fahrgäste, die ihm über die Uber App vermittelt worden waren, in seinen persönlichen Kundenstamm überführen und für diesen auch Fahraufträge ausserhalb der App ausführen konnte. Mit der neuen Funktion kann ein Fahrer nun auch innerhalb der Uber App seinen Kundenstamm aufbauen und erhält so die Möglichkeit von Kundenakquise über die App.

¹⁷ So noch THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation von Uber-Fahrern – Rechtsgutachten zuhanden der Unia, 5. Juli 2018, Rz. 70.

¹⁸ So auch GÄCHTER/MEIER (FN 17), Rz. 72 f.

[25] Diese neue Funktion führt auch zu verstärkter Konkurrenz zwischen den Fahrern, die die Uber App benutzen. Denn ein Fahrgast nutzt zwar immer noch die Uber App, um einen Fahrauftrag zu platzieren, er tut dies nun aber zuweilen gezielt mit der Absicht, einen Fahrauftrag von einem seiner gespeicherten Fahrer ausführen zu lassen. Das Beschaffen von Aufträgen über die App erfordert nunmehr zusätzlich, sich auch gegenüber der Konkurrenz innerhalb der App durchzusetzen. Im Ergebnis wird so das Unternehmerrisiko eines Fahrers akzentuiert.

[26] Durch die neue Funktion wird auch die Funktionsweise der Uber App verdeutlicht: Den Auftrag eines Fahrgasts an einen seiner «*favorite drivers*» könnten die beiden Parteien auch ausserhalb der Uber App vereinbaren und abwickeln. Dass solche Fahraufträge auch weiterhin über die App durchgeführt werden, bestätigt, dass die Uber App letztlich nur eine Plattform zwischen einem Fahrgast und einem Fahrer darstellt, die die Transaktion zwischen den beiden Parteien vereinfacht. Bemerkenswert dabei ist namentlich, dass das Verhältnis zwischen einem Fahrgast und seinem «*favorite driver*» direkter und persönlicher ist als zwischen dem Fahrer und der App. Denn ausserhalb der Funktion «*favorite driver*» erfolgt die Zuweisung eines Fahrauftrags an einen Fahrer durch die App rein gestützt auf quantitative und nicht auf qualitative Parameter: Der Fahrer, der dem potentiellen Fahrgast geografisch am nächsten positioniert ist, erhält die Anfrage als erster.

[27] Sodann ist die neue Funktion auch bei der Beurteilung der **arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit** zu berücksichtigen. Denn bislang vertraten die Behörden die Auffassung, dass alleine Über eine Fahranfrage an den einen oder anderen Fahrer zuweise.¹⁹ Zwar wird die Zuweisung einer Fahranfrage auch weiterhin automatisiert von der App vorgenommen, jedoch kann ein Fahrer eine Zuweisung dadurch zu seinen Gunsten beeinflussen, dass er bei einem Fahrgast in der Liste der «*favorite drivers*» erfasst ist und der Fahrgast eine Fahranfrage von einem seiner Lieblingsfahrer durchführen lassen will. Dank der neuen Funktion hat ein Fahrer somit einen Einfluss auf die Zuweisung einer vorbestellten Fahranfrage durch einen «*favorite driver*» und kann sich so aktiv um die Beschaffung von neuen Aufträgen bemühen. Bis anhin konnte ein Fahrer – durch Ablehnen oder Ignorieren einer pendenten Fahranfrage bzw. durch Stornieren einer bereits angenommenen Anfrage – frei darüber entscheiden, welche Aufträge er durchführen will. Mit der neuen Funktion kann der Fahrer bei vorbestellten Fahrten nun auch beeinflussen, welche Anfragen ihm überhaupt zugeteilt werden.

[28] Die neue Funktion des «*favorite driver*» ist ein Merkmal, das die Elemente der selbständigen Erwerbstätigkeit (stark) akzentuiert.²⁰

5.3. Zusätzliche Informationen vor dem Entscheid hinsichtlich einer Anfrage

[29] Ein wesentliches Element bei der Beurteilung einer **arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit** des Fahrers von Uber war bislang der Umstand, dass der Fahrer bei Erhalt der Fahranfrage nur

¹⁹ Dazu auch NDIYA ONUOHA, Umgang mit der Digitalisierung aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive, AJP 2018, S. 331.

