

## Echte oder nur scheinbare Selbständigkeit?



Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt  
Managing Associate  
+41 44 265 75 16; [usommer@wwp.ch](mailto:usommer@wwp.ch)



Karin Gygax, LL.M., Rechtsanwältin  
Senior Associate  
+41 44 265 76 30; [kgygax@wwp.ch](mailto:kgygax@wwp.ch)



Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt  
Counsel  
+41 44 265 76 50; [dstaffelbach@wwp.ch](mailto:dstaffelbach@wwp.ch)

**Viele Unternehmen decken ihren durch den wirtschaftlichen Aufschwung bedingten zusätzlichen Bedarf an Fachkräften (bspw. im IT-Bereich) durch den Beizug von externen Spezialisten, welche als Einzelfirma auftreten. Regelmässig wird daher davon ausgegangen, dass es sich beim Vertrag mit dem Spezialisten um einen Dienstleistungsvertrag (Auftragsverhältnis) handelt und auf dem bezahlten Entgelt keine Sozialversicherungsabgaben zu entrichten sind. Dass dem nicht immer so ist und welche Risiken damit verbunden sind, wird nachstehend aufgezeigt.**

### Vertragsrechtliche Qualifikation

Bei einer unselbständigen Erwerbstätigkeit liegt ein Arbeits- und bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Regelfall ein Auftragsverhältnis vor. Das entscheidende privatrechtliche Abgrenzungskriterium liegt im Subordinationsverhältnis, das heisst die Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischen Hinsicht. Ein Subordinationsverhältnis und somit eine unselbständige Erwerbstätigkeit mit Arbeitsvertrag liegt vor, wenn ein Erwerbstätiger während der Erbringung der Arbeitsleistung Weisungen erhält, die den Gang der Arbeit im Detail bestimmen und er einer eingehenden Kontrolle des Arbeitgebers unterworfen ist. Fehlt die Subordinaten bzw. eine betriebliche und persönliche Unterordnung ist eine arbeitnehmerähnliche Person grundsätzlich der selbständigen Erwerbstätigkeit zuzuordnen und das Vertragsverhältnis wäre als Auftrag zu qualifizieren. Für die vertragsrechtliche Qualifikation ist hingegen nicht ausschlaggebend, wie die Vertragsparteien den Vertrag benennen.

Ob im konkreten Fall ein Spezialist seine Leistungen in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis, d.h. in unselbständiger oder selbständiger Stellung erbringt, ist nach Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Häufig sind jedoch bei Bedarf zugezogene Spezialisten in die eigentliche Betriebsorganisation des Unternehmens eingebunden, da sie Kapazitätsengpässe innerhalb der

bestehenden Belegschaft überbrücken. Das Unternehmen respektive das zuständige Management bestimmt die Arbeit des Spezialisten im Detail und übt eine eingehende Kontrolle aus. Zum Teil sind auch die Arbeitszeiten durch das Unternehmen klar definiert. In solchen Fällen, in denen ein externer Spezialist in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht untergeordnet ist, liegt regelmässig ein Arbeitsverhältnis vor.

Ist ein Spezialist jedoch für mehrere Unternehmen tätig und kommt ihm in der Ausführung seiner Arbeit eine relativ grosse Freiheit zu, ohne dass er einer eigentlichen Kontrolle untersteht, oder bringt der Spezialist die von ihm benötigte Arbeitsgeräte (soweit überhaupt möglich) selber mit, kann auch ein Auftragsverhältnis vorliegen.

### Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation

Die Unterscheidung zwischen Selbständig- und Unselbständigerwerbenden ist für das Sozialversicherungssystem wegen der Versicherungspflicht, dem Beitragsverfahren und den Beitragssätzen von grosser Bedeutung. Zur sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung zwischen unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sind primär die wirtschaftlichen Gegebenheiten massgeblich. Die vertragsrechtlichen Verhältnisse mögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte geben, sind jedoch nicht ausschlaggebend. Selbständige Erwerbstätigkeit liegt im Regelfall vor, wenn die

beitragspflichtige Person 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 Gegenleistungen abgegolten wird. Charakteristische Merkmale der sozialversicherungsrechtlichen selbständigen Erwerbstätigkeit ist demnach das Unternehmerrisiko, also die Gefahr, die eine Person eingeht, wenn sie als Folge möglicher beruflicher Fehleinschätzungen oder von möglichem beruflichen Verhalten in der Zukunft mit wirtschaftlichen Substanzverlusten (Verminderung des Geschäftsvermögen) rechnen muss. Indizien, welche für das Vorhandensein eines Unternehmerrisikos sprechen, sind (erhebliche) Investitionen, das Handeln im eigenen Namen auf eigene Rechnung, die Beschäftigung von Personal und eigene Geschäftsräumlichkeiten. Dagegen wird im Allgemeinen als in unselbständiger Stellung erwerbstätig betrachtet, wer kein Unternehmerrisiko trägt und von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist. Das Kriterium der betriebswirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit konkretisiert sich insbesondere anhand folgender Elemente:

- die rechtliche Unterordnung des Arbeitnehmers
- die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers
- die Präsenzpflcht des Arbeitnehmers
- die Arbeit auf Rechnung und im Namen einer anderen Person
- die Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung.

