



## Liebe Leserin, lieber Leser

Noch sind sie eher die Ausnahme als die Regel. Doch immer mehr Firmen entdecken sie für sich. Die Rede ist von **Freelancern**, oder auf gut Deutsch: freien Mitarbeitenden. Aber Achtung: Nur, weil ein Arbeitgeber einen Freelancer-Vertrag mit einem freien Mitarbeitenden abschliesst, heisst dies noch lange nicht, dass auch ein Freelancer-Verhältnis vorliegt, wie Harry Nötzli im ersten Top-Thema erklärt.

Die **Entsendung von Arbeitnehmern vom Ausland in die Schweiz** hat im Dienstleistungssektor und in der Montage eine grosse Bedeutung. Im zweiten Top-Thema beleuchtet Stefan Eichenberger die wichtigsten Regeln und rechtlichen Abkommen zwischen der Schweiz und den EU-/EFTA-Staaten. Zudem finden Sie aufschlussreiche **Gerichtsentseide** zu den beiden Top-Themen und zur Frage, wann eine länger andauernde Krankheit ins Arbeitszeugnis gehört.

Herzlichst Ihr

Mathias Liechti, Redaktor

### IN DIESER AUSGABE:

■ Top-Thema – Freelancer	Seite 1
■ Praxisfälle – Freelancer	Seite 3
■ Gerichtsentseide – Freelancer	Seite 4
■ Gerichtsentseide – Krankheit und Arbeitszeugnis	Seite 6
■ Top-Thema – Entsendung	Seite 7
■ Gerichtsentseide – Entsendung	Seite 10
■ Arbeitshilfe – Befristeter Freelancer-Vertrag	Seite 12

## Freelancer oder doch Arbeitnehmer?

Freelancer oder freie Mitarbeitende geniessen grössere Freiheiten in der Arbeitsgestaltung als Arbeitnehmer, verzichten aber im Gegenzug auf viele Sicherheiten. Sie werden oft für einzelne Aufgaben, z.B. für bestimmte Projekte, eingesetzt. Eine eigene gesetzliche Regelung für «Freelancer-Verträge» existiert nicht, was zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen kann.

### ■ Von Harry Nötzli

Freelancer sind der Idee nach selbstständige Arbeitskräfte (oftmals entlarven sich Freelancer de facto als Arbeitnehmer), die Aufträge selbstständig und auf eigene Rechnung ausführen, ohne dabei Arbeitnehmer des Auftraggebers zu sein. Sie sind also als Unternehmer tätig und haben sich dementsprechend auch selber um ihre Sozialversicherungen zu kümmern.

### Vor- und Nachteile des Freelancer-Einsatzes

Die Vorteile sind klar: Der Freelancer teilt sich die Arbeitszeit frei ein und entscheidet nicht nur, wann, sondern auch, wo und für wen er arbeitet. Er genießt eine grosse Unabhängigkeit und erzielt häufig höhere Honorare als Arbeitnehmer mit vergleichbaren Aufgaben.

Nachteilig ist das im Vergleich zu einem Arbeitnehmer höhere finanzielle Risiko, das ein Freelancer oder freier Mitarbeitender eingeht. Als Selbstständigerwerbender ist er nur bei der AHV/IV/EO versichert. Gegen Arbeitslosigkeit ist er dagegen nicht versichert. Bleiben die Aufträge aus, erzielt er auch kein Honorar. Gegen die Folgen von Krankheit und Unfall muss er sich ebenfalls selber versichern und dementsprechend auch die Prämien selber entrichten. Der Anschluss an eine 2. Säule ist dem Freelancer meist verwehrt. Er muss seine Altersvorsorge über die Säule 3a (gebundene Vorsorge) oder 3b (freie Vorsorge) aufbauen. Als Selbstständigerwerbender untersteht er nicht dem Arbeitsgesetz und dessen Schutzvorschriften (Höchstarbeitszeit, tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, Pausen etc.).



