



David Maillard
Vizedirektor, Leiter Treuhand BDO AG
Mitglied von EXPERTsuisse

E-Mail: David.Maillard@bdo.ch

Arbeitsverhältnis zwischen Sein und Schein

Weshalb es wichtig ist, zwischen Selbständigerwerbenden und Arbeitnehmern klar zu unterscheiden und die Parteien den Status nicht frei vereinbaren können. Die Risiken für den Arbeitgeber sind erheblich und der Staat will die Arbeitnehmenden vor einer Scheinselbständigkeit schützen.

Der Einsatz von freien Mitarbeitern, sogenannten Freelancern, Selbständigerwerbenden, Contractors, Einzelfirmen etc. ist eine interessante Option für den Arbeitgeber. Damit kann er die personellen Kapazitäten seines Unternehmens erweitern, ohne seine Pflichten als Arbeitgeber erfüllen und sich binden zu müssen.

Dies ist praktisch, denn so können temporäre und fachliche Engpässe oder ein zeitlich befristetes Projekt des Unternehmens überbrückt werden. Bei der Einstellung eines Arbeitnehmers müsste der Arbeitgeber diesen bei den Sozialversicherungen anmelden und im Falle von Krankheit, Unfall oder Mutterschaft wäre entsprechend eine Lohnfortzahlung geschuldet. Bei einem Selbständigerwerbenden muss er das nicht. Er muss auch keinen Arbeitsvertrag abschliessen und die Kündigungsfristen sind auch kein Thema, da alles unter dem Thema des Auftrages behandelt wird.

Flexibel – und weniger Rechte

Beide Parteien bleiben flexibel, allerdings hat der freie Mitarbeiter als Selbständigerwerbender in Bezug auf die soziale Absicherung nicht die Rechte eines Angestellten. Denn Selbständige sind obligatorisch nur bei der AHV/IV/EO versichert, sie haben keine staatliche Arbeitslosenversicherung und es besteht keine Pflicht zur beruflichen Vorsorge. Verunfallen sie oder werden sie krank, kommt die Krankenkasse zwar für die Heilungskosten auf, aber nicht für den Lohnausfall. Bezahlt wird der Selbständige nämlich nur nach dem effektiv geleisteten Arbeitseinsatz. Möchte der Selbständige gegen diesen Lohnausfall versichert sein, so muss er eine entsprechende Versicherung abschliessen.

In der Schweiz gibt es keine gesetzlichen Bestimmungen oder Definitionen, welche die «freie Mitarbeit» explizit regeln. Freie Mitarbeiter gehören weder klar zur Definition «Arbeitnehmer» noch klar zur Definition «Selbständiger». Es gibt Gerichtsurteile, aber diese beziehen sich immer auf den beurteilten Einzelfall und können somit nicht im Allgemeinen angewendet werden.

Obwohl in der Praxis oft Elemente vorhanden sind, welche für einen Unselbständigerwerbenden sprechen und gleichzeitig auch Elemente, welche auf einen Selbständigerwerbenden hinweisen müssen diese beiden Verhältnisse klar unterschieden werden: Entweder gilt das Arbeitsrecht (dann ist der Mitarbeitende ein Unselbständigerwerbender) oder das Auftragsrecht (dann handelt es sich um einen Selbständigerwerbenden). Somit gibt es grundsätzlich nur zwei Möglichkeiten. Der «Auftragnehmer» ist selbständig erwerbend oder aber als «Arbeitnehmender» unselbständig erwerbend. Was heisst jetzt aber nun «Scheinselbständigkeit»? Diese liegt dann vor, wenn Erwerbstätige formal als

Selbständige arbeiten, tatsächlich jedoch ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Sie sind somit nur "dem Schein nach" als Selbständige tätig.

Ein unterschätztes Risiko

Das Schweizer Recht geht davon aus, dass der Arbeitnehmende die «schwächere» Partei sei. Im Rahmen der Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers ist der Status der Beziehung vom Arbeitgeber festzulegen. Dieser muss für Fehler in der Beurteilung einstehen und einen allfälligen Schaden tragen. Die Parteien sind also nicht frei, den Status «selbständig oder unselbständig» unter sich nach eigenem Gutdünken zu vereinbaren. Die Folgen allfälliger Verstösse gegen das Arbeitsrecht trägt der Arbeitgeber.

Es ist daher möglich, dass der Auftragnehmer selbst zum Risiko für das Unternehmen wird. Dies kann geschehen, wenn das Auftragsverhältnis mit dem freien Mitarbeiter kurzfristig aufgelöst werden muss. Wenn es sich um eine längere Zusammenarbeit handelte und der Beschäftigungsgrad hoch war, kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit vorhanden sein. Allenfalls kann der Auftragnehmer nachträglich zur Ansicht gelangen, in Wahrheit eben doch ein Arbeitnehmer gewesen zu sein. Er könnte den Fall einem Arbeitsgericht zur Beurteilung vorlegen und dadurch seine persönliche Situation optimieren.