Wie im Vertragsrecht ist die sozialversicherungsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen jeweils unter der Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten auftreten, muss sich der Entscheid danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen. Bei der Beurteilung des Einzelfalles ist aber nicht ausschlaggebend, was die Vertragsparteien über die sozialversicherungsrechtliche Stellung vereinbart haben bzw. wie sie ihren Vertrag benennen.

Als Einzelfirma organisierte Spezialisten verfügen häufig über keine von ihren Privaträumen getrennte Arbeitsräume. Zudem sind sie regelmässig ausschliesslich für ein oder wenige Unternehmen tätig, d.h. aus betriebswirtschaftlicher Sicht von ihren Vertragspartnern abhängig. Werden dazu

gar sämtliche Arbeitsgeräte vom Unternehmen gestellt und müssen sie die Dienstleistung persönlich erbringen, wird aus sozialversicherungsrechtlicher (wie auch in arbeitsrechtlicher) Sicht auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit geschlossen.

Selbstverständlich gibt es jedoch auf viele Fälle, in welchen die Tätigkeit eines Spezialisten sozialversicherungsrechtlich als selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wird. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Spezialist über mehrere Kunden verfügt, erhebliche Investitionen tätigen muss, von eigenen Arbeitsräumen aus tätig wird, wenige bis keine Weisungen entgegennimmt, Spezialarbeitsgeräte selbst mitbringt und/oder über eigenes Personal verfügt, mit welchem die Dienstleistung erbracht wird.

#### **Vertragsrechtliche Folgen des Vorliegens eines Arbeitsvertrages respektive einer unselbständigen Erwerbstätigkeit**

Liegt kein Auftragsverhältnis sondern ein Arbeitsvertrag respektive eine unselbständige Erwerbstätigkeit vor und ist nichts Schriftliches vereinbart, so bestimmt sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses in erster Linie nach dem Gesetzesrecht oder allenfalls anwendbaren Gesamtarbeitsverträgen.

Wird im Nachhinein ein Auftragsverhältnis gerichtlich als Arbeitsvertrag respektive unselbständige Erwerbstätigkeit eingestuft, hat der Arbeitgeber zusätzlich zur bereits vereinbarten und ausgezahlten Entschädigung folgende Leistungen nachzuzahlen:

*Ferienanspruch:* Der Arbeitnehmer hat einen jährlichen Ferienanspruch von mindestens vier Wochen. Ausnahmsweise kann bei Arbeit im Stundenlohn der Ferienanspruch mit einem Lohnzuschlag abgegolten werden. Die obligatorische Ferienentschädigung beträgt grundsätzlich 8.33% des Bruttolohnes. Eine Vertragsklausel, wonach die Ferien oder der Ferienlohn im Lohn bereits inbegriffen wären, ist unzulässig.

*Lohnfortzahlungspflicht:* Ist der Spezialist wegen Krankheit an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, so hat die Arbeitgeberin für eine beschränkte Zeit den Lohn weiterhin zu bezahlen. Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht hängt dabei von der Anzahl Dienstjahre ab. Eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht gilt für Absenzen infolge Schwangerschaft und Mutterschaft (letzteres jedoch nur, falls die Voraussetzungen des Erwerbersatzgesetzes betreffend

Mutterschaftsentschädigung nicht erfüllt sind).

*Kündigungsfrist:* Befristete Verträge enden mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, und zwar ohne Kündigung. Unbefristete Verträge müssen hingegen gekündigt werden. Dauert ein unbefristeter Vertrag weniger als ein Jahr, ist eine Kündigungsfrist von mindestens einem Monat einzuhalten. Dauert es länger, beträgt die Frist mindestens zwei Monate. Längere Kündigungsfristen können vereinbart werden.

*Kündigungsschutz:* Insbesondere bei Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Mutterschaft sowie Militärdienst gilt der gesetzliche Kündigungsschutz.

*AHV/IV/EO/ALV:* Wer eine Person, die das 18. Altersjahr erreicht hat, in unselbständiger Erwerbstätigkeit beschäftigt, muss auf dem Entgelt (Geld- oder Naturallohn) Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV) entrichten. Ferienentschädigungen unterstehen ebenfalls der Beitragspflicht. Um die Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen, ist die Arbeitgeberin verpflichtet, den Spezialisten bei der kantonalen Ausgleichskasse am Betriebsort anzumelden. Wer eine Meldung unterlässt, kann sich strafbar machen. Selbst wenn der Spezialist seine Beiträge an seine für ihn vermeintlich zuständige Ausgleichskasse abgeführt hat, muss der Arbeitgeber bei nachträglicher Umdeutung des Vertragsverhältnisses seiner Beitragspflicht nachkommen.

