



## Liebe Leserin, lieber Leser

Noch sind sie eher die Ausnahme als die Regel. Doch immer mehr Firmen entdecken sie für sich. Die Rede ist von **Freelancern**, oder auf gut deutsch: freie Mitarbeitende. Aber Achtung: Nur, weil ein Arbeitgeber einen Freelancer-Vertrag mit einem freien Mitarbeitenden abschliesst, heisst dies noch lange nicht, dass auch ein Freelancer-Verhältnis vorliegt, wie Harry Nötzli im ersten Top-Thema erklärt.

Die **Entsendung von Arbeitnehmern vom Ausland in die Schweiz** hat im Dienstleistungssektor und in der Montage eine grosse Bedeutung. Im zweiten Top-Thema beleuchtet Stefan Eichenberger die wichtigsten Regeln und rechtlichen Abkommen zwischen der Schweiz und den EU-/EFTA-Staaten. Zudem finden Sie aufschlussreiche **Gerichtsentseide** zu den beiden Top-Themen und zur Frage, wann eine länger andauernde Krankheit ins Arbeitszeugnis gehört.

Herzlichst Ihr

Mathias Liechti, Redaktor

### IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema –  
Freelancer Seite 1
- Praxisfälle –  
Freelancer Seite 3
- Gerichtsentseide –  
Freelancer Seite 4
- Gerichtsentseide –  
Krankheit und Arbeitszeugnis Seite 6
- Top-Thema –  
Entsendung Seite 7
- Gerichtsentseide –  
Entsendung Seite 10
- Arbeitshilfe –  
Befristeter Freelancer-Vertrag Seite 12

## Freelancer oder doch Arbeitnehmer?

Freelancer oder freie Mitarbeitende geniessen grössere Freiheiten in der Arbeitsgestaltung als Arbeitnehmer, verzichten aber im Gegenzug auf viele Sicherheiten. Sie werden oft für einzelne Aufgaben, z.B. für bestimmte Projekte, eingesetzt. Eine eigene gesetzliche Regelung für «Freelancer-Verträge» existiert nicht, was zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen kann.

### ■ Von Harry Nötzli

Freelancer sind der Idee nach selbständige Arbeitskräfte (oftmals entlarven sich Freelancer de facto als Arbeitnehmer), die Aufträge selbständig und auf eigene Rechnung ausführen, ohne dabei Arbeitnehmer des Auftraggebers zu sein. Sie sind also als Unternehmer tätig und haben sich dementsprechend auch selber um ihre Sozialversicherungen zu kümmern.

### Vor- und Nachteile des Freelancer-Einsatzes

Die Vorteile sind klar: Der Freelancer teilt sich die Arbeitszeit frei ein und entscheidet nicht nur wann, sondern auch wo und für wen er arbeitet. Er geniesst eine grosse Unabhängigkeit und erzielt häufig höhere Honorare als Arbeitnehmer mit vergleichbaren Aufgaben.

Nachteilig ist das im Vergleich zu einem Arbeitnehmer höhere finanzielle Risiko, das ein Freelancer oder freier Mitarbeitender eingeht. Als Selbständigerwerbender ist er nur bei der AHV/IV/EO versichert. Gegen Arbeitslosigkeit ist er dagegen nicht versichert. Bleiben die Aufträge aus, erzielt er auch kein Honorar. Gegen die Folgen von Krankheit und Unfall muss er sich ebenfalls selber versichern und dementsprechend auch die Prämien selber entrichten. Der Anschluss an eine 2. Säule ist dem Freelancer meist verwehrt. Er muss seine Altersvorsorge über die Säule 3a (gebundene Vorsorge) oder 3b (freie Vorsorge) aufbauen. Als Selbständigerwerbender untersteht er nicht dem Arbeitsgesetz und dessen Schutzvorschriften (Höchstarbeitszeit, tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, Pausen etc.).



Ob ein Freelancer-Vertrag als Arbeitsvertrag oder als Auftrag zu qualifizieren ist, wird einzelfallbezogen und unter Würdigung der gesamten Umstände beurteilt.

