



## Wenn Freelancer zu Mitarbeitenden werden

Freelancer bieten Unternehmen willkommene Flexibilität. Ob jemand als angestellt oder selbstständig gilt, wird jedoch unabhängig von der Bezeichnung im Vertrag im Einzelfall durch die Behörden festgelegt. Wird ein Freelancer im Nachhinein zu einem Arbeitnehmer umqualifiziert, kann dies erhebliche administrative und finanzielle Folgen für das Unternehmen und auch für dessen Organe haben.

■ Von Florian Kambor



### Freelancer-Begriff und Scheinselbstständigkeit

Die Zusammenarbeit mit Freelancern ist für viele Unternehmen attraktiv. Dadurch können sie flexibler auf erhöhte Arbeitslasten reagieren, ohne den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Normen unterworfen zu sein.

Der Begriff des Freelancers ist rechtlich nicht definiert. Üblicherweise versteht man darunter «freie Mitarbeitende», die auf eigene Rechnung arbeiten und im sozialversicherungsrechtlichen Sinn als **selbstständig Erwerbende** gelten und ein Honorar beziehen (dies im Gegensatz zu Arbeitnehmenden, die rechtlich als **unselbstständig Erwerbende** qualifizieren und einen Lohn erhalten).

Unternehmen verkennen jedoch häufig beim Abschluss von Verträgen mit Freelancern, dass sich die Frage, ob eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit

vorliegt, nicht von der Vertragsbezeichnung oder vom Parteiwillen abhängt, sondern ausschliesslich auf die gelebten wirtschaftlichen Gegebenheiten abgestellt wird. Die Bezeichnung eines Vertrags als «Auftrag», «Consulting Agreement» oder «Freelancingvertrag» hat für die rechtliche Qualifikation also nur begrenzte Aussagekraft.

In einer solchen Konstellation, in der eine Person auf der Grundlage eines Vertrags, der formell kein Arbeitsvertrag ist (z.B. eines Auftrags- oder Werkvertrags), persönliche Arbeitsleistung erbringt und von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig ist, spricht man von **Scheinselbstständigkeit** (oder auch unechter Selbstständigkeit). In materieller Hinsicht liegt dabei ein Arbeitsverhältnis vor, obwohl die Parteien dies nicht beabsichtigt und den Vertrag nicht als solchen bezeichnet haben.

Im Einzelfall ist anhand verschiedener Merkmale zu prüfen, ob eine Person tatsächlich

selbstständig ist oder sich in einer Situation der Scheinselbstständigkeit befindet.

### Kriterien zur Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit

Ob eine Tätigkeit als selbstständig oder unselbstständig gilt, hängt in erster Linie davon ab, ob die erwerbstätige Person ein eigenes wirtschaftliches Risiko trägt und nach aussen hin unternehmerisch am Markt auftritt. Für eine selbstständige Erwerbstätigkeit sprechen insbesondere Investitionen in eigene Betriebsmittel, das Tragen von Unkosten, Inkasso- und Delkredererisiko, ein eigener Kundenstamm sowie die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber. Auch eigene Geschäftsräumlichkeiten oder der Einsatz von Personal sind typischerweise Ausdruck einer unabhängigen Organisation.

Fehlt ein eigenes Geschäftsmodell oder bestehen wesentliche strukturelle Abhängigkeiten von der Auftraggeberin, spricht dies gegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit.<sup>1</sup>

### Weisungsgebundenheit als Kernkriterium

Das wesentliche Element, das für das Vorliegen einer unselbstständigen Tätigkeit spricht, ist die **Weisungsgebundenheit** als Ausdruck des arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnisses. Diese liegt vor, wenn die Auftraggeberin Vorgaben zur Ausführung der Arbeit macht, Arbeitszeiten festlegt oder eine regelmässige Präsenzpflicht verlangt. Die Rechtsprechung misst der Weisungsgebundenheit eine zentrale Bedeutung bei.<sup>2</sup> Sie kann sich aus schriftlichen Vereinbarungen ergeben, aber auch aus der tatsächlichen Umsetzung der Zusammenarbeit. Für ein Arbeitsverhältnis spricht, wenn eine Person in bestehende Arbeitsabläufe eingebunden wird, interne Tools nutzt, an Teamsitzungen teilnimmt, regelmässig Rapport erstattet oder sich eng an betriebliche Prozesse halten muss. Ein weiteres Indiz für Unselbstständigkeit liegt vor, wenn die gleiche Tätigkeit im Unternehmen typischerweise von angestellten Mitarbeitenden ausgeführt wird.

