

Fritz Schwegler, Fürsprecher Notar
Urs Fasel, Dr. iur. Fürsprecher Notar
Christine Güntensperger, lic.iur.
Michel Wyder, lic.iur. Rechtsanwalt

Büro Bern
Urs Fasel
Christine Güntensperger
Michel Wyder
Effingerstrasse 8
Postfach 8121, 3001 Bern
Tel. + 41 (0) 31 380 58 58
Fax + 41 (0) 31 380 58 59

Schwegler
Fasel
& Partner

Rechtsanwälte
Notariat
Mediation

Büro Laupen
Fritz Schwegler
Christine Güntensperger
Bärenplatz 1
Postfach 24
3177 Laupen
Tel. + 41 (0) 31 740 52 11
Fax + 41 (0) 31 740 52 19

www.schwegler-partner.ch

Informationsschreiben an KMU

Selbstständige und freie Mitarbeiter mit juristischen Fussangeln

Vom Wirtschaften

In einer Zeit, in der das Wort der Deregulierung eine Anziehungskraft wie selten besitzt, ist die Flexibilisierung von Arbeitskräften hoch im Kurs. Ob im Chauffeurgewerbe der „freie Vertragsfahrer“, im Coiffeurgewerbe die „freie Stuhlmiete“ oder im Gesundheitsbereich der „freischaffende Gesundheitsberater“, jedes Mal geht es wirtschaftlich um dieselbe Idee: Die bisherigen lohnabhängigen Arbeitnehmer sollen *Eigeninitiative* entwickeln und sich als (selbstständige) Subunternehmer betätigen. Dabei stellen sich eine ganze Reihe von Fussangeln in den Weg, welche nachfolgend zu skizzieren und vor allem zu *analysieren* sind: Ein *erster Hemmschuh* besteht im Problem, ob und inwiefern die selbstständigen Subunternehmer eine eigenständige AHV-Selbstständigkeit begründen können. Ist dies jeweils nicht der Fall, ist der Unternehmer nach wie vor mit den Abrechnungsmodalitäten belastet, die entsprechenden Aufträge werden AHV-rechtlich in Arbeitsverträge umgedeutet. Kompliziert werden die Rechtsverhältnisse besonders dann, wenn die Steuerbehörden (entgegen den AHV-Behörden) eine selbstständige Erwerbstätigkeit anerkennen. Ein *zweiter Hemmschuh* bilden die zwingenden Normen des Vertragsrechtes, namentlich des Arbeitsvertragsrechtes. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwiefern zwingende Kündigungsbestimmungen des Arbeitsrechts zur Anwendung gelangen, aber auch die Vorschriften etwa für Ferienbezüge oder Überzeiten. Weiter stellt sich die Frage, ob und inwiefern der Vertrag nur unter der ordentlichen (Arbeitsvertrags-)Kündigungsfrist oder jederzeit, wie dies im Auftragsrecht zwingend vorgeschrie-

ben ist (Art. 404 OR), aufgelöst werden kann. Dies sind nur die wesentlichsten Probleme, mit andern Worten: Auf den Weg in die Selbstständigkeit nehmen Subunternehmer in der Regel einen ganzen Hemmschuhladen mit.

Zum ersten Hemmschuh: AHV-Selbstständigkeit

Ausdruck eines Arbeitsverhältnisses ist regelmässig, dass der Arbeitgeber gegenüber den Sozialversicherungsanstalten abrechnungs- und leistungspflichtig wird.

