



Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag - ein Dauerbrenner

Carmen Rosat, Rechtsanwältin, LL.M., Legal Services, carmen.rosat@ch.ey.com

Liebe Kunden und Geschäftsfreunde

Die in der Theorie klare Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag führt in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten und bösen Überraschungen. Der Grund dafür ist die Tatsache, dass die zivilrechtliche und die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation eines Arbeitsvertrages/Auftrages bzw. einer unselbständigen/selbständigen Erwerbstätigkeit auseinanderfallen können. Was von den Parteien als Auftrag (z. B. Beratungsauftrag) an einen Selbständigerwerbenden bezeichnet und auch entsprechend behandelt wird, kann - beispielsweise im Rahmen einer AHV-Revision - zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit umqualifiziert werden. Eine solche Umqualifizierung, die auch rückwirkend erfolgen kann, führt vor allem für den betroffenen Auftrag- bzw. Arbeitgeber unter Umständen zu erheblichen (vertraglichen und/oder sozialversicherungsrechtlichen) Kostenfolgen.

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der angesprochenen Abgrenzungsproblematik und zeigt die relevanten Kriterien zur Vermeidung entsprechender Risiken auf.

Daniel Bachmann
Partner, Legal
daniel.bachmann@ch.ey.com

1. Allgemeines

Eine Gleichsetzung von Arbeitsvertrag und unselbständiger Erwerbstätigkeit sowie von Auftrag und selbständiger Erwerbstätigkeit ist nicht möglich, weil sich die zivil- und die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung auf *unterschiedliche Kriterien* stützen. Während für die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag der Wortlaut des Vertrages und der Parteiwille massgebend sind, kommt es mit Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung zwischen unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit einzig auf die wirtschaftlichen Verhältnisse an.

2. Zivilrechtliche Abgrenzung

Der *Einzelarbeitsvertrag* ist durch die folgenden vier Merkmale gekennzeichnet:

- 1) Arbeitsleistung
- 2) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
- 3) privatrechtliches Dauerschuldverhältnis
- 4) Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung

Anhand dieser Merkmale muss der Arbeitsvertrag von anderen privatrechtlichen Verträgen abgegrenzt werden, die ebenfalls auf Arbeitsleistung gerichtet sind.

Ein *Auftrag* liegt demgegenüber vor, wenn sich eine Person durch Vertrag zur Übernahme einer Geschäftsbesorgung oder einer Dienstleistung im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers verpflichtet, wobei der Auftragnehmer seine Zeit frei einteilen kann.

Das entscheidende *Unterscheidungsmerkmal* für die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist das Mass der Unterordnung bzw. das rechtliche *Subordinationsverhältnis*. Damit gemeint ist die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht. Allerdings führt nicht jedes Weisungs- und Kontrollrecht zu einem Arbeitsvertrag. Es muss vielmehr über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts hinausgehen. Indiz für einen Arbeitsvertrag kann eine längere Vertragsdauer sein, nicht hingegen die Höhe des Entgelts, welches aber immerhin Rückschlüsse auf den übereinstimmenden Willen der Parteien erlaubt. Weitere Indizien für einen Arbeitsvertrag sind das fehlende *wirtschaftliche Risiko* seitens des Arbeitnehmers sowie dessen *wirtschaftliche Abhängigkeit*, die Zurverfügungstellung von Material und die Entrichtung von Spesen durch den Arbeitgeber sowie die Vereinbarung einer Kündigungsfrist. In der Praxis geben die Gerichte im Zweifel dem Arbeitsvertrag den Vorzug.

3. Sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung

3.1 Wirtschaftliche Verhältnisse

Die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nicht primär aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die *wirtschaftlichen Gegebenheiten*. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen allenfalls

gewisse Anhaltspunkte für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und *kein spezifisches Unternehmerrisiko* trägt.

Aus den genannten Grundsätzen allein lassen sich noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten *Umstände des Einzelfalles* zu beurteilen.