*Familienzulage:* Der Spezialist hat Anspruch auf Familienzulage, sofern die Voraussetzungen der kantonalen Gesetzgebung über Familienzulagen erfüllt sind.

*Unfallversicherung:* Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, den Spezialisten gegen Betriebsunfälle zu versichern, unabhängig davon, ob er auch für andere Unternehmen tätig ist. Die Prämie dafür ist von der Arbeitgeberin zu tragen. Arbeitet der Spezialist mehr als acht Stunden pro Woche für die Arbeitgeberin, muss der Spezialist obligatorisch zusätzlich gegen Nichtbetriebsunfallversicherung gehen zu Lasten des Spezialisten unter Vorbehalt einer anders lautenden Vereinbarung.

Wer als Arbeitgeberin keine Unfallversicherung abschliesst, obwohl eine Pflicht dazu besteht, kann sich strafbar machen und zur Nachzahlung von Ersatzprämien verpflichtet werden.

*Berufliche Vorsorge:* Arbeitnehmer mit einem Jahreslohn von mehr als CHF 19'350 sind bei einer registrierten Vorsorgeeinrichtung zu versichern. Vom Obligatorium ausgenommen sind lediglich Arbeitnehmer, die nur nebenberuflich tätig und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Die Beiträge der beruflichen Vorsorge werden der Arbeitgeberin von der Vorsorgeeinrichtung direkt in Rechnung gestellt. Die Arbeitgeberin muss mindestens die Hälfte der Beiträge übernehmen.

### **Konsequenzen**

Wird ein Spezialist in die eigene Betriebsorganisation integriert und untersteht er ähnlich einem Arbeitnehmer weitgehend der Weisungsgewalt eines Vorgesetzten, sollte ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Soll hingegen ein Spezialist, welcher sich als Einzelfirma organisiert hat, im Auftragsverhältnis beigezogen werden, muss die Beziehung auf eine klare vertragliche Grundlage gestellt werden. Bei der Vertragsgestaltung sollte auf jeden Fall im Auge behalten werden, dass dem Spezialisten tatsächlich die Funktion eines Beauftragten zukommt, das heisst insbesondere, dass er in organisatorischer und zeitlicher Hinsicht die notwendige Freiheit genießt.

Es genügt jedoch nicht lediglich vertraglich festzulegen, dass der Spezialist kein Arbeitnehmer und als Selbständigerwerbender tätig ist, sondern es muss auch sichergestellt werden, dass sich dieser sozialversicherungsrechtlich tatsächlich als selbständige Person gemeldet hat und Sozialversicherungsbeiträge auch entrichtet. Dies geschieht meist dadurch, dass die Auftraggeberin eine Bescheinigung der Ausgleichskasse über die erfolgte Meldung verlangt und mittels Belegen periodisch die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge überprüft. Werden die Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich entrichtet, so reduziert sich das Risiko einer nachträglichen Umqualifizierung beträchtlich, auch wenn dies nie vollständig ausgeschlossen werden kann.

Mit der Sicherstellung des Vorhandenseins der notwendigen Sozialversicherungen wird auch das Risiko deutlich reduziert, dass im Falle eines Unfalles, Krankheit oder Invalidität des Spezialisten Ansprüche gegen das Unternehmen gestellt werden.

Das Schadenspotential einer Umqualifizierung eines vermeintlichen Auftragsverhältnisses in

einen Arbeitsvertrag ist insgesamt hoch. Sind z.B. beim Spezialisten keine Versicherungen vorhanden oder liegt eine substantielle Unterversicherung vor, kann die Arbeitgeberin (respektive vermeintliche Auftraggeberin) verpflichtet werden, den daraus resultierenden Schaden dem Arbeitnehmer (respektive vermeintlich Beauftragten) zu ersetzen.

Wird bei der Vertragsgestaltung und der Umsetzung die notwendige Sorgfalt beachtet, sollten sich dafür im Falle einer nachträglichen Umqualifizierung strafrechtliche Sanktionen (z.B. wegen Verstoss gegen die Meldepflicht) vermeiden lassen.

**EmploymentNews** berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereiche des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin gemachten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die gemachten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der EmploymentNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail ([EmploymentNews@wwp.ch](mailto:EmploymentNews@wwp.ch)) mit.

© Walder Wyss & Partner, Zürich, 2006

**ww&p**

**Walder Wyss & Partner  
Rechtsanwälte**

Münstergasse 2  
Postfach 2990  
CH-8022 Zürich  
Telefon +41 44 265 75 11  
Fax +41 44 265 75 50  
Reception@wwp.ch  
[www.wwp.ch](http://www.wwp.ch)