## Besteht eine faktische oder eine rechtliche Abhängigkeit?

Die Tätigkeit als freier Mitarbeitender oder Freelancer mag für beide Parteien auf den ersten Blick als lukrativ erscheinen. Sobald es aber Probleme gibt (Ferienansprüche, Überstunden, Krankheit oder Unfall), wird sich der Mitarbeitende auf den Standpunkt stellen, es habe ein Arbeitsverhältnis vorgelegen. Das kann für den Arbeitgeber fatale Folgen haben.

■ Von Dr. Gerhard L. Koller



Die Subordination des Arbeitnehmers ist eine der notwendigen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

### Sachverhalt

Die X. AG (Beschwerdegegnerin) stellt Informations- und Orientierungsunterlagen her. A. (Beschwerdeführer) zeichnete und gestaltete für die Beschwerdegegnerin ab dem Frühjahr 1981 bis zum Jahr 2004 Ortspläne, zunächst von Hand, später mit dem Computer. Die Arbeiten führte er in seiner Wohnung aus, die sich zuletzt in B. befand. Die Entschädigung erfolgte aufgrund von Rechnungen, die der Beschwerdeführer erstellte. Ein schriftlicher Vertrag existierte nicht. Im April 2003 nahm die dem Beschwerdeführer zugewiesene Arbeit ab. Mit Schreiben vom Dezember 2003 wies der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin auf diesen Umstand hin und bat um mehr Arbeit, da er sonst in finanzielle Not geraten würde. Ende März 2004 stellte die Beschwerdegegnerin die Arbeitszuteilung an den Beschwerdeführer vollständig ein.

Der Beschwerdeführer vertrat daraufhin die Auffassung, zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin bestehe ein (mündlich oder konkludent vereinbartes) Arbeitsverhältnis,

allenfalls auch bloss ein arbeitsvertragsähnliches Rechtsverhältnis, und forderte von der Beschwerdegegnerin Lohn, eine Entschädigung für beschaffte Arbeitsgeräte, eine Ferienentschädigung sowie eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Die Beschwerdegegnerin bestritt das Vorliegen eines entsprechenden Rechtsverhältnisses und lehnte die Ansprüche des Beschwerdeführers ab.

Nach erfolgloser Vermittlung klagte der Beschwerdeführer am 12. Januar 2005 beim Kreisgericht Rheintal auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung eines Betrages von total CHF 93 179.50 nebst Zins, unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Ferner verlangte er die Ausstellung eines rechtsgenügenden Arbeitszeugnisses. Mit Entscheid vom 28. August 2006 trat das Kreisgericht auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Es erwog, es handle sich nicht um ein Arbeitsverhältnis, weshalb der Beschwerdeführer nicht am arbeitsrechtlichen Wahlgerichtsstand des eigenen

Wohnsitzes klagen könne. Selbst wenn das Verhältnis der Parteien als Heimarbeitsvertrag qualifiziert würde, wäre die Forderung des Beschwerdeführers abzuweisen.

Das Kantonsgericht verneinte auch das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses, auf welches die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften sinngemäss angewendet werden müssten. Der Beschwerdeführer erhob gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen, das die Beschwerde mit Entscheid vom 4. Juli 2008 abwies, soweit es darauf eintrat.

### Aus den Erwägungen des Bundesgerichts

Streitig ist die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien.

4. Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR).

Der Arbeitsvertrag weist damit im Wesentlichen vier Merkmale auf: Es ist Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis geschuldet, die in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterordnungsverhältnis geleistet wird (Urteil 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4).