Diese Eingliederung kann schleichend entstehen, etwa wenn eine Freelancerin zunächst für ein zeitlich befristetes Projekt engagiert wird, im Laufe der Zusammenarbeit jedoch



zunehmend wie eine interne Mitarbeitende eingesetzt wird. Auch eine ausschliessliche Tätigkeit für dieselbe Auftraggeberin, das Fehlen eigener Kundschaft oder die Übernahme von Aufgaben, die typischerweise durch Angestellte erbracht werden, können stark gegen Selbstständigkeit sprechen.

## Beurteilung im Einzelfall

Die rechtliche Einordnung erfolgt immer anhand einer Gesamtwürdigung. In der Praxis zeigen viele Tätigkeiten Merkmale beider Erwerbsarten, weshalb eine klare Zuordnung oft nicht möglich ist. Besonders bei hoch qualifizierten Dienstleistungen entstehen Grauzonen, in denen die Abgrenzung besonders schwierig ist. Entscheidend ist daher, welche Merkmale im konkreten Fall überwiegen.<sup>3</sup>

Massgeblich bleibt die tatsächlich gelebte Zusammenarbeit. Die Vertragsbezeichnung oder der erklärte Wille der Parteien hat nur indizielle Bedeutung. Auch ein formal korrekt ausgestalteter Auftragsvertrag schützt nicht davor, dass die Tätigkeit als unselbstständig eingestuft wird, wenn der Arbeitsalltag faktisch einem Arbeitsverhältnis entspricht.

Ergibt die Prüfung der effektiven Rechte und Pflichten, dass die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses überwiegen, wird das Verhältnis umqualifiziert. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn beide Parteien ursprünglich von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen sind.



## Konsequenzen der Scheinselbstständigkeit für Unternehmen Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen

Mit der Umqualifikation des Honorars zu Lohn kann bei der Arbeitgeberin (bzw. der vermeintlichen Auftraggeberin) ein erheblicher finanzieller und administrativer Aufwand entstehen.

Als wichtigste Konsequenz müssen sämtliche Sozialversicherungen (AHV, ALV, UVG, KTG, BVG) und allenfalls auch Quellensteuern rückwirkend abgerechnet werden. Dabei ist für die Beiträge gegenüber den Sozialversicherungen grundsätzlich die Arbeitgeberin sowohl für die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmendenbeiträge Schuldnerin. Die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre (Art. 16 AHVG und Art. 41 Abs. 2 BVG). Bereits vom Freelancer als Selbstständigerwerbendem geleistete Beiträge werden angerechnet, decken jedoch häufig nur einen Teil der ausstehenden Beiträge.

Zwar haftet primär die Arbeitgeberin für sämtliche Sozialversicherungsbeiträge. Bleiben diese infolge eines Konkurses uneinbringlich, kann die Ausgleichskasse die verantwortlichen Organe gestützt auf Art. 52 AHVG persönlich in Anspruch nehmen. Die Haftung ist subsidiär und setzt absichtliches oder grob fahrlässiges Verhalten voraus. Nach Rechtsprechung ist die Nichtablieferung geschuldeter Beiträge in praktisch jedem Fall als mindestens grob fahrlässig zu qualifizieren, sodass faktisch eine Kausalhaftung der verantwortlichen Personen besteht.

## Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Neben den öffentlich-rechtlichen Folgen entstehen arbeitsrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmenden (vermeintlichen Auftragnehmenden). Wird ein Freelancer rückwirkend als Arbeitnehmer qualifiziert, hat er Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Überstunden- und Überzeitentschädigung sowie allenfalls Mindestlöhne, falls ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar ist. Zu-

### PRAXISBEISPIEL

#### IT-Freelancer



In der Praxis besonders häufig sind Fälle im Consulting- oder auch im IT-Bereich. Ein IT-Spezialist meldet sich als Selbstständigerwerbender an, trägt eine Einzelunternehmung ins Handelsregister ein und stellt monatliche Honorarnoten aus. Im Projektverlauf arbeitet er jedoch über Monate ausschliesslich für dieselbe Auftraggeberin, nutzt interne Systeme, übernimmt Support-Tickets und arbeitet nach klaren Vorgaben der Teamleitung. Präsenzzeiten werden faktisch erwartet, eigene Investitionen bleiben marginal, und das Unternehmen tritt allenfalls gegenüber Endkundschaft als Auftragnehmer auf.

Obwohl der Vertrag formal als Auftrag ausgestaltet wurde, zeigt das Gesamtbild eine faktische Eingliederung. In solchen Fällen stufen die Behörden die Person regelmässig als unselbstständig ein. Gerade in der (IT-)Projektarbeit führen klare betriebliche Strukturen und laufende Abstimmungen dazu, dass die Weisungsgebundenheit dominiert.



dem gilt das Arbeitsgesetz, insbesondere die zwingenden Arbeits- und Ruhezeitvorschriften. Des Weiteren hat ein Arbeitnehmender Anspruch auf mindestens vier Wochen bezahlte Ferien im Jahr. Arbeitsrechtliche Forderungen verjähren nach fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR), womit auch diese Ansprüche unter Umständen erheblich ins Gewicht fallen können.

Schliesslich sind bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Kündigungsschutzbestimmungen zu beachten. Insbesondere das dem Auftragsrecht inhärente jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 OR gelangt nicht zur Anwendung, sondern es sind die arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen gemäss Art. 335a ff. OR zu beachten. Auch wird die Kündigungsfrist allenfalls wegen einer Sperrfrist verlängert (zeitlicher Kündigungsschutz nach Art. 336c OR). Schliesslich könnte ein Gericht eine Kündigung allenfalls auch als missbräuchlich einstufen und eine entsprechende Strafzahlung von bis zu sechs Monatslöhnen zusprechen (sachlicher Kündigungsschutz nach Art. 336 ff. OR).

## Empfehlungen zur Risikominimierung

Unternehmen sind gut beraten, Freelancer-Einsätze sorgfältig vorzubereiten und kontinuierlich zu überprüfen sowie sich kritisch mit den einzelnen Merkmalen auseinanderzusetzen, die von den Sozialversicherungsbehörden und den Gerichten zur Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit herausgearbeitet wurden (siehe Checkliste).

Alsdann ist mittels organisatorischer Massnahmen sicherzustellen, dass die Zusammenarbeit tatsächlich selbstständig ausgestaltet ist. Dazu gehören die freie Zeiteinteilung, der Einsatz eigener Arbeitsmittel, die Möglichkeit der Stellvertretung und eine klare Trennung von internen Arbeitsabläufen.

Eine laufende Risikoanalyse ist unerlässlich, da selbst geringfügige Abweichungen in der Umsetzung dazu führen können, dass eine ursprünglich geplante selbstständige Tätigkeit als Arbeitsverhältnis eingestuft wird. Unternehmen sollten daher regelmässig überprüfen, ob sich der Charakter der Zusammenarbeit im Laufe der Zeit verändert hat.

Besonders bei längerfristigen Projekten oder bei wiederholten Einsätzen derselben Person besteht die Gefahr einer zunehmenden Eingliederung in die betrieblichen Strukturen.

Sollte kein eindeutiger Fall vorliegen, ist man als potenzielle Arbeitgeberin gut beraten, sich vorgängig eine Bescheinigung vom Dienstleister vorlegen zu lassen, dass er bei einer AHV-Ausgleichskasse als Selbstständigerwerbender anerkannt ist. Eine solche Bescheinigung bedeutet aber lediglich, dass die Person grundsätzlich selbstständig tätig ist und AHV-Beiträge abrechnet. Je nach Konstellation ist es aber auch in dieser Konstellation möglich, dass die Person aufgrund der konkreten Tätigkeit für das Unternehmen letztlich als unselbstständig erwerbend eingestuft wird. Standardmässig können zudem ein Handelsregisterauszug sowie eine Mehrwertsteuernummer verlangt werden.

