

Flexibel Beschäftigte – Quelle rechtlicher Risiken

Nur wenige KMU kommen ohne freischaffende Fachleute, Freelancer und Personalverleih aus. Mit Verträgen glaubt man alle Risiken im Griff zu haben. Leider erweist sich dies oft als Fehleinschätzung.

Text: **Sabine Steiger-Sackmann**

Unternehmen sind den schwankenden Anforderungen des Marktes ausgesetzt. Sie müssen für Spitzenbedarf genügend Arbeitskräfte zur Verfügung haben und bei Flaute das eigene Personal möglichst auslasten. Oft bleibt kaum Zeit für Rechtsabklärungen. Doch mittels Compliance können Unternehmen und Führungskräfte unerwünschte finanzielle oder gar strafrechtliche Folgen verhindern.

Vielfalt von Arbeitnehmenden

Arbeitsverträge können nach schweizerischem Recht sehr vielfältig ausgestaltet werden. Der Phantasie sind kaum Grenzen gesetzt. Die Palette der Möglichkeiten reicht von befristeten Verträgen über Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf oder Job-Sharing bis zu Projektarbeit im Homeoffice. Ein Arbeitsverhältnis liegt rechtlich immer dann vor, wenn Personen in einem Unterordnungsverhältnis arbeiten und verpflichtet sind, Weisungen zu befolgen und loyal zum Unternehmen zu sein. In einem Arbeitsverhältnis haben Arbeitgebende neben der Bezahlung ein Bündel von Pflichten, sogenannte Fürsorgepflichten. Sie müssen

«Mittels Compliance können Unternehmen und Führungskräfte unerwünschte finanzielle oder gar strafrechtliche Folgen verhindern.»

etwa Ferien gewähren, Lohnfortzahlung bei Krankheit leisten, Kündigungsfristen einhalten und obligatorische Versicherungspflichten für ihre Mitarbeitenden erfüllen. Sie sind verantwortlich für Sicherheit und Gesundheitsschutz ein-

schliesslich der Einhaltung von Arbeitszeitbestimmungen und das Befolgen von Vorschriften des Migrationsrechts und weiterer Gesetze. Als Arbeitgebende tragen sie (und nicht die Arbeitnehmenden) das wirtschaftliche Risiko. Diese zwingenden Rechtsvorschriften kann man selbst mit noch so kreativen Verträgen nicht aushebeln. Wie die Parteien selber ihren Vertrag bezeichnen, ist irrelevant; es kommt für die rechtliche Beurteilung auf die tatsächlich gelebte Situation an.

Bunte Palette von Nicht-Arbeitnehmenden

Trotz der recht grossen Gestaltungsmöglichkeiten kommt es vor, dass eine oder gar beide Parteien die mit dem Arbeitsvertrag verknüpfte Bindung ablehnen und Lösungen ausserhalb des Arbeitsverhältnisses suchen. Tatsächlich

«Die zwingenden Rechtsvorschriften kann man selbst mit noch so kreativen Verträgen nicht aushebeln.»

kennt das Obligationenrecht noch weitere Vertragstypen, bei denen es ebenfalls um Arbeit gegen Geld geht, namentlich Auftrag, Agentur-, Mäkler-, Fracht- oder Werkvertrag. Diese Bestimmungen kommen aber nur zur Anwendung, wenn tatsächlich kein Unterordnungsverhältnis mit Befolgungspflicht besteht. Die arbeitsleistende Person entscheidet dann weitgehend allein, wann, wie und womit sie die versprochene Tätigkeit ausführt. Wenn sie auch selber ein wirtschaftliches Risiko etwa durch Werbung, Einsatz von Arbeitsmitteln und Kapital oder das Inkasso-

risiko trägt, gilt sie für die Sozialversicherungen als selbständig erwerbstätige Person und muss sich selber um die Versicherungen kümmern. Auch hier kommt es nicht auf den Willen der Parteien an, sondern allein darauf, wie ihr Verhältnis im Alltag gelebt wird.

Aufgepasst bei Personalverleih

Zur Abfederung eines Spitzenbedarfs bietet sich der Personalverleih an. Das Unternehmen kann Personen für eine gewisse Zeit ausleihen, so dass es von der Arbeitsleistung profitiert, aber nicht alle Arbeitgeberpflichten hat. Der Arbeitsvertrag besteht dann zwischen dem Verleihunternehmen und der eingesetzten Person. Hier gilt freilich: Trau, schau, wem! Man hängt als Einsatzfirma mit drin, wenn das verleihende Unternehmen über keine Bewilligung verfügt und die Bestimmungen des Arbeitsvermittlungs-

«Nicht selten werden vermeintliche «Auftraggeber» zu Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen verknurrt.»

gesetzes AVG nicht einhält. Noch heikler ist es, eigene Arbeitnehmende vorübergehend an ein anderes Unternehmen auszuleihen. Sobald ein gewisser Umfang überschritten wird, steht dies im Konflikt zum AVG und zum allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag GAV für den Personalverleih.

