

Selbstständig oder doch angestellt?

Schwierige Abgrenzung mit juristischen Konsequenzen

Freelancer, Crowdworker, Clickjobber – flexible Arbeitsformen lassen die Grenzen zwischen Anstellungsverhältnis und selbstständiger Tätigkeit zusehends verschwimmen. Ob jemand Arbeitnehmer oder selbstständig erwerbend ist, ist nicht immer einfach zu bestimmen, hat aber weitreichende juristische Folgen.

Von Isabelle Oehri

Ein prominentes Beispiel, bei dem diese Thematik schon seit längerem intensiv diskutiert wird, ist der Fahrdienst UBER. Die Debatte um die juristische Qualifikation des Fahrpersonals ist fast so alt wie UBER selbst und beschäftigte in den letzten Jahren Behörden und Gerichte in diversen Ländern. In der Schweiz hat das Bundesgericht die Fahrerinnen und Fahrer in drei Urteilen aus den Jahren 2022 und 2023 jeweils als Angestellte von UBER qualifiziert.¹

Coiffeurstuhl-Miete in einem Salon tätig ist, analoge Abgrenzungsfragen stellen.

Ganz allgemein werden sogenannte Freelancer oder freie Mitarbeitende in unterschiedlichsten Bereichen und Branchen eingesetzt. Häufig geht es dabei darum, für Spezialprojekte oder bei Arbeitslastspitzen personelle Kapazitäten rasch, kurzzeitig und flexibel zu erweitern, aber auch unkompliziert wieder reduzieren zu können.

treffend Arbeits- und Ruhezeiten³ oder betreffend Überstunden/-zeit und deren Entschädigung.⁴ Arbeitnehmer haben im Gegensatz zu Freelancern Anspruch auf bezahlte Ferien,⁵ Lohnfortzahlung⁶ bei Krankheit, Unfall, Schwangerschaft oder Militärdienst sowie auf Auslagenersatz⁷ (bei UBER z.B. für Fahrzeug und Mobiltelefon) und unterstehen dem gesetzlichen Kündigungsschutz.⁸ Während Freelancer je nach Arbeitsanfall beigezogen und vollumfänglich nach Aufwand bezahlt werden können, gilt bei Arbeitnehmern, dass grundsätzlich die Arbeitgeberin dafür verantwortlich ist, ihnen entsprechend dem vereinbarten Pensum genügend Arbeit zuzuweisen, und das betriebliche Risiko nicht auf sie überwälzen kann.⁹



In der Schweiz hat das Bundesgericht die Fahrerinnen und Fahrer von UBER in drei Urteilen aus den Jahren 2022 und 2023 jeweils als Angestellte des Unternehmens qualifiziert.

Grauzonen zwischen selbstständig und angestellt

Grauzonen zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und Anstellungsverhältnis ergeben sich im Kontext neuer, häufig plattformbasierter Arbeitsmodelle wie jenem des Fahrdiensts UBER zwar besonders oft und in akzentuierter Form.² Jedoch sind sie keineswegs auf diese beschränkt. So können sich auch etwa bei der Reinigungskraft in einem Privathaus, bei der Instruktorin im Fitnessstudio oder dem Friseur, der im Rahmen einer

Einschneidende Folgen der Qualifikation als Arbeitsverhältnis

In den weltweit ausgefochtenen Rechtsstreitigkeiten wehrt sich UBER stets vehement dagegen, Arbeitgeberin der Fahrerinnen und Fahrer zu sein. Warum eigentlich?

Der Grund liegt in den weitreichenden Konsequenzen der Qualifikation als Arbeitgeberin: In einem Arbeitsverhältnis sind die einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten, etwa be-

Besonders folgenschwer ist die Abgrenzung bei den Sozialversicherungen: Arbeitnehmer sind von Gesetzes wegen bei der AHV/IV/EO versichert, verfügen über eine Arbeitslosen- und über eine Unfallversicherung und eine Pensionskasse, wobei sowohl Arbeitgeberin als auch Arbeitnehmer sich an den zu entrichtenden Beiträgen beteiligen. Selbstständigerwerbende müssen selbstredend alle Sozialversicherungsleistungen selbst zahlen, und für sie ist lediglich die AHV/IV/EO obligatorisch.