Das AHV-Gesetz, als auch daran angelehnt das IV-Gesetz sowie das Unfallversicherungsgesetz unterscheiden zwischen *unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit*. Massgebend für die Unterscheidung sind sozialversicherungsrechtlich nicht etwa die Rechtsnatur der Vertragsverhältnisse, sondern die *wirtschaftlichen Verhältnisse* (vgl. etwa BGE 115 V 2, BGE 110 V 78 usw.). Als unselbstständig erwerbstätig ist nach der Rechtsprechung zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt (vgl. BGE 110 V 78 E.4). In einer jahrelangen Praxis hat das eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern diese Praxis stetig ausgeweitet und präzisiert: Nach der prägnanten Formulierung liegt Selbstständigkeit im Regelfall vor (vgl. BGE 115 V 170 ff.), wenn der Beitragspflichtige durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch

finanzielle oder geldwerte Leistungen abgegolten wird. Vorausgesetzt wird damit ein Mehrfaches: Die Leistung körperlicher oder geistiger Arbeit in erwerblicher Absicht mit dem Ziel, finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen zu erhalten. Zu koppeln ist der Einsatz von Arbeit mit dem Einsatz von Kapital, wobei das Vorhandensein von *Geschäftsvermögen*, welches für die selbstständige Erwerbstätigkeit in der Regel typisch ist, vom Ertrag aus Privatvermögen klar auseinander gehalten werden muss.

Die eigentliche Krux der Beurteilung besteht darin, dass einheitliche und schematische Lösungen abgelehnt werden und die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen jeweils *unter Würdigung des gesamten Umstände des Einzelfalles* zu beurteilen ist (BGE 115 V 1 ff., BGE 119 V 161 ff.), weshalb die einzelnen Begriffsbestandteile nachfolgend weiter zu zerlegen sind. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin ein AHV-eigener Begriff ist und nicht identisch ist mit dem Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsvertragsrecht (Art. 319 ff. OR) oder im Arbeitsgesetz. Von wesentlicher Bedeutung ist nach der Rechtsprechung neben der Leistung von Arbeit mit dem Einsatz von Kapital, ob ein Subunternehmer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. *arbeitsorganisatorischer Hinsicht* abhängig ist und ein *Unternehmerrisiko* trägt. Bei der Abhängigkeit in arbeitsorganisatorischer Hinsicht sind dabei insbesondere *drei Kriterien* von der Rechtsprechung herangezogen worden, nämlich

- die *Weisungsbefugnis* des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsergebnis, Verhalten am Arbeitsort im Sinne einer Unterordnung, soweit diese notwendig ist (vgl. Art. 321d OR). Ein solches Weisungsrecht fehlt gegenüber selbstständig erwerbenden Personen weitgehend, kein Unterordnungsverhältnis ist darin zu sehen, wenn einer Person Angaben gemacht werden hinsichtlich der Art des zu erreichenden Arbeitsergebnisses oder bezüglich des Zeitpunktes, in welchem das Ergebnis der Arbeit fertig sein soll;
- Arbeit auf Rechnung und im Namen der anderen Person;
- Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung: Die Arbeitnehmer können in der

Regel die Erledigung ihrer Arbeit nicht auf Dritte übertragen.

Ferner kommt es entscheidend auf die Tragung des *Unternehmerrisikos* an: Das Unternehmerrisiko kann umschrieben werden (vgl. statt aller Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1994, S. 137) als Gefahr, die eine Person eingeht, wenn sie als Folge möglicher beruflicher Fehleinschätzungen oder von möglichem beruflichen Fehlverhalten in der Zukunft mit wirtschaftlichen Substanzverlusten (= Verminderungen des Geschäftsvermögens) rechnen muss.

Das Unternehmerrisiko äussert sich dabei vor allem in folgenden Elementen:

- *Investitionen*: Die Anschaffung von Arbeitsgeräten, Produktionsanlagen oder sonstigem Umlaufvermögen oder Anlagevermögen verlangt den Einsatz von fremdem oder eigenem Kapital. Erhebliche Investitionen sind ein gewichtiges Indiz für ein vorhandenes Unternehmerrisiko.
- *Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung*: Wer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt, hat auch die finanziellen Folgen auf sich zu nehmen, welche sich aus einem Fehlverhalten ergeben können.
- *Beschäftigung von Personal*: Die Anstellung von Personal ist mit bedeutenden finanziellen Aufwendungen verbunden, welche bei ungünstiger Ertragslage nicht ohne weiteres vermindert werden können.
- *Eigene Geschäftsräumlichkeiten*: Auch eigene Geschäftsräumlichkeiten sind mit Aufwendungen verbunden, welche bei veränderter Auftragslage nicht oder doch nicht sofort vermindert werden können und durchaus geeignet sind, zu Substanzverlusten zu führen.

