

# Kostengünstige und rasche Erledigung bei Engpässen

Freelancing ist eine flexible Arbeitsform, die sowohl dem Freelancer selber als auch dem Unternehmen, das ihn anstellt, Vorteile bietet. Externe Dienstleistungserbringer anzustellen bedeutet jedoch auch, die richtigen vertraglichen Bedingungen für die involvierten Parteien zu finden, damit in einem Streitfall klar ist, was gilt.

**Flexible Arbeitsformen wie etwa das Freelancing** liegen in der Schweizer Arbeitswelt in einem stark zunehmendem Trend. Sowohl die Unternehmen als auch die Arbeitstätigen zeigen ein wachsendes Interesse an Flexibilität und Selbständigkeit: Auf diese Weise können beispielsweise gelegentliche Auftragsspitzen statt durch fest angestellte Arbeitnehmer kostengünstiger und rascher durch Freelancer bewältigt werden. Die Freelancer ihrerseits führen geänderte Rollenverteilungen innerhalb der Familie, die Vorstellung einer freieren Lebensgestaltung sowie grössere persönliche und wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten als Argumente ins Feld für den Entscheid, eine Freelancing-Tätigkeit aufzunehmen.

Die Abkehr aus dem Arbeitsverhältnis findet in der Praxis vor allem dann statt, wenn die Parteien eine soziale Absicherung nicht für nötig erachten. Umgekehrt sind es vorwiegend steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Motive, die zu einer Rückkehr in das Arbeitsverhältnis führen wie etwa das Scheitern einer beruflichen Selbständigkeit.

Die Tendenz, Tätigkeiten, die bis anhin durch die eigenen Arbeitnehmenden ausgeübt wurden, an externe Dienstleistungserbringer abzugeben, führt zur Entstehung eines bunten Strausses an neuen vertraglichen Beziehungen zwischen den involvierten Parteien. Dabei stellt sich je nach Ausgestaltung die Frage, welcher Vertragstypus dem Freelancing zugrunde liegt und damit welche Bestimmungen des Vertragsrechts in einem Streitfall Anwendung finden.

**Die Tätigkeit des Freelancers** unterliegt in der typischen vertraglichen Ausgestaltung den Bestimmungen des Werkvertragsrechts (OR 363 ff.), wenn der Freelancer dem Unternehmen gegenüber ein bestimmtes Resultat («Werk») schuldet, oder den Bestimmungen des Auftragsrechts (OR 394 ff.), wenn sich der Vertragsinhalt in der Besorgung eines bestimmten Geschäfts erschöpft. Die Bestimmungen des Arbeitsrechts (OR 319 ff.) hingegen werden in der Praxis von den involvierten Parteien oft bewusst oder unbewusst ausgeklammert. Der Abschluss eines Arbeitsvertrages entfällt. Der Arbeitgeber definiert nicht – wie dies im klassischen Arbeitsverhältnis der Fall ist – den Inhalt der Arbeit und erlässt entsprechend auch keine Weisungen. Der Freelancer ist nicht in die Arbeitsorganisation des Unternehmens integriert. Es mangelt damit



Foto: Markus Steirli

Freelancer garantieren Flexibilität im Arbeitsablauf.

am Kriterium der Subordination. Die Arbeit soll vielmehr möglichst selbständig und vorwiegend zielorientiert erledigt werden.

Mit dem Aufkommen der flexiblen Arbeitsformen hat sich eine eigentliche Grauzone gebildet, die eine klare Unterscheidung der unselbständigen von der selbständigen Tätigkeit verunmöglicht. Das «Hire and Fire»-Prinzip wird salonfähig gemacht, indem bisherige Lohnarbeiten zu Werkvertrags- oder Auftragsleistungen umgestaltet werden und so das Unternehmen in den Genuss der entsprechenden Bestimmungen (OR 377 bzw. 404) kommt. Diese Bestimmungen sehen die Möglichkeit vor, eine Zusammenarbeit jederzeit und mit sofortiger Wirkung zu beenden. Der Freelancer kann in diesem Fall lediglich Ersatz für die bisher geleistete Tätigkeit sowie Schadenersatz verlangen. Einen Anspruch auf Wiederaufnahme seiner Tätigkeit kann er aber nicht geltend machen. Er ist damit dem Unternehmen weitgehend schutzlos ausgeliefert.