### Auftrag oder Arbeitsvertrag?

Freelancer-Verträge werden von den Parteien (dem Auftraggeber und dem Freelancer) meist als Aufträge konzipiert, auch als solche bezeichnet und explizit dem Recht des Auftrags unterstellt. Entscheidend ist allerdings nicht die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien, sondern die tatsächliche Ausgestaltung (Art. 18 OR). Falls also zwei Parteien ihren Vertrag als Auftrag bezeichnen und sich im Vertragstext Auftraggeber und Auftragnehmer nennen, kann es sich inhaltlich dennoch um einen Arbeitsvertrag handeln, auch wenn die Parteien dies gerade verhindern wollten. Dementsprechend gelangen auch die gesetzlichen Regelungen des Arbeitsvertrags (Art. 319 ff. OR) zur Anwendung, und aus dem selbständigen Beauftragten wird (ungewollt) ein unselbständiger Arbeitnehmer.

Ob die Tätigkeit als Freelancer eine selbständige Tätigkeit als Auftragnehmer oder eine unselbständige Tätigkeit als Arbeitnehmer vorliegt, beurteilt sich insbesondere danach, ob ein Subordinationsverhältnis gegeben ist

(spricht für unselbständigen Arbeitnehmer) und ob der Freelancer ein unternehmerisches Risiko trägt (spricht für selbständigen Auftragnehmer).

Subordination bedeutet, dass der Freelancer dem Auftraggeber *untergeordnet* ist. Er steht dem Auftraggeber nicht auf Augenhöhe, nicht als *Partner*, gegenüber, sondern ist weisungsgebunden. Er hat also z.B. Weisungen betreffend Arbeitsplanung, Ort und Zeit der Arbeitsleistung und die Art der Arbeitsausführung zu beachten. Er hat die Arbeit in aller Regel persönlich zu erledigen, ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden (arbeitet also zum Beispiel in den Büroräumlichkeiten des Auftraggebers) und untersteht einer umfassenden Rechenschafts- und Herausgabepflicht.

Der Freelancer trägt dann ein unternehmerisches Risiko, wenn er erhebliche Investitionen tätigt, z.B. durch das Einbringen von Eigenmitteln oder Anschaffungen für die Betriebsorganisation, wenn er über eige-

ne Geschäftsräumlichkeiten verfügt, wenn er eigenes Personal anstellt, wenn er ein Verlustrisiko trägt etc. Wenn der Freelancer dagegen neben seiner Arbeitsleistung keine weiteren Leistungen von erheblichem Umfang erbringen muss (also z.B. seine Arbeit nicht im eigenen Büro, sondern beim Auftragnehmer erledigt, kein Verlustrisiko und kein Inkasso- und Debitorenrisiko trägt), spricht dies für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags. Wenn der Freelancer beispielsweise lediglich einen eigenen Laptop finanziert, kann noch nicht von unternehmerischem Risiko gesprochen werden.

### Einzelfallbezogene Beurteilung und Scheinselbständigkeit

Ob der Freelancer-Vertrag als Arbeitsvertrag bzw. eine unselbständige Tätigkeit oder als Auftrag bzw. eine selbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist, wird einzelfallbezogen und unter Würdigung der gesamten Umstände beurteilt. Es findet eine Abwägung der einzelnen Kriterien gegeneinander ab. So ist es denkbar, dass im konkreten Fall die Kriterien zur Be-



urteilung des Subordinationsverhältnisses zu keinem eindeutigen Resultat führen und erst die Beantwortung der Frage, ob der Freelancer ein wirtschaftliches Risiko trägt, Klarheit schafft. Umgekehrt kann aber auch das Mass der Weisungsgebundenheit entscheidend sein, wenn der Freelancer z.B. kleinere Investitionen selber tätig, aber dennoch stark weisungsgebunden ist, was für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen würde.

Treten gleichzeitig Merkmale der selbständigen und der unselbständigen Erwerbstätigkeit zutage, spricht man von Scheinselbständigkeit. Der Entscheid, welchen Status die betreffende Person hat, richtet sich in diesem Fall danach, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen. Ausschlaggebend für die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses ist oftmals, dass der Scheinselbständige nicht nur Weisungsempfänger, sondern auch wirtschaftlich betrachtet vom Auftraggeber abhängig ist, weil er praktisch nur für ihn arbeitet. Arbeitet er dagegen für verschiedene Auftraggeber, spricht dies wiederum für das Vorliegen eines Auftrags und damit für selbständige Tätigkeit.