Allein eine kurze Auflistung dieser Faktoren genügt, um aufzuzeigen, dass immer Gründe gegen die Annahme einer Selbstständigkeit vorliegen können. Dabei können diese Gründe allerdings durch weitere Vorkehrungen relativiert werden: *Einerseits* ist in jedem Fall zu empfehlen, eine Einzelunternehmung in das Handelsregister einzutragen, damit der entsprechende Handelsregisterauszug der AHV-Anmeldung beigelegt werden kann.

Anderseits ist zu überlegen, ob nicht eine Personengesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) gegründet werden sollte, mit eigener Buchhaltung, eigener Organisation, aber auch eigenen organisatorischen Vorkehrungen, so dass die AHV-Stelle in der Regel nicht darum herumkommt, eine Selbstständigkeit zu behaupten.

Zweiter Hemmschuh: Trotz Selbstständigkeit anwendbares Arbeitsrecht?

Da mehrere zwingende arbeitsvertragliche Normen bestehen, stellt sich regelmässig die Frage, wie Einzelarbeitsverträge von Verträgen zur selbstständigen Dienstleistungs- oder Handelserbringung abgegrenzt werden können. Eine Abgrenzung erfolgt grundsätzlich unter den vier Kriterien Arbeitsleistung (im Gegensatz zum Arbeitserfolg), Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (im Dienst), dem Dauerschuldverhältnis (auf Zeit) und dem Entgelt (Lohn, vgl. dazu etwa Reh binder, Berner Kommentar, Bern 1985, N. 42 zu Art. 319 OR). Die Lehre weist darauf hin, dass für die Abgrenzung des Einzelarbeitsvertrages gegenüber dem Auftrag vor allem die Begriffsmerkmale der *Abhängigkeit* und der *Unterordnung* primär entscheidend sind. Während der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich und meistens auch betrieblich abhängig, seiner Kontrolle unterstellt und ihm rechtlich untergeordnet ist, steht dem Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten bloss das Weisungsrecht (im Sinne von Art. 397 OR) zu. Die Bemessung der *Entschädigung* nach längerer Zeiteinheit (Woche, Monat), während welcher die Arbeit geleistet worden ist, spricht eher für das Bestehen eines Einzelarbeitsvertrages, die stundenweise Entlohnung oder auch ein Entgelt nach Arbeitsergebnis eher für den Auftrag. *Ausschliessliche Tätigkeit* für einen einzigen „Arbeitgeber“ spricht eher für ein Arbeitsverhältnis, Tätigkeit für eine Vielzahl von „Arbeitgebern“ eher für Auftrag. Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung die teilweise Entlohnung auf Provisionsbasis nicht gegen ein Arbeitsverhältnis spricht, vor allem wenn eine Anstellung (im konkreten Fall eines kaufmännischen Direktors) auf Zeit und auch ein Unterordnungsverhältnis besteht (vgl. BGE 90 II 483 ff.). Aus der Rechtsprechung ist auch etwa der Fall einer Bürolistin bekannt geworden, welche

sämtliche anfallenden Büroarbeiten vorwiegend in den Betriebsräumlichkeiten und teilweise nach Weisungen erledigt, so dass ein Einzelarbeitsvertrag angenommen wurde, obwohl der Arbeitnehmerin freigestellt wurde, wann sie ihre Arbeit erledigen wollte (vgl. JAR 1981, S. 219 ff.). *Weitere Indizien* für das Vorliegen eines einfachen

