

# Freelancer: Selbständigerwerbender oder Arbeitnehmer?

Vor dem Hintergrund eines zunehmend dynamischen Wettbewerbs oder der Wissenserhaltung bei Frühpensionierungen greifen viele Unternehmen zur Beschäftigungsform des Freelancing. Nicht Arbeitnehmer, sondern «Ein-Mann/Frau-Unternehmen» erbringen dann die gewünschte Leistung. Die Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis hat viele Vorteile (Flexibilität bei Kapazitätsschwankungen, bedarfsbezogener Aufwand, kein Fixkostenanteil, zufriedenere Leistungserbringer u.a.m). Der Blick in die Praxis zeigt aber auch Schattenseiten.



**Von RA Urs Bürgi**  
Inhaber des Zürcher  
Notar-, Grundbuch- und  
Konkursverwalter-Patentes  
Partner Bürgi Nägeli Rechtsanwälte  
Zürich

- Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung;
- Tragung des Unternehmerrisikos.

## Abgrenzungskriterium Vertragsrecht

Der unselbständigen Erwerbstätigkeit liegt regelmässig ein Arbeitsverhältnis zugrunde. Die selbständige Erwerbstätigkeit erfolgt meistens im Rahmen eines Auftrags, aber auch auf Basis eines Agentur- oder Werkvertrags. Der Vertragstitel ist nicht massgebend. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist das Unterordnungsverhältnis (Subordinationsverhältnis). Ein Subordinationsverhältnis und damit eine unselbständige Erwerbstätigkeit ist gegeben, wenn für die Arbeitsleistung nicht Instruktionen, sondern Weisungen erteilt werden und die Arbeit während der Erbringung kontrolliert geleistet wird. Die persönliche, zeitliche oder organisatorische Unterordnung des Leistungserbringers spricht für ein Arbeitsverhältnis.

## Abgrenzungskriterium Unternehmerrisiko

Für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit spricht die Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Leistungserbringer. Das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, aber auch das Vorhandensein eigener Räume, (Vor-)Investitionen, Verlusttragung und die Beschäftigung von Personal sind Elemente des Unternehmerrisikos.

## Abgrenzungskriterium Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungssystem ist die Unterscheidung von Selbständig- und Unselbständigerwerbenden entscheidend für Versicherungspflicht, Beitragsverfahren und Beitragssätze. Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit ist der Arbeitgeber melde- und prämienleistungspflichtig. Bei selbständiger Erwerbstätigkeit ist der freie Mitarbeiter für seine Vorsorge selber verantwortlich.

## Selbständigerwerbender oder Unselbständigerwerbender?

Die Frage, ob der freie Mitarbeiter Selbständigerwerbender oder Unselbständigerwerbender ist, hängt in der Regel vom Aufgabenbereich und vom Zusammenarbeitsmodus ab. Voraussetzungen für die selbständige Erwerbstätigkeit des Freelancers sind:

- Vertragsverhältnis, welches *kein* Arbeitsvertrag ist;
- Kein Subordinationsverhältnis / Selbstorganisation;

## Weiterführende Informationen

- [www.freier-mitarbeiter.ch](http://www.freier-mitarbeiter.ch)
- [www.arbeitgeberfuersorge.ch/](http://www.arbeitgeberfuersorge.ch/)
- [www.lohnforderungen.ch/erscheinungsformen](http://www.lohnforderungen.ch/erscheinungsformen)
- [www.arbeitsverhinderung.ch/](http://www.arbeitsverhinderung.ch/)
- [www.ferienanspruch.ch/](http://www.ferienanspruch.ch/)
- [www.einzel-firma.ch/](http://www.einzel-firma.ch/)
- [www.aktiengesellschaft.ch/bedeutung-erscheinungsformen/einmann-ag](http://www.aktiengesellschaft.ch/bedeutung-erscheinungsformen/einmann-ag)
- [www.gesellschaft-mit-beschaenakter-haftung.ch/bedeutung-erscheinungsformen#einmann-gmbh](http://www.gesellschaft-mit-beschaenakter-haftung.ch/bedeutung-erscheinungsformen#einmann-gmbh)

Wer kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt und von einem Arbeitgeber in wirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist, gilt sozialversicherungsrechtlich als unselbständig erwerbstätig. Die Sozialversicherungsanstalten wenden für den Entscheid, ob eine Person selbständig oder unselbständig ist, meistens eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an. Dies gilt vor allem für sog. «Solo-selbständige» mit nur einem oder wenigen Auftraggebern.