In der Praxis prüfen und beurteilen denn auch meist die AHV-Ausgleichskassen, ob es sich in einem bestimmten Fall tatsächlich um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Kommen sie zum Schluss, dass lediglich eine sogenannte Scheinselbstständigkeit vorliegt, müssen Sozialversicherungsbeiträge nachgezahlt werden, unter Umständen für bis zu fünf Jahre rückwirkend.

Abgrenzung anhand des spezifischen Einzelfalls

Ob eine Tätigkeit als Arbeitsverhältnis gilt oder als Dienstleistung etwa im Rahmen eines Auftrags oder eines Werkvertrags erbracht wird, ist somit von grosser Tragweite. Die Beurteilung ist jedoch nicht immer einfach.

In der Praxis sind diverse Begriffe zur Bezeichnung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gebräuchlich – je nach Bereich spricht man beispielsweise von Freelancern, freien Mitarbeitenden oder externen Dienstleistern. Wie die Parteien selbst ihre Zusammenarbeit nennen, ist jedoch nicht massgebend. So kann beispielsweise auch dann ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn der Vertrag mit «Freelancervertrag» betitelt wird oder darin festgeschrieben ist, dass der «Freelancer» für die notwendigen Versicherungen selbst verantwortlich sei.¹⁰

Grundsätzlich gilt als selbstständig erwerbend, wer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung in unabhängiger Stellung

tätig ist und sein eigenes wirtschaftliches Risiko trägt. Unselbstständig Erwerbende bzw. Angestellte arbeiten demgegenüber weisungsgebunden und sind in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin eingegliedert, bei der auch das wirtschaftliche Risiko liegt.¹¹

Ob eine Person selbstständig oder angestellt ist, bestimmt sich anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls. Entscheidend sind dabei Faktoren, welche die organisatorisch-betriebliche, wirtschaftliche und persönliche (Un-)Abhängigkeit charakterisieren, wie zum Beispiel (vgl. hierzu auch die Box): Kann die Person ihre Arbeit örtlich, zeitlich und organisatorisch autonom und flexibel gestalten, oder ist sie in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden und hat strikte Weisungen zu befolgen? Wer stellt die Arbeitsmittel zur Verfügung? Arbeitet die Person auf eigenes wirtschaftliches Risiko für verschiedene Vertragspartner, oder ist sie wirtschaftlich von einzelnen Kooperationen abhängig?

Gemäss Auffassung des schweizerischen Bundesgerichts führt die Anwendung

der Abgrenzungskriterien bei UBER-Fahrerinnen und -Fahrern regelmässig zum Ergebnis, dass diese angestellt sind: Zwar können sie relativ frei bestimmen, ob und wann sie welche Fahrten ausführen wollen, und tun dies mit ihrem eigenen Auto, was an sich für eine selbstständige Tätigkeit sprechen könnte. Jedoch sind sie bezüglich der Preise und anderer Vorgaben faktisch strikt an die Weisungen des Fahrdiensts gebunden und finanziell nicht selten stark von der Plattform abhängig.

Ähnliche Überlegungen sind auch für die Reinigungskraft im Privathaushalt, für die Instruktorin im Fitnessstudio und für den im Salon eingemieteten Friseur anzustellen. Dabei gibt es jedoch aufgrund der Einzelfallabhängigkeit keine pauschalen Antworten – oder mit anderen Worten: Es gibt in der Praxis sowohl angestellte als auch selbstständige Reinigungskräfte, Fitnessinstructorinnen und Friseure. Arbeitet etwa die Reinigungskraft oder die Fitnessinstructorin nur für einen oder einige wenige Kunden bzw. ein einzelnes oder wenige Studios, liegt eher ein Arbeitsverhältnis vor; ist das

Mehr unnötige Meetings als konstruktive Dialoge?