**Der Dienstleistungsvertrag zwischen dem Freelancer und dem Unternehmen** kommt bereits durch mündliche Übereinkunft zustande. Was den Vertragsinhalt betrifft, sollte dieser mit Vorteil mindestens folgende Punkte beinhalten:

- Bezeichnung des Vertrages als Freelancing-Vertrag

- Bezeichnung der involvierten Parteien (bzw. von weiteren Personen, die vom Freelancer eventuell beigezogen werden)
- detaillierte Bezeichnung der zu erbringenden Dienstleistung
- Angabe der Dauer des Vertragsverhältnisses
- Angabe der dem Vertrag zugrunde liegenden Bestimmungen: im Regelfall Werkvertragsrecht (OR 363 ff.) oder Auftragsrecht (OR 394 ff.)
- Angabe des Einsatzortes des Freelancers (möglichst ausserhalb des Unternehmens)
- genaue Umschreibung der Rechenschaftsablegungspflicht des Freelancers
- detaillierte Regelung der Entschädigung des Freelancers inklusive Spesen und Zahlungsmodalitäten
- Angabe des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstandes

**Scheinselbständigkeit** ist eine verbreitete problematische Erscheinung im Zusammenhang mit dem Freelancing. Ein Arbeitsverhältnis wird mit dem Schein der Selbständigkeit umgeben, obschon eigentlich die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen eines Einzelarbeitsvertrages (gemäss OR 319 ff.) erfüllt wären: Sowohl die betriebliche als auch die persönliche Subordination liegt vor, was an sich für eine klare Bejahung des Arbeitnehmerstatus spricht. Das Schweizer Arbeitsrecht beinhaltet aber eine ganze Reihe von zwingenden Bestimmungen, die vornehmlich der Erhaltung der Vertragsgerechtigkeit und dem Schutz beider Parteien dienen sollen. Deshalb sollten im Falle einer Scheinselbständigkeit diese Bestimmungen auch unmittelbar zur Anwendung gebracht werden. Daraus resultieren aber insbesondere für den Arbeitgeber gewichtige Risiken finanzieller Natur, die nur schwer kalkulierbar sind. Denn das Unternehmen gilt nicht mehr als Auftraggeber, sondern vielmehr als Arbeitgeber mit der Konsequenz, dass es für den Freelancer als Arbeitnehmer die Sozialversicherungsbeiträge im gesetzlich geforderten Umfang übernehmen muss und darüber hinaus diesen im obligatorischen Bereich gegen die Folgen von Unfall und Krankheit versichern beziehungsweise gemäss BVG in eine Vorsorgeeinrichtung mit entsprechenden Kostenfolgen aufnehmen muss. Mit Vorteil sollten deshalb Unternehmen, die Dienstleistungen von Freelancern beanspruchen, sicherstellen, dass sie zusätzlich zum vorstehend beschriebenen Vertragsinhalt im Vertrag eine Klausel integrieren. In dieser Klausel sollte stehen, dass der Freelancer von sich aus einen Versicherungsschutz für die Folgen von Krankheit und Unfall sicherstellt und insbesondere seiner sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht nachkommt. Zudem sollte der Freelancer dem Unternehmen vor der Dienstleistungserbringung eine Bestätigung der zuständigen Ausgleichskasse über die Anerkennung als Selbständig-erwerbender aushändigen. *José Sanchez*



## Der Autor

Lic. iur. **José Sanchez** verfügt über ein fundiertes Fachwissen und eine langjährige Beratungserfahrung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Er leitet die Rechtsberatung der Sgier und Partner GmbH. Zudem ist er Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Fachhochschule des Kantons Aargau. **Kontakt:** jose.sanchez@sgierpartner.ch