

Die Rechte des Freelancers – oder die Freiheit der Arbeitgeber

Wer heute auf dem Arbeitsmarkt gefragt sein will, muss Flexibilität beweisen. Das gilt auch für Freelancer, freie Mitarbeitende auf Abruf. Die rechtliche Qualifikation solcher Zusammenarbeitsformen steht aber nur begrenzt zur Disposition der Vertragsparteien. Wer Fehler macht, geht erhebliche finanzielle Risiken ein.

Der Begriff kommt aus dem Mittelalter, als sich freie Ritter (Lanzer) bei fremden Herren für bestimmte Kriegseinsätze als Söldner verdingten und damit praktisch die Projektarbeit erfanden. Freelancer unserer Zeit erweisen sich entweder als selbständig Erwerbende oder Arbeitnehmer – zwei Möglichkeiten mit höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen. Grundsätzlich gilt als Arbeitnehmer, wer a) in Voll- oder Teilzeit b) gegen Lohn arbeitet (also kein Unternehmerrisiko trägt) und dabei c) in die Arbeitsorganisation seines Arbeitgebers eingebunden sowie d) dessen Weisungen unterworfen ist. Entscheidend ist das Gesamtbild, das sich aufgrund der konkreten Umstände ergibt. Zwei Beispiele verdeutlichen dies.

Hauptberuflich fest angestellt, verfasste ein Arbeitnehmer nebenberuflich hin und wieder Artikel für eine Zeitung. Dabei erachtete er sich als selbständig Erwerbenden, als freiberuflichen Journalisten. Er schrieb in seinem eigenen Büro zu Hause – mit eigenem professionellem Archiv. Ab und zu rief die Redaktion an und gab einen Artikel in Auftrag. Ein Mindestumsatz war nicht garantiert, der Jahresumsatz äusserst bescheiden. In der Art der Abfassung seiner Werke war der Journalist völlig frei. Der Mann arbeitete also a) nicht auf Zeit, zudem b) in eigener Arbeitsorganisation, trug c) das volle Unternehmerrisiko und war d) keinen Weisungen unterworfen. Scheinbar erfüllte er demnach alle Merkmale eines Freelancers. Dennoch qualifizierte ihn das Bundesgericht sozialversicherungsrechtlich als Angestellten (BGE 119 V 161). Dabei schützte es einen Entscheid der Vorinstanz, die im Wesentlichen argumentiert hatte, der Journalist hätte nur dann als selbständig Erwerbender gelten können, wenn er seine Artikel unaufgefordert eingereicht hätte...

Moderatoren eines Privatradios arbeiteten in der Anfangsphase des Senders auf Zusehen hin unentgeltlich. Später verlangten sie – gestützt auf Arbeitsvertragsrecht – rückwirkend Lohn. Das zuständige Arbeitsgericht Zürich hätte nun erwägen können, da kein Lohn vereinbart worden sei, fehle es an einem der vier Merkmale eines Arbeitsverhältnisses. Stattdessen entschied das Gericht, tatsächlich sei «ohne Zweifel» von einer Arbeitsleistung auszugehen, die von Gesetzes wegen grundsätzlich nur gegen Entlohnung zu erwarten sei. Ursprünglich sei demnach tat-



sächlich Lohn geschuldet gewesen. Weil die Moderatoren dann aber mehr als drei bis sechs Monate in Folge auf den Lohn verzichtet hätten, sei von einer stillschweigend-einvernehmlichen Lohnreduktion (auf null) auszugehen. Dies sei zulässig, denn das Schweizer Arbeitsrecht kenne grundsätzlich keinen garantierten Mindestlohn, auch nicht in Höhe des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 3. März 2004).

Freelancer oder Arbeitnehmer – diese Frage beurteilen die Arbeitsgerichte, die Steuer- und Sozialversicherungsbehörden je für sich. Füllen sie im Einzelfall einen Entscheid, schaffen sie – ausser für ihren eigenen Rechtsbereich – keine allgemeine Verbindlichkeit. Dazu ein Beispiel: Privatärztlich tätige Chefärzte der Heilanstalten des Kantons Luzern waren per Verordnung (also per Gesetz) sozialversicherungsrechtlich zu Selbständigerwerbenden erklärt worden. In einem Entscheid der Steuerbehörden war diese Qualifikation auch für steuerrechtliche Belange explizit bestätigt worden. Dennoch entschied das Bundesgericht, sozialversicherungsrechtlich liege hier ein Angestelltenverhältnis vor. Der Kanton Luzern hatte in der Folge rund eine halbe Million Franken an Sozialversicherungsbeiträgen nachzuleisten (BGE 122 V 281).

Umgekehrt riskieren Auftraggeber, die sich von Freelancern eine Selbständigkeitsbescheinigung der AHV-Behörden vorlegen lassen, dass ein Arbeitsgericht die Zusammenarbeit mit dem Freelancer privatrechtlich dennoch als Arbeitsverhältnis wertet. Dann drohen Nachzahlungen, beispielsweise wegen Nichteinhaltung von Kündigungsfristen, Nichtbeachtung von Sperrfristen, Nichtgewährung von Ferien, unterlassener Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit oder unterlassener Abgeltung von Überstunden. Die Liste ist nicht abschliessend.

Gerade im Dienstleistungsbereich erbringen heute viele Einzelpersonen Einsätze auf Abruf – oft für einen einzigen Betrieb. Rechtlich gesehen liegt dabei entweder Arbeit auf Abruf vor, also eine maximal flexibilisierte Form von Teilzeitarbeit (Arbeitsvertrag). Oder aber der Leistungserbringer ist als Freelancer, freier Mitarbeiter, Auftragnehmer oder Ähnliches zu beurteilen (selbständige Erwerbstätigkeit). Die faktischen Rahmenumstände sind häufig kaum unterscheidbar. Diese Nähe von Freelancertum zur Arbeit auf Abruf erweist sich als heikel: So kommt bei Arbeit auf Abruf das Arbeitnehmerschutzrecht uneingeschränkt zum Tragen. Auch sind paritätische Sozialversicherungsbeiträge auf den Lohn zu leisten. Weiter schuldet der Arbeitgeber gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine «Entschädigung von Bereitschaftsdienst, der ausserhalb des Betriebs geleistet wird» (BGE 124 III 249). Allerdings sei für die Wartezeit nicht der volle Lohn geschuldet. Die Entschädigungshöhe sei nach Billigkeit festzulegen und danach, was üblich sei – viel Spielraum für unterschiedlichste Interpretationen durch Gerichte erster Instanz.

Wie die Beispiele zeigen, vermag die Praxis der Gerichte zur Frage der rechtlichen Qualifikation des Freelancertums ebenso zu verwirren wie zu klären. Arbeitsrechtsspezialisten stellen fest, dass zunehmend Verträge gefragt sind, bei denen unverschleierte die Absicht im Vordergrund steht, das arbeitsrechtliche Korsett abzustreifen. Hier ist Vorsicht geboten, denn es gilt: «Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.» (Art. 18 Abs. 1 OR).

Heinz Heller



Der Autor

Dr. iur. **Heinz Heller**, auf Arbeitsrecht spezialisierter Rechtsanwalt, betreut KMU im Grossraum Zürich. Weiter tritt er als Referent in Wirtschaftsseminaren auf und zeichnet als Mitglied der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands.
www.rechtsanwalt-zuerich.ch