Ebenso können Unternehmen erwägen, Honorare zunächst brutto auszuzahlen und Sozialversicherungsbeiträge zurückzubehalten, bis der Freelancer eine entsprechende AHV-Anschlussbestätigung als Selbstständigerwerbender vorgelegt hat.

Der Problematik der Scheinselbstständigkeit kann ferner damit begegnet werden, den Auftrag nicht an eine natürliche, sondern an eine juristische Person zu vergeben. Doch auch dies garantiert keinen Schutz vor einer Umqualifikation, insbesondere wenn es sich bei der juristischen Person um eine wirtschaftlich von einer einzigen Person abhängige Gesellschaft handelt (sog. Einmann-AG oder Einmann-GmbH). Das Bundesgericht hat einen Beratungsvertrag mit einer Einmann-AG, in welchem hauptsächlich die persönlichen Pflichten des Aktionärs und Geschäftsführers beschrieben wurden, aufgrund der konkreten Ausgestaltung als Arbeitsvertrag qualifiziert.<sup>4</sup>

Abschliessend raten wir generell dazu, sich im Zweifelsfall rechtlich beraten zu lassen, um Fälle von Scheinselbstständigkeit und die damit verbundenen potenziellen Folgen zu vermeiden. Auch bei den zuständigen Ausgleichskassen kann man erfahrungsgemäss auch niederschwellig nützliche Auskünfte erhalten. Jedoch besteht nach aktuellem Kenntnisstand leider keine Möglichkeit, von der Ausgleichskasse in Bezug auf ein konkretes

Vertragsverhältnis ein verbindliches «Ruling» einzuholen.

## Fazit

Freelancer bieten Flexibilität, bergen aber erhebliche Risiken, wenn die Zusammenarbeit nicht konsequent als selbstständige Tätigkeit ausgestaltet wird. Entscheidend ist stets die gelebte Realität. Unternehmen sollten daher regelmässig prüfen, ob ein Einsatz tatsächlich die Merkmale der Selbstständigkeit erfüllt.

## CHECKLISTE

### Merkmale Selbstständigkeit/Unselbstständigkeit

#### Merkmale Selbstständigkeit

- eigener Marktauftritt (Website, eigene Kontaktdaten)
- Tätigkeiten für verschiedene Auftraggeber (idealerweise mehr als deren drei)
- eigene Geschäftsräumlichkeiten und Betriebsmittel
- Tätigen von Investitionen
- Beschäftigen von Personal
- Rechnungsstellung im eigenen Namen und Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos
- freies Bestimmen von Art und Weise der Arbeitsbringung; keinen Weisungen unterworfen

#### Merkmale Unselbstständigkeit

- kein eigener Marktauftritt, ggf. persönliche E-Mail-Adresse des Unternehmens
- persönliche Arbeits- und Präsenzpflicht
- Subordinationsverhältnis/Weisungsgebundenheit
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Unternehmens / Zuweisung eines Arbeitsplatzes
- Bereitstellen von Arbeitsgeräten und Arbeitsmaterial durch das Unternehmen
- Handeln im fremden Namen und auf fremde Rechnung
- Vereinbarung arbeitsrechtsähnlicher Ansprüche wie Ferienentschädigung, Lohnfortzahlung bei Krankheit etc.
- periodische Entlohnung (Monatslohn)



## FUSSNOTEN

- 1 Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), N 1018 ff.
- 2 BGE 146 V 139, E. 6.6.2.
- 3 BGE 144 V 111, E. 4.2.
- 4 BGer 4A\_134/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.5.



## AUTOR

**Florian Kambor** ist Rechtsanwalt bei Rechtskraft Advokatur in Zürich. Sein Schwerpunkt liegt im Arbeits- und Gesellschaftsrecht; er ist beratend und prozessierend für Unternehmen und Privatpersonen tätig.