## Folgen der Beurteilung des Freelancer-Vertrags als Arbeitsvertrag

Wird der Freelancer-Vertrag von der AHV als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert, führt dies dazu, dass das vom Freelancer vereinnahmte Honorar wie Lohn betrachtet wird. Dementsprechend sind auf diesem Honorar die entsprechenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerabzüge vorzunehmen und der Ausgleichskasse abzuliefern. Weil gegenüber der AHV der Arbeitgeber (also der vermeintliche Auftraggeber) abrechnungspflichtig und damit Schuldner der Beiträge ist, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmerbeitrag beim Freelancer einfordern. Der Arbeitgeber trägt damit ein Delkreder-Risiko. Die anderen Sozialversicherungszweige (insbesondere die berufliche Vorsorge) weichen grundsätzlich von der Festlegung des AHV-Statuts nicht ab, sofern der Entscheid nicht offensichtlich ist.

Die (nachträgliche) Qualifikation des Freelancer-Vertrags als Arbeitsvertrag kann auch dazu führen, dass der vermeintliche Beauftragte (de facto Arbeitnehmer) Ansprüche auf Ferienlohnzahlungen, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall etc. stellt.

## Nützliche Formulierungen im Freelancer-Vertrag

Um zu verhindern, dass ein Freelancer-Vertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert wird bzw. um die entsprechenden Risiken (Nachzahlung von AHV) zu reduzieren, finden sich häufig spezifische Klauseln in den entsprechenden Verträgen. So wird z.B. oftmals explizit festgehalten, dass der Beauftragte für den Auftraggeber als freier Mitarbeiter tätig ist und rechtlich als selbständig erwerbend gilt und dass er nicht in die Arbeitsorganisation der Firma eingegliedert ist. Häufig anzutreffen ist auch die Formulierung, dass der Beauftragte als Selbständigerwerbender die Sozialversicherungsbeiträge selbständig abrechnet und dass eine schriftliche Anerkennung der Selbständigkeit des Beauftragten durch die AHV vorliegt. Eine solche Bestätigung ist sinnvoll. Sie bezieht sich allerdings nur auf Arbeiten, die der Beauftragte als Direktauftrag erfüllt. Wenn der Beauftragte einer Firma lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, der Auftrag des Kunden aber im Namen und auf Rechnung dieser Firma ausgeführt wird, wird dies von der AHV wiederum als unselbständige Tätigkeit beurteilt.

## Gelten auch für Freelancer Höchstleistungszeiten?

Rechtssichere Antworten auf die wichtigsten Praxisfragen zu Freelancern und freien Mitarbeitenden.

### ■ Von Harry Nötzli

**Frage:** Ist der Freelancer-Vertrag gesetzlich geregelt?

**Antwort:** Nein, es existiert keine explizite gesetzliche Regelung für den Freelancer-Vertrag. Dieser erweist sich meist als Arbeitsvertrag oder als Auftrag.

**Frage:** Muss der Freelancer Höchstleistungszeiten beachten?

**Antwort:** Wenn es sich beim Freelancer um einen Selbständigerwerbenden handelt, untersteht er nicht dem Arbeitsgesetz. Dementsprechend sind auch keine Höchstleistungszeiten zu beachten. Handelt es sich beim

Freelancer dagegen um einen Arbeitnehmer, untersteht er dem Arbeitsgesetz.

**Frage:** Hat der Freelancer Anspruch auf einen Mindestlohn?

**Antwort:** Wenn es sich beim Freelancer um einen Selbständigerwerbenden handelt, besteht kein Anspruch auf einen Mindestlohn. Der Freelancer erhält keinen Lohn, sondern ein Honorar. Handelt es sich beim Freelancer um einen Arbeitnehmer, ist grundsätzlich ebenfalls kein Mindestlohn zu beachten, ausser ein Gesamtarbeitsvertrag oder ein Normalarbeitsvertrag würde einen solchen

vorsehen. Es gibt in der Schweiz nach wie vor keinen gesetzlichen Mindestlohn (abgesehen von gewissen kantonalen Mindestlöhnen, z.B. im Kanton Neuenburg oder Jura).

**Frage:** Ist der Freelancer gegen Arbeitslosigkeit und Unfall versichert?

**Antwort:** Wenn es sich beim Freelancer um einen Selbständigerwerbenden handelt, ist er nur im Rahmen der AHV/EO/IV versichert. Der Freelancer muss sich gegen die Folgen von Unfall und Krankheit selber versichern (der Unfall mag über seine private Krankenversicherung abgedeckt sein; Unfalltaggelder oder Krankentaggelder richtet diese aber nicht aus).



### AUTOR

**Dr. Harry Nötzli** ist Partner der Anwaltskanzlei *Zuerich Law Rechtsanwälte*. Er ist Fachanwalt SAV Arbeitsrecht.