Wie ist zu entscheiden?

Bei vielen Verhältnissen ist beiden Parteien klar, wie das Verhältnis zu definieren ist. Es sind entweder Arbeitnehmer oder Auftragnehmer. Es gibt jedoch immer wieder Beziehungen in der Praxis, welche teilweise für ein Arbeitsverhältnis und teilweise für ein Auftragsverhältnis sprechen. Wie ist hier vorzugehen? Man muss sich bei der Beurteilung solcher Fälle auf Indizien stützen, die für einen Auftrag oder ein Arbeitsverhältnis sprechen. Das Rechtsverhältnis wird unter Einbezug der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt.

Die Bestimmung der Rechtsbeziehung ist in der Praxis oft schwierig. Im Zweifel tendiert die Praxis zur Qualifikation als unselbständige Tätigkeit. Damit will der Staat verhindern, dass zu versichernde Personen nicht durch die Maschen des Systems fallen, ausgenutzt und zum Sozialfall werden.

Unselbständig ist, wer kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt und von einem Arbeitgeber abhängig ist. Hierzu gibt es einen Katalog, mittels welchem geprüft werden kann, ob eine mögliche Scheinselbständigkeit vorliegt:

Merkmale Unternehmerrisiko (Selbständigkeit):

- Handeln in eigenem Namen auf eigene Rechnung
- Beschaffung von Aufträgen
- Erhebliche Investitionen
- Beschäftigung von Personal
- Eigene Geschäftsräumlichkeiten
- Freiheit zur Selbstorganisation

Merkmale Abhängigkeitsverhältnis (Unselbständigkeit):

- Weisungsrecht des Auftrags- bez. Arbeitgebers
- Unterordnungsverhältnis
- Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung
- Konkurrenzverbote
- Präsenzzeit
- Ein einziger oder ein dominanter Auftraggeber

Wie hoch kann der Schaden sein?

Fehler bei der Beurteilung eines Auftrags- respektive Arbeitsverhältnisses können teuer werden. Sehr teuer kann es werden, wenn ein Schadenfall, zum Beispiel eine Invalidität infolge eines Unfalls, eingetreten ist und die Unfallversicherung des freien Mitarbeiters nicht bezahlen will, da die Versicherungsdeckung nicht gegeben ist, weil es sich nach Meinung der Versicherung nun doch um einen Arbeitnehmenden handelt. Nicht auszuschliessen ist auch, dass die Unfallversicherung des zum Arbeitgeber umqualifizierten Auftraggebers den Schaden nicht übernehmen will, da der entsprechende Lohn während Jahren nie deklariert wurde. Der Schaden bleibt somit möglicherweise am Arbeitgeber hängen. Mit der Rückabwicklung des Honorars, also der Umqualifikation in Lohn, und der rückwirkenden Erstellung eines Arbeitsvertrages kann ein grosser administrativer und finanzieller Aufwand beim Arbeitgeber entstehen. Gravierende Konsequenzen drohen, wenn das vermeintliche Arbeitsverhältnis schon seit Jahren bestanden hat. Denn es müssen sämtliche Sozialversicherungen (AHV, ALV, UVG, KTG, BVG) rückwirkend abgerechnet werden und oftmals kann der Arbeitnehmeranteil bei den betroffenen Personen nicht mehr eingefordert werden.

Beispiel einer rückwirkenden Umqualifikation in ein Arbeitsverhältnis

Die Ingenieurs AG, Basel [1], setzte seit Jahren drei «selbständigerwerbende» Ingenieure bei einer grossen Chemiefirma in Basel ein. Aus einem anfänglichen Teilzeitauftragsverhältnis hat sich im Laufe der Jahre ein Vollzeitpensum entwickelt. Der Einsatzbetrieb in Basel, die Ingenieurs AG, aber auch die Selbständigerwerbenden, waren mit dieser Form der Zusammenarbeit immer zufrieden. Eine Festanstellung bei der Ingenieurs AG wurde nie in Betracht gezogen, man wollte von der gelebten Flexibilität profitieren. Während einer AHV-Kontrolle kam der vorliegende Fall auf den Tisch. Die Selbständigerwerbenden wurden in der Folge als Angestellte der Ingenieurs AG umqualifiziert, mit rückwirkendem Versicherungsanschluss.