3.2 Abgrenzungskriterien

Hinweise für eine *selbständige* Erwerbstätigkeit sind:

- Eigener Betrieb
- Eigene Betriebsräumlichkeiten
- Eigene oder gemietete Betriebsmittel (Büroinfrastruktur, Werkzeuge, Maschinen)
- Material wird auf eigene Rechnung beschafft
- Rechnungsstellung im eigenen Namen
- Inkassorisiko
- Beschäftigung von Personal
- Entscheidungsbefugnisse (keine Rapportierungspflicht)
- Tätigkeit für mehrere Auftraggeber
- Eigene Investitionen
- Selbständige Beschaffung von Aufträgen

Hinweise für eine *unselbständige* Erwerbstätigkeit sind:

- Unterordnungsverhältnis (Weisungsgebundenheit in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht)
- Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation
- Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung
- Bereitstellung von Arbeitsgeräten durch Arbeitgeber
- Präsenzpflicht, fixe Arbeitszeiten
- Tätigkeit nur für einen einzigen Auftraggeber/Arbeitgeber
- Anspruch auf bezahlte Ferien
- Lohnanspruch während Ausfallzeit
- Periodische Entgeltleistungen

4. Relevanz richtiger Abgrenzung

Wird beispielsweise von einem Gericht aufgrund einer *zivilrechtlichen Streitigkeit* ein Vertragsverhältnis, welches die Parteien als Auftrag anstatt als Arbeitsverhältnis bezeichnet bzw. «gelebt» haben, als Arbeitsverhältnis qualifiziert, so wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in zivilrechtlicher Hinsicht für geleistete *Überstunden/Überzeit und Ferien* sowie z.B. wegen ungerechtfertigter Entlassung etc. entschädigen müssen. Auch in *sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht* kann ein Auftrag- bzw. Arbeitgeber mit erheblichen Nachforderungen konfrontiert werden, wenn z.B. anlässlich einer AHV- oder UVG-Revision die Tätigkeit eines vermeintlich Beauftragten als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wird. Eine solche Umqualifizierung ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der vermeintlich Beauftragte während Jahren sozialversicherungsrechtlich als Selbständigerwerbender abgerechnet hat. Der zum Arbeitgeber umqualifizierte «Auftraggeber» wird auf die - je nach Fall - möglicherweise während Jahren bezahlten Honorare nachträglich sowohl die *Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerbeiträge* für die AHV, IV etc., die Unfallversicherung sowie die berufliche Vorsorge zu entrichten haben. Die Arbeitnehmerbeiträge kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer grundsätzlich zurückfordern. Das Inkassorisiko liegt jedoch beim Arbeitgeber. Weil die Pflicht zur Qualifizierung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich dem Auftrag- bzw. Arbeitgeber obliegt, ist nicht auszuschliessen, dass ein Gericht auch das Tragen der Arbeitnehmerbeiträge dem Auftrag- bzw. Arbeitgeber auferlegen könnte.

Daher empfiehlt es sich vor allem in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, die in Ziff. 3.2 oben genannten Merkmale für eine selbständige und eine unselbständige Erwerbstätigkeit einander gegenüberzustellen. Je nachdem, welche Merkmale überwiegen, ist die Erwerbstätigkeit als selbständige oder unselbständige bei den zuständigen Behörden anzumelden.

Ernst & Young

Assurance | Tax | Legal | Transactions | Advisory

Ernst & Young ist ein weltweit führendes Unternehmen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuern, Transaktionen und Beratung. Unsere 135'000 Mitarbeitenden auf der ganzen Welt verbinden unsere gemeinsamen Werte sowie ein konsequentes Bekenntnis zur Qualität. In der Schweiz ist Ernst & Young ein führendes Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen und bietet Dienstleistungen in den Bereichen Steuern und Recht sowie Transaktionen und Rechnungslegung an. Unsere 1'900 Mitarbeitenden in der Schweiz haben im Geschäftsjahr 2007/08 einen Umsatz von mehr als CHF 563 Mio. erwirtschaftet. Wir differenzieren uns, indem wir unseren Mitarbeitenden, Kunden und Anspruchsgruppen helfen, ihr Potenzial auszuschöpfen. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Webseite www.ey.com/ch.

Ernst & Young bezieht sich auf die globale Organisation der Mitgliedsfirmen von Ernst & Young Global Limited, von denen jede eine eigene Rechtseinheit bildet. Ernst & Young Global Limited, UK, erbringt keine Dienstleistungen für Kunden.

Impressum

Legal News

Elektronische Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

Konzept und Realisation

Ernst & Young AG
Corporate Communications & Marketing
Postfach
8022 Zürich

Abonnemente / Adressänderungen

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal

© 2009 Ernst & Young AG
All Rights Reserved.

Hinweis:

Mit den Legal News wird ein Überblick über neue rechtliche Entwicklungen vermittelt. Der Inhalt stellt keine Rechtsauskunft dar.

Kontakte Legal

Basel: Thomas Bauer
thomas.bauer@ch.ey.com

Bern: Daniel Bachmann
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genf: Olivier Dunant
olivier.dunant@ch.ey.com

Zürich: René Schwarzenbach
rene.schwarzenbach@ch.ey.com