4.1 Notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die Subordination des Arbeitnehmers. Darunter wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und damit von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält. Er wird in eine hierarchische Struktur eingebettet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, zum Beispiel beim Auftrag, ein Weisungsrecht besteht. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsgebundenheit an (Urteil 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

## Die wichtigsten Regeln für ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz

Die Entsendung von Arbeitnehmern vom Ausland in die Schweiz hat insbesondere im Dienstleistungssektor oder in der Montage eine grosse Bedeutung. Aber auch konzernintern werden grenzüberschreitende Entsendungen vorgenommen. In diesem Beitrag werden einige rechtliche Gesichtspunkte der Entsendung behandelt.

■ Von Stefan Eichenberger



Besonders in der Montage und im IT-Bereich ist die Entsendung gang und gäbe.

Bei entsandten Arbeitnehmern handelt es sich gemäss **Legaldefinition** in Art. 1 Abs. 1 EntSG um Personen, die von ihrem Arbeitgeber in die Schweiz entsendet werden, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf Rechnung und unter Leitung des Arbeitgebers im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und einem Leistungserbringer eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört. Der Arbeitnehmer bleibt in beiden Fällen während der ganzen Dauer des Einsatzes seinem bisherigen Arbeitgeber unterstellt, das Weisungsrecht geht somit nicht auf den Einsatzbetrieb über.

Beim Übergang des Weisungsrechts auf den Einsatzbetrieb liegt demgegenüber Personalverleih aus dem Ausland vor, der grundsätzlich verboten ist (Art. 12 Abs. 2 Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG).

Dem Einsatz in der Schweiz ist in objektiver Hinsicht grundsätzlich ein **Arbeitsverhältnis**

mit dem Arbeitgeber **im Ausland vorausgegangen**. Subjektiv besteht vor dem Auslandeinsatz sowohl beim Arbeitgeber als auch beim Arbeitnehmer zumindest ein Wille zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung des Auslandeinsatzes (**Wiederbeschäftigungs- und Rückkehrwille**).

Eine Entsendung ist weiter durch folgende Elemente charakterisiert:

- **Entsendende Partei:** Arbeitgeber mit Sitz im Ausland
- **Entsante Partei:** Arbeitnehmer, keine selbstständigerwerbenden Dienstleister
- **Einsatzbetrieb:** Arbeitsleistung in einem Betrieb in der Schweiz
- **Dauer:** Zeitlich begrenzte Tätigkeit in der Schweiz (Praxis: maximal 5 Jahre)
- **Entsendekonstellation:** Konzerninterne Entsendung oder Arbeitsleistung aufgrund eines Vertrags des ausländischen Arbeitgebers mit einem Dritten

Die Entsendung hat vor allem im Dienstleistungssektor – und dort namentlich im IT-Bereich

reich – oder beispielsweise in der Montage eine grosse praktische Relevanz. Aber auch konzernintern erfreuen sich grenzüberschreitende Entsendungen grosser Beliebtheit.

### Rechtsgrundlagen

Die rechtlichen Grundlagen zum grenzüberschreitenden Personaleinsatz finden sich insbesondere in folgenden Erlässen:

- **Freizügigkeitsabkommen:** Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA), in Kraft getreten am 1. Juni 2002
- **Entsendegesetz:** Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG)
- **Entsendeverordnung:** Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV)
- **Ausländergesetz:** Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG)
- **Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit** vom 24. Oktober 2007 (VZAE)

### Gerichtsstand

Ein Auslandsbezug liegt vor, sobald der Arbeitnehmende, der Arbeitgeber, der Tätigkeitsort oder der Einsatzbetrieb seinen Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland hat. Dann ist zu prüfen, welche Gerichte für Streitfragen zuständig sind und welches Landesrecht das Arbeitsverhältnis regelt.

Sofern die Beklagte ihren Wohnsitz bzw. Sitz in einem Vertragsstaat des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) hat, d.h. grundsätzlich in der Schweiz oder einem EU-/EFTA-Staat (ohne Liechtenstein), richtet sich die Zuständigkeit grundsätzlich nach dem LugÜ; andernfalls ist das *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG) einschlägig. Im Falle von Klagen aus Arbeitsvertrag