Folglich wurden folgende Punkte nun zum Thema:

- Der Arbeitnehmende erhält einen Lohn und kein Honorar.
- Der Arbeitgeber schuldet die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberbeiträge der Sozialversicherungen (AHV/IV/EO/FAK, Pensionskasse, Unfallversicherung, je nachdem auch die Krankentaggeldversicherung).
- Dem Arbeitgeber drohen aufgrund der höheren Lohnsumme womöglich auch Nachzahlungen für die Haftpflichtversicherung.
- Der Arbeitnehmende hat für die letzten fünf Jahre Anrecht auf bezahlte Ferien.
- Das Arbeitsgesetz ist einzuhalten (z.B. Arbeitszeiten).
- Möglicherweise liegt sogar ein Personalverleih vor, wozu die Ingenieurs AG eine Bewilligung benötigt.
- Der ehemals Selbständigerwerbende hat bereits AHV/IV/EO-Beträge bezahlt, welche er zurückfordern muss.
- Unter Umständen kann auch die Quellensteuer zum Thema werden

Aus dieser nicht abschliessenden Auflistung wird klar, dass die Rückabwicklung sehr aufwendig und teuer ist.

Warum ist die Scheinselbständigkeit im Visier der Behörden?

Ein Grund ist die Bekämpfung von Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung. Wenn eine Arbeitsbewilligung erforderlich ist, muss diese vor der Beschäftigung des Arbeitnehmenden eingeholt werden.

Der Hauptgrund liegt aber im Schutz des Arbeitnehmenden. Die «schwächere» Partei soll vor Missbrauch geschützt werden. Es geht um die Abrechnung eines Lohnes, die Gewährung von Ferien, um die soziale Sicherheit, aber auch um die Vorsorge für das Alter. Die allermeisten Arbeitgeber verhalten sich korrekt. Es gibt aber Arbeitgeber, die aus einem

Arbeitsverhältnis ein Auftragsverhältnis machen, um das wirtschaftliche Risiko überwälzen zu können. Wir hören auch immer wieder von Fällen von Umqualifikationen. So wurde versucht, um Kosten zu sparen, aus bisher angestellten Chauffeuren freie Vertragsfahrer zu machen.

Beispiel Fall Uber

Bekannt ist der Fall von Uber. Der Fahrdienst stellt sich auf den Standpunkt, dass seine Fahrer Selbständigerwerbende, also nicht angestellte Mitarbeitende von Uber sind. Die Gerichte sehen dies teilweise anders und qualifizieren Uber-Fahrer als Angestellte von Uber um. Aufgrund der Einsatzsteuerung sowie der Abrechnung über eine Zentrale und den dabei vorgegebenen Preisen seitens Uber sind nach Ansicht des Autors durchaus Tendenzen erkennbar, dass eine Anstellung vorliegen könnte.

Eine kleine Hilfestellung

Bei unklaren Verhältnissen sollte der Auftraggebende unbedingt vor Auftragsbeginn den schriftlichen Nachweis verlangen, dass der Auftragnehmer bei der AHV-Ausgleichskasse als Selbständigerwerbender anerkannt ist. Aber Vorsicht, die Tätigkeit als Selbständigerwerbender gilt nur für die konkret ausgeübte und bei der AHV angemeldete Tätigkeit.

Ein Selbständigerwerbender (Auftragnehmer) kann seine Situation allenfalls durch Gründung oder Umwandlung seiner Personengesellschaft in eine juristische Person (AG, GmbH) verbessern. Danach muss er sich nicht länger darum bemühen, seine Selbständigkeit jedem Auftraggeber gegenüber zu belegen. Vorsicht ist dann angezeigt, wenn sich ein Inhaber oder eine Inhaberin einer AG/GmbH dauerhaft in den Dienst einer anderen Firma stellt, bei dieser im Handelsregister als zeichnungsberechtigte Person eingetragen ist und ein Mandatsvertrag mit arbeitsvertragsähnlichen Kündigungsfristen besteht.

Gibt es ein Problem? Tipp für Arbeitgeber

Ein «potentielles» Problem, das rechtzeitig erkannt wird, ist oft fast keines mehr. Beurteilen Sie vor Auftragsbeginn den Status eines Leistungserbringers. Wenn Sie sicher sind, dass es sich um einen echten Selbständigerwerbenden handelt, ist keine weitere Handlung erforderlich. Wenn Zweifel bestehen, sollten Sie vom Selbständigerwerbenden (Auftragnehmer) einen Nachweis in Form einer AHV-Anschlussbestätigung verlangen. Wichtig ist zu wissen, dass eine Absprache zwischen den Parteien keine Rechtswirkung hat. Wenn die Zweifel nicht ausgeräumt werden können, wird generell empfohlen, Sozialversicherungs- und gegebenenfalls Quellensteuerabzüge vorzunehmen, bis der Auftraggebende eine entsprechende AHV-Anschlussbestätigung als Selbständigerwerbender vorgelegt hat. Eine Rückzahlung solcher Abzüge an den Auftragnehmer ist in allen Fällen einfacher abzuwickeln als eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen.

[1] Realer Fall, Name geändert