

**Die Scheinselbstständigkeit  
im schweizerischen Arbeitsrecht**

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde  
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Mathias Völker**

von Kloten ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15.12.2004

Der Dekan: Prof. Dr. A. Donatsch

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis.....</b>	<b>V</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>XIII</b>
<b>Materialien .....</b>	<b>XXVI</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXVII</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Kapitel: Phänomen Scheinselbstständigkeit .....</b>	<b>2</b>
§ 1 Definition Scheinselbstständigkeit.....	2
A. <i>Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn</i> .....	2
B. <i>Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn</i> .....	7
§ 2 Problematik Scheinselbstständigkeit.....	9
A. <i>Ausgangslage</i> .....	9
B. <i>Praktische Bedeutung</i> .....	13
I. Schweizerische Arbeitskräfteerhebung .....	13
1. Fragen hinsichtlich der Scheinselbstständigkeit .....	14
2. Anzahl Arbeitnehmer, Selbstständiger und Erwerbsloser .....	14
3. Studie über prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz .....	15
II. Empirische Erhebung in Deutschland .....	16
1. Aufkommen der Scheinselbstständigkeit hinsichtlich der Haupterwerbstätigkeit.....	18
2. Aufkommen der Scheinselbstständigkeit hinsichtlich der Nebentätigkeiten .....	19
3. Schlussfolgerung .....	19
C. <i>Motive für die Abkehr von einem Arbeitsverhältnis</i> .....	20
I. Motive des Arbeitgebers.....	20
1. Rechtliche Motive .....	20
a) Einzelarbeitsvertragsrecht .....	20
b) Kollektivarbeitsrecht .....	21
c) Öffentliches Arbeitsrecht.....	22
aa) ArG und UVG.....	22
bb) Schweizerisches Öffentliches Arbeitsrecht im europäischen Umfeld .....	23
d) Sozialversicherungsrecht .....	24
e) Vereinfachte Reorganisation .....	25

2. Wirtschaftliche Motive .....	25
a) Verlagerung des Beschäftigungsrisikos .....	25
b) Reduktion von Investitionskosten .....	26
c) Steuerliche Optimierung .....	27
II. Motive für den Arbeitsleistungserbringer .....	27
1. Rechtliche Motive .....	27
a) Im Allgemeinen .....	27
b) Sozialversicherungsrecht .....	27
2. Wirtschaftliche Motive .....	28
a) Reduktion des wirtschaftlichen Klumpenrisikos ..	28
b) Erhöhung des Verdienstes .....	29
c) Steuerliche Optimierung .....	29
d) Erhalt staatlicher Förderung .....	30
3. Lebenseinstellung .....	31
a) Arbeiten von zu Hause aus .....	31
b) Flucht aus der Arbeitslosigkeit .....	31
c) Glücklicher Leben .....	32
III. Auswirkungen der Scheinselbstständigkeit .....	33
§ 3 Abgrenzungen gegenüber der Scheinselbstständigkeit .....	34
A. Abgrenzung zur freien Mitarbeit .....	34
B. Abgrenzung zu den freien Berufen .....	35
C. Abgrenzung zur Neuen Selbstständigkeit .....	37
<b>2. Kapitel: Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn .....</b>	<b>39</b>
§ 4 Vorbemerkungen .....	39
§ 5 Privatrechtlicher Schuldvertrag .....	44
A. Begriff .....	44
I. Vertragsparteien .....	46
II. Bezeichnung des Vertrages .....	48
III. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Arbeitsrecht .....	53
B. Erscheinungsformen .....	54
I. Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, öffentlich-rechtlichen Zwangsgewalten und Arbeitsleistungen kraft Gesetzes .....	54
II. Abgrenzung zur Begründung durch konstitutiven Verwal- tungsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag .....	55
1. Konstitutiver Verwaltungsakt .....	56
2. Verwaltungsrechtlicher Vertrag .....	56
C. Bedeutung .....	57
§ 6 Leistung von Arbeit .....	59
A. Begriff .....	59
B. Erscheinungsformen .....	60

	<i>C. Bedeutung</i> .....	62
§ 7	Gegenseitiges Dauerschuldverhältnis .....	63
	<i>A. Begriff</i> .....	63
	<i>B. Erscheinungsformen</i> .....	64
	I. Bestimmte und unbestimmte Vertragsdauer .....	67
	1. Bestimmte Vertragsdauer .....	67
	2. Unbestimmte Vertragsdauer .....	68
	3. Herrschaft über Vertragsdauer .....	68
	<i>C. Bedeutung</i> .....	70
§ 8	Entgeltlichkeit .....	72
	<i>A. Begriff</i> .....	72
	<i>B. Erscheinungsformen</i> .....	72
	I. Art der Gegenleistung .....	72
	II. Bemessung der Gegenleistung .....	74
	III. Lohnhöhe .....	76
	IV. Periodizität .....	77
	V. Verwaltung und Buchungsmodalitäten .....	77
	VI. Steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung .....	78
	<i>C. Bedeutung</i> .....	80
§ 9	Im Dienst des Arbeitgebers / Unselbstständigkeit .....	81
	<i>A. Begriff</i> .....	81
	I. <i>Ansatz in der Schweiz: Im Dienst des Arbeitgebers</i> .....	81
	II. <i>Ansatz in Deutschland: Persönliche Abhängigkeit</i> .....	82
	1. Abkehr von der Fremdnützigkeit .....	82
	2. Zuwendung zur persönlichen Abhängigkeit .....	83
	III. <i>Ansatz in den Vereinigten Staaten von Amerika: Kontrolle</i> .....	84
	IV. <i>Unselbstständigkeit als zu bevorzugender Begriff</i> .....	85
	<i>B. Ausprägungen</i> .....	88
	I. <i>Persönliche Unselbstständigkeit</i> .....	89
	1. <i>Begriff</i> .....	89
	2. <i>Erscheinungsformen</i> .....	89
	3. <i>Bedeutung</i> .....	92
	II. <i>Örtliche Unselbstständigkeit</i> .....	92
	1. <i>Begriff</i> .....	92
	2. <i>Erscheinungsformen</i> .....	93
	3. <i>Bedeutung</i> .....	95
	III. <i>Fachliche Unselbstständigkeit</i> .....	96
	1. <i>Begriff</i> .....	96
	2. <i>Erscheinungsformen</i> .....	97
	3. <i>Bedeutung</i> .....	98
	IV. <i>Organisatorische Unselbstständigkeit</i> .....	100

1. Begriff .....	100
2. Erscheinungsformen .....	102
a) Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern in einem hierarchischen System .....	102
b) Zielanweisungen .....	104
c) Berichtspflichten .....	104
d) Benutzung der Einrichtungen, Werkzeuge und Geräte des Arbeitgebers .....	105
e) Gleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers .....	106
f) Gleiche Tätigkeit .....	108
g) Einfachere und anspruchslose Tätigkeit .....	110
h) Änderung der Zusammenarbeit .....	112
i) Eingliederung ungeachtet der Räumlichkeiten .....	113
j) Benutzung von Daten des Arbeitgebers .....	115
3. Bedeutung .....	115
V. Zeitliche Unselbstständigkeit .....	117
1. Begriff .....	117
2. Erscheinungsformen .....	117
a) Im Allgemeinen .....	117
b) Traditionelle Vollzeitbeschäftigung / Nebentätigkeitsverbote .....	119
c) Lebensarbeitszeit .....	119
d) Jahresarbeitszeit .....	119
e) Schichtarbeit .....	120
f) Zielorientierte Arbeitszeit .....	120
g) KAPOVAZ bzw. Arbeit auf Abruf .....	120
h) Gleitende Arbeitszeit .....	123
i) Teilzeitarbeit .....	123
j) Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit .....	126
k) Jobsharing .....	127
l) Überzeit / Überstunden .....	128
m) Absenzen .....	129
3. Bedeutung .....	130
VI. Wirtschaftliche Abhängigkeit im weiteren Sinn .....	131
1. Begriff .....	131
a) Wirtschaftliche Unselbstständigkeit .....	132
b) Wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn .....	132
2. Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit .....	133
a) Tätigkeit für einen Arbeitsleistungsempfänger / Konventionalstrafe .....	133

b)	Kein Recht des Marktauftritts .....	135
c)	Keine Übernahme des Unternehmerrisikos.....	137
d)	Kapitaleinsatz .....	141
3.	Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Abhängigkeit im engeren Sinn: Entgeltabhängigkeit .....	143
4.	Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit im weiteren Sinn .....	144
5.	Eigene Ansicht: Anerkennung der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit.....	145
C.	<i>Bedeutung der Unselbstständigkeit bzw. des Im-Dienste-eines- Arbeitgebers-Stehens</i> .....	146
<b>3. Kapitel:</b>	<b>Lösung des Problems der Scheinselbstständig-keit im uneigentlichen Sinn.....</b>	<b>148</b>
§ 10	Anwendung arbeitsrechtlicher Schutz- vorschriften auf selbstständig Erwerbstätige .....	148
A.	<i>Arbeitnehmerähnliche Personen</i> .....	148
I.	Begriff.....	148
II.	<i>Bedeutung</i> .....	149
B.	<i>Innominatverträge</i> .....	151
I.	Einleitung.....	151
II.	Vertragsarten.....	151
1.	Gemischte Verträge .....	151
2.	Verträge eigener Art .....	152
3.	Zusammengesetzte Verträge.....	152
III.	Anerkennung von Innominatverträgen im Bereich von Verträgen auf Arbeitsleistung.....	152
IV.	Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen .....	153
V.	Bevorzugter Lösungsansatz.....	154
§ 11	Exkurs: Gesetz zur Scheinselbstständigkeit.....	155
A.	<i>Gesetz und Revision</i> .....	155
B.	<i>Geltungsbereich</i> .....	156
C.	<i>Bedeutung</i> .....	158
	<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>159</b>
	<b>Anhang 1: Schweizerische Rechtsprechung</b> .....	<b>160</b>
Fall 1:	Agenturvertrag.....	160
Fall 2:	Akquisiteurin für Werbebüro .....	160
Fall 3:	Alleinunterhalter.....	161
Fall 4:	Alleinvertrieb von Gummimatten .....	161
Fall 5:	Alleinverkauf von Nähmaschinen.....	162
Fall 6:	Architekt .....	162

Fall 7: Ärztebesuchervertrag.....	163
Fall 8: Arzt mit 60 Prozent-Pensum .....	164
Fall 9: Arztvisiten im Alterspflegeheim .....	165
Fall 10: Bademeister .....	166
Fall 11: Barmusiker.....	166
Fall 12: Basketballtrainer.....	167
Fall 13: Bauisoleur .....	168
Fall 14: Behindertenarbeit .....	168
Fall 15: Beratungsvertrag.....	170
Fall 16: Bürotätigkeit .....	171
Fall 17: Cabaretdancing-Orchester .....	172
Fall 18: Chefarzt am Rhätischen Kantonsspital .....	172
Fall 19: Clown.....	173
Fall 20: Direktionsagent.....	173
Fall 21: Direktor.....	174
Fall 22: Discjockey .....	174
Fall 23: Festschiessen .....	175
Fall 24: Fitness-Center-Angestellte .....	176
Fall 25: Fotomodell, Mannequins, Dressmen.....	176
Fall 26: Freie Fotografen/Journalisten.....	177
Fall 27: Freundnachbarliche Hilfeleistung .....	177
Fall 28: Führung eines Imbissstandes.....	178
Fall 29: Fussballtrainer .....	178
Fall 30: Gemeinsame Führung eines Restaurants .....	179
Fall 31: Generalsekretär/Corporate Secretary .....	180
Fall 32: Geschäftsführende Organe .....	180
Fall 33: Geschäftsführer.....	181
Fall 34: Gesellschafter .....	182
Fall 35: Gruppenverkaufsleiter .....	182
Fall 36: Heizungsinstallation .....	183
Fall 37: Journalist.....	184
Fall 38: Kassiererin .....	184
Fall 39: Kellner .....	185
Fall 40: Konkubinat .....	186
Fall 41: Kursleiter .....	188
Fall 42: Landwirt.....	189
Fall 43: Lastwagenchauffeur .....	190
Fall 44: Lastwagenchauffeur mit Lastwagenkauf .....	190
Fall 45: Magier.....	192
Fall 46: Management-Vertrag.....	192
Fall 47: Managing Director.....	193
Fall 48: Managing Director und einziger Verwaltungsrat .....	194



Fall 49: Mandatsvertrag .....	194
Fall 50: Nachtcluborchester .....	195
Fall 51: Nachtclubtänzerin .....	195
Fall 52: Opernsänger .....	196
Fall 53: Partnerschaftsvertrag .....	197
Fall 54: Platzwartvertrag .....	198
Fall 55: Praktikant beim Kanton Basel-Stadt .....	198
Fall 56: Rahmenvertrag .....	199
Fall 57: Rechtsanwalt .....	200
Fall 58: Restaurantorchester .....	201
Fall 59: Schauspieler .....	201
Fall 60: Schiffskapitän/Heuervertrag .....	202
Fall 61: Schneiderin .....	202
Fall 62: Schönheitszentrum .....	203
Fall 63: Servicemonteur .....	205
Fall 64: Taxifahrer .....	205
Fall 65: Teilhaber .....	206
Fall 66: Teilhabervertrag .....	206
Fall 67: Teilzeitvereinbarung .....	207
Fall 68: Telefonhostess .....	207
Fall 69: Umschulungsvertrag .....	209
Fall 70: Unterakkordant .....	210
Fall 71: Versicherungsvermittler .....	210
Fall 72: Verwaltungsratspräsident .....	211
Fall 73: Verwaltungsrat und Alleinaktionär .....	212
Fall 74: Verwaltungsrat und Geschäftsleiter .....	212
Fall 75: Werbeallrounderin .....	213
Fall 76: Wirtepatenthingabe .....	213
Fall 77: Wirtschafts- und Anlageberatung .....	214
Fall 78: Zentralbibliotheksangestellte .....	214
Fall 79: Zuzüger in einem Orchester .....	215
<b>Anhang 2: Schematische Übersicht der einzelnen Qualifizierungskriterien.....</b>	<b>216</b>
<b>Lebenslauf .....</b>	<b>221</b>

## **Literaturverzeichnis**

AEPPLI Daniel C./HOFFMANN Brigitte/THEISS Roland: Ausgesteuerte in der Schweiz. Ein Situationsbericht, Bern/Stuttgart/Wien 1998

ANGLIM Christopher Thomas: Labor, Employment, and the Law, Santa Barbara/Denver 1997

BAUDENBACHER Carl: Die Behandlung des Franchisevertrags im schweizerischen Recht, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. A., Bern 1992 (zit. BAUDENBACHER)

BAUDENBACHER Carl/ROMMÉ Olivier: Ausgewählte Rechtsprobleme des Franchising, in: FS Mélanges, Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 1 - 14 (zit. BAUDENBACHER/ROMMÉ)

BAUER Jobst-Hubertus/BAECK Ulrich/SCHUSTER Doris-Maria: Personengesellschaften, ein möglicher Weg aus der Scheinselbständigkeit, NZA 2000, S. 863 ff.

BAUER Jobst-Hubertus/DILLER Martin/LORENZEN Stefanie: Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, S. 169 ff.

BAUER Jobst-Hubertus/DILLER Martin/SCHUSTER Doris-Maria: Das Korrekturgesetz zur „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, S. 1297 ff.

BAUSCHKE Hans-Joachim: Auf dem Weg zu einem neuen Arbeitnehmerbegriff, RdA 1994, S. 209 – 215

BECKER Hermann: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Art. 1 - 183 OR, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1945 (zit. BECKER, Berner Kommentar, 1. Abt.)

- Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Art. 184 - 551 OR, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934 (zit. BECKER, Berner Kommentar, 2. Abt.)
  
- BECKER Rudolf: Die freie Mitarbeit. Beschäftigungsformen zwischen selbständigem Unternehmer und Arbeitnehmer, Berlin 1982 (zit. BECKER Rudolf)
  
- BERGER-DELHEY Ulf/ALFMEIER Klaus: Freie Mitarbeiter oder Arbeitnehmer, NZA 1991, S. 257 - 260
  
- BÖGENHOLD Dieter: Der Gründerboom. Realität und Mythos der neuen Selbständigkeit, Frankfurt/New York 1987
  
- BÖHRINGER Peter: Arbeitsrecht, ein Lehrgang für die Praxis, 2. A., Zürich 2001
  
- BOLLIER Gertrud E.: Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, 8. A., Wädenswil 2003
  
- BORN-SCHWEIZER Christoph: Freie Rundfunkmitarbeiter, rechtliche Probleme ihrer Stellung im Spannungsfeld zwischen Rundfunkrecht und Arbeitsrecht, Diss. Bern, Zürich 1985
  
- BROX Hans/RÜTHERS Bernd: Arbeitsrecht, 15. A., Stuttgart 2002
  
- BRÜHWILER Jürg: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 - 343 OR, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1996
  
- BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WAEBER Jean Bernard: Schweizerischer Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Kommentar zum Arbeits-vertragsrecht, Basel 1997
  
- BUCH Holger: Ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse, Scheinselbständigkeit und geringfügige Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt, Diss. Göttingen 1999
  
- BUCHER Eugen: Die Entstehung der Obligation, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. A., Basel 2003 (zit. BUCHER, Basler Kommentar)

BUCHNER Herbert: Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung – Gesetz zu „Korrekturen in der Sozialversicherung“, DB 1999, S. 146 (zit. BUCHNER)

- Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und Selbständigen – jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, NZA 1998, S. 1144 ff. (zit. BUCHNER, Recht)

BÜREN Bruno von: Der Auftrag. Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts, Diss. Zürich 1944

BÜRGI Wolfhart F.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilbd. b/2: Art. 698 - 738, Zürich 1969

DÖRNER Klemens/BAECK Ulrich: Die Vorschläge der Kommission „Scheinselbständigkeit“ – Geht der Alptraum weiter?, NZA 1999, S. 1136 ff.

DÖRNER Klemens/LUCZAK Stefan/WILDSCHÜTZ Martin: Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis, 3. A., Neuwied 2002

EICHENBERGER Thomas: Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit der Ärztin/des Arztes am Spital, AJP 2003, S. 1316 - 1328

FELLMANN Walter: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR, Bern 1992 (zit. FELLMANN, Berner Kommentar)

FORKER Hans-Joachim: Betriebsrisiken und Unternehmerrisiko, in: Festschrift für Wilhelm Rieger zum 85. Geburtstag, Stuttgart 1963, S. 237 - 255

FRANTZIOCH Petra: Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht: eine Untersuchung der rechtlichen Stellung von Selbständigen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, Diss. Hamburg 2000

GAUCH Peter/AEPLI Viktor/StÖCKLI Hubert: Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 2002

- GEISER Thomas: Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Erwin Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Freiburger Sozialrechtstag 1996, Bern 1996, S. 43 ff.
- GERBER Beat: Die Problematik der Scheinselbständigkeit im Lichte der bilateralen Verträge Schweiz–EG, Diplomarbeit Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht 1998/2000 bei Dieter W. Grossen, Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) (zit. GERBER Beat)
- GERBER Simon: Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen, Bern 2003 (zit. GERBER Simon)
- GOLDMAN Alvin L.: Labor and Employment Law in the United States, Boston/The Hague/London 1996
- GORETZKI Susanne/HOHMEISTER Frank: Scheinselbständigkeit – Rechtsfolgen im Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrecht, BB 1999, S. 635 ff.
- GRIEBELING Gert: Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, S. 1139 ff. (zit. GRIEBELING)
- GYGI Fritz: Verwaltungsrecht, Bern 1986
- HAMM Michael: Die vertragliche Stellung der freien Mitarbeiter in den Massenmedien, Diss. Zürich, Bern 1994
- HANAU Peter/ADOMEIT Klaus: Arbeitsrecht, 12. A., Neuwied/Kriftel 2000
- HANAU Peter/STRICK Kerstin: Zur aktuellen Diskussion um Scheinselbständigkeit. Qual der Wahl: Arbeitnehmer oder Selbständiger? AuA 1998, S. 185 ff.
- HARDER Wolfgang S.: Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Diss. Zürich, 2. A., Bern 2002
- HAUPT Susanne/WOLLENSCHLÄGER Michael: Virtueller Arbeitsplatz – Scheinselbständigkeit bei einer modernen Arbeitsorganisationsform, NZA 2001, S. 289 ff.

HEINZE Meinhard: Zum Merkmal der Selbständigkeit, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 849 ff.

HENRICI Horst: Der rechtliche Schutz für Scheinselbständige. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verlagsbereiches, Diss. Bremen 2001

HILGER Marie Luise: Zum „Arbeitnehmer-Begriff“, RdA 1989, S. 1 ff.

HILTY Reto M.: Freie Journalisten und Kollektivvertrag, AJP 1993, S. 1125 - 1127

HÖSLI Alwin: Schwarzarbeit. Ursachen, Formen, Zusammenhänge und Wirkungen illegaler Beschäftigung sowie Vorschläge zu deren substantieller Bekämpfung, Diss. Zürich 2002

HOHMEISTER Frank: Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung, NZA 1999, S. 337 ff. (zit. HOHMEISTER, Scheinselbständige)

- Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen eines vom Arbeitnehmer gewonnenen Statusprozesses, NZA 1999, S. 1009 ff. (zit. HOHMEISTER, Konsequenzen)
- Letztmals: Zur Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft bei vorsätzlich falscher Rechtsformwahl, NZA 2000, S. 408 ff. (zit. HOHMEISTER)

HOHMEISTER Frank/GORETZKI Susanne: Verträge über freie Mitarbeit, Heidelberg 1999

HROMADKA Wolfgang: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA 1997, S. 569 ff. (zit. HROMADKA)

- Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der neueren Gesetzesentwürfe, DB 1998, S. 195 ff. (zit. HROMADKA, Begriffsbestimmung)

- HROMADKA Wolfgang/MASCHMANN Frank: Arbeitsrecht, Bd. 1, Individualarbeitsrecht, 2. A., Berlin/Heidelberg u.a. 2002
- HÜBER Gerhard: Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer, Diss. Zürich 1975
- HUG Klaus: Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit: Ferienregelung und Lohnfortzahlung bei Krankheit, SJZ 70 (1974), S. 186 - 189
- HUNOLD Wolf: Subunternehmer und freie Mitarbeiter. Personaleinsatz ohne Arbeitgeberpflichten, 3. A., Freiburg i. Br. 1996 (zit. HUNOLD)
- Die Rechtsprechung zu Statusfragen, NZA-RR 1999, S. 505 ff. (zit. HUNOLD, Rechtsprechungsreport)
- IMBODEN Max: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
- KELLER Harald: Faktisches Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts?, NZA 1999, S. 1311 ff.
- KERSCHBAUMER Judith/TIEFENBACHER Torsten: Änderungen im Bereich Scheinselbständigkeit, AuR 1999, S. 121 ff.
- KOMMISSION ZUR SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT: Zwischenbericht vom 2. August 1999, NZA 1999, S. 1145 ff. (zit. ZWISCHENBERICHT)
- KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, Bern 1986 (zit. KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar)
- KRAMER Ralph: Die Scheinselbständigkeit und ihre individualarbeitsrechtlichen Folgen, Diss. Augsburg 1998
- KREUDER Thomas: Arbeitnehmereigenschaft und „neue Selbständigkeit“, AuR 1996, S. 386 ff.
- KUNZ Jürgen/KUNZ Petra: Scheinselbständig oder (arbeitnehmerähnlich-) selbständig?, DB 1999, S. 846 ff. (zit. KUNZ/KUNZ)

- Freie-Mitarbeiter-Verträge als Alternative zur Festanstellung?, DB 1993, S. 326 ff. (zit. KUNZ/KUNZ, Freie-Mitarbeiter-Verträge)

LAMPE Christian: Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten „Scheinselbständigkeit“, RdA 2002, S. 18 ff.

LANZ Raphael: Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, AJP 1997, S. 1463 - 1484

LEUCHTEN Alexius: Begründung von Arbeitsverhältnissen und ihre vertragliche Gestaltung, in: Ulrich Tschöpe (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, Köln 1998 (zit. LEUCHTEN)

LEUCHTEN Alexius/ZIMMER Mark: Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“ – Probleme in der Praxis, DB 1999, S. 381 ff. (zit. LEUCHTEN/ZIMMER)

LEUZINGER-NAEF Susanne: Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht, Soziale Sicherheit 1998, S 125 - 143

LIEB Manfred: Arbeitsrecht, 8. A., Heidelberg 2003 (zit. LIEB)

- Beschäftigung auf Produktionsdauer – selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, S. 210 ff. (zit. LIEB, Beschäftigung auf Produktionsdauer)

LINNENKOHL Karl: Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 1998, S. 45 ff.

LINNENKOHL Karl/KILZ Gerhard/RAUSCHENBERG Hans-Jürgen/REH Dirk A.: Der Begriff des Arbeitnehmers und die „informationelle“ Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Deregulierungsdiskussion im Arbeitsrecht, AuR 1991, S. 203 ff.

LÖWISCH Manfred: Arbeitsrecht, Ein Studienbuch, 5. A., Düsseldorf 2000

LOTMAR Philipp: Der Arbeitsvertrag, 2. A., hg. von Manfred Rehbinder, Berlin 2001

MEYER Udo: Werkvertragsunternehmer aus Osteuropa, BB 1993, S. 1428 ff.



MÜLLER Roland A.: Arbeitnehmerähnliche Personen. Rechtsprobleme der Scheinselbständigkeit, ArbR 2000, S. 21 ff.

MURER Erwin: Das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht im Gegenwind von Liberalisierung und Flexibilisierung, in: Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? Freiburger Sozialrechtstag 1996, Bern 1996

NIEBLER Michael/MEIER Horst/DUBBER Anja: Arbeitnehmer oder freie Mitarbeiter? Ein arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Leitfaden durch das Recht der Beschäftigungsverhältnisse. Grundlagen und Praxis des Arbeitsrechts Bd. 17, Berlin 1994

NIEPALLA Peter/DÜTEMAYER Jochen: Die vergangenheitsbezogene Geltendmachung des Arbeitnehmerstatus und Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers, NZA 2002, S. 712 ff.

OBERTHÜR Nathalie/LOHR Martin: Der Handelsvertreter im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, NZA 2001, S. 126 ff.

PAASCH Ulrich: Besser selbständig als abhängig beschäftigt?, Die Mitbestimmung 1987, S. 639 ff. (zit. PAASCH)

- Abhängige Selbständigkeit, WSI-Mitteilungen 1991, S. 216 ff. (zit. PAASCH, Abhängige Selbständigkeit)

PAPIER Hans-Jürgen: Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, S. 1 ff.

PIQUET Etienne: Die jüngste Zunahme der selbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz, Die Volkswirtschaft 1996, S. 64 - 69

PLANDER Harro: Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei? Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Baden-Baden 1990

PORTMANN Wolfgang: Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 (zit. PORTMANN)

- Flankierende Massnahmen zum Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Bilaterale Verträge

Schweiz–EG, Ein Handbuch, Zürich 2002 (zit. PORTMANN, Flankierende Massnahmen)

POSTLER Markus: Das Ende der Scheinselbständigkeit und gleichzeitig der freien Mitarbeiter?, NJW 1999, S. 925 - 927

PREIS Ulrich: Bürgerliches Gesetzbuch, in: Thomas Dieterich/Peter Hanau/Günter Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. A., München 2003

REHBINDER Manfred: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilbd. 2, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, Abschnitt 1, Einleitung und Kommentar zu Art. 319 - 330a OR, Bern 1985 (zit. REHBINDER, Berner Kommentar)

- Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilbd. 2, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, Abschnitt 2, Einleitung und Kommentar zu Art. 331 - 355 OR, Bern 1992 (zit. REHBINDER, Berner Kommentar)
- Rechtsfragen der Teilzeitarbeit, in: Manfred Rehbinder (Hrsg.): Flexibilisierung der Arbeitszeit, Bern 1987 (zit. REHBINDER, Teilzeitarbeit)
- Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002 (zit. REHBINDER, Arbeitsrecht)
- Über die Geburt des Arbeitsrechts aus dem Geiste der Rechtssoziologie. Die Pionierarbeit von Philipp Lotmar, ArbR 2002, S. 9 - 28 (zit. REHBINDER, Aufsatz)

REHBINDER Manfred/PORTMANN Wolfgang: Der Arbeitsvertrag, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. A., Basel 2003 (zit. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar)

REICH Markus: Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, in: Blaise Knapp et al. (Hrsg.), Problèmes

- actuels de droit fiscal, FS Oberson, Basel/Frankfurt am Main 1995, S. 115 - 140
- REIMANN Mathias/ACKMANN Hans-Peter: Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, München 1997
- REINECKE Gerhard: Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?, ZIP 1998, S. 581 ff.
- REISERER Kerstin: „Scheinselbständigkeit“ – Arbeitnehmer oder Selbständiger?, BB 1998, S. 1258 ff. (zit. REISERER, Scheinselbständigkeit)
- „Schluss mit dem Missbrauch der Scheinselbständigkeit“, BB 1999, S. 366 ff. (zit. REISERER, Schluss)
- REISERER Kerstin/FRECKMANN Anke/TRÄUMER Stefan: Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung. Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht, München 2002
- RICHARDI Reinhard/WLOTZKE Otfried: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Individualarbeitsrecht I, 2. A., München 2000
- ROLFS Christian: Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit – Neues Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger, NZA 2000, S. 188 ff.
- ROSENFELDER Ulrich: Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, Berlin 1982
- RUMPENHORST Elmar: Personalunion zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem im gleichen Unternehmen, NZA 1993, S. 1067 - 1069
- SCHAUB Günter: Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 10. A., München 2002
- SCHIEFER Bernd: Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte – Arbeitsrecht 1999 – oder: Zurück in die Vergangenheit, DB 1999, S. 48 ff.

SCHLIEMANN Harald: Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte Selbständigkeit?, RdA 1997, S. 322 - 326

SCHLUEP Walter R./AMSTUTZ Mark: Einleitung zu Art. 184 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. A., Basel 2003 (zit. SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar)

SCHLUEP Walter R./WERDER W.: Die Tankstellenverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, VII. Bd., Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse 2. Halbbd., Basel/Stuttgart 1979

SCHMIDT Bettina/SCHWERDTNER Peter: Scheinselbständigkeit. Arbeitsrecht – Sozialrecht, München 1999

SCHWEINGRUBER Edwin: Kommentar zum Arbeitsvertrag des schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Bern 1976

SIEGWART Alfred: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 4. Teil, Die Personengesellschaften, Art. 530 - 619 OR, Zürich 1938

SPITZENVERBÄNDE DER SOZIALVERSICHERUNG: Rundschreiben vom 20. Dezember 1999, NZA 2000, S. 190 - 198 (zit. RUNDSCHREIBEN)

STAEHELIN Adrian/VISCHER Frank: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, Zürich 1996 (zit. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar)

STAMM Marie-Louise: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977

STÖCKLI Jean-Fritz: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilbd., Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, 3. Abschnitt, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356 - 360 OR, Bern 1999 (zit. STÖCKLI, Berner Kommentar)

STOFFELS Markus: Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA 2000, S. 690 ff.

- STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag, OR 319 - 362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. A., Zürich 1993
- STUDENT Dietmar: Schöner Schein – Eine neue Selbständigkeit zweiter Klasse breitet sich in Deutschland aus – Zeichen wirtschaftlicher Flexibilität oder soziale Zeitbombe?, Wirtschaftswoche 1994, Heft 28, S. 21 ff.
- TOMANDL Theodor: Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, Wien/New York 1971
- TRAEGER Burkhard: Die Reichweite des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes, München 1981
- VISCHER Frank: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., Der Arbeitsvertrag, 2. A., Basel/Frankfurt A., M. 1994
- VONDERACH Gerd: Die „neuen Selbständigen“ – 10 Thesen zur Soziologie eines unvermuteten Phänomens, Mitteilungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1980, S. 153 ff.
- WANK Rolf: Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988 (zit. WANK)
- Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, S. 90 ff. (zit. WANK, Neue Selbständigkeit)
- WEIMAR Robert/GOEBEL Dietrich: Neue Grundfragen um Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige, ZIP 1999, S. 217 ff.
- WICKIHALDER Urs: Arbeitsrechtliche Aspekte des Outsourcing, in: IT-Outsourcing, ICT: Rechtspraxis, Zürich 2003
- WIEDEMANN Herbert: Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Kommentar, 6. A., München 1999
- WORZALLA Michael: Arbeitsverhältnis – Selbständigkeit, Scheinselbständigkeit, Neuwied/Kriftel/Berlin 1996

ZEUNER Albrecht: Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, S. 84 ff.

ZÖLLNER Wolfgang/LORITZ Karl-Georg: Arbeitsrecht, ein Studienbuch, 5. A., München 1998

ZUPPINGER Ferdinand: Die Abgrenzung zwischen dem Einkommen aus unselbständiger und dem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, in: FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 385 ff.

## **Materialien**

BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels<sup>bis</sup> des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241 - 467

BOTSCHAFT zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 VI 6128 - 7110

BOTSCHAFT zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 III 2245 - 2365

BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16. Januar 2002, BBl 2002 III 3605 - 3687

KURZBERICHT betreffend Empirische Befunde zur „Scheinselbständigkeit“, RdA 1997, S. 171 ff.

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abb.	Abbildung
ABR	(deutscher) Arbeitsrechtssenat; Aktenzeichen für Beschluss
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Düsseldorf)
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 26. Dezember 1946
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
A.L.R.	American Law Reports
ALV	Arbeitslosenversicherung
a. M.	anderer Meinung
AmtlBull NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (München)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
ArG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964
Art.	Artikel (im Singular oder im Plural)
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Titel seit 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Seit 1969: Sammlung der Eidgenössischen Gesetze
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AÜG	(deutsches) Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)



AVEG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956
AVIG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982
AZR	(deutscher) Arbeitsrechtssenat; Aktenzeichen für Revisionsurteile
BAG	(deutsches) Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Heidelberg)
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BetrVG	(deutsches) Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGB1.	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BGSA	(schweizerisches) Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
Bros.	Brothers
BSG	(deutsches) Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundessozialgerichts
BT	(deutscher) Bundestag
BVerwG	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht
BVG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern)
BVV 2	(schweizerische) Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
Cir.	Circuit
Co.	Company
Corp.	Corporation
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
DBG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990

D.C.	District of Columbia
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D.Md.	District of Maryland
D.N.J.	District of New Jersey
DOL	United States Department of Labor
E.	Erwägung
E.D.	Eastern District
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
Einl	Einleitung
EKG	Elektrokardiogramm
EntsG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz vom 25. September 1952
EOV	(schweizerische) Verordnung zur Erwerbsersatzordnung vom 24. Dezember 1959
ERISA	Employee Retirement Income Security Act
et al.	et alii
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVGer.	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EzA	(deutsche) Entscheidungssammlung zum Arbeitsgericht
F.	Federal Reporter
f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Fed.	Federal
Fn.	Fussnote
FLSA	Fair Labor Standards Act
FOH	Field Operations Handbook
FS	Festschrift
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
F. 3d	Federal Reporter, Third Series
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR	Kanton Graubünden

GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
hg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
Hosp.	Hospital
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
IHK	(deutsche) Industrie- und Handelskammer
Inc.	Incorporation
inkl.	inklusive
Ins.	Insurance
IT	Information Technology
ITC	Information & Communications Technology
IV	Invalidenversicherung
IVG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
KAPOVAZ	kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KSchG	(deutsches) Kündigungsschutzgesetz
LAG	(deutsches) Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der (deutschen) Landesarbeitsgerichte
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera
Md.	Maryland
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
Mktg.	Marketing
Mr.	Mister
Mut.	Mutual
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 2. September 1999
N	Note; Randnote
n	note
NBU	Nichtbetriebliche Unfallversicherung
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	Decisions and Orders of the National Labor Relations Board
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
Nr.	Nummer

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	(schweizerisches) Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pa.	Pennsylvania
PC	Personal Computer
PKW	Personenkraftwagen
plädoyer	plädoyer, Magazin für Recht und Politik
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PTT	(schweizerische) Post-, Telefon- und Telegrafengebiete
RdA	Recht der Arbeit (München)
Rdn.	Randnote
Rdnr.	Randnummer
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SAZ	Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung (Zürich)
S.D.	Southern District
S.D.N.Y.	Southern District of New York
seco	(schweizerisches) Staatssekretariat für Wirtschaft
SGB IV	(deutsches) Sozialgesetzbuch (4. Buch)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des (schweizerischen) Bundesrechts
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
StHG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990
Supp.	Supplement
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
Teilbd.	Teilband
Tex.	Texas
TVG	(deutsches) Tarifvertragsgesetz vom 25. August 1969
TzBfG	(deutsches) Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000

XXX

U.S.	United States; Entscheide des Federal Supreme Court
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
USD	United States Dollars
UstG	(deutsches) Umsatzsteuergesetz
UVG	(schweizerisches) Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981
v.	versus
Va.	Virginia
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VwGer.	Verwaltungsgericht
W.D.N.Y.	Western District of New York
WH	Wage and Hour
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
WUST	Wahenumsatzsteuer
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen der AHV und ihre Zweigstellen, die IV-Kommissionen und IV-Regional- stellen, die Durchführungsstellen der Ergänzungsleistungen zur AHV und IV, der Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige sowie der Familienzulagen (Bern)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Zug (Stadt und Kanton)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung



# Einleitung

Seit einigen Jahren befindet sich die Wirtschaft weltweit in einer eher schwierigen Lage. Nicht zuletzt um zu überleben, konzentrieren sich viele Unternehmen vermehrt auf die Produktivität und suchen nach Wegen, diese weiter zu steigern. Gleichzeitig wird das Augenmerk auf die eigene Kernkompetenz gerichtet. Dies führt vermehrt zur Auslagerung so genannter nichtstrategischer Aktivitäten. Eine seit längerem geübte Praxis ist das so genannte *Outsourcing*. Gewisse Aktivitäten werden an eine Drittpartei (selbstständige natürliche oder juristische Person) ausgelagert, welche diese effizienter und kostengünstiger ausführen kann. Insbesondere in diesem Zusammenhang tritt das Phänomen der Scheinselbstständigkeit in Erscheinung.

Ziel der folgenden Abhandlung ist es, dem Phänomen der Scheinselbstständigkeit auf den Grund zu gehen und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Solange das Phänomen nicht geklärt ist und dadurch die Risikoanalyse erschwert wird, besteht die Gefahr, dass Unternehmer andere, einfachere Massnahmen prüfen und allenfalls umsetzen. Eine denkbare Massnahme wäre das so genannte *Offshoring*. Statt an einen zumeist lokalen Drittpartner wie bei dem Outsourcing werden bei dem Offshoring dieselben Aufgaben und Aktivitäten in kostengünstigere geografische Regionen verlagert. Bevorzugte Offshoring-Regionen sind gegenwärtig Indien, die Philippinen, Malaysia, Osteuropa und Lateinamerika. Erste Anzeichen deuten darauf hin, dass das Offshoring mit rasanten Wachstumsraten von 25 Prozent bis 35 Prozent pro Jahr fortschreiten könnte. Damit würde das Phänomen Offshoring die Phänomene des Outsourcing und der Scheinselbstständigkeit bald einmal überholen und die kommenden Jahrzehnte prägen<sup>1</sup>.

Auf Grund der erwähnten Entwicklungstendenz muss es vor allem im Interesse des Arbeitnehmers bzw. Arbeitsleistungserbringers sein, die Arbeitstätigkeit im Inland zu behalten. Die nachfolgende Abhandlung soll dabei helfen, die Scheinselbstständigkeit zunächst zu „entmystifizieren“. Die vorgeschlagenen Lösungen könnten dann insbesondere die Arbeitgeber davon überzeugen, die Arbeitsleistung im Inland zu behalten und von einem Offshoring abzusehen.

---

<sup>1</sup> Vgl. WETZEL Patrick, Vom Outsourcing zum Offshoring, NZZ vom 10./11. Mai 2003, Nr. 107, S. 23.

# 1. Kapitel:

## Phänomen Scheinselbstständigkeit

Der erste Ansatz, das Phänomen der Scheinselbstständigkeit zu entmystifizieren, besteht in einer klaren Definition der Scheinselbstständigkeit.

### § 1 Definition Scheinselbstständigkeit

Es ist zwischen der *Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn* und der *Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn* zu unterscheiden.

#### A. *Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn*

Die Scheinselbstständigkeit wird weder in der Schweiz noch in Deutschland auf Gesetzesstufe definiert. Immerhin hat der schweizerische Bundesrat in der Botschaft zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit<sup>2</sup> die Scheinselbstständigkeit erwähnt. Bei dieser handelt es sich demnach um die Anstellung einer Person durch eine andere Person, um eine Arbeit als Selbstständiger zu verrichten, obwohl das Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen als Arbeitsvertrag qualifiziert werden müsste<sup>3</sup>. Diese Definition

---

<sup>2</sup> BBl 2002 III 3627, 3650.

<sup>3</sup> Folgende Autoren verwenden ähnliche Umschreibungen: GERBER, S. 4: Bezeichnung eines Beschäftigungsverhältnisses durch die Vertragsparteien als selbstständige Unternehmertätigkeit, obwohl es sich juristisch korrekt qualifiziert um ein abhängiges Arbeitsverhältnis handelt; HÖSLI, S. 90: Bei der Scheinselbstständigkeit wird der Arbeitnehmer als Unternehmer zur Herstellung einer Sache oder als Beauftragter zur Verrichtung einer Dienstleistung herangezogen, obschon das Vertragsverhältnis alle Eigenschaften eines Arbeitsvertrages aufweist; BROX/RÜTHERS, S. 16/17 Rdnr. 20: Es geht dabei um Tätigkeiten, die nur scheinbar selbstständig ausgeübt werden, während es sich in Wirklichkeit um Arbeitnehmertätigkeiten handelt; vgl. KRAMER, S. 16; DÖRNER/BAECK, S. 1137: Scheinselbstständigkeit liegt somit dann vor, wenn es sich zwar einerseits um abhängige Beschäftigte handelt, andererseits aber trotz der an sich insbesondere bestehenden Sozialversicherungspflicht im Sinne des § 7 Abs. 4 SGB IV tatsächlich keine Beiträge an die Sozialversicherungsträger und keine Lohnsteuer an das Finanzamt gezahlt werden; HANAU/ADOMEIT, S. 151 Rdn. 536: Wer abhängig arbeitet, obwohl er nach seinem Vertrag selbstständig ist, ist scheinselbstständig; HENRICI, S. 24: Damit werden Vertragsverhältnisse benannt, bei denen eine selbstständige Vertragsform gewählt wurde, obwohl von den Parteien de facto ein – wenn auch verdecktes – Arbeitsverhältnis praktiziert wird; GORETZKI/HOHMEISTER,



besticht durch ihre Kürze und Prägnanz. Sie ist als Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn zu verstehen. Zum besseren Verständnis ist die Definition ohne materielle Änderung noch zu verfeinern. So liegt *Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn* vor, wenn eine natürliche Person durch eine andere natürliche oder juristische Person angestellt wird, um insbesondere auf Grund eines jeweils angeblichen Werkvertrages, Auftrages<sup>4</sup>, Maklervertrages, Agenturvertrages<sup>5</sup>, einer Kommission<sup>6</sup>, eines Alleinvertriebsvertrages, Franchisevertrages<sup>7</sup>, Tankstellenpachtvertrages, eines anderen Innominatkontraktes oder im Rahmen einer angeblich einfachen Gesellschaft<sup>8</sup> Leistungen zu erbringen, obwohl das Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen als Arbeitsvertrag qualifiziert werden müsste. Ein solcher *Arbeitsvertrag* liegt nach der hier vertretenen Auffassung vor, wenn auf Grund eines privatrechtlichen Schuldvertrages in einem gegenseitigen Dauerschuldverhältnis Leistung von Arbeit gegen Entgelt vereinbart ist und diese Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und damit in Unselbstständigkeit<sup>9</sup> erbracht wird. Die Unselbstständigkeit kann in verschiedenen Ausprägungen, wie beispielsweise diejenige der persönlichen Unselbstständigkeit, der örtlichen

---

S. 635: Der Scheinselbstständigkeit liegt ein Vertragsverhältnis zugrunde, dessen Parteien sich als selbstständige Unternehmer eines Beschäftigungsverhältnisses ansehen, während zwischen ihnen in Wirklichkeit ein verdecktes Arbeitsverhältnis besteht; HOHMEISTER/GORETZKI, S. 134: Die Scheinselbstständigkeit betrifft damit ein Umgehungsgeschäft, bei dem der als freier Mitarbeiter bezeichnete Beschäftigte in Wirklichkeit nicht selbstständig tätig ist, sondern persönlich von seinem Auftraggeber abhängig ist; SCHAUB § 8 N 6: Von Scheinselbstständigkeit wird dann gesprochen, wenn Erwerbstätige nach der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen wie Selbstständige behandelt werden, tatsächlich jedoch wie abhängige Beschäftigte arbeiten und sich wegen ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit nicht von diesen unterscheiden; vgl. WORZALLA, N 405 ff. WANK nennt keine spezielle Definition der Scheinselbstständigkeit. Er benutzt den Begriff vielmehr in der Diskussion um die neue Selbstständigkeit.

<sup>4</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 6: Architekt; Fall 46: Management-Vertrag.

<sup>5</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 7: Ärztebesuchervertrag.

<sup>6</sup> Vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR.

<sup>7</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 62: Schönheitszentrum.

<sup>8</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 32: Geschäftsführende Organe; Fall 39: Kellner; Fall 40: Konkubinat; Fall 53: Partnerschaftsvertrag; Fall 65: Teilhaber.

<sup>9</sup> Das Kriterium *Unselbstständigkeit* wird (bisher) einzig gemäss der hier vertretenen Auffassung so bezeichnet. Im Gesetz ist ausdrücklich von *im Dienst des Arbeitgebers* die Rede. Statt vieler verwenden beispielsweise REHBINDER/PORTMANN die Umschreibung *Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation* (REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 319 OR). Diese Interpretation des gesetzlichen Wortlautes ist m. E. zu eng. Dazu hinten § 9.

Unselbstständigkeit, der fachlichen Unselbstständigkeit, der organisatorischen Unselbstständigkeit, der zeitlichen Unselbstständigkeit oder der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit, vorkommen.

Abzulehnen ist die zu einengende Ansicht von HÖSLI, wonach der angebliche Auftrag oder Werkvertrag simuliert sei<sup>10</sup>. Scheinselbstständigkeit liegt nicht nur dann vor, wenn die Vertragsparteien darüber einig sind, Dritten gegenüber den Schein einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu erwecken, deren Rechtswirkung (d. h. die Selbstständigkeit) sie gar nicht eintreten lassen wollen<sup>11</sup>; mit anderen Worten, wenn die Parteien im internen Verhältnis tatsächlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen waren<sup>12</sup>. Eine Scheinselbstständigkeit kann nicht nur bewusst gewollt vorliegen, sondern auch auf Grund eines Irrtums bestehen. Demnach sind folgende vier Fallkonstellationen vorstellbar: (1) Arbeitsleistungserbringer und Arbeitsleistungsempfänger befinden sich beide in einem Irrtum, (2) nur der Arbeitsleistungserbringer befindet sich in einem Irrtum, (3) nur der Arbeitsleistungsempfänger befindet sich in einem Irrtum, und (4) beide Parteien bezeichnen den Vertrag bloss zum Schein als selbstständiges Arbeitsverhältnis<sup>13</sup>. Scheinselbstständigkeit liegt unabhängig vom Beweggrund vor, weshalb ausdrücklich kein Arbeitsverhältnis eingegangen wurde, sobald das Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen als Arbeitsvertrag qualifiziert werden muss.

Hinsichtlich der Diskussion um die Scheinselbstständigkeit ist in Übereinstimmung mit WORZALLA<sup>14</sup> festzustellen, dass es sich bei dieser tatsächlich um eine Scheindiskussion handelt, denn ein Vertragsverhältnis ist entweder ein Arbeitsverhältnis oder kein Arbeitsverhältnis. Eine rechtliche

---

<sup>10</sup> HÖSLI, S. 34. Ähnlich einengend ist die eine Erscheinungsform der Scheinselbstständigkeit nach BUCHNER. Gemäss dieser sind Scheinselbstständige im eigentlichen Sinn nach der herkömmlichen Bewertung Arbeitnehmer, die die Zuordnung zum Arbeitsrecht nur durch eine die reale Struktur der Beziehung vertuschende Vertragsgestaltung oder Bezeichnung zu umgehen versuchen; BUCHNER, Recht, S. 1145.

<sup>11</sup> Zur Simulation vgl. statt vieler: GAUCH/AEPLI/STÖCKLI Art. 18 N 19 ff.

<sup>12</sup> Die gleiche Ansicht vertritt auch HOHMEISTER, indem er ausführt, dass die falsche Wahl der Rechtsform eines Mitarbeiterverhältnisses von beiden Parteien vorsätzlich und vor allem im Gegensatz zur Vertragsdurchführung getroffen werden kann; HOHMEISTER, S. 408.

<sup>13</sup> Vgl. insbesondere hinsichtlich der daraus folgenden arbeitsrechtlichen Folgen: LAMPE, S. 18 - 28.

<sup>14</sup> WORZALLA, N 405 f.

Grauzone dazwischen gibt es nicht<sup>15</sup>. Es gibt allenfalls in Randbereichen problematische Vertragskonstellationen, die nur schwer der einen oder anderen Seite zugeordnet werden können. Allein die Schwierigkeit der Zuordnung schafft jedoch keine rechtliche Grauzone, da rechtlich letztlich eine Zuordnung erfolgen kann und muss<sup>16</sup>.

Auch der schweizerische Bundesrat lehnt eine dritte Kategorie zwischen den Arbeitnehmenden und den Selbstständigerwerbenden ab<sup>17</sup>. In der Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG<sup>18</sup> legt der Bundesrat dar, dass er für die so genannten Scheinselbstständigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keine besonderen Massnahmen als erforderlich erachtet, da die schweizerische Rechtsordnung allfällige Probleme bezüglich der Qualifikation eines Arbeitsvertrages<sup>19</sup> zufrieden stellend zu lösen vermag<sup>20</sup>.

Der Begriff Scheinselbstständigkeit ist folglich kein Rechtsbegriff, sondern ein politischer bzw. rechtspolitischer Begriff<sup>21</sup>. So ist GRIEBELING recht zu geben, wenn er feststellt, dass es eine politisch mögliche Aussage ist, dass in der so genannten Grauzone Menschen durch vertragliche Fesseln derart in wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden, dass sie „eigentlich“ den Arbeitnehmern zugerechnet werden sollten. Juristisch ist aber (einzig) zu fragen, wer nach dem geltenden Recht Arbeitnehmer ist<sup>22</sup>. Gemäss Ansicht des schweizerischen Bundesrats sind dazu die gesetzgeberischen Mittel vorhanden und ausreichend<sup>23</sup>. Es ist immerhin nicht zu verkennen, dass sich der Begriff der Scheinselbstständigkeit zur Umschreibung eines rechtstatsächlich vorhandenen,

---

<sup>15</sup> Ähnlich HOHMEISTER, Scheinselbstständige, S. 338: Der Begriff Scheinselbstständigkeit hat keine eigene rechtliche Bedeutung. Denn wer nur zum Schein selbstständig ist, ist in Wirklichkeit Nichtselbstständiger und damit Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne.

<sup>16</sup> WORZALLA, N 405 f.; DÖRNER/BAECK, S. 1137, mit weiteren Nachweisen.

<sup>17</sup> Vgl. BBl 2002 III 3629.

<sup>18</sup> BBl 1999 VI 6400.

<sup>19</sup> Im Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (so genanntes Entsendegesetz „EntsG“) wird nämlich festgehalten, dass sich der Arbeitnehmerbegriff nach schweizerischem Recht bestimmt: Art. 1 Abs. 2 EntsG; vgl. GERBER Simon, S. 15.

<sup>20</sup> Vgl. GERBER Simon, a.a.O.

<sup>21</sup> DÖRNER/BAECK, S. 1137; vgl. SCHLIEMANN, S. 322; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1258.

<sup>22</sup> GRIEBELING, S. 1143.

<sup>23</sup> BBl 2002 III 3628.

also nicht zu bestreitenden Phänomens durchgesetzt hat<sup>24</sup>. Nichtsdestotrotz wird mit dem Begriff Scheinselbstständigkeit kein neuer juristischer Status umschrieben. Die Erwerbstätigkeit unter dem Titel der Scheinselbstständigkeit ist und bleibt rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Nicht Gegenstand der Definition des Scheinbegriffs der Scheinselbstständigkeit, sondern vielmehr Teil der tatsächlich relevanten Definition des Arbeitsvertrages müssen m. E. dessen Qualifikierungskriterien sein. So sind sämtliche Versuche einer Definition der Scheinselbstständigkeit, die entsprechende Qualifikierungskriterien enthalten<sup>25</sup>, abzulehnen. Hinsichtlich der Definition von REHBINDER<sup>26</sup> ist zu bemerken, dass seine Umschreibung dazu verleitet, die Begriffe *arbeitnehmerähnliche Person* und *Scheinselbstständigkeit* als Synonyme zu gebrauchen<sup>27</sup>. Die beiden Begriffe sind m. E. strikt auseinander zu halten. Wie noch zu erläutern ist<sup>28</sup>, handelt es sich bei der Rechtsfigur der *arbeitnehmerähnlichen Person* niemals um ein Arbeitsverhältnis. Gerade bei der Scheinselbstständigkeit liegt nach der hier vertretenen Auffassung stets ein Arbeitsverhältnis vor. Entsprechend anders ist die Definition von REHBINDER, wenn dieser das Fehlen der *Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation* und damit das Fehlen der *persönlichen Abhängigkeit* hinsichtlich der Bejahung einer Scheinselbstständigkeit fordert. MÜLLER bindet seine Definition<sup>29</sup> eng an diejenige von REHBINDER an<sup>30</sup>. Deutlicher hält er fest, dass der privatrechtliche Vertrag bei der Scheinselbstständigkeit kein Arbeitsvertrag ist, weil ihm eines der

---

<sup>24</sup> Vgl. BBl 2002 III 3629; DÖRNER/BAECK, S. 1137; SCHLIEMANN, S. 322 („Kampfbegriff“); HROMADKA 569; KREUDER, S. 386.

<sup>25</sup> Statt vieler: REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 25; MÜLLER, S. 23; HARDER, S. 29.

<sup>26</sup> Gemäss REHBINDER spricht man von arbeitnehmerähnlichen Personen oder Scheinselbstständigen, wenn durch einen privatrechtlichen Vertrag eine persönliche Dienstleistungspflicht begründet wird, die nicht unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit in persönlicher Abhängigkeit, wohl aber in starker wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht werden muss; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 25.

<sup>27</sup> Vgl. GERBER, S. 14 Fn. 544; MÜLLER, S. 21 ff., verwendet die Begriffe als Synonyme.

<sup>28</sup> Dazu hinten § 10 A.

<sup>29</sup> Nach MÜLLER sind unter arbeitnehmerähnlichen bzw. scheinselbstständigen Personen solche zu verstehen, die sich auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, der nicht Arbeitsvertrag ist, zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet haben und von ihrem „Auftraggeber“ wirtschaftlich abhängig sind; MÜLLER, S. 23.

<sup>30</sup> Damit betrachtet MÜLLER, ohne dies explizit auszusprechen, den Begriff der Scheinselbstständigkeit ebenfalls als Synonym für eine „arbeitnehmerähnliche Person“; vgl. GERBER Simon, S. 13.

Begriffselemente (1) Arbeit auf Zeit (2) in einem Dauerschuldverhältnis (3) gegen Entgelt (4) bei der Unterstellung unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers fehlt<sup>31</sup>. Bei der hier vertretenen Ansicht darf gerade keines dieser Elemente fehlen.

Der Vorschlag HARDERS sowie verschiedener deutscher Autoren<sup>32</sup>, die Begriffe *Scheinselbstständigkeit* und *Neue Selbstständigkeit* als Synonyme zu gebrauchen, ist ebenfalls abzulehnen. Die Wortwahl *Neue Selbstständigkeit* suggeriert nämlich fälschlicher Weise, dass es sich bei Scheinselbstständigen um tatsächlich Selbstständige handelt<sup>33</sup>. Gerade dies ist bei der Scheinselbstständigkeit nicht der Fall, denn ein Scheinselbstständiger ist stets ein Arbeitnehmer<sup>34</sup>. Folglich ist das einzig richtige und ebenso wertneutrale Synonym für *scheinselbstständiger Arbeitnehmer* bzw. für *Scheinselbstständigkeit: Arbeitsverhältnis*.

## *B. Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn*

In Anlehnung an WORZALLA<sup>35</sup> umfasst gemäss der hier vertretenen Auffassung in Ergänzung zur erwähnten Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn die *Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn* Vertragsverhältnisse, bei denen zwar auf Grund der Qualifizierungskriterien kein Arbeitsvertrag vorliegt, jedoch arbeitsrechtliche Schutzvorschriften ausnahmsweise auf selbstständige Erwerbstätige angewendet werden sollten.

Dies ist m. E. nicht über eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs zu erreichen. In Deutschland bietet bereits die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person eine taugliche Alternative. In der Schweiz hat das Bundesgericht mit der Anerkennung von Arbeitsleistungsverträgen *sui generis* ebenfalls eine interessante neue Möglichkeit eröffnet.

HARDER stellt in seinem Vortrag<sup>36</sup> die Schaffung eines Verhaltenskodex mit Minimalstandards für freie Mitarbeiter zur Diskussion. Auf diesem Wege sollte dieser Gruppe von Selbstständigen ein ähnlicher Schutz wie den Arbeitnehmern zukommen. M. E. sollte auf einen solchen Kodex verzichtet

---

<sup>31</sup> MÜLLER, S. 23, Fn. 11.

<sup>32</sup> Vgl. die Verweise bei HENRICI, S. 25, Fn. 5, und KRAMER, S. 2.