Keine Grautöne

Man hört immer wieder den Begriff «Scheinselbständigkeit». Aber Arbeitsgerichte sowie Sozialversicherungen kennen nur Ja oder Nein bei der Qualifikation als Arbeitsvertrag bzw. unselbständige Erwerbstätigkeit. Dazwischen gibt es aus rechtlicher Sicht nichts. Bei der Einzelfallanalyse werden die relevanten Kriterien in einer Gesamtbetrachtung gewichtet. Massgeblich ist immer die aktuelle Situation. Hat sich diese verändert, kann das Ergebnis der Beurteilung anders ausfallen als früher. Selbst wenn jemand aufgrund einer Vereinbarung als selbständig erwerbstätige Person Beiträge abgerechnet hat, kann die AHV-Ausgleichskasse später bei einer Kontrolle zum Schluss kommen, dass das gelebte Verhältnis inzwischen ein anderes ist. Nicht selten werden vermeintliche «Auftraggeber» zu Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen für Personen verknurrt, die effektiv eben doch nicht «Selbständige» sind. Das kann rasch in die zehntausenden von Franken gehen – zahlbar innert 30 Tagen.

Stunde der Wahrheit

Nicht nur regelmässige Kontrollen der AHV-Ausgleichskassen, auch Überprüfungen durch die Suva können die wahren Rechtsverhältnisse ans Licht bringen. Es kommt auch vor, dass sich Personen, die vom Unternehmen als freie Mitarbeitende wahrgenommen wurden, plötzlich auf ihren Status als Arbeitnehmende berufen. Sie verlangen dann Ferien, Spesenersatz, Erwerbsausfallentschädigung bei Arbeitsunfähigkeit, Wahren einer Kündigungsfrist oder Einhaltung eines GAV. Auch hier entscheidet ein Gericht nicht nach dem Gemeinten, sondern nach dem Gelebten. Besonders tragisch ist es, wenn ein Schadenfall Anlass zur Beurteilung des rechtlichen Status gibt. Stellt sich nach einem Unfall heraus, dass eine Person nicht korrekt versichert war, kann dies beträchtliche finanzielle Folgen für das Unternehmen haben. Eine mangelnde Compliance in Personalfragen kann also gravierende Konsequenzen haben.

Risiken von Beschäftigungsverhältnissen

Unternehmen können Personen als Arbeitnehmende oder Nicht-Arbeitnehmende beschäftigen. Wer keinen Überblick über alle Beschäftigungsverhältnisse im Betrieb hat, geht erhebliche rechtliche Risiken ein. Die entsprechenden finanziellen Folgen für das Unternehmen können an die Substanz gehen. Darüber hinaus haften die Verantwortlichen im Unternehmen bei gewissen Verstössen persönlich mit ihrem Privatvermögen, beispielsweise für die Sozialversicherungsbeiträge. Auch strafrechtliche Verurteilungen wegen mangelnder Unternehmensorganisation oder persönlichen Fehlverhaltens gilt es zu verhindern. Unwissen schützt nicht vor Strafe.

Da die Honorare freier Mitarbeitender in vielen Betrieben als Lieferantenrechnungen behandelt werden, sind sie meist dem fachkundigen Blick der Personalverantwortlichen entzogen. Zuallererst müssen Betriebe daher die bestehenden Verträge in regelmässigen Abständen auf die Übereinstimmung mit arbeits-, sozialversicherungs- und ausländerrechtlichen Vorgaben prüfen und den permanenten betriebsinternen Informationsfluss sicherstellen. Denn auch hier gilt: Vorbeugen ist besser als heilen.

Sabine Steiger-Sackmann

Dr. iur. Sabine Steiger-Sackmann, Rechtsanwältin, ist Dozentin für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der ZHAW School of Management and Law in Winterthur. Ihr Forschungsschwerpunkt ist die Schnittstelle zwischen Unternehmen und Arbeits- sowie Sozialversicherungsrecht. Sie hat den neuen DAS Compliance im Personalwesen konzipiert.