### Problemstellung / Umdeutungen

Die Umdeutung des Rechtsverhältnisses geht meistens zu Lasten des Auftraggebers. Im Rechtsalltag sind vor allem zwei Umdeutungsfälle anzutreffen.

**1. Annahme von Arbeits- statt Auftragsrecht:** Der Auftraggeber bezahlt dem Freelancer ein Honorar, welches dessen Unternehmeraufwand und -risiko deckt, kann aber durch die Anwendung von Arbeitsrecht zu weiteren Leistungen wie Lohnfortzahlung bei Krank-

heit oder Unfall, Ferienlohn, Lohnzuschläge für Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit sowie Kinderzulagen u.a.m verpflichtet werden.

**2. Sozialversicherungsrechtliche Umqualifizierung des Auftraggebers als Arbeitgeber:** Obwohl der Auftraggeber dem Freelancer ein Honorar bezahlt, in welches die Versicherungsprämien einkalkuliert sind, hat er im Umdeutungsfalle die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge draufzuzahlen. Der freie Mitarbeiter wird das Vorgehen der Sozialversicherungsanstalt als rechtens beurteilen und ihm diese nachträglichen Kosten nicht ersetzen wollen. Die Darstellung der Risiken einer Einforderung des Kostenersatzes auf dem Rechtsweg würde den Rahmen dieses Artikels sprengen.

### Fazit

Zusammenfassend bestehen beim Freelancing für den Auftraggeber folgende Problemfelder:

1. Umdeutung des Auftragsverhältnisses in einen Arbeitsvertrag;
2. Risiko, sozialversicherungsrechtlich abrechnungs- und leistungspflichtig zu werden bzw. die Meldepflicht verletzt zu haben;
3. Risiko, zusätzlich Leistungen aus Arbeitnehmerschutz und Arbeitgeberfürsorge erbringen zu müssen.

Die Organisations-Obliegenheit, Vorkehren zu treffen, dass der Beauftragte nicht das gegenüber einem Mitarbeiterlohn höhere Honorar beziehen und dann die Arbeitnehmerschutzbestimmungen anrufen bzw. seine Sozialversicherung vom Auftraggeber finanzieren lassen kann, liegt beim Auftraggeber. Mittels *organisatorischer und vertraglicher Gestaltung* kann er *Risiko-Vermeidung* oder zumindest *Risikoverminderung* betreiben. Zudem drängt sich für vorbestandene Freelancer-Verhältnisse eine *Risikoanalyse* auf.

[ubuergi@bnlawyers.ch](mailto:ubuergi@bnlawyers.ch)  
[www.bnlawyers.ch](http://www.bnlawyers.ch)

**BÜRGI  
NÄGELI**

Rechtsanwälte

Grossmünsterplatz 9  
CH-8001 Zürich  
Tel. +41 (0)44 268 40 00  
Fax +41 (0)44 268 40 05

## Arbeitsrecht

[info@bnlawyers.ch](mailto:info@bnlawyers.ch)  
[www.bnlawyers.ch](http://www.bnlawyers.ch)

Wir beraten und vertreten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer in allen Belangen des Arbeitsrechts oder des öffentlichen Personalrechts

Arbeitsverträge	Abgangsentschädigungen
Gesuche für Arbeits- und Aufenthaltserlaubnisse	Konkurrenzverbote
Aufenthaltsbewilligungen	Kundenabwerbverbote
Reglemente	Personalabwerbverbote
Arbeitsanweisungen	Verhandlungen zw. Arbeitgebern und Arbeitnehmern
Vergütungssysteme	Outsourcing / Freelancer-Verträge
Vertragsauslegungen	Redaktionshilfe bei Arbeitszeugnissen
Auflösung von Arbeitsverträgen	Führen von Arbeitsprozessen vor allen Instanzen
Freistellungen	Payroll-Services
Aufhebungsvereinbarungen	
Massenentlassungen	

Vorab-Informationen finden Sie unter: [www.arbeits-recht.ch](http://www.arbeits-recht.ch)

Unsere Ansprechpartner:

lic.iur. Gudrun Bürgi-Schneider, E-Mail: [gbuergi@bnlawyers.ch](mailto:gbuergi@bnlawyers.ch)

RA Urs Bürgi, Inhaber Zürich. Notarpatent, E-Mail: [ubuergi@bnlawyers.ch](mailto:ubuergi@bnlawyers.ch)