

Arbeits- und sozial-versicherungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit neuen Arbeitsformen

Raffael Blattmann
Legal Associate, MME Legal Tax Compliance, Zürich
raffael.blattmann@mme.ch
www.mme.ch

Michèle Stutz
LL.M., Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
Legal Partner, MME Legal Tax Compliance, Zürich
michele.stutz@mme.ch
www.mme.ch



Raffael Blattmann



Michèle Stutz

I. Einführung

Die Arbeitswelt steht im Wandel, doch damit ist sie nicht allein – vielmehr ist sie eine von zahlreichen Lebensbereichen, die von der Digitalisierung durchflossen und verändert wird. Dabei prägen seit einigen Jahren Begriffe wie «Gig-Economy», «Crowdwork» oder «Collaborative Economy» das öffentliche Interesse. Eine eindeutige Definition dieser Begriffe fehlt und deren Ausgestaltung nimmt vielfältige Formen an. Doch nicht nur die Digitalisierung verändert die Arbeitswelt, ganz allgemein bringt der Wunsch nach mehr Flexibilität neue Arbeitsformen und -modelle hervor. Diese Formen sind in das bestehende

rechtliche Konstrukt einzugliedern. Im Vordergrund steht dabei oftmals die Frage, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit handelt – mithin, ob die arbeitsrechtlichen Regelungen oder die (zumeist) auftrags- oder werkvertragsrechtlichen Regelungen zu beachten sind. Vorweg gilt festzuhalten, dass diese Beurteilung nicht in globo möglich ist, sondern eine Einzelfallbetrachtung notwendig ist. Das Ergebnis der Qualifizierung hat weitreichende Folgen – sowohl für die Leistungserbringer als auch für die Auftraggebenden.

II. Was sind «neue Arbeitsformen»?

Die schweizerische Rechtsordnung

und insbesondere das Arbeitsrecht gingen ursprünglich von einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis aus, wobei ein Arbeitnehmer auf unbefristete Dauer für eine einzige Arbeitgeberin, eingegliedert in deren Betrieb, im Vollzeitpensum arbeitet und wirtschaftlich von ihr abhängig ist. Obwohl dieses klassische Modell auch heute noch weit verbreitet ist, haben sich schon seit längerem neue Arbeitsformen herausgebildet. Zu erwähnen sind beispielsweise die befristete Arbeit, die Teilzeitarbeit oder etwa die Temporärarbeit. Diese Arbeitsformen haben sich schon längst etabliert und gelten keineswegs mehr als neu. Vielmehr geht es heute um Arbeitsformen, die unter den Begriff der «Gig-Economy» subsumiert werden können.

Der Begriff «Gig-Economy» ist der Musikwelt entnommen und beschreibt im Grunde kurze Arbeitseinsätze, wie wenn ein Musiker mit verschiedenen Auftritten («Gigs») seinen Lebensunterhalt bestreitet. Diese Arbeitseinsätze können im Auftrag desselben Auftraggebers erfolgen oder aber sie werden für unterschiedliche Auftraggeber ausgeführt.

Nicht selten erfolgt die Kontaktaufnahme über Internetplattformen, die als «Vermittler» auftreten. Ziel dieser neuen Arbeitsformen ist eine grössere Flexibilität sowohl auf Seiten der

Auftraggebenden als auch der Leistungserbringer.

Die Ausprägungen der «Gig-Economy» sind vielfältig und können nach unterschiedlichen Kriterien eingeteilt werden. Zum einen wird unterschieden zwischen

- nachträglichem erfolgsbezogenen Crowdfunding: die Auswahl des Leistungserbringers erfolgt nach der Arbeitsleistung einer Vielzahl von Teilnehmenden aus deren Kreis; und
- vorgängigem tätigkeitsbezogenen Crowdfunding: die Auswahl des Leistungserbringers erfolgt vor der Arbeitsleistung.¹

Die OECD ordnet die Internetplattformen (und damit indirekt auch die Arbeitsleistungen) nach:

- der Ressourcenintensität: kapital- oder arbeitsintensiv
- der Art der Leistungserbringung: physisch oder digital
- dem Routinegrad: Routine- oder Nichtroutinearbeiten²

TaskRabbit ist beispielsweise eine Internetplattform für Reparatur- und Handwerksdienstleistungen. Die Arbeiten sind dabei arbeitsintensiv und werden physisch erbracht. Es kann sich um Routine- als auch um Nicht-routinearbeiten handeln.