Auftrages sind die Stellung von Werkzeugen und Material und die Versicherung der Risiken durch den Beauftragten selbst. *Zusammenfassend* weist die Lehre darauf hin, dass sich die *rechtliche Unterordnung* darin zeigt, dass der Arbeitnehmer nicht mehr als Risiko tragender Unternehmer unmittelbar am Marktgeschehen teilnimmt, sondern die Verwertung seiner Leistung gegen die Gewährung einer Einkommenssicherung einem anderen überlässt, der den Absatz der Leistungen an das Publikum übernimmt und dem deshalb der Unternehmergewinn zufällt. Die Weisungsgewalt des Arbeitgebers nimmt dem Arbeitnehmer die eigene kaufmännische Dispositionsbefugnis über seine Leistung. Deshalb muss der Arbeitgeber das Unternehmerrisiko tragen (vgl. Reh binder, Berner Kommentar, Bern 1985, N. 64 zu Art. 319 OR). Bei Verträgen auf selbstständige Dienstleistungen dürfen Weisungen nicht ein derartiges Ausmass annehmen, dass dem Dienstleistenden die *selbstständige kaufmännische Dispositionsbefugnis* genommen wird, ansonsten liegt Arbeitsvertrag (und damit Arbeitnehmerschutzrecht) vor. Reh binder spricht dabei von „arbeitnehmerähnlichen Personen“, welche vor allem durch folgende Elemente charakterisiert werden können:

- Tätig werden auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages;
- fehlende Arbeitnehmereigenschaft: Fehlende Eingliederung des Betreffenden in die Arbeitsorganisation seines Auftraggebers, das Mass der persönlichen Abhängigkeit ist nicht derart ausgeprägt, dass wirtschaftlich ein Einzelarbeitsvertrag anzunehmen ist;
- Pflicht zu persönlicher Arbeitsleistung;
- wirtschaftliche Abhängigkeit als Korrelat zur persönlichen Abhängigkeit beim Arbeitsvertrag.

Die Hauptmerkmale der wirtschaftlichen Abhängigkeit sind:

- Verzicht auf eigene unternehmerische Tätigkeit (Fremdbestimmung der Arbeitsleistung), welche sich dadurch äussert, dass der Betreffende sich nicht mehr frei im Markt bewegen kann, dass ihm vorgeschrieben wird, wo, wann und wie er zu erfüllen hat und dass er die Höhe seines materiellen und persönlichen Einsatzes nicht selbst bestimmen kann;
- ungünstige Verdienstreueation im Falle mehrerer Erwerbsquellen;
- als Hilfsmerkmale das Fehlen eines Unternehmerrisiko, das periodische und gleich bleibende Entgelt, sowie Konkurrenzverbote und Vertragsstrafklauseln.

Unklare Rechtslage

Die Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen ist im schweizerischen Recht bisher praktisch ungeklärt (so Rehbindler, N. 70 zu Art. 319 OR). Rehbindler hält dafür, dass mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitsverträge vorliegen, sondern arbeitnehmerähnliche Personen grundsätzlich *dem Agenturvertragsrecht zu unterstellen* sind. Allein manche Gerichte wollen den Schutz des Arbeitnehmerrechts viel weiter ausdehnen und unterstellen häufig auch unternehmerähnliche Arbeitnehmer dem Arbeitsvertragsrecht, was zu den angesprochenen Problemen führt.

Zusammenfassend ist bei der Ausgliederung von Arbeit auf freie Mitarbeiter grösste Vorsicht am Platze, ansonsten sich die gewollten Auftraggeber in der Rolle des AHV-abrechnungspflichtigen und mit Arbeitnehmerschutzrecht belasteten Arbeitgebers wiederfinden.

Stand: Dezember 2000

© by Schwegler Fasel & Partner, Nr. 126122005