²⁰ Wohl gl.M. KURT PÄRLI, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy – Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 33, mit Verweis auf ONUOHA (FN 19), S. 331; KURT PÄRLI, Das Einkommen von Uber-Fahrern im Lichte des Sozialversicherungsrechts, in: Jusletter 12. Juni 2017, Rz. 27.

begrenzte Informationen erhielt²¹, nämlich lediglich den aktuellen Fahrpreis, den Abholort des Fahrgastes und dessen Bewertung. Durch diese Informationsasymmetrie zu Lasten des Fahrers, im Zeitpunkt der Annahme oder Ablehnung einer Fahranfrage insbesondere den Zielort nicht zu kennen, wurde auf eine Abhängigkeit des Fahrers von Uber geschlossen.²² Diese Informationsasymmetrie wurde bereits in der Vergangenheit dadurch korrigiert, dass ein Fahrer auch bereits angenommene Fahraufträge stornieren konnte, ohne dass dies negative Konsequenzen für ihn hatte.

[30] Die neu einem Fahrer mit Zuweisung einer Fahranfrage zur Verfügung gestellten Informationen erlauben diesem, die Rentabilität einer Fahrt im Voraus zu beurteilen und zu entscheiden, ob diese Fahrt aufgrund der Fahrtdauer und des Zielorts in seinen persönlichen Tagesplan passt. Er entscheidet so gestützt auf vollständige Informationen, ob er einen Fahrauftrag annehmen will oder nicht. Eine Informationsasymmetrie und damit ein Hinweis auf ein mögliches Unterordnungsverhältnis zwischen Uber und dem Fahrer besteht damit nicht.

[31] Auch diese neue Funktion ist ein klares Merkmal für eine selbständige Erwerbstätigkeit eines Fahrers.

5.4. Funktion des Fahrpreis-Multiplikators

[32] Die Behörden argumentierten bislang, die grundsätzliche Preisfestlegung durch Uber sei ein Kennzeichen für ein *Unterordnungsverhältnis*, zumal die Preisfestlegung einen wesentlichen Aspekt der Erwerbstätigkeit betrifft. Ob die Preisfestlegung durch die Uber App überhaupt ein taugliches Unterordnungsmerkmal – oder nicht eher eine willkommene Erleichterung der Auftragsabwicklung – ist, ist indessen zumindest fraglich. Denn Plattformen wie die Uber App sind darauf ausgerichtet, eine Vielzahl von Aufträgen automatisiert zu prozessieren und dabei deren Abwicklung den Nutzern so einfach als möglich zu gestalten. Dazu gehört auch, dass die Parteien nicht in langen und letztlich nicht effizienten Preisverhandlungen aufgehalten werden, zumal der von der Plattform durch einen Algorithmus festgelegte Preis vermutungsweise nahe dem Gleichgewichtspreis zwischen Angebot und Nachfrage liegt und so ein Dienstleistungserbringer selbst bei individueller, aufwendiger Preisverhandlung im Durchschnitt kaum einen höheren Preis hätte erzielen können.²³

[33] Durch die neue Funktion des individuellen Multiplikators erhält ein Fahrer die Freiheit, sein eigenes Preisniveau eigenmächtig festlegen zu können. Zwar gibt Uber durch den vorgeschlagenen Fahrpreis und die Beschränkung des Multiplikators (0.5x bis 3.0x) nach wie vor gewisse Parameter der Preisfestlegung vor. Der Multiplikator ist indessen derart breit, dass ein Fahrer sein Preisniveau faktisch im freien Ermessen festlegen kann. Der einzelne Fahrpreis für einen Fahrauftrag wird dann zwar durch die App berechnet, sie stützt sich indessen auf die individuellen Komponenten des Fahrgasts (Fahrdistanz und -dauer) und des Fahrers (Multiplikator für den Kilometer- und Minutenpreis) ab. Neu berücksichtigt werden dabei somit die persönlichen Einstellungen des Fahrers, die dieser nota bene jederzeit und mit sofortiger Wirkung anpassen kann.

²¹ GÄCHTER/MEIER (FN 17), Rz. 100.

²² Dazu auch GÄCHTER/MEIER (FN 17), Rz. 100.

²³ Dazu weiterführend HIRSIGER (FN 7), S. 378.

[34] Auch durch diese neue Funktion tritt die Vermittlungsfunktion der Uber App noch deutlicher als bisher zutage, da die beiden Nutzer (Fahrgast und Fahrer) die relevanten Parameter für die Preisbestimmung eigenhändig vorgeben und die App letztlich nur die Rechenaufgabe übernimmt.