Eine vom SECO in Auftrag gegebene Studie wiederum unterscheidet zwischen:

- Crowdwork: ortsunabhängig, ohne physischem Kontakt zwischen Auftraggeber und -nehmer, online erbracht; und
- Work-on-Demand via Apps/Internet: ortsabhängig, physisch erbracht³

Die Versuche, die neuen Arbeitsformen zu kategorisieren und gegeneinander abzugrenzen, sagen noch nichts über deren rechtliche Einordnung. Eine solche ist aufgrund dieser Kategorien auch nicht möglich. Vielmehr bedarf es wiederum einer Analyse des Einzelfalls.

III. Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit?

Zentrale Frage bei den neuen Arbeitsformen ist, ob eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Da diese Unterscheidung nicht erst seit dem Aufkommen neuer Arbeitsformen relevant und oft strittig ist, gibt es diesbezüglich eine reichhaltige Praxis. Liegt eine unselbständige Erwerbstätigkeit vor, führt das grundsätzlich zur Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen (es liegt ein Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319 ff. OR vor) und es müssen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Wichtig ist, dass die Qualifizierung im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht auseinanderfallen kann. Mit anderen Worten besteht die Mög-

lichkeit, dass ein Vertragsverhältnis aus vertragsrechtlicher Sicht nicht als Arbeitsvertrag eingestuft wird (sondern zum Beispiel als Auftrag), aber aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht wird eine unselbständige Erwerbstätigkeit attestiert.

A. Arbeitsrechtliche Betrachtungsweise

1. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages

Der Arbeitsvertrag wird in Art. 319 OR definiert. Die begriffsnotwendigen Elemente sind die folgenden:

- Arbeitsleistung: geschuldet ist die Arbeitsleistung, nicht ein bestimmter Arbeitserfolg.
- Entgeltlichkeit: die Arbeitsleistung wird entlohnt.
- Subordinationsverhältnis: der Arbeitnehmer gliedert sich in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin ein, die Arbeitgeberin hat ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer.
- Privatrechtliches Dauerschuldverhältnis: der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur dauernden Arbeitsleistung während einer bestimmten oder unbestimmten Dauer. Eine Minimaldauer kennt das Gesetz allerdings nicht, so dass auch sehr kurze Einsätze bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen als Arbeitsvertrag eingestuft werden können.

In der Praxis steht oftmals die Abgrenzung eines Arbeitsvertrages zu einem Werkvertrag oder einfachen Auftrag im Vordergrund. Der Anschaulichkeit halber werden nachfolgend auch die begriffsnotwendigen Elemente dieser Vertragstypen aufgelistet.

Werkvertrag:

- Herstellung eines Werks: ein Arbeitserfolg ist geschuldet; und
- Entgeltlichkeit

Einfacher Auftrag:

- Arbeitsleistung: geschuldet ist das sorgfältige Tätigwerden, nicht ein bestimmter Arbeitserfolg.
- In unabhängiger Position

Während auch bei den neuen Arbeitsformen die Arbeit für gewöhnlich gegen Entgelt erfolgt, kann fraglich sein, ob die restlichen Elemente gegeben sind. Ist beispielsweise ein IT-Spezialist, der über eine Internetplattform seine Dienste anbietet und darauf einige Male für ein Unternehmen kleinere Aufträge übernimmt, in einem Dauerschuldverhältnis mit diesem Unternehmen? Wie bereits erläutert, kann für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses die Zeitspanne, in welcher der IT-Spezialist Arbeit für das Unternehmen verrichtet, kurz sein. Klarer wäre der Fall allerdings, wenn er während einigen Monaten hauptsächlich für das Unternehmen tätig ist. Doch ist er überhaupt in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert?

Örtlich kann ein IT-Spezialist problemlos getrennt vom Unternehmen arbeiten – das ist auch bei der Telearbeit nicht anders. Es liegt sodann auch in der Natur des Vertragsverhältnisses, dass das Unternehmen Anordnungen erteilt – doch wie weit gehen die? Ist der «Auftragnehmer» noch in unabhängiger Stellung tätig, oder ist er dem Unternehmen untergeordnet und erhält detaillierte Weisungen? Das Beispiel zeigt anschaulich, dass die Verhältnisse des Einzelfalls genau analysiert und die einzelnen Elemente in einer Gesamtbetrachtung gewichtet werden müssen.