<sup>33</sup> PLANDER, S. 46.

<sup>34</sup> Ebenso BUCH, S. 21, HENRICI, S. 26, KRAMER, S. 16.

<sup>35</sup> WORZALLA, N 407.

<sup>36</sup> Vortrag vom 20. November 2002 an der Universität Zürich, organisiert vom Institut für Schweizerisches Arbeitsrecht.

werden. Vielmehr könnte der vom Bundesgericht im erwähnten Entscheid eröffnete Weg beschritten werden, um so den Schutz des bestehenden Arbeitsrechts teilweise auf Nichtarbeitnehmer auszudehnen. Die Neuschaffung eines Kodex würde wohl eher zu einer weiteren unnötigen Komplizierung der Problematik führen.

Zusammenfassend lässt sich die Scheinselbstständigkeit grafisch wie folgt darstellen:

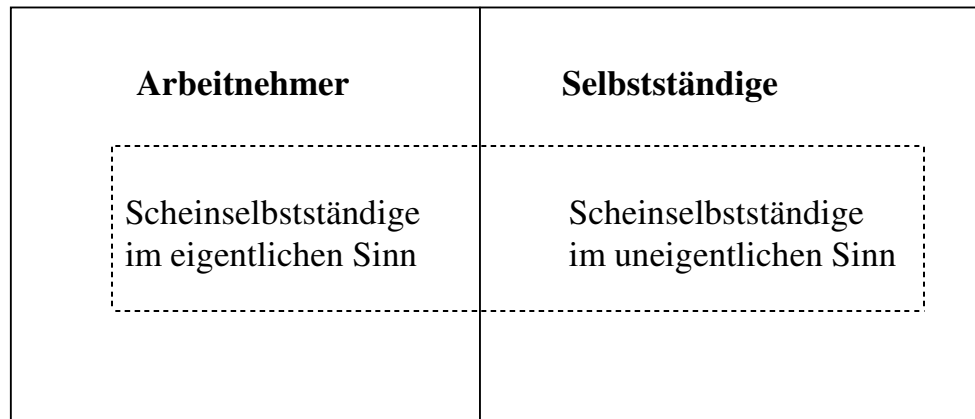


Abb.: Grafische Einordnung der Scheinselbstständigkeit<sup>37</sup>

Wenn immer in der Folge die Wortwahl *Scheinselbstständigkeit* verwendet wird, ist stets von der *Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn* auszugehen.

---

<sup>37</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 18.

## § 2 Problematik Scheinselbstständigkeit

### A. Ausgangslage

Bei Verträgen auf Arbeitsleistungen<sup>38</sup> stehen sich rechtsethisch unterschiedlich einzuordnende Leistungen und Gegenleistungen gegenüber. Die Einstufung dieser Leistungen mag sich in den letzten Jahrzehnten verändert haben, sei dies generell oder nur hinsichtlich einzelner Berufsgruppen. LOTMAR<sup>39</sup> hob vor gut 100 Jahren hervor, dass Arbeitsleistungen als Äusserungen menschlicher Persönlichkeit auf der ethischen Stufe höher stünden als die Vermögensleistung, die im Arbeitsvertrag als Entgelt dafür versprochen werde. Auf Grund dieser rechtsethischen Maxime habe sich der moderne Gesetzgeber zu entscheiden, ob er in der lebendigen Arbeit oder im toten Besitz das höhere Gut der bürgerlichen Gesellschaft erblicke und ob er in dem bis zu ihm dringenden Kampf zwischen dem arbeitslosen Besitz und der besitzlosen Arbeit auf die schwächere Seite zu treten den Mut habe<sup>40</sup>. Insbesondere die Gesetzgeber der Schweiz und von Deutschland haben diese rechtsethische Maxime berücksichtigt, indem sie seither ein Arbeitsrecht geschaffen und weiterentwickelt haben, das den Erbringer der ethisch höher stehenden Leistung vergleichsweise rechtlich besser stellt.

LOTMAR hatte versucht, sämtliche Verträge auf Arbeitsleistungen unter dem Begriff Arbeitsvertrag zu erfassen<sup>41</sup>. Die Problematik der Scheinselbstständigkeit wäre bei seinem Modell nie aufgekommen. Sämtliche Verträge auf Arbeitsleistungen wären Arbeitsverträge gewesen<sup>42</sup>. Eine besondere Schutzbedürftigkeit sollten aber die Arbeitsleistungserbringer bei „proletarischen“ Verträgen haben. Mit anderen Worten sollten diejenigen besser

---

<sup>38</sup> Aus schweizerischer Sicht handelt es sich hierbei um einen Oberbegriff, der sämtliche Vertragsarten umfasst, bei denen Arbeit zu leisten ist; vgl. Art. 394 Abs. 2 OR; STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 319 OR.

<sup>39</sup> LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Bd. I, Leipzig 1902.

<sup>40</sup> LOTMAR, S. 31, mit weiteren Verweisen.

<sup>41</sup> LOTMAR, S. 28: Damit hat er aus heutiger Sicht einen der lehrreichsten Irrtümer begangen.

<sup>42</sup> Vgl. ZEUNER, S. 84.

geschützt werden, die wirtschaftlich abhängig waren<sup>43</sup>. Die heutigen Arbeitnehmerschutzrechte<sup>44</sup> der Schweiz und Deutschlands schützen wohl denjenigen besser, der abhängig und unselbstständig Arbeit leistet<sup>45</sup>. Erstaunlicherweise ist die wirtschaftliche Abhängigkeit aber irrelevant<sup>46</sup>.

Vor allem in Deutschland war in den letzten Jahren des vorangegangenen Jahrhunderts in der Tagespresse oft zu lesen, dass die Scheinselbstständigkeit „boome“. Dabei wurde an den Arbeitgeber vermehrt der Vorwurf gerichtet, dass er die Scheinselbstständigkeit favorisiere, um den zwingenden Vorschriften des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts zu entgehen<sup>47</sup>. Im folgenden Meinungsaustausch um die Scheinselbstständigkeit fand der Begriff mehr und mehr Einzug in die juristischen Auseinandersetzungen. Hier bezieht sich die Scheinselbstständigkeit auf die Diskussion über die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnissen einerseits und selbstständigen Tätigkeiten andererseits<sup>48</sup>.

Je nach Lage oder Standpunkt des Autors wird die Abgrenzungsproblematik unter anderen Schlagwörtern erörtert. So wird insbesondere unter dem Titel *Flucht aus dem Arbeitsverhältnis* die Problematik der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis diskutiert<sup>49</sup>. Normal ist in Zeiten der Hochkonjunktur die unbefristete Vollzeitbeschäftigung. Diese gilt als normatives Leitbild<sup>50</sup>. Dem Normalarbeitsverhältnis stehen so genannte atypische<sup>51</sup> Beschäftigungsverhältnisse wie insbesondere Teilzeitbeschäftigungen, Arbeit auf Abruf und befristete Arbeitseinsätze gegenüber. Diese werden ebenfalls unter den Begriff *Flexibilisierung des Arbeitsvertrages* subsumiert<sup>52</sup>. Normalarbeitsverhältnisse werden öfters auch durch Leiharbeitsverhältnisse ersetzt<sup>53</sup>.

Unter den Titeln *Flucht aus dem Arbeitsverhältnis* und *Scheinselbstständigkeit* wird aus dem Blickwinkel des

---

<sup>43</sup> REHBINDER, Über die Geburt des Arbeitsrechts aus dem Geiste der Rechtssoziologie. Die Pionierarbeit von Philipp Lotmar, ArbR 2002, S. 9 ff., insbesondere S. 27.

<sup>44</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 3.

<sup>45</sup> ZEUNER, S. 84.

<sup>46</sup> Dazu hinten § 9 B VI.

<sup>47</sup> REISERER/FRECKMANN/TRÄUMER, S. 3, Rz. 1.

<sup>48</sup> REISERER/FRECKMANN/TRÄUMER, S. 3, Rz. 2.

<sup>49</sup> Vgl. MURER, S. 25.

<sup>50</sup> Vgl. LEUZINGER-NAEF, S. 125 ff.

<sup>51</sup> Vgl. BÖHRINGER, S. 13 f.

<sup>52</sup> HARDER, S. 37, mit weiteren Verweisen.

<sup>53</sup> Vgl. HARDER, S. 38.



Arbeitsleistungserbringers m. E. seit einigen Jahren das Phänomen diskutiert, dass dieser sich aus unterschiedlichen Gründen erst von einem Arbeitsverhältnis distanziert und anschliessend wieder den Schutz des Arbeitsverhältnisses anstrebt. Mit anderen Worten ist die grosse Masse der Fälle der Scheinselbstständigkeit so gelagert, dass der einzelne Arbeitsleistungserbringer zunächst die Freiheit weg vom Arbeitsverhältnis wählt bzw. dies als eine anzustrebende Herausforderung empfindet. Wenn sich die Selbstständigkeit dann nicht als wirtschaftlich so erfolgreich herausstellt wie erhofft oder angenommen, oder wenn bei fortschreitendem Lebensalter die ersten erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen zu verzeichnen sind, wird gerne wieder der Schutz des Arbeitsrechts gesucht. Weitere typische Anlässe für die Anstrebung eines Arbeitsverhältnisses sind die Beendigung der Beschäftigung oder die Reduzierung ihres Umfangs, die Angst vor zukünftiger Arbeitslosigkeit oder auch das Bestreben, eine betriebliche Altersversorgung zu erhalten<sup>54</sup>. Insofern geht es dem Arbeits- und Sozialrecht nicht anders als anderen Schutzgesetzen: Ist man stark, meint man, auf deren Schutz verzichten zu können, fühlt man sich schwach, wird deren Schutz gesucht<sup>55</sup>.

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen ist dann um so entscheidender. Sie ist aber umstritten, seit es ein Arbeitsrecht gibt<sup>56</sup>. Die Unterscheidung gehört zu den fundamentalsten und schwierigsten Aufgaben des Arbeitsrechts. Die Praxis hat bestimmte Kriterien zur Abgrenzung beider Gruppen entwickelt. In den letzten Jahren hat die Diskussion um die Scheinselbstständigkeit Befürchtungen und zugleich Hoffnungen geweckt, dass die Grenzlinie neu gezogen werden könnte<sup>57</sup>. Vor allem in Deutschland fragt die jüngere Rechtslehre nach dem Normzweck arbeitsrechtlicher Regeln. Sie sucht eine Definition, die einen Sinnzusammenhang zwischen der Tatbestandseite – wer ist Arbeitnehmer? – und der Rechtsfolgeseite – ist Arbeitsrecht anwendbar? – herstellt<sup>58</sup>. WANK geht aus heutiger Sicht<sup>59</sup> am weitesten, indem er das Bundesarbeitsgericht auffordert, das zentrale Kriterium der persönlichen Abhängigkeit aufzugeben.

Die Problematik der Scheinselbstständigkeit zeigt sich – wie erwähnt – bei der Qualifizierung einer Arbeitsleistung als Arbeitsverhältnis oder als

---

<sup>54</sup> Vgl. NIEPALLA/DÜTEMEYER, S. 712; zu den Motiven vgl. hinten § 2 C.

<sup>55</sup> Vgl. SCHLIEMANN, S. 322.

<sup>56</sup> WANK, Neue Selbständigkeit, S. 90.

<sup>57</sup> HANAU/STRICK, S. 185.

<sup>58</sup> GRIEBELING, S. 1142, REINECKE, S. 585.

<sup>59</sup> WANK geht im Vergleich zu LOTMAR nicht so weit, da er an einem dualen Modell festhält; vgl. dazu WANK, S. 389.

selbstständige Erwerbstätigkeit<sup>60</sup>, v. a. wenn eine Flucht aus dem Arbeitsrecht versucht wird<sup>61</sup>. Zwar ist für die meisten Erwerbstätigen eine Zuordnung zu der einen oder anderen Kategorie problemlos möglich; aber die Zahl der Fälle, in denen die Zurechnung Zweifel aufwirft, nimmt zu<sup>62</sup>. Das zivilrechtliche Arbeitsverhältnis ist als im schweizerischen Obligationenrecht und damit als gesetzlich geregeltes Vertragsverhältnis auf Grund der in dieser Abhandlung näher vorgestellten Kriterien zu ermitteln. Die selbstständige Erwerbstätigkeit lässt sich demgegenüber nicht auf ein einzelnes Vertragsverhältnis reduzieren<sup>63</sup>. Auf Vertragsverhältnisse, die nicht eindeutig einer gesetzlich geregelten Vertragsart zuzuordnen sind, musste ursprünglich gemäss Bundesgericht Auftragsrecht angewendet werden<sup>64</sup>. Diese Regelung wurde in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgegeben<sup>65</sup>, sodass auch ein Vertrag *sui generis* nicht mehr ausgeschlossen wird<sup>66</sup>. Zusammengefasst kann die selbstständige Erwerbstätigkeit somit insbesondere als Werkvertrag, Auftrag<sup>67</sup>, Maklervertrag, Agenturvertrag<sup>68</sup>, Kommission<sup>69</sup>, Alleinvertriebsvertrag,

---

<sup>60</sup> Vgl. HARDER, S. 71 f.

<sup>61</sup> Vgl. WANK, Neue Selbständigkeit, S. 90.

<sup>62</sup> WANK, Neue Selbständigkeit, S.90.

<sup>63</sup> Vgl. WANK, S. 5, hinsichtlich des deutschen Rechts: „Eine für das gesamte Arbeitsrecht verbindliche Legaldefinition des Selbstständigen im Gegensatz zum Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerähnlichen gibt es nicht.“

<sup>64</sup> BGE 99 II 393, 397.

<sup>65</sup> BGE 115 II 108 ff.; BGE 118 II 157, 163 f.

<sup>66</sup> Vgl. Obergericht Basel-Landschaft, Urteil vom 19. November 1996 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichtes Arlesheim vom 7. September 1995), in: JAR 1998, S. 100 ff.

<sup>67</sup> Anzumerken ist, dass Arbeitsleistungen im Rahmen eines konkreten Vertrages zivilrechtlich als Auftrag qualifiziert werden können, während gleichzeitig die Einkünfte öffentlichrechtlich, beispielsweise bei der AHV, als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit behandelt werden; BGE 95 I 21; dazu hinten Anhang 1: Fall 15: Beratungsvertrag; Fall 61: Schneiderin. Vergleichbares gilt hinsichtlich des SchKG: So stellt beispielsweise das BGer ausdrücklich klar, dass das konkursrechtliche Privileg nicht auf formell unter den Begriff des Arbeitnehmers fallende Personen auszudehnen ist; BGE 118 III 46; dazu hinten Anhang 1, Fall 33: Geschäftsführer. Hinsichtlich der Abgrenzung Arbeitsvertrag/Auftrag hinten Anhang 1: Fall 6: Architekt; Fall 46: Management-Vertrag.

<sup>68</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 7: Arztbesuchervertrag.

<sup>69</sup> Vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR.

Franchisevertrag<sup>70</sup>, Tankstellenpachtvertrag, anderer Innominatkontrakt oder einfache Gesellschaft<sup>71</sup> ausgestaltet sein.

Begrifflich ist zu berücksichtigen, dass die Gegenüberstellung von *Arbeitsverhältnis* und *Selbstständigkeit* nicht präzise ist. Einen Gegenbegriff zu *Arbeitsverhältnis* gibt es nicht. Gegenbegriff zu *Selbstständigkeit* ist *Nichtselbstständigkeit* bzw. *Unselbstständigkeit*. Die *Nichtselbstständigkeit* bzw. *Unselbstständigkeit* bedeutet schliesslich nicht zwangsläufig *Arbeitsverhältnis*<sup>72</sup>.

## **B. Praktische Bedeutung**

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der Problematik der Scheinselbstständigkeit lediglich um ein theoretisches Problem handelt, da nur wenige Arbeitsleistungserbringer tatsächlich betroffen sind.

Hinsichtlich der Lage in der Schweiz hat sich der Bundesrat im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit<sup>73</sup> über die Scheinselbstständigkeit geäussert. Es handele sich dabei um ein wichtiges und reelles Problem, das den Markt in schwerwiegender Weise stört, indem es den normalen Wettbewerb verfälscht<sup>74</sup>. Auch wenn dem Bundesrat grundsätzlich zugestimmt werden kann, so fehlen hinsichtlich der Häufigkeit der Scheinselbstständigkeit in der Schweiz weitestgehend klare Angaben. Es kann einzig auf die schweizerische Arbeitskräfteerhebung zurückgegriffen werden. In Deutschland wurde im Gegensatz zur Schweiz eine spezifische empirische Erhebung zur Ermittlung hinsichtlich der Existenz der Scheinselbstständigkeit durchgeführt.

## **I. Schweizerische Arbeitskräfteerhebung**

Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung<sup>75</sup> ist eine Stichprobenerhebung, die seit 1991 jährlich im zweiten Quartal bei den Haushalten durchgeführt wird. Die Stichprobe basierte zunächst auf rund 16'000 Haushalten, ab 2002 auf

---

<sup>70</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 62: Schönheitszentrum.

<sup>71</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 32: Geschäftsführende Organe; Fall 39: Kellner; Fall 40: Konkubinat; Fall 53: Partnerschaftsvertrag; Fall 65: Teilhaber.

<sup>72</sup> Vgl. WORZALLA, N 10.

<sup>73</sup> BBl 2002 III 3605 ff.

<sup>74</sup> BBl 2000 III 3627.

<sup>75</sup> Nachfolgend SAKE genannt.

40'000 Haushalten. Die Haushalte werden per Zufallsverfahren aus dem Schweizer Telefonverzeichnis gezogen. In diesen Haushalten wird, wiederum per Zufallsprinzip, eine mindestens 15-jährige Person ausgewählt und anschliessend über ihre Erwerbstätigkeit und persönliche Situation befragt.

### *1. Fragen hinsichtlich der Scheinselbstständigkeit*

Seit dem Jahr 2001 werden bei der SAKE Fragen gestellt, die einen Rückschluss auf die Anzahl der Scheinselbstständigen zulassen könnten. Gemäss der hier vertretenen Meinung stellen folgende Fragen taugliche Ansätze dar: (1) Können Sie Ihre Arbeitsmethoden und den Zeitpunkt für die Ausführung von Ihrer Arbeit selber bestimmen?<sup>76</sup>; (2) schaffen Sie in der Regel nur für einen Auftraggeber/Kunden?<sup>77</sup>; (3) sind Sie vor Ihrer jetzigen Tätigkeit bei diesem Auftraggeber/Kunden angestellt gewesen?<sup>78</sup>; (4) Existiert mit diesem Auftraggeber/Kunden eine langfristige Arbeitsvereinbarung?<sup>79</sup>. Leider wurden von der SAKE bisher lediglich die Rohdaten ermittelt, in der Folge aber nicht ausgewertet. So kann bei den Publikationen der SAKE im Hinblick auf die vorliegende Abhandlung einzig hilfsweise auf die Auswertungen betreffend Anzahl Arbeitnehmer, Selbstständiger und Erwerbsloser<sup>80</sup> zurückgegriffen werden.

### *2. Anzahl Arbeitnehmer, Selbstständiger und Erwerbsloser*

Gemäss der aktuellsten Erhebung<sup>81</sup> waren im Jahr 1991 in der Schweiz insgesamt 3'768'000 Erwerbstätige, davon 3'041'000 Arbeitnehmer und 432'000 Selbstständige, und 68'000 Erwerbslose zu verzeichnen. Hinsichtlich des zahlenmässigen Verhältnisses zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen waren somit siebenmal mehr Erwerbstätige Arbeitnehmer als Selbstständige. Bis ins Jahr 1994 stieg die Zahl der Erwerbslosen um 82'000 auf 150'000

---

<sup>76</sup> Frage Nr. 216 der Arbeitskräfteerhebung 2001; vgl. dazu hinten § 9 B. III. und § 9 B. V.

<sup>77</sup> Frage Nr. 217 der Arbeitskräfteerhebung 2001; vgl. dazu hinten § 9 B. VI. 2. a).

<sup>78</sup> Frage Nr. 218 der Arbeitskräfteerhebung 2001; vgl. dazu hinten § 9 B. IV. 2. h).

<sup>79</sup> Frage Nr. 219 der Arbeitskräfteerhebung 2001; vgl. dazu hinten § 7.

<sup>80</sup> Die Anzahl der Erwerbslosen ist insofern interessant, um zu prüfen, ob der Anstieg der Zahl der Selbstständigen parallel mit dem Anstieg der Zahl der Erwerbslosen verläuft, was eine Flucht aus der Arbeitslosigkeit in die Scheinselbstständigkeit belegen könnte.

<sup>81</sup> SAKE 2002, S. 13.

Erwerbstätige, und die Zahl der Erwerbstätigen reduzierte sich um 50'000 auf 3'718'000 Erwerbstätige. Von diesen Erwerbstätigen waren 2'961'000 Arbeitnehmer und 460'000 Selbstständige, d. h. nur noch gut 6,5-mal mehr Arbeitnehmer als Selbstständige. Seit 1995 nahm die Anzahl der Erwerbstätigen, mit Ausnahme des Jahres 1997, stetig zu. Die Zahl der Erwerbslosen befand sich mit 162'000 Erwerbslosen im Jahr 1997 auf ihrem Höchststand. Sie nahm danach bis ins Jahr 2001 kontinuierlich auf 101'000 Erwerbslose ab. Im Jahr 2002 musste aber wieder ein Anstieg der Anzahl um 19%<sup>82</sup> auf 120'000 Erwerbslose verzeichnet werden. Ebenfalls im Jahr 2002 erreichte die Zahl der Erwerbstätigen den Höchststand von 3'959'000 Erwerbstätigen mit 3'081'000 Arbeitnehmern und 569'000 Selbstständigen<sup>83</sup>. Dies bedeutet eine weitere Verlagerung des Verhältnisses zwischen der Anzahl Arbeitnehmer gegenüber der Anzahl Selbstständiger zu Gunsten der Selbstständigen. Nunmehr sind nur noch 5,4-mal mehr Arbeitnehmer als Selbstständige zu verzeichnen.

### 3. *Studie über prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz*

Basierend auf den Rohdaten der SAKE, hat das Projektteam ECOPLAN des schweizerischen Staatssekretariats für Wirtschaft seco im Auftrag der Aufsichtskommission für den Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung im Jahr 2003 die STUDIE über prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz veröffentlicht. Hinsichtlich der Ermittlung der Anzahl Scheinselbstständiger stellt die STUDIE einzig auf die erwähnte Frage ab, ob in der Regel nur für einen Auftraggeber/Kunden gearbeitet wird<sup>84</sup>. Gemäss der STUDIE sind im Jahr 2002 152'000 Personen in *prekären Arbeitsverhältnissen* beschäftigt<sup>85</sup>. Gemessen an der Gesamtbeschäftigung sind dies rund 3,84% der Erwerbstätigen<sup>86</sup>. Diese umfassen in Prozenten ausgedrückt 38% Arbeit auf Abruf, 21% befristete Arbeitsverhältnisse, 16% Heimarbeit ohne vertraglich festgelegte Stundenzahl,

---

<sup>82</sup> SAKE 2002, S. 7.

<sup>83</sup> SAKE 2002, S. 13.

<sup>84</sup> STUDIE, S. 60, 85; auf entsprechende Anfrage beim Projektteam wurde erklärt, dass nur diese Frage genügend zuverlässig beantwortet wurde. Die weiteren drei Fragen, die gemäss hier vertretener Auffassung ebenfalls zu berücksichtigen wären, wurden offenbar zu oft nicht oder zumindest nicht genügend beantwortet, weshalb diesbezüglich auf eine Auswertung verzichtet werden musste; vgl. vorne Fn. 76 - 80.

<sup>85</sup> STUDIE, S. 14.

<sup>86</sup> STUDIE, S. 67 und S. 140, Tabelle 4-31.

13% Scheinselbstständigkeit, 8% Teilzeitarbeit und 4% Temporärarbeit<sup>87</sup>. Diesen 13% Scheinselbstständigen entsprechen 23'716 Beschäftigte<sup>88</sup>. Gemäss der STUDIE sind diese Scheinselbstständigen des Jahres 2002 insbesondere den folgenden Wirtschaftsklassen zuzuordnen: Land- und Forstwirtschaft: 8'850 Scheinselbstständige; Unterrichtswesen: 2'886 Scheinselbstständige; Handel, Reparaturgewerbe: 2'584 Scheinselbstständige; Gesundheits- und Sozialwesen: 1'694 Scheinselbstständige; sonstige Dienstleistungen: 1'634 Scheinselbstständige; Baugewerbe: 1'549 Scheinselbstständige<sup>89</sup>. Interessant mag ferner die soziodemografische Verteilung der Scheinselbstständigen sein. So handelte es sich bei den im Jahr 2002 festgestellten 23'716 Scheinselbstständigen um 9'796 Frauen und 13'920 Männer. Bezüglich ihres Alters ergab sich folgende Aufschlüsselung: 15- bis 24-Jährige: 3'717 Scheinselbstständige; 25- bis 39-Jährige: 7'300 Scheinselbstständige; 40- bis 54-Jährige: 7'554 Scheinselbstständige; 55- bis 64-Jährige: 2'658 Scheinselbstständige; über 65-Jährige: 2'487 Scheinselbstständige<sup>90</sup>.

## II. Empirische Erhebung in Deutschland

In Deutschland wurde vor gut 10 Jahren in der öffentlichen Diskussion oft darauf verwiesen, dass immer mehr Verträge abgeschlossen werden, in welchen sich formal selbstständige Auftragnehmer zur Ausführung von Tätigkeiten bereit erklären. Tatsächlich entsprechen die Verträge eher klassischen Arbeitsverträgen. Sichere Daten über Umfang und Entwicklung dieser Scheinselbstständigkeit gab es jedoch keine. Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung hatte deshalb im Dezember 1993 mit dem Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (IAB) eine Verwaltungsvereinbarung für eine breit angelegte interdisziplinäre Untersuchung Freie Mitarbeiter und selbstständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit („Scheinselbstständige“) abgeschlossen, um den Wissensstand hierzu zu verbessern<sup>91</sup>. Die empirische Erhebung untersuchte die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit auf Grund dreier Modelle: (1) Modell des

---

<sup>87</sup> STUDIE, S. 15, Grafik 5, sowie S. 105, Grafik 3-16.

<sup>88</sup> STUDIE, S. 140, Tabelle 4-31.

<sup>89</sup> Die Summe der erwähnten Beschäftigten ergibt nicht die ermittelten 23'716 Scheinselbstständigen, da Fallzahlen unter 10 Beschäftigten in der Auswertung nicht berücksichtigt wurden. STUDIE, S. 141, Tabelle 4-32.

<sup>90</sup> STUDIE, S. 142, Tabelle 4-33.

<sup>91</sup> KURZBERICHT, S. 171.

Bundesarbeitsgerichts bzw. BAG-Modell<sup>92</sup>, (2) Alternativmodell<sup>93</sup> und (3) Verbandsmodell<sup>94</sup>.

Gemäss der empirischen Erhebung besteht eine Grauzone zwischen selbstständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit. In einem ersten Erhebungsschritt wurden diejenige in die Grauzone eingeteilt, die eines von vier speziellen Kriterien<sup>95</sup> erfüllten.

<sup>92</sup> Das BAG-Modell stellt im Sinne eines Hauptleitbegriffes auf die *persönliche Abhängigkeit* ab. Diese wird aufgespaltet in die beiden weiteren Leitbegriffe Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb. Die beiden letztgenannten Leitbegriffe werden wiederum unterteilt, woraus folgende Kriterienhierarchie resultiert: Persönliche Abhängigkeit: 1. Weisungsgebundenheit: (a) örtliche Weisungsbindung, (b) zeitliche Weisungsbindung, (c) fachliche bzw. inhaltliche Weisungsbindung; 2. Eingliederung in den Betrieb: (a) Angewiesensein auf Personal des Auftraggebers, (b) Angewiesensein auf Arbeitsmittel des Auftraggebers; KURZBERICHT, S. 172.

<sup>93</sup> Das Alternativmodell stellt auf den Leitbegriff des *Unternehmerrisikos* ab. Es stützt sich auf ein duales Modell der Erwerbstätigkeit ab. Der unternehmerisch tätige Selbstständige übernimmt die Risiken des Marktes, hat aber auch besondere Chancen und wird von der Rechtsordnung überwiegend auf eigene Vorsorge verwiesen. Der Arbeitnehmer tritt demgegenüber nicht unternehmerisch am Markt auf; er ist auf den Schutz durch die Arbeitsrechtsordnung angewiesen. Daraus ergibt sich folgende Kriterienliste: Unternehmerrisiko: 1. keine eigene Unternehmensorganisation: (a) keine eigenen Mitarbeiter, (b) keine eigenen Geschäftsräume, (c) kein eigenes Betriebskapital; 2. kein Auftreten am Markt bzw. nur ein Auftraggeber; 3. keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken: (a) keine örtliche unternehmerische Freiheit, (b) keine zeitliche unternehmerische Freiheit bzw. keine freie Zeiteinteilung, (c) keine inhaltliche unternehmerische Freiheit, (d) kein eigener Kundenstamm, (e) keine freie Preisbildung; KURZBERICHT, S.171 f.; Die Kriterien (3) (a), (b) und (c) entsprechen den Kriterien der persönlichen Abhängigkeit des BAG-Modells; vgl. KURZBERICHT, S. 172.

<sup>94</sup> Das Verbandsmodell basiert auf dem Vorschlag einer Arbeitsgruppe der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger. Es stellt auf die Leitbegriffe *Versicherungspflicht* und *Beratungspflicht* ab. Danach unterliegen der Sozialversicherungspflicht diejenigen Personen, die (1) erwerbstätig sind und im Zusammenhang mit einer Tätigkeit keine sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter beschäftigen; (2) regelmässig nur für einen Auftraggeber tätig sind; (3) nach der Verkehrsanschauung für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen; KURZBERICHT, S.171 f.

<sup>95</sup> (1) Selbstständige, die ohne sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter und im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind; (2) Arbeiter und Angestellte, für die der Arbeitgeber keine Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung abführt und die zugleich keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall haben; (3) Arbeiter, Angestellte, Beamte und Auszubildende, die eine selbstständige Nebentätigkeit ausüben und dabei im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind; und (4) Nichterwerbstätige, wie beispielsweise Schüler, Studenten, Hausfrauen,

Personen, die der Grauzone zugeordnet wurden, waren nicht per se als Scheinselbstständige zu bezeichnen. Erst nach einer differenzierten Analyse der Vertragsverhältnisse wurde entschieden, ob sie jeweils als Selbstständige oder als abhängig Beschäftigte zu bezeichnen waren. Lediglich die Erwerbstätigen, die nach dieser inhaltlichen Überprüfung als abhängig Beschäftigte einzustufen waren, wurden als *Scheinselbstständige* bezeichnet<sup>96</sup>.

Im Rahmen der Erhebung wurden, hochgerechnet auf die deutschsprachige Wohnbevölkerung im Alter ab 14 Jahren, etwa 938'000 Erwerbstätige identifiziert, die, bezogen auf ihre Haupterwerbstätigkeit, der Grauzone zwischen selbstständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit zuzuordnen waren. Gemessen an der Anzahl aller erwerbstätigen Personen entsprach der Anteil 3,9%<sup>97</sup>. Darunter wurden 2,9% hinsichtlich ihrer Haupterwerbstätigkeit und 1,8% hinsichtlich ihrer Nebenerwerbstätigkeit der Grauzone zugerechnet. Geschlechterspezifisch waren 2,8% der Männer im Vergleich zu 3,3% aller Frauen der Grauzone zuzuordnen<sup>98</sup>.

### *1. Aufkommen der Scheinselbstständigkeit hinsichtlich der Haupterwerbstätigkeit*

Nach dem BAG-Modell wurden 48% (450'000) der befragten Personen hinsichtlich ihrer Haupterwerbstätigkeit als beruflich selbstständig eingestuft und 19% (170'000) als abhängig Beschäftigte<sup>99</sup>. 30% (282'000) wiesen gleichermassen Merkmale als Selbstständige und abhängig Beschäftigte auf, die folglich der Gruppe der so genannten *Semiabhängigen* zugerechnet wurden.

Das Alternativmodell ordnete demgegenüber 30% (282'000) der Befragten in der Grauzone dem Bereich der Selbstständigkeit zu, hingegen wurden 44% (410'000) als abhängig Beschäftigte eingestuft. Weitere 24% (226'000) wurden nach dem Alternativmodell als Semiabhängige beurteilt.

---

Rentner und Pensionäre bzw. Arbeitslose, die eine selbstständige Nebentätigkeit ausüben und dabei im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind; KURZBERICHT, S. 172.

<sup>96</sup> KURZBERICHT, S. 172/173.

<sup>97</sup> Vgl. HENRICI, S. 217. Dieser Wert liegt erstaunlich nahe an dem in der Schweiz für das Jahr 2002 festgestellten Prozentsatz der so genannten prekären Arbeitsverhältnisse; vgl. vorne Fn. 86.

<sup>98</sup> KURZBERICHT, S. 174. Im Vergleich zur Studie betreffend prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz fällt auf, dass in Deutschland deutlich mehr Frauen betroffen sind; vgl. vorne § 2 B. I. 3.

<sup>99</sup> Vgl. HENRICI, S. 218.



Entsprechend dem Verbandsmodell wurden 14% (128'000) der Befragten als Selbstständige eingestuft, und 46% (431'000) wurden als abhängig Beschäftigte bewertet. Bei dem Verbandsmodell konnten 40% der Befragten nicht eindeutig zugeordnet werden, da hier das Kriterium entsprechend der Verkehrsanschauung als abhängig Beschäftigte tätig nur annäherungsweise operationalisiert werden konnte<sup>100</sup>.

Gemessen an allen erwerbstätigen Personen, waren modellspezifisch entsprechend dem BAG-Modell 0,4% aller Männer und 0,8% Frauen abhängig Beschäftigte. Nach dem Alternativmodell waren dies 0,9% der erwerbstätigen Männer und 1,9% der erwerbstätigen Frauen<sup>101</sup>.

## 2. *Aufkommen der Scheinselbstständigkeit hinsichtlich der Nebentätigkeiten*

Das BAG-Modell ordnete 21% aller beobachteten Nebentätigkeiten, die der Grauzone zugeordnet werden, als abhängige Beschäftigungsverhältnisse ein<sup>102</sup>. Das Alternativmodell bewertete demgegenüber 50% aller betrachteten Nebentätigkeiten als eine Form der abhängigen Beschäftigung. Das Verbandsmodell stufte 66% aller analysierten Nebentätigkeiten als eine Form der abhängigen Beschäftigung ein<sup>103</sup>.

Im Vergleich zu den Haupterwerbstätigkeiten kommen die drei Rechtsmodelle bezüglich der Nebentätigkeiten zu jeweils niedrigeren Anteilen bei den Selbstständigen und demzufolge zu höheren Anteilen bei den abhängig Beschäftigten.

## 3. *Schlussfolgerung*

Zusammenfassend lässt sich m. E. auf Grund der aufgezeigten Zahlen folgern, dass die praktische Bedeutung zumindest nicht zu unterschätzen ist. Vor allem wird die Dunkelziffer auch nicht unbeachtlich sein. Interessant ist deshalb an dieser Stelle, zunächst nachzuforschen, welche Motive für die Abkehr von einem Arbeitsverhältnis in Frage kommen.

---

<sup>100</sup> KURZBERICHT, S. 173.

<sup>101</sup> KURZBERICHT, S. 174.

<sup>102</sup> Vgl. HENRICI, S. 218.

<sup>103</sup> KURZBERICHT, S. 173.

### *C. Motive für die Abkehr von einem Arbeitsverhältnis*

Oft wird etwas vorschnell – aber aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechts in seiner Funktion als Arbeitnehmerschutzrecht<sup>104</sup> nachvollziehbar – unterstellt, dass sich die Motive für die Abkehr von einem Arbeitsverhältnis nur allein bei dem Arbeitgeber befinden<sup>105</sup>. Nachfolgende Ausführungen sollen zeigen, dass dies zwar sein kann, dass aber ebenfalls die Motivation bei dem Arbeitsleistungserbringer liegen kann<sup>106</sup>.

### **I. Motive des Arbeitgebers**

Die Motive des Arbeitgebers lassen sich in rechtliche und wirtschaftliche Motive unterteilen. Diese Unterteilung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die rechtlichen Motive in der Regel ebenfalls wirtschaftlich – mindestens mittelbar und in zweiter Linie – begründet sind<sup>107</sup>.

#### *1. Rechtliche Motive*

##### **a) Einzelarbeitsvertragsrecht**

Das schweizerische Einzelarbeitsvertragsrecht ist als Schutzrecht überwiegend zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet. So können die in Art. 361 OR und Art. 362 OR aufgelisteten Bestimmungen bei der Beschäftigung eines Arbeitnehmers nicht zu dessen Ungunsten abgeändert werden. Bei der Anstellung eines Selbstständigen sind die genannten Bestimmungen nicht zu berücksichtigen. So besteht hinsichtlich eines Selbstständigen zu Gunsten des Arbeitsleistungsempfängers insbesondere keine Pflicht zur Gewährung von bezahltem Urlaub, keine Vergütungspflicht bei Annahmeverzug des Arbeitsleistungsempfängers oder bei Verhinderung des Selbstständigen Arbeit zu leisten, kein zu beachtender Kündigungsschutz bei Auflösung des Vertragsverhältnisses, kein Auslagenersatz sowie kein Schriftformerfordernis für gewisse Abreden<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 3.

<sup>105</sup> Vgl. SCHLIEMANN, S. 324.

<sup>106</sup> Vgl. tabellarische Übersicht bei HOHMEISTER/GORETZKI, S. 24 ff.

<sup>107</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 21.

<sup>108</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 35.

b) Kollektivarbeitsrecht

Sofern für den Einzelarbeitsvertrag wirksam, gelten die in der Regel zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgestalteten Bestimmungen des entsprechenden Gesamtarbeitsvertrages zusätzlich zur gesetzlichen Regelung des Einzelarbeitsvertrags<sup>109</sup>. Hinsichtlich der Geltung der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages für Selbstständige sind die Ansichten kontrovers. So wird in der Literatur<sup>110</sup> teilweise die Auffassung vertreten, dass eine analoge Anwendung der normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages für selbstständig Erwerbende denkbar ist, wenn ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht. Auch das Bundesgericht hat es zugelassen, normative Bestimmungen für andere Vertragsarten als den Einzelarbeitsvertrag in einem Gesamtarbeitsvertrag vorzusehen<sup>111</sup>. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre<sup>112</sup> kann m. E. dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Die Vertragsfreiheit wäre zu stark eingeschränkt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Normsetzungsbefugnis der Verbände um eine vom Staat eingeräumte Satzungsgewalt handelt, die restriktiv anzuwenden ist<sup>113</sup>. Immerhin bestehen drei Ausnahmen vom Grundsatz, dass Gesamtarbeitsverträgen keine „Fernwirkung“ auf nichtorganisierte Arbeitnehmer/Scheinselbstständige und Selbstständige<sup>114</sup> zukommt: Erstens ist es möglich, dass es zu einem Anschluss an einen Gesamtarbeitsvertrag durch einen förmlichen Anschlussvertrag kommt<sup>115</sup>. Zweitens kann im Gesamtarbeitsvertrag oder in den Statuten eines Arbeitgeberverbandes eine entsprechende Ausdehnungsklausel enthalten sein, wonach die Arbeitgeber die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages auf alle „Arbeitnehmer“ anzuwenden haben<sup>116</sup>. Drittens besteht schliesslich die Möglichkeit, einen

<sup>109</sup> Es ist hierbei zu beachten, dass gewisse Arbeitnehmer – beispielsweise leitende Angestellte oder Lehrlinge – explizit von der Geltung des Gesamtarbeitsvertrages ausgeschlossen sind; vgl. STÖCKLI, Berner Kommentar, N 62 zu Art. 356 OR und N 1 zu Art. 356b OR.

<sup>110</sup> STÖCKLI, Berner Kommentar, N 64 zu Art. 356 OR; MURER, S. 66.

<sup>111</sup> Bundesgericht, Urteil vom 8. Juli 1993, in: JAR 1994, S. 272 ff.

<sup>112</sup> STÖCKLI, Berner Kommentar, N 65 zu Art. 356 OR; HILTY, S. 1126 f.; GERBER Simon, S. 29, mit weiteren Verweisen.

<sup>113</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 29.

<sup>114</sup> Simon GERBER ist diesbezüglich ungenau, indem er an dieser Stelle lediglich Arbeitnehmer und Scheinselbstständige erwähnt, nicht aber auch die Selbstständigen; vgl. GERBER Simon, S. 30.

<sup>115</sup> Vgl. STÖCKLI, Berner Kommentar, N 3 ff. zu Art. 356b OR.

<sup>116</sup> STÖCKLI, Berner Kommentar, N 16 und N 24 zu Art. 356b OR.

Gesamtarbeitsvertrag allgemein verbindlich zu erklären, wodurch er auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt wird, die am Vertrag nicht beteiligt sind<sup>117</sup>.

Abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, bestehen für die Beschäftigung von Selbstständigen folglich keine tariflichen Bindungen<sup>118</sup>.

c) Öffentliches Arbeitsrecht

aa) ArG und UVG

Das Arbeitsschutzrecht als Teil des Öffentlichen Arbeitsrechts ist im Wesentlichen im *Arbeitsgesetz* vom 13. März 1964<sup>119</sup> sowie im *Bundesgesetz über die Unfallversicherung* vom 20. März 1981<sup>120</sup> geregelt<sup>121</sup>.

Das *Arbeitsgesetz* beinhaltet insbesondere Mindestvorschriften über den Gesundheitsschutz, die Arbeits- und Ruhezeit sowie den Sonderschutz für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer<sup>122</sup>. Es ist gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2 ArG auf Betriebe anwendbar, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt. Hinsichtlich des ArG ist zu beachten, dass die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigem unabhängig vom Obligationenrecht erfolgt. Ferner entfaltet das ArG für einzelne Arbeitsleistungserbringer gemäss Art. 3 ArG keine Wirkung, obwohl sie Arbeitnehmer sind. Um dem Geltungsbereich des ArG zu entgehen, kann es für einen Arbeitgeber rechtlich wie auch wirtschaftlich wichtig sein, gerade solche vom ArG ausgenommene Arbeitnehmer oder Selbstständige zu beschäftigen<sup>123</sup>.

Das *Bundesgesetz über die Unfallversicherung* erklärt die Unfallversicherung für in der Schweiz beschäftigte Arbeitnehmer für obligatorisch. Für einen Arbeitgeber wesentlich ist insbesondere Art. 91 Abs. 1 UVG, wonach er die Prämien für die Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten vollumfänglich zu tragen hat. Immerhin gehen die

---

<sup>117</sup> STÖCKLI, Berner Kommentar, N 51 ff. zu Art. 356b OR; Art. 1 Abs. 1 AVEG.

<sup>118</sup> Vgl. KRAMER, S. 6.

<sup>119</sup> Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG); SR 822.11.

<sup>120</sup> UVG; SR 832.20.

<sup>121</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 426; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 15 zu Einleitung vor Art. 319 ff. OR.

<sup>122</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 426.

<sup>123</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 31.

Versicherungsprämien für die Nichtberufsunfallversicherung<sup>124</sup> – vorbehaltlich anders lautender Abreden – zu Lasten des Arbeitnehmers<sup>125</sup>. Gemäss Art. 4 Abs. 1 UVG kann ein selbstständig Erwerbstätiger lediglich freiwillig (und auf eigene Kosten) den vorgenannten Versicherungsschutz erreichen. Der Arbeitsleistungsempfänger spart durch Beschäftigung eines Selbstständigen anstelle eines Arbeitnehmers den Prämien- und Verwaltungsaufwand<sup>126</sup>.

bb) Schweizerisches Öffentliches Arbeitsrecht im europäischen Umfeld

Hinsichtlich der Schweiz im europäischen Umfeld ist am 1. Juni 2002 das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit<sup>127</sup> in Kraft getreten. Am 8. Oktober 1999 hatte die Bundesversammlung flankierende Massnahmen in Ergänzung zum Abkommen über die Freizügigkeit beschlossen<sup>128</sup>. Zu diesen zählt das *Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*<sup>129</sup>. Gemäss Art. 1 EntsG sind entsandte Arbeitnehmer diejenigen, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsandt hat, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmergruppe des Arbeitgebers gehört. Art. 1 Abs. 2 EntsG sieht schliesslich vor, dass der Arbeitnehmerbegriff sich nach schweizerischem Recht bestimmt. Somit kommen die schweizerischen Abgrenzungskriterien bei der Abgrenzung zwischen einem Arbeitnehmer und einem selbstständig Erwerbstätigen zur Anwendung<sup>130</sup>. Mit

<sup>124</sup> Simon GERBER spricht in diesem Zusammenhang unzutreffend wohl auf Grund eines redaktionellen Versehens von *obligatorischen Nichtberufsunfällen*; GERBER Simon, S. 24.

<sup>125</sup> Art. 91 Abs. 2 UVG. Es ist zu beachten, dass die NBU-Prämie durch den Arbeitgeber zu entrichten ist. Er kann sie lediglich vom Lohn des Arbeitnehmers in Abzug bringen; Art. 91 Abs. 3 UVG.

<sup>126</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 25.

<sup>127</sup> SR 0.142.112.681.

<sup>128</sup> SR 823.20; Datum des Inkrafttretens: Anhang Ziff. 2 (Art. 360b und 360c OR): 1. Juni 2003; alle übrigen Bestimmungen: 1. Juni 2004; vgl. HÖSLI, S. 136.

<sup>129</sup> Nachfolgend Entsendegesetz (EntsG) genannt; vgl. PORTMANN, Flankierende Massnahmen, S. 268.

<sup>130</sup> BBl 1999 VI 6401/6402.

der Einführung des EntsG ist es für einen Arbeitsleistungsempfänger deshalb nicht mehr vorteilhaft, anstelle eines schweizerischen Arbeitnehmers einen entsandten europäischen Arbeitnehmer zu beschäftigen. Er wäre besser beraten, einen schweizerischen oder europäischen Selbstständigen einzusetzen.

d) Sozialversicherungsrecht

Gerade hinsichtlich des Sozialversicherungsrechts stehen für die Vertragsparteien weniger die rechtlichen als die wirtschaftlichen Motive im Vordergrund. Dennoch sind sie von der Systematik her an dieser Stelle abzuhandeln. Arbeitgeber und Arbeitnehmer fallen unter das Obligatorium der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)<sup>131</sup>, der Invalidenversicherung (IV)<sup>132</sup> und der Erwerbsersatzordnung (EO)<sup>133</sup>. Die Beiträge für Arbeitnehmer und Arbeitgeber betragen für die AHV je 4,2 Lohnprozent<sup>134</sup>, die IV je 0,7 Lohnprozent<sup>135</sup> und für die EO je 0,15 Lohnprozent<sup>136</sup>, gesamthaft je 5,05% total 11% des massgebenden Lohnes<sup>137</sup>.

Die Arbeitslosenversicherung findet einzig bei einem Arbeitsverhältnis Anwendung. Der Beitragssatz beträgt bei einer Lohnsumme bis 106'800 Franken 2 Lohnprozent, bei einer Lohnsumme von 106'801 Franken bis 267'000 Franken 1 Lohnprozent und bei Lohnsummen über 267'000 Franken 0 Lohnprozent. Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragen die Beiträge grundsätzlich zur Hälfte<sup>138</sup>. Aus der Sicht des Arbeitgebers ist zu beachten, dass er die eigenen wie auch die Beiträge des Arbeitnehmers zu entrichten hat<sup>139</sup>. Bei der Beschäftigung eines Selbstständigen hat dieser sich um die Sozialversicherungsbeiträge zu kümmern (mit Ausnahme der Arbeitslosenversicherung, die ein selbstständig Erwerbstätiger nicht einmal auf freiwilliger Basis abschliessen kann). Der Arbeitsleistungsempfänger spart folglich bei der Beschäftigung eines Selbstständigen 6,05% bis 13% des massgeblichen Lohnes sowie den entsprechenden administrativen Aufwand<sup>140</sup>.

---

<sup>131</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG.

<sup>132</sup> Art. 1 ff. IVG.

<sup>133</sup> Art. 27 EOG.

<sup>134</sup> Art. 5 Abs. 1 AHVG und Art. 13 AHVG.

<sup>135</sup> Art. 3 Abs. 1 IVG.

<sup>136</sup> Art. 23a EOV.

<sup>137</sup> Art. 5 Abs. 2 AHVG.

<sup>138</sup> Art. 3 Abs. 2, 3 und 4 AVIG; vgl. BBl 2001 III 2245 - 2365.

<sup>139</sup> Art. 14 Abs. 1 AHVG.

<sup>140</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 22.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 5 BVV 2<sup>141</sup> unterstehen Arbeitnehmer, die bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als 25'320 Franken beziehen, ab 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres für die Risiken Tod und Invalidität, ab 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres auch für das Alter der obligatorischen Versicherung. Die Beiträge des Arbeitgebers müssen mindestens gleich hoch sein wie die gesamten Beiträge aller seiner Arbeitnehmer<sup>142</sup>. Die Beschäftigung von Selbstständigen anstelle von Arbeitnehmern bedeutet für den Arbeitgeber hinsichtlich des BVG eine erhebliche finanzielle Einsparung und zudem den Wegfall des administrativen Aufwands.

e) Vereinfachte Reorganisation

Die erwähnten rechtlichen Motive verlangsamen und erschweren oft aus dem Blickwinkel des Arbeitgebers rasch notwendig werdende Reorganisationen. Die Beschäftigung von Selbstständigen kann deshalb im Interesse eines Arbeitgebers sein, der Reorganisationsmassnahmen mit Organisationsverkleinerungen schneller umsetzen möchte<sup>143</sup>. Ferner fallen indirekte Kosten für Kündigungsverfahren oder für Abfindungsvergleiche weg<sup>144</sup>.

2. *Wirtschaftliche Motive*

a) Verlagerung des Beschäftigungsrisikos

In der Schweiz mit ihrem verhältnismässig hohen Lohnniveau ist in Anbetracht der internationalen Konkurrenz mit in der Regel günstigeren Arbeitskräften die Reduktion der Lohnkosten ein oft angestrebtes Ziel<sup>145</sup>. Die gewünschte Einsparung muss eine tatsächliche sein. Sie tritt beispielsweise nicht ein, wenn betragsmässig zwar die Kostenstelle Löhne vermindert wird, gleichzeitig aber ein anderes Aufwandkonto um mindestens den gleichen Betrag belastet wird. Eine Einsparung lässt sich in der Regel nur dort realisieren, wo der Arbeitsanfall und damit der Personalbedarf stark schwankt. Dies kommt

---

<sup>141</sup> In der Fassung vom 30. Oktober 2002, in Kraft seit 1. Januar 2003.

<sup>142</sup> Art. 66 Abs. 1 BVG.

<sup>143</sup> Vgl. SCHLIEMANN, S. 324.

<sup>144</sup> HENRICI, S. 26.

<sup>145</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 19.

insbesondere bei Unternehmen vor, die oft nach der Marktentwicklung oder auf Grund spezifischer Defizite nicht in der Lage sind, eine sachbezogene, langfristig angelegte Personalplanung zu erarbeiten. Mit anderen Worten vermögen solche Arbeitgeber nicht den Bedarf an Mitarbeitern rechtzeitig zu erkennen und entsprechend zu disponieren, um einer absehbaren Minderbeschäftigung anderer Mitarbeiter, etwa auf Grund betrieblicher Änderungen von Produktions- oder Aufgabenschwerpunkten, durch adäquate langfristige Personalplanung entgegenzuwirken<sup>146</sup>. Der selbstständige Arbeitsleistungserbringer bietet den Vorteil, dass er einzig dann beschäftigt werden kann, wenn seine Arbeitsleistung notwendig ist<sup>147</sup>. Der Einsatz selbstständiger Erwerbstätiger führt damit zu höherer Flexibilität: Spitzenzeiten lassen sich besser bewältigen und Abwesenheiten infolge von Militärdienst und Ferien können optimaler überbrückt werden. Schliesslich können Spezialisten für kurze Dauer bei unregelmässigem Bedarf idealer eingesetzt werden<sup>148</sup>. „Leerzeiten“ sind so nicht mehr zu vergüten. Dadurch können Teile der Fixlöhne der traditionellen Vollzeitbeschäftigung eingespart werden. Damit verlagert sich das Beschäftigungsrisiko vom Arbeitgeber weg hin zum Arbeitsleistungserbringer<sup>149</sup>.

b) Reduktion von Investitionskosten

Gerade für kleinere Unternehmen stellt sich oft die Frage, inwieweit sie selber investieren sollen oder ob im Sinne einer Arbeitsteilung nicht einzelne Arbeitsbereiche samt den damit verbundenen Investitionen outgesourct werden können. Dies kann sich insbesondere bei dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen aufdrängen. In gewissen Bereichen ist ferner die regelmässige Investition in neue Technologien ausschlaggebend, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Lassen sich solche Investitionen beispielsweise mangels regelmässigen Gebrauchs nicht amortisieren, kann das Outsourcing eine interessante Alternative darstellen<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> HENRICI, S. 27.

<sup>147</sup> Vgl. REHBINDER, Teilzeitarbeit, S. 29.

<sup>148</sup> Vgl. HARDER, S. 58.

<sup>149</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 19.

<sup>150</sup> Vgl. HARDER, S. 60; KRAMER, S. 6.



c) Steuerliche Optimierung

Die steuerliche Optimierung ist bei einem Arbeitgeber eher von geringerer Bedeutung. Sie kommt eigentlich erst in zweiter Linie zum Tragen, wenn der Arbeitgeber keine Angestellten mehr beschäftigt und dadurch vor allem Sozialversicherungszahlungen einspart. Je nach Tätigkeitsgebiet kann die Beschäftigung von Selbstständigen steuerlich interessant sein, wenn die zu entrichtende Mehrwertsteuer tiefer ist als die Sozialversicherungsabgaben. Ferner kann eine Optimierung durch die Möglichkeit des Vorsteuerabzuges gemäss Art. 38 ff. MWSTG eintreten<sup>151</sup>. Allenfalls ist alternativ eine Optimierung durch die vereinbarte Saldosteuersatzmethode gemäss Art. 59 MWSTG zu erreichen.

## II. Motive für den Arbeitsleistungserbringer

Die Motive des Arbeitsleistungserbringers lassen sich in rechtliche und wirtschaftliche Motive sowie in den Bereich der Lebenseinstellung unterteilen. Diese Unterteilung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die rechtlichen Motive m. E. noch stärker als beim Arbeitgeber wirtschaftlich begründet sind<sup>152</sup>.

### 1. Rechtliche Motive

a) Im Allgemeinen

Rein rechtliche Motive für die selbstständige Erwerbstätigkeit liegen aus dem Blickwinkel des Arbeitsleistungserbringers m. E. nicht vor. Der Selbstständige steht (schutz)rechtlich weitestgehend schlechter da als der Arbeitnehmer.

b) Sozialversicherungsrecht

Selbstständige fallen ebenfalls unter das Obligatorium der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)<sup>153</sup>, der Invalidenversicherung (IV)<sup>154</sup> und der Erwerbsersatzordnung (EO)<sup>155</sup>. Sie haben für die AHV 7,8%, die IV 1,4% und

---

<sup>151</sup> Dies trifft gemäss § 15 I Nr. 1 UStG auch für Deutschland zu; vgl. KRAMER, S. 6.

<sup>152</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 21.

<sup>153</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG.

<sup>154</sup> Art. 1 ff. IVG.

<sup>155</sup> Art. 27 EOG.

für die EO 0,3%, gesamthaft also 9,5%<sup>156</sup> des Einkommens zu entrichten<sup>157</sup>. Im Vergleich zum Arbeitnehmer wird bei einem selbstständig Erwerbstätigen mit tieferem Jahreseinkommen hinsichtlich des AHV-Beitrages ein sinkender Beitragssatz angewendet<sup>158</sup>. Obwohl prozentmässig die Beiträge des Selbstständigen höher ausfallen, ist hinsichtlich der tatsächlichen Beträge zu beachten, dass bei Arbeitnehmern die Beiträge auf Grund des Bruttoeinkommens, bei Selbstständigen jedoch basierend auf der Steuerveranlagung<sup>159</sup> berechnet werden. Dies kann bei einem identischen Bruttoeinkommen dazu führen, dass der selbstständig Erwerbstätige seine Beiträge auf einem tieferen beitragsrelevanten Einkommen und damit schliesslich einen geringeren Beitrag zu entrichten hat<sup>160</sup>.

Selbstständig Erwerbende unterstehen nicht der BVG-Pflicht. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BVG besteht aber die Möglichkeit, sich freiwillig im Sinne des BVG zu versichern. Auf Grund der jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem BVG wird die Versicherungspflicht vermehrt als übermässige Belastung empfunden. Viele beispielsweise ledige männliche Arbeitnehmer müssen sich an einer für alle Arbeitnehmerinnen zugeschnittenen BVG-Einrichtung beteiligen und damit Beiträge für Versicherungsfälle erbringen, die bei ihnen auf Grund ihres Status nie eintreten können. Selbstständigen stehen neben BVG-Lösungen andere Alternativen offen, die für den Einzelnen massgeschneidert ausgearbeitet werden können.

## 2. *Wirtschaftliche Motive*

### a) Reduktion des wirtschaftlichen Klumpenrisikos

In der heutigen Zeit wird vermehrt deutlich, dass selbst bei grossen und namhaften Unternehmen deren Fortbestand nicht mehr garantiert werden kann.

---

<sup>156</sup> Der Anteil des Arbeitnehmers beträgt vergleichsweise lediglich 5,05%; dazu vorne § 2 C. I. 1. d).

<sup>157</sup> Vgl. BOLLIER, S. 99.