[35] Durch sein individuelles Preisniveau kann sich ein Fahrer auch gegenüber der Konkurrenz im Markt abgrenzen,²⁴ und zwar nicht nur durch ein günstigeres Angebot (Multiplikator tiefer als 1.0x), sondern auch durch ein teureres Angebot (Multiplikator höher als 1.0x), da der Fahrer mit letzterem dem Fahrgast signalisiert, sich durch besseren Service (etwa ein komfortableres Fahrzeug) von einem anderen Fahrer abzugrenzen und so einen höheren Preis verlangen zu können.

[36] Die neue Funktion erlaubt im Ergebnis einem Fahrer, sein Preisniveau jederzeit individuell festzulegen und sich dadurch im Markt gegenüber der Konkurrenz zu positionieren. Dadurch wird noch stärker verdeutlicht, dass kein Unterordnungsverhältnis des Fahrers zu Uber hinsichtlich der Preisfestlegung besteht.²⁵

6. Fazit

[37] Alle drei neuen Funktionen haben je für sich Auswirkungen auf die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Fahrers:

- Die «*favorite driver*»-Funktion verstärkt das Handeln im eigenen Namen eines Fahrers, da ein Fahrauftrag im Fall einer vorbestellten Fahrt von der App nach Möglichkeit einem der verfügbaren «*favorite driver*» zugewiesen wird. So kann sich ein Fahrer auch innerhalb der App «einen Namen machen» und so eine Stammkundschaft aufbauen. Das Unternehmerisiko des Fahrers wird dadurch akzentuiert, zumal sich ein Fahrer nun auch gegenüber der Konkurrenz innerhalb der App durchsetzen muss. Ein Fahrer kann sich durch die neue Funktion auch vermehrt Aufträge über die App beschaffen und so die Abhängigkeit von der App reduzieren, da er nicht mehr nur durch Annehmen und Ablehnen bzw. Stornieren einer Anfrage seine Aufträge selber bestimmt, sondern durch die Aufnahme in die Liste als «*favorite driver*» eines Fahrgasts einen unmittelbaren Einfluss auf die Zuweisung von weiteren vorbestellten Fahraufträgen dieses Fahrgastes hat.
- Indem die App einem Fahrer mit Zuweisung einer Anfrage alle Informationen zur Verfügung stellt, die dieser für die Beurteilung der Rentabilität eines Fahrauftrags und für die weitere Planung seiner Tätigkeiten benötigt, wird die relevante Informationsasymmetrie und damit ein Hinweis auf ein mögliches Unterordnungsverhältnis vollends beseitigt.
- Durch die Funktion des Fahrpreis-Multiplikator wird ein – bis anhin grundsätzlich schon nicht sachgerechtes – Merkmal für ein Unterordnungsverhältnis beseitigt. Denn der Fahrer kann sein eigenes Preisniveau gegen oben und unten jederzeit und eigenmächtig festlegen. Dadurch kann er sich auch gegenüber der Konkurrenz abgrenzen, was das Unternehmerisiko der Fahrer weiter verstärkt.

²⁴ GÄCHTER/MEIER (FN 17), Rz. 96.

²⁵ Wohl gl.M. ONUOHA (FN 19), S. 331 f.; PÄRLI, Jusletter (FN 20), Rz. 26.

[38] Im Ergebnis akzentuieren alle Funktionen in mehrerlei Hinsicht die selbständige Erwerbstätigkeit eines Fahrers.

[39] Abgesehen davon verdeutlichen die neuen Funktionen auch die Funktionsweise der Uber App. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, als Vermittlungsplattform zwischen dem Fahrgast und dem Fahrer zu agieren und eine Transaktion zu vereinfachen. Das Verhältnis namentlich zwischen der Plattform und dem Fahrer ist dabei nicht geprägt von einem Unterordnungsverhältnis des Fahrers, sondern gegenteilig durch die persönliche, zeitliche und organisatorische Freiheit und Flexibilität des Fahrers.

Dr. RENÉ HIRSIGER, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, eidg. dipl. Sozialversicherungsfachmann, Partner bei Blesi & Papa in Zürich.

Dieser Beitrag entspricht inhaltlich einem Gutachten vom 4. November 2020, das vom Autor zuhanden von Uber verfasst wurde.