



„Freier Mitarbeiter“ oder Festangestellter; schwierige Abgrenzung mit Konsequenzen (2002)

Gerade in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit überlegt sich mancher Unternehmer, ob er die Schwankungen im Auftragsvolumen nicht mit sog. „Freien Mitarbeitern“ anstelle von festangestellten Arbeitnehmern auffangen soll. Die Beschäftigung von „Freien Mitarbeitern“ erlaubt dem Unternehmen, einen Teil seines Risikos auf die so Beschäftigten abzuwälzen. Bei „Freien Mitarbeitern“ fallen weder Krankenlohn, noch Ferien- und Sozialversicherungsabgaben an. Ebenso entfällt häufig das Einhalten von Kündigungsfristen.

Die Wahl des Beschäftigungsverhältnisses liegt jedoch nicht ausschliesslich im freien Ermessen des Unternehmens. Bei Vorliegen gewisser, von der Praxis definierter Kriterien, wird das Verhältnis - unabhängig vom Willen der Parteien - als Arbeitsvertrag qualifiziert und es kommen die strengen, z.T. zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts (Art. 319 ff. OR) zur Anwendung; andernfalls ist von einem Auftragsverhältnis (Art. 403 ff. OR) auszugehen.

Die Rechtsprechung hat Kriterien entwickelt, um die Unterscheidung zwischen einem Arbeitsvertrag und einem Auftragsverhältnis möglichst präzise vornehmen zu können. Danach zeichnet sich der Arbeitsvertrag durch folgende Merkmale aus:

- Arbeitsleistung des Arbeitnehmers
- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
- zeitliche Abmachung (dauerhaft oder unbestimmt)
- Entgeltlichkeit (der Arbeitnehmer erhält vom Arbeitgeber Lohn)
- Unterordnungsverhältnis mit Weisungsrecht des Arbeitgebers und Befolgungspflicht des Arbeitnehmers

Gemäss der Praxis des Bundesgerichtes unterscheidet sich der Arbeitsvertrag vom Auftrag in erster Linie durch das Merkmal der rechtlichen Unterordnung. Für die Beurteilung, ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber vorliegt, ist eine Würdigung des Gesamtverhältnisses vorzunehmen. Es kommt dabei wesentlich darauf an, ob die Person in die



MURI RECHTSANWÄLTE



Organisation des Betriebes eingegliedert ist, Weisungen und Instruktionen entgegennimmt, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit durch den Arbeitnehmer unmittelbar beeinflussen und ob dem Arbeitgeber eine Kontrollbefugnis zusteht. Demgegenüber verspricht der Beauftragte nur die Besorgung bestimmter Dienste. Er gibt sich nicht in ein Unterordnungsverhältnis zur anderen Vertragspartei. So kann zum Beispiel der Klient dem Anwalt sowie der Patient dem Arzt keine Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit erteilen. Arzt und Anwalt sind berechtigt, solche Weisungen zu missachten. Der Patient bzw. Klient hat jedoch das Recht, das Auftragsverhältnis jederzeit aufzulösen.

Für die Unterscheidung ist auch der zeitliche Aspekt zu berücksichtigen. Der Einzelarbeitsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis. Es verpflichtet den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Das Arbeitsverhältnis erlischt nicht durch die Erfüllung der Arbeit, sondern nur durch besondere Beendigungstatbestände wie Kündigung oder Zeitablauf. Demgegenüber kann der Auftrag zwingend jederzeit ohne Beachtung einer Kündigungsfrist aufgelöst werden. Als weiteres Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, stellt der Umstand dar, dass Sozialversicherungsbeiträge vom Lohn abgezogen werden. Allerdings ist keines der obgenannten Merkmale für sich allein ein ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag. Es ist in jedem Fall eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, unter Beachtung sämtlicher Ausgestaltungen des Vertragswerkes. Hauptunterscheidungspunkt ist jedoch die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses sollten daher vorab folgende Fragen beantwortet werden: Findet die Arbeitsleistung unter der Leitung und Weisung des Arbeitgebers statt? Wird sie unselbständig, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit erbracht? Ist der Vertragspartner in ein Hierarchiesystem eingegliedert? Werden diese Fragen bejaht, wird in der Regel ein Arbeitsvertrag vorliegen und die entsprechenden zwingenden Gesetzesbestimmungen sind anwendbar, auch wenn das Unternehmen kein Arbeitsverhältnis begründen wollte.