<sup>158</sup> Art. 8 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 9bis AHVG.

<sup>159</sup> Art. 9 AHVG: Vom Reineinkommen können zur Ermittlung des massgeblichen Einkommens insbesondere Gewinnungskosten, eingetretene Geschäftsverluste sowie Rückstellungen abgezogen werden. Auf Grund der Verweise in Art. 1 ff. IVG und Art. 27 EOG gilt diese Regelung ebenfalls hinsichtlich der Invalidenversicherung und der Erwerbsersatzordnung, weshalb an dieser Stelle gesamthaft von „Beiträgen“ gesprochen wird.

<sup>160</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 23.

Als Selbstständiger lässt sich das Risiko, die gesamte Erwerbsmöglichkeit zu verlieren, besser beeinflussen. Als Arbeitnehmer im traditionellen Modell der Vollzeitbeschäftigung ist man von einem Arbeitgeber sehr oft wirtschaftlich abhängig. Ein solches Klumpenrisiko besteht ebenso, wenn der Selbstständige hauptsächlich nur für einen Auftraggeber tätig ist. So genannte atypische Beschäftigungsverhältnisse und die selbstständige Erwerbstätigkeit ermöglichen es dem Arbeitsleistungserbringer besser, dem Klumpenrisiko zu begegnen.

b) Erhöhung des Verdienstes

In der Regel erhalten selbstständig Erwerbstätige ein betragsmässig höheres Entgelt als Arbeitnehmer<sup>161</sup>. Hierbei wird jedoch oft übersehen, dass das Nettoeinkommen auf Grund der anfallenden Berufs- und Sozialversicherungskosten im Endeffekt geringer sein kann<sup>162</sup>. Der selbstständig Erwerbstätige muss von Gesetzes wegen Sozialleistungen nicht in gleichem Umfang erbringen. Damit ist er von der Ungewissheit, ob er daraus jemals adäquate Ansprüche ableiten kann, befreit, zumal die Sozialversicherung wegen der demografischen Entwicklung nicht selten als Zwangsmitgliedschaft gesehen wird<sup>163</sup>.

c) Steuerliche Optimierung

Bei einem selbstständig Erwerbstätigen wird wie bei einem Arbeitnehmer grundsätzlich zwischen Einkommenssteuer und Vermögenssteuer unterschieden. Sobald ein Selbstständiger nicht nur Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit generiert, weil er beispielsweise Verwaltungsratsmandate angenommen hat und/oder zusätzlich einer Teilzeitarbeit nachgeht, unterteilt sich sein Verdienst in Einkommen aus selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit. Die Einkünfte aus der selbstständigen Tätigkeit werden nach einer völlig anderen Methode ermittelt als das übrige Einkommen<sup>164</sup>. So kann ein Selbstständiger begründete

---

<sup>161</sup> KRAMER, S. 7; dazu hinten Anhang 1, Fall 44: Lastwagenchauffeur mit Lastwagenkauf.

<sup>162</sup> HARDER, S. 62. Hinsichtlich beispielsweise des freien Mitarbeiters im Medienbereich soll die wirtschaftliche Schwäche primär in einem unterdurchschnittlichen Einkommen begründet liegen. Diese werde durch die Unregelmässigkeit des Einkommens und die oft mangelhafte Zahlungsmoral vieler Vertragspartner verschärft; vgl. HAMM, S. 11.

<sup>163</sup> GORETZKI/HOHMEISTER, S. 635 und S. 639.

<sup>164</sup> REICH, S. 119.

Gewinnungskosten, Abschreibungen und Rückstellungen vornehmen und Einkünfte mit Verlusten aus früheren Jahren verrechnen<sup>165</sup>. Der selbstständige Erwerbstätige kann folglich betragsmässig grössere Abzüge geltend machen, wodurch sich die Bemessungsgrundlage und damit die zu bezahlende Steuer reduziert.

Das Vermögen des Selbstständigen setzt sich aus zwei Vermögenssubstraten, dem Privatvermögen und dem Geschäftsvermögen, zusammen, für welche er insgesamt besteuert wird<sup>166</sup>. Die Unterscheidung der Vermögen ist beispielsweise hinsichtlich der Kapitalgewinne relevant. So sind die Kapitalgewinne aus dem Privatvermögen im Bund vollständig<sup>167</sup> und gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG in den Kantonen lediglich in Bezug auf die beweglichen Vermögenswerte von der Besteuerung ausgenommen. Gemäss Art. 18 Abs. 2 DBG und Art. 8 Abs. 1 StHG sind Kapitalgewinne aus dem Geschäftsvermögen, resultierend aus dessen Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung, hingegen steuerbar.

Hinsichtlich der Mehrwertsteuer muss der Selbstständige wie der Arbeitnehmer auf Dienstleistungen und Einkäufen grundsätzlich Mehrwertsteuer bezahlen. Zusätzlich muss der Selbstständige auf den von ihm in Rechnung gestellten Leistungen und Verkäufen grundsätzlich Mehrwertsteuer erheben und abführen. Je nach Verhältnis zwischen den erwähnten Mehrwertsteuerbeträgen kann der Selbstständige durch Vorsteuerabzüge gemäss Art. 38 ff. MWSTG oder die Wahl der Saldosteuersatzmethode gemäss Art. 59 MWSTG eine Reduktion hinsichtlich der tatsächlich zu bezahlenden Mehrwertsteuer sowie eine Optimierung hinsichtlich seiner Aufwendungen im Bereich der Buchhaltung erreichen.

#### d) Erhalt staatlicher Förderung

In Deutschland haben sogar Beratungsstellen Langzeitarbeitslosen dazu geraten, durch die Gründung einer „Ich-AG“ vordergründig eine Selbstständigkeit anzustreben, um so in den Genuss der staatlichen Förderung in Höhe von monatlich EUR 600.00 im ersten Jahr zu kommen. Im Zusammenhang mit der Arbeitsmarktreform „Hartz IV“ hat das Wirtschaftsministerium deshalb verfügt, dass Bezüger der neuen Unterstützung keine „Ich-AG“ gründen dürfen. Voraussichtlich 500'000 Bezüger der bisherigen Arbeitslosenhilfe werden kein Arbeitslosengeld II erhalten. Für

---

<sup>165</sup> Art. 27 ff. DBG; Art. 10 StHG.

<sup>166</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 26.

<sup>167</sup> REICH, S. 120.

solche Personen bildet die „Ich-AG“ eine Möglichkeit, doch noch an staatliche Gelder zu kommen. Um Missbräuchen zu begegnen, wird insbesondere geprüft, ob hinsichtlich der Gründung einer „Ich-AG“ die Vorlage eines Geschäftsplanes verlangt werden sollte<sup>168</sup>.

### 3. *Lebenseinstellung*

#### a) Arbeiten von zu Hause aus

Technische Entwicklungen lassen es heute vermehrt zu, dass gewisse Arbeiten von zu Hause aus erledigt werden können. Dadurch spart der Arbeitsleistungserbringer die Zeit und die Kosten des Arbeitsweges. Zudem ist für viele Selbstständige die freie Wahl von Umfang und Lage der jeweiligen Arbeitszeit von Vorteil<sup>169</sup>. So lassen sich ausserberufliche Verpflichtungen und Bedürfnisse, wie insbesondere die Gründung und der Unterhalt einer Familie, einfacher realisieren. In einer modernen Gesellschaft muss so keiner der Ehepartner auf ein Erwerbseinkommen oder die Ausübung seiner während langer Zeit erlernten Erwerbstätigkeit verzichten. Die Tätigkeit von zu Hause aus kann sowohl in Form eines Arbeitsverhältnisses<sup>170</sup> als auch in Form der selbstständigen Tätigkeit vorkommen. Die grössere Flexibilität ist m. E. bei der Selbstständigkeit zu erreichen.

#### b) Flucht aus der Arbeitslosigkeit

Es kommt vermehrt vor, dass Arbeitslose auf Grund der Lage auf dem Arbeitsmarkt und der fehlenden beruflichen Perspektiven den Sprung in die Selbstständigkeit wagen (müssen)<sup>171</sup>. Vor allem Langzeitarbeitslose, die unter Umständen bereits ausgesteuert wurden, werden in der Regel ein wenig lukratives Angebot als beschäftigter Selbstständiger der Arbeitslosigkeit vorziehen<sup>172</sup>. Dieses Motiv gewinnt vornehmlich in wirtschaftlich schlechten

---

<sup>168</sup> Vgl. NZZ vom 13. August 2004, Nr. 187, S. 21.

<sup>169</sup> Vgl. GERBER Simon, S. 19.

<sup>170</sup> Dabei handelt es sich um die so genannte *Telearbeit*. In Form des Arbeitsverhältnisses kommt sie noch vergleichsweise selten vor. Im Jahr 2001 waren es rund 12'000 Arbeitnehmer von 3,068 Mio. Arbeitnehmern. Immerhin nutzten 170'000 das Internet, um mit dem Unternehmen gelegentlich zu kommunizieren; SAKE 2001 in Kürze, S. 8.

<sup>171</sup> Vgl. POSTLER, S. 925.

<sup>172</sup> PLANDER, N 65; BÖGENHOLD, S. 24; vgl. STUDENT, S. 21; PAASCH, S. 639.

Zeiten an Bedeutung<sup>173</sup>. So ist der Zusammenhang zwischen Selbstständigkeit und Arbeitslosigkeit empirisch untermauert, wobei unterschiedliche Erklärungen vertreten werden<sup>174</sup>. Eine Meinung geht davon aus, dass die Zunahme der Arbeitslosen zur Steigerung der selbstständig Erwerbstätigen führt, weil die Selbstständigkeit für manchen Arbeitslosen die Beendigung seines arbeitslosen Zustandes bedeutet<sup>175</sup>. Eine andere Meinung bezeichnet die erwähnte Behauptung als populär, aber falsch. Nur wenige aller Selbstständigen waren vorher arbeitslos<sup>176</sup>. Auch PIQUET erklärt sich den Vermehrung der Selbstständigerwerbenden nicht allein mit dem Anstieg der Zahl der Arbeitslosen<sup>177</sup>. Die Ansichten sind und bleiben m. E. so lange kontrovers, bis entsprechende Erhebungen eine grössere Klarheit verschaffen.

c) Glücklicher Leben

Eine Studie der empirischen Wirtschaftsforschung zeigt auf, dass Selbstständige die glücklicheren Menschen sind, obwohl ihr Verdienst oft kleiner ist und die Arbeitszeiten länger sind<sup>178</sup>. Dabei spielt nur eine geringe Rolle, dass manche Selbstständige an der Spitze einer meist kleinen Hierarchie stehen und selber Autorität ausüben<sup>179</sup>. Immerhin ist auffallend, dass die Jobzufriedenheit bei Angestellten sinkt, je grösser das Hierarchiegefüge ist, in dem sie tätig sind. Selbstständige sind in aller Regel an der Spitze von kleineren Hierarchiegefügen tätig, sodass dieser Umstand zu einer grösseren Zufriedenheit führt<sup>180</sup>. Weitere Gründe für ein glücklicheres Leben sind die grössere Selbstbestimmung und Freiheit der Selbstständigen<sup>181</sup>. Es kommt schliesslich auch vor, dass das Sozialprestige des Selbstständigen als wichtig angesehen wird<sup>182</sup> und deshalb das Dasein als Selbstständiger zu einem glücklicheren Leben führt.

---

<sup>173</sup> GERBER Simon, S. 20.

<sup>174</sup> PIQUET, S. 67.

<sup>175</sup> AEPPLI/HOFMANN/THEISS, S. 65 und S. 117.

<sup>176</sup> Vgl. NZZ vom 16. Juli 2003, Nr. 162, S. 51.

<sup>177</sup> PIQUET, S. 66 f.

<sup>178</sup> Vgl. NZZ vom 16. Juli 2003, Nr. 162, S. 51.

<sup>179</sup> Dieses Argument lässt sich noch mehr entkräften, berücksichtigt man den Umstand, dass höhere leitende Angestellte erhebliche Führungsfunktionen übernehmen; FREY/BENZ, S. 20.

<sup>180</sup> FREY/BENZ, S. 26.

<sup>181</sup> Vgl. NZZ vom 16. Juli 2003, Nr. 162, S. 51.

<sup>182</sup> PAASCH, Abhängige Selbstständigkeit, S. 224.

### III. Auswirkungen der Scheinselbstständigkeit

Sozialversicherungsrechtlich führt die Ausweitung der Scheinselbstständigkeit zu nicht unbeachtlichen Problemen<sup>183</sup>. Die Sozialversicherungspflicht ist neben der Pflicht zur Leistung von Abgaben und Steuern eine der fundamentalen Pflichten des modernen Sozialstaats<sup>184</sup>. Entzieht sich ein erheblicher Teil der Erwerbstätigen dieser Pflicht zum solidarischen Ausgleich, gefährdet das nicht nur die finanzielle Basis der Sozialversicherung, sondern auch den solidarischen Zusammenhalt der Bevölkerung. In Deutschland beispielsweise entgehen den Sozialversicherungsträgern Beiträge in Höhe von etwa 10 Milliarden Euro pro Jahr<sup>185</sup>.

Wesentlich für die Vertragsqualifizierung ist, dass es sich bei dem Arbeitnehmerbegriff um einen Statusbegriff handelt<sup>186</sup>. Wer Arbeitnehmer ist, genießt insbesondere den gesamten Schutz des Arbeitsrechts. Wer selbstständig ist, fällt aus diesem Schutz völlig heraus<sup>187</sup>.

Die weiteren Einzelheiten betreffend sämtliche arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche, steuerrechtliche und prozessuale Konsequenzen würden den Rahmen der vorliegenden Abhandlungen sprengen, weshalb auf sie an dieser Stelle nicht weiter eingegangen wird<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> Vgl. BB1 2002 III 3627.

<sup>184</sup> HENRICI, S. 33.

<sup>185</sup> KERSCHBAUMER/TIEFENBACHER, S. 121.

<sup>186</sup> Vgl. WANK, S. 47 f.

<sup>187</sup> Vgl. FRANTZIOCH, S. 84; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 1.

<sup>188</sup> Weiter gehende Ausführungen sind zu finden bei: GERBER Simon, S. 227 ff., und HARDER, S. 97 ff.

### § 3 Abgrenzungen gegenüber der Scheinselbstständigkeit

Oft werden anlässlich der Diskussion um die Scheinselbstständigkeit die freie Mitarbeit, die freien Berufe und die neue Selbstständigkeit erwähnt, ohne dabei eine klare Abgrenzung vorzunehmen. In der Folge sind die Abgrenzungen gegenüber der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn wiedergegeben.

#### A. Abgrenzung zur freien Mitarbeit

Im schweizerischen Recht ist eine Legaldefinition des Begriffs der freien Mitarbeit nicht vorhanden. Es fehlen somit sowohl ein gesetzlich geregelter Vertragstypus als auch einzelne gesetzliche Regelungen, die explizit auf die freie Mitarbeit anwendbar wären<sup>189</sup>.

Auch in Deutschland besteht kein gesetzlich geregelter Vertragstyp der freien Mitarbeit. Es sind immerhin Gesetzesentwürfe<sup>190</sup> vorhanden, die versuchen, die freie Mitarbeit und ähnliche Erscheinungen gesetzlich zu regeln.

In der juristischen Lehre wird der Begriff der freien Mitarbeit sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland oft verwendet, ohne dass dessen Inhalt oder die Bedeutung näher erläutert wird<sup>191</sup>. Mangels eines normativ eindeutigen Inhalts wird der Begriff nicht einheitlich benutzt<sup>192</sup>. So steht der Begriff für verschiedene Formen des Personaleinsatzes, ohne dass dabei stets klar ist, ob eine Arbeitnehmereigenschaft<sup>193</sup> oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit gemeint ist<sup>194</sup>.

Die deutsche Lehre versteht als freie Mitarbeiter mehrheitlich Ein-Mann-Unternehmer, d. h. selbstständige Erwerbstätige, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages tätig werden. Die Kategorie freie Mitarbeiter erfasst somit Personen, die für bestimmte Auftraggeber im Wesentlichen persönlich

---

<sup>189</sup> HARDER, S. 6.

<sup>190</sup> Näher dazu HARDER, S. 6 Fn. 4.

<sup>191</sup> BORN-SCHWEIZER, S. 5; HAMM, S. 1; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 319 OR.

<sup>192</sup> BECKER Rudolf, N 73; HAMM, S. 1; HUNOLD, S. 15; KUNZ/KUNZ, Freie-Mitarbeiter-Verträge, S. 326.

<sup>193</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 37: Journalist.

<sup>194</sup> Vgl. HAMM, S. 3. Zur Gegenüberstellung der verschiedenen in der deutschen Lehre vertretenen Ansichten vgl. HARDER, S. 9 - 11.



und auf der Grundlage von Einzelbeauftragungen tätig werden<sup>195</sup>. HARDER bezeichnet als ein Vertreter der schweizerischen Lehre freie Mitarbeiter als all jene Selbstständige, welche die vertraglich geschuldete Tätigkeit persönlich und ohne Hilfe von Dritten für ein fremdes Unternehmen leisten und dabei während einer längeren Zeitspanne einen sehr grossen Teil ihrer Arbeitszeit für den Auftraggeber einsetzen<sup>196</sup>. HAMM unterscheidet zunächst zwischen dem freien Mitarbeiter im engeren und im weiteren Sinn<sup>197</sup>. Ersterer ist jeder freie Mitarbeiter, der als solcher bezeichnet wird<sup>198</sup>. Er kann Arbeitnehmer oder Selbstständiger sein<sup>199</sup>.

Soweit ein freier Mitarbeiter im weiteren Sinn selbstständig Erwerbstätiger ist, kann eine Überschneidung mit der Scheinselbstständigkeit im weiteren Sinn vorkommen. Der freie Mitarbeiter im engeren Sinn ist Nicht-Arbeitnehmer und wird im Wesentlichen persönlich tätig. Folglich unterscheidet sich die freie Mitarbeit im engeren Sinn deutlich von der Scheinselbstständigkeit im engeren Sinn, weil bei Ersterer eine selbstständige Erwerbstätigkeit<sup>200</sup> und bei Letzterer stets ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

## *B. Abgrenzung zu den freien Berufen*

In der Schweiz ist eine Definition der freien Berufe weniger häufig zu finden. Gemäss HAMM gelten die freien oder höheren Berufe als Erwerbstätigkeiten, welche eine spezielle wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen<sup>201</sup>. Charakteristisch für Freiberufler ist, dass sie über eine erhebliche Entscheidungs- und Weisungsfreiheit in der Berufsausübung verfügen, in ihrer beruflichen Stellung relativ unabhängig sind und ihre berufliche Tätigkeit als Ausfluss einer geistigen und persönlichen Leistung zu betrachten ist<sup>202</sup>. Auch die deutsche Lehre setzt offensichtlich den Begriff mehrheitlich als bekannt voraus. Erwähnt sind in der Regel einzig die verschiedenen darunter zu subsumierenden Berufsgruppen. So zählen zu den

---

<sup>195</sup> HARDER, S. 12.

<sup>196</sup> HARDER, a.a.O.

<sup>197</sup> HAMM, S. 2 f.

<sup>198</sup> BORN-SCHWEIZER, S. 6; ROSENFELDER, S. 26 f.

<sup>199</sup> HAMM, S. 3; dazu hinten Anhang 1, Fall 2: Akquisiteurin für Werbebüro.

<sup>200</sup> REHBINDER merkt bezüglich der freien Mitarbeiter an, dass ihre Selbstständigkeit infolge des Weisungsrechts im Rahmen des Auftrags oder Werkvertrags jeweils nur eine graduelle ist; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 24.

<sup>201</sup> HAMM, S. 4.

<sup>202</sup> HÜBNER, S. 28 ff.; dazu hinten Anhang 1, Fall 8: Arzt mit 60 Prozent-Pensum.

freien Berufen gemäss schweizerischer und deutscher Lehre insbesondere der Advokat bzw. Rechtsanwalt<sup>203</sup>, Architekt, Künstler<sup>204</sup>, Wissenschaftler, Arzt, Zahnarzt, Ingenieur, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer<sup>205</sup>. Mit anderen Worten zählt die deutsche Lehre hinsichtlich Berufsgruppen folgende fünf Berufsrichtungen zu den freien Berufen: (1) Heilberufe, (2) rechts-, wirtschafts- und steuerberatende Berufe, (3) Architekten, Ingenieure und technische Berufe, (4) wissenschaftliche Bildungsberufe, Pädagogen und Seelsorger, sowie (5) künstlerisch und publizistisch Schaffende und Nachschaffende<sup>206</sup>. Klarer wird der Begriff der freien Berufe von der deutschen Rechtsprechung definiert. Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht fällt darunter die Ausübung freier wissenschaftlicher, künstlerischer und schriftstellerischer Tätigkeit höherer Art sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere berufliche Bildung erfordern<sup>207</sup>.

Die Verrichtungen bzw. Tätigkeiten der freien Berufe fallen bezüglich des Hauptkriteriums der Arbeit ebenfalls unter den Begriff der Arbeit<sup>208</sup>. Artikel 361 des OR von 1911 statuierte dies ausdrücklich für den Dienstvertrag. Die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung bei der Revision des OR von 1972 ändert an dieser ursprünglichen Rechtslage nichts<sup>209</sup>. In der Botschaft<sup>210</sup> wurde wohl ausdrücklich ausgeführt, dass selbstständige Arbeit inskünftig den Vorschriften über den Auftrag und Werkvertrag unterläge. In der parlamentarischen Beratung<sup>211</sup> wurde festgehalten, dass die so genannten freien Dienste durchaus Gegenstand eines Einzelarbeitsvertrages sein können. Diese beiden Aussagen widersprechen sich m. E. nicht. Ein Angehöriger der freien Berufe kann je nach Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses entweder als unselbstständiger Arbeitnehmer im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages oder

---

<sup>203</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 57: Rechtsanwalt.

<sup>204</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 58: Restaurantorchester; Fall 59: Schauspieler; Fall 79: Zuzüger in einem Orchester.

<sup>205</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 319 OR, der den Begriff *höhere Dienste* gebraucht; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 319 OR unter dem Begriff *liberale Berufe*; STREIFF/VON KAENEL, N 17 zu Art. 340 OR; PREIS § 611 BGB Rn. 14.

<sup>206</sup> WANK, S. 295 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>207</sup> BVerwG vom 26.01.1993 in NVwZ 93, S. 775.

<sup>208</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5/6 zu Art. 319 OR.

<sup>209</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 319 OR.

<sup>210</sup> BBl 1967 II 277.

<sup>211</sup> Vgl. AmtlBull NR 1969, S. 417 [Chavanne], S. 425 [Hofstetter]; S. 428 [von Moos].

als selbstständig Erwerbender im Rahmen beispielsweise eines Auftrages oder Werkvertrages tätig sein<sup>212</sup>.

### C. *Abgrenzung zur Neuen Selbstständigkeit*

Der Begriff *Neue Selbstständigkeit* wurde vom deutschen Soziologen VONDERACH geschaffen, um auf das Phänomen der vom Markt aufgezwungenen Selbstständigkeit aufmerksam zu machen<sup>213</sup>. BÖGENHOLD versteht unter dem Begriff einerseits den personalen Aspekt jener, die sich selbstständig machen und damit neu selbstständig werden. Andererseits benutzt er den Begriff, um die Aktualität selbstständiger Erwerbstätigkeit zum Ausdruck zu bringen<sup>214</sup>. In der neueren deutschen Arbeitsrechtslehre haben insbesondere WANK und HROMADKA den Begriff der neuen Selbstständigen verwendet. Sie stellen im Zusammenhang mit der Zunahme der Zahl von selbstständigen Beschäftigten im Grenzbereich zwischen Arbeitnehmern und klassischen Selbstständigen die Frage, wie es mit der Selbstständigkeit der neuen Selbstständigen tatsächlich bestellt ist<sup>215</sup> und ob das geltende Recht den Anforderungen dieser modernen Entwicklung gerecht werden kann<sup>216</sup>. Gemäss ZÖLLNER/LORITZ handelt es sich schliesslich bei der neuen Selbstständigkeit um Gestaltungsformen der Kooperation oder Unternehmensorganisation, bei denen bisher weithin in unselbstständiger Arbeit für das Unternehmen erbrachte Tätigkeiten selbstständigen Unternehmen übertragen werden, wie namentlich im Zuge von *lean management* und *outsourcing*<sup>217</sup>.

HARDER knüpft am Begriff der Neuen Selbstständigkeit im Sinne von WANK und HROMADKA an. Er benutzt ihn als Synonym für Scheinselbstständigkeit, da dieser, objektiv betrachtet, neutraler sei und der

---

<sup>212</sup> Daran ändert ebenso wenig die Vorschrift in Art. 3 Ziff. d ArG, gemäss der die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Arbeit ausüben, ausgeschlossen wird. Der Gesetzgeber versagt mit dieser Gesetzesbestimmung einzig einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmern den besonderen öffentlich-rechtlichen Schutz des Arbeitsgesetzes, der wegen der besonderen beruflichen und damit sozialen Stellung von diesen Arbeitnehmern nicht benötigt werden soll; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 319 OR.

<sup>213</sup> VONDERACH, S. 153; PLANDER, S. 45 Fn 87.

<sup>214</sup> BÖGENHOLD, S. 26.

<sup>215</sup> HROMADKA, S. 569.

<sup>216</sup> HARDER, S. 23, mit weiteren Verweisen.

<sup>217</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 56.

Begriff Scheinselbstständigkeit (negative) Wertungen impliziere<sup>218</sup>. Obwohl hinsichtlich der Problematik der negativen Wertung diese Argumentation überzeugt, ist sie wegen ihrer Folgen strikt abzulehnen, liegt doch bei der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn gerade keine Neue Selbstständigkeit, sondern ein unselbstständiges Arbeitsverhältnis vor. Bei der Neuen Selbstständigkeit hingegen handelt es sich schon auf Grund der Wortwahl *Selbstständigkeit* nicht um ein unselbstständiges Arbeitsverhältnis, sondern stets um selbstständige Erwerbstätigkeit.

---

<sup>218</sup> HARDER, S. 23.

## 2. Kapitel:

# Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn

### § 4 Vorbemerkungen

Ausgehend von dem hier vertretenen Standpunkt, dass die Scheinselbstständigkeit keine neue Kategorie zwischen den Arbeitnehmenden und den selbstständig Erwerbenden begründet<sup>219</sup>, reduziert sich das Problem der Scheinselbstständigkeit auf die Statusbestimmung Arbeitsverhältnis bzw. kein Arbeitsverhältnis. Mit anderen Worten liegt höchstens ein Subsumtionsproblem vor<sup>220</sup>. Wesentlicher als der Begriff der Scheinselbstständigkeit bzw. eines entsprechenden Synonyms ist folglich eine klare Definition des Arbeitsverhältnisses<sup>221</sup>. Die Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit – nicht aber das Problem selbst – liegt demnach in der richtigen rechtlichen Abgrenzung von Arbeitnehmertätigkeit und selbstständiger Erwerbstätigkeit. Die Schwierigkeit besteht meist darin, dass sich nicht leicht für jeden einzelnen Fall passende und für jede Tätigkeit gleichermassen taugliche Merkmale finden lassen. Insbesondere in der deutschen Lehre wird wiederholt betont, dass nicht der Begriff des Arbeitnehmers, sondern der Typus des Arbeitnehmers gebraucht wird. Der Unterschied zwischen Begriff und Typus liegt darin, dass der Begriff durch bestimmte Eigenschaften, die stets vorhanden sein müssen, definiert werden kann, wogegen der Typus nur eine Vielzahl von typischen Merkmalen kennt, die im Einzelfall in sehr verschiedener Intensität vorliegen können, aber nicht unbedingt vorliegen müssen<sup>222</sup>. Mit anderen Worten bestimmt sich ein Typus nicht nach festen, unverzichtbaren Kriterien, sondern nach einem Erscheinungsbild, das auf Grund einer Vielzahl von Indizes entsteht. Den Typus kennt jeder, definieren kann ihn keiner<sup>223</sup>. Diese Argumentation mag für Deutschland durchaus überzeugen, weil es dort keine gesetzliche Definition

---

<sup>219</sup> BBl 2002 III 3629.

<sup>220</sup> Vgl. GRIEBELING, S. 1141.

<sup>221</sup> Vgl. HROMADKA, S. 569, der sich für einen trennscharfen und sachlogischen Arbeitnehmerbegriff im Rahmen des Arbeitsverhältnisses einsetzt.

<sup>222</sup> HILGER, S. 2.

<sup>223</sup> GRIEBELING, S. 1138.

dessen gibt, was als Arbeitsverhältnis zu verstehen ist<sup>224</sup>. Die einzige Legaldefinition des Gegenwortes, d. h. der Selbstständigkeit, ist in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB enthalten<sup>225</sup>. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann<sup>226</sup>. Diese Gesetzesbestimmung bildet den Ausgangspunkt für die Abgrenzung der Scheinselbstständigkeit als Arbeitsverhältnis von anderen Rechtsverhältnissen<sup>227</sup>.

Die deutschen arbeitsrechtlichen Gesetze knüpfen vielfach für die Bestimmung der Reichweite ihrer Normen an den Arbeitnehmerbegriff an<sup>228</sup>. In der Schweiz erfolgt die Anknüpfung an den Begriff des Arbeitsverhältnisses. Sachlich besteht in der verschiedenen Anknüpfung kein Unterschied<sup>229</sup>.

M. E. unterscheidet sich die Schweiz hinsichtlich der Voraussetzungen für die Statusbestimmung erheblich von Deutschland. So liegt in der Schweiz eine absolut taugliche Legaldefinition vor. Diese Situation erübrigt eine Diskussion um *Typus* oder *Begriff*. Der Begriff ist gegeben. Sämtliche gesetzlich vorgeschriebenen Begriffselemente müssen vorliegen. Typus ähnlich verhält es sich m. E. immerhin hinsichtlich der unterschiedlichen Erscheinungsformen der einzelnen Begriffselemente sowie der Ausprägungen des Kriteriums der Unselbstständigkeit, die unterschiedlich in ihrer Intensität sein können.

Erstaunlicherweise und trotz bestehender Legaldefinition existiert m.E. in der Schweiz keine überzeugend klare systematische Auflistung der Kriterien für die Qualifizierung eines Arbeitsverhältnisses und damit für die Unterscheidung zwischen der Scheinselbstständigkeit bzw. einem Einzelarbeitsvertrag und den Verträgen der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Ausdrücke wie beispielsweise *Indizien*, *Kriterien* und *Merkmale* werden teils als Ober- bzw. Unterbegriffe oder teils als Synonyme benutzt<sup>230</sup>.

---

<sup>224</sup> GRIEBELING, S. 1138/1139; REINECKE, S. 582; SCHLIEMANN, S. 322; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 21; HILGER, S. 2; KRAMER, S. 16.

<sup>225</sup> Vgl. REINECKE, S. 582; LEUCHTEN wählt die Bezeichnung *negative Definition*: LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 23.

<sup>226</sup> Vgl. REINECKE, S. 583.

<sup>227</sup> Vgl. WORZALLA, N 36.

<sup>228</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 51.

<sup>229</sup> ZÖLLNER/LORITZ, a.a.O., mit weiterem Verweis.

<sup>230</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 - 45 zu Art. 319 OR: Scheinbar losgelöst oder parallel zu *Kriterien* erscheinen *Indizien*, die in materielle und formale *Merkmale* zu unterteilen sind; vgl. ferner WICKIHALDER, S. 186.

In Deutschland besteht im Vergleich zur Schweiz eine grössere Anzahl verschiedener mehr oder weniger unterschiedlicher Lehrmeinungen nebeneinander. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit steht dem Merkmal des Unternehmerrisikos gegenüber. Begrifflich werden ebenfalls *Kriterien*, *Merkmale* und *Indizien* gebraucht<sup>231</sup>. In Deutschland sowie auch in der Schweiz wird ferner teilweise zwischen materiellen und formellen bzw. formalen Merkmalen unterschieden.

Anders als in der Schweiz und in Deutschland werden in den Vereinigten Staaten von Amerika je nach Gesetz und Gerichtsbezirk verschiedene Tests zur Unterscheidung zwischen selbstständig Erwerbstätigem und Arbeitnehmer angewendet. Verschiedene Kriterien, denen insbesondere in der Schweiz und/oder in Deutschland eine grössere Bedeutung zukommt, bleiben in den Vereinigten Staaten von Amerika unerwähnt. Dies bedeutet nicht, dass diese Kriterien nicht existieren. Sie können jedoch ausserhalb der Tests faktisch in einer anderen Form vorliegen. Bezüglich der nachfolgenden rechtsvergleichenden Darstellung können sie aber nicht berücksichtigt werden.

Anschliessend wird versucht, die verschiedenen Merkmale der drei Rechtsordnungen in eine einzige verständliche Systematik zu vereinen und aus schweizerischer Sicht einander gegenüberzustellen.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass in der Schweiz die Praxis zum Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht nicht von einem deckungsgleichen Begriff des Arbeitnehmers ausgeht<sup>232</sup>. Immerhin liegt bei der Bejahung eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 319 ff. OR immer auch unselbstständige Erwerbstätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vor<sup>233</sup>. Hinsichtlich der steuerrechtlichen Qualifizierung hält in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre das Bundesgericht jedoch fest, dass weder die zivilrechtliche Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses noch die sozialversicherungsrechtliche Qualifizierung für die steuerrechtliche Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit

---

<sup>231</sup> Es ist zwischen einem massgeblichen Begriffsmerkmal, dem *Kriterium* im ursprünglichen Sinn des Wortes, also dem eigentlichen Prüfstein, und den Indizes zu unterscheiden, die nicht die Definition bestimmen, aber in der Einzelfallprüfung, der Subsumtion, verdeutlichen sollen, ob das massgebliche *Merkmal* gegeben ist; vgl. GRIEBELING, S. 1140.

<sup>232</sup> LANZ, S. 1464.

<sup>233</sup> LANZ, S. 1467, mit weiteren Verweisen. Der umgekehrte Rückschluss gilt jedoch nicht. Liegt kein Arbeitsverhältnis vor, kann daraus nicht geschlossen werden, dass selbstständige Erwerbstätigkeit gegeben ist, weil der AHV-rechtliche Begriff des Arbeitnehmers weit über den zivilrechtlichen Begriff hinausgeht.

entscheidend ist<sup>234</sup>. Trotzdem sind in Übereinstimmung mit LANZ m. E. keine grundlegenden Wertungsgesichtspunkte ersichtlich, welche die Anwendung der gleichen Kriterien bei der Qualifizierung einer Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbstständig im Steuer- und im Sozialversicherungsrecht ausschliessen würden<sup>235</sup>. So kann sogar festgestellt werden, dass als entscheidendes Abgrenzungskriterium in beiden Rechtszweigen das Abhängigkeitsverhältnis herangezogen wird und die Rechtslage somit weit gehend übereinstimmt<sup>236</sup>. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung sollten deshalb analoge Abgrenzungskriterien angewendet werden, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes statuiert ist<sup>237</sup>. Das Bundesgericht weist denn auch in diese Richtung, wenn es ausführt, dass bezüglich der Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit die Schaffung einer Divergenz zwischen verschiedenen Rechtszweigen nicht erwünscht sei<sup>238</sup>. Die einheitlichen Kriterien sollten sich dabei m. E. an der zivilrechtlichen Praxis orientieren<sup>239</sup>.

Die Legaldefinition des Einzelarbeitsvertrags in Art. 319 OR bildet die Ausgangslage. Danach besteht der Einzelarbeitsvertrag aus folgenden fünf Kriterien: (1) privatrechtlicher Schuldvertrag<sup>240</sup>, (2) Leistung von Arbeit, (3) gegenseitiges Dauerschuldverhältnis, (4) Entgeltlichkeit und (5) Unselbstständigkeit<sup>241</sup> (im Dienst des Arbeitgebers). Das fünfte Kriterium

---

<sup>234</sup> LANZ, S. 1476, mit weiteren Verweisen; BGE 121 I 263 E. 3c.

<sup>235</sup> LANZ, S. 1482 f.

<sup>236</sup> LANZ, S. 1478; ZUPPINGER, S. 406.

<sup>237</sup> Vgl. LANZ, S. 1483.

<sup>238</sup> BGE 121 I 266 E. 4b; vgl. ZUPPINGER, S. 406.

<sup>239</sup> A. M. LANZ, S. 1483, der die Praxis des Sozialversicherungsrechts als Basis nehmen möchte.

<sup>240</sup> Vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 319 OR. Dieses Kriterium wird von REHBINDER/PORTMANN in die zwei Kriterien *Privatrechtsverhältnis* und *Schuldvertrag* unterteilt. M. E. ist diese weitere Unterteilung nicht zwingend notwendig. Art. 319 OR verwendet ebenso nur die Wortwahl *Einzelarbeitsvertrag* und nicht *privatrechtlicher Einzelarbeitsvertrag*. Obwohl es rechtlich relevant ist, dass ein Privatrechtsverhältnis vorliegt, kann m. E. systematisch das Kriterium *privatrechtlicher Schuldvertrag* abgehandelt werden. Ihm steht der öffentlich-rechtliche Vertrag gegenüber, der zur Anwendung öffentlichen Dienstrechts des Staatspersonals führt; dazu hinten § 5 B I.

<sup>241</sup> Das Kriterium *Unselbstständigkeit* wird (bisher) einzig gemäss der hier vertretenen Auffassung so bezeichnet. Im Gesetz ist ausdrücklich *von im Dienst des Arbeitgebers* die Rede. Statt vieler verwenden beispielsweise REHBINDER/PORTMANN die Umschreibung *Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation*



kommt in verschiedenen Ausprägungen vor. Die vier ersten Kriterien sowie die Ausprägungen des fünften Kriteriums sind auf Grund verschiedener Erscheinungsformen wahrzunehmen.

---

(REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 319 OR). Diese Interpretation des gesetzlichen Wortlautes ist m. E. zu eng. Dazu hinten § 9.

## § 5 Privatrechtlicher Schuldvertrag

### A. Begriff

Der privatrechtliche Vertrag über die Erbringung einer Arbeitsleistung ist insbesondere nach schweizerischer Terminologie ein Schuldvertrag. Als solcher ist er ein Verpflichtungsgeschäft<sup>242</sup>. Durch den Vertrag werden Pflichten und korrespondierende Rechte der Parteien begründet<sup>243</sup>. Für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>244</sup>.

Die Situation ist in Deutschland nahezu identisch. Die Wortwahl ist einzig anders. So ist der privatrechtliche Vertrag<sup>245</sup> auf die Erbringung einer Arbeitsleistung ein Dienstvertrag<sup>246</sup>. Dieser ist ein gegenseitiger Vertrag, in dem sich der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste und der andere zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet<sup>247</sup>.

Grundsätzlich kommt ein Arbeitsvertrag durch übereinstimmende gegenseitige – mündliche<sup>248</sup> oder schriftliche – Willensäußerungen der Parteien zu Stande<sup>249</sup>. Wird jemand ohne oder gegen den Willen des Leistungsempfängers tätig, so liegt kein Vertrag und damit kein Arbeitsverhältnis vor<sup>250</sup>. Zu den ausservertraglichen Tätigkeiten zählen die blossen Gefälligkeiten<sup>251</sup>. In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung deutet der teilweise als materielles Merkmal bezeichnete, ausdrücklich erklärte Parteiwillen, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, auf ein

---

<sup>242</sup> PORTMANN, N 51.

<sup>243</sup> BUCHER, Basler Kommentar, N 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 1 - 40 OR.

<sup>244</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 58.

<sup>245</sup> BROX/RÜTHERS, S. 12 Rdnr. 9; SCHAUB § 29 N 2; LEUCHTEN, Teil 1 A Rz. 34.

<sup>246</sup> Vgl. HROMADKA/MASCHMANN § 1 N 22.

<sup>247</sup> BROX/RÜTHERS, S. 13 Rdnr. 12.

<sup>248</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 22: Discjockey.

<sup>249</sup> Art. 1 Abs. 1 OR; vgl. PORTMANN, N 88.

<sup>250</sup> Der Leistende mag immerhin Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung haben. Dem Arbeitsrecht unterfallen seine Ansprüche jedoch nicht; ZÖLLNER/LORITZ, S. 41; vgl. SCHAUB § 8 N 14.

<sup>251</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 36: Heizungsinstallation; Fall 42: Landwirt.

Arbeitsverhältnis hin<sup>252</sup>. Sehr ähnlich stellt in den Vereinigten Staaten von Amerika der so genannte *Hybrid Test* in Ziffer 12 explizit auf die (dem ausdrücklich erklärten Parteiwillen zu Grunde liegende) Absicht<sup>253</sup> der Parteien als einen zu untersuchenden Faktor ab. Stark vergleichbar prüft der *Common-*

<sup>252</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR; VISCHER, S. 293; Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht.

<sup>253</sup> „(12) the intention of the parties“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991). Der *Hybrid Test* wird hauptsächlich hinsichtlich des Gesetzes *Title VII of the Civil Rights Act* (42 U.S.C. §§ 2000e - 2000e-17) von 1964 angewendet. Dieses Gesetz verbietet die widerrechtliche Diskriminierung eines Arbeitnehmers auf Grund seiner Rasse, Hautfarbe, Religion, seines Geschlechts oder seiner nationalen Herkunft durch öffentlich-rechtliche und private Arbeitgeber, Arbeitsvermittlungen, Arbeitnehmerorganisationen und Ausbildungsprogramme. Das Gesetz sieht eine Reihe von Schranken des Diskriminierungsverbotes vor. So sind professionell entwickelte Bewerbungstests oder Tests für Arbeitnehmer hinsichtlich beispielsweise Beförderungen grundsätzlich zulässig. Ferner ist eine Differenzierung nach Dauer von Betriebszugehörigkeiten oder nach Leistungen zulässig. Schliesslich ist die Differenzierung nach notwendigen Qualifikationen, wie beispielsweise Körperkraft, Sicherheitsinteressen Dritter und die Beachtung zwingender Arbeitsschutzbestimmungen statthaft; vgl. REIMANN/ACKMANN, S. 295. Der Arbeitnehmerbegriff wird mit „an individual employed by an employer“ umschrieben. Das Gesetz liefert keine weiteren Hinweise hinsichtlich der Auslegung dieses Arbeitnehmerbegriffs; *Calderon v. Martin County*, 639 F. 2d 271, 272 - 273 (5<sup>th</sup> Cir. 1981). So wurde von den Gerichten der *Common-Law Test*, der *Economic Realities Test* sowie der *Hybrid Test* entwickelt, um auf Grund verschiedener Faktoren die Statusbestimmung vornehmen zu können. Hinsichtlich des Gesetzes *Title VII of the Civil Rights Act* scheint sich der *Hybrid Test* durchgesetzt zu haben. Er wird von den Gerichten des fünften (*Bloom v. Bexar County, Texas*, 130 F. 3d 722, 725 [5<sup>th</sup> Cir. 1997]) und elften (*Cobb v. Sun Papers, Inc.*, 673 F. 2d 337 [11<sup>th</sup> Cir. 1982]) sowie teilweise des zweiten (*Stetka v. Hunt Real Estate Corp.*, 859 F. Supp. 661 [W.D.N.Y. 1994]), vierten (*Bender v. Suburban Hospital*, 998 F. Supp. 631 [D. Md. 1998]; *King v. Dalton*, 895 F. Supp. 831 [E.D. Va. 1995]), siebten (*Unger v. Consolidated Foods Corp.*, 657 F. 2d 909 [7<sup>th</sup> Cir. 1981]), achten (*Schwieger v. Farm Bureau Insurance. Co.*, 207 F. 3d 480 [8<sup>th</sup> Cir. 2000]), neunten (*Adcock v. Chrysler Corp.*, 166 F. 3d 1290 [9<sup>th</sup> Cir. 1999]), zehnten Gerichtsbezirkes (*Lambertsen v. Utah Department of Corrections*, 79 F. 3d 1024 [10<sup>th</sup> Cir. 1996]) sowie des Bezirkes von Columbia (*Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 831 [D.C. Cir. 1979]) angewendet.

*Law Agency Test*<sup>254</sup> in Ziffer (i), ob die Parteien glauben, eine rechtliche Beziehung zwischen einem Dienstherrn und einem Bediensteten einzugehen<sup>255</sup>.

## I. Vertragsparteien

Hinsichtlich der Vertragsparteien ist bezüglich der Rechtsordnungen der Schweiz und Deutschlands hervorzuheben, dass Arbeitgeber eine einzelne natürliche Person, eine Personenmehrheit und auch eine juristische Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts sein kann<sup>256</sup>. Befindet sich eine juristische Person im Vorgründungsstadium, kann die einfache Gesellschaft als

---

<sup>254</sup> Dieser Test wird in der Regel als *Common-Law Test* bezeichnet; es werden aber auch Bezeichnungen wie *Agency-Test*, *Common-Law Agency Test*, *Right-to-Control Test* oder *Common-Law Right of Control Test* für denselben Test verwendet. Der hier in der Folge als *Common-Law Agency Test* bezeichnete Test dient insbesondere der Statusbestimmung eines Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit des *National Labor Relations Act* von 1935; 29 U.S.C. §§ 151 - 169; nachfolgend NLRA genannt. Das Gesetz ist auch als *Wagner Act* bekannt; vgl. ANGLIM, S. 317. Dieses Gesetz NLRA regelt die Arbeitsbeziehungen. Es schützt das Recht des Arbeitnehmers, sich in Gewerkschaften zu organisieren, eigene Vertreter zum Zweck von Vertragsverhandlungen bzw. Tarifverhandlungen und gegenseitiger Hilfestellung oder gegenseitigem Schutz zu bestellen. Geschützt ist nicht nur die gewerkschaftliche Tätigkeit, sondern auch das Abstandnehmen bzw. die Unterlassung von solchen Aktivitäten. Der NLRA enthält keine umfassende Regelung des kollektiven Arbeitsrechts; REIMANN/ACKMANN, S. 303. Er zielte ursprünglich primär darauf ab, den Arbeitsfrieden zu garantieren; ANGLIM, S. 317. Der Arbeitnehmerbegriff wird im NLRA lediglich mit *any employee* umschrieben; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992). Mit seinem Leitentscheid von 1968 legte der Supreme Court fest, dass zur Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und selbstständigem Erwerbstätigen der *Common Law Agency Test* anzuwenden ist; „Thus there is no doubt that we should apply the common-law agency test here in distinguishing an employee from an independent contractor.“ (*NLRB v. United Insurance Co. of America*, 390 U.S. 254, 256 [1968]). Der Test basiert auf dem *Restatement 2<sup>nd</sup> of Agency*; § 220(2) (1958).

Bei einem *Restatement* handelt es sich um die nicht amtliche systematische Darstellung der Grundsätze des in den Einzelstaaten geltenden Präzedenzrechts zur Förderung der Rechtsangleichung zwischen den Einzelstaaten. Die „Restatements“ wurden nach Sachgebiet getrennt von namhaften Sachverständigen bearbeitet und in Form einer Kodifikation mit Anmerkungen veröffentlicht. Manche Rechtsgebiete liegen bereits in zweiter Bearbeitung vor, beispielsweise das hier relevante *Restatement 2<sup>nd</sup> of Agency*.

<sup>255</sup> „(i) whether or not the parties believe they are creating the relation of master and servant“; *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>256</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR; PORTMANN, N 58.

Gründungsgesellschaft Arbeitgeberin sein, wobei die Gründungsmitglieder als Arbeitgeber solidarisch verpflichtet sind<sup>257</sup>. Als tatsächlicher Leiter des Betriebes kommt jedoch nur eine handlungsfähige natürliche Person in Frage<sup>258</sup>. So kann es zu einer Unterscheidung zwischen abstraktem und konkretem Arbeitgeber kommen, wenn beispielsweise der Inhaber des Betriebes eine nicht handlungsfähige natürliche Person bzw. eine natürliche Person ist, der aus irgendwelchen Gründen das Recht zur persönlichen Leitung des Betriebes nicht zusteht<sup>259</sup>, oder eine juristische Person<sup>260</sup>. Wesentlich hinsichtlich dieser Unterscheidung ist, dass der abstrakte Arbeitgeber der Träger des Anspruchs auf Arbeitsleistung ist und dass der konkrete Arbeitgeber der Träger des Weisungsrechts ist. Leitende Angestellte, wie beispielsweise Filialleiter und Vorgesetzte, sind keine Arbeitgeber; ihnen wird lediglich die Ausübung des Weisungsrechts delegiert<sup>261</sup>. Arbeitnehmer kann dagegen stets nur eine einzelne natürliche Person oder eine Personenmehrheit, nie aber eine juristische Person sein<sup>262</sup>. Daraus folgt, dass die Problematik der Scheinselbstständigkeit vermieden werden kann, wenn auf Seiten des Arbeitsleistungserbringers eine juristische Person steht<sup>263</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um eine Ein-Mann-AG oder eine Ein-Personen-GmbH handelt<sup>264</sup>. Es ist jedoch zu beachten, dass zwischen dieser beauftragten juristischen Person und ihrem tätig werdenden Gesellschafter ein Arbeitsverhältnis bestehen kann. Dieses kann nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Mitarbeit der natürlichen Person auf Grund und im Rahmen des Gesellschaftsvertrages erfolgt<sup>265</sup>.

<sup>257</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 30: Gemeinsame Führung eines Restaurants.

<sup>258</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 319 OR.

<sup>259</sup> Beispielsweise Minderjähriger und gesetzlicher Vertreter, Erbe und Testamentsvollstrecker, Gemeinschuldner und Konkursverwalter.

<sup>260</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 319 OR.

<sup>261</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 38 zu Art. 319 OR.

<sup>262</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 19 zu Art. 319 OR; PORTMANN, N 57; HANAU/ADOMEIT, S. 152 Rdn. 538; BAUER/BAECK/SCHUSTER, S. 864 und 868; PREIS § 611 BGB Rn. 207.

<sup>263</sup> Vgl. BAUER/BAECK/SCHUSTER, S. 864 und S. 868.

<sup>264</sup> BAUER/BAECK/SCHUSTER, S. 863.

<sup>265</sup> BAUER/BAECK/SCHUSTER, S. 868; vgl. PREIS § 611 BGB Rn. 22.

## II. Bezeichnung des Vertrages

In der Schweiz kommt es – wie anderswo – auf die von den Vertragsparteien gewählte Bezeichnung des Vertrages nicht an<sup>266</sup>. Massgeblich ist danach der Vertragsinhalt und nicht dessen Etikettierung<sup>267</sup>. Bezug nehmend auf Art. 18 OR ist bei der Beurteilung eines Vertragsinhalts der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Die Unrichtigkeit der ausdrücklichen Erklärungen kann darin liegen, dass die Parteien juristische Fachausdrücke verwenden, denen sie übereinstimmend eine andere Bedeutung zumessen als die objektiv korrekte<sup>268</sup>. Qualifizieren sie ihren Vertrag falsch, ergibt sich aber aus dem übrigen Vertragsinhalt, dass beispielsweise ein Arbeitsvertrag gemeint war, so hindert die falsche Eigenqualifikation die Anwendung der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag nicht<sup>269</sup>. Die rechtliche Einordnung des Vertrages ist Sache des Richters und daher dem Parteiwillen entzogen<sup>270</sup>. Dies folgt aus dem Grundsatz *iura novit curia*. Der Richter hat nach Massgabe des festgestellten Sachverhalts das Recht von Amtes wegen anzuwenden, ohne an die Rechtsauffassungen der Parteien gebunden zu sein<sup>271</sup>. Immerhin könnte m. E. der vorgenannten Auffassung entgegengehalten werden, dass „*iura novit curia*“ keine Antwort auf die Frage gibt, aus welchen Quellen das anzuwendende Recht zu speisen ist und in welchem Umfang es sich auf die Festlegung durch die Parteien stützen kann<sup>272</sup>.

---

<sup>266</sup> BGE 129 III 664, 667; Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 21. September 1982, in: Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts über die Rechtsprechung 1982, S. 5 - 7, JAR 1983, S. 63 f.; dazu hinten Anhang 1: Fall 20: Direktionsagent; Fall 24: Fitnesscenter-Angestellte; Fall 60: Schiffskapitän/Heuervertrag.

<sup>267</sup> STREIFF/VON KAENEL, N 13 zu Art. 319 OR; immerhin kann der Bezeichnung eine gewisse Indizwirkung hinsichtlich des Parteiwillens zukommen; vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 61 zu Art. 319 OR; vgl. LANZ, S. 1481; dazu hinten Anhang 1, Fall 1: Agenturvertrag.

<sup>268</sup> Bundesgericht, Urteil vom 21. März 1995 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts Zürich vom 17. Januar 1994), JAR 1996, S. 95, 97; plädoyer 4/95, S. 66 ff.

<sup>269</sup> KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 84 zu Art. 18 OR; vgl. STREIFF/VON KAENEL, N 13 zu Art. 319 OR.

<sup>270</sup> BECKER, Berner Kommentar, 1. Abt., N 26 zu Art. 18 OR; KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 84 zu Art. 18 OR.

<sup>271</sup> LANZ, S. 1481, mit weiteren Verweisen.

<sup>272</sup> Vgl. hinsichtlich des deutschen Rechts: STOFFELS, S. 691.

In Deutschland kommt es ebenso wenig auf die Bezeichnung des Vertrages an<sup>273</sup>. In der Lehre wird anlässlich der Diskussion um die Falschbezeichnung<sup>274</sup> festgehalten, dass nach allgemeinen Grundsätzen das tatsächlich Gewollte gilt<sup>275</sup>. Vereinzelt wird die Rechtswahl nicht per se ausgeschlossen. Für sie besteht einzig ein enger Anwendungsbereich<sup>276</sup>. Nur wenn nach den objektiven Gegebenheiten sowohl ein Arbeitsverhältnis als auch ein Rechtsverhältnis einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in Betracht kommt, entscheidet der Wille der Vertragsparteien darüber, welche Rechtsform besteht<sup>277</sup>.

Die deutsche Rechtsprechung lässt grundsätzlich keine Rechtswahl zu bzw. steht der Möglichkeit reserviert gegenüber<sup>278</sup>. Nach ihr besteht vielmehr ein Rechtsformzwang<sup>279</sup>. Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist<sup>280</sup>. Denn durch eine Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden<sup>281</sup>. Dieser Grundsatz, dass keine Rechtswahl zulässig ist, erfährt jedoch Einschränkungen. So soll er nicht gelten, wenn die Parteien ihr Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis vereinbart haben<sup>282</sup>. Mit anderen Worten ist in Deutschland ein zur Dienstleistung Verpflichteter kraft privatautonomer Entscheidung als Arbeitnehmer mit allen Rechten und Pflichten anzusehen, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart haben<sup>283</sup>. Es erfolgt in diesem Fall keine objektive, korrigierende Prüfung, ob das

<sup>273</sup> LÖWISCH § 1 Rn. 4; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 17 - 19, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>274</sup> Vgl. BUCHNER, Recht, S. 1144 f.

<sup>275</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 59; REISERER/FRECKMANN/TRÄUMER, S. 5, Rz. 7.

<sup>276</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 62; vgl. WANK, S. 104 ff.; PREIS § 611 BGB Rn. 48.

<sup>277</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 61; vgl. BAG, 8.6.1967 und 14.2.1974, AP Nr. 6 und 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vgl. BAG, 27.3.1991, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit; a. M. HILGER, S. 6.

<sup>278</sup> STOFFELS, S. 690.

<sup>279</sup> HANAU/STRICK, S. 185; HANAU/ADOMEIT, S. 151 Rdn. 536 f.

<sup>280</sup> STOFFELS, S. 690, mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>281</sup> BAG, 16.8.1983, AP Nr. 43 zu § 611 BGB Abhängigkeit, vgl. REINECKE, S. 583.

<sup>282</sup> HANAU/STRICK, S. 185; vgl. HROMADKA/MASCHMANN § 1 N 31.

<sup>283</sup> PREIS § 611 BGB Rn. 46; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 27. Dies trifft in der Schweiz nicht zu; dazu hinten Anhang 1, Fall 28: Führung eines Imbissstandes.

Vertragsverhältnis nicht auch als freier Dienstvertrag hätte ausgestaltet werden können<sup>284</sup>. Beruht allerdings die Vereinbarung des Arbeitsverhältnisses auf einem Irrtum der Parteien, wollten also beide ein freies Mitarbeiterverhältnis<sup>285</sup> und haben es auch in dieser Weise durchgeführt, wird man die Bezeichnung als unbeachtliche Falschbezeichnung werten können<sup>286</sup>. Die tatsächliche Durchführung wird nur dann beachtlich, wenn sie der Vertragsgestaltung widerspricht<sup>287</sup>. Der Parteiwille bleibt damit ausschlaggebend, solange der Vertrag noch nicht zur Durchführung gelangt ist<sup>288</sup>. Schliesslich wurde in einigen Entscheiden auf den Willen der Vertragsschliessenden abgestellt, wenn in Grenzfällen etwa gleich viele tatsächliche Umstände für bzw. gegen Selbstständigkeit/Arbeitnehmerstellung sprechen<sup>289</sup>. Die Statusprüfung erfolgt zusammenfassend in drei Stufen: 1. Prüfung anhand der Vertragsbenennung; 2. Prüfung der Vertragsgestaltung anhand der im Vertrag vereinbarten Verteilung von Rechten und Pflichten und 3. Prüfung der Vertragsdurchführung<sup>290</sup>.