Muss nicht sein. Mit unseren Workshops.



Fördern Sie Ihre betriebliche Gesundheit. Mehr dazu:
helsana.ch/gesundarbeiten

Portfolio breiter und sie damit von einzelnen Vertragspartnern unabhängig, spricht dies eher für eine selbstständige Tätigkeit. Werden die Arbeitstage und -zeiten völlig autonom festgelegt, ist die Reinigungs-, Fitness- bzw. Friseurstätigkeit tendenziell selbstständig; sind sie vorgegeben, handelt es sich eher um ein Anstellungsverhältnis. Wichtiges Indiz ist auch die Zuständigkeit für die Arbeitsmittel und -geräte: Reinigt etwa die Reinigungskraft mit den Putzgeräten und -mitteln, die im Haushalt vorhanden sind, spricht dies eher für ein Anstellungsverhältnis. Umgekehrt liegt eher eine selbstständige Tätigkeit vor, wenn der Friseur abgesehen von den Räumlichkeiten und

dem Stuhl um die Bereitstellung sämtlicher Arbeitsmittel und -geräte wie Pflegeprodukte, Kämmen, Scheren und Föhn selbst besorgt ist.

Balanceakt zwischen Arbeitnehmerschutz und Flexibilität

Die Beispiele zeigen, wie schwierig die Unterscheidung im Einzelfall sein kann.¹² Um in Grenzfällen Klarheit zu schaffen, kann man die Konstellation in der Praxis der AHV-Ausgleichskasse zur verbindlichen Beurteilung vorlegen. Aber auch unabhängig von der behördlichen Einschätzung profitiert eine nachhaltige Zusammenarbeit davon, wenn die

rechtliche Ausgestaltung den tatsächlich gelebten wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht.

Es geht nicht an, dass das unternehmerische Risiko auf scheinselfständige Arbeitnehmende überwältigt wird, die in Tat und Wahrheit ihre Arbeit in einem Angestelltenverhältnis verrichten, ohne aber den Schutz des Arbeitsrechts und eine entsprechende Behandlung im Sozialversicherungsbereich zu geniessen. Ebenso wenig dürfen aber innovative Zusammenarbeitsformen, die im Interesse beider Seiten flexibel und autonom ausgestaltet sind, dadurch verunmöglicht werden, dass ihnen ein nicht auf sie zugeschnittenes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht übergestülpt wird.

SELBSTSTÄNDIG ODER ANGESTELLT? WICHTIGE ABGRENZUNGSKRITERIEN

Für die Qualifikation sind primär folgende Kriterien richtungsweisend, wobei in der Praxis bei den einzelnen Kriterien «Zwischenvarianten» vorkommen und eine Gesamtbetrachtung erfolgt.¹³

Selbstständige ...

- ... tätigen erhebliche Investitionen für die eigene Geschäftstätigkeit (z. B. Geschäftsräume, Maschinen, Material) und entscheiden diesbezüglich frei.
- ... handeln unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung.
- ... sind für mehrere Vertragspartnerinnen (i. d. R. mindestens drei) tätig und wirtschaftlich im Wesentlichen unabhängig.
- ... beschaffen ihre Aufträge selbst.
- ... verfügen häufig über eigene Geschäftsräume.
- ... beschaffen ihre Arbeitsgeräte und Materialien selbst.
- ... legen ihre Arbeitszeiten autonom und frei fest.
- ... können eigenes Personal beschäftigen.
- ... bestimmen frei über die Art und Weise der Arbeiterbringung und sind keinen Weisungen unterworfen.
- ... tragen die Unkosten und das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit.
- ... stellen Rechnung für ihre Tätigkeit.

Angestellte ...

- ... tätigen keine erheblichen Investitionen für ihre Tätigkeit und verfügen über keine massgebliche Entscheidungsbefugnis betreffend Investitionen.
- ... handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung.
- ... arbeiten regelmässig für dieselbe Arbeitgeberin und sind wirtschaftlich von dieser abhängig.
- ... erhalten ihre Arbeit zugewiesen.
- ... arbeiten meist in den Geschäftsräumen der Arbeitgeberin und verfügen dort über einen Arbeitsplatz.
- ... erhalten Arbeitsgeräte und Materialien von der Arbeitgeberin bereitgestellt.
- ... sind an Arbeitszeiten und -pläne sowie Präsenzpfllichten gebunden.
- ... verfügen nicht über eigenes Personal.
- ... stehen in einem Subordinationsverhältnis und sind an Weisungen der Arbeitgeberin gebunden.
- ... tragen keine Unkosten, und das wirtschaftliche Risiko liegt bei der Arbeitgeberin.
- ... werden periodisch von der Arbeitgeberin entschädigt (Monatslohn, Stundenlohn etc.).

Quellen und Hinweise

- 1 Vgl. BGer 9C_70/2022 und 9C_76/2022 vom 16. Februar 2023, BGer 9C_71/2022 und 9C_75/2022 vom 16. Februar 2023, BGer 2C_34/2021 vom 30. Mai 2022.
- 2 Mit Crowdworker, Clickjobber und weiteren ähnlichen Begriffen werden im Allgemeinen im Kontext der Gig-Economy Personen bezeichnet, die über eine Online-Plattform organisiert eine bezahlte Erwerbsarbeit ausüben, entweder von zu Hause aus, bei jemand anderem zu Hause, im Büro bzw. in einem Geschäft oder unterwegs für eine Fahr- oder Lieferdienstleistung (vgl. etwa «Crowdwork in der Schweiz», Studie der Gewerkschaft syndicom und der Stiftung sovis, 2017).
- 3 Vgl. Art. 329 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) und Art. 9 ff. des Arbeitsgesetzes (ArG).
- 4 Vgl. Art. 321c OR und Art. 12 ff. ArG.
- 5 Vgl. insbesondere Art. 329a ff. OR.
- 6 Vgl. Art. 324a OR.
- 7 Vgl. Art. 327 ff. OR.
- 8 Vgl. insbesondere Art. 336 ff. OR.
- 9 Vgl. Art. 324 OR.
- 10 Art. 18 Abs. 1 OR; vgl. auch Übersichtsseite «Scheinselbstständigkeit: Was man wissen muss» auf dem KMU-Portal des Bundes, <https://www.kmu.admin.ch/>.
- 11 Vgl. Übersichtsseite «Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit?» auf der Webseite des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, <https://www.seco.admin.ch/>.
- 12 UBER selbst versucht, das Problem mittels eines dualen Modells zu lösen, bei dem das Fahrpersonal zwischen einer selbstständigen Tätigkeit mit mehr Freiheit oder einer Anstellung bei einem Partnerunternehmen wählen kann (vgl. www.uber.com/de-CH/newsroom/duales-modell-schweiz/).
- 13 Die Aufstellung basiert auf der Checkliste «Selbständige Erwerbstätigkeit: Checkliste mit Abgrenzungskriterien» der SVA Zürich (vgl. https://svazurich.ch/dam/sva-dokumente/2000_ak/2800_vb/2800_vb2_checkliste_selbstaendigkeit.pdf) sowie der Übersichtsseite «Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit?» auf der Webseite des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (vgl. <https://www.seco.admin.ch/>).



Isabelle Oehri, Prof. FH, Rechtsanwältin, M.A. HSG in Law & Economics, Stv. Leiterin Kompetenzzentrum Management & Law, Leiterin Fachgruppe Recht & Steuern, Dozentin, Studiengangs- und Projektleiterin an der Hochschule Luzern – Wirtschaft.