2. Scheinselbständigkeit⁴

Viele Personen verrichten ihre Arbeit gestützt auf ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, ohne dass alle begriffsnotwendigen Elemente eines Arbeitsvertrages vorliegen und dennoch sind sie in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Auftraggebenden. Solche Personen werden untechnisch als Scheinselbständige oder arbeitnehmerähnliche Personen bezeichnet. Problematisch ist dabei, dass solche Scheinselbständige Gefahr laufen, dass ihnen der Sozialschutz des Arbeitsrechts verwehrt bleibt, obwohl sie wegen ihrer Abhängigkeit darauf angewiesen wären. Auf Scheinselbständige sind deshalb teilweise die arbeitsrechtli-

chen Schutzvorschriften anwendbar. Währenddem der erhöhte Schutz dieser Personen zu begrüssen ist, folgt damit auch eine gewisse Rechtsunsicherheit, da jeweils nur schwer abschätzbar ist, welche Schutzvorschriften genau Anwendung finden. Die Gerichte prüfen im Einzelfall, welche dieser Schutzvorschriften sich auf das konkrete Vertragsverhältnis übertragen lassen, wobei das Ausmass und die Art der Abhängigkeit der schwächeren Partei massgebend sind.

B. Sozialversicherungsrechtliche Betrachtungsweise

Im Sozialversicherungsrecht ist für die Abgrenzung selbständige/unselbständige Erwerbstätigkeit das AHVG massgebend. Das AHVG nimmt die Abgrenzung über das Entgelt vor und nicht über die Person. Als «massgebender Lohn» gilt demnach jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Der Begriff des «massgebenden Lohns» im Sozialversicherungsrecht ist weiter als derjenige des Lohnes im Arbeitsvertragsrecht. Während der Lohn gemäss Arbeitsvertragsrecht immer auch «massgebender Lohn» ist, können auch Entgelte aus einem Auftrag oder Werkvertrag als «massgebender Lohn» eingestuft werden.

Hauptmerkmale zur Unterscheidung sind im Sozialversicherungsrecht das Unternehmerrisiko und das Abhängigkeitsverhältnis. Die Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML) beschreibt die unselbständige Stellung wie folgt: «In unselbständiger Stellung ist grundsätzlich erwerbstätig, wer kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt und von einer Arbeitgeberin oder einem Arbeitgeber in wirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist.»⁵

Die Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos sind gemäss WML namentlich:

- das Tätigen erheblicher Investitionen,
- die Verlusttragung,
- das Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos,
- die Unkostentragung,
- das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung,
- das Beschaffen von Aufträgen,
- die Beschäftigung von Personal,
- eigene Geschäftsräumlichkeiten.

Das wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis kommt insbesondere zum Ausdruck durch das Vorhandensein:

- eines Weisungsrechts,
- eines Unterordnungsverhältnisses,
- der Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung,

- eines Konkurrenzverbots,
- einer Präsenzpflicht.

Den Hauptmerkmalen Unternehmerisiko und Abhängigkeitsverhältnis werden je nach Umständen unterschiedliche Bedeutung zugemessen. Fordern beispielsweise gewisse Tätigkeiten kaum erhebliche Investitionen, tritt das Abhängigkeitsverhältnis in den Vordergrund. Umgekehrt bringen gewisse Auftragsverhältnisse naturgemäss ausführliche Anordnungen mit sich – hier wird dafür das Unternehmerrisiko stärker gewichtet. Irrelevant ist hingegen die von den Parteien gewählte Rechtsnatur der vertraglichen Zusammenarbeit. Auch Abreden der Vertragsparteien über die AHV-rechtliche Stellung eines Auftragnehmers sind irrelevant. Hilfreich kann diesbezüglich ein von den Sozialversicherungsanstalten zur Verfügung gestellter Fragebogen mit diversen Kriterien sein, wie ihn die SVA Zürich zur Verfügung stellt.⁶

IV. Folgen

Die neuen Arbeitsformen der «Gig-Economy» verleiten dazu, dass Parteien vermehrt ein Vertragsverhältnis eingehen, von dem sie annehmen, es handle sich um einen einfachen Auftrag (oder allenfalls um einen Werkvertrag), das aber nachträglich von einem Gericht oder den Behörden im Rahmen einer Kontrolle als Arbeits-

vertrag bzw. eine unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wird. Möglich ist auch, dass das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zwar verneint wird, aber dennoch gewisse arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen angewendet werden (Scheinselbständigkeit). Ein solcher Entscheid hat für Arbeitgeber (und Arbeitnehmer) weitreichende Folgen. Einige davon werden nachfolgend exemplarisch aufgezeigt:

- **Ferien:** bei regelmässiger Arbeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ferien in natura. Bei sehr unregelmässiger Arbeit können die Ferien finanziell abgegolten werden.
- **Überzeit/Überstunden:** die zwingenden Bestimmungen zur Höchstarbeitszeit des Arbeitsgesetzes sind zu beachten. Allfällige Überstunden und Überzeit sind zu entschädigen und zwar für gewöhnlich mit einem Lohnzuschlag von 25%.
- **Auflösung des Arbeitsverhältnisses:** die Vorschriften über den Kündigungsschutz kommen zur Anwendung. Im Gegensatz zum einfachen Auftrag, wo die Vertragsbeendigung sehr liberal ausgestaltet ist, wird der Arbeitnehmer durch zahlreiche Vorschriften geschützt (Kündigungsfrist, Schutz vor missbräuchlicher Kündigung, Sperrfristen).
- **Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit.**

- Einschränkung des Gerichtsstands: der Arbeitnehmer kann nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf die gesetzlichen Gerichtsstände verzichten.
- Schiedsgerichtsbarkeit: es können nur jene Ansprüche Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, auf

welche der Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR rechtswirksam verzichten kann.

- Ausländisches Recht: wenn ein Arbeitnehmer hauptsächlich im Ausland tätig wird, kann gar ausländisches Recht zur Anwendung gelangen. Dabei ist insbesondere



zu bedenken, dass die Stellung des Arbeitnehmers beispielsweise in Deutschland stärker geschützt ist als in der Schweiz.

Lohn- und Entschädigungszahlungen müssen dabei auch rückwirkend geleistet werden.

Wird ein Vertragsverhältnis aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht im Nachhinein als unselbständige Erwerbstätigkeit eingestuft, muss die Arbeitgeberin Sozialversicherungsbeiträge rückwirkend für die Dauer des Vertragsverhältnisses (maximal fünf Jahre zurück) entrichten. Dabei gilt das gleiche wie im Arbeitsvertragsrecht: oftmals deklarieren die Parteien ein Vertragsverhältnis als selbständige Erwerbstätigkeit und die Ausgleichskassen entscheiden, dass eine unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt.

V. Fazit

Die neuen Arbeitsformen der «Gig-Economy» bieten den Vertragsparteien mehr Flexibilität. Diese wird als grosse Errungenschaft der modernen Arbeitswelt der «Gig-Economy» angesehen. Doch die Flexibilität hat auch ihren Preis. So wird oftmals angeprangert, dass das Unternehmerisiko auf die Arbeitnehmer abgewälzt wird. Andererseits besteht zuweilen eine gewisse Rechtsunsicherheit, wie ein Vertragsverhältnis zu qualifizieren

ist. Deshalb wird von gewissen Autoren auch gefordert, dass sowohl im Arbeits- als auch im Sozialversicherungsrecht Revisionen ins Auge gefasst werden müssen. Der Bundesrat hat anlässlich seines Berichts vom 8. November 2017 «Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken» das EDI beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem WBF, dem EJPD und dem EFD bis Ende 2019 die Notwendigkeit von Flexibilisierungen im Bereich der Sozialversicherungen vertieft zu prüfen. Der Bericht ist noch ausstehend und bis tatsächlich eine Gesetzesrevision vollzogen wird, sind die neuen Arbeitsformen dem bestehenden rechtlichen Konstrukt unterzuordnen. Zentral ist dabei die Frage, ob eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt – sowohl im arbeitsrechtlichen als auch im sozialversicherungsrechtlichen Rahmen. Die Folgen einer nachträglichen Neuqualifizierung durch Gerichte oder Behörden hat für die beteiligten Parteien weitreichende Folgen.

Daher tun sie gut daran, frühzeitig, das heisst vor Vertragsschluss, die Parameter der Zusammenarbeit zu bestimmen und gestützt darauf eine realistische (und nicht einfach eine günstigere) Klassifizierung vorzunehmen.

- ¹ Bericht des Bundesrats «Auswirkungen der Digitalisierung auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen – Chancen und Risiken» vom 8. November 2017, S. 39
- ² New Forms of Work in the Digital Economy, Digital Economy Papers No. 260, Paris, OECD Publishing
- ³ Ecoplan, die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, Nachfolgestudie zu den Studien von 2003 und 2010, unter Berücksichtigung neuer Arbeitsformen
- ⁴ zum Ganzen vgl. STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Art. 319 N 2
- ⁵ zum Ganzen vgl. Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Rz. 1018 ff.
- ⁶ SVA Zürich, Selbständige Erwerbstätigkeit: Checkliste mit Abgrenzungskriterien