Hinsichtlich der fehlerhaften Rechtsformwahl hat in Deutschland eine interessante Diskussion um die Problematik des Scheingeschäfts und des Umgehungsgeschäfts stattgefunden. HOHMEISTER argumentierte ursprünglich, dass hinsichtlich der Konsequenzen für die Vergangenheit und Zukunft zwischen beidseitigem Rechtsirrtum und vorsätzlich falscher Rechtswahl zu unterscheiden ist. Bei *beidseitigem Rechtsirrtum* hat dieser auf das wirksame Zustandekommen des Arbeitsvertrages und die Entstehung der entsprechenden Rechte und Pflichten mit Vertragsschluss keine Auswirkungen<sup>291</sup>. Mit anderen Worten bestand seit dem Vertragsschluss ein Arbeitsvertrag mit Wirkungen für

---

<sup>284</sup> BAG, 13.3.1987, AP KSchG 1969 § 1 betriebsbedingte Kündigung Nr. 37; LAG Thüringen, 6.2.1998, NZA-RR 1998, S. 296; angesichts dieses Falles stellt sich m. E. die Frage, ob in Deutschland die Privatautonomie nur einseitig zuerkannt wird, mit der Folge, dass ein Arbeitsverhältnis gewählt werden kann, nicht jedoch ein freier Dienstvertrag.

<sup>285</sup> Mit anderen Worten wollten die Parteien ein Verhältnis mit einem selbstständigen Arbeitsleistungserbringer eingehen; zur Rechtsfigur des freien Mitarbeiters vorne § 3 A.

<sup>286</sup> Die Beweislast trägt dann der Arbeitgeber; vgl. HANAU/STRICK, S. 186.

<sup>287</sup> HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 505; vgl. REISERER, Schluss, S. 366; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; PREIS § 611 BGB Rn. 57; vgl. HOHMEISTER/GO-RETZKI, S. 50 und S. 134 f.

<sup>288</sup> HANAU/STRICK, S. 186.

<sup>289</sup> BAG, 14.2.1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit, vgl. auch BAG, 10.5.1990, EzA Nr. 36 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; vgl. HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 505, mit weiterem Verweis auf die Rechtsprechung.

<sup>290</sup> Vgl. HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 506.

<sup>291</sup> HOHMEISTER, Konsequenzen, S. 1011.



die Vergangenheit und die Zukunft<sup>292</sup>, ausgehend vom Zeitpunkt der Entdeckung des Irrtums. Bei der *vorsätzlich falschen Rechtswahl* liegt ein Scheingeschäft bzw. Umgehungsgeschäft vor, das gemäss § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist. Es wird für die Zeit ab Tätigkeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis fingiert, das einem wirksam begründeten Arbeitsverhältnis gleichsteht<sup>293</sup>. Hinsichtlich der Wirkungen für die Zukunft müsste infolge der Nichtigkeit von einem vertragslosen Zustand ausgegangen werden<sup>294</sup>. Wurde das nichtige Vertragsverhältnis bereits in Vollzug gesetzt, hilft sich die herrschende Meinung mit der Fiktion des faktischen Arbeitsverhältnisses, von dem die Vertragsparteien jederzeit durch eine schlichte Loslösungserklärung Abstand nehmen können, sodass für die Zukunft keine Ansprüche mehr bestehen<sup>295</sup>. KELLER kritisierte die Argumentation von HOHMEISTER. Überzeugend hielt er ihm entgegen, dass kein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB vorliegt, da die beiden Vertragsparteien gerade die mit dem Abschluss des Nichtarbeitsverhältnisses verbundenen Rechtsfolgen eintreten lassen wollen. Sie beabsichtigen ja gerade, dass der Arbeitnehmer freier Mitarbeiter bzw. Selbstständiger ist. Sie wollen ja gerade nicht, dass die Rechtsfolgen des verdeckten Rechtsgeschäfts, hier des Arbeitsverhältnisses, eintreten<sup>296</sup>. Vielmehr ist von einem Umgehungsgeschäft auszugehen, bei dem die vereinbarten Rechtsfolgen von den Parteien auch ernstlich gewollt sind<sup>297</sup>. Es besteht folglich kein vertragsloser Zustand, sondern ein Arbeitsverhältnis. Für die Rechtsfigur des faktischen Arbeitsverhältnisses besteht somit kein Raum. Rechtsfolge des Umgehungsgeschäfts ist, dass für die Zukunft der arbeitsrechtliche Pflichtenkatalog für beide Vertragsparteien sofort in Kraft tritt. Eine Loslösung wie bei dem faktischen Arbeitsverhältnis ist nicht möglich<sup>298</sup>. HOHMEISTER revidierte daraufhin seine rechtliche Einschätzung. So sind die Fälle vorsätzlich falscher Rechtsformwahl weder als Scheingeschäft noch als Umgehungsgeschäft zu qualifizieren<sup>299</sup>. Ein Fall von § 117 Abs. 1 BGB liegt nicht vor, weil das Erklärte gewollt ist. Ferner liegt ebenso wenig ein Fall von § 117 Abs. 2 BGB vor, weil zunächst kein Scheingeschäft gegeben ist und weil darüber hinaus auch das verdeckte Geschäft, dem man über § 117 Abs. 2

---

<sup>292</sup> HOHMEISTER, Konsequenzen, S. 1010.

<sup>293</sup> HOHMEISTER, Konsequenzen, S. 1011.

<sup>294</sup> HOHMEISTER, Konsequenzen, S. 1010.

<sup>295</sup> HOHMEISTER, Konsequenzen, S. 1010/1011.

<sup>296</sup> KELLER, S. 1312.

<sup>297</sup> HOHMEISTER, S. 408.

<sup>298</sup> KELLER, S. 1313.

<sup>299</sup> HOHMEISTER, S. 408.

BGB zur Wirksamkeit verhelfen möchte, von den Parteien nicht gewollt ist. Schliesslich liegt kein Fall eines Umgehungsgeschäfts vor, weil die Parteien kein Geschäft umgehen, dessen rechtlicher oder wirtschaftlicher Zweck verboten wäre<sup>300</sup>. Mittels Auslegung der Einigung der Parteien sind diese Rechtsgeschäfte gemäss §§ 157, 133 BGB vielmehr als unwirksame Rechtsgeschäfte zu klassifizieren<sup>301</sup>. Für die Zeiten in der Vergangenheit, in denen die wechselseitigen Leistungen bereits ausgetauscht worden sind, ist dann vom Bestehen eines faktischen Arbeitsverhältnisses auszugehen, von dem sich die Parteien für die Zukunft durch einfache Loslösungserklärung befreien können<sup>302</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird die Bezeichnung des Vertrages<sup>303</sup> ähnlich wie in der Schweiz und in Deutschland hinsichtlich der Falschetikettierung im Zusammenhang mit dem Gesetz *Fair Labor Standards Act* von 1938<sup>304</sup> diskutiert<sup>305</sup>. Danach ist die im Vertrag enthaltene wirtschaftliche Gegebenheit und nicht die vertragliche Etikettierung

---

<sup>300</sup> HOHMEISTER, S. 409.

<sup>301</sup> HOHMEISTER, S. 408.

<sup>302</sup> HOHMEISTER, S. 410.

<sup>303</sup> „Contractual designation“ oder „label“.

<sup>304</sup> 29 U.S.C. §§ 201 - 219; nachfolgend FLSA genannt. Dieses Gesetz regelt die Arbeitsbedingungen. Es beinhaltet insbesondere die Regelarbeitszeit von 40 Wochenstunden. Die Regelarbeitszeit ist nicht zu verwechseln mit einer Höchstarbeitszeit, die im FLSA nicht festgelegt ist. Die über die 40 Wochenstunden hinausgehende Arbeitszeit ist Überzeit. Sie ist mit einem Zuschlag von 50% des vereinbarten Stundenlohns abzugelten. Ferner sieht der FLSA einen Mindeststundenlohn vor. Dieser lag seit 1991 bei USD 4.75 und wurde zum 1. Oktober 1996 – rechtzeitig zur Präsidentschaftswahl – auf die noch heute geltenden USD 5.15 angehoben; REIMANN/ACKMANN, S. 280; vgl. ANGLIM, S. 207. Schliesslich sieht das FLSA die Lohngleichheit für Männer und Frauen, eine Mindestmehrarbeitsvergütung und Einschränkungen der Kinderarbeit vor; REIMANN/ACKMANN, S. 293. Das FLSA definiert den Arbeitnehmerbegriff als „any individual employed by an employer“; 29 U.S.C. § 203(e). Bei dieser extensiven Definition werden auch solche Erwerbstätige dem Gesetz unterworfen, die in Anwendung des *Common-Law Tests* nicht Arbeitnehmer wären: „This broad definition covers some parties who might not qualify as such [employee] under a strict application of traditional agency law principles [common-law test].“ *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 326 (1992).

<sup>305</sup> Vgl. *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Jean Anderson Hierarchy of Agents v. Allstate Life Insurance Co.*, 2 F. Supp. 2d 688, 692 (E.D. Pa. 1998); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 755 (9<sup>th</sup> Cir. 1979); *Usery v. Pilgrim Equipment Co.*, 527 F. 2d 1308, 1315 (5<sup>th</sup> Cir. 1976); *Rutherford Food Corp v. McComb*, 331 U.S. 722, 729 (1947).

massgebend<sup>306</sup>. Die Frage der Vertragsbezeichnung bildet jedoch in keinem der in den Vereinigten Staaten von Amerika verwendeten Tests zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigem ein ausdrücklich zu berücksichtigendes Kriterium, möglicherweise aber ein Indiz.

### III. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Arbeitsrecht

In der Schweiz hat der Richter – wie erwähnt – nach Massgabe des festgestellten Sachverhalts das Recht von Amtes wegen anzuwenden, ohne an die Rechtsauffassungen der Parteien gebunden zu sein<sup>307</sup>. Dies hat sogar zur Folge, dass eine Vertragspartei, die zunächst einen anders lautenden Vertrag unterzeichnet, sich in der Folge aber auf zwingendes Arbeitsvertragsrecht beruft, sich nicht rechtsmissbräuchlich verhält<sup>308</sup>.

Im Gegensatz zur Schweiz erkennt die deutsche Rechtsprechung sehr wohl auf Rechtsmissbrauch<sup>309</sup>. So handelt rechtsmissbräuchlich, wer zunächst ein Urteil erstreitet, durch das rechtskräftig festgestellt wird, dass der Kläger Arbeitnehmer ist, dann aber auf eigenen Wunsch mit dem Arbeitgeber einen Vertrag abschliesst, durch den das Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, um später wieder als freier Mitarbeiter tätig zu werden, und daraufhin erneut die Feststellung verlangt, dass ungeachtet des Aufhebungsvertrages ein Arbeitsverhältnis bestanden habe<sup>310</sup>. Ebenso handelt ein Dienstnehmer rechtsmissbräuchlich, wenn er sich nachträglich darauf beruft, Arbeitnehmer gewesen zu sein, obwohl er als freier Mitarbeiter tätig sein wollte und sich jahrelang allen Versuchen des Dienstgebers widersetzt hatte, zu ihm in ein Arbeitsverhältnis zu treten<sup>311</sup>.

---

<sup>306</sup> „Economic realities not contractual labels determine employment status for the remedial purposes of the FLSA.“ *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 755 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen.

<sup>307</sup> LANZ, S. 1481, mit weiteren Verweisen.

<sup>308</sup> Bundesgericht, Urteil vom 21. März 1995, S. 10, dieser Teil wurde nicht in JAR 1996, S. 97, veröffentlicht; Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 12. Februar 1999, Nr. U/AN980291, nicht veröffentlicht.

<sup>309</sup> HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 506; KRAMER, S. 134.

<sup>310</sup> BAG, NZA 1997, S. 817.

<sup>311</sup> BAG, NZA 1996, S. 818.

## B. Erscheinungsformen

Die Erscheinungsformen des privatrechtlichen Schuldvertrages zur Arbeitsleistung sind mannigfaltig. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich an dieser Stelle, den umgekehrten Ansatz zu wählen und nachfolgend durch entsprechende Abgrenzungen festzuhalten, in welcher Form der privatrechtliche Schuldvertrag *nicht* vorkommt.

### I. Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, öffentlich-rechtlichen Zwangsgewalten und Arbeitsleistungen kraft Gesetzes

Nicht zum Arbeitsrecht gehören Beschäftigungsverhältnisse, die auf einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis beruhen, welche grundsätzlich den besonderen Vorschriften der öffentlichen Hand unterstehen<sup>312</sup>. Zu den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zählen Dienstverhältnisse der Beamten und Dienstverhältnisse auf Grund der Unterstellung unter eine öffentlich-rechtliche Zwangsgewalt, wie beispielsweise Dienstverhältnisse von Soldaten, Zivilschutz- und Zivildienstleistenden, von Strafgefangenen und von Anstaltsinsassen<sup>313</sup>. Lücken in diesen Vorschriften können aber unter Umständen durch sinngemässe Anwendung des Arbeitsrechts gefüllt werden<sup>314</sup>.

Weder in der Schweiz noch in Deutschland fallen Verpflichtungen zur Arbeitsleistung aus religiösen oder karitativen Motiven<sup>315</sup> unter das Arbeitsrecht<sup>316</sup>. Gemäss deutscher Lehre und Rechtsprechung sind beispielsweise Mitglieder von Orden und Säkularinstituten der Katholischen Kirche sowie evangelische Diakonissen, die in kirchlichen Einrichtungen beschäftigt werden, von der Geltung des Arbeitsrechts ausgenommen, weil sie in einem so engen Verhältnis zur Kirche stehen, dass sie mit der von ihnen

---

<sup>312</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 60 zu Art. 319 OR; ZÖLLNER/LORITZ, S. 40; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 98; GRIEBELING, S. 1140; vgl. hinten Anhang 1: Fall 69: Umschulungsvertrag und Fall 78: Zentralbibliotheksangestellte.

<sup>313</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 319 OR; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 98-104; vgl. HANAU/ADOMEIT, S. 156 Rdn. 551.

<sup>314</sup> BGE 75 II 332.

<sup>315</sup> Angehörige kirchlicher Orden und Diakonissen.

<sup>316</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 13, N 18 und N 61 zu Art. 319 OR; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 319 OR; ZÖLLNER/LORITZ, S. 58; SCHAUB § 8 N 15; HANAU/ADOMEIT, S. 155 Rdn. 550; LÖWISCH § 1 Rn. 13.

gewählten Lebensform einen Stand der Kirche bilden<sup>317</sup>. Wenn dagegen Mitglieder religiöser Gemeinschaften wie andere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt auftreten und Arbeitsverträge eingehen, sind sie Arbeitnehmer, da es für die arbeitsrechtliche Bewertung unerheblich ist, ob die Leistungserbringer dabei in Übereinstimmung mit der Gemeinschaft handeln, der sie angehören<sup>318</sup>.

Ferner stellen Beschäftigungen ausserhalb öffentlich-rechtlicher Zwangsgewalt, die ausschliesslich der Heilung oder der Erziehung<sup>319</sup> und nicht zugleich Erwerbszwecken des entsprechenden Arztes oder Erziehers dienen, ebenfalls keine privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse dar<sup>320</sup>.

Schliesslich unterstehen weder in der Schweiz noch in Deutschland Beschäftigungen auf Grund anderer privatrechtlicher Rechtsverhältnisse<sup>321</sup>, beispielsweise im Rahmen familienrechtlicher Verpflichtung<sup>322</sup>, kraft Gesetzes<sup>323</sup> dem Arbeitsrecht<sup>324</sup>.

## **II. Abgrenzung zur Begründung durch konstitutiven Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag**

Hinsichtlich anderer Beschäftigungsverhältnisse ausserhalb des Beamtenstatus und solcher, die nicht unter die Dienstverhältnisse unter öffentlich-rechtlicher

---

<sup>317</sup> BAG, 14.2.1978, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG (unter II 6 der Gründe); BAG, 25.4.1978, AP Nr. 2 zu Art. 140 GG (unter A 3 der Gründe); BROX/RÜTHERS, S.14 Rdnr. 16; SCHAUB § 29 N 15.

<sup>318</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 93; vgl. LÖWISCH § 1 Rn. 14.

<sup>319</sup> So genannte Beschäftigungstherapien. Dazu hinten Anhang 1, Fall 14: Behindertenarbeit, wobei dort ein Arbeitsverhältnis angenommen wurde.

<sup>320</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 62 zu Art. 319 OR; BROX/RÜTHERS, S. 14 Rdnr. 16.

<sup>321</sup> Zu denken wäre an den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Organ und juristischer Person; Näheres dazu: REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 319 OR.

<sup>322</sup> Dazu gehören namentlich die Ehe und das Gemeinschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kindern; vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 4 f. zu Art. 319 OR; dazu hinten Anhang 1, Fall 40: Konkubinat.

<sup>323</sup> Art. 163 Abs. 2 ZGB; Art. 272 ZGB; § 1356 BGB, §1360 BGB und § 1619 BGB.

<sup>324</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 63 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 24; ZÖLLNER/LORITZ, S. 40; SCHAUB § 8 N 15; HANAU/ADOMEIT, S. 154 Rdn. 545; BROX/RÜTHERS, S. 13 Rdnr. 11.

Zwangsgewalt fallen<sup>325</sup>, ist zu unterscheiden, ob das Beschäftigungsverhältnis durch konstitutiven Verwaltungsakt oder privatrechtlichen Vertrag begründet wurde. Beschäftigungsverhältnisse auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages unterliegen sehr wohl dem Arbeitsrecht<sup>326</sup>.

### 1. Konstitutiver Verwaltungsakt

Der konstitutive Verwaltungsakt steht dem privatrechtlichen Vertrag gegenüber. Die Dienstverhältnisse von Beamten werden sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland nicht durch einen Vertrag, sondern durch einen konstitutiven Verwaltungsakt<sup>327</sup> mit deren Zustimmung begründet<sup>328</sup>. Diese Dienstverhältnisse fallen nicht unter das Arbeitsrecht, da sie weder privatrechtlicher Natur sind noch durch einen Vertrag begründet werden<sup>329</sup>.

### 2. Verwaltungsrechtlicher Vertrag

Die grundsätzliche Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge und damit die Möglichkeit zur vertraglichen Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen ist in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung seit längerem allgemein anerkannt<sup>330</sup>. Schwierigkeiten bestehen immer wieder hinsichtlich der Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag einerseits und privatrechtlichem Vertrag andererseits. Die herrschende Lehre und Gerichtspraxis steht auf dem Standpunkt, dass das dominierende Abgrenzungsmerkmal im Vertragsgegenstand liegt und nicht etwa im Vertragsabschluss oder in der Vertragserfüllung. Ein Vertrag ist danach öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe<sup>331</sup> betrifft oder Materien enthält, die an sich vom öffentlichen Recht geregelt werden, wie dies etwa bei Erschiessungs-

---

<sup>325</sup> In Deutschland sind dies beispielsweise Richter; vgl. RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 99; vgl. HANAU/ADOMEIT, S. 153 Rdn. 543; vgl. SCHAUB § 29 N 13.

<sup>326</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 60 zu Art. 319 OR; SCHAUB § 8 N 15; in Deutschland findet neben dem Arbeitsrecht für eine Reihe von Fragen das für Beamte geltende Recht Anwendung; ZÖLLNER/LORITZ, S. 40, und § 5 I 5., S. 58; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 99 ff.; dazu hinten Anhang 1, Fall 23: Festschiessen.

<sup>327</sup> Wahl, Ernennung oder Anstellung genannt.

<sup>328</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 60 zu Art. 319 OR; ZÖLLNER/LORITZ, S. 40.

<sup>329</sup> Vgl. LÖWISCH § 1 Rn. 10.

<sup>330</sup> Vgl. IMBODEN, S. 30 ff.; GYGI, S. 206 ff.

<sup>331</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 18: Chefarzt am Rhätischen Kantonsspital.

Enteignungs- und Subventionsverträgen der Fall ist<sup>332</sup>. Damit erweisen sich Verträge zwischen Gemeinwesen und Privaten im Rahmen der unmittelbaren Verfolgung öffentlicher Zwecke stets als öffentlich-rechtlich, wenn nicht gerade anders lautende Bestimmungen das Gegenteil verlangen. In diesem Sinne bleibt meist kein Raum für den Abschluss privatrechtlicher Rechtsgeschäfte<sup>333</sup>.

### C. Bedeutung

In der Schweiz wird dem ersten Kriterium des privatrechtlichen Schuldvertrages systematisch oft weniger Bedeutung beigemessen. Ursprünglich hatte REHBINDER dieses Kriterium zwar im Zusammenhang mit dem Einzelarbeitsvertrag genannt, fuhr aber sogleich mit dem Arbeitsverhältnis fort, welches er als durch vier Merkmale gekennzeichnet bezeichnete<sup>334</sup>. Neu weiten REHBINDER/PORTMANN den Merkmalskatalog auf sechs Merkmale aus, indem sie zusätzlich die Merkmale *Privatrechtsverhältnis* und *Schuldvertrag* separat abhandeln<sup>335</sup>. Von MÜLLER wird das Kriterium m. E. in vertretbarer Weise kombiniert als *privatrechtlicher Schuldvertrag* berücksichtigt, jedoch unter irrtümlicher Gleichsetzung des Rechtsinstituts der arbeitnehmerähnlichen Person mit demjenigen der Scheinselbstständigkeit<sup>336</sup>. SCHWEINGRUBER bemerkt nur in aller Kürze, dass das Arbeitsverhältnis auf einem Vertrag beruht<sup>337</sup>. STREIFF/VON KAENEL setzen mit der Darstellung der begriffsnotwendigen Elemente direkt auf der Stufe des Arbeitsvertrages an und implizieren damit das Vorliegen eines Vertrages<sup>338</sup>.

In Deutschland muss ein Vertrag Rechtsgrundlage sein, bei dem faktischen Arbeitsverhältnis wenigstens die freie Bereitschaft<sup>339</sup>. Ferner wird deutlich hervorgehoben, dass nur privatrechtliche Verträge auf Arbeitsleistung

---

<sup>332</sup> Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil vom 7. Februar 1989, in: JAR 1991, S. 320 ff.

<sup>333</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 55: Praktikant beim Kanton Basel-Stadt.

<sup>334</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 43: vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 319 OR.

<sup>335</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 2 ff. zu Art. 319 OR.

<sup>336</sup> MÜLLER, S. 24.

<sup>337</sup> SCHWEINGRUBER, S. 19.

<sup>338</sup> STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 319 OR.

<sup>339</sup> GRIEBELING, S. 1140.

Arbeitsverträge sein können. Der Vertrag muss dabei nicht unter allen Umständen rechtswirksam bzw. rechtsgültig sein<sup>340</sup>.

Erforderlich für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist in allen drei Rechtsordnungen die Willenseinigung bzw. der Konsens darüber, dass ein Arbeitsverhältnis eingegangen werden soll<sup>341</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zur Bejahung eines Arbeitsvertrages ein privatrechtlicher Schuldvertrag zwingend vorliegen muss.

---

<sup>340</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 41 und S. 146; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 15; vgl. SCHAUB § 8 N 12 f; vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR hinsichtlich der Beschäftigung eines Geisteskranken.

<sup>341</sup> Vgl. VISCHER, S. 293; vgl. ZÖLLNER/LORITZ, S. 41.



## § 6 Leistung von Arbeit

### A. Begriff

In der Schweiz ist Arbeit jede planmässige, auf die Befriedigung eines Bedürfnisses ausgerichtete körperliche oder geistige Verrichtung eines Menschen<sup>342</sup>. Der Begriff der Arbeit umfasst nicht nur eine produktive oder nützliche Arbeit, sondern jede Dienstleistung zur Befriedigung eines Bedürfnisses. Bei der Hauptleistung des Arbeitnehmers muss es sich immerhin um eine positive Betätigung handeln; ein blosses Unterlassen oder Dulden genügt nicht<sup>343</sup>.

In Deutschland definieren HANAU/ADOMEIT Arbeit als jede für den anderen Vertragspartner irgendwie nützliche Tätigkeit, sei sie körperlicher oder geistiger Art<sup>344</sup>. SCHAUB beschreibt Arbeit als jede Betätigung oder jedes Verhalten, die oder das zur Befriedigung eines Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird. Diese umfasst sowohl eine geistige als auch körperliche Betätigung, die niederer oder höherer Art sein kann<sup>345</sup>. WORZALLA definiert alternativ dazu Arbeit als jedes Verhalten, das im wirtschaftlichen Leben auf Wunsch für einen Dritten üblicherweise gegen Entgelt erbracht wird<sup>346</sup>. GRIEBELING versteht unter Arbeit jede Dienstleistung im Sinne einer wirtschaftlich relevanten Tätigkeit. Hierdurch werden zum einen nichtkommerzielle Tätigkeiten ausgegrenzt, etwa die Mithilfe in der Familie oder im Sportverein, zum anderen aber auch die nur als Erfolg geschuldeten Leistungen<sup>347</sup>. Gemäss ZÖLLNER/LORITZ sind alle Versuche, den Begriff der Arbeit von ihrem Gegenstand her abzugrenzen, gescheitert. Der in der neueren Literatur zu findende Hinweis, Arbeit beurteile sich nach der Verkehrsanschauung, ist ebenfalls rechtlich bedeutungslos, weil kein erlaubtes

<sup>342</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 319 OR; BRÜHWILER, N 4 a) zu Art. 319 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 319 OR; BÖHRINGER, S. 24; VISCHER, S. 2; PORTMANN, N 4.

<sup>343</sup> VISCHER, S. 2, mit weiteren Verweisen.

<sup>344</sup> HANAU/ADOMEIT, S. 152 Rdn. 539.

<sup>345</sup> SCHAUB § 8 N 10. Diese Definition ist nicht sehr glücklich, da der zu definierende Begriff *Arbeit* in der Definition erneut erscheint.

<sup>346</sup> WORZALLA, N 72.

<sup>347</sup> GRIEBELING, S. 1140.

und den guten Sitten entsprechendes menschliches Verhalten denkbar ist, das nicht Gegenstand einer Arbeitsverpflichtung sein könnte<sup>348</sup>. Die angebliche Aussichtslosigkeit in Deutschland, eine treffende Definition der Arbeit finden zu können, ist m. E. nicht begründet. Die schweizerische Definition überzeugt durchaus und könnte von Deutschland übernommen werden.

In den Vereinigten Staaten von Amerika umfasst die Arbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses jede Tätigkeit, von welcher der Arbeitgeber weiss oder Grund zur Annahme hat, dass sie vom Arbeitnehmer für den Arbeitgeber erbracht wird<sup>349</sup>.

Ausgehend von der Begriffsbildung *Arbeitgeber/Arbeitnehmer* hat man sich der Zuordnung der Arbeit bewusst zu sein. Nicht derjenige, der arbeitet, *gibt* die Arbeit, sondern derjenige, der sie empfängt. Es ist seine Arbeit. Der Arbeitnehmer ist ihm bei der Arbeitsleistung untergeordnet<sup>350</sup>. In den Vereinigten Staaten von Amerika umfasst die vom Arbeitgeber im dargestellten Sinn *gegebene Arbeit* im Zusammenhang mit dem FLSA diejenige, welche erlaubt oder zu erdulden ist<sup>351</sup>. Diese Umschreibung ist aus schweizerischer und deutscher Sicht eher ungewöhnlich. M. E. besticht sie jedoch durch ihre Einfachheit und Tragweite. So wird sie insbesondere der erwähnten Einschätzung von ZÖLLNER/LORITZ, wonach der Begriff der Arbeit kaum abzugrenzen ist, erstaunlich gut gerecht.

## B. Erscheinungsformen

Aus schweizerischer Sicht besteht Arbeit in einer positiven Leistung, auch wenn diese nicht immer in einer als von aussen erkennbaren aktiven Betätigung hervortritt, wie beispielsweise bei Verwahrung von Gegenständen, Überwachung von Maschinen, Kontrolle von Vorgängen oder Modellstehen<sup>352</sup>. Es kann sich sowohl um körperliche als auch um geistige Arbeit handeln<sup>353</sup>.

---

<sup>348</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 44.

<sup>349</sup> *Shultz v. Hinojosa*, 432 F. 2d 259, 19 WH Cases 625 (5<sup>th</sup> Cir. 1970).

<sup>350</sup> LÖWISCH § 1 Rn. 3.

<sup>351</sup> „(T)o suffer or permit to work“: 29 U.S.C.A. § 203 (g).

<sup>352</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR; Cour de Justice de Genève 13 III 09, Revue 28, No 14 = SJZ 7, 1911, S. 311.

<sup>353</sup> VISCHER, S. 2; SCHWEINGRUBER, S. 19.

Wird eine Person einer reinen Beschäftigungstherapie unterzogen und ist das Arbeitsergebnis nicht verwertbar, liegt jedoch keine Arbeitsleistung vor<sup>354</sup>.

In Deutschland wird ebenso beispielsweise die rein passive Zurschaustellung als Modell oder lebende Schaufensterpuppe<sup>355</sup>, die Tätigkeit einer Artistin, die sich nur über ein Seil tragen lässt und die Tätigkeit als Babysitter als Arbeit qualifiziert<sup>356</sup>. Die Betätigung erfordert in der Regel die Überwindung psychischer Hemmnisse<sup>357</sup>.

Hinsichtlich der Frage der Fortbewegung von einem Punkt A nach einem Punkt B ist zwischen Dienstreisen und Arbeitsweg zu unterscheiden. Dienstreisen sind Teil der Arbeitsleistung, nicht jedoch der normal übliche Arbeitsweg<sup>358</sup>.

Spielerische oder sportliche Betätigungen zum Selbstzweck werden insbesondere in Deutschland nicht als Arbeit angesehen<sup>359</sup>. Anders ist dies, wenn gerade die sportliche Betätigung, wie beispielsweise die eines Fussballers, Trainers<sup>360</sup> oder Lehrers zur Befriedigung eines Fremdbedarfs geleistet wird<sup>361</sup>. Gemeint sind damit ebenfalls Tätigkeiten, die man unter dem Begriff *Show* zusammenfassen könnte<sup>362</sup>. Im Zweifel handelt es sich dann um Arbeit, wenn für die Zugänglichmachung der erbrachten Leistung üblicherweise insbesondere Eintrittsgeld entrichtet wird<sup>363</sup>.

Eine blosser Unterlassung, wie beispielsweise die Befolgung eines Konkurrenzverbotes<sup>364</sup>, stellt in keiner der drei Rechtsordnungen Arbeit dar. Sie kann jedoch als Nebenverpflichtung in einem Einzelarbeitsvertrag zusätzlich vereinbart werden<sup>365</sup>.

---

<sup>354</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. März 1988, in: Entscheidungen 1987 und 1988, S. 9 ff., JAR 1990, S. 110 ff.; = ZR 1990 Nr. 22; Anhang 1, Fall 14: Behindertenarbeit.

<sup>355</sup> Vgl. HANAU/ADOMEIT, S. 152 Rdn. 539.

<sup>356</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 44; WORZALLA, N 73; SCHAUB § 8 N 10.

<sup>357</sup> SCHAUB § 8 N 10.

<sup>358</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR; vgl. Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 14. September 1983, JAR 1984, S. 116; vgl. HANAU/ADOMEIT, S. 152 Rdn. 541.

<sup>359</sup> WORZALLA, N 74; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 31, mit weiteren Verweisen.

<sup>360</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 29: Fussballtrainer.

<sup>361</sup> SCHAUB § 8 N 11.

<sup>362</sup> WORZALLA, N 75.

<sup>363</sup> BAG, 27.3.1991, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 38.

<sup>364</sup> Art. 340 ff. OR.

<sup>365</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 319 OR.

### C. Bedeutung

Gegenstand des Arbeitsvertrages ist in allen drei Rechtsordnungen ein Wirken. Arbeit braucht sich damit nicht in einem Arbeitserfolg niederzuschlagen<sup>366</sup>. Zwar wird ein Arbeitsvertrag vor allem aus Sicht des Arbeitgebers im Hinblick auf ein erhofftes Arbeitsergebnis abgeschlossen, doch ist seitens des Arbeitnehmers stets nur der Einsatz seiner Arbeitskraft und nicht ein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet<sup>367</sup>. So verrichtet auch ein Wissenschaftler, der jahrelang ohne Erfolg ein bestimmtes Problem, beispielsweise die Herstellung eines Medikamentes gegen AIDS erforscht, Arbeit<sup>368</sup>. Ist ein Arbeitsergebnis mangelhaft, besteht keine Pflicht zur Nacharbeit<sup>369</sup>.

Zur Bejahung eines Arbeitsvertrages muss Arbeit zwingend Vertragsgegenstand sein<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 47 zu Art. 319 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 319 OR; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 14; SCHAUB § 29 N 8.

<sup>367</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 53: Partnerschaftsvertrag.

<sup>368</sup> Vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 319 OR; vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 319 OR.

<sup>369</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 47 zu Art. 319 OR.

<sup>370</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 76: Wirtepatentthingabe.

## § 7 Gegenseitiges Dauerschuldverhältnis

### A. Begriff

Bei dem gegenseitigen Dauerschuldverhältnis ist zwischen der Bindung der Leistungspflicht an die Laufzeit des Vertrages – der Vertragsdauer – und der Bindung an bestimmte Arbeitszeiten zu unterscheiden<sup>371</sup>. Dogmatisch ist das Kriterium der Arbeitszeit als Ausprägung der zeitlichen Unselbstständigkeit<sup>372</sup> abzuhandeln.

Die *Vertragsdauer* betrifft aus schweizerischer Sicht die Zeitspanne, für die von den beteiligten Parteien ein Vertragsverhältnis eingegangen wird. Gemäss Legaldefinition in Art. 319 OR verpflichtet sich bei einem Einzelarbeitsvertrag der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Der Arbeitnehmer hat seine Leistungen in ständiger Wiederkehr zu erbringen<sup>373</sup>.

In der deutschen Doktrin wird hinsichtlich der Vertragsdauer im Arbeitsrecht vergleichsweise wenig ausgeführt. ZÖLLNER/LORITZ erachten den Begriff Dauerschuldverhältnis als nicht vollständig geklärt. Gemäss diesen ist das Arbeitsverhältnis lediglich in der Regel ein Dauerschuldverhältnis, da es nicht bloss auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet ist<sup>374</sup>. SCHAUB zählt den Arbeitsvertrag klar zu den Dauerschuldverhältnissen. Denn eine Arbeitsleistung kann nicht in einem Zeitpunkt erbracht werden. Für sie ist ein gewisser Zeitraum erforderlich<sup>375</sup>. Seitens WORZALLA lässt sich ergänzen, dass sich das Dauerschuldverhältnis von den auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnissen dadurch unterscheidet, dass aus ihm während der Laufzeit des Vertrages ständig neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen<sup>376</sup>. Begrifflich setzt dies voraus, dass ein dauerndes Verhalten oder wiederkehrende

---

<sup>371</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 319 OR; vgl. PORTMANN, N 8.

<sup>372</sup> Dazu hinten § 9 B. V.

<sup>373</sup> VISCHER, S. 3.

<sup>374</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 155.

<sup>375</sup> SCHAUB § 29 N 7.

<sup>376</sup> WORZALLA, N 93.

Leistungen geschuldet werden und dass der Gesamtumfang der Leistung von der Dauer der Rechtsbeziehung abhängt<sup>377</sup>.

Das deutsche Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999<sup>378</sup> statuiert in § 7 Abs. 4 Nr. 2 hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ebenfalls das Kriterium *auf Dauer*. Das Gesetz bietet jedoch keinen weiteren Anhaltspunkt, wann dieses Kriterium erfüllt sein soll. Gemäss Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 ist von Dauerhaftigkeit auszugehen, wenn die Tätigkeit im Rahmen eines Dauerauftragsverhältnisses oder eines regelmässig wiederkehrenden Auftragsverhältnisses erfolgt<sup>379</sup>. Nach der Gesetzesbegründung soll es nicht allein auf das Zeitmoment ankommen, vielmehr seien auch wirtschaftliche Kriterien und branchenspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen<sup>380</sup>. Diese Aussage ist m. E. ebenso viel sagend wie nichts sagend, sicherlich jedoch nicht wirklich hilfreich. Es ist anzunehmen, dass die Gerichte sich arbeitsrechtlicher Kriterien bedienen werden, um diesen Begriff zu präzisieren.

## *B. Erscheinungsformen*

Die Arbeitsleistung erschöpft sich nicht in einem einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung<sup>381</sup>, da sonst ein Arbeitsergebnis und nicht die Arbeitstätigkeit für eine gewisse Zeit geschuldet wäre. Hinsichtlich der Abgrenzung zum Auftrag ist festzuhalten, dass sich dessen Dauer vielfach unmittelbar aus dem übertragenen Geschäft oder den übertragenen Diensten ergibt<sup>382</sup>. Der Beauftragte ist deshalb grundsätzlich zeitlich so lange gebunden, bis der Erfolg, auf den hinzuwirken er sich verpflichtet hat, erreicht wird oder unmöglich geworden ist. Der Auftrag wird damit vom Zweck der Leistung getragen und in der Regel durch ihren Zweck begrenzt<sup>383</sup>. Demgegenüber schafft der Arbeitsvertrag eine vom Arbeitsvorgang unabhängige zeitliche

---

<sup>377</sup> PALANDT/HEINRICHS, Einl vor § 241 N 17.

<sup>378</sup> Näheres dazu hinten § 11.

<sup>379</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 191.

<sup>380</sup> BAUER/DILLER/SCHUSTER, S. 1299; vgl. RUNDSCHREIBEN, S. 191.

<sup>381</sup> Vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR.

<sup>382</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 27: Freundnachbarliche Hilfeleistung.

<sup>383</sup> BÜREN, S. 5.

Bindung<sup>384</sup>. Folgerichtig erlischt ein Arbeitsvertrag im Gegensatz zu beispielsweise dem Kaufvertrag nicht mit der Erfüllung, sondern durch Ablauf der vereinbarten Zeitdauer oder bei Kündigung durch Ablauf der Kündigungsfrist<sup>385</sup>.

Wie schon die Arbeitsleistung so ist auch die Gegenleistung – der Lohn – in periodisch wiederkehrenden Abständen zu erbringen, damit ein gegenseitiges privatrechtliches Dauerschuldverhältnis vorliegt<sup>386</sup>. Die periodischen Entgeltleistungen werden von der schweizerischen Rechtsprechung und von REHBINDER als so genanntes materielles Merkmal für ein Arbeitsverhältnis bezeichnet<sup>387</sup>. HARDER zählt zu den charakteristischen Kennzeichen für die Neue Selbstständigkeit die Erscheinungsform, dass eine länger dauernde Tätigkeit für nur einen Auftraggeber vorliegt.

Im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika ist das Kriterium der Vertragsdauer in sämtlichen Tests bekannt. Der *Common Law Test*<sup>388</sup> statuiert in

<sup>384</sup> FELLMANN, Berner Kommentar, N 305 zu Art. 394 OR.

<sup>385</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR.

<sup>386</sup> BRÜHWILER, N 7 zu Art. 319 OR; vgl. hinten § 8 B. IV.

<sup>387</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR, mit weiteren Verweisen; vgl. Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen.

<sup>388</sup> Dieser Test wird in der Regel als *Common-Law Test* bezeichnet; es werden aber auch Bezeichnungen wie *Agency-Test*, *Common-Law Agency Test*, *Right-to-Control Test* oder *Common-Law Right of Control Test* für denselben Test verwendet. Die Verwendung der vorgenannten Bezeichnungen als Synonyme ist verwirrend, da über die Jahre hinweg verschiedene Common-Law Tests entwickelt wurden. Der derzeit relevante Common-Law Test, der auf den jüngsten Leitentscheid *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318 (1992), zurückgreift, wird in der Folge als *Common-Law Test* bezeichnet. Der zuvor geltende Test wird angesichts seiner Herkunft in der Folge als *Common-Law Agency Test* bezeichnet.

Der Common-Law Test ist seit dem Leitentscheid des Supreme Court *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 322 (1992), hinsichtlich der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs bezüglich des Gesetzes *Employee Retirement Income Security Act* von 1974 (29 U.S.C. §§ 1001 - 1461; nachfolgend ERISA genannt) massgeblich. Das Gesetz ERISA stellt nach deutscher Terminologie das Betriebsrentengesetz dar. Es regelt die Finanzierung, Übertragung, Verwaltung und Auflösung von privaten Vorsorgeplänen. Es setzt dabei gewisse minimale Standards fest (vgl. ANGLIM, S. 180). Das Gesetz ERISA auferlegt den Arbeitgebern umfangreiche Auskunftspflichten und sieht eine behördliche Kontrolle der Vermögensverwaltung vor. Allerdings verpflichtet es den Arbeitgeber nicht, eine betriebliche Altersversorgung abzuschliessen (REIMANN/ACKMANN, S. 298). Das Gesetz ERISA definiert den Begriff des Arbeitnehmers mit „jedes Individuum, das von einem Arbeitgeber angestellt ist“ („[...] any individual employed by an

Ziffer (5) als Merkmal die Dauer der (Vertrags-)Beziehung zwischen den Parteien<sup>389</sup>. Der *Common-Law Agency Test*<sup>390</sup> untersucht in Ziffer (f) die Zeitdauer, während der die Person beschäftigt ist<sup>391</sup>. Sehr ähnlich lautet die Wortwahl in Ziffer (5) des *Hybrid Tests*<sup>392</sup>: Die Zeitdauer, während der das Individuum arbeitete<sup>393</sup>. Im *Economic Realities Test*<sup>394</sup> ist das Merkmal in Ziffer

---

employer.“ 29 U.S.C. §1002 (6); der Wortlaut ist übereinstimmend mit demjenigen im Gesetz FLSA; vgl. vorne Fn. 304). Nachdem im Gesetz ERISA keine Hinweise hinsichtlich der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes zu finden sind, griff der Supreme Court auf seine in einem Urheberrechtsfall (*Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730 [1989]) weiterentwickelten Common-Law-Faktoren zurück. Diese sind nicht exakt gleich lautend wie die im Restatement (Second) of Agency verankerten Merkmale. Der Supreme Court begründet die Abweichungen von diesen Merkmalen damit, dass die im Recht der Stellvertretung und im Auftragsrecht aufgestellte Liste nicht erschöpfend ist („nonexhaustive“; *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 752 [1989]; *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324 [1992]).

389 „(5) the duration of the relationship between the parties“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

390 Dazu vorne Fn. 254.

391 „(f) the length of time for which the person is employed“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

392 Hinsichtlich des Hybrid Tests vgl. Fn. 253.

393 „(5) the length of time during which the individual has worked“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

394 Der Supreme Court erachtete die traditionellen Merkmale des Common-Law Tests als zu wenig weit gehend hinsichtlich der Unterscheidung zwischen selbstständig Erwerbstätigen und den durch das Gesetz FLSA (Näheres dazu vorne Fn. 304) geschützten Arbeitnehmern: „... the traditional common-law criteria for identifying the master-servant relationship were not broad enough to determine whether a worker was an independent contractor or a protected employee for FLSA purposes.“ (*Rutherford Food Corp v. McComb*, 331 U.S. 722 [1947]). Von dieser Ansicht ist der Supreme Court auch in seinem Leitentscheid *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318 (1992), nicht abgewichen. Auf Grund des erstgenannten Präjudizes und des Umstandes, dass das Gesetz FLSA selbst eine extensive Begriffsbestimmung enthält, prüfen die Gerichte das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses im Blickwinkel der zugrunde liegenden wirtschaftlichen Gegebenheit anhand des *Economic Realities Tests*. Dieser Test ist weiter gehend als der *Common-Law Test*. Vor allem die ordentlichen Appellationsgerichte haben sechs zu prüfende Faktoren entwickelt. Der Test wird deshalb auch als *6-Factor Test* bezeichnet.



(5) als Grad des Dauerzustands der Arbeitsbeziehung<sup>395</sup> bezeichnet. Das Appellationsgericht vom 5. Gerichtsbezirk erachtete beispielsweise hinsichtlich des Gesetzes FLSA die Vertragsdauer von einem Jahr in einem Vertragsverhältnis, in dem der jeweilige Vertrag zudem routinemässig erneuert wurde, für die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses als ausschlaggebend<sup>396</sup>.

## I. Bestimmte und unbestimmte Vertragsdauer

Vornehmlich in der Schweiz wird speziell zwischen bestimmter und unbestimmter Vertragsdauer unterschieden<sup>397</sup>. Aus deutscher Sicht lässt sich das Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 erwähnen. In diesem wird auf die Begrenztheit der Tätigkeit abgestellt. Ähnlich prüft in den Vereinigten Staaten von Amerika die Bundesbehörde United States Department of Labor<sup>398</sup> hinsichtlich der Anwendung des Gesetzes FLSA in Ziffer (8), ob der Vertrag für unbestimmte Zeit oder relativ lange Zeit besteht<sup>399</sup>.

### 1. Bestimmte Vertragsdauer

Die bestimmte Vertragsdauer ist nach Tag, Woche, Monat oder Jahr festgelegt oder nach den Umständen bestimmbar, wie beispielsweise bei der Anstellung für die Dauer einer Messe oder Ausstellung<sup>400</sup>. Bestimmbarkeit liegt auch vor, wenn der Eintritt eines gewissen oder ungewissen Ereignisses zur Beendigung des Vertrages führt<sup>401</sup>. Unter Eintritt eines gewissen Ereignisses lässt sich auch der Eintritt eines bestimmten Arbeitserfolges, beispielsweise der Abschluss

---

<sup>395</sup> „[P]ermanence of working relationship“; *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979).

<sup>396</sup> *Usery v. Pilgrim Equipment Co.*, 527 F. 2d 1308, 1314 (5<sup>th</sup> Cir. 1976).

<sup>397</sup> Vgl. BÖHRINGER, S. 25/26.

<sup>398</sup> Nachfolgend „DOL“ genannt. Sie versteht den von den Gerichten angewendeten Economic Realities Test dahingehend, dass hauptsächlich zu untersuchen ist, ob der Dienstleistungsempfänger die Arbeitsausführung kontrolliert bzw. ob er das Recht zur Kontrolle hat. In diesem Zusammenhang hat die Bundesbehörde DOL eine Vielzahl zusätzlich zu prüfender Faktoren aufgestellt.

<sup>399</sup> „(8) whether the contract is for an indefinite or relatively long period“; FOH at 10b06.

<sup>400</sup> Vgl. BOTSCHAFT, S. 295.

<sup>401</sup> BECKER, Berner Kommentar, 2. Abt., N 26 zu Art. 319 OR.

einer wissenschaftlichen Arbeit, verstehen<sup>402</sup>. Damit aber auf einen Einzelarbeitsvertrag geschlossen werden kann, darf, wie erwähnt, nicht dieser Arbeitserfolg geschuldet sein<sup>403</sup>. Der Arbeitnehmer haftet nämlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit, sondern nur für den Einsatz seiner Arbeitskraft<sup>404</sup>. Der befristete Einzelarbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeitdauer bzw. mit Eintritt des Ereignisses<sup>405</sup>. Eine Kündigung ist aus dogmatischer Sicht nicht nötig. Nicht selten wird in der Praxis in solchen Verträgen trotzdem eine Kündigung vereinbart.

Gemäss dem deutschen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 liegt bei einer im Voraus begrenzten, lediglich vorübergehenden Tätigkeit für nur einen Auftraggeber – insbesondere bei projektbezogenen Tätigkeiten – grundsätzlich keine Dauerhaftigkeit dieser Tätigkeit für einen Auftraggeber vor, wenn die Begrenzung innerhalb eines Jahres liegt. Im Einzelfall kann auch bei längeren Projektzeiten keine dauerhafte Tätigkeit nur für einen Auftraggeber vorliegen. Die Bindung an einen Auftraggeber besteht allerdings dann, wenn sich zeitlich begrenzte Auftragsverhältnisse mit demselben Auftraggeber regelmässig wiederholen<sup>406</sup>.

## 2. *Unbestimmte Vertragsdauer*

Bei der unbestimmten Vertragsdauer liegt keine zeitliche Befristung vor. Der unbefristete Einzelarbeitsvertrag endet nach erfolgter Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist. Eine allfällige Freistellung ändert entgegen weit verbreiteter Laienmeinung daran nichts. Ohne Kündigung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers.

## 3. *Herrschaft über Vertragsdauer*

Das Kriterium der Herrschaft über die Vertragsdauer ist weder in der Schweiz noch in Deutschland im Vergleich zu den Vereinigten Staaten von Amerika an dieser Stelle zur Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und selbstständig

---

<sup>402</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 18 zu Art. 319 OR.

<sup>403</sup> Dazu vorne § 6 C.

<sup>404</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 319 OR.

<sup>405</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 14: Behindertenarbeit.

<sup>406</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 191; hinsichtlich der Jahresfrist und der Wiederholung vgl. vorne Fn. 394.

Erwerbstätigem besonders hervorgehoben<sup>407</sup>. So prüft Ziffer (7) des *Hybrid Tests*<sup>408</sup> die Art und Weise, in der das Dienstleistungsverhältnis beendet wurde, d. h. von einer oder beiden Parteien mit oder ohne vorheriger Ankündigung oder Begründung<sup>409</sup>. Ähnlich stellt die Bundesbehörde DOL hinsichtlich des Gesetzes FLSA in Ziffer (10) darauf ab, ob der Ansteller das Recht hat, den Vertrag ohne Einhaltung von Kündigungsfristen und/oder Kündigungsterminen jederzeit aufzulösen<sup>410</sup>. Dieselbe Bundesbehörde DOL prüft separat in Ziffer (1) nahezu identisch, wie frei der Ansteller hinsichtlich der Auswechslung des Leistungserbringers ist<sup>411</sup>. Diese Fragestellungen verlieren insofern an Bedeutung, als die Beschäftigungsverhältnisse auf Widerruf<sup>412</sup> abgeschlossen wurden.

<sup>407</sup> Immerhin sieht insbesondere das schweizerische Auftragsrecht in Art. 404 Abs. 1 OR damit vergleichbar zwingend vor, dass ein Auftrag von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann.

<sup>408</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>409</sup> „(7) the manner in which the work relationship is terminated, i.e., by one or both parties, with or without notice and explanation“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>410</sup> „(10) whether the hiring party has the right to cancel the contract at will“; FOH at 10b06.

<sup>411</sup> „(1) how free the hiring party is to replace the contractor“; FOH at 10b05.

<sup>412</sup> In den Vereinigten Staaten von Amerika ist das Arbeitsverhältnis im Vergleich zur Schweiz und zu Deutschland eher rudimentär geregelt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag, der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossen wird. Das Arbeitsvertragsrecht ist als Teil des Vertragsrechts grundsätzlich einzelstaatliches Recht. Der Arbeitsvertrag kann ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden. Ein Schriftformerfordernis besteht nicht. Stark abweichend von der schweizerischen und deutschen Praxis wird oft auf einen schriftlichen Arbeitsvertrag verzichtet. Sofern überhaupt ein Schreiben ausgetauscht wird, erhält der Arbeitnehmer ein Einstellungsschreiben des Arbeitgebers mit wenigen zentralen Angaben zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Ein Arbeitsverhältnis besteht im Normalfall in Abwesenheit eines speziellen Gesetzes oder individuellen Vertrages *auf Widerruf*. Für diese Form des Arbeitsverhältnisses ist typisch, dass es sowohl von Seiten des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers jederzeit und grundlos ohne Einhaltung irgendwelcher Kündigungsfristen aufgelöst werden kann. Restriktionen bestehen einzig in Montana, Puerto Rico und den Virgin Islands. Der Leitgedanke hinter diesem Modell des Arbeitsverhältnisses liegt in der Überzeugung der Selbstregulierung des Marktes. Danach soll ein ungerechter Arbeitgeber Schwierigkeiten haben, gute Arbeitnehmer zu behalten oder anzustellen. Zudem sieht sich der einzelne ungerechte Arbeitgeber mit den in Gewerkschaften organisierten, unzufriedenen Arbeitnehmern konfrontiert.

### C. Bedeutung

Der Arbeitsvertrag muss zwingend für eine gewisse Dauer eingegangen werden. Weder eine minimale Dauer noch eine volle Inanspruchnahme ist jedoch erforderlich<sup>413</sup>. Ein Einzelarbeitsvertrag bzw. Arbeitsverhältnis liegt auch dann vor, wenn es nur für wenige Stunden<sup>414</sup> oder für einige Tage<sup>415</sup> abgeschlossen wird<sup>416</sup>.

Weniger geeignet ist das Kriterium des gegenseitigen Dauerschuldverhältnisses insbesondere dann, wenn ein als Fremdunternehmen bezeichneter Vertragspartner über längere Zeit Leistungen in seinem Unternehmen erbringt, beispielsweise als Subunternehmer<sup>417</sup>. Ein Vertragsverhältnis, das über einen bestimmten Zeitraum die Erbringung einer Mehrzahl von beispielsweise Werkleistungen zum Gegenstand hat, kann ein Dauerschuldverhältnis sein. Inwieweit beispielsweise ein Werkvertragsverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wird daher häufig anhand anderer Qualifikierungskriterien festzustellen sein, insbesondere anhand des Kriteriums der Leistung von Arbeit<sup>418</sup>. Der Umfang der Inanspruchnahme<sup>419</sup> kann ebenfalls im Zusammenhang mit der Vertragsdauer entscheidend sein, wie folgende Entscheide aus Deutschland aufzeigen: Wenn eine Rundfunkanstalt einen Orchestermusiker mehr als zehn Jahre lang in steigendem Masse regelmässig beschäftigt, ihm jedoch nur den Status eines freien Mitarbeiters bzw. selbstständig Erwerbenden einräumt, so liegt die Möglichkeit einer Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes, mit anderen Worten eine Scheinselbstständigkeit bzw. ein Arbeitsverhältnis, nahe<sup>420</sup>. Kann jedoch der

---

Im 20. Jahrhundert wurde der blosse Glaube der Selbstregulierung des Marktes durch diverse Gesetze ergänzt. Diese haben aber an der Grundidee des Arbeitsverhältnisses *auf Widerruf* wenig geändert; vgl. REIMANN/ACKMANN, S. 277; GOLDMAN, S. 56, 58.

<sup>413</sup> BRÜHWILER, N 3 a) zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR.

<sup>414</sup> Anstellung als Serviertochter für ein bestimmtes Festbankett; vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR.

<sup>415</sup> Anstellung für die Dauer einer Messe: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 28. April 1980, in: Bericht über die Rechtsprechung 1980, S. 10, JAR 1981, S. 221.

<sup>416</sup> Vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 22 zu Art. 319 OR.

<sup>417</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 70: Unterakkordant.

<sup>418</sup> Vgl. WORZALLA, N 95.

<sup>419</sup> Dazu hinten § 9 B. V. 2. b).

<sup>420</sup> BAG, 2.6.1976, DB 1976, S. 2310; LAG Köln, 30.6.1995, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 29.

selbstständig Erwerbstätige in erheblichem Umfang auch für andere Auftraggeber tätig sein, spielt die Vertragsdauer keine entscheidende Rolle<sup>421</sup>.

Trotz der erwähnten Einzelprobleme ist das gegenseitige Dauerschuldverhältnis zwingend für die Bejahung eines Arbeitsvertrages nötig.

---

<sup>421</sup> Vgl. HUNOLD, S. 27/28.

## § 8 Entgeltlichkeit

### A. Begriff

Aus schweizerischer Sicht bedeutet Entgeltlichkeit, dass der Arbeitgeber auf Grund eines Arbeitsvertrages hinsichtlich der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zur Entrichtung eines Lohnes verpflichtet ist<sup>422</sup>. Mit anderen Worten ist Arbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages immer zu bezahlen<sup>423</sup>.

### B. Erscheinungsformen

#### I. Art der Gegenleistung

Nach schweizerischem und nach deutschem Recht ist der Begriff Entgelt weit zu sehen. Mit anderen Worten ist die Art der Entlohnung nicht begriffswesentlich<sup>424</sup> und kann jede Art einer Gegenleistung umfassen. Es muss sich nicht um Geld oder vergleichbare Werte handeln<sup>425</sup>. In den Vereinigten Staaten von Amerika umfasst der Begriff des Entgelts ebenso weit gefasst geldmässige Vorteile oder Sachleistungen<sup>426</sup>.

Dies vorausgeschickt, schuldet in der Schweiz ein Arbeitgeber in der Regel eine Geldzahlung und damit Geldlohn<sup>427</sup>. Dieser liegt beispielsweise bei der Gewährung eines Darlehens vor, das durch sporadische Einsätze abgearbeitet werden kann<sup>428</sup>. Der Lohn kann aber ebenso in der Form von Naturallohn vorkommen<sup>429</sup>. Ein solcher liegt beispielsweise bei einer Beteiligung am Unternehmen vor. Diese kann durch Ausgabe von

---

<sup>422</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 53; PORTMANN, N 9, 272.

<sup>423</sup> BÖHRINGER, S. 24.

<sup>424</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 25 zu Art. 319 OR; BRÜHWILER, N 7 zu Art. 319 OR. Ähnlich heisst es in der deutschen Doktrin, dass aus der Art der Vergütung sich kein zwingendes Abgrenzungsmerkmal ergibt; vgl. HUNOLD, S. 34.

<sup>425</sup> WORZALLA, N 89.

<sup>426</sup> „(M)onetarily or in the form of inkind benefits“: *Walling v. Portland Terminal Co.*, 330 U.S. 148, 152, 6 WH Cases 611 (1947).

<sup>427</sup> PORTMANN, N 325.

<sup>428</sup> Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, Urteil vom 10. April 2001, in: JAR 2002, S. 132 ff.

<sup>429</sup> Vgl. PORTMANN, N 326.

Mitarbeiteraktien, Partizipationsscheinen, Genussscheinen und Optionen erfolgen<sup>430</sup>. Dem Arbeitnehmer kann die Beteiligung am Unternehmen entweder zu vorteilhaften Konditionen, beispielsweise unter dem Börsenkurs, oder unentgeltlich ermöglicht werden<sup>431</sup>. Der Naturallohn kann ferner in der blossen Gewährung einer Erwerbsgelegenheit bestehen, wie beispielsweise die Einnahme von Trinkgeldern im Gast- und Taxigewerbe<sup>432</sup>. Mit dem Übergang zum System *Trinkgeld inbegriffen* hat diese Form des Lohns an Bedeutung verloren<sup>433</sup>. Eine weitere Form des Naturallohns besteht in der Gewährung von Unterkunft und Verpflegung<sup>434</sup>. So sieht Art. 322 Abs. 2 OR ausdrücklich vor, dass, wenn der Arbeitnehmer in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber lebt, der Unterhalt im Hause mit Unterkunft und Verpflegung einen Teil des Lohnes bildet, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist. Ebenso zum Naturallohn zählen die vergünstigte oder unentgeltliche Überlassung einer Dienstwohnung oder eines Privatautos sowie die Lieferung von Waren. Keinen Naturallohn bilden Leistungen, die der Arbeitsausführung dienen, wie insbesondere Arbeitskleidung und Geschäftswagen. Ebenso wenig gehören dazu Leistungen, die auf Grund der blossen Betriebszugehörigkeit erbracht werden und die keine Vergütung der individuellen Arbeitstätigkeit darstellen, wie beispielsweise Kinderhort, Kantinenverpflegung oder verbilligter Warenbezug<sup>435</sup>. Werden schliesslich nur die effektiven Kosten vergütet, liegt Unentgeltlichkeit vor<sup>436</sup>.

Im deutschen Recht kommt die Zahlung eines Festgehaltes sowohl bei dem Arbeits- als auch bei dem Dienstvertrag vor<sup>437</sup>. Die Modalität einer Entgeltzahlung ist für diverse deutsche Autoren wie in der Schweiz nicht entscheidend<sup>438</sup>. In diesem Sinn bezeichnet insbesondere REISERER die Modalitäten als bloss formelles Abgrenzungskriterium<sup>439</sup>. Dagegen soll gemäss Bundesarbeitsgericht die Art der Entgeltzahlung (Einzelhonorar, Monatsgehalt) bei der Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von einem freien Dienstvertrag

---

<sup>430</sup> PORTMANN, N 380.

<sup>431</sup> PORTMANN, N 388.

<sup>432</sup> BGE 41 II 111; REHBINDER, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 319 OR.

<sup>433</sup> Vgl. PORTMANN, N 390.

<sup>434</sup> PORTMANN, N 10, 326, 391.

<sup>435</sup> PORTMANN, N 326.

<sup>436</sup> Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, Urteil vom 21. Juni 2001, in: JAR 2002, S. 134 ff.

<sup>437</sup> HUNOLD, S. 34.

<sup>438</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 69.

<sup>439</sup> REISERER, Scheinselbständigkeit, S. 1260.

eine Rolle spielen<sup>440</sup>. Gemäss Checkliste von KUNZ/KUNZ spricht gegen ein Arbeitsverhältnis, wenn die Vergütung als Honorar durch Rechnungsstellung geltend gemacht wird, dieses nicht konstant ist und keine typischen Arbeitgeberleistungen enthält<sup>441</sup>. Für ein Arbeitsverhältnis spricht gemäss HANAU/STRICK, wenn keine Umsatzbeteiligung besteht.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die Art der Gegenleistung ebenso unbeachtlich. So ist sogar Arbeitnehmer, wer keinerlei Gehaltszahlungen für seine Arbeitstätigkeit erhält, wenn ihm bzw. seinen Hinterbliebenen eine Invalidenrente und eine Rente aus einer Gruppen-Lebensversicherung zukommen<sup>442</sup>.

## II. Bemessung der Gegenleistung

Der Lohn kann gemäss schweizerischem wie auch deutschem Recht nach Zeitabschnitten<sup>443</sup> oder nach der geleisteten Arbeit bzw. Mengenerzeugung<sup>444</sup> bemessen sein<sup>445</sup>. Mit anderen Worten kann zwischen Zeitlohn und Leistungslohn sowie sonstigem Lohn unterschieden werden<sup>446</sup>.

Der *Zeitlohn* ist ein leistungsunabhängiger Lohn. Je nach Grösse des gewählten Zeitabschnitts kann es sich um Stunden-, Tag-, Wochen-, Monats- oder Jahreslohn handeln<sup>447</sup>.

Im Gegensatz zum Zeitlohn handelt es sich bei einem *Leistungslohn* um Lohn, der sich nach den individuellen Leistungen des Arbeitnehmers bemisst. Zu seinen Erscheinungsformen zählen der Akkordlohn, die Prämie und die Provision<sup>448</sup>. Bei einem Akkordlohn wird der Lohn nach der Menge der geleisteten Arbeit bemessen. Der Zeitfaktor spielt insoweit eine Rolle, indem

---

<sup>440</sup> BAG, 30.10.1991, 7 ABR 19/91; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 44.

<sup>441</sup> Gemäss Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850, zählen zu diesen Reise- und Übernachtungsspesen, Erstattung von Auslagen für die Benutzung des eigenen PKW, PC, Fax, Versicherungsbeiträge und verbilligtes Kantinenessen.

<sup>442</sup> Vgl. *Haavistola v. Community Fire Co.*, 6 F. 3d 211, 221 - 222 (4<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>443</sup> So genannter Zeitlohn; vgl. PORTMANN, N 321.

<sup>444</sup> So genannter Akkordlohn; vgl. Art. 326 OR; vgl. PORTMANN, N 322, 336 ff.; es ist zu beachten, dass bei dem Akkordlohn das zeitliche Element für die Annahme eines Arbeitsvertrages begriffsnotwendig ist, da ein Element des Erfolges hinzutritt. Vgl. STREIFF/VON KAENEL, N 16 zu Art. 319 OR.

<sup>445</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 319 OR; SCHAUB § 30 N 2 ff.; HUNOLD, S. 34; vgl. RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 14.

<sup>446</sup> Vgl. PORTMANN, N 321 - 323.

<sup>447</sup> PORTMANN, N 334.

<sup>448</sup> PORTMANN, N 322.



der Akkordlohnansatz auf Grund der Zeit bestimmt wird, die ein durchschnittlicher Arbeitnehmer für die betreffende Arbeit in der Regel benötigt<sup>449</sup>. Dies hat zur Folge, dass ein Arbeitnehmer, der seine Arbeit in einer kürzeren als der angenommenen Zeit erledigt, mehr verdient als ein durchschnittlicher Arbeitnehmer und umgekehrt. Nicht mit einem Arbeitsvertrag vereinbar ist ein fixierter Pauschalpreis, der erfolgsabhängig ist<sup>450</sup>. So besteht der Lohnanspruch, auch wenn das Arbeitsverhältnis trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt seitens des Arbeitnehmers misslingt<sup>451</sup>. Bei dem Leistungslohn in der Form einer Prämie werden besondere Leistungen des Arbeitnehmers vergütet<sup>452</sup>. Zu diesen zählen Arbeitsleistungen von besonderer Qualität<sup>453</sup> oder besonderer Quantität<sup>454</sup> und betriebliche Verbesserungsvorschläge<sup>455</sup>. Weitere besondere Leistungen betreffen beispielsweise die Auslastung von Maschinen, sparsamen Materialverbrauch, Vermeidung von Unfällen, pünktliches Erscheinen und Einhaltung von Terminen<sup>456</sup>. Im Gegensatz zur Akkordentlohnung können bei dem Prämienlohnsystem mehrere Bezugsgrössen gewählt und miteinander kombiniert werden<sup>457</sup>. Bei dem Leistungslohn in Form einer Provision schliesslich bestimmt sich die Vergütung prozentual nach dem Wert einzelner Geschäfte, die der Arbeitnehmer vermittelt oder abgeschlossen hat. Diese Lohnform kommt vor allem bei Handelsreisenden, Verkaufs- und Serviceangestellten vor<sup>458</sup>.

Die Berechnung des Lohnes ist in der Schweiz für die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages nicht wesentlich<sup>459</sup>. Im Gegensatz dazu wird im amerikanischen Recht gerade darin ein Unterscheidungsmerkmal gesehen, ob die Entlohnung nach Zeit oder geleisteter Arbeit erfolgt. So prüft

<sup>449</sup> PORTMANN, N 336.

<sup>450</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 319 OR; es ist eher ein Werkvertrag anzunehmen.

<sup>451</sup> Vgl. PORTMANN, N 337.

<sup>452</sup> PORTMANN, N 346.

<sup>453</sup> So genannte Güteprämie; PORTMANN, N 347.

<sup>454</sup> So genannte Mengenprämie; PORTMANN, N 348.

<sup>455</sup> PORTMANN, N 349.

<sup>456</sup> PORTMANN, N 350 - 354.

<sup>457</sup> PORTMANN, N 357.

<sup>458</sup> PORTMANN, N 359.

<sup>459</sup> Arbeitsgericht Zürich, Entscheid vom 8. Februar 1980, in: JAR 1981, S. 246; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 25 zu Art. 319 OR.

Ziffer (8) des *Common-Law Tests*<sup>460</sup> die Entlöhnungsmethode<sup>461</sup>. Die Ziffer (g) des *Common-Law Agency Tests*<sup>462</sup> und Ziffer (6) des *Hybrid Tests*<sup>463</sup> lauten nahezu identisch wie die erwähnte und untersuchen, ob die Entlohnung nach Zeit oder geleisteter Arbeit erfolgt<sup>464</sup>. Im *Economic Realities Test*<sup>465</sup> fehlt dagegen dieses Kriterium gänzlich.

In Deutschland spricht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit, wenn das Honorar nach festen Gebührevorschriften berechnet wird<sup>466</sup>. Aus dem Umstand, dass im Vertrag eine Provision oder eine sonstige erfolgsabhängige Vergütung vereinbart wurde, kann noch nicht zwingend auf einen freien Dienstvertrag geschlossen werden, mag auch eine ausschliessliche Vergütung auf Provisionsbasis arbeitsrechtlich unzulässig sein<sup>467</sup>.

### III. Lohnhöhe

In der Schweiz wird die Lohnhöhe von den Parteien des Einzelarbeitsvertrages vereinbart<sup>468</sup>. Eine bestimmte Lohnhöhe ist für den Einzelarbeitsvertrag nicht begriffswesentlich<sup>469</sup>. Die Parteien des Arbeitsvertrages können auch einen weit über dem Durchschnitt liegenden Lohn vereinbaren<sup>470</sup>. Ein überdurchschnittlicher Lohn spricht für sich allein weder gegen noch für ein Arbeitsverhältnis. Insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist die Lohnhöhe kein brauchbares

---

<sup>460</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>461</sup> „(8) the method of payment“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>462</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>463</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>464</sup> „(g) the method of payment, whether by the time or by the job“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978) bzw. „(6) the method of payment, whether by time or by the job“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>465</sup> Dazu vorne Fn. 394.

<sup>466</sup> HUNOLD, S. 34.

<sup>467</sup> SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 29, mit weiteren Verweisen.

<sup>468</sup> Vgl. BRÜHWILER, N 3 a) zu Art. 322 OR.

<sup>469</sup> Vgl. HAMM, S. 123.

<sup>470</sup> BGE 118 II 136, 138 E. 3b; dazu hinten Anhang 1, Fall 75: Werbeallrounderin.

Abgrenzungskriterium<sup>471</sup>. Weniger die Lohnhöhe als vielmehr das fixe Gehalt, das eine Person in den Diensten einer Unternehmung erhält, beeinflusst die rechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag<sup>472</sup>.

In Deutschland ist die Höhe einer Entgeltzahlung ebenso nicht entscheidend<sup>473</sup>. Abgesehen von Mindestlohnvorschriften<sup>474</sup>, ist in den Vereinigten Staaten von Amerika die Lohnhöhe auch irrelevant.

#### IV. Periodizität

Die Periodizität der Entgeltzahlung ist nicht aussagekräftig. Natürlich wird dem Arbeitnehmer normalerweise der Lohn in regelmässigen Abständen ausbezahlt. Beispielsweise bei langfristigen Beraterverträgen mit einem monatlichen Fixum erhält aber auch der Selbstständige periodisch eine Entgeltzahlung<sup>475</sup>.

#### V. Verwaltung und Buchungsmodalitäten

In der Schweiz werden Diskussionen betreffend Verwaltung und Buchungsmodalitäten der Entgeltzahlung nicht oder nur vernachlässigbar am Rande geführt. Gleich wie in den anderen Ländern werden Entgelte an selbstständig Erwerbstätige grundsätzlich nicht der Kostenstelle Personal belastet.

In der deutschen Rechtsprechung spielen die Modalitäten der Entgeltzahlung ebenso keine Rolle<sup>476</sup>. So ist es nicht zwingend vorgeschrieben, aber doch empfehlenswert, wenn Arbeitnehmer von der Personalabteilung verwaltet werden und das Arbeitsentgelt über die Lohnabteilung entrichtet wird. Entsprechend ist der selbstständig Erwerbstätige über den Einkauf oder die Kreditorenbuchhaltung zu verwalten<sup>477</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika sehen die herkömmlichen Tests keine entsprechenden Kriterien vor. Immerhin prüft die Bundesbehörde DOL

---

<sup>471</sup> Bundesgericht, Urteil vom 24. Februar 1997 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 25. Oktober 1995), in: JAR 1998, S. 104 ff.

<sup>472</sup> STREIFF/VON KAENEL, N 6 zu Art. 319 OR.

<sup>473</sup> Vgl. RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 69.

<sup>474</sup> Dieser Mindeststundenlohn lag seit 1991 bei USD 4.75 und wurde zum 1. Oktober 1996 – rechtzeitig zur Präsidentschaftswahl – auf die noch heute geltenden USD 5.15 angehoben; REIMANN/ACKMANN, S. 280; vgl. ANGLIM, S. 207.

<sup>475</sup> Vgl. HAMM, S. 123; dazu hinten Anhang 1, Fall 66: Teilhabervertrag.

<sup>476</sup> HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>477</sup> HUNOLD, S. 34.

hinsichtlich der Anwendung des Gesetzes FLSA in Ziffer 1., ob die Zahlungen an den Erwerbstätigen dem Arbeits- oder Salärkonto oder dem Verkaufsspesenkonto belastet werden anstatt dem Konto, dem Anwaltskosten oder Kosten für Wirtschaftsprüfer oder ähnliche Kosten belastet werden<sup>478</sup>. Ferner untersucht die Behörde DOL in Ziffer 3., ob der mögliche Arbeitgeber die Buchhaltung führt und die Lohnliste für den möglichen Arbeitnehmer vorbereitet<sup>479</sup>.

## VI. Steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung

Von REHBINDER sowie der schweizerischen Rechtsprechung wird die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Entgeltes sowie insbesondere das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Auftraggeber als so genannte formale Merkmale und damit als zweitrangig erachtet<sup>480</sup>.

In Deutschland ist der Stellenwert dieser Kriterien ebenfalls gering<sup>481</sup>. Immerhin spricht gegen die Arbeitnehmereigenschaft und für die Selbstständigkeit, wenn die Vergütung für die erbrachte Leistung durch Rechnungsstellung mit Mehrwertsteuer erfolgt<sup>482</sup>. REISERER qualifiziert das Ausweisen von Mehrwertsteuer sowie das Abführen von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen – wie REHBINDER für die Schweiz – je als bloss so genanntes formelles Abgrenzungskriterium<sup>483</sup>. Die Kennzeichnung der Bezüge als Bruttobezüge stellt kein ausschlaggebendes Kriterium für die

---

<sup>478</sup> „1. Is the alleged independent contractor listed on the payroll with the appropriate tax deductions, or are the payments to him charged to the labor and salary account, or selling expense account instead of to the account to which attorney’s fees, auditor’s fees, and the like, are charged?“ FOH at 10b07(a).

<sup>479</sup> „3. Does the possible employer keep the books and prepare the payroll for possible employee?“ FOH at 10b07(a).

<sup>480</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 45 zu Art. 319 OR; Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen; dazu hinten Anhang 1, Fall 43: Lastwagenchauffeur.

<sup>481</sup> Vgl. LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41; dazu hinten Anhang 1: Fall 56: Rahmenvertrag; Fall 68: Telefonhostess; Fall 74: Verwaltungsrat und Geschäftsleiter; Fall 79: Zuzüger in einem Orchester.

<sup>482</sup> HUNOLD, S. 34; als kein relevantes Unterscheidungsmerkmal erachtet dagegen LEUCHTEN die Rechnungsstellung mit Mehrwertsteuer; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>483</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260.

Arbeitnehmereigenschaft dar, obwohl die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen indizielle Bedeutung hat<sup>484</sup>. Umgekehrt soll der Umstand, dass der Dienstberechtigte langjährig die Beiträge zur Sozialversicherung erbracht hat, an der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft nichts ändern können<sup>485</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird vergleichsweise grösseres Gewicht auf die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung gelegt. Im *Common-Law Test*<sup>486</sup> wird in Ziffer (13) auf die steuerrechtliche Behandlung des Arbeitsleistungserbringers abgestellt<sup>487</sup> und in Ziffer (12) nach der Zurverfügungstellung von Altersruhegeld gefragt<sup>488</sup>. Sehr ähnlich prüft der *Hybrid Test*<sup>489</sup> in Ziffer (10), ob der Arbeiter Altersruhegeld ansammelt<sup>490</sup>. Zudem wird im *Hybrid Test* in Ziffer (11) untersucht, ob der „Arbeitgeber“ Sozialversicherungsbeiträge bezahlt<sup>491</sup>. Die Bundesbehörde DOL stellt hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA in Ziffer 1. darauf ab, ob der angeblich selbstständig Erwerbstätige in der Lohnliste mit den entsprechenden Steuerabzügen aufgeführt ist<sup>492</sup>. Ferner untersucht die

<sup>484</sup> SCHMIDT/SCHWERTNER, N 30.

<sup>485</sup> BAG, 10.5.1990, 2 AZR 607/89; EzA § 611 Arbeitnehmerbegriff, Nr. 35.

<sup>486</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>487</sup> „(13) the tax treatment of the hired party“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>488</sup> „(12) the provision of employee benefits“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>489</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>490</sup> „(10) whether the worker accumulates retirement benefits“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>491</sup> „(11) whether the „employer“ pays social security taxes“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>492</sup> „1. Is the alleged independent contractor listed on the payroll with the appropriate tax deductions, or are the payments to him charged to the labor and salary account, or selling expense account instead of to the account to which attorney’s fees, auditor’s fees, and the like, are charged?“. FOH at 10b07(a).

Bundesbehörde DOL in Ziffer 6., wie in den entsprechenden Steuererklärungen der Vertragsparteien die Vergütungen aufgeführt werden<sup>493</sup>.

### C. Bedeutung

In der Schweiz ist die Entgeltlichkeit ein zwingender Bestandteil eines Arbeitsvertrages. Unentgeltliche Arbeitsleistung kommt im Auftragsverhältnis<sup>494</sup> oder ausserhalb des Rechts, d. h. aus reiner Gefälligkeit, vor<sup>495</sup>. In Deutschland ist dagegen die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung keine Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft<sup>496</sup>. In den Vereinigten Staaten von Amerika hat ein Arbeitnehmer stets Anspruch auf ein Entgelt, sofern die Tätigkeit mit dem Wissen und der Zustimmung des Arbeitgebers für dessen Vorteil erbracht wird<sup>497</sup>.

---

<sup>493</sup> „6. How do the respective tax returns of the parties list the remuneration paid?“ FOH at 10b07(a).

<sup>494</sup> Vgl. BGE 64 II 10.

<sup>495</sup> BGE 116 II 695; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 319 OR; vgl. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 53; dazu hinten Anhang 1, Fall 36: Heizungsinstallation.

<sup>496</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 69.

<sup>497</sup> *Reich v. Department of Conversation & Natural Resources*, 28 F. 3d 1076 (11<sup>th</sup> Cir. 1994); *Brennan v. E.R. Field, Inc.*, 495 F. 2d 749, 751 (1<sup>st</sup> Cir. 1974); *Shultz v. Hinojosa*, 432 F. 2d 259.

## § 9 Im Dienst des Arbeitgebers / Unselbstständigkeit

### A. Begriff

#### I. Ansatz in der Schweiz: Im Dienst des Arbeitgebers

Die Arbeitsleistung hat bei einem schweizerischen Einzelarbeitsvertrag in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 OR im Dienst des Arbeitgebers zu erfolgen. Gemäss REHBINDER ist die Arbeitsleistung unselbstständig, fremdbestimmt, in persönlicher Abhängigkeit, nämlich unter Leitung und nach Weisungen bzw. unter der Weisungsgewalt des Arbeitgebers zu erbringen<sup>498</sup>. Andere Autoren<sup>499</sup> benutzen als Synonyme den *fremdbestimmten Arbeitseinsatz*<sup>500</sup>, das *Subordinationsverhältnis*<sup>501</sup>, ein *gewisses Unterordnungsverhältnis*<sup>502</sup> und *persönliche Abhängigkeit*<sup>503</sup>. Die schweizerische Rechtsprechung führt dazu aus, dass mit Stellenantritt bzw. mit der Eingliederung der Person des Arbeitnehmers in eine fremde Arbeitsorganisation ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstellt<sup>504</sup>. Laut Art. 321d Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber ausdrücklich über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung spricht ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit als so genanntes materielles Merkmal für ein Arbeitsverhältnis<sup>505</sup>.

---

<sup>498</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 319 OR; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR.

<sup>499</sup> HAMM, S. 61, mit weiteren Verweisen.

<sup>500</sup> VISCHER, S. 289.

<sup>501</sup> HÜBER, S. 54.

<sup>502</sup> BRÜHWILER, N 5 zu Art. 319 OR.

<sup>503</sup> STAMM, S. 1 f.

<sup>504</sup> Vgl. Obergericht Zürich, Beschluss vom 1. März 1985, in: JAR 1986, S. 59 ff.

<sup>505</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR; BGE 95 II 627; HAMM, S. 58, mit weiteren Verweisen; vgl. LANZ, S. 1469, mit weiteren Verweisen; Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht. Anhand dieses im Vergleich zu den weiteren aufgelisteten materiellen Merkmalen zeigt sich deutlich deren dogmatische Schwäche. Die

Diese Direktions- bzw. Weisungsgewalt des Arbeitgebers kann dabei konkret verschiedenen Personen zustehen, wenn der Inhaber des Betriebes als Träger des Rechts auf Arbeitsleistung und der Leiter des Betriebes, demgegenüber die Befolgungspflicht besteht, auseinander fallen<sup>506</sup>. In diesen Fällen wird zwischen abstraktem und konkretem Arbeitgeber unterschieden<sup>507</sup>. Die Direktions- bzw. Weisungsgewalt steht dabei dem konkreten Arbeitgeber zu. Die Ausübung des Rechts, nicht aber das Recht selbst, wird in der Regel in bestimmtem Umfang an leitende Angestellte, Filialleiter und dergleichen Vorgesetzte übertragen<sup>508</sup>. Die Vorgesetzten werden dadurch nicht zum Arbeitgeber, auch wenn sie arbeitgeberähnliche Funktionen ausüben<sup>509</sup>. Die Direktions- bzw. Weisungsgewalt des Arbeitgebers begründet die dem Arbeitsverhältnis typische rechtliche Unterordnung<sup>510</sup>.

Auf Grund der so genannten Gehorsamspflicht hat der Arbeitnehmer die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen<sup>511</sup>.

## II.    **Ansatz in Deutschland: Persönliche Abhängigkeit**

### 1.    *Abkehr von der Fremdnützigkeit*

Gemäss HROMADKA handelt fremdnützig, wer einem anderen den Nutzen und die Verwertung seines Arbeitsergebnisses überlässt<sup>512</sup>. Das deutsche Bundesarbeitsgericht hat ursprünglich die Fremdnützigkeit als Merkmal der persönlich abhängigen Arbeit betrachtet<sup>513</sup>. So hatte es bei den Mitarbeitern von Rundfunk und Fernsehen darauf abgestellt, dass Arbeitnehmer ihre Arbeitskraft nicht wie ein Unternehmer nach selbst gesetzten Zielen unter eigener

---

Weisungsgebundenheit wird hier sehr allgemein erwähnt. M. E. tritt diese in persönlicher, örtlicher, fachlicher, organisatorischer, zeitlicher und wirtschaftlicher Ausgestaltung in Erscheinung. Auch ohne diese Wortwahl werden in der Liste der materiellen Merkmale die einzelnen Weisungsgebundenheiten teilweise ebenfalls konkretisiert dargestellt, was zu unnötigen begrifflichen Überschneidungen und damit Verunsicherungen führt.

<sup>506</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 319 OR; vgl. ebenfalls vorne § 5 A. I.

<sup>507</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 14/15 zu Art. 319 OR.

<sup>508</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 38 zu Art. 319 OR.

<sup>509</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 319 OR.

<sup>510</sup> Vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR.

<sup>511</sup> Art. 321d Abs. 2 OR.

<sup>512</sup> HROMADKA, S. 576.

<sup>513</sup> Vgl. PREIS § 611 BGB Rn. 90.



Verantwortung und mit eigenem Risiko am Markt verwerten können, sondern dass sie darauf angewiesen sind, ihre Arbeitsleistung fremdnützig der Anstalt zur Verwertung nach deren Programmplanung zu überlassen<sup>514</sup>. Mit dem Gesichtspunkt der Fremdnützigkeit werden m. E. Ursache und Wirkung miteinander vertauscht. Wer keinen durch Arbeit herbeizuführenden Erfolg verspricht, sondern eine Dienstleistung als solche, überlässt die Verwertung stets dem Empfänger der Dienstleistung<sup>515</sup>. Das deutsche Bundesarbeitsgericht ist deshalb auch insoweit nicht mehr auf das Merkmal der Fremdnützigkeit zurückgekommen, um die Arbeitnehmereigenschaft zu bestimmen<sup>516</sup>.

## 2. Zuwendung zur persönlichen Abhängigkeit

In Deutschland kommt es gemäss der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie der herrschenden Lehre nunmehr entscheidend darauf an, ob und in welchem Umfang der zur Arbeitsleistung Verpflichtete persönlich abhängig ist<sup>517</sup>. Die persönliche Abhängigkeit wird aufgespalten in *Weisungsgebundenheit* und *Eingliederung in den Betrieb*<sup>518</sup>. Erstere wird von den Spitzenverbänden der Sozialversicherung als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses bezeichnet, im Sinne der uneingeschränkten Verpflichtung, allen Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten<sup>519</sup>. Immerhin bestehen auch Weisungsbefugnisse gegenüber einem Selbstständigen. Dort muss sich das Weisungsrecht im Rahmen der vertraglich geschuldeten Tätigkeit halten<sup>520</sup>. M. E. präziser ist die Unterscheidung, ob konkrete Weisungen die Umstände betreffen, unter denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist, oder ob die Direktiven lediglich ergebnisorientiert sind. Letztere stehen einer Selbstständigkeit nicht entgegen<sup>521</sup>. WORZALLA erachtet den Begriff der persönlichen Abhängigkeit allenfalls als Sammelbezeichnung für konkretere Merkmale<sup>522</sup>. Alternativ zur persönlichen Abhängigkeit vertritt vor

---

<sup>514</sup> Vgl. BAG, 15.3.1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>515</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 34.

<sup>516</sup> Vgl. BAG, 20.7.1994, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, 30.11.1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>517</sup> Statt vieler, vgl. SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 9; PREIS § 611 BGB Rn. 60.

<sup>518</sup> KURZBERICHT, S. 172.

<sup>519</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>520</sup> HANAU/STRICK, S. 187, mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>521</sup> OBERTHÜR/LOHR, S. 131.

<sup>522</sup> WORZALLA, N 65.

allem WANK die Auffassung, dass das Unternehmerrisiko ausschlaggebend sein soll<sup>523</sup>.

### III. Ansatz in den Vereinigten Staaten von Amerika: Kontrolle

In den Vereinigten Staaten von Amerika enthalten alle Tests zur Abgrenzung zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und einem Arbeitsverhältnis das Merkmal der Kontrolle: Der *Common-Law Test*<sup>524</sup> stellt in Ziffer (1) auf das Recht des Anstellers ab, die Art und Weise der Arbeitsleistungserbringung zu kontrollieren<sup>525</sup>. Im *Common-Law Agency Test*<sup>526</sup> wird in Ziffer (a) das Ausmass der Kontrolle bzw. Aufsicht untersucht, die der Dienstherr über die Einzelheiten der Arbeit gemäss Vertrag ausüben kann<sup>527</sup>. Im *Economic Realities Test*<sup>528</sup> wird in Ziffer (1) sehr ähnlich der Grad des angeblichen Rechts des Arbeitgebers geprüft, die Art (und Weise) der Arbeitsausführung zu kontrollieren<sup>529</sup>. Sachlogisch verknüpft der *Hybrid Test*<sup>530</sup> in Ziffer (1) die wirtschaftliche Gegebenheit des Arbeitsverhältnisses und das Ausmass des Rechts der Kontrolle des Arbeitsleistungsempfängers hinsichtlich der Details und der Art, wie die Arbeit zu erbringen ist<sup>531</sup>. Besonders hervorzuheben ist m. E. bei diesen Umschreibungen, dass es nicht darauf ankommt, wie stark der Dienstherr

---

<sup>523</sup> Vgl. WANK, Neue Selbständigkeit, S. 91 f.

<sup>524</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>525</sup> „(1) the hiring party’s right to control the manner and means by which the product is accomplished.“ Vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>526</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>527</sup> „(a) the extent of control which, by the agreement, the master may exercise over the details of the work“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>528</sup> Dazu vorne Fn. 394.

<sup>529</sup> „(1) The degree of the alleged employer’s right to control the manner in which the work is to be performed“; *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567, 570 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen; vgl. ferner 51 A.L.R. Fed. 702, § 2.

<sup>530</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>531</sup> „(1) [T]he economic realities of the work relationship and the extent to which the one for whom the work is being done has the right to control the details and means by which the work is to be performed“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

tatsächlich seine Weisungsbefugnis ausübt. Entscheidend ist lediglich die durch Vertrag vorgesehene Möglichkeit der Ausübung entsprechender Weisungen. Interessanterweise stammt diese Argumentation aus dem Blickwinkel des selbstständig Erwerbstätigen. Im entsprechenden Leitentscheid war im Zusammenhang mit der Zuordnung von Ansprüchen an Immaterialgüterrechten vom Arbeitsleistungsempfänger versucht worden, durch Ausübung konkreter Kontrollen (ohne entsprechende vertragliche Berechtigung) über einen selbstständig Erwerbstätigen diesen als Arbeitnehmer erscheinen zu lassen, um so in den Genuss der Urheberrechte zu kommen<sup>532</sup>. Nicht nur auf die Möglichkeit, sondern auf die tatsächliche Ausübung des Kontrollrechts stellt die Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA ab. Sie prüft in Ziffer (7), ob der Ansteller Kontrolle über die Geschäftstätigkeit des Vertragspartners hat<sup>533</sup>. In einer separaten Ziffer (6) fragt dieselbe Bundesbehörde DOL in einer allgemeineren Form, ob der Vertrag dem Ansteller irgendwelche Rechte zur ausführlichen Regelung der Arbeitsausführung einräumt<sup>534</sup>. Angesichts dieser Formulierung kann hinsichtlich des Gesetzes FLSA m. E. ebenso gefolgert werden, dass es auf das Recht zur Kontrolle und nicht auf die tatsächliche Kontrolle ankommt.

#### IV. Unselbstständigkeit als zu bevorzugender Begriff

In der Regel wird sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland die persönliche Abhängigkeit als Oberbegriff verwendet. Dieser Ausdruck vernachlässigt m. E., dass die Abhängigkeit sich ausschliesslich auf den Inhalt der Arbeitsleistung und die Art und Weise ihrer Ausführung bezieht. In den übrigen Bereichen ist der Arbeitnehmer ebenso unabhängig wie jeder andere. In der heutigen Zeit, in der die Menschen auf ihre persönliche Freiheit und den Schutz der Persönlichkeit vor äusseren Eingriffen gesteigerten Wert legen, sollte vermieden werden, dass eine ungeschickte Wortwahl zu Irrtümern führt<sup>535</sup>.

Da in Deutschland die persönliche Abhängigkeit für gewisse Autoren<sup>536</sup> kein operationales Merkmal darstellt, ist v. a. der Arbeitnehmerbegriff

---

<sup>532</sup> *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 750 (1989).

<sup>533</sup> „(7) whether the hiring party has control over the business of the contractor“; FOH at 10b06.

<sup>534</sup> „(6) whether the contract gives any right to the hiring party to detail how the work is to be performed“; FOH at 10b06.

<sup>535</sup> Vgl. HILGER, S. 3.

<sup>536</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 35, mit weiteren Verweisen.

Gegenstand zahlreicher rechtswissenschaftlicher Untersuchungen, um für ihn eine präzise Abgrenzung zu finden. ZÖLLNER/LORITZ ist beizupflichten, dass soziologisch gesehen viele Arbeitnehmer sich in einer gewissen Abhängigkeit vom Arbeitgeber befinden, die je nach Sachlage wirtschaftlich oder persönlich sein kann<sup>537</sup>. Diese Abhängigkeit besteht aber in der Regel nur, wenn der Arbeitnehmer auf die entsprechende Arbeitsstelle angewiesen ist. Beispielsweise bei wohlhabenden oder gesuchten Arbeitnehmern kann diese Abhängigkeit vollständig fehlen.

HAMM ist bezüglich des Ergebnisses beizupflichten, dass sich das Merkmal der so genannten *Unterordnung* ebenso wenig eignet, solange dabei von einem ontologisch-intensionalen Denkansatz ausgegangen wird und ein leitender Wertungsansatz fehlt<sup>538</sup>. Ein Ansatz kann m. E. im Schutzgedanken im Erwerbsleben<sup>539</sup> gesehen werden. So muss beispielsweise auch ein wohlhabender Arbeitnehmer einen zwingenden Anspruch auf Ferien haben, da sein Vermögen hinsichtlich des Erholungszweckes wenig bis keinen Einfluss hat.

Das Alternativmodell der empirischen Erhebung betrachtet die Problematik ebenso aus einem leicht anderen Blickwinkel. An die Stelle der Abhängigkeit tritt dort der Umstand, dass keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken besteht<sup>540</sup>. Sehr ähnlich schlägt HAMM vor, dass auf die so genannte *Übernahme des Unternehmerwagnisses* als Obermerkmal abzustellen sei<sup>541</sup>.

M.E. ist anders anzuknüpfen. Ausgangslage sollte die Wortwahl von Art. 319 Abs. 1 OR sein, wonach Arbeit *im Dienst des Arbeitgebers* zu leisten ist. Diese Umschreibung ist m. E. nicht zwingend und in allen Fällen mit Abhängigkeit und Unterordnung gleichzusetzen, obwohl diese in der Regel vorliegen dürften. Abhängigkeit ist die verstärkte Form der Unselbstständigkeit. Jeder, der abhängig ist, ist gleichzeitig unselbstständig. Aber nicht jeder, der unselbstständig ist, muss auch abhängig sein. Erst bei Erreichen einer gewissen Intensität ist Unselbstständigkeit mit Abhängigkeit gleichzusetzen.

---

<sup>537</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 45/46.

<sup>538</sup> HAMM, S. 81.

<sup>539</sup> HAMM, S. 83 ff. Dabei stellt er den Arbeitnehmer- und Selbstständigenchutz einander gegenüber. Er unterscheidet zwischen dem Berufsschutz, den er in einen arbeitsbezogenen, personenbezogenen und in den Schutz vor Organisationsrisiken unterteilt, sowie dem Existenzschutz. Letzteren gliedert er in den Schutz vor Marktrisiken und den Schutz vor Lebensrisiken.

<sup>540</sup> Vgl. KURZBERICHT, S. 171 f.

<sup>541</sup> HAMM, S. 132.

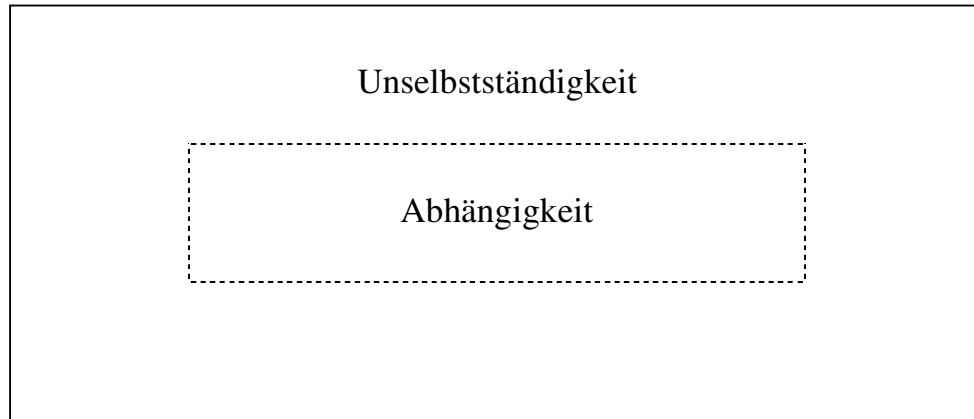


Abb.: Grafische Einordnung von Unselbstständigkeit und Abhängigkeit

Das Im-Dienst-des-Arbeitgebers-Stehen muss m. E. nicht die Intensität aufweisen, dass daraus eine Abhängigkeit resultiert. Ein modernes Arbeitnehmerschutzrecht sollte auch dann zur Anwendung gelangen, wenn bloss eine Unselbstständigkeit vorliegt. Diese Meinung lässt sich insoweit auf die Ansicht des Gründervaters des modernen Arbeitsrechts<sup>542</sup>, LOTMAR, abstützen, als dass dieser Arbeit höher als Kapital bewertete<sup>543</sup>. LOTMAR wollte alle diejenigen besser schützen, die einen „proletarischen“ Arbeitsvertrag abgeschlossen hatten. Unter einem solchen verstand er denjenigen Dienstvertrag, der die rechtlich geschützte Existenzgrundlage aller derjenigen ist, „die nicht imstande sind, einen Vermögensaufwand zu machen oder ein Kapital einzusetzen, um am Erwerbsleben teilzunehmen“<sup>544</sup>. Gerade die Rechtsordnungen der Schweiz und Deutschlands sind seiner Idee jedoch nicht gefolgt. In beiden Staaten ist die wirtschaftliche Abhängigkeit irrelevant. M. E. sollte aber zumindest die wirtschaftliche Unselbstständigkeit erforderlich sein<sup>545</sup>.

---

<sup>542</sup> REHBINDER, Aufsatz, S. 28.

<sup>543</sup> LOTMAR, S. 40.

<sup>544</sup> LOTMAR, S. 42.

<sup>545</sup> Dazu hinten § 9 B. VI.

Gerade im Hinblick auf die Diskussion um die Scheinselbstständigkeit, bei der es um das Gegensatzpaar Arbeitsverhältnis/Selbstständigkeit geht, sollte der Begriff der *Unselbstständigkeit* bevorzugt werden. So stellt dieser hinsichtlich der Unterscheidung zwischen einem Arbeitsverhältnis und selbstständiger Erwerbstätigkeit einen präziseren Gegenbegriff zur *Selbstständigkeit* dar<sup>546</sup>. Dieser Begriff vermeidet ferner die oben erwähnten Irrtümer. Ebenso klammert er auch wohlhabende und gesuchte Arbeitnehmer begrifflich nicht von einem Arbeitsverhältnis aus<sup>547</sup>. Der Begriff *Unselbstständigkeit* ist schliesslich kompatibler mit dem amerikanischen Merkmal der Kontrolle. Wer unter Kontrolle Arbeit leistet, ist nicht zwingend abhängig, wohl aber unselbstständig.

Zusammenfassend ist m. E. in Erweiterung der schweizerischen Lehre und Praxis<sup>548</sup> und in Anlehnung an die deutsche Lehre<sup>549</sup> der Begriff *Unselbstständigkeit* als Synonym der Umschreibung *im Dienst des Arbeitgebers* zu verwenden. Dieser Begriff ist als Kriterium m. E. dogmatisch hinsichtlich seiner Ausprägungen in persönliche Unselbstständigkeit, örtliche Unselbstständigkeit, fachliche Unselbstständigkeit, organisatorische Unselbstständigkeit, zeitliche Unselbstständigkeit und wirtschaftliche Unselbstständigkeit zu unterteilen. Wenn nachfolgend die Bezeichnungen „Abhängigkeit“ und „Weisungsgebundenheit“ verwendet werden, erfolgt dies, um entsprechende Zitate nicht zu verfälschen. Ferner soll nicht der Eindruck erweckt werden, dass die hier bevorzugte Wortwahl anderweitig bereits verwendet wird.

## B. Ausprägungen

Die Merkmale der Abhängigkeiten, Direktions- und Weisungsgewalten, Weisungsgebundenheiten, Kontrollen und des Unternehmerrisikos stellen m. E. keine Kriterien, sondern vielmehr Erscheinungsformen der nachfolgend vorgestellten Ausprägungen der Unselbstständigkeit dar.

---

<sup>546</sup> Dazu vorne § 2 A.

<sup>547</sup> Vgl. ZÖLLNER/LORITZ, S. 46.

<sup>548</sup> BRÜHWILER, N 5 c) zu Art. 319 OR; Bundesgericht, Urteil vom 28. Juli 1987 (teilweise Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Dezember 1986), in: JAR 1988, S. 131 ff.; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 27 - 30 zu Art. 319 OR; SCHWEINGRUBER, S. 20; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 ff. zu Art. 319 OR.

<sup>549</sup> WORZALLA, N 106 ff.

## I. Persönliche Unselbstständigkeit

### 1. Begriff

Persönliche Unselbstständigkeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer selber und alleine, d. h. ohne Ersatz oder Gehilfe, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat.

### 2. Erscheinungsformen

In der Schweiz ist der Arbeitnehmer gemäss Art. 321 OR verpflichtet, die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt<sup>550</sup>. Damit weicht das Gesetz von der allgemeinen Regel des Art. 68 OR ab, wonach der Schuldner grundsätzlich nicht zu persönlicher Erfüllung verpflichtet ist<sup>551</sup>. HARDER zählt zu den charakteristischen Kennzeichen für die so genannte Neue Selbstständigkeit die Erscheinungsform, dass die Arbeitsleistung persönlich, grundsätzlich ohne Mithilfe Dritter erbracht wird<sup>552</sup>. EICHENBERGER behandelt den Umstand, dass eigenes Personal beschäftigt wird, unter dem Titel des spezifischen Unternehmerrisikos<sup>553</sup>. Gemäss MÜLLER muss eine persönliche Leistungspflicht bestehen<sup>554</sup>. Er übersieht offenbar die Möglichkeiten, dass etwas anderes verabredet werden oder sich aus den Umständen ergeben kann.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft<sup>555</sup> hält interessanterweise dafür, dass ein zwingend vom Lohn abgezogener Weiterbildungsbeitrag in Höhe von CHF 5.00 pro Arbeitsstunde zu einer starken persönlichen Abhängigkeit<sup>556</sup> des Arbeitsleistungserbringers führt. M. E. ist dem Gericht immerhin insofern Recht zu geben, dass eine Verpflichtung zur Absolvierung von Weiterbildung gemäss Anweisungen des Arbeitgebers zu Lasten des Arbeitsleistungserbringers für das

---

<sup>550</sup> Vgl. VISCHER, S. 2; dazu hinten Anhang 1; Fall 70: Unterakkordant.

<sup>551</sup> PORTMANN, N 189.

<sup>552</sup> Vgl. LANZ, S. 1470.

<sup>553</sup> EICHENBERGER, S. 1321.

<sup>554</sup> MÜLLER, S. 24.

<sup>555</sup> Urteil vom 8. Oktober 2002, in: JAR 2003, S. 149.

<sup>556</sup> Vermutlich ist die persönliche Abhängigkeit an dieser Stelle im Sinne eines Oberbegriffs verwendet. Dies führt m. E. zu der erwähnten Verwirrung; dazu vorne § 9 A. IV.

Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht, da der Selbstständige um seine Aus- und Weiterbildung selbst besorgt ist<sup>557</sup>.

Als ein Vertreter der deutschen Lehre führt SCHAUB aus, dass sich die persönliche Abhängigkeit durch das Merkmal der Personengebundenheit der Arbeitsleistung dokumentiert<sup>558</sup>. Er konkretisiert ferner das Merkmal der Eingliederung in einen fremden Produktionsbetrieb mit dem Indiz der persönlichen Weisungsgebundenheit<sup>559</sup>. WANK stellt unter dem Leitbegriff des Unternehmerrisikos das Merkmal auf, dass ein Arbeitnehmer in eigener Person, ohne Mitarbeiter, seine Leistungspflicht erbringt<sup>560</sup>. Mit anderen Worten ist die Möglichkeit der Beschäftigung eigener Mitarbeiter für ein Arbeitsverhältnis atypisch<sup>561</sup>. Das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>562</sup> sieht ebenfalls vor, dass keine eigenen Mitarbeiter existieren. Das Verbandsmodell der empirischen Erhebung<sup>563</sup> ist weitestgehend gleich lautend. Es präzisiert einzig dahingehend, dass keine sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter tätig sind. KUNZ/KUNZ erwähnen in ihrer Checkliste ebenfalls die tatsächliche Beschäftigung von versicherungspflichtigen Mitarbeitern sowie separat das Recht, Hilfskräfte zu beschäftigen und sich bei der Ausübung der Tätigkeit von Dritten vertreten zu lassen<sup>564</sup>. Die Spitzenverbände der Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn m. E. in verschärftem Sinne das Verbot besteht, Untervertreter einzustellen, bzw. ein Genehmigungsvorbehalt des Auftraggebers ausbedungen ist<sup>565</sup>. HANAU/STRICK sprechen ebenfalls vom Verbot, eigene Mitarbeiter einzustellen<sup>566</sup>.

Wird der Einsatz von Hilfspersonen statt dessen gestattet, ist die konkrete Regelung genauer zu beurteilen. Besteht ein allgemeiner

---

<sup>557</sup> Systematisch ist diese Erscheinungsform m. E. als eine der organisatorischen Unselbstständigkeit einzuordnen.

<sup>558</sup> SCHAUB § 8 N 19.

<sup>559</sup> SCHAUB § 8 N 22. An dieser Stelle trägt die von SCHAUB verwendete Wortwahl zur Verwirrung bei, wonach die persönliche Abhängigkeit sich in den Merkmalen Personengebundenheit der Arbeitsleistung einerseits und arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsmoment andererseits dokumentiert, wobei letzteres Merkmal durch das Indiz der persönlichen Weisungsgebundenheit konkretisiert wird.

<sup>560</sup> WANK, S. 121 ff.; WANK, Neue Selbstständigkeit, S. 91; GRIEBELING, S. 1142.

<sup>561</sup> HUNOLD, S. 30; PREIS § 611 BGB Rn. 89.

<sup>562</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>563</sup> Dazu vorne Fn. 94.

<sup>564</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>565</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>566</sup> HANAU/STRICK, S. 188.



Zustimmungsvorbehalt seitens des Arbeitsleistungsempfängers, liegt noch keine selbstständige Erwerbstätigkeit vor. Eine Regelung, nach der eine Anzeigepflicht für den Arbeitsleistungserbringer besteht und dem Arbeitsleistungsempfänger ein Ablehnungsrecht eingeräumt wird, wenn im Einzelfall seine Interessen verletzt oder gefährdet werden, steht vergleichsweise einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht entgegen<sup>567</sup>.

Neben der allgemeinen Beschäftigung von Hilfspersonen ist m. E. als weitere Erscheinungsform zu beachten, ob im Krankheitsfall der Arbeitsleistungserbringer die rechtliche Möglichkeit hat, sich durch eine Ersatzkraft vertreten zu lassen. Ebenfalls in diesem Zusammenhang fällt die Frage, ob bei länger dauernder Erkrankung die Möglichkeit besteht, nicht erledigte Arbeiten an den Auftraggeber zurückzugeben<sup>568</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers ebenfalls grundsätzlich persönlich zu erbringen. So untersucht Ziffer (9) des *Common-Law Tests*<sup>569</sup> die Rolle des Angestellten hinsichtlich der Beschäftigung und Entlohnung von Assistenten<sup>570</sup>. Interessant ist m. E. die Ausweitung durch die Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA, indem sie in Ziffer (9) prüft, ob der Ansteller die Angestellten des Vertragspartners entlassen kann<sup>571</sup>. Ferner stellt die Bundesbehörde DOL in Ziffer 2. die Frage, ob die Beschäftigung von Angestellten des angeblich selbstständigen Vertragspartners durch den möglichen Arbeitgeber genehmigt werden muss<sup>572</sup>.

Ergänzend lässt sich sagen, dass die persönliche Unselbstständigkeit dadurch in Erscheinung tritt, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich gegenüber dem konkreten Arbeitnehmer und nicht gegenüber einem Ersatz oder Gehilfen die Direktions- und Weisungsbefugnis zusteht. Der konkrete Arbeitnehmer ist an diese Weisungen gebunden. Er persönlich hat sich entsprechende Kontrollen gefallen zu lassen und ist je nach den tatsächlichen Umständen unselbstständig bis abhängig.

---

<sup>567</sup> Vgl. OBERTHÜR/LOHR, S. 133, mit weiteren Verweisen.

<sup>568</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>569</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>570</sup> „(9) the hired party’s role in hiring and paying assistants“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>571</sup> „(9) whether the hiring party may discharge the contractor’s employees“; FOH at 10b06.

<sup>572</sup> „2. Must employees of the alleged independent contractor be approved by the possible employer?“; FOH at 10b07(a).

### 3. Bedeutung

Durch die schweizerische Relativierung *sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt* ist die Ausprägung der persönlichen Unselbstständigkeit in den Fällen der abweichenden Vereinbarung nicht geeignet, um zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und einem Arbeitsverhältnis zu unterscheiden<sup>573</sup>. In Deutschland besteht keine dem schweizerischen Art. 312 OR entsprechende Regelung. Die Pflicht, die Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen, ist vielmehr ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis<sup>574</sup>. Gemäss § 613 Satz 1 BGB hat der Arbeitnehmer den Dienst jedoch nur *im Zweifel* in Person zu leisten. Diese Wortwahl verleitet zu Missverständnissen. Tatsächlich handelt es sich bei dieser Vorschrift lediglich um eine Auslegungsregel. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen haben<sup>575</sup>. Die Leistungserbringung nur in eigener Person zählt bei REISERER in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien<sup>576</sup>. Folgerichtig erlischt die Arbeitspflicht spätestens mit dem Tode des Arbeitnehmers<sup>577</sup>.

Bei allen Relativierungen ist schliesslich hervorzuheben, dass, wenn die persönliche Unselbstständigkeit positiv festgestellt ist, dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Deshalb ist die persönliche Unselbstständigkeit als Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens m. E. stets zu prüfen.

## II. Örtliche Unselbstständigkeit

### 1. Begriff

In den hier verglichenen drei Rechtsordnungen ist unter der örtlichen Unselbstständigkeit diejenige Unselbstständigkeit zu verstehen, bei welcher der Leistende die geografische Lage, an der er die Arbeitsleistung zu erbringen hat, nicht selbst bestimmen kann, sondern ihm diese vom Arbeitgeber zugewiesen

---

<sup>573</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR.

<sup>574</sup> SCHMIDT/SCHWERDTNER N 31.

<sup>575</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 163: vgl. RUNDSCHREIBEN, S. 191; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 31, mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>576</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>577</sup> ZÖLLNER/LORITZ, S. 163.

wird<sup>578</sup>. Die örtliche Unselbstständigkeit ist m. E. nicht mit der Eingliederung in den Betrieb des Unternehmers zu verwechseln<sup>579</sup>.

## 2. Erscheinungsformen

Gemäss schweizerischer Rechtsprechung und Lehre spricht als so genanntes materielles Merkmal das Tätigwerden im Betrieb des Auftraggebers sowie die Zuweisung eines Arbeitsplatzes für ein Arbeitsverhältnis<sup>580</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist das Kriterium der örtlichen Unselbstständigkeit ebenso bekannt. So wird im *Common-Law Test*<sup>581</sup> Ziffer (4) der Arbeitsort als Kriterium genannt<sup>582</sup>. In Ziffer (e) des *Common-Law Agency Tests*<sup>583</sup> wird das Kriterium der örtlichen Unselbstständigkeit mit demjenigen der organisatorischen Unselbstständigkeit verknüpft hinsichtlich der Frage, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitsleistungserbringer die Einrichtungen, Werkzeuge, Geräte und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>584</sup>. Im *Hybrid Test*<sup>585</sup> wird in Ziffer (4) bezüglich des Unterscheidungskriteriums zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und Arbeitsverhältnis ebenfalls in Verbindung mit der organisatorischen Unselbstständigkeit die Frage aufgeworfen, ob der „Arbeitgeber“ oder der Arbeitsleistungserbringer die Betriebseinrichtungen und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>586</sup>. Im *Economic Realities Test*<sup>587</sup>

<sup>578</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR; vgl. PORTMANN, N 227; vgl. WORZALLA, N 106; vgl. HOHMEISTER/GORETZKI, S. 34; vgl. EICHENBERGER, S. 1321 ff; das Vorhandensein von eigenen Räumlichkeiten handelt Eichenberger unter dem Titel des spezifischen Unternehmerrisikos ab.

<sup>579</sup> PREIS § 611 BGB Rn. 83.

<sup>580</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR; vgl. BRÜHWILER, N 5 zu Art. 319 OR; SCHWEINGRUBER, S. 19 f.

<sup>581</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>582</sup> „(4) the location of the work“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>583</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>584</sup> „(e) whether the employer or the workman supplies the instrumentalities, tools, and the place of work for the person doing work“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>585</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>586</sup> „(4) whether the „employer“ or the individual in question furnishes the equipment used and the work place“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R.*

schliesslich ist das Kriterium der örtlichen Unselbstständigkeit interessanterweise nicht erwähnt.

Als ein Vertreter der deutschen Lehre verbindet SCHAUB ähnlich die örtliche und zeitliche Unselbstständigkeit, indem er die persönliche Abhängigkeit durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach Ort und Zeit der zu verrichtenden Arbeit dokumentiert sieht<sup>588</sup>. Er konkretisiert die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich mit dem Indiz der örtlichen Bindung<sup>589</sup>. RICHARDI/WLOTZKE sehen den Ort der Arbeitsleistung, normalerweise im Betrieb des Arbeitgebers, als Indiz für die fremdbestimmte Arbeit<sup>590</sup>. KUNZ/KUNZ prüfen ebenso, ob die Arbeit – je nach Art der Tätigkeit – in den Büroräumen des Auftraggebers erbracht wird<sup>591</sup>. Die einfachste Erscheinungsform zeigt sich darin, dass der Arbeitsleistungserbringer einen eigenen Arbeitsplatz im Unternehmen hat<sup>592</sup>. Das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>593</sup> sieht vergleichsweise in eher allgemeiner Form vor, dass dem Arbeitsleistungserbringer keine örtliche unternehmerische Freiheit zusteht. Die örtliche Unselbstständigkeit zählt bei REISERER in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien<sup>594</sup>. Auch die Spitzenverbände der Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn die Verpflichtung besteht, in den Räumen des Auftraggebers zu arbeiten<sup>595</sup>.

Die Arbeitsleistung im Betrieb des Arbeitgebers ist aber nicht massgeblich. So ist auch ein angestellter Monteur, der an verschiedenen Orten seine Arbeit verrichtet, örtlich unselbstständig, indem er eben an diesen zugewiesenen Orten tätig zu sein hat<sup>596</sup>. M. E. ist der Wortwahl von HANAU/STRICK der Vorzug zu geben, wonach dem Unternehmer ein Weisungsrecht hinsichtlich des Arbeitsortes zusteht, sodass er ein bestimmtes

---

*Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

587 Dazu vorne Fn. 394.

588 SCHAUB § 8 N 19.

589 SCHAUB § 8 N 22.

590 RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 84.

591 Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

592 LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

593 Dazu vorne Fn. 93.

594 REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

595 RUNDSCHREIBEN, S. 197.

596 RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 84; WORZALLA, N 108.

Einsatzgebiet zuweisen kann. Auch die Spitzenverbände der Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn die Verpflichtung besteht, nach bestimmten Tourenplänen zu arbeiten und dabei beispielsweise gewisse Adresslisten abzuarbeiten<sup>597</sup>. Sehr ähnlich prüft in den Vereinigten Staaten von Amerika die Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA in Ziffer 4., ob dem angeblich selbstständigen Vertragspartner ein bestimmtes Territorium zugeteilt wird, ohne die Möglichkeit sich ausserhalb desselben zu bewegen<sup>598</sup>.

### 3. Bedeutung

Im Vergleich zu Verträgen auf selbstständige Erwerbstätigkeit muss die örtliche Unselbstständigkeit des Arbeitnehmers keineswegs stark ausgeprägt sein. Ein Arbeitnehmer wie beispielsweise der Handelsreisende kann in der Wahl seines Reiseweges (und in der Einteilung seiner Zeit) wesentlich freier gestellt sein als ein selbstständig erwerbstätiger Agent, der jeden Morgen einen Tagesplan seines Unternehmens entgegennehmen und jeden Abend Bericht erstatten muss<sup>599</sup>. In der deutschen Rechtsprechung spielt die örtliche Unselbstständigkeit eine geringe Rolle<sup>600</sup>. Insbesondere bei Arbeiten im Aussendienst wird auf die örtliche Bindung weniger Wert gelegt<sup>601</sup>.

Die örtliche Unselbstständigkeit kann ferner auf Grund der technischen Möglichkeiten, die Arbeitsleistung zu Hause oder an einem beliebigen Ort zu erbringen, stark gelockert sein oder gänzlich fehlen<sup>602</sup>. In diesen Fällen ist diese Ausprägung zur Statusbeurteilung unbrauchbar.

Bei allen Relativierungen ist schliesslich hervorzuheben, dass, wenn die örtliche Unselbstständigkeit positiv festgestellt ist, dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Deshalb ist die örtliche Unselbstständigkeit als Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens m. E. stets zu prüfen.

---

<sup>597</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>598</sup> „4. Is the alleged independent contractor assigned to a particular territory without freedom of movement outside thereof?“, FOH at 10b07(a).

<sup>599</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR; vgl. LANZ, S. 1470.

<sup>600</sup> HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>601</sup> FRANTZIOCH, S. 59.

<sup>602</sup> Vgl. BAUSCHKE, S. 210.

### III. Fachliche Unselbstständigkeit

#### 1. Begriff

Aus schweizerischer Sicht bedeutet die Ausprägung der fachlichen Unselbstständigkeit die Möglichkeit des Arbeitgebers, unmittelbar auf die Art und Weise der Arbeitsleistungserbringung des Arbeitnehmers einzuwirken<sup>603</sup>.

Nach dem deutschen Bundesarbeitsgericht ist Arbeit fremdbestimmt<sup>604</sup>, wenn für die Erbringung eine fachliche Weisungsgebundenheit besteht, sodass der Beschäftigte hinsichtlich des Inhalts seiner Arbeitsleistung nicht frei ist<sup>605</sup>. Sehr ähnlich dokumentiert sich gemäss SCHAUB die persönliche Abhängigkeit durch die Übernahme fremdgeplanter, fremdnütziger und von fremder Risikobereitschaft getragener Arbeit (sachliche Abhängigkeitsmomente)<sup>606</sup>. Er konkretisiert dabei das Merkmal der Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich mit dem Indiz der fachlichen Weisungsgebundenheit<sup>607</sup>. Ferner sieht das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>608</sup> vor, dass keine inhaltliche unternehmerische Freiheit besteht.

Die fachliche Unselbstständigkeit sollte m. E. immer unter einem personenbezogenen Aspekt verstanden werden. Im Gegensatz dazu stehen projektbezogene Anweisungen, die etwa der Besteller als Partner eines Werkvertrages gegenüber dem Werkunternehmer erteilen kann<sup>609</sup>, nicht der Annahme eines freien Mitarbeiterverhältnisses entgegen<sup>610</sup>. Die werk- oder rein dienstvertragliche Anweisung ist damit sachbezogen und erfolgsorientiert, während das arbeitsvertragliche Weisungsrecht typischerweise personenbezogen und ablauf- bzw. verfahrensorientiert ausgestaltet ist<sup>611</sup>.

---

<sup>603</sup> Vgl. HAMM, S. 114.

<sup>604</sup> Vgl. dazu die Fragestellung zur Fremdnützigkeit, vorne § 9 A. II. 1.

<sup>605</sup> BAG, 20.7.1994, AP Nr. 73 zu § 611 Abhängigkeit; vgl. WICKIHALDER, S. 186, mit weiteren Verweisen.

<sup>606</sup> SCHAUB § 8 N 19.

<sup>607</sup> SCHAUB § 8 N 22.

<sup>608</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>609</sup> Vgl. BAG, 9.5.1996, in: NZA 1996, S. 1145.

<sup>610</sup> HOHMEISTER/GORETZKI, S. 39.

<sup>611</sup> Vgl. HROMADKA, Begriffsbestimmung, S. 198.

## 2. Erscheinungsformen

In der Schweiz und in Deutschland wird die genaue Art, der Umfang und die Ausführung der Arbeit durch allgemeine Weisungen und besondere Anordnungen des Arbeitgebers bestimmt und überwacht<sup>612</sup>. So werden den Arbeitnehmern Vorschriften erteilt, wie eine Arbeit auszuführen ist, welche Arbeitstechnik oder Arbeitsmethode anzuwenden ist und wie bestimmte Maschinen zu bedienen sind<sup>613</sup>. Dies kann dazu führen, dass dem Arbeitsleistungserbringer nur ein geringes Mass an Gestaltungsfreiheit und Eigeninitiative zukommt<sup>614</sup>. Entsprechende Kontrollen braucht sich ein Selbstständiger grundsätzlich nicht gefallen zu lassen<sup>615</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird die fachliche Unselbstständigkeit unter dem Aspekt der Fachmanneigenschaft berücksichtigt. So unterscheidet der *Common-Law Agency Test*<sup>616</sup> in Ziffer (c) hinsichtlich der Art der Beschäftigung, ob im Betrieb die Arbeitsleistung gewöhnlich unter der Leitung des Arbeitgebers oder von einem Spezialisten ohne Beaufsichtigung erbracht wird<sup>617</sup>. Nahezu identisch wird im *Hybrid Test*<sup>618</sup> in Ziffer (2) unterschieden, ob die Arbeitsleistung gewöhnlich unter der Leitung einer Aufsichtsperson oder durch einen Spezialisten ohne Beaufsichtigung erbracht wird<sup>619</sup>.

---

<sup>612</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 28 zu Art. 319 OR; vgl. ferner Art. 321d OR; HANAU/STRICK, S. 188; siehe betreffend Ziellanweisungen hinten § 9 B. IV. 2. b).

<sup>613</sup> PORTMANN, N 780.

<sup>614</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>615</sup> BAG, 21.6.1966, AP Nr 2 zu § 92 HGB; LAG Baden-Württemberg, 26.10.1990. Allerdings gibt es Ausnahmen: So ist der Handelsvertreter gemäss § 86 Abs. 2 HGB zu regelmässigen Berichten verpflichtet.

<sup>616</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>617</sup> „(c) the kind of occupation, with reference to whether, in the locality, the work is usually done under the direction of the employer or by a specialist without supervision“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>618</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>619</sup> „(2) the kind of occupation, with reference to whether the work usually is done under the direction of a supervisor, or is done by a specialist without supervision“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

In der Schweiz wird die Diskussion betreffend Fachmanneigenschaft in der Regel bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag geführt. So ist ein Werkunternehmer häufig ein Fachmann, an den der Besteller eines Werkes als ausgesprochener Laie gelangt<sup>620</sup>.

### 3. Bedeutung

Der Ausprägung der fachlichen Unselbstständigkeit bzw. deren Fehlen wird in der Schweiz und in Deutschland weniger Beachtung geschenkt<sup>621</sup>. Insbesondere spricht das Fehlen nicht zwingend gegen die Arbeitnehmerstellung<sup>622</sup>. Gemäss deutscher Rechtsprechung kommt es bei fehlender fachlicher Unselbstständigkeit vielmehr im Wesentlichen nur auf die Eingliederung des Arbeitnehmers in den arbeitsorganisatorischen Betriebsablauf an<sup>623</sup>. Dadurch erscheint die Ausprägung der fachlichen Unselbstständigkeit weder ausreichend noch erforderlich, um die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen<sup>624</sup>. Immerhin zählt REISERER die fachliche Unselbstständigkeit in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien, wenngleich sie diese selbst als kein geeignetes Kriterium bezeichnet<sup>625</sup>. Der Grund für die geringere Gewichtung liegt m. E. insbesondere darin, dass in der Entwicklung von einer Industriegesellschaft zu einer Dienstleistungsgesellschaft vermehrt Tätigkeiten von beispielsweise Forschungsingenieuren, Chefärzten<sup>626</sup>, Piloten und Rechtsanwälten<sup>627</sup> bzw. von anderen Arbeitsleistungserbringern zu verrichten sind, die einen höheren Grad an Spezialisierung und Qualifizierung erfordern<sup>628</sup>. Die begrenzte fachliche Unselbstständigkeit betrifft nicht nur Spezialisten in besonders qualifizierten

---

<sup>620</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 48 zu Art. 319 OR.

<sup>621</sup> Vgl. BAG, 30.11.1994, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; WORZALLA, N 119.

<sup>622</sup> HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>623</sup> LIEB § 1 Rn. 4, mit Verweisen auf Rechtsprechung.

<sup>624</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 26 f.

<sup>625</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>626</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 18: Chefarzt am Rhäthischen Kantonsspital.

<sup>627</sup> Insbesondere bei Diensten höherer Art ist gemäss Ansicht des deutschen Bundesarbeitsgerichts die fachliche Unselbstständigkeit nicht typisch: BAG, 20.7.1994, AP Nr. 73 zu § 611 Abhängigkeit; vgl. FRANTZIOCH, S. 60; LEUCHTEN, Teil I A, Rz. 38.

<sup>628</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 24 zu Art. 321d OR; zur gesamten Problematik siehe HÜBER, Gerhard: Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer, Diss. Zürich 1975.



Berufen<sup>629</sup>, sondern auch Arbeitnehmer auf geistigem oder künstlerischem Gebiet<sup>630</sup>, das in besonderem Mass Eigeninitiative und Kreativität erfordert<sup>631</sup>. Die Art der Tätigkeit kann es deshalb mit sich bringen, dass dem Arbeitnehmer ein hohes Mass an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit zukommt<sup>632</sup>. Bei solchen Tätigkeiten sind fachliche Weisungen des Arbeitgebers entweder von der Natur der Sache her weit gehend ausgeschlossen oder den betreffenden Personen nicht zuzumuten<sup>633</sup>.

In den erwähnten Fällen ist m. E. besonders zu beachten, dass es dem Arbeitgeber einzig mangels notwendiger Fachkenntnisse oder Veranlagung faktisch nicht möglich sein kann, entsprechende fachliche Anweisungen zu geben<sup>634</sup>. So kann es vorkommen, dass ursprünglich die fachliche Unselbstständigkeit mit Bezug auf einen konkreten Vorgesetzten<sup>635</sup> kaum spürbar ist. Dies kann sich stark ändern, wenn ein Unterstellungswechsel stattfindet. Verfügt der neue Vorgesetzte beispielsweise über das entsprechende Fachwissen oder die entsprechende Veranlagung, oder glaubt er dieses oder diese zumindest zu haben, kann die fachliche Unselbstständigkeit in verstärktem Masse in Erscheinung treten, ohne dass sich der Arbeitsvertrag geändert hätte. Ausschlaggebend sollte m. E. deshalb stets sein, ob das Vertragsverhältnis dem Arbeitgeber rechtlich die Kompetenz einräumt, entsprechende fachliche Weisungen zu geben<sup>636</sup>. Erst wenn feststeht, dass auch bei Vorhandensein des entsprechenden Fachwissens oder der entsprechenden Veranlagung auf Seiten des Arbeitgebers dieser mangels rechtlicher Kompetenz tatsächlich keine fachlichen Weisungen erlässt, kann m. E. vom Fehlen der fachlichen Weisungsgebundenheit bzw. vom Fehlen der fachlichen Unselbstständigkeit die Rede sein.

Ferner ist hinsichtlich modernerer Produktions- und Organisationsformen zu beachten, dass dort vermehrt die Eigenverantwortung der Arbeitnehmer bewusst verstärkt wird, um das Arbeitsergebnis zu fördern<sup>637</sup>.

---

<sup>629</sup> BAG, 23.4.1980, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 6.

<sup>630</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 19: Clown; Fall 45: Magier.

<sup>631</sup> BAG, 15.3.1978, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 17.

<sup>632</sup> BAG, 30.11.1994, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

<sup>633</sup> LIEB, Beschäftigung auf Produktionsdauer, S. 213.

<sup>634</sup> Vgl. WORZALLA, N 121.

<sup>635</sup> Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen abstraktem und konkretem Arbeitgeber sowie dem Inhaber des Weisungsrechts vgl. vorne § 5 A. I.

<sup>636</sup> Vgl. PREIS § 611 BGB Rn. 86.

<sup>637</sup> WORZALLA, N 122; vgl. in diesem Zusammenhang Arbeitsbereiche mit „lean production“ und „lean management“, bei welchen im Team mit wechselseitiger

Auch bei dieser Konstellation muss m. E. ausschlaggebend bleiben, ob das entsprechende Vertragsverhältnis dem Arbeitgeber rechtlich die Kompetenz einräumt, fachliche Weisungen zu geben. Aus welchen Gründen er von dieser Kompetenz faktisch keinen Gebrauch macht, ist unerheblich. Die Nichtausschöpfung dieser Kompetenz ist m. E. nicht mit dem Fehlen derselben gleichzusetzen.

Bei allen Relativierungen ist schliesslich hervorzuheben, dass, wenn die fachliche Unselbstständigkeit positiv festgestellt ist<sup>638</sup>, dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt<sup>639</sup>. Deshalb ist die fachliche Unselbstständigkeit als Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens m. E. stets zu prüfen.

## IV. Organisatorische Unselbstständigkeit

### 1. Begriff

In der Schweiz bedeutet organisatorische Unselbstständigkeit, dass der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert ist und ihm dort eine bestimmte Stellung zukommt. Bei *Arbeitsorganisationen* handelt es sich um arbeitsteilig organisierte Zusammenfassungen von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks<sup>640</sup>. Es wird zwischen drei Arten von Arbeitsorganisationen unterschieden: Haushalt, Betrieb und Dienststellen. In einem Haushalt dienen die Zusammenfassungen lediglich der Befriedigung des Eigenbedarfs. Gehen sie über die Befriedigung des Eigenbedarfs hinaus, spricht man von Betrieb<sup>641</sup>. Bei Dienststellen handelt es sich um Arbeitsorganisationen im öffentlichen Recht<sup>642</sup>. In der Regel werden anstelle der *organisatorischen Unselbstständigkeit* die Begriffe *organisatorische Abhängigkeit*<sup>643</sup> und *betriebliche Abhängigkeit*<sup>644</sup> gebraucht.

---

Funktion eventuell ohne hierarchische Weisung oder Vorgabe gearbeitet wird; BAUSCHKE, S. 210.

<sup>638</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 52 b): Opernsänger.

<sup>639</sup> BAG, 9.3.1971, AP Nr 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; NIEBLER/MEIER/DUBBER, N 56; PREIS § 611 BGB Rn. 86.

<sup>640</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR.

<sup>641</sup> Vgl. BROX/RÜTHERS, S. 20 Rdnr. 25.

<sup>642</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 319 OR.

<sup>643</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR.

<sup>644</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 27 zu Art. 319 OR.

Sehr ähnlich wird die Ausprägung der organisatorischen Unselbstständigkeit in der deutschen Lehre mit *Einbindung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation*<sup>645</sup>, *Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation*<sup>646</sup>, *Eingliederung in den Betrieb*<sup>647</sup> oder *Angewiesensein auf fremdbestimmte Organisation*<sup>648</sup> umschrieben<sup>649</sup>. Das Bundesarbeitsgericht bringt die organisatorische Abhängigkeit in unmittelbaren Zusammenhang mit den übrigen Kriterien. Danach ist derjenige persönlich abhängig, der in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist, weil er hinsichtlich Ort, Zeit und Ausführung seiner Tätigkeit einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt<sup>650</sup>. Nicht zu vernachlässigen im Zusammenhang mit der organisatorischen Unselbstständigkeit ist die Möglichkeit der Kontrolle durch den Arbeitgeber<sup>651</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die organisatorische Unselbstständigkeit faktisch ebenfalls bekannt. Keiner der Tests stellt jedoch Untersuchungen unter diesem Begriff an. Vielmehr prüfen die Tests einzelne der nachfolgenden konkreten Erscheinungsformen in Kombination mit der örtlichen Unselbstständigkeit. So knüpft der *Common-Law Agency Test*<sup>652</sup> in Ziffer (e) daran an, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitsleistungserbringer die Einrichtungen, Werkzeuge, Geräte und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>653</sup>. Im *Hybrid Test*<sup>654</sup> wird bezüglich des Unterscheidungskriteriums zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und Arbeitsverhältnis ebenfalls in Verbindung mit der örtlichen Unselbstständigkeit in Ziffer (4) die Frage aufgeworfen, ob der

<sup>645</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; vgl. HUNOLD, S. 29.

<sup>646</sup> REINECKE, S. 583; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 24.

<sup>647</sup> DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ A Rz. 46; KURZBERICHT, S. 172; FRANTZIOCH, S. 58; HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>648</sup> DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ A Rz. 46.

<sup>649</sup> HOHMEISTER/GORETZKI benutzen die Bezeichnung *räumliche Weisungsgebundenheit*; HOHMEISTER/GORETZKI, S. 35. Diese Wortwahl ist m. E. abzulehnen, da die Verwechslungsgefahr mit der *örtlichen* Unselbstständigkeit bzw. Weisungsgebundenheit zu gross ist.

<sup>650</sup> BAG, 9.11.1994, EzA § 10 AÜG Nr 8; vgl. FRANTZIOCH, S. 59, mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>651</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>652</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>653</sup> „(e) whether the employer or the workman supplies the instrumentalities, tools, and the place of work for the person doing work“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>654</sup> Dazu vorne Fn. 253.

„Arbeitgeber“ oder der Arbeitsleistungserbringer die Betriebseinrichtungen und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>655</sup>.

## 2. Erscheinungsformen

Die Erscheinungsformen Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern in einem hierarchischen System, Zielanweisungen, Berichtspflichten, Benutzung der Einrichtungen, Werkzeuge und Geräte des Arbeitgebers, Gleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers, gleiche Tätigkeit, einfachere und anspruchslose Tätigkeit, Änderung der Zusammenarbeit, Eingliederung ungeachtet der Räumlichkeiten und Benutzung von Daten des Arbeitgebers verdienen besondere Erwähnung.

### a) Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern in einem hierarchischen System

Die organisatorische Unselbstständigkeit zeigt sich sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland darin, dass der Arbeitsleistungserbringer anderen im Dienste des Arbeitgebers stehenden Vorgesetzten untergeordnet ist<sup>656</sup>. Umgekehrt können dem Arbeitsleistungserbringer auch entsprechende Mitarbeiter als Untergebene zugeteilt sein<sup>657</sup>. Oft erbringt der Beschäftigte seine Dienstleistung ungeachtet irgendwelcher Hierarchien mit bestimmten anderen Arbeitnehmern des gleichen Betriebes zusammen<sup>658</sup>. HARDER zählt zu den charakteristischen Kennzeichen für die so genannte neue Selbstständigkeit eher allgemein die Erscheinungsform, dass eine strukturelle Unterlegenheit vorliegen muss. Nach SCHAUB dokumentiert sich die persönliche Abhängigkeit durch das

---

<sup>655</sup> „(4) whether the „employer“ or the individual in question furnishes the equipment used and the work place“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>656</sup> BGE 30 II 495 (sinngemäss); vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR; HAMM, S. 58; Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ A Rz. 46.

<sup>657</sup> DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ A Rz. 46; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; dazu hinten Anhang 1, Fall 63: Servicemonteur.

<sup>658</sup> Vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 29 zu Art. 319 OR; WORZALLA, N 127; SCHAUB § 8 N 22; ZÖLLNER/LORITZ, S. 50; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; dazu hinten Anhang 1: Fall 25: Fotomodell, Mannequins, Dressmen; Fall 52 a): Opernsänger.

Merkmal der Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich<sup>659</sup>. Er konkretisiert dieses mit den Indizien der Zusammenarbeit mit anderen Dienstpflichtigen und der sachlich gebotenen Eingliederung in den Betriebsablauf<sup>660</sup>.

Die Hierarchiefrage erscheint in den Vereinigten Staaten von Amerika indirekt kombiniert mit der Frage nach der fachlichen Unabhängigkeit. Im Zusammenhang mit dem Kriterium der Fachmanneigenschaft prüft der *Common-Law Agency Test*<sup>661</sup> in Ziffer (c) hinsichtlich der Art der Beschäftigung, ob im Betrieb die Arbeitsleistung gewöhnlich unter der Leitung des Arbeitgebers oder von einem Spezialisten ohne Beaufsichtigung erbracht wird<sup>662</sup>. Nahezu identisch wird im *Hybrid Test*<sup>663</sup> in Ziffer (2) unterschieden, ob die Arbeitsleistung gewöhnlich unter der Leitung einer Aufsichtsperson oder durch einen Spezialisten ohne Beaufsichtigung erbracht wird<sup>664</sup>. Die Leitung durch den Arbeitgeber erfolgt dabei regelmässig über ein bestehendes hierarchisches System.

---

<sup>659</sup> SCHAUB § 8 N 19.

<sup>660</sup> PREIS § 611 BGB Rn. 88; SCHAUB § 8 N 22. An dieser Stelle trägt die von SCHAUB verwendete Wortwahl zur Verwirrung bei, wonach die persönliche Abhängigkeit sich in den Merkmalen Personengebundenheit der Arbeitsleistung einerseits und arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsmoment andererseits dokumentiert, wobei letzteres Merkmal durch das Indiz der persönlichen Weisungsgebundenheit konkretisiert wird.

<sup>661</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>662</sup> „(c) the kind of occupation, with reference to whether, in the locality, the work is usually done under the direction of the employer or by a specialist without supervision“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>663</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>664</sup> „(2) the kind of occupation, with reference to whether the work usually is done under the direction of a supervisor, or is done by a specialist without supervision“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

b) Zielanweisungen

Zielanweisungen betreffen häufig die Organisation der zu leistenden Arbeit<sup>665</sup>. Sie stellen das wichtigste Führungsinstrument des Unternehmers dar<sup>666</sup>. In diesem Kontext können die die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich von SCHAUB so genannten konkretisierenden Indizien des arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsmomentes der Unterordnung unter einen fremden Produktionsplan sowie der ausgeübten Arbeitskontrolle erwähnt werden<sup>667</sup>. Auch die Spitzenverbände der Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn die Verpflichtung besteht, ein bestimmtes Mindestsoll auf hohem Niveau zu erreichen, wie insbesondere einen Erfolgsplan, der mit Sanktionsregelungen verbunden ist<sup>668</sup>.

Werden vom Arbeitsleistungserbringer Zielanweisungen und Produktionspläne befolgt, sei es aus Zwang oder freiwillig, ist die Wahrscheinlichkeit der Annahme eines Arbeitsverhältnisses hoch. Werden Zielanweisungen und Produktionspläne nicht befolgt oder vertraglich wegbedungen, liegt mit Sicherheit kein Arbeitsverhältnis vor<sup>669</sup>.

c) Berichtspflichten

Die Berichtspflichten bestehen bei selbstständigen Erwerbstätigkeiten und bei Arbeitsverhältnissen. Sobald sie primär dazu dienen, dass der Arbeitsleistungsempfänger eine Kontrolle über den Arbeitsleistungserbringer ausüben kann, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis<sup>670</sup>. Die Grenze zum Arbeitsverhältnis ist insbesondere dann überschritten, wenn eine Verpflichtung zur täglichen Berichterstattung besteht<sup>671</sup>. Auch die Spitzenverbände der

---

<sup>665</sup> HARDER, S. 90; der Begriff kann aber auch weitergefasst verstanden werden. So kann durch Zielanweisungen die zu erbringende Arbeit nach Art, Umfang, Zeit, Ort und Organisation näher bestimmt werden; vgl. PORTMANN, N 779; HAMM, S. 114.

<sup>666</sup> Vgl. VISCHER, S. 34 f. und S. 56 f.

<sup>667</sup> SCHAUB § 8 N 22, vgl. WICKIHALDER, S. 187, mit weiteren Verweisen.

<sup>668</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>669</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 18 zu Art. 321d OR.

<sup>670</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 48: Managing Director und einziger Verwaltungsrat.

<sup>671</sup> OBERTHÜR/LOHR, S. 132, mit weiteren Verweisen; dazu hinten Anhang 1, Fall 77: Wirtschafts- und Anlageberatung, bei welchem insbesondere eine wöchentliche Rapportierungspflicht bestand.

Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn die Verpflichtung besteht, dem Auftraggeber regelmässig in kurzen Abständen detaillierte Berichte zukommen zu lassen<sup>672</sup>. HANAU/STRICK benutzen in diesem Zusammenhang die Wortwahl *umfassende Berichtspflichten*<sup>673</sup>. Ganz allgemein zählen bei REISERER die Berichterstattungspflichten in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien<sup>674</sup>. In den Vereinigten Staaten von Amerika zählen die Berichtspflichten zum Merkmal der Kontrolle. Täglich abzuliefernde Berichte deuten auch hier auf ein Arbeitsverhältnis hin<sup>675</sup>.

d) Benutzung der Einrichtungen, Werkzeuge und Geräte des Arbeitgebers

In allen drei Rechtsordnungen bildet eine weitere Erscheinungsform der Umstand, dass die Arbeitsgeräte, Werkzeuge sowie das Arbeitsmaterial vom Arbeitgeber für alle Beschäftigten zur Verfügung gestellt werden<sup>676</sup>. Die Erscheinungsform liegt m. E. in verstärkter Ausgestaltung vor, wenn sogar eine Verpflichtung besteht, bestimmte Arbeitsmittel zu benutzen<sup>677</sup>. Interessant in diesem Zusammenhang ist ferner die leicht abgewandelte Frage, ob der Arbeitsleistungserbringer selbst über die Beschaffung wesentlicher Arbeitsmittel und/oder Arbeitsmaterialien entscheiden kann<sup>678</sup>. Die Checkliste von KUNZ/KUNZ prüft in diesem Zusammenhang detailliert, ob der

<sup>672</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>673</sup> HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>674</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>675</sup> *Martin v. Selker Bros., Inc.*, 949 F. 2d 1286 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991).

<sup>676</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 zu Art. 319 OR; der dort unter g) zitierte BGE 59 II 263 ist nicht geeignet als Beleg für diese Erscheinungsform; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 29 zu Art. 319 OR; LANZ, S. 1470; HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung; DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ A Rz. 46; WORZALLA, N 130; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324 (1992); dazu hinten Anhang 1: Fall 9: Nachtclubtänzerin; Fall 24: Fitnesscenter-Angestellte; Fall 72: Verwaltungsratspräsident.

<sup>677</sup> M. E. lässt sich die Verpflichtung, bestimmte Einrichtungen und Arbeitsmittel zu benutzen, so weit ausdehnen, dass sie die Verpflichtung, bestimmte Aus- und Weiterbildungen (sogar zu Lasten des Arbeitsleistungserbringers) zu absolvieren, mitumfasst; vgl. Kantonsgesicht Basel-Landschaft, Urteil vom 8. Oktober 2002, in: JAR 2003, S. 149.

<sup>678</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

Arbeitsleistungserbringer eine eigene Geschäfts-/Betriebs-/Büroeröffnung durchgeführt hat und unter anderem über eigene Geschäfts- bzw. Büroräume, ein eigenes Türschild, einen eigenen Telefonbucheintrag sowie einen Eintrag in den gelben Seiten, einen eigenen Fax und gegebenenfalls eine eigene E-Mail verfügt<sup>679</sup>. Das Bestehen einer eigenen Betriebsstätte ist folglich ein starkes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit<sup>680</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika prüft der *Common-Law Test*<sup>681</sup> sehr ähnlich in Ziffer (3) ausdrücklich die Herkunft der Einrichtungen und Werkzeuge<sup>682</sup>. In Ziffer (e) des *Common-Law Agency Tests*<sup>683</sup> wird das Kriterium der organisatorischen Unselbstständigkeit mit demjenigen der örtlichen Unselbstständigkeit hinsichtlich der Frage verknüpft, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitsleistungserbringer die Einrichtungen, Werkzeuge, Geräte und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>684</sup>. Im *Hybrid Test*<sup>685</sup> wird in Ziffer (4) bezüglich des Unterscheidungskriteriums zwischen selbstständiger Erwerbstätigkeit und Arbeitsverhältnis ebenfalls in Verbindung mit der örtlichen Unselbstständigkeit die Frage aufgeworfen, ob der „Arbeitgeber“ oder der Arbeitsleistungserbringer die Betriebseinrichtungen und den Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>686</sup>.

e) Gleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers

Die Gleichbehandlung gegenüber den Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers kann insbesondere darin zum Ausdruck kommen, dass über den

---

<sup>679</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>680</sup> Vgl. SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 34, mit weiteren Verweisen; BAG, 9.5.1996, 2 AZR 438/95; EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 85.

<sup>681</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>682</sup> „(3) the source of the instrumentalities and tools“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>683</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>684</sup> „(e) whether the employer or the workman supplies the instrumentalities, tools, and the place of work for the person doing work“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>685</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>686</sup> „(4) whether the „employer“ or the individual in question furnishes the equipment used and the work place“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).



Arbeitsleistungserbringer eine Personalakte geführt wird<sup>687</sup>. HARDER erwähnt als charakteristisches Kennzeichen für die so genannte neue Selbstständigkeit in eher allgemeiner Weise, dass ähnliche Abhängigkeitsstrukturen wie im Arbeitsverhältnis vorliegen. Die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich wird von SCHAUB als einem Vertreter der deutschen Lehre ausdrücklich mit dem so genannten Indiz der betrieblichen Gleichbehandlung konkretisiert, wenn gleiche Aufträge von anderen in einem festen Arbeitsverhältnis verrichtet werden<sup>688</sup>. Die einheitliche Behandlung von Arbeitnehmern, die mit gleichartigen Aufgaben betraut sind, zählt bei REISERER in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien<sup>689</sup>. Die deutsche Lehre nennt weitere Erscheinungsformen, die sich unter diesem Titel subsumieren lassen. So haben beispielsweise alle Beschäftigten die innerbetrieblichen Ordnungen, Vorschriften und Richtlinien einzuhalten<sup>690</sup>. Sie sind gleichermassen an Organisationswege und Unterlagen gebunden<sup>691</sup>. Oder sie sind berechtigt, verbilligt in der Kantine zu essen und einen Mitarbeiterparkplatz zu benutzen<sup>692</sup>. Zudem werden sie im internen Telefonverzeichnis aufgenommen<sup>693</sup>. Ferner können sie in die Kollektivunfallversicherung mit einbezogen werden<sup>694</sup>. Schliesslich kann allen Beschäftigten die Pflicht zur Übernahme von Vertretungen zukommen<sup>695</sup>.

Unter den Titel der Gleichbehandlung gegenüber den anderen Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers lässt sich m. E. das sehr offen formulierte Kriterium der Ziffer (6) des *Common-Law Tests*<sup>696</sup> in den

---

<sup>687</sup> BAG, BB 1967 960; gemäss REISERER handelt es sich hierbei bloss um ein so genanntes formelles Abgrenzungskriterium: REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 k) zu Art. 319 OR.

<sup>688</sup> SCHAUB § 8 N 22.

<sup>689</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; vgl. BERGER-DELHEY/ALFMEIER, S. 259.

<sup>690</sup> WORZALLA, N 127 und 130; HUNOLD, S. 25.

<sup>691</sup> HUNOLD, S. 29.

<sup>692</sup> WOZALLA, N 130.

<sup>693</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>694</sup> BGE 60 II 112; dazu hinten Anhang 1, Fall 23: Festschiessen.

<sup>695</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; DÖRNER/LUCZAK/WILDSCHÜTZ, A Rz. 46.

<sup>696</sup> Dazu vorne Fn. 388.

Vereinigten Staaten von Amerika subsumieren. Danach ist zu prüfen, ob der Ansteller das Recht hat, dem Angestellten zusätzliche Projekte zuzuweisen<sup>697</sup>.

f) Gleiche Tätigkeit

In sehr engem Zusammenhang mit der Gleichbehandlung steht die Leistung gleicher Tätigkeit. Am klarsten wird diese Erscheinungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika in Ziffer (11) des Kataloges der Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA geprüft<sup>698</sup>. Danach wird abgeklärt, ob der angeblich selbstständig Erwerbstätige ähnliche oder identische Arbeit leistet wie die Angestellten des Anstellers<sup>699</sup>. Sehr ähnlich ist gemäss deutscher Lehre organisatorisch unselbstständig, wer betrieblich gleich behandelt wird, wenn gleiche Aufträge von anderen in einem festen Arbeitsverhältnis verrichtet werden<sup>700</sup>. Wird somit die gleiche Arbeit unter gleichen Bedingungen zum Teil von freien Mitarbeitern und Arbeitnehmern erledigt, ist dies bei einigen Autoren ein so genanntes Indiz, dass auch die freien Mitarbeiterverhältnisse in Wirklichkeit Arbeitsverhältnisse darstellen<sup>701</sup>. In die gleiche Richtung weist das Merkmal von § 7 Abs. 4 Nr. 3 SGB IV im deutschen Sozialrecht, wonach der Auftraggeber oder ein vergleichbarer<sup>702</sup> Auftraggeber entsprechende Tätigkeiten regelmässig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten lässt. Stellt man bei der Gesamtwürdigung der Tätigkeit eines freien Mitarbeiters im Vergleich zu festangestellten Personen für entsprechende Tätigkeiten keinen wesentlichen Unterschied fest, spricht dies für ein Beschäftigungsverhältnis<sup>703</sup>. Dies gilt auch, wenn entsprechende Tätigkeiten bei einem vergleichbaren Auftraggeber von Arbeitnehmern verrichtet werden. Von einem vergleichbaren Auftraggeber ist auszugehen,

---

<sup>697</sup> „(6) whether the hiring party has the right to assign additional projects to the hired party“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>698</sup> Dazu vorne Fn. 304.

<sup>699</sup> „(11) whether the purported independent contractor is performing work that is the same or similar to that performed by the hiring party’s employees.“ FOH at 10b06.

<sup>700</sup> SCHAUB § 8 N 22, mit Verweisen auf die Rechtsprechung; vgl. PREIS § 611 BGB Rn. 87.

<sup>701</sup> SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 35, mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung; HOHMEISTER/GORETZKI, S. 44; KUNZ/KUNZ, S. 850; LEUCHTEN sieht darin kein relevantes Unterscheidungsmerkmal; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>702</sup> Es stellt sich die Frage, wie man die Vergleichbarkeit beurteilt: Arbeitnehmerzahl, Umsatz, Branche, Rechtsform etc.?; vgl. BAUER/DILLER/SCHUSTER, S. 1299.

<sup>703</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 191.

wenn Branchenidentität vorliegt oder die Tätigkeit durch gleiche Arbeitsinhalte gekennzeichnet ist<sup>704</sup>. Diese Regelung ist nach ROLFS nicht unproblematisch, weil es gute Gründe dafür geben kann, dieselbe Tätigkeit teilweise durch abhängig Beschäftigte und teilweise durch Selbstständige erledigen zu lassen, wie dies in weiten Teilen der Presse und des Rundfunks üblich ist<sup>705</sup>. DÖRNER/BAECK führen diesbezüglich weitere Beispiele an: Danach soll es bei Unternehmenszusammenschlüssen vorkommen, dass der Aussendienst in dem einen Unternehmen durch Arbeitnehmer, in dem anderen Unternehmen durch selbstständige Handelsvertreter abgewickelt wird, ohne dass die Betroffenen ein Interesse an einem Wechsel ihres rechtlichen Status haben. Ferner besteht bei dem Aussendienst nicht selten eine Differenzierung nach der Ertragskraft des Gebietes. Ist dieses ertragsstark, kann dort ein selbstständiger Aussendienstmitarbeiter eingesetzt werden. Ist es ertragsschwach, findet sich für dieses Gebiet kein selbstständiger Aussendienstmitarbeiter. Es muss ein Arbeitnehmer mit Festvergütung eingesetzt werden<sup>706</sup>.

Die erwähnten Beispiele sind m. E. eher als Ausnahmen anzusehen. Ein Arbeitgeber wird gute Gründe geltend machen müssen, weshalb er einzelne Beschäftigte nicht als Arbeitnehmer behandelt, obwohl diese gleiche oder sehr ähnliche Arbeiten wie die übrigen Arbeitnehmer verrichten.

Im Zusammenhang der gleichen Tätigkeit kann das in den Vereinigten Staaten von Amerika separat im *Common-Law Test*<sup>707</sup> in Ziffer (10) geprüfte Kriterium, ob die Arbeit Teil der normalen Geschäftstätigkeit des Anstellers ist, erwähnt werden<sup>708</sup>. Sehr ähnlich lautet der Wortlaut in Ziffer (h) des *Common-Law Agency Tests*<sup>709</sup>. Danach ist zu prüfen, ob oder ob nicht die Arbeit Teil der normalen Geschäftstätigkeit des Arbeitgebers ist<sup>710</sup>. Die beiden Tests gehen dabei davon aus, dass der Ansteller bzw. Geschäftsherr geschäftlich tätig ist. Diese eigentliche Vorfrage wird systematisch eher fragwürdig in Ziffer (11) des

---

<sup>704</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 192.

<sup>705</sup> ROLFS, S. 189.

<sup>706</sup> DÖRNER/BAECK, S. 1140.

<sup>707</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>708</sup> „(10) whether the work is part of the regular business of the hiring party“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>709</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>710</sup> „(h) whether or not the work is a part of the regular business of the employer“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

*Common-Law Tests*<sup>711</sup> bzw. in Ziffer (j) des *Common-Law Agency Tests*<sup>712</sup> im Nachhinein separat gestellt.

Einen Schritt weiter gehen m. E. die übrigen Tests in den Vereinigten Staaten von Amerika. So untersucht der *Economic Realities Test*<sup>713</sup> in Ziffer (6), ob die erbrachte Dienstleistung einen wesentlichen Bestandteil der angeblichen gewerblichen Tätigkeit des Arbeitgebers bildet<sup>714</sup>. Nahezu identisch sind die Wortlaute der Ziffer (9) des *Hybrid Tests*<sup>715</sup> sowie der Ziffer (2) des Tests der Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA<sup>716</sup>.

g) Einfachere und anspruchslose Tätigkeit

Das deutsche Bundesarbeitsgericht erachtet als so genanntes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft, dass eine Tätigkeit regelmässig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird<sup>717</sup>. Einzelne Autoren vertreten ebenso die Auffassung, dass gewisse (untergeordnete) Tätigkeiten typischerweise von Arbeitnehmern verrichtet werden<sup>718</sup>. Mit anderen Worten ist unter dem Titel der organisatorischen Unselbstständigkeit eine Eingliederung in den Betrieb um so

---

<sup>711</sup> „(11) whether the hiring party is in business“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>712</sup> „(j) whether the principal is or is not in business.“ Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

<sup>713</sup> Dazu vorne Fn. 394.

<sup>714</sup> „(6) whether the service rendered is an integral part of the alleged employer’s business.“ *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567, 570 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen; vgl. ferner 51 A.L.R. Fed. 702, § 2.

<sup>715</sup> „(9) whether the work is an integral part of the business of the ‚employer‘“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>716</sup> „(2) the extent to which the services in question are an integral part of employer’s business“; FOH at 10b05.

<sup>717</sup> BAG, 16.3.1994, AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Copilot); BAG, 30.11.1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Sprecher und Aufnahmeleiter in fremdsprachlichen Diensten von Rundfunkanstalten); BAG, 12.6.1996, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Werkstudent (Tankwartaushilfe); vgl. GRIEBELING, S. 1140, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>718</sup> Vgl. HUNOLD, S. 24; WORZALLA, N 164.; ROLFS, S. 189; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

eher anzunehmen, je einfacher und anspruchsloser eine Tätigkeit ist<sup>719</sup>. Das Verbandsmodell der empirischen Erhebung verzichtet zwar auf die ausdrückliche Umschreibung der einfachen und anspruchslosen Tätigkeit. M. E. anerkennt es aber mit der Wortwahl *nach der Verkehrsanschauung für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen* sinngemäss dieselbe Erscheinungsform<sup>720</sup>. HOHMEISTER/GORETZKI treten an die Thematik mit umgekehrter Betrachtungsweise heran. Sie führen eher zurückhaltend aus, dass je höher die Anforderungen an die zu erbringende Tätigkeit sind, desto eher als Alternative zum Arbeitsverhältnis auch die Begründung eines so genannten freien Mitarbeiterverhältnisses in rechtlich zulässiger Weise in Betracht zu ziehen ist<sup>721</sup>. HEINZE warnt davor, auf eine Typik abzustellen. Mit der Wahl des Beispiels einer Putzfrau meint er, dass deren Tätigkeit als *typische Arbeitsleistung* qualifiziert wird. HEINZE hält dem entgegen, dass gerade bei der Tätigkeit einer Putzfrau deren Leistungen nicht im Rahmen von Arbeitsverhältnissen, sondern im Rahmen von Werkverträgen erbracht werden sollen, weil es nicht auf die Arbeitsleistung, sondern auf den Erfolg dieser Arbeitsleistung ankommt<sup>722</sup>. Stichhaltiger ist m. E. ein weiteres Argument von HEINZE, wonach gerade im Bereich angeblicher Scheinselbstständigkeit kaum typische Arbeitsleistungen in Frage stehen, sondern vor allem neue Leistungen, die mittels einer Typik gar nicht in ein vorhandenes Schema von Selbstständigentätigkeit oder angeblicher Arbeitstätigkeit hineingezwängt werden können<sup>723</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird in allen Tests ähnlich die Frage aufgeworfen, ob die zu erbringende Tätigkeit spezielle fachliche Fähigkeiten erfordert oder nicht<sup>724</sup>. Routinearbeiten<sup>725</sup> bzw. Arbeiten, die wenig

<sup>719</sup> GRIEBELING, S. 1140; vgl. SCHMIDT/SCHWERDTNER N 14.

<sup>720</sup> Dazu vorne Fn. 94.

<sup>721</sup> Vgl. HOHMEISTER/GORETZKI, S. 39/40.

<sup>722</sup> HEINZE, S. 857.

<sup>723</sup> HEINZE, S. 858.

<sup>724</sup> *Common-Law Test*: „(2) the skill required“; *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992); *Common-Law Agency Test*: „(d) the skill required in the particular occupation“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); *Economic Realities Test*: „(4) whether the service rendered requires a special skill“; *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567, 570 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen; vgl. ferner 51 A.L.R. Fed. 702, § 2; *Hybrid Test*: „(3) the skill required in the particular occupation“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v.*

Training erfordern, deuten auf ein Arbeitsverhältnis hin<sup>726</sup>. Umgekehrt bedeutet die Fachmanneigenschaft nicht von sich aus Selbstständigkeit, solange der Arbeitsleistungserbringer nicht signifikante Anstrengungen unternimmt, weitere Arbeitsgelegenheiten aufzuspüren. Erst die Kombination von Fachmanneigenschaft und dieser Initiative lässt eine selbstständige Erwerbstätigkeit begründen<sup>727</sup>. Bei dem konkreten Fachwissen geht es zudem primär um Vorbestehendes und nicht um solches, welches bei der entsprechenden Tätigkeit dazuerworben wurde<sup>728</sup>.

#### h) Änderung der Zusammenarbeit

Der bereits erwähnte Bereich der gleichen Tätigkeit ist klar zu unterscheiden von der Konstellation, bei der im Rahmen von Outsourcing- und Outplacement-Massnahmen Tätigkeiten, die zunächst im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht wurden, auf Grund eines Änderungsvertrages in ein selbstständiges Vertragsverhältnis überführt werden, ohne dass sich das äussere Erscheinungsbild der Zusammenarbeit ändert<sup>729</sup>. Mit anderen Worten wird unter dem Titel *Outsourcing* von Arbeitgeberseite in zunehmendem Masse versucht, bisher von Arbeitnehmern im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbrachte Leistungen von denselben Arbeitnehmern als neu Selbstständigerwerbende erbringen zu lassen<sup>730</sup>. Soll ein Arbeitsverhältnis in ein so genanntes freies Mitarbeiterverhältnis umgewandelt werden, muss das unzweideutig vereinbart werden; bloss eine andere Bezeichnung des Rechtsverhältnisses reicht nicht aus<sup>731</sup>. Die Bedingungen, unter denen die Dienste erbracht werden, müssen so gestaltet werden, dass eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation nicht mehr stattfindet<sup>732</sup>. Das Bundesarbeitsgericht erachtet Beendigungskündigungen mit dem Ziel der Neubegründung freier

---

*Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>725</sup> *Martin v. Selker Bros., Inc.*, 949 F. 2d 1286, 1295 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991); *Brock v. Mr. W Fireworks*, 814 F. 2d 1042 (5<sup>th</sup> Cir.).

<sup>726</sup> *McLaughlin v. Seafood, Inc.*, 867 F. 2d 875, 877 (5<sup>th</sup> Cir. 1989).

<sup>727</sup> *Donovan v. DialAmerica Mktg.*, 757 F. 2d 1376, 1384 - 1387 (3<sup>rd</sup> Cir.).

<sup>728</sup> *Dole v. Snell*, 875 F. 2d 802, 804 (10<sup>th</sup> Cir. 1989).

<sup>729</sup> DÖRNER/BAECK, S. 1140.

<sup>730</sup> WICKIHALDER, S. 184, mit weiteren Verweisen.

<sup>731</sup> HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 506.

<sup>732</sup> BAG, NZA 1997, S. 194; dazu hinten Anhang 1, Fall 71: Versicherungsvermittler.

Mitarbeiterverhältnisse als zulässig<sup>733</sup>. Problematisch wird es, wenn bei der Beurteilung des Status von einem Teil der Rechtsprechung auf die faktische Durchführung des Vertrages abgestellt wird. Die Berücksichtigung der klaren und unmissverständlichen Vereinbarung zwischen den Parteien ist unumgänglich<sup>734</sup>.

Ganz anders zum hier dargestellten Arbeitsrecht wird in § 7 Abs. 4 Nr. 5 SGB IV diese Konstellation hinsichtlich des deutschen Sozialrechts als eigenständiges Merkmal aufgeführt. Danach spricht gegen die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, wenn bei der Erfüllung von zwei weiteren Merkmalen des fünf Merkmale umfassenden Kataloges die neue Tätigkeit dem äusseren Erscheinungsbild nach der ursprünglichen Tätigkeit entspricht, die für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wurde<sup>735</sup>. Damit sollen gerade die Outsourcing-Fälle erfasst werden, in denen Arbeitsplätze abgebaut und durch freie Mitarbeiter ersetzt werden, wobei die gleichen Personen tätig bleiben<sup>736</sup>.

In der schweizerischen Rechtsprechung wird der Umstand, dass Vertragsparteien anfangs in einem Arbeitsverhältnis zueinander standen, als so genanntes Indiz dafür gewertet, dass der Arbeitsleistungserbringer auch weiterhin Arbeitnehmer ist. Dieses Indiz ist weniger gewichtig, wenn ein Unterbruch in den Arbeitsleistungen stattgefunden hat, und gewichtiger, wenn diese lückenlos weiter erfolgten. Die Gewichtung des Indizes kann im Ergebnis dazu führen, dass der Nachweis des (Fort-)Bestandes eines Arbeitsvertrages bereits als erstellt zu gelten hat. Sie führt jedoch nicht zu einer eigentlichen Umkehr der Beweislast<sup>737</sup>.

i) Eingliederung ungeachtet der Räumlichkeiten

Die Eingliederung in den Betrieb ist nicht zwingend nur räumlich zu verstehen. Auch wer ausschliesslich in seiner eigenen Wohnung arbeitet, kann auf Grund der Einordnung in die betriebliche Organisation die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft erfüllen, beispielsweise eine Telearbeiterin<sup>738</sup>. Bei der Telearbeit wird die Eingliederung durch den Online-Betrieb möglich, wenn der

---

<sup>733</sup> BAG, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.

<sup>734</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 189.

<sup>735</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 192.

<sup>736</sup> Vgl. DÖRNER/BAECK, S. 1140.

<sup>737</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht.

<sup>738</sup> HUNOLD, S. 29.

Telearbeitnehmer während festgelegter Arbeitszeiten am Bildschirm tätig sein muss<sup>739</sup>. REHBINDER betrachtet die Wohnung des Arbeitnehmers nicht mehr als zur Arbeitsorganisation des Arbeitgebers gehörig<sup>740</sup>. So fehlt bei dem Heimarbeitsvertrag ein Begriffsmerkmal des klassischen Arbeitsverhältnisses. Ebenso räumlich abgekoppelt ist der Aussendienstmitarbeiter, ohne dass er dadurch die Arbeitnehmereigenschaft verliert<sup>741</sup>.

In der jüngeren Vergangenheit wird vermehrt der Begriff des *virtuellen Arbeitsplatzes* gebraucht. Dieser Begriff ist als Oberbegriff der Telearbeit zu verstehen. Der virtuelle Arbeitsplatz ist ortsunabhängig und flexibel<sup>742</sup>. Er kann überall dort sein, wo ein Anschluss an Netzwerke, Zentralrechner sowie Kundenrechner möglich ist<sup>743</sup>. So kann er sowohl zu Hause sein als auch im Betrieb/Büro, in einem Telezentrum oder am Standort des Kunden<sup>744</sup>. In Deutschland wird diesbezüglich mit der rechtlichen und faktischen Eingliederung argumentiert. Danach ist die rechtliche Eingliederung eines Mitarbeiters in einen Betrieb denkbar, ohne dass diese in tatsächlicher Hinsicht erfolgt ist<sup>745</sup>. Eine solchermassen zwar de facto vorliegende Ausgliederung, aber de iure vorgenommene Eingliederung kann durchaus auch auf einer Einordnung in die betriebliche/hierarchische Organisation des Arbeitgebers beruhen<sup>746</sup>, wie dies eben bei der Telearbeit, insbesondere bei einer Online-Verbindung zum Betrieb, nicht selten der Fall sein wird. Dabei kann die rechtliche Eingliederung eines Mitarbeiters in zweierlei Blickrichtungen erfolgen. Einerseits kann die Notwendigkeit gegeben sein, dass der Mitarbeiter auf den technischen Apparat, also die sächlichen Mittel des Betriebs, angewiesen ist. Andererseits kann es erforderlich sein, dass der Mitarbeiter einen mehr oder minder engen und beständigen Kontakt zu anderen Beschäftigten des Betriebs unterhält<sup>747</sup>.

---

<sup>739</sup> HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>740</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 40 zu Art. 319 OR.

<sup>741</sup> WORZALLA, N 124.

<sup>742</sup> HAUPT/WOLLENSCHLÄGER, S. 290.

<sup>743</sup> HAUPT/WOLLENSCHLÄGER, a.a.O.

<sup>744</sup> HAUPT/WOLLENSCHLÄGER, S. 291.

<sup>745</sup> HOHMEISTER/GORETZKI, S. 41.

<sup>746</sup> Vgl. BAG, 23.4.1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vgl. auch BAG, 15.3.1978, BB 1978, 760; AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, wonach selbst solche Mitarbeiter in den betrieblichen Arbeitsablauf eingegliedert sein können, die nicht in örtlich/räumlicher, zeitlicher oder fachlicher Hinsicht weisungsunterworfen sind.

<sup>747</sup> HOHMEISTER/GORETZKI, S. 41.



j) Benutzung von Daten des Arbeitgebers

Insbesondere bei dem Aufkommen von virtuellen Arbeitsplätzen ist m. E. die herkömmliche Erscheinungsform der Benutzung der Einrichtungen, Werkzeuge und Geräte des Arbeitgebers um die modernen Gegebenheiten zu erweitern<sup>748</sup>. So ist der Arbeitnehmer ebenso darauf angewiesen, zur Erledigung der Arbeit auf bestimmte Daten des Arbeitgebers zugreifen zu können<sup>749</sup>. Im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung kommt in Deutschland vermehrt das Bedürfnis auf, diese Erscheinungsform als neues Kriterium, als *informationelle bzw. kommunikationstechnische Abhängigkeit* zu bezeichnen und zur Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit heranzuziehen<sup>750</sup>. M. E. typisch für diese neue Erscheinungsform der organisatorischen Unselbstständigkeit ist, dass der Arbeitgeber bei dem Zugriff des Arbeitnehmers auf die Daten des Arbeitgebers in einem gewissen Umfang eine Überwachungs- bzw. Kontrollmöglichkeit hat<sup>751</sup>. In die gleiche Richtung weisen die Spitzenverbände der Sozialversicherung, indem sie es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses erachten, wenn die Verpflichtung besteht, bestimmte EDV-Hard- und -Software zu benutzen, sofern damit insbesondere Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers verbunden sind<sup>752</sup>.

3. Bedeutung

In einem jüngeren Entscheid hat das schweizerische Bundesgericht festgehalten, dass es entscheidend ist, ob der Arbeitsleistungserbringer seine weit gehend selbstständige Tätigkeit innerhalb der Betriebsorganisation unter der Kontrolle des Arbeitsleistungsempfängers erbringt<sup>753</sup>. Auch in Deutschland wird die Meinung vertreten, dass durch die Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen die Kontrolle verstärkt notwendig wird. So wird bei räumlicher Trennung von

---

<sup>748</sup> Dies ist m. E. problemlos möglich, wenn es sich dabei um blosse Erscheinungsformen handelt, die nicht als abschliessende Qualifikierungskriterien zu verstehen sind.

<sup>749</sup> HAUPT/WOLLENSCHLÄGER, S. 292.

<sup>750</sup> LINNENKOHL, S. 48; LINNENKOHL/KILZ/RAUSCHENBERG/REH, S. 205 f.; vgl. KRAMER, S. 47; vgl. FRANTZIOCH, S. 70.

<sup>751</sup> Vgl. HAUPT/WOLLENSCHLÄGER, S. 292.

<sup>752</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>753</sup> BGE, Urteil vom 4. Februar 2000, in: JAR 2001, S. 137; dazu hinten Anhang 1, Fall 49: Mandatsvertrag; im Gegensatz dazu: Fall 50: Nachtcluborchester.

Betrieb und Arbeitsplatz die Kontrolle insbesondere durch die Dokumentation der Inbetriebnahme und des Abschaltens des Terminals erreicht<sup>754</sup>.

Hinsichtlich der freien Berufe<sup>755</sup> hat das Obergericht Luzern festgestellt, dass deren Angehörige in der Ausgestaltung ihrer Arbeit mehr oder weniger frei sind, weshalb ein Unterordnungsverhältnis hier oft nicht klar in Erscheinung tritt. Daher kommt dem Kriterium der betrieblichen Einordnung wesentliche Bedeutung zu<sup>756</sup>. Auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung erachten die Einordnung in einen Betrieb als typischen Fall für ein Arbeitsverhältnis<sup>757</sup>. Für das Bundesarbeitsgericht ist die Einbindung in eine von einem Dritten bestimmte Arbeitsorganisation entscheidend<sup>758</sup>. Dieses Kriterium versagt einzig dann als Abgrenzungskriterium, wenn keine arbeitsteilige Organisation vorliegt.

Hinsichtlich des Umkehrschlusses ist insbesondere in Deutschland Vorsicht geboten. So ist es möglich, dass ein Arbeitsleistungserbringer auf Dauer für die Erfüllung des Betriebszwecks notwendige Arbeiten in einer Betriebsstätte leistet, ohne dass ein Arbeitsverhältnis besteht<sup>759</sup>. Damit begründet allein der faktische Zwang, eine bestimmte Tätigkeit in den betrieblichen Räumen auszuüben, grundsätzlich noch keine Eingliederung in den Betrieb<sup>760</sup>. Das kann jedoch dann anders sein, wenn der Betreffende gezwungen ist, sich während der üblichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer in vergleichbaren Positionen ständig in den Betriebsräumen aufzuhalten<sup>761</sup>. Setzt der Dienstpflichtige ferner eigene Betriebsmittel ein, führt dies allein nicht zu einem freien Dienstvertrag<sup>762</sup>. Entscheidend ist vielmehr, ob der Einsatz eigener

---

<sup>754</sup> Vgl. FRANTZIOCH, S. 70, die ohne präzise Definition den Begriff *Informationelle Abhängigkeit* gebraucht und sich diesbezüglich auf LINNENKOHL/KILZ/RAUSCHENBERG/REH, S. 205 f., abstützt.

<sup>755</sup> Dazu vorne § 3 B.

<sup>756</sup> Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 18. Dezember 2000 (teilweise Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 9. Dezember 1999), in: JAR 2001, S. 138 ff.

<sup>757</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 25; teilweise wird ein anderes Kriterium mit demjenigen der organisatorischen Unselbstständigkeit verknüpft. So wird insbesondere das Kriterium der Dauer hinzugefügt, sodass entscheidend ist, ob eine ständige Einbindung in die arbeitsteilige Organisation eines Arbeitgebers erfolgt oder nicht; vgl. HEINZE, S. 852; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>758</sup> SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 13, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>759</sup> Vgl. BAG, 5.3.1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972; BAG, 9.7.1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 (Flämmen von Brammen bzw. Lackierung von Bremszylindern).

<sup>760</sup> HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>761</sup> BAG, 30.4.1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, 9.3.1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>762</sup> SCHMIDT/SCHWERDTNER N 34.

Betriebsmittel die Möglichkeit eröffnet, die Tätigkeit im Wesentlichen frei zu gestalten<sup>763</sup>.

Bei allen Relativierungen ist schliesslich hervorzuheben, dass, wenn die organisatorische Unselbstständigkeit positiv festgestellt ist, dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Deshalb ist die organisatorische Unselbstständigkeit als Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens m. E. stets zu prüfen.

## V. Zeitliche Unselbstständigkeit

### 1. Begriff

Gemäss schweizerischer Definition regelt die Arbeitszeit den Abschnitt während des Tages, der Woche oder des Monats, innerhalb dessen ein Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen muss<sup>764</sup>. Sie bestimmt sich nach Vertrag, Betriebsordnung oder Gesetz<sup>765</sup>.

Sehr ähnlich wird in Deutschland unter dem Begriff der zeitlichen Weisungsgebundenheit die Befugnis des Leistungsempfängers verstanden, den Leistenden hinsichtlich der Dauer und der zeitlichen Lage der zu erbringenden Leistung im Rahmen der vorgegebenen arbeits- und tarifvertraglichen Regelung anweisen zu können<sup>766</sup>. Mit anderen Worten kann der Auftraggeber innerhalb eines zeitlich bestimmten Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen<sup>767</sup>.

### 2. Erscheinungsformen

#### a) Im Allgemeinen

In der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre sprechen allgemein die so genannten materiellen Merkmale der Bindung an feste Arbeitszeiten, der Arbeitszeitkontrolle (Stempeluhr) sowie der Pflicht zu regelmässigem

---

<sup>763</sup> BAG, 19.11.1997, 5 AZR 653/96; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 63.

<sup>764</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 19 zu Art. 319 OR.

<sup>765</sup> Vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 20 - 22 zu Art. 319 OR.

<sup>766</sup> BAG, 13.11.1991, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 45; PREIS § 611 BGB Rn. 84.

<sup>767</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

Erscheinen für ein Arbeitsverhältnis<sup>768</sup>. Schliesslich erlässt der Arbeitgeber oft Vorschriften hinsichtlich der Pausen. Die zeitliche Unselbstständigkeit besteht darin, dass der Arbeitnehmer in der Regel seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann<sup>769</sup>.

Insbesondere SCHAUB konkretisiert für Deutschland die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich mit den so genannten Indizien der zeitlichen Bindung, nämlich die Aufnahme in einen Dienstplan<sup>770</sup> und die für einen störungsfreien Betriebsablauf unverzichtbare und eingeplante Dienstbereitschaft<sup>771</sup>. Letztere kann teilweise ständig erforderlich sein<sup>772</sup>. Das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>773</sup> sieht in allgemeinerer Form vor, dass keine zeitliche unternehmerische Freiheit bzw. keine freie Zeiteinteilung seitens des Arbeitnehmers besteht. Ähnlich führen HANAU/STRICK als Kriterien eines Arbeitsverhältnisses das Weisungsrecht des Unternehmers hinsichtlich Arbeitsbeginn, Arbeitsende und Arbeitsdauer an. KUNZ/KUNZ erwähnen in ihrer Checkliste in einem höheren Detaillierungsgrad zusammenfassend die Vereinbarung einer regelmässigen Arbeits- und Anwesenheitszeit, die Führung eines Anwesenheitsnachweises sowie die tatsächliche Bindung an feste Arbeitszeiten/Kernzeiten/Arbeitszeiterfassung mit eigenem Zeitkonto, die Abrufbereitschaft, die Einteilung in Dienstpläne und die „erwartete“ Anwesenheit während der üblichen Bürostunden<sup>774</sup>. LEUCHTEN nennt vergleichsweise allgemeiner den Umstand, dass ein Auftraggeber innerhalb eines zeitlich bestimmten Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann, als Indiz für den Arbeitnehmerstatus<sup>775</sup>.

Hinsichtlich der zeitlichen Unselbstständigkeit sind die Erscheinungsformen der traditionellen Vollzeitbeschäftigung/Nebentätigkeitsverbote, Lebensarbeitszeit, Jahresarbeitszeit, Schichtarbeit, zielorientierte Arbeitszeit, KAPOVAZ bzw. Arbeit auf Abruf, gleitende Arbeitszeit,

---

<sup>768</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 d) zu Art. 319 OR; vgl. HARDER, S. 88; HAMM, S. 58; vgl. LANZ, S. 1470.

<sup>769</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR.

<sup>770</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 187; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41; PREIS § 611 BGB Rn. 84; unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer sich darin selbst eintragen kann, wenn der Arbeitgeber vertraglich zur einseitigen Zuweisung befugt ist; BAG, 12.6.1996, AP BGB § 611 Werkstudent Nr. 4; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>771</sup> SCHAUB § 8 N 22.

<sup>772</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>773</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>774</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>775</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

Teilzeitarbeit, Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit, Jobsharing, Überzeit/Überstunden und Absenzen nachfolgend besonders zu erwähnen.

b) Traditionelle Vollzeitbeschäftigung / Nebentätigkeitsverbote

Die zeitliche Unselbstständigkeit kann gerade darin bestehen, dass dem Arbeitnehmer kein moderneres Arbeitszeitmodell zur Wahl steht. So ist er verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft für nur einen „Auftraggeber“ zur Verfügung zu stellen<sup>776</sup>. Einzelne Landesarbeitsgerichte anerkennen in diesem Zusammenhang das Bestehen von Nebentätigkeitsverboten als Kriterium<sup>777</sup>. Die Pflicht, die gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, spricht gemäss schweizerischer Lehre und Rechtsprechung als so genanntes materielles Merkmal für ein Arbeitsverhältnis<sup>778</sup>. Als ein Vertreter der deutschen Lehre anerkennt LEUCHTEN in der Unterscheidung zwischen Teilzeit und Vollzeit interessanterweise kein relevantes Merkmal<sup>779</sup>.

c) Lebensarbeitszeit

Die Vereinbarung einer Lebensarbeitszeit erlaubt es einem Arbeitnehmer, Arbeitszeit vorzuholen, um diese dann zu einem unter Umständen erheblich späteren Zeitpunkt durch Freizeit zu kompensieren. Dieses Modell ermöglicht beispielsweise eine individuelle frühzeitige Pensionierung oder den Bezug von Langzeiturlaub, insbesondere zwecks Weiterbildung, jeweils ohne Erwerbseinbussen<sup>780</sup>.

d) Jahresarbeitszeit

Durch Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine Jahresarbeitszeit<sup>781</sup> festgelegt werden. Es bleibt dabei dem Arbeitnehmer überlassen, innerhalb

---

<sup>776</sup> Vgl. BGE 99 II 314; vgl. HOHMEISTER/GORETZKI, S. 43, mit einem Verweis auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>777</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>778</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 e) zu Art. 319 OR; dazu hinten Anhang 1: Fall 21: Direktor; Fall 31: Generalsekretär/Corporate Secretary; Fall 42: Landwirt; Fall 56: Rahmenvertrag.

<sup>779</sup> LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>780</sup> Vgl. PORTMANN, N 199.

<sup>781</sup> Beispielsweise 2184 Stunden pro Jahr.

gewisser Grenzen in der Regel pro Saison die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit zu bestimmen. Dieses Modell erlaubt es, saisonalen Auftrags- und Produktionsschwankungen Rechnung zu tragen<sup>782</sup>.

e) Schichtarbeit

Durch die Schichtarbeit wird dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt, in einem gewissen Rahmen<sup>783</sup> abwechselnde Tages- und Nachtabschnitte zu bezeichnen, während denen zu arbeiten ist<sup>784</sup>.

f) Zielorientierte Arbeitszeit

Die zielorientierte Arbeitszeit beruht darauf, dass ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt wird, bis zu dem der Arbeitnehmer die zugewiesene Arbeit zu erledigen hat. Im Rahmen dieser Zielvorgabe ist es dem Arbeitnehmer überlassen, wie er seine Arbeitszeit einteilen will<sup>785</sup>.

g) KAPOVAZ bzw. Arbeit auf Abruf

Unter KAPOVAZ ist die kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit zu verstehen, bei welcher sich der Zeitpunkt und das Ausmass der Arbeitsleistung nach dem Arbeitsanfall richtet<sup>786</sup>. Bei der KAPOVAZ bzw. Arbeit auf Abruf kann der Arbeitnehmer kurzfristig dann aufgeboten werden, wenn der Arbeitgeber seine Arbeitskraft benötigt<sup>787</sup>. Dem Arbeitgeber kommt somit das Recht zu, den Arbeitnehmer einseitig abzurufen, und dieser verpflichtet sich, die verlangte Tätigkeit jederzeit auf Abruf zu erbringen<sup>788</sup>.

Seit dem Jahr 2001 wird bei der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung der Umfang der Arbeit auf Abruf statistisch erfasst. So leisteten im Jahr 2001 161'000 Personen (106'000 Frauen und 55'000 Männer) bzw. 5% aller Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf<sup>789</sup>. Im Jahr 2002 stieg die Zahl der

---

<sup>782</sup> Vgl. PORTMANN, N 198.

<sup>783</sup> So sind insbesondere die Vorschriften von Art. 25 ArG zu beachten.

<sup>784</sup> PORTMANN, N 203.

<sup>785</sup> PORTMANN, N 202.

<sup>786</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 102; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 82.

<sup>787</sup> Vgl. PORTMANN, N 204; dazu hinten Anhang 1, Fall 38: Kassiererin.

<sup>788</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, S. 325; vgl. BROX/RÜTHERS, S. 27 Rdnr. 31c: In Deutschland soll der KAPOVAZ in der Praxis wenig Bedeutung zukommen.

<sup>789</sup> SAKE 2001, S. 10 und S. 48.

Arbeitnehmer, die Arbeit auf Abruf leisteten, auf 206'000<sup>790</sup> (126'000 Frauen<sup>791</sup> und 80'000 Männer<sup>792</sup>) an. Neu wurde statistisch festgestellt, dass 70'000 dieser Arbeitnehmer der Altersklasse 25–39 Jahre und 67'000 dieser Arbeitnehmer der Altersklasse 40–54 Jahre zuzuordnen sind<sup>793</sup>.

Die Arbeit auf Abruf unterscheidet zwischen Arbeitsbereitschaft im Sinne der Präsenzzeit und im Sinne der Rufbereitschaft. Bei der Arbeitsbereitschaft im Sinne der *Präsenzzeit* wartet der Arbeitnehmer aus unterschiedlichsten Gründen<sup>794</sup> im Betrieb des Arbeitgebers auf Arbeit. Vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarung zählt diese zum Gegenstand der Arbeitsleistung<sup>795</sup>. Im Falle eines deutschen Arztes hat der Europäische Gerichtshof unlängst festgestellt, dass der Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leistet, in vollem Umfang Arbeitszeit darstellt, auch wenn es dem Betroffenen in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, sich an seiner Arbeitsstelle auszuruhen<sup>796</sup>. Arbeitsbereitschaft im Sinne der *Rufbereitschaft*, bei welcher der Arbeitnehmer zusätzlich zur normalen Arbeitszeit ausserhalb des Betriebes ohne konkreten Arbeitseinsatz auf Abruf zur Verfügung steht, zählt vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarung bzw. Übung nicht zur Arbeitsleistung<sup>797</sup> oder stellt zumindest eine Arbeitsleistung in abgeschwächter

---

<sup>790</sup> SAKE 2002, S. 60.

<sup>791</sup> SAKE 2002, S. 62.

<sup>792</sup> SAKE 2002, S. 61.

<sup>793</sup> SAKE 2002, S. 60.

<sup>794</sup> Zu den Gründen können gehören: Warten auf Arbeit in Dienstleistungsbetrieben, innerbetrieblicher Pikettdienst, arbeitsablaufbedingte Wartezeiten, Präsenzzeit eines Direktionschauffeurs oder einer Telefonistin; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR; BRÜHWILER, N 4 a) zu Art. 319 OR; aus deutschen Quellen lassen sich folgende Beispiele ergänzen: Der Pförtner, der das Werkstor auf akustisches oder optisches Signal zu öffnen hat, Verkaufspersonal, das auf Kunden wartet; HANAU/ADOMEIT, S. 153 Rdn. 542.

<sup>795</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 319 OR; diese Arbeit ist folglich entsprechend zu entlönnen, vgl. BGE 124 III 251 E. 3a.

<sup>796</sup> EuGH, C-151/02, Urteil vom 9. September 2003; vgl. NZZ vom 10. September 2003, Nr. 209, S. 23.

<sup>797</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 319 OR; HANAU/ADOMEIT, S. 153 Rdn. 542.

Form dar<sup>798</sup>. Diese Form der Arbeitsbereitschaft ist folglich nicht zu den gleichen Ansätzen wie die Präsenzzeit zu entschädigen, sondern gemäss Einzel- oder Kollektivvertrag bzw. nach dem, was üblich oder billig ist<sup>799</sup>.

Ist der Arbeitnehmer berechtigt, die Arbeitsangebote des Arbeitgebers jeweils abzulehnen, so handelt es sich um Gelegenheitsarbeit und nicht um Arbeit auf Abruf<sup>800</sup>. Gerade im Arbeitsverhältnis besteht für den Arbeitsleistungserbringer eine Zwangslage, einzelne Aufträge nicht ablehnen zu können. Darin erblickt SCHAUB für Deutschland ein so genanntes die Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich konkretisierendes Indiz<sup>801</sup>.

In der Schweiz sind Beschäftigungsformen, bei denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer je nach Arbeitsanfall beansprucht, nicht an sich gesetzeswidrig. Dies gilt sowohl dann, wenn jeder Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraussetzt, wie auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig abrufen kann<sup>802</sup>. Eine solche Arbeit auf Abruf liegt beispielsweise vor, wenn in einem Arbeitsvertrag die Arbeitszeit zum Voraus nicht bestimmt wird, sondern lediglich eine Rahmenarbeitszeit festgelegt wird und garantiert wird, dass nicht mehr als 43 Stunden pro Woche gearbeitet wird<sup>803</sup>. In Deutschland zählt die Arbeitsbereitschaft zur Arbeit. Die Leistung besteht in der wachen Achtsamkeit im Zustand der Entspannung<sup>804</sup>. Wie diese zu vergüten ist, ist für die Begriffsbestimmung unerheblich<sup>805</sup>.

---

<sup>798</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 319 OR. Rehbinders scheint davon abgekommen zu sein, die Rufbereitschaft nicht mehr als keine Arbeitsleistung zu betrachten.

<sup>799</sup> BGE 124 III 252 E.3b; hinsichtlich der vertraglichen Grundlage sowie der Kündigungsmöglichkeit vgl. Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 27. Mai 1988, in: JAR 1989, S. 94 ff.

<sup>800</sup> Tribunal administratif de Neuchâtel, Urteil vom 4. Juli 1996, in: JAR 1997, S. 95 ff.; vgl. Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 27. Mai 1988, in: JAR 1989, S. 94 ff., sowie Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 8. April 1988, in: JAR 1989, S. 97 ff.

<sup>801</sup> SCHAUB § 8 N 22.

<sup>802</sup> BGE 124 III 249; JAR 1999, S. 99 – 103.

<sup>803</sup> Tribunal cantonal de L'Etat de Fribourg, Urteil vom 4. November 2002, in: JAR 2003, S. 160 ff.

<sup>804</sup> BAG, 10.6.1959, AP Nr 5 zu § 7 AZO; SCHAUB § 8 N 10; reines Ausruhen stellt keine Arbeit dar; WORZALLA, N 74.

<sup>805</sup> SCHAUB § 8 N 10.



h) Gleitende Arbeitszeit

In einem System mit gleitender Arbeitszeit haben alle Arbeitnehmer während einer so genannten Blockzeit, beispielsweise von 9 bis 11 Uhr und von 14 bis 16 Uhr, am Arbeitsplatz tätig zu sein. Während der so genannten Gleitzeit, die vor und nach der Blockzeit festgelegt ist, haben die Arbeitnehmer die Wahl, wann sie jeweils tätig sein wollen<sup>806</sup>. Sie können also Arbeitsbeginn, Pausen und Arbeitsschluss sowie die Dauer der Arbeit individuell und von Tag zu Tag verschieden ansetzen und haben dabei lediglich ein bestimmtes Soll an Arbeitszeit zu erfüllen<sup>807</sup>. In der Regel kommt dem Arbeitnehmer nicht die gänzliche Freiheit in der Festlegung der Arbeitszeit zu. Der Arbeitgeber definiert ähnlich dem vorerwähnten Beispiel fixe Blockzeiten, während denen alle Arbeitnehmer tätig zu sein haben. Während der an diese Blöcke angrenzenden Zeiten haben die Arbeitnehmer die Wahl, ihre übrige Arbeitszeit selber festzulegen<sup>808</sup>. In diesem Zusammenhang erlässt der Arbeitgeber beispielsweise Gleitzeitreglemente, die vom Arbeitnehmer zu befolgen sind. Je nach deren Inhalt ist die zeitliche Unselbstständigkeit mehr oder weniger markant ausgeprägt.

i) Teilzeitarbeit

Teilzeitarbeit liegt gemäss schweizerischem Recht vor, wenn ein Arbeitnehmer nur während eines Bruchteils der betriebsüblichen Arbeitszeit einem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Interessant ist, dass sich während der gesamten Zeit seit 1991 die Zahl der Teilzeiterwerbstätigen von 956'000 auf 1'215'000 im Jahr 2002 stetig erhöhte und nie verringerte. Bis ins Jahr 1999 waren mehr Teilzeiterwerbstätige zu weniger als 50% tätig. Seit dem Jahr 2000 sind mehr Teilzeiterwerbstätige zu mehr als 50% tätig. Im Jahr 2002 leisteten 613'000 ein Arbeitspensum von 50% und mehr; 602'000 Personen arbeiteten weniger als 50%<sup>809</sup>.

Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist es nicht begriffsnotwendig, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber während der vollen üblichen Arbeitszeit zur Verfügung stehen muss<sup>810</sup>. Art. 319 Abs. 2 OR erwähnt

---

<sup>806</sup> Vgl. PORTMANN, N 200.

<sup>807</sup> REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 100; vgl. STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 319 OR.

<sup>808</sup> Vgl. REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 100.

<sup>809</sup> SAKE 2002, S. 13.

<sup>810</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 66 zu Art. 319 OR; vgl. PORTMANN, N 196; dazu hinten Anhang 1, Fall 67: Teilzeitvereinbarung.

die drei wichtigsten Formen: stunden-, halbtage- oder tageweise Arbeit. Ein Arbeitnehmer kann grundsätzlich mit verschiedenen Arbeitgebern Teilzeit-Einzelarbeitsverträge abschliessen<sup>811</sup>. Die Tätigkeit des Arbeitnehmers ist diesfalls stets Teilzeitarbeit, auch wenn die nebeneinander ausgeübten Teilzeittätigkeiten insgesamt die betriebsübliche Vollarbeitszeit eines der Arbeitgeber erreichen oder gar übersteigen<sup>812</sup>. Dem Begriff der Teilzeitarbeit liegt somit die Optik des Arbeitgebers zugrunde.

Gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 319 Abs. 2 OR hat die Teilzeitarbeit regelmässig zu erfolgen. Der Begriff der Regelmässigkeit wird dabei unterschiedlich verstanden. Ein Teil der Lehre legt diesen Begriff weit gehend aus und versteht unter regelmässiger Arbeitsleistung ein fortgesetztes bzw. andauerndes Arbeitsverhältnis<sup>813</sup>. Ein anderer Teil der Lehre<sup>814</sup> setzt regelmässig mit periodisch gleich. Auf Grund dieses zweiten präziseren Begriffsverständnisses wird zwischen eigentlicher und uneigentlicher Teilzeitarbeit unterschieden.

Die *eigentliche Teilzeitarbeit* erfordert eine gewisse Periodizität, d. h. es muss mindestens zwei- bis dreimal hintereinander Arbeit geleistet werden<sup>815</sup>. Die Regelmässigkeit bedeutet jedoch nicht das Erfordernis eines festen Stundenplanes für den Arbeitseinsatz<sup>816</sup>. Dieser kann nach Massgabe der vorhandenen Arbeit variieren<sup>817</sup>. Die gesetzliche Definition erfasst unmittelbar nur diese Form der Teilzeitarbeit<sup>818</sup>.

Die *uneigentliche Teilzeitarbeit* umfasst Arbeitseinsätze, die nicht periodisch, sondern auf einseitigen Abruf durch den Arbeitgeber<sup>819</sup> oder nach

---

<sup>811</sup> Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 8. April 1988, in: JAR 1989, S. 97 ff.

<sup>812</sup> BRÜHWILER, N 12 a) zu Art. 319 OR; dazu hinten Anhang 1, Fall 49: Mandatsvertrag.

<sup>813</sup> Vgl. Schiedsgericht im schweizerischen Buchdruckgewerbe, Urteil vom 7. Januar 1986, in: JAR 1988, S. 132 ff.; BRÜHWILER, N 12 a) zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 27 zu Art. 319 OR; VISCHER, S. 6.

<sup>814</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 66 - 72 zu Art. 319 OR; HUG, S. 187.

<sup>815</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 70 zu Art. 319 OR.

<sup>816</sup> Vgl. Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 21. Januar 1975, in: Entscheide des Gewerbegerichtes Zürich in den Jahren 1974 - 1976, S. 3 ff., in: JAR 1980, S. 177 f.

<sup>817</sup> Vgl. SAZ 1978 Nr. 16.

<sup>818</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 70 zu Art. 319 OR.

<sup>819</sup> Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 27. Mai 1988, in: JAR 1989, S. 94 ff.

fortlaufender Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen<sup>820</sup>. Auch der uneigentlichen Teilzeitarbeit liegt ein einheitlicher und andauernder Teilzeit-Einzelarbeitsvertrag zugrunde<sup>821</sup>, sodass diese unbestritten als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

Sobald Arbeitsleistungen im Rahmen eines ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses erbracht werden, ist nach herrschender Auffassung auch unregelmässiger Arbeitseinsatz Teilzeitarbeit<sup>822</sup>. Insofern ist die Unterscheidung zwischen eigentlicher und uneigentlicher Teilzeitarbeit überflüssig<sup>823</sup>.

Gemäss deutscher Definition sind Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, deren regelmässige Wochenarbeitszeit kürzer ist als diejenige vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter<sup>824</sup>.

Die zeitliche Unselbstständigkeit kann bei der Teilzeitarbeit sehr abgeschwächt sein. In der Regel ist sie jedoch nicht vollständig beseitigt. So wird der Arbeitgeber meist gewisse Zeitfenster vorschlagen, und der Arbeitnehmer kann unter diesen auswählen. In saisonal oder tageszeitlich unterschiedlich ausgelasteten Dienstleistungsbereichen kann die zeitliche Unselbstständigkeit darin bestehen, dass der Arbeitnehmer theoretisch frei wählen kann, ihm aber Arbeitseinsätze nach seiner Wahl nur zugestanden werden, wenn er zumindest teilweise die Zeitprioritäten des Arbeitgebers berücksichtigt. Da bei Teilzeitarbeit in der Regel mehrere Arbeitnehmer in dieser Form beschäftigt werden, besteht die zeitliche Unselbstständigkeit ferner in dem Umstand, dass nicht alle zur selben Zeit tätig sein können, sondern die Arbeitseinsätze aufeinander abgestimmt werden<sup>825</sup>. Der Arbeitgeber setzt in der

---

<sup>820</sup> Vgl. Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 12. Dezember 1984 (bestätigt vom Obergericht mit Beschluss vom 13. Mai 1985, in: Entscheidungen 1983 und 1984, S. 8 f., in: JAR 1986, S. 68 f.), in: JAR 1986, S. 66 ff.

<sup>821</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 72 zu Art. 319 OR.

<sup>822</sup> Vgl. JAR 2003, S. 158 ff.: Die Arbeitnehmerin leistete seit Mai 1999 jeden Monat Arbeitseinsätze und in den Monaten November 2000 bis Oktober 2001 ein Pensum von weit über 80%. Deshalb erkannte das Gericht auf Vorliegen von Teilzeitarbeit und nicht von Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit. Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 14. Juni 2002, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2002 Nr. 5 (bestätigt durch Beschluss des Obergerichts Zürich vom 10. Juni 2003).

<sup>823</sup> Kantonsgericht Freiburg, Urteil vom 6. November 1997 (teilweise Aufhebung des Urteils der Gewerbekammer des Seebezirks vom 11. Februar 1997), in: JAR 1999, S. 103, 105 (E.2c); dieser Entscheid wurde jedoch durch BGE 124 III 249 aufgehoben, vgl. JAR 1999, S. 99 ff.

<sup>824</sup> § 2 TzBfG; vgl. BROX/RÜTHERS, S. 25 Rdnr. 31a.

<sup>825</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 38: Kassiererin.

Regel einen Stundenplan bzw. Dienstplan<sup>826</sup> fest, in dem die einzelnen Arbeitnehmer mehr oder weniger frei Einsätze wünschen und abtauschen können oder auf dessen Erstellung sie keinen Einfluss haben<sup>827</sup>.

Praktisch bedeutsam ist schliesslich die Frage, ob und inwieweit bei Identität von Arbeitgeber und Auftraggeber jemand zugleich Teilzeitarbeitnehmer und Selbstständiger sein kann. In Deutschland existieren Lehrmeinungen, die dies zulassen. Notwendig ist allerdings, dass beide „Leistungskontingente“ geschlossen und ausgliederbar sind. Der Status als Arbeitnehmer bzw. Selbstständiger ist relativ, d. h. abhängig von einem bestimmten Vertragsverhältnis. Dabei können zwei getrennt mit dem Betreffenden geschlossene Verträge über ein freies Mitarbeiter- und ein Arbeitnehmerverhältnis auch zum doppelten Status des Betreffenden führen<sup>828</sup>. Auch das Bundesarbeitsgericht hält es als durchaus möglich, dass eine Person mehrere rechtlich unterschiedlich zu bewertende Teiltätigkeiten bei demselben Arbeit- bzw. Auftraggeber ausführt<sup>829</sup>.

#### j) Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit

In der Umgangssprache wird oft Aushilfsarbeit mit Teilzeitarbeit gleichgesetzt. Gleichwohl ist die Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit von der Teilzeitarbeit zu unterscheiden. Im Gegensatz zur Teilzeitarbeit wird Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit nicht im Rahmen eines andauernden Arbeitsverhältnisses erbracht<sup>830</sup>. Es fehlt damit an der Regelmässigkeit der Arbeitserbringung<sup>831</sup>. Sie setzt vielmehr für jeden Einsatz den Abschluss eines neuen Einzelarbeitsvertrages voraus<sup>832</sup>. Bei dieser Form der Beschäftigung ist nicht nur die Problematik der Scheinselbstständigkeit zu berücksichtigen. Selbst bei

---

<sup>826</sup> Vgl. WORZALLA, N 127, der unpräzis diese Erscheinungsform unter das konkretisierende Kriterium der organisatorischen Abhängigkeit subsumiert; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 30; dazu hinten Anhang 1, Fall 75: Werbeallrounderin.

<sup>827</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 187; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 30.

<sup>828</sup> RUMPENHORST, S. 1067 ff.; HANAU/STRICK stimmen der Zulässigkeit eines Doppelstatus bei demselben Arbeit- bzw. Auftraggeber im Prinzip zu; HANAU/STRICK, S. 189.

<sup>829</sup> BAG, 22.2.1995, in: AfP 1995, S. 693 (695).

<sup>830</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 73 zu Art. 319 OR; dazu hinten Anhang 1, Fall 79: Zuzüger in einem Orchester.

<sup>831</sup> VISCHER, S. 9.

<sup>832</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 319 OR; vgl. Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 21. September 1987, in: Bericht über die Rechtsprechung 1987, S. 9 f., in: JAR 1989, S. 99 f.

der Bejahung eines Arbeitsverhältnisses ist zu prüfen, ob ein andauerndes, einheitliches Teilzeitarbeitsverhältnis oder eine Mehrzahl einzelner kurzfristiger Aushilfsarbeitsverhältnisse vorliegt, die allenfalls einen unzulässigen Kettenarbeitsvertrag bilden<sup>833</sup>.

k) Jobsharing

Bei einem Jobsharing überlässt ein Arbeitgeber zwei oder mehreren Arbeitnehmern, die sich eine einzige (Vollzeit-)Arbeitsstelle in der Form der Teilzeitarbeit teilen, die Entscheidung über die Aufteilung der Arbeitszeit untereinander<sup>834</sup>. Die zeitliche Unselbstständigkeit gegenüber dem Arbeitgeber ist durch die Aufteilung auf mehrere Mitarbeiter abgeschwächt. Sie besteht aber in einer sehr ähnlichen Form weiterhin, wenn im Sinne der Stellvertretung bei dem Ausfall des einen Mitarbeiters der andere zur Vertretung verpflichtet ist, damit die Arbeitsstelle jederzeit besetzt ist<sup>835</sup>. Die Vertretungspflicht kann beschränkt oder unbeschränkt vereinbart sein. Unbeschränkt ist sie, wenn der Partner in jedem Verhinderungsfalle zur Vertretung verpflichtet ist, sei die Verhinderung vorhersehbar<sup>836</sup> oder unvorhersehbar<sup>837</sup>. Eine solche Pflicht entfällt lediglich bei Unmöglichkeit, beispielsweise bei gleichzeitiger Erkrankung. Die unbeschränkte Vertretungspflicht bedeutet damit eine dauernde Abrufbereitschaft. Diese widerspricht dem Gedanken nach einer grösseren Arbeitszeitflexibilität. Zudem kann nicht mehr von Teilzeitarbeit, sondern es muss von Vollzeitarbeit gesprochen werden<sup>838</sup>. In der Literatur wird teilweise eine Beschränkung der Vertretungspflicht befürwortet. Diese Beschränkung kann zeitlicher Natur sein, indem beispielsweise die Vertretungspflicht auf drei Tage beschränkt wird. Es kann auch der die Vertretung auslösende Anlass auf unvorhersehbare Absenzen beschränkt werden<sup>839</sup>.

Bei einem Jobsharing bestimmt der Arbeitgeber den Zeitumfang der zugrunde liegenden Arbeitsstelle. Der einzelne Arbeitnehmer ist nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber zeitlich unselbstständig, sondern auch gegenüber

---

<sup>833</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 74 zu Art. 319 OR.

<sup>834</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 30 zu Art. 319 OR; VISCHER, S. 8; PORTMANN, N 197, 1352 ff.; HANAU/ADOMEIT, S. 164 Rdn. 586; BROX/RÜTHERS, S. 27 Rdnr. 32.

<sup>835</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 30 zu Art. 319 OR.

<sup>836</sup> Beispielsweise: Ferien, Militärdienst.

<sup>837</sup> Beispielsweise: Krankheit, Unfall.

<sup>838</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 31 zu Art. 319 OR.

<sup>839</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, a.a.O., mit weiteren Verweisen.

den anderen am Jobsharing teilnehmenden Mitarbeitern hinsichtlich deren Wünsche und Bedürfnisse. So kann es im Innenverhältnis zu Auseinandersetzungen kommen, wenn es beispielsweise hinsichtlich staatlicher Feiertage darum geht, wer in den Genuss der Arbeitsbefreiung kommt. Im Krankheitsfall kann ferner darüber Uneinigkeit entstehen, ob der gerade kranke Arbeitnehmer zu der konkreten Zeit hätte arbeiten müssen und daher einen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat<sup>840</sup>. Da insbesondere in der Schweiz die gesetzlichen Regelungen über die Arbeitsbefreiung an Feiertagen und die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall zwingend sind, kann einzig ein von den Jobsharern festgelegter Arbeitszeitplan Abhilfe schaffen. Dieser stellt klar, welche Rechtsfolgen im Falle eines Arbeitsausfalles eintreten. Damit eine Pflicht zur Festlegung des Arbeitszeitplanes für die Jobsharer besteht, muss diese vertraglich vereinbart werden<sup>841</sup>.

#### 1) Überzeit / Überstunden

Die Problematik der Überzeit / Überstunden als Erscheinungsform der zeitlichen Unselbstständigkeit ist in keiner der hier verglichenen Rechtsordnungen besonders erwähnt. Dennoch ist es typisch für ein Arbeitsverhältnis, dass der Arbeitgeber Überstunden und Überzeit nach seinem Ermessen anordnen darf. Dem einzelnen Arbeitnehmer wird diese Unselbstständigkeit besonders dann stark bewusst, wenn er insbesondere persönlichen Verabredungen, Familienpflichten, Kursen oder bei Teilzeitarbeitsverhältnissen anderen Arbeitsleistungen nicht mehr nachgehen kann. Letztere können sowohl in der Form eines weiteren Arbeitsverhältnisses als auch einer selbstständigen Erwerbstätigkeit bestehen. Geht der Arbeitnehmer zwei Arbeitsverhältnisse parallel ein, kann das Problem der Anpassung der Arbeitszeit durch die beiden Arbeitgeber eskalieren. Wird die Leistung von Überzeit und Überstunden nur in Ausnahmefällen notwendig und wird sie vom Arbeitgeber durch Freizeit kompensiert, ist deren Auswirkung weniger gravierend. Die zeitliche Unselbstständigkeit kann dann dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Zeitpunkt der Kompensation von Arbeitgeber diktiert wird. Kritischer ist die verdeckte Leistung von Überzeit und Überstunden. Nicht selten wird von einem Arbeitnehmer – insbesondere auf der Stufe des mittleren und höheren Kaders – erwartet, dass er regelmässig deutlich länger als vertraglich oder gesetzlich vorgesehen tätig ist. Auch wenn diese

---

<sup>840</sup> Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 35 zu Art. 319 OR.

<sup>841</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, a.a.O.

Mehrleistung von Arbeit durch ein höheres Lohnniveau kompensiert wird, ändert dies an der zeitlichen Unselbstständigkeit nichts.

m) Absenzen

Hinsichtlich der zeitlichen Unselbstständigkeit ist ferner zu prüfen, ob der Arbeitsleistungserbringer befugt ist, ganze Tage oder Wochen nicht zu arbeiten, ohne krank zu sein, beurlaubt zu sein, d. h. ohne sich für seine Untätigkeit rechtfertigen zu müssen<sup>842</sup>. So werden in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika im Umstand, dass Ferien durch den Arbeitsleistungsempfänger gewährt werden, als Merkmale anerkannt. In der Schweiz handelt es sich hierbei um ein so genanntes materielles Merkmal, das für ein Arbeitsverhältnis spricht<sup>843</sup>. In den Vereinigten Staaten von Amerika ist diese Erscheinungsform in Ziffer (8) des *Hybrid Tests*<sup>844</sup> erwähnt<sup>845</sup>. In Deutschland wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass eine ständige Dienstbereitschaft auch darin liegen könnte, dass ein Mitarbeiter seinen Urlaub nicht nur anzuzeigen hat, sondern dass er sich diesen jeweils genehmigen lassen muss<sup>846</sup>. Soweit der Dienstverpflichtete den Urlaub selbst nehmen kann, spricht dies für Selbstständigkeit<sup>847</sup>. Die Festlegung der Zahl der Urlaubstage und die Notwendigkeit der einvernehmlichen Festlegung des Urlaubszeitpunktes sprechen dagegen für eine Arbeitnehmereigenschaft<sup>848</sup>. REISERER gewichtet die antragsgemässe Gewährung und Weiterzahlung des Entgelts im Urlaubsfall bloss als so genanntes formelles Abgrenzungskriterium<sup>849</sup>. Dass über Arbeitsunfähigkeitszeiten beispielsweise infolge Krankheit zu informieren ist,

<sup>842</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>843</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 i) zu Art. 319 OR; HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen.

<sup>844</sup> Dazu vorne Fn. 253.

<sup>845</sup> „(8) whether annual leave is afforded“; *Spirides v. Reinhardt*, 613 F. 2d 826, 832 (D.C. Cir. 1979); *Broussard v. L. H. Bossier, Inc.*, 789 F. 2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986); *Mitchell v. Frank R. Howard Memorial Hosp.*, 853 F. 2d 762, 766 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F. 2d 377, 379, n. 2 (7<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>846</sup> Vgl. SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 27; vgl. KUNZ/KUNZ, S. 850; LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>847</sup> BAG, 30.9.1998, 5 AZR 563/97; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 74.

<sup>848</sup> BAG, 19.11.1997, 5 AZR 653/96; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 63.

<sup>849</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260.

spricht nicht gegen Selbstständigkeit<sup>850</sup>. Die Verpflichtung, während des Krankheits- und Urlaubszeitraums die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zu sichern und insbesondere für eine Stellvertretung zu sorgen, spricht für eine Selbstständigkeit, soweit der Arbeitsleistungserbringer in seinen Dispositionen völlig frei ist<sup>851</sup>. Für eine selbstständige Erwerbstätigkeit spricht schliesslich, wenn der Arbeitsleistungserbringer keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub hat<sup>852</sup>.

### 3. Bedeutung

Ausgehend vom Einzelarbeitsvertrag, in dem Arbeit und nicht ein Arbeitserfolg geschuldet ist, ist die Zeit das Mass für die vom Arbeitnehmer geschuldete Leistung<sup>853</sup>. Die zeitliche Unselbstständigkeit wird vor allem durch die moderneren Arbeitszeitmodelle abgeschwächt. Immerhin bleibt sie in einer veränderten Form bestehen. Die gänzliche Freiheit des Arbeitnehmers in der Festlegung der Arbeitszeit spricht aus schweizerischer und deutscher Sicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses<sup>854</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die zeitliche Unselbstständigkeit ebenso relevant. So wird in Ziffer (7) des *Common-Law Tests*<sup>855</sup> das Ausmass des Ermessens des Angestellten, die Arbeitszeit und die Arbeitsdauer zu bestimmen, untersucht<sup>856</sup>.

In Deutschland ist die Befugnis, den Leistenden anzuweisen, die Arbeitsleistung zu einer bestimmten Zeit zu erbringen, ebenfalls ein gewichtiges Merkmal für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses<sup>857</sup>. Dies ergibt sich vor allem daraus, dass die Möglichkeit, seine Arbeitszeit selbst zu bestimmen, in § 84 Abs. 1 HGB ausdrücklich als zentrales Kriterium für die

---

<sup>850</sup> LAG Düsseldorf, 6.3.1991, 4 TaBV 119/90; LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18.

<sup>851</sup> Vgl. OBERTHÜR/LOHR, S. 132, mit weiteren Verweisen.

<sup>852</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850; dazu hinten Anhang 1, Fall 64: Taxifahrer.

<sup>853</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 319 OR.

<sup>854</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 319 OR; RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 30, mit Verweisen auf die Rechtsprechung des BAG; vgl. aber Anhang 1, Fall 16: Bürotätigkeit.

<sup>855</sup> Dazu vorne Fn. 388.

<sup>856</sup> „(7) the extent of the hired party's discretion over when and how long to work“; vgl. *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 324, n. 4 (1992).

<sup>857</sup> BAG, 9.9.1981, AP Nr 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG, 30.11.1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.



Annahme eines selbstständigen Rechtsverhältnisses genannt ist<sup>858</sup>. Die zeitliche Unselbstständigkeit zählt bei REISERER in Anlehnung an das deutsche Bundesarbeitsgericht zu den so genannten echten Abgrenzungskriterien<sup>859</sup>. Nichtsdestotrotz ist dieses Kriterium nicht allein entscheidend für die Abgrenzung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit von einem Arbeitsverhältnis<sup>860</sup>. So ist bezüglich des Umkehrschlusses Vorsicht geboten. Es ist nämlich mit dem Selbstständigenstatus durchaus vereinbar, wenn die Bestimmbarkeit der Arbeitszeit nur im Wesentlichen frei ist<sup>861</sup>. Daher sprechen zeitliche Vorgaben oder die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgabe einzuhalten, noch nicht für den Arbeitnehmerstatus<sup>862</sup>. Ferner kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Weisungsgebundenheit nach Zeit der Arbeitsleistung fehlt und dennoch die Arbeitnehmereigenschaft anzuerkennen ist<sup>863</sup>. Insbesondere werden Mitarbeitern mit höheren beruflichen und fachlichen Qualifikationen oft mehr Freiräume hinsichtlich der zeitlichen Vorgaben eingeräumt<sup>864</sup>.

Bei allen Relativierungen ist schliesslich hervorzuheben, dass, wenn die zeitliche Unselbstständigkeit positiv festgestellt ist, dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür ist, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Deshalb ist die zeitliche Unselbstständigkeit als Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens stets zu prüfen.

## VI. Wirtschaftliche Abhängigkeit im weiteren Sinn

### 1. Begriff

Die so genannte wirtschaftliche Abhängigkeit ist als *wirtschaftliche Abhängigkeit im weiteren Sinn* zu bezeichnen. Sie ist in die *wirtschaftliche Unselbstständigkeit* und die *wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn* zu unterteilen.

---

<sup>858</sup> Vgl. BAG, 30.11.1994, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 55; BAG, 20.7.1994, DB 1994, S. 2502.

<sup>859</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>860</sup> Vgl. WORZALLA N 113.

<sup>861</sup> HANAU/STRICK, S. 187.

<sup>862</sup> BAG, 29.5.1991, DB 1992, S. 46; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 23, mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>863</sup> RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 31; dazu hinten Anhang 1, Fall 10: Bademeister.

<sup>864</sup> HOHMEISTER/GORETZKI, S. 36.

a)      Wirtschaftliche Unselbstständigkeit

Wirtschaftliche Unselbstständigkeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer auf die eigenständige unternehmerische Nutzung seiner Arbeitskraft auf dem Markt verzichtet. Was selbstständig Erwerbstätige und Arbeitnehmer unterscheidet, ist der Umstand, dass der Selbstständige selbst bestimmen kann, wie er im Markt auftritt und welche Anfragen nach Arbeitseinsätzen er berücksichtigen möchte. Dabei kann er sein Angebot selber bestimmen, Preise festlegen, investieren, diversifizieren und sich neu positionieren<sup>865</sup>. Der selbstständig Erwerbstätige hat zumindest theoretisch die Möglichkeit, Arbeitsanfragen abzulehnen<sup>866</sup>. Dem Arbeitnehmer hingegen steht nicht das Recht zu, durch Anpassung seines Marktauftritts und seines Kapitaleinsatzes den daraus resultierenden Gewinn oder Verlust quantitativ zu beeinflussen und diesen anschliessend weiter zu verwenden<sup>867</sup>.

b)      Wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn

Wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn liegt vor, wenn der Arbeitnehmer gewöhnlich auf den Lohn als Gegenleistung seiner Arbeitstätigkeit und damit auf das Bestehen eines Einzelarbeitsvertrages zur Fristung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist<sup>868</sup>.

---

<sup>865</sup>      HAMM, S. 127.

<sup>866</sup>      Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>867</sup>      Vgl. beispielsweise MÜLLER, S. 25 ff.: Dort wird wirtschaftliche Abhängigkeit als Hauptkriterium gebraucht. Dieses wird in zwei Komponenten, 1) Verzicht auf eine unternehmerische Tätigkeit und 2) Entgeltabhängigkeit, unterteilt. Unter diese beiden Komponenten werden alle übrigen Kriterien m. E. systematisch wenig überzeugend subsumiert.

<sup>868</sup>      STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 30 zu Art. 319 OR.

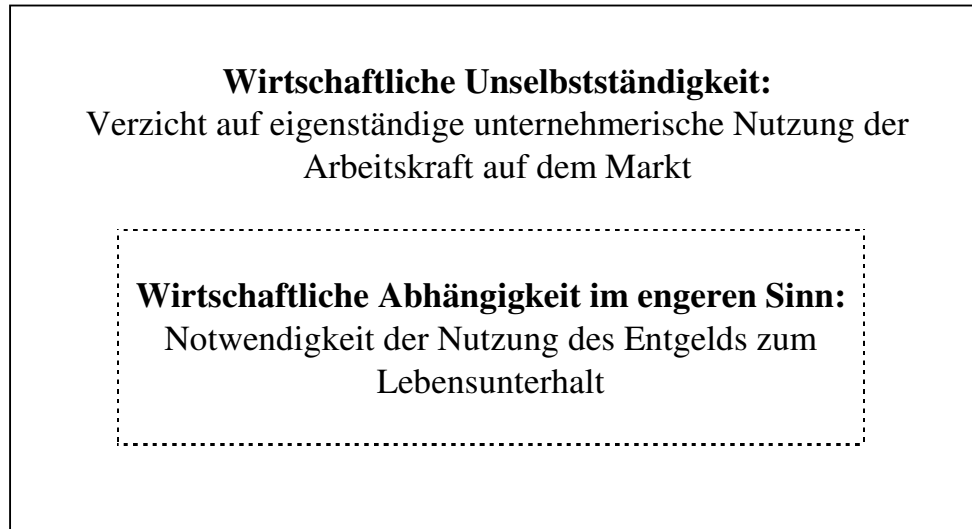


Abb: Unterteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit im weiteren Sinn

## 2. Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit

### a) Tätigkeit für einen Arbeitsleistungsempfänger / Konventionalstrafe

Gemäss schweizerischer Lehre und Rechtsprechung ist es massgebend, ob der Arbeitnehmer hauptberuflich und ausschliesslich für einen Arbeitgeber tätig ist oder ob er sich einer Vielzahl von Dienstherrn verpflichtet<sup>869</sup>. Auch HARDER zählt zu den charakteristischen Kennzeichen für die neue Selbstständigkeit die Erscheinungsform, dass die Tätigkeit hauptsächlich oder ausschliesslich für nur einen Auftraggeber zu erfolgen hat<sup>870</sup>. Vergleichsweise erwähnt HAMM hinsichtlich der freien Mitarbeiter im Medienbereich in diesem Zusammenhang, dass ein beträchtlicher Teil dieser Mitarbeiter zu mehr als 50% von einem Vertragspartner abhängig ist<sup>871</sup>.

In Deutschland wird sehr ähnlich im Bereich des Sozialversicherungsrechts im Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit geprüft, ob die erwerbsmässig tätige Person auf Dauer und im Wesentlichen für

<sup>869</sup> Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 12. Februar 1999, Nr. U/AN980291, nicht veröffentlicht; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 45 zu Art. 319 OR; vgl. ferner vorne § 2 B. I. 3; vgl. hinten Anhang 1, Fall 54: Platzwartvertrag.

<sup>870</sup> HARDER, S. 92.

<sup>871</sup> HAMM, S. 12.

einen Auftraggeber tätig ist<sup>872</sup>. Dieser Wortlaut wird ebenfalls bei dem Verbandsmodell der empirischen Erhebung gebraucht<sup>873</sup>. Die Bindung an einen Auftraggeber gilt stets in den Fällen einer vertraglichen Ausschliesslichkeitsbindung, wobei auch eine faktische Bindung genügt<sup>874</sup>. Letztere liegt beispielsweise vor, wenn vertraglich zwar die Freiheit eingeräumt wird, für mehrere Unternehmen/Kunden tätig zu sein, faktisch auf Grund weit reichender zeitlicher Vorgaben eine solche Tätigkeit aber ausgeschlossen ist<sup>875</sup>. Die Erscheinungsform der Ausschliesslichkeitsbindung sowie die Möglichkeit der freien Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht wird ebenfalls bei der Checkliste von KUNZ/KUNZ aufgeführt. Verstärkt wird diese Erscheinungsform durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe<sup>876</sup>.

In der Schweiz handelt es sich bei der Auferlegung eines Konkurrenzverbotes um ein so genanntes materielles Merkmal, das für ein Arbeitsverhältnis spricht<sup>877</sup>. Die Spitzenverbände der deutschen Sozialversicherung erkennen das Konkurrenzverbot hingegen nicht als Merkmal an, sondern billigen ihm allenfalls eine Indizwirkung zu<sup>878</sup>.

Für WANK ist die Arbeit nur für einen Auftraggeber<sup>879</sup> ein typisches Arbeitnehmermerkmal<sup>880</sup>. Auch das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>881</sup> sieht vor, dass nur für einen Auftraggeber Leistungen erbracht werden. HEINZE erachtet dagegen das Merkmal als absurd, insbesondere weil zahlreiche Zulieferer von Automobilfirmen ausschliesslich für einen Auftraggeber tätig sind<sup>882</sup>. KUNZ/KUNZ führen schliesslich in ihrer Checkliste

---

<sup>872</sup> § 7 Abs. 4 Nr. 2 SGB IV.

<sup>873</sup> Dazu vorne Fn. 94.

<sup>874</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 191.

<sup>875</sup> OBERTHÜR/LOHR, S. 133.

<sup>876</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>877</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht; REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 n) zu Art. 319 OR; HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen; LANZ, S. 1470; dazu hinten Anhang 1: Fall 17: Cabaretdancing-Orchester; Fall 67: Teilzeitvereinbarung; Fall 68: Telefonhostess.

<sup>878</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 198.

<sup>879</sup> Um juristischen Missverständnissen vorzubeugen, sollte m. E. einer anderen Wortwahl der Vorzug gegeben werden, wie beispielsweise *Arbeitsleistungsempfänger*.

<sup>880</sup> WANK, S. 121 ff.; WANK, Neue Selbständigkeit, S. 91; GRIEBELING, S. 1142.

<sup>881</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>882</sup> HEINZE, S. 857.

für eine selbstständige Tätigkeit bzw. zur Widerlegung der Vermutung der Scheinselbstständigkeit als Merkmal die Tätigkeit für eine unbestimmte Anzahl von Auftraggebern auf. M. E. treffender ist die Umschreibung bei HANAU/STRICK und bei REISERER. Danach ist zu prüfen, ob eine Verpflichtung besteht, alle Arbeitsaufträge anzunehmen, und ob ein Verbot besteht, für andere Auftraggeber tätig zu werden<sup>883</sup>.

b) Kein Recht des Marktauftritts

Der fehlende Marktauftritt zeigt sich im Extremfall darin, dass der Beschäftigte absolut ohne eigene Identität tätig ist, indem er im Namen und auf Rechnung des Arbeitgebers handelt<sup>884</sup>. Diesen Umstand qualifizieren REHBINDER und die schweizerische Rechtsprechung als so genanntes materielles Merkmal, das für ein Arbeitsverhältnis spricht<sup>885</sup>. Ähnlich zählt HARDER zu den charakteristischen Kennzeichen für die so genannte Neue Selbstständigkeit die Erscheinungsform, dass nur geringe unternehmerische Chancen bestehen. Das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>886</sup> sieht deutlicher vor, dass überhaupt keine eigene Unternehmensorganisation besteht. Ein sehr wichtiges Merkmal für die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses ist auch nach WANK die Arbeit des Leistungserbringers im Wesentlichen ohne eigene Organisation<sup>887</sup>. Dies äussert sich insbesondere darin, dass keine eigenen Geschäftsräume vorliegen. In den Vereinigten Staaten von Amerika wird sehr ähnlich in Ziffer (b) des *Common-Law Agency Tests*<sup>888</sup> geprüft, ob oder ob nicht der Angestellte in einer (eigenen) eigenständigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit beschäftigt ist<sup>889</sup>.

Als Vorstufe zur erwähnten absoluten identitätslosen Leistungserbringung lässt sich unter diesem Titel das weniger scharf formulierte, die Eingliederung in einen fremden Produktionsbetrieb

<sup>883</sup> HANAU/STRICK, S. 188; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>884</sup> Vgl. BGE 78 II 37; vgl. HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen; vgl. RUNDSCHREIBEN, S. 192; KUNZ/KUNZ, S. 850; vgl. REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259; vgl. EICHENBERGER, S. 1321.

<sup>885</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 c) zu Art. 319 OR; vgl. Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 1. März 2001, Nr. U/AN990008, nicht veröffentlicht.

<sup>886</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>887</sup> WANK, S. 121 ff.; WANK, Neue Selbstständigkeit, S. 91; GRIEBELING, S. 1142.

<sup>888</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>889</sup> „(b) whether or not the one employed is engaged in a distinct occupation or business“; Restatement (Second) of Agency § 220(2) (1958); *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978).

konkretisierende Indiz gemäss STAUB erwähnen, bei dem der Beschäftigte verzichtet, Inhalt und Ziel der eigenen Tätigkeit wie ein Unternehmer zu bestimmen<sup>890</sup>. Sehr ähnlich prüft § 7 Abs. 4 Nr. 4 SGB IV, ob die Tätigkeit typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen lässt<sup>891</sup>. Dies führt insbesondere dazu, dass keine freie Preisbildung durch den Arbeitsleistungserbringer stattfindet, wie dies das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>892</sup> festhält. Mit anderen Worten kann der Arbeitnehmer den Preis für seine Leistung nicht selbst aushandeln<sup>893</sup>. HANAU/STRICK benutzen m. E. zu Recht eine deutlichere Wortwahl, indem sie vom Verbot der Preisgestaltung reden<sup>894</sup>.

Eine weitere logische Folge des inexistenten eigenen Marktauftritts wird von dem Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>895</sup> erwähnt. Dieses sieht vor, dass der Arbeitsleistungserbringer über keinen eigenen Kundenstamm verfügt. HANAU/STRICK ergänzen sinngemäss, indem sie feststellen, dass (eigene) Kundenakquisition verboten ist<sup>896</sup>. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass es verboten ist, eigene Werbung zu gestalten. Auch die Spitzenverbände der Sozialversicherung erachten es als so genanntes starkes Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, wenn das Verbot besteht, Kundenwerbung aus eigener Initiative zu betreiben<sup>897</sup>. KUNZ/KUNZ benutzen zwar nicht die Wortwahl des Verbotes, prüfen hingegen gleichermassen, ob eigene Akquisitionsmassnahmen und Werbung vorliegen. Ferner untersuchen sie, ob der Auftragserhalt auf Grund eines Angebots, einer Ausschreibung in einer Wettbewerbssituation erfolgt<sup>898</sup>.

---

<sup>890</sup> SCHAUB § 8 N 22.

<sup>891</sup> Damit schlägt der deutsche Gesetzgeber ein neues Kapitel der juristischen Methodenlehre auf. Geht es um das objektive Vorliegen bestimmter Umstände, um ihre objektive Wahrnehmbarkeit, oder die subjektive Sicht des Sozialversicherungsträgers oder anderer Beteiligter? Vgl. BAUER/DILLER/SCHUSTER, S. 1300.

<sup>892</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>893</sup> Natürlich wird der Arbeitnehmer regelmässig seine Lohnvorstellungen in den Vorstellungsgesprächen darlegen. Die hier erwähnte Preisgestaltung betrifft m. E. die jeweils einzelne und konkrete Arbeitsleistung, deren Preis je nach Marktlage stark variieren kann. Vgl. MÜLLER, S. 25; REHBINDER, Berner Kommentar, N 69 zu Art. 319 OR.

<sup>894</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>895</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>896</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>897</sup> RUNDSCHREIBEN, S. 197.

<sup>898</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

In den Vereinigten Staaten von Amerika unterscheidet die Bundesbehörde DOL sehr ähnlich hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA in Ziffer (5) das Mass von Initiative, Urteilsvermögen oder Weitblick im Konkurrenzkampf mit anderen im offenen Markt, das für den Erfolg des behaupteten unabhängigen Geschäftsbetriebes erforderlich ist<sup>899</sup>. Ebenfalls unter die Erscheinungsformen des fehlenden Rechts des Marktauftritts gehört die weitere Fragestellung an anderer Stelle der Bundesbehörde DOL in Ziffer 5., ob der angeblich selbstständige Vertragspartner ein unabhängiges ökonomisches oder anderes Interesse an seiner Arbeitsleistung hat, ausser dem Anstieg seiner Gehaltszahlung<sup>900</sup>.

Unter dem Titel kein Recht auf Marktauftritt lassen sich m. E. einige weitere Erscheinungsformen auflisten. So sind die so genannten formalen Merkmale von HANAU/STRICK hinsichtlich Deutschland ergänzend zu erwähnen, dass keine Gewerbeanmeldung besteht<sup>901</sup>, dass kein eigener Briefkopf verwendet wird, dass kein Eintrag im Branchenverzeichnis vorgenommen wurde und dass keine Mitgliedschaft in der IHK oder einer anderen Handelskammer besteht<sup>902</sup>. Aus der Checkliste von KUNZ/KUNZ lassen sich an dieser Stelle die Erscheinungsformen hinzufügen, dass keine Handelsregisteranmeldung besteht, dass der Arbeitsleistungserbringer keine eigene Betriebsnummer beantragt hat und dass er keine berufliche Haftpflicht- und Unfallversicherung abgeschlossen hat. So spricht für die selbstständige Erwerbstätigkeit die entsprechende Anmeldung bei dem Finanzamt sowie die Steuernummer für Einkommenssteuer und Umsatzsteuer<sup>903</sup>.

c) Keine Übernahme des Unternehmerrisikos

Die Erscheinungsform des Unternehmerrisikos ist in allen drei Rechtsordnungen bekannt. Der Begriff Unternehmerrisiko stammt aus der

---

<sup>899</sup> „(5) the initiative, judgment, or foresight in open market competition with others required for the success of the claimed independent enterprise.“ FOH at 10b05.

<sup>900</sup> „5. Does the alleged independent contractor have an independent economic or other interest in his work, other than increasing his own pay?“ FOH at 10b07(a).

<sup>901</sup> Ebenso KUNZ/KUNZ, S. 850; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260; die Spitzenverbände der Sozialversicherung haben ebenfalls einen Katalog mit einigen weiteren bloss formalen Merkmalen aufgestellt: vgl. RUNDSCHEIBEN, S. 198.

<sup>902</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>903</sup> Vgl. KUNZ/KUNZ, S. 850.

Betriebswirtschaftslehre<sup>904</sup> und wird im Rechts- und Wirtschaftsleben oft verwendet, ohne auszuführen, was konkret darunter zu verstehen ist. Die Rechtswissenschaft setzt das Unternehmerrisiko häufig mit dem Kapitalrisiko gleich, ohne dies unmissverständlich klarzustellen<sup>905</sup>. In der Regel wird unter dem Begriff Unternehmerrisiko lediglich geprüft, ob bei der Ausübung einer konkreten Erwerbstätigkeit das Risiko besteht, Geld zu verlieren<sup>906</sup>.

Die Tragung des Unternehmerrisikos durch den Auftraggeber stellt in der Schweiz ein so genanntes materielles Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dar<sup>907</sup>. Der zuvor erwähnte Verzicht auf eigene unternehmerische Tätigkeit braucht nicht notwendig mit dem Wegfall des Unternehmerrisikos einherzugehen. Oft trägt gerade derjenige Unternehmer besondere Risiken, der seine Arbeitskraft nicht mehr unternehmerisch frei einsetzen kann, weil er vertraglich gefesselt wurde<sup>908</sup>.

MÜLLER bezeichnet den Wegfall des Unternehmerrisikos als so genanntes Hilfsmerkmal bzw. Indiz. Dieses ist nur in dem Sinne negativ bezeichnend, dass dort, wo jemandem das Unternehmerrisiko abgenommen, der Betroffene aber nicht als Arbeitnehmer eingestellt wird, ein Merkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt. Positiv hingegen lässt sich nicht sagen, dass bei demjenigen, der ein Unternehmerrisiko trägt, die so genannte Arbeitnehmerähnlichkeit ausgeschlossen ist; denn er kann gleichwohl wirtschaftlich abhängig sein<sup>909</sup>.

Ähnlich hält HAMM fest, dass das Vorliegen bzw. Fehlen des Unternehmerrisikos für einen Selbstständigen bzw. Arbeitnehmer<sup>910</sup> typisch, aber nicht notwendig ist<sup>911</sup>. Er unterscheidet zwischen Kapitalrisiko, Verlustrisiko, Arbeitsrisiko, Absatzrisiko, Delkredererisiko und Inkassorisiko und bemängelt hinsichtlich der folgenden Konstellationen deren

---

<sup>904</sup> Betriebswirtschaftlich wird darunter die Möglichkeit verstanden, dass ein Unternehmer mit seinem Kapitaleinsatz das gesteckte Ziel nicht erreicht; FORKER, S. 241 ff.

<sup>905</sup> HAMM, S. 104, mit weiteren Verweisen.

<sup>906</sup> Vgl. HAMM, S. 104 f.; vgl. LANZ, S. 1471; dazu hinten Anhang 1: Fall 12: Basketballtrainer; Fall 65: Teilhaber.

<sup>907</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 44 m) zu Art. 319 OR; VISCHER, S. 312; dazu hinten Anhang 1: Fall 34: Gesellschafter; Fall 41: Kursleiter; Fall 68: Telefonhostess.

<sup>908</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 69 zu Art. 319 OR, mit weiterem Verweis.

<sup>909</sup> MÜLLER, S. 26.

<sup>910</sup> Dazu hinten Anhang 1, Fall 47: Managing Director.

<sup>911</sup> HAMM, S. 105; dazu hinten Anhang 1, Fall 13: Bauisoleur.



Trennschärfe<sup>912</sup>. Das Verlustrisiko umfasst das Risiko, die Folgen einer ungenügenden Ertragssituation, einer mangelhaften Leistung, von Fehldispositionen sowie Folgen von Überkapazitäten erdulden zu müssen. Dieses Risiko tragen aber nicht nur Selbstständige, sondern auch Handelsreisende. Das Arbeitsrisiko beinhaltet das Risiko, bei Misserfolg der Tätigkeit kein Entgelt zu erhalten. Wird ein Arbeitnehmer auf Provisionsbasis oder nach Stückzahl entlohnt<sup>913</sup>, trägt er dieses Risiko wie ein Selbstständiger. Umgekehrt gibt es Selbstständige, die eine feste Vergütung erhalten, ohne dass sie als Arbeitnehmer zu qualifizieren wären<sup>914</sup>. Das Absatzrisiko, d. h. das Risiko, das Arbeitsergebnis nicht absetzen zu können, kommt erneut auch dem Handelsreisenden zu, wenn er bei Erfolglosigkeit Arbeitszeit und Arbeitskosten vergebens aufgewendet hat<sup>915</sup>. Bei dem Delkredere- bzw. Inkassorisiko geht es schliesslich darum, für die Erfüllung von Forderungen einzustehen bzw. die Folgen der Zahlungsunwilligkeit oder -unfähigkeit zu erdulden. Dieses Risiko soll nicht als Abgrenzungskriterium taugen, da selbst ein Agent gemäss Art. 418c Abs. 3 OR und Art. 418l Abs. 1 OR ein besonderes Entgelt erhält<sup>916</sup>. Zudem ist die Abrede, wonach ein Handelsreisender diese Risiken übernehme, gemäss Art. 348a Abs. 1 OR nichtig<sup>917</sup>.

Ähnlich wie HAMM stellt EICHENBERGER hinsichtlich des Unternehmerrisikos eines Spitalarztes auf das Investitionsrisiko sowie Inkasso- und Delkredererisiko ab. Danach umfasst das Investitionsrisiko die Tätigkeit von Investitionen in Arbeitsgeräte wie Röntgengeräte, EKG-Geräte etc., den Einsatz von Eigenkapital und gegebenenfalls eines entsprechenden Kredits sowie die Tragung des Verlustrisikos auf dem investierten Kapital<sup>918</sup>.

In Deutschland stützt sich insbesondere WANK stark auf das Unternehmerrisiko ab. Aber auch in der deutschen Rechtsprechung ist der Grad des Unternehmerrisikos, das der Leistende trägt, häufig einer der zentralen Gesichtspunkte bei der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und selbstständigem

---

<sup>912</sup> Vgl. HAMM, S. 105 f., mit weiteren Verweisen.

<sup>913</sup> ROSENFELDER, S. 160; TRAEGER, S. 176.

<sup>914</sup> TOMANDL, S. 83 f.; ROSENFELDER, S. 160.

<sup>915</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 347.

<sup>916</sup> Vgl. LANZ, S. 1473; dazu hinten Anhang 1, Fall 41: Kursleiter.

<sup>917</sup> HAMM, S. 106.

<sup>918</sup> EICHENBERGER, S. 1321. M.E sind die weiteren Faktoren eigenes Personal, eigene Räumlichkeiten, Spitalarzt und nicht Spital tritt als Leistungserbringer auf, und Spitalarzt nicht Spital tritt als Vertragspartner auf, systematisch nicht unter den Titel des spezifischen Unternehmerrisikos zu subsumieren.

Vertragsverhältnis<sup>919</sup>. KUNZ/KUNZ erwähnen in ihrer Checkliste m. E. zu Recht nicht nur das Bestehen und die Tragung des eigenen Unternehmerrisikos, sondern fügen dort die vollen unternehmerischen Chancen hinzu<sup>920</sup>.

In den Bereich des Unternehmerrisikos fällt zudem die Frage, ob beispielsweise im Krankheitsfall ein Anspruch auf Fortzahlung einer Vergütung besteht<sup>921</sup>. REISERER qualifiziert die Weiterzahlung des Entgelts im Krankheitsfall als bloss formelles Abgrenzungskriterium<sup>922</sup>.

Im Zusammenhang mit der Tragung des Unternehmerrisikos ist zu unterscheiden zwischen der Übernahme und der Zuweisung des Unternehmerrisikos. Übernimmt der Arbeitsleistungsempfänger das Unternehmerrisiko, ist die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses unproblematischer<sup>923</sup>. Die Zuweisung von Risiken an den Arbeitsleistungserbringer spricht dann für Selbstständigkeit, wenn damit grössere Freiheiten, beispielsweise hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsablaufes oder der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft, und grössere Verdienstmöglichkeiten verbunden sind, die nicht bereits in der Sache angelegt sind<sup>924</sup>. Damit wird insbesondere klargestellt, dass auch in Deutschland die Risikozuweisung allein für die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses nicht von entscheidender Bedeutung sein kann<sup>925</sup>. Immerhin impliziert die Qualifizierung eines Vertragsverhältnisses als selbstständiges Vertragsverhältnis die erhöhte Risikozuweisung<sup>926</sup>. Im Sinne des Umkehrschlusses kann das Fehlen einer Risikozuweisung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist das Kriterium des fehlenden Unternehmerrisikos ebenfalls bekannt. So prüft das erste der beiden dem *Common-Law Agency Test*<sup>927</sup> zur Ergänzung beigefügten so genannten

---

<sup>919</sup> Vgl. BAG, 13.8.1980, AP Nr 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG, 12.12.1990, NZA 1991, 907. Seit den fünfziger Jahren stellen die deutschen Gerichte auf das Unternehmerrisiko bzw. das Geschäftsrisiko ab. Das BAG zieht dieses Kriterium zumindest bis ins Jahr 1980 heran. Danach distanziert es sich vom Begriff des Unternehmerrisikos; vgl. HANAU/STRICK, S. 187/188, mit weiteren Verweisen.

<sup>920</sup> KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>921</sup> Vgl. LANZ, S. 1473; vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>922</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260.

<sup>923</sup> Vgl. WORZALLA N 135.

<sup>924</sup> Vgl. HUNOLD, S. 31; WORZALLA N 134; vgl. PREIS § 611 BGB Rn. 93.

<sup>925</sup> NIEBLER/MEIER/DUBBER N 80 ff.; vgl. OBERTHÜR/LOHR, S. 133.

<sup>926</sup> WORZALLA N 135.

<sup>927</sup> Dazu vorne Fn. 254.

unternehmerischen Merkmale, ob der Arbeiter die Möglichkeit hat, Risiken zu übernehmen, die für ihn Gewinn oder Verlust zur Folge haben können<sup>928</sup>. Die Bundesbehörde DOL fragt hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA<sup>929</sup> in Ziffer (4) ferner nach den Möglichkeiten des Vertragspartners hinsichtlich Gewinn und Verlust<sup>930</sup>. Ähnlich ist der Wortlaut in Ziffer (2) des *Economic Realities Tests*<sup>931</sup>. Danach ist die angebliche Möglichkeit des „Arbeitnehmers“ hinsichtlich Gewinn oder Verlust bedingt durch seine geschäftsleitenden Fähigkeiten zu untersuchen<sup>932</sup>.

d) Kapitaleinsatz

In der Schweiz ist die Frage des Kapitaleinsatzes weniger diskutiert. HARDER zählt zu den charakteristischen Kennzeichen für die so genannte neue Selbstständigkeit die Erscheinungsform, dass kein nennenswerter Einsatz von Eigenkapital erfolgt. Scheinbar im Widerspruch dazu erwähnt er, dass bei der Scheinselbstständigkeit eine Investitionspflicht des Arbeitsleistungserbringers besteht<sup>933</sup>. Das Obergericht des Kantons Zürich stellt in diesem Zusammenhang eine Verknüpfung mit der persönlichen Unselbstständigkeit her, indem es festhält, dass der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit nicht selbst die Höhe seines materiellen und persönlichen Einsatzes bestimmen kann<sup>934</sup>. LANZ führt klarer aus, dass das unternehmerische Risiko darin besteht, dass die Kapitalkosten unabhängig vom Arbeitserfolg anfallen. Die Investition muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und für berufliche Zwecke getätigt werden<sup>935</sup>. Zu betonen ist aber, dass erhebliche Investitionen nicht notwendige Voraussetzung eines spezifischen Unternehmerrisikos sind, da es auch

---

<sup>928</sup> „(1) whether the worker has opportunity to take risks that may result in profit or loss to the worker“; *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); *Gary Enterprises, Inc.*, 300 NLRB No. 153 at 7 - 9 (1990).

<sup>929</sup> Dazu vorne Fn. 304.

<sup>930</sup> „(4) the contractor’s opportunities for profit and loss“; FOH at 10b05.

<sup>931</sup> Dazu vorne Fn. 394.

<sup>932</sup> „(2) the alleged employee’s opportunity for profit or loss depending upon his managerial skill“; *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567, 570 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen; vgl. ferner 51 A.L.R. Fed. 702, § 2.

<sup>933</sup> HARDER, S. 29.

<sup>934</sup> Vgl. Obergericht Zürich, Beschluss vom 1. März 1985, in: JAR 1986, S. 59 ff., S. 64.

<sup>935</sup> LANZ, S. 1472.

Erwerbstätigkeiten gibt, welche naturgemäss nur geringe Investitionen erfordern<sup>936</sup>.

Die deutsche Rechtsprechung erachtet sehr ähnlich insbesondere hinsichtlich des Sozialrechts den Einsatz eigenen Kapitals als so genanntes Indiz für das Vorliegen selbstständiger Tätigkeit<sup>937</sup>. Das Alternativmodell der empirischen Erhebung<sup>938</sup> sieht ebenso vor, dass kein eigenes Betriebskapital eingesetzt ist. Sehr wichtiges Merkmal für die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses ist schliesslich nach WANK die Arbeit des Leistungserbringers im Wesentlichen ohne eigenes Kapital<sup>939</sup>. Sofern Kapital des Arbeitsleistungserbringers vorhanden ist, ist zu prüfen, ob der Betroffene gezwungen ist, bestimmte Kosten für die Ausübung seiner Tätigkeit zu tragen. Dabei kommt es darauf an, ob die Übernahme der Kosten für die Ausübung der Tätigkeit durch einen Arbeitnehmer untypisch ist<sup>940</sup>. HANAU/STRICK halten strikter fest, dass keine Übernahme von Kosten bestehen darf<sup>941</sup>. Zu den Kosten zählen beispielsweise die Betriebskosten wie insbesondere die Kosten für Miete, Strom, Wasser, Telefon, Büromaterial, Porto und Reinigung der Räume<sup>942</sup>. M. E. ist in diesem Kontext die allfällige Zahlung von Gewerbesteuern<sup>943</sup> ebenso eine Erscheinungsform der Kostentragung.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu prüfen, ob der Arbeitsleistungserbringer über ein separates Betriebskonto verfügt, oder ob die Kosten mit seinen privaten Kontobewegungen vermengt werden<sup>944</sup>. Schliesslich ist zu beachten, ob der Arbeitsleistungserbringer Förderungsmittel für Existenzgründer, jedoch keine Finanzierungshilfen durch einen Auftraggeber erhalten hat<sup>945</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die Erscheinungsform des Kapitaleinsatzes vergleichsweise am ausführlichsten diskutiert. So prüft das

---

<sup>936</sup> BGE 110 V 80 E.4b.

<sup>937</sup> BSG 1.12.1977 AP Nr. 27 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSGE 45, 199.

<sup>938</sup> Dazu vorne Fn. 93.

<sup>939</sup> WANK, S. 121 ff.; WANK, Neue Selbständigkeit, S. 91; GRIEBELING, S. 1142.

<sup>940</sup> Als massgebliche Kosten hat die deutsche Rechtsprechung insbesondere diejenigen betreffend eigene Mitarbeiter, eigene Büro- und Geschäftsräume und eigenes Auto berücksichtigt; vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>941</sup> Vgl. HANAU/STRICK, S. 188.

<sup>942</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, S. 850.

<sup>943</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, a.a.O.

<sup>944</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, a.a.O.

<sup>945</sup> Vgl. die Checkliste von KUNZ/KUNZ, a.a.O.

zweite der beiden dem *Common-Law Agency Test*<sup>946</sup> zur Ergänzung beigefügten so genannten unternehmerischen Merkmalen, ob der Arbeiter ein Vermögensrecht oder eine Kapitalbeteiligung an der Arbeit hat<sup>947</sup>. Der *Economic Realities Test*<sup>948</sup> fragt in Ziffer (3) konkreter nach dem angeblichen Kapitaleinsatz des Arbeitnehmers hinsichtlich der Ausrüstung oder des Materials, oder der Anstellung von Helfern, die für die Aufgabe erforderlich sind<sup>949</sup>. Ebenso prüft die Bundesbehörde DOL hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes FLSA<sup>950</sup> in Ziffer (3) die Höhe der Kapitalbeteiligung des Vertragspartners an den Einrichtungen und in der Ausrüstung<sup>951</sup>.

### 3. Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Abhängigkeit im engeren Sinn: Entgeltabhängigkeit

Logische Folge des Erfordernisses der Tätigkeit für einen einzigen Arbeitsleistungsempfänger ist, dass die Entgeltzahlung i.d.R. von nur einem Arbeitsleistungsempfänger erfolgt. MÜLLER verwendet als Unterbegriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit den Begriff *Entgeltabhängigkeit*. Danach soll regelmässig wirtschaftlich abhängig sein, wer für seine Arbeitsleistung ausschliesslich von einem oder wenigen Vertragspartnern Entgelt erhält. Entscheidend ist dabei das Verhältnis eines bestimmten Arbeitsentgelts zur Gesamtsumme der Erwerbseinkünfte<sup>952</sup>.

Vor allem in Deutschland wird in diesem Zusammenhang auf einen bestimmbaren Betrag zurückgegriffen. So stellen KUNZ/KUNZ in ihrer Checkliste für eine selbstständige Tätigkeit bzw. zur Widerlegung der Vermutung der Scheinselbstständigkeit darauf ab, ob 5/6 der gesamten jährlichen Einkünfte aus der Tätigkeit für einen Auftraggeber stammen. In eine

<sup>946</sup> Dazu vorne Fn. 254.

<sup>947</sup> „(2) whether the worker has a proprietary interest or investment in the work“; *Merchants Home Delivery Service, Inc. v. NLRB*, 580 F. 2d 966, 973 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); *Gary Enterprises, Inc.*, 300 NLRB No. 153 at 7 - 9 (1990).

<sup>948</sup> Dazu vorne Fn. 394.

<sup>949</sup> „(3) the alleged employee’s investment in equipment or materials required for his task, or his employment of helpers“; *Cahill v. City of New Brunswick*, 99 F. Supp. 2d 464, 471 (D.N.J. 2000); *Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F. 3d 567, 570 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); *Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F. 2d 748, 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1979), mit weiteren Verweisen; vgl. ferner 51 A.L.R. Fed. 702, § 2.

<sup>950</sup> Dazu vorne Fn. 304.

<sup>951</sup> „(3) the amount of the contractor’s investment in facilities and equipment“; FOH at 10b05.

<sup>952</sup> MÜLLER, S. 26.

sehr ähnliche Richtung weist das deutsche Tarifvertragsgesetz. Es erachtet die Entgeltabhängigkeit als dann gegeben, wenn im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts von nur einem Auftraggeber stammt<sup>953</sup>. In § 7 Abs. 4 Nr. 1 SGB IV wird nicht auf einen Prozentwert, sondern auf einen fixen Betrag abgestellt. Entgeltabhängigkeit liegt danach vor, wenn der Arbeitnehmer monatlich mindestens 630 Deutsche Mark bzw. 325 Euro erhält.

#### 4. *Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit im weiteren Sinn*

In der Schweiz ist die Anerkennung der wirtschaftlichen Abhängigkeit (im weiteren Sinn) umstritten. Von den Gerichten wird dieses Kriterium zum Teil anerkannt<sup>954</sup>. In der schweizerischen Literatur wird es aber auch teilweise abgelehnt. So führt REHBINDER im Berner Kommentar<sup>955</sup> aus: „Die allein wirtschaftliche Abhängigkeit, welche der rechtspolitische Grund für die Entwicklung des modernen Arbeitsrechts war, ist also kein Kriterium, ja nicht einmal ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, mag sie auch noch so intensiv sein. Es werden also auch solche Arbeitnehmer mit den Mitteln des Arbeitsrechts geschützt, die nicht auf das Arbeitsentgelt angewiesen sind.“ Im Basler Kommentar<sup>956</sup> erwähnen REHBINDER/PORTMANN unter Zitierung der Rechtsprechung neu die wirtschaftliche Weisungsgewalt. Mangels entsprechender zusätzlicher Ausführungen ist nicht klar, ob REHBINDER nun dieses konkretisierende Kriterium der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit selbst anerkennt oder auf die anders lautende Rechtsprechung verweisen wollte. In Gegensatz zu REHBINDER zählt HAMM die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber ganz klar zu den so genannten materiellen Merkmalen<sup>957</sup>.

In Deutschland verleiht die bloss wirtschaftliche Abhängigkeit nicht die Eigenschaften eines Arbeitnehmers<sup>958</sup>. Mit anderen Worten ist die wirtschaftliche Abhängigkeit zur Bestimmung des Arbeitnehmerstatus weder

---

<sup>953</sup> Vgl. Arbeitnehmerähnliche Personen, §12a Abs. 1 Ziff. 1 b) TVG; WIEDEMANN, Rn. 73 zu §12a TVG; MÜLLER, S. 26.

<sup>954</sup> Obergericht Zürich, Beschluss vom 1. März 1985, in: JAR 1986, S. 59 ff., insbesondere, S. 64.

<sup>955</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR.

<sup>956</sup> REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 319 OR.

<sup>957</sup> HAMM, S. 59, mit weiteren Verweisen.

<sup>958</sup> Wer persönlich selbstständig ist, ist nicht Arbeitnehmer, auch wenn er von einem anderen wirtschaftlich abhängig ist; LÖWISCH § 1 Rn. 6.

erforderlich noch hinreichend<sup>959</sup>. Diese Aussage kann dahin gehend verstanden werden, dass die teilweise als Oberbegriff gebrauchte persönliche Abhängigkeit als rechtliche Abhängigkeit zu verstehen ist<sup>960</sup>. Freilich ändert dies nichts daran, dass mit der Arbeitnehmereigenschaft häufig eine wirtschaftliche Abhängigkeit einhergeht<sup>961</sup>. So ist es nachvollziehbar, dass einzelne Landesarbeitsgerichte die wirtschaftliche Abhängigkeit als Kriterium anerkennen<sup>962</sup>. Vorherrschend ist die Meinung, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit deshalb kein ausschlaggebendes Kriterium sein kann, weil sie keinen bestimmten Vertragstyp qualifiziert. Wirtschaftliche Abhängigkeit kann nämlich in nahezu allen Vertragsgestaltungen des Privatrechts gegeben sein<sup>963</sup>. HILGER räumt dagegen ein, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit dazu dienen kann, ein auf einem anderen Weg gefundenes Ergebnis daraufhin zu überprüfen, ob es in das Gesamtbild des typischerweise wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmers passt<sup>964</sup>. Immerhin wird die wirtschaftliche Abhängigkeit hinsichtlich der Qualifizierung der in Deutschland bekannten arbeitnehmerähnlichen Person<sup>965</sup> anerkannt<sup>966</sup>.

##### 5. *Eigene Ansicht: Anerkennung der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit*

De lege lata ist der vorherrschenden Meinung Recht zu geben, wenn sie die wirtschaftliche Abhängigkeit (im weiteren Sinn) als irrelevant betrachtet. Entgegen LOTMAR will der moderne Gesetzgeber nicht nur den sich in einem „proletarischen“ Arbeitsverhältnis<sup>967</sup> befindenden Arbeitnehmer besser schützen. Unterteilt man die wirtschaftliche Abhängigkeit im weiteren Sinn in die wirtschaftliche Unselbstständigkeit und die wirtschaftliche Abhängigkeit im

---

<sup>959</sup> AP Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit; AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit; AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit; HROMADKA, S. 570; vgl. GRIEBELING, S. 1140, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; FRANTZIOCH, S. 57; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 10, mit weiteren Verweisen; sinngemäss LEUCHTEN, Teil 1 A, Rz. 41.

<sup>960</sup> GRIEBELING, S. 1140.

<sup>961</sup> ZEUNER, S. 84.

<sup>962</sup> REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1259.

<sup>963</sup> PREIS § 611 BGB Rn. 79.

<sup>964</sup> HILGER, S. 6.

<sup>965</sup> Dazu hinten § 10 A.

<sup>966</sup> SCHAUB § 8 N 29.

<sup>967</sup> LOTMAR, S. 54.

engeren Sinn, ist entsprechend die wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn (Entgeltabhängigkeit) irrelevant. Es soll nämlich nicht sein, dass ein Millionär als Arbeitnehmer nicht in den Genuss des Arbeitsschutzrechts kommen soll, nur weil er nicht auf das Entgelt zum Lebensunterhalt angewiesen ist. M. E. sollte die wirtschaftliche Abhängigkeit im engeren Sinn (Entgeltabhängigkeit) weiterhin unbeachtlich bleiben. Da hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigen der Frage, ob der Arbeitsleistungserbringer eigenständig (unternehmerisch) seine Arbeitskraft auf dem Markt nutzen kann oder nicht, kein unerhebliches Gewicht zukommt, sollte diese Ausprägung des Kriteriums des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens allgemein anerkannt werden. Gerade in der heutigen postindustriellen Gesellschaft verlieren die „traditionelleren“ Ausprägungen des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens vermehrt an Bedeutung. Die Informationsgesellschaft im digitalen Umfeld „erfordert den Einsatz der Persönlichkeit von Werkträgern schwerpunktmässig im Bereich des Kreativen.“<sup>968</sup> Neue technische Errungenschaften ermöglichen es dem Arbeitnehmer immer öfter, seine kreative Arbeitsleistung örtlich, fachlich, organisatorisch und zeitlich unabhängiger zu erbringen. Das Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehen kommt dann besonders dadurch zum Ausdruck, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht eigenständig auf dem Markt nutzen kann. Die wirtschaftliche Unselbstständigkeit sollte folglich nicht nur als Ausprägung des Kriteriums des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens allgemein anerkannt werden, sondern eine Schlüsselposition erhalten. Die Anerkennung der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit<sup>969</sup> sollte ein modernes kompensatorisches Arbeitsrecht rechtfertigen.

### *C. Bedeutung der Unselbstständigkeit bzw. des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens*

Bald mag die eine Ausprägung des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens, bald mögen einzelne andere Ausprägungen des Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehens oder alle nebeneinander im Vordergrund stehen; sie sind jedoch stets typisch für den Einzelarbeitsvertrag bzw. ein Arbeitsverhältnis<sup>970</sup>. Fehlt die

---

<sup>968</sup> REHBINDER, Aufsatz, S. 26.

<sup>969</sup> REHBINDER verwendet den Ausdruck „wirtschaftliche Abhängigkeit“; REHBINDER, Aufsatz, S. 27.

<sup>970</sup> vgl. BRÜHWILER, N 5 c) zu Art. 319 OR.



Unselbstständigkeit bzw. das Im-Dienste-eines-Arbeitgebers-Stehen, liegt auch kein Arbeitsvertrag vor<sup>971</sup>.

---

<sup>971</sup> Dazu hinten Anhang 1: Fall 29: Fussballtrainer; Fall 73: Verwaltungsrat und Alleinaktionär.

### **3. Kapitel:**

## **Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn**

Bisher wurde erläutert, dass die Lösung der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn dadurch erfolgt, dass ein entsprechendes Vertragsverhältnis als Einzelarbeitsvertrag qualifiziert wird. Folgende Ausführungen setzen sich mit der Lösung der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn auseinander.

### **§ 10 Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf selbstständig Erwerbstätige**

Ausgangslage bildet der erwähnte Umstand, dass der Arbeitnehmerbegriff ein Statusbegriff ist<sup>972</sup>. Wer Arbeitnehmer ist, geniesst den gesamten Schutz des Arbeitsrechts. Wer selbstständig Erwerbstätiger ist, fällt aus diesem Schutz völlig heraus<sup>973</sup>. Diese Ausschliesslichkeit kann zu unbefriedigenden Resultaten führen. Um diese zu verhindern, wird versucht, arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf selbstständige Erwerbstätige anzuwenden<sup>974</sup>. Gemäss der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei solchen Konstellationen um die Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn<sup>975</sup>. Lösungsansätze bieten m. E. die Rechtsinstitute der so genannten arbeitnehmerähnlichen Person sowie Innominatverträge.

#### *A. Arbeitnehmerähnliche Personen*

##### **I. Begriff**

Gemäss schweizerischer Lehre sind arbeitnehmerähnliche Personen solche, die sich auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, der nicht Arbeitsvertrag ist, zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet haben und von ihrem Auftraggeber

---

<sup>972</sup> WANK, S. 47 f.

<sup>973</sup> Vgl. FRANTZIOCH, S. 84; SCHMIDT/SCHWERDTNER, N 1.

<sup>974</sup> Vgl. FRANTZIOCH, S. 85.

<sup>975</sup> Dazu vorne § 1 B.

wirtschaftlich abhängig sind<sup>976</sup>. Gemäss deutscher Lehre sind arbeitnehmerähnliche Personen Dienstleistende, die mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer sind, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Unternehmer sind<sup>977</sup>. Das deutsche Tarifvertragsgesetz enthält ebenfalls eine Definition des Arbeitnehmerähnlichen. Es ist umstritten, ob diese Definition lediglich für den Bereich des Tarifrechts gilt oder eine allgemeine Definition enthält<sup>978</sup>. Da mit der Regelung von § 12 a TVG im Wesentlichen die rechtswissenschaftliche Debatte kodifiziert wurde, kann wohl davon ausgegangen werden, dass für Deutschland diese Definition als die allgemein gültige Definition der arbeitnehmerähnlichen Personen angesehen werden kann<sup>979</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen nicht gebräuchlich.

## *II. Bedeutung*

In der Schweiz hat die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person in der Lehre wenig Anklang gefunden und wurde auch von der Rechtsprechung nicht aufgenommen<sup>980</sup>. Teilweise wird vertreten, dass die arbeitnehmerähnlichen Personen eine Art Zwischenstellung zwischen Arbeitnehmern und selbstständig Erwerbenden einnehmen<sup>981</sup>. Wird die Scheinselbstständigkeit begrifflich entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht weiter unterteilt, ist die Verwendung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person als Synonym<sup>982</sup> strikt abzulehnen. Die arbeitnehmerähnlichen Personen und die

<sup>976</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 65 zu Art. 319 OR; SCHWABE, Frank: Arbeitnehmerähnliche Personen, in: ArbR 1984, S. 57; STÖCKLI, Berner Kommentar, N 63 zu Art. 356 OR; MÜLLER, S. 23; MÜLLER gebraucht diese Definition sowohl für arbeitnehmerähnliche Personen als auch für Scheinselbstständige. Entgegen seiner Annahme handelt es sich bei Scheinselbstständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen nicht um dieselben Rechtsfiguren. Arbeitnehmerähnliche Personen sind stets selbstständig Erwerbstätige; Scheinselbstständige sind dagegen Arbeitnehmer.

<sup>977</sup> SCHAUB § 9 N 1; HANAU/ADOMEIT, S. 156/157 Rdn. 553; eine Übersicht über die Definitionen in der deutschen Rechtsprechung ist bei FRANTZIOCH, S. 88 - 91 zu finden.

<sup>978</sup> SCHAUB § 9 N 1.

<sup>979</sup> FRANTZIOCH, S. 92.

<sup>980</sup> Vgl. HARDER, S. 146; REHBINDER, Berner Kommentar, N 70 zu Art. 319 OR.

<sup>981</sup> STÖCKLI, Berner Kommentar, N 63 zu Art. 356 OR. Diese Ansicht wird hier nicht vertreten.

<sup>982</sup> So scheinbar MÜLLER, S. 21 ff.

Scheinselbstständigen im eigentlichen Sinn sind zwei verschiedene Rechtsfiguren. Bei scheinselbstständigen Personen im eigentlichen Sinn handelt es sich juristisch nämlich nicht um selbstständig Erwerbende, sondern um Arbeitnehmer, für welche die Regelungen des Arbeitsrechts unmittelbar zur Anwendung kommen. Im Gegensatz dazu sind arbeitnehmerähnliche Personen ausdrücklich keine Arbeitnehmer, sondern Selbstständige<sup>983</sup>. Nimmt man die Selbstständigen als Ansatzpunkt, ermöglicht dies noch immer nicht den Gebrauch der arbeitnehmerähnlichen Person als Synonym. Sollten auf einen Scheinselbstständigen im uneigentlichen Sinn arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zur Anwendung kommen, könnte die Anerkennung der arbeitnehmerähnlichen Person ein möglicher Lösungsansatz sein. Nur in diesem schmalen Anwendungsbereich könnte dann die Verwendung der Begriffe Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn und arbeitnehmerähnliche Person als Synonyme toleriert werden.

Weit grössere Bedeutung kommt der arbeitnehmerähnlichen Person in Deutschland zu. Es ist hervorzuheben, dass auch in Deutschland das Arbeitsrecht auf die Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person grundsätzlich nicht anwendbar ist<sup>984</sup>. Mit anderen Worten wird einer bestimmten Gruppe von Arbeitsleistungserbringern gesetzlich eine Schutzbedürftigkeit anerkannt, wodurch diese jedoch nicht zu Arbeitnehmern werden, sondern Selbstständige bleiben<sup>985</sup>. Gemäss deutschem Recht existiert eine gesetzliche Dreiteilung. Jede Umdefinition des Arbeitnehmers, die von einer Zweiteilung ausgeht, ist eine Rechtsfortbildung contra legem und bedürfte deshalb einer entsprechenden Begründung. Diese wurde gemäss HROMADKA bisher von der neuen deutschen Lehre nicht geliefert<sup>986</sup>. HROMADKA erachtet die Dreiteilung als sachgerecht. Gäbe es nur Selbstständige und Arbeitnehmer, dann wäre eine Abgrenzung einfach: Sie wäre entweder danach vorzunehmen, ob eine Tätigkeit am Wirtschaftsmarkt vorliegt oder nicht; in diesen Fällen würden die Arbeitnehmerähnlichen zu den Selbstständigen gezählt, denn auch sie sind Wirtschaftssubjekte. Oder es wäre auf die Schutzbedürftigkeit abzustellen; dann wäre die Möglichkeit, Gewinn zu erzielen, Unterscheidungskriterium<sup>987</sup>.

Nachdem die erwähnte Einfachheit der Zweiteilung in der Schweiz besteht, ist m. E. daran nichts zu ändern. Der Lösungsansatz für die

---

<sup>983</sup> Vgl. GERBER, S. 14; a. M. KRAMER, S. 71.

<sup>984</sup> SCHAUB § 9 N 4, mit Ausführungen bezüglich der anwendbaren gesetzlichen Regelungen; ZÖLLNER/LORITZ, S. 55.

<sup>985</sup> GRIEBELING, S. 1139.

<sup>986</sup> HROMADKA, S. 576.

<sup>987</sup> HROMADKA, S. 575.

Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn ist daher aus schweizerischer Sicht woanders zu suchen.

## *B. Innominatverträge*

### **I. Einleitung**

Unter dem Blickwinkel der Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts ist immer zuerst zu prüfen, ob ein Arbeitsvertrag oder ein anderes Vertragsverhältnis<sup>988</sup> vorliegt. Nur im letzten Fall stellt sich überhaupt die Frage, ob die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts anwendbar sind oder nicht<sup>989</sup>. Ein solches anderes Vertragsverhältnis kann insbesondere ein Innominatvertrag sein.

### **II. Vertragsarten**

Hinsichtlich der Arten der Innominatverträge ist zwischen gemischten Verträgen und Verträgen eigener Art zu unterscheiden. Oft werden zusätzliche Abgrenzungen zu zusammengesetzten Verträgen im Zusammenhang mit Innominatverträgen durchgeführt.

#### *1. Gemischte Verträge*

Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener gesetzlich geregelter und gesetzlich nicht geregelter Vertragstypen kombiniert werden. Die Elemente müssen dabei in solcher Weise gemischt sein, dass es nicht angeht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen<sup>990</sup>.

Gemischte Verträge kommen in verschiedenen Ausprägungen vor: *Kombinationsverträge* verpflichten eine Partei zu mehreren Hauptleistungen,

---

<sup>988</sup> Gemäss der hier vertretenen Ansicht, dass zwischen der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen und im uneigentlichen Sinn zu unterscheiden ist, lässt sich dieselbe Aussage wie folgt umformulieren: „Unter dem Blickwinkel der Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts im Bereich der Scheinselbstständigkeit ist immer zuerst zu prüfen, ob eine Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn oder im uneigentlichen Sinn vorliegt.“

<sup>989</sup> GEISER, S. 64.

<sup>990</sup> SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 7 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR, mit weiteren Verweisen.

die je verschiedenen Vertragstypen entstammen. *Doppeltypische Verträge* verpflichten die Parteien zum Austausch von Hauptleistungen, die verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind. *Verträge mit Typenverschmelzung* verpflichten die eine oder beide Parteien zu Hauptleistungen homogener Struktur, die funktional verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind<sup>991</sup>.

## 2. *Verträge eigener Art*

Verträge eigener Art<sup>992</sup> sind solche, die weder gesetzlich geregelt sind noch als gemischte Verträge verstanden werden können. Entscheidend ist, dass sie sich zu einer besonderen inneren Einheit fügen und nicht bloss eine eigenständige Mischung von Elementen aus gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen darstellen<sup>993</sup>.

## 3. *Zusammengesetzte Verträge*

Bei zusammengesetzten Verträgen handelt es sich um Verknüpfungen einheitlicher Verträge in der Weise, dass sie sich wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Entscheidend ist, dass zwischen den einzelnen Verträgen eine innere Bindung bzw. ein innerer Zusammenhang besteht. Der zusammengesetzte Vertrag ist kein Innominatvertrag, sondern eine Innominatfigur<sup>994</sup>.

# III. **Anerkennung von Innominatverträgen im Bereich von Verträgen auf Arbeitsleistung**

Im Zusammenhang mit den Innominatverträgen stellt sich die Frage, ob neben den gesetzlich geregelten Vertragsarten weitere Verträge auf Arbeitsleistung möglich sind. In der Schweiz hat das Bundesgericht unter Bezugnahme auf Art.

---

<sup>991</sup> SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 8 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR

<sup>992</sup> Oft Verträge *sui iuris, sui generis* genannt; dazu hinten Anhang 1, Fall 46: Management-Vertrag.

<sup>993</sup> Vgl. SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 9 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR, mit weiteren Verweisen; dazu hinten Anhang 1: Fall 4: Alleinvertrieb von Gummimatten; Fall 5: Alleinverkauf von Nähmaschinen.

<sup>994</sup> Vgl. SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 10 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR, mit weiteren Verweisen.

394 Abs. 2 OR in seiner älteren Rechtsprechung die Frage vorerst verneint<sup>995</sup>, danach aber bejaht<sup>996</sup>. Zunächst wurden gemischte Verträge auf Arbeitsleistung als zulässig erklärt<sup>997</sup>. „Schliesslich interpretierte das Bundesgericht in diesen Entscheid die Zulässigkeit eines Vertrages sui generis<sup>998</sup>. Die schweizerische Lehre ist dieser Meinung gefolgt“.<sup>999</sup> Die Annahme, Art. 394 Abs. 2 OR begründe einen Typenzwang innerhalb der Arbeitsobligationen, würde im schweizerischen Obligationenrecht einen Fremdkörper darstellen. Entsprechend der Freiheit der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages gemäss Art. 19 Abs. 1 OR ist folglich davon auszugehen, dass im Schuldrecht kein Typenzwang herrscht und somit sowohl Verträge sui generis wie auch gemischte Verträge zulässig sind. Es ist jedoch zu beachten, dass, wo die Merkmale eines Arbeitsvertrages gegeben sind, für einen Arbeitsvertrag sui generis, der zur Ausschaltung zwingender Schutznormen des Arbeitsvertragsrechts führen könnte, kein Platz ist<sup>1000</sup>.

#### **IV. Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen**

Mit der Anerkennung von gemischten Verträgen und Verträgen sui generis ist noch nicht entschieden, ob einzelne zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts auf nicht geregelte Vertragsarten anzuwenden sind<sup>1001</sup>. Die zwingenden Bestimmungen gelten in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB für einen Innominatvertrag einerseits, wenn die Parteien diesen bloss gewählt haben, um den zwingenden Regeln zu entgehen. Die entsprechende zwingende Norm wird regelmässig analog angewendet<sup>1002</sup>. Obwohl das Arbeitsvertragsrecht selber nicht nach seiner Wirkung fragt, sind seine zwingenden Bestimmungen andererseits nur auf diejenigen Innominatverträge anwendbar, bei denen ein wirtschaftliches und persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Dienstleistungserbringers vorliegt<sup>1003</sup>.

---

<sup>995</sup> BGE 98 II 310 E.3; BGE 104 II 110 f., BGE 106 II 159; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl: FELLMANN, Berner Kommentar, N 284 ff. zu Art. 394 OR.

<sup>996</sup> BGE 109 II 465 f.; BGE 112 II 46.

<sup>997</sup> BGE 109 II 465 f., Mischung von Auftrag und Werkvertrag.

<sup>998</sup> BGE 112 II 46; BGE 118 II 163 ff.; vgl. VISCHER, S. 36, mit weiteren Verweisen.

<sup>999</sup> GEISER, S. 61, mit weiteren Verweisen.

<sup>1000</sup> VISCHER, S. 36/37.

<sup>1001</sup> GEISER, S. 61/62.

<sup>1002</sup> GEISER, S. 63; vgl. VISCHER, S. 5, mit weiteren Verweisen.

<sup>1003</sup> GEISER, S. 64. Ein Anwendungsfall kann ein Franchisevertrag sein. Dazu hinten Anhang 1, Fall 62: Schönheitszentrum.

## **V. Bevorzugter Lösungsansatz**

Durch die Anerkennung der gemischten Verträge und der Verträge sui generis hinsichtlich Verträgen auf Arbeitsleistung hat das Bundesgericht für die Schweiz in geradezu idealer Weise die Tür geöffnet, um auf diesem Weg das Problem der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn zu lösen. Dadurch werden Konstruktionen wie der von HARDER vorgeschlagene Verhaltenskodex<sup>1004</sup> überflüssig. Ebenso kann so vermieden werden, dass die systematisch eher als Fremdkörper zu bezeichnende arbeitnehmerähnliche Person in der Schweiz eingeführt werden müsste, wodurch die Einfachheit der Zweiteilung<sup>1005</sup> verloren ginge. Mit aller Deutlichkeit ist aber wiederholt an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Innominatkontrakte lediglich für die Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn den hier als ideal bezeichneten Lösungsansatz bietet. Hinsichtlich der Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn genügt das geltende schweizerische Arbeitsrecht, sofern die Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn auf Grund der erwähnten fünf Kriterien sowie der Ausprägungen des fünften Kriteriums korrekt als Arbeitsverhältnis qualifiziert wird<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> Dazu vorne § 1 B.

<sup>1005</sup> Dazu vorne § 4.

<sup>1006</sup> Dazu vorne 2. Kapitel.



## § 11 Exkurs: Gesetz zur Scheinselbstständigkeit

### A. Gesetz und Revision

Seit 1. Januar 1999 gelten in Deutschland gesetzliche Regelungen für die Scheinselbstständigkeit. Sie wurden zunächst durch das Gesetz betreffend Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998<sup>1007</sup> eingeführt. Dabei wurde insbesondere in § 7 Abs. 4 SGB IV der Begriff der Beschäftigung ergänzt, um den Missbrauch der Scheinselbstständigkeit in allen Zweigen der Sozialversicherung zu bekämpfen<sup>1008</sup>. Insbesondere dieser Sachbereich war so sehr umstritten, dass die Bundesregierung im April 1999 eine Kommission Scheinselbstständigkeit bildete<sup>1009</sup>. Die Kommission erkannte, dass eine sich verbreiternde Grauzone besteht, weil sich die Arbeitswelt in einem starken Wandlungsprozess befindet und viele untypische Formen der Zusammenarbeit entstehen, die sich nur schwer zuordnen lassen<sup>1010</sup>. Diese Grauzone lässt rechtsfreie Räume wachsen und erleichtert bewusst Gesetzesumgehungen<sup>1011</sup>. Die Kommission kommentierte das Korrekturgesetz allein aus dem Blickwinkel des Sozialversicherungsrechts. Die Sozialversicherungspflicht ist eine der fundamentalsten Pflichten des modernen Sozialstaats. Sie garantiert die Gewährung existentiell notwendiger Leistungen und sozialer Sicherheit. Jedes Vollzugsdefizit bei der Sozialversicherungspflicht führt zu Wettbewerbsverzerrungen und Störungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts<sup>1012</sup>. Aus diesen Gründen sah die Kommission den Ansatz des Korrekturgesetzes als sachgerecht an. Teilweise auf Grund von Kritik der Kommission am Korrekturgesetz und ihren Vorschläge wurde vom Bundestag am 12. November 1999 das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit beschlossen, durch das insbesondere § 7 Abs. 4 SGB IV erneut revidiert wurde.

---

<sup>1007</sup> BGBl. 1998 I 3843. Das Gesetz wird auch *Korrekturgesetz* genannt, vgl. ZWISCHENBERICHT, S. 1146.

<sup>1008</sup> BT-Drucksache 14/45 vom 17.11.1998, S. 15.

<sup>1009</sup> Vgl. Vorschläge der Kommission „Scheinselbstständigkeit“, in: NZA 1999, S. 1145.

<sup>1010</sup> ZWISCHENBERICHT, S. 1145.

<sup>1011</sup> ZWISCHENBERICHT, S. 1146.

<sup>1012</sup> ZWISCHENBERICHT, S. 1146.

Das Gesetz ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten, weitestgehend<sup>1013</sup> mit rückwirkender Geltung ab 1. Januar 1999.

Obwohl dieses Gesetz regelmässig in der Diskussion um die Scheinselbstständigkeit erwähnt wird, wird der Begriff der Scheinselbstständigkeit in den Gesetzesartikeln interessanterweise weder erwähnt noch definiert<sup>1014</sup>.

## B. Geltungsbereich

Gemäss § 1 Abs. 1 SGB IV gelten die Vorschriften des Gesetzes ausdrücklich nur für die dort aufgezählten sozialrechtlichen Versicherungszweige. Zwar gibt es im SGB Normen mit arbeitsrechtlicher Wirkung<sup>1015</sup>. Letztere ist jedoch jeweils aus dem ausdrücklichen Wortlaut ersichtlich. Ein solcher Wortlaut fehlt in § 7 SGB IV. Die Benutzung des rein sozialversicherungsrechtlichen Begriffes *Beschäftigung* anstelle des Begriffes *Arbeitsverhältnis* spricht ebenfalls gegen eine arbeitsrechtliche Wirkung. Der sozialversicherungsrechtliche Begriff „Beschäftigung“ ist zudem weiter gehend als der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitsverhältnisses, wie aus der Wortwahl *insbesondere* in § 7 Abs. 1 SGB IV hervorgeht<sup>1016</sup>. Schliesslich scheitert die Übertragung der neuen sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzungskriterien auf den Arbeitnehmerbegriff *de lege lata* an der gesetzlichen Systematik von § 84 HGB, bei der auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber und nicht auf wirtschaftliche Kriterien abgestellt wird<sup>1017</sup>.

Zumindest in der Lehre<sup>1018</sup> wird davon ausgegangen, dass mit der gesetzlichen Neuregelung des § 7 SGB VI keine Neudefinition des bisherigen Arbeitnehmerbegriffs verbunden ist<sup>1019</sup>. Allerdings sind die in das SGB aufgenommenen Regelungen bisher von der Rechtsprechung auch für die

---

<sup>1013</sup> Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Neuregelung blieb § 7 IV 1 Nr. 1 SGB IV bis 31. März 2000 in der vorherigen Form in Kraft.

<sup>1014</sup> Vgl. DÖRNER/BAECK, S. 1137.

<sup>1015</sup> Z.B. § 41 Abs. 4 SGB VI.

<sup>1016</sup> LEUCHTEN/ZIMMER, S. 381.

<sup>1017</sup> Vgl. HOHMEISTER, Scheinselbstständige, S. 338; GORETZKI/HOHMEISTER, S. 636; vgl. HROMADKA/MASCHMANN § 1 N 40.

<sup>1018</sup> Vgl. BAUER/DILLER/LORENZEN, S. 169; BUCHNER, S. 146; LEUCHTEN/ZIMMER, S. 381 f.; REISERER, Schluss, S. 368; HOHMEISTER, Scheinselbstständige, S. 338; SCHIEFER, S. 48; GORETZKI/HOHMEISTER, S. 636; HROMADKA, S. 569; GRIEBELING, S. 1137; WEIMAR/GOEBEL, S. 222; LÖWISCH § 1 Rn. 5.

<sup>1019</sup> Vgl. RICHARDI/WLOTZKE § 24 Rn. 11; vgl. BROX/RÜTHERS, S. 17 Rdnr. 20.

arbeitsrechtliche Abgrenzung in Einzelfällen herangezogen worden. Dies geschah insbesondere, wenn es im Rahmen der Gesamtabwägung darum ging, den Leitbegriff der persönlichen Abhängigkeit näher einzugrenzen<sup>1020</sup>. Trotz der grundsätzlichen Betonung der Eigenständigkeit der jeweiligen Rechtsgebiete hat sich die Rechtsprechung der Fachgerichte in der Vergangenheit so weit angenähert, dass der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers mit dem sozialversicherungsrechtlichen Begriff des Beschäftigten als letztlich identisch beurteilt wurde<sup>1021</sup>. HENRICI ist der Ansicht, dass die drei Kriterien persönlicher Abhängigkeit in § 7 Abs. 4 Satz 2 SGB IV Nr. 1, 3 und 5 als gemeinsamer Nenner des Arbeitnehmer- wie des Beschäftigtenbegriffs<sup>1022</sup> auch im Arbeitsrecht angewendet werden sollten<sup>1023</sup>. Dem ist m. E. auf Grund der Rechtssicherheit zuzustimmen<sup>1024</sup>. Zudem wird faktisch mancher Arbeitsrichter geneigt sein, die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen, wenn sozialversicherungsrechtlich die Vermutung des § 7 Abs. 4 SGB IV greift<sup>1025</sup>. Immerhin darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Aufgreifkriterien des § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV nur als Grundlage des Vermutungstatbestandes konzipiert sind und den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses nicht ändern wollen<sup>1026</sup>. Jedenfalls könnte m. E. bei Vorliegen der in § 7 Abs. 4 Satz 2 SGB IV Nr. 1, 3 und 5 genannten Kriterien im Sinne einer arbeitsrechtlichen Vermutung für die Bejahung der persönlichen Abhängigkeit für den Arbeitsleistungserbringer der Vorteil resultieren, dass nun der Arbeitgeber seinerseits mittels der übrigen Bestimmungsgründe für die Arbeitnehmereigenschaft unter Bezug auf die Tatsachen des Einzelfalles den Gegenbeweis erbringen müsste<sup>1027</sup>. Von Seiten der Justiz könnte eine Anwendung der Vermutungsregel wahrscheinlich werden<sup>1028</sup>, obwohl sie der Gesetzgeber auf das Sozialrecht beschränkt<sup>1029</sup>. Die Bedeutung einer solchen arbeitsrechtlichen Vermutungsregel darf jedoch nicht überschätzt werden. Für den grösseren Teil der Fälle wird sich m. E. nicht ohne weiteres das Vorliegen

---

<sup>1020</sup> GORETZKI/HOHMEISTER, S. 637.

<sup>1021</sup> OBERTHÜR/LOHR, S. 130.

<sup>1022</sup> HENRICI, S. 219.

<sup>1023</sup> HENRICI, S. 214.

<sup>1024</sup> Vgl. PAPIER, S. 6.

<sup>1025</sup> BAUER/DILLER/LORENZEN, S. 174.

<sup>1026</sup> WEIMAR/GOEBEL, S. 222; vgl. PAPIER, S. 6.

<sup>1027</sup> HENRICI, S. 216; vgl. OBERTHÜR/LOHR, S. 130.

<sup>1028</sup> WEIMAR/GOEBEL, S. 222.

<sup>1029</sup> PAPIER, S. 6.

der drei Tatbestandsmerkmale durch den Arbeitsleistungserbringer nachweisen lassen<sup>1030</sup>.

### *C. Bedeutung*

Nachdem sich der Geltungsbereich des SGB IV in Deutschland schliesslich nur auf das Sozialversicherungsrecht reduziert, ist die Bedeutung dieses Gesetzes wohl eher gering. Obwohl die Lösung der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn durchaus gesetzlich verankert werden könnte, besteht aus schweizerischer Sicht m. E. gegenwärtig wohl kaum Handlungsbedarf, ein entsprechendes Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit nach deutschem Muster zu erlassen.

---

<sup>1030</sup> HENRICI, S. 216.

## **Zusammenfassung**

Das schweizerische Rechtssystem basiert auf einem dualen Modell hinsichtlich der entgeltlichen Erwerbstätigkeit. Danach erbringt jemand eine Arbeitsleistung entweder im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages oder als Selbstständiger. Die Scheinselbstständigkeit begründet keine eigenständige dritte Rechtsfigur, wie sie beispielsweise die arbeitnehmerähnliche Person in Deutschland darstellt. Folglich handelt es sich beim Begriff der Scheinselbstständigkeit auch nicht um einen Rechtsbegriff, der eine angebliche Grauzone zwischen einem Vertrag auf selbstständige Erwerbstätigkeit und dem Einzelarbeitsvertrag beschreibt. Nichtsdestotrotz wird anerkannt, dass es sich bei der Diskussion um die Scheinselbstständigkeit um ein ernst zu nehmendes Phänomen handelt. Um dieses zu entmystifizieren, wird zunächst zwischen der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn und der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn unterschieden.

Bei der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn liegt bei genauerer Betrachtung stets ein Einzelarbeitsvertrag vor. Diesen zu erkennen, kann durchaus im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Als Lösungsansatz werden, ausgehend von der Legaldefinition von Art. 319 Abs. 1 OR, fünf Qualifikationskriterien identifiziert: (1) privatrechtlicher Schuldvertrag, (2) Leistung von Arbeit, (3) gegenseitiges Dauerschuldverhältnis, (4) Entgeltlichkeit und (5) Unselbstständigkeit (im Dienst des Arbeitgebers). Diese fünf Kriterien müssen kumulativ gegeben sein, damit ein Einzelarbeitsvertrag vorliegt. Die Kriterien sind auf Grund verschiedener Erscheinungsformen zu erkennen. Um insbesondere den entsprechenden Katalog der Erscheinungsformen anzureichern und zu legitimieren, wurde bei der vorliegenden Abhandlung auf die Rechtsordnungen der Schweiz, von Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika zurückgegriffen. Dabei wurden ferner hinsichtlich des 5. Kriteriums sechs Ausprägungen dargestellt, die wiederum in unterschiedlichen Erscheinungsformen zu erkennen sind. Bei sämtlichen Erscheinungsformen handelt es sich um beispielhafte und damit nicht abschliessende Aufzählungen, die sich insbesondere auf Grund der Rechtsentwicklung verändern können und sollen.

Bei der Scheinselbstständigkeit im uneigentlichen Sinn bzw. der Arbeitnehmerähnlichkeit liegt stets eine selbstständige Erwerbstätigkeit vor. Um im Einzelfall dennoch in den Vorzug des Schutzes des Arbeitsrechts zu gelangen, ist der Weg über die Innominatkontrakte zu wählen.

## Anhang 1: Schweizerische Rechtsprechung

Nachfolgend wird zur Veranschaulichung der Qualifizierungsprobleme der entsprechenden Verträge auf Arbeitsleistung hinsichtlich der Lösung der Scheinselbstständigkeit im eigentlichen Sinn eine Auswahl der schweizerischen Rechtsprechung, alphabetisch nach Berufen gegliedert, zusammengefasst dargestellt<sup>1031</sup>.

### Fall 1: Agenturvertrag

Die Parteien schlossen am 2./3. November 1988 einen „Agenturvertrag“ ab. Dieser sah insbesondere die Alleinvertretung durch den Kläger vor. Der Kläger hatte im Namen und auf Rechnung der Beklagten aufzutreten. Die Beklagte mietete für den Kläger Büroräume, liess auf ihre Kosten einen Telefonanschluss installieren und bezahlte in der Folge die laufenden Telefonkosten. Nebst einer geringen Provision erhielt der Kläger ein Spesenfixum. Der von den Parteien als Agenturvertrag betitelte Vertrag sah unter anderem vor, dass der Agent für niemand anderen tätig sein durfte. Der Beklagte übernahm die Abrechnung der AHV, die Regelung der Lohnausfallversicherung und der Pensionskasse. Dem Agenten wurde eine Sortimentsbeschränkung auferlegt. Er konnte aber seine Arbeitszeit frei einteilen. Das Gericht bemerkte, dass sich die Argumente für oder gegen das Vorliegen des einen oder anderen Vertragsverhältnisses etwa die Waage hielten. Es entschied sich schliesslich für das Vorliegen eines *Arbeitsvertrages*<sup>1032</sup>.

### Fall 2: Akquisiteurin für Werbebüro

S. war als Akquisiteurin für das Werbebüro von N. tätig. Dabei war S. eine freie Mitarbeiterin, die ihre Arbeitszeiten selber wählen konnte. Sie konnte selber entscheiden, ob sie überhaupt arbeiten wollte, wie und wann oder ob gar nicht. Auch in der Wahl ihrer Ferien war sie völlig frei. Sie wurde bloss entschädigt, wenn sie ihren Arbeitserfolg ablieferte, sonst nicht. Sie hatte im Geschäftslokal

---

<sup>1031</sup> Ähnliche Zusammenstellungen hinsichtlich der deutschen Rechtsprechung sind zu finden in: HUNOLD, Rechtsprechungsreport, S. 506-510; REISERER, Scheinselbstständigkeit, S. 1260-1202; PREIS § 611 BGB Rn. 94 ff.

<sup>1032</sup> Appellationshof Bern, Urteil vom 15. August 1989, in: Jahresbericht 1990, S. 30 ff. = JAR 1992, S. 105 - 107.

von N. keinen Arbeitsplatz. Sie musste nicht abrechnen und keine Rechenschaft ablegen über ihre Arbeitsleistungen. Dass S. bei den Entschädigungen jeweils BVG-Beiträge und AHV/IV/EO-Beiträge abgezogen wurden, sei ohne Belang. Beide Gerichtsinstanzen erkannten, dass kein Arbeitsvertragsverhältnis, sondern ein *Agenturvertrag* vorlag<sup>1033</sup>.

### Fall 3: Alleinunterhalter

Die B. engagierte mittels eines schriftlichen „Engagement-Vertrags“ den K. für die Zeit von einem Monat als Alleinunterhalter in einer Casino-Bar. Gemäss diesem Vertrag hatte der K. eine bestimmte Arbeitszeit einzuhalten. Es war eine fixe Entschädigung (Lohn) von CHF 210.00 pro Tag vereinbart worden. K. hatte nicht selbst bestimmend, sondern in einer betrieblichen Unterordnung nach den Anordnungen und Weisungen der B. zu arbeiten. Das Gericht qualifizierte den Engagement-Vertrag als *Einzelarbeitsvertrag* gemäss Art. 319 OR<sup>1034</sup>.

### Fall 4: Alleinvertrieb von Gummimatten

Gegenstand eines so genannten Gummimatten-Vertrages vom 23. März 1931 war die Übertragung eines Alleinvertriebsrechtes für Gummimatten. Der Vertrag enthielt die Verpflichtung des Klägers zur Abnahme von 15'000 Gummimatten während des ersten Jahres innerhalb der Vertragsdauer von drei Jahren. Gleichzeitig hatte der Beklagte darauf zu verzichten, auch an andere Interessenten zu verkaufen. Der Kläger hatte den Vertrieb der Gummimatten auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorzunehmen. Er trat der Beklagten gegenüber als Käufer auf und bestimmte den Preis für den Weiterverkauf selber.

Das Bundesgericht qualifizierte den Vertrag als *Vertrag eigener Art*, der im Allgemeinen den Regeln über den Auftrag zu unterstellen ist. Wo es sich allerdings als notwendig erweist, sind Rechtssätze anderer Vertragstypen heranzuziehen und analog anzuwenden, wie insbesondere die Bestimmungen des Dienstvertragsrechtes<sup>1035</sup>.

---

<sup>1033</sup> Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 26. Oktober 1998, Nr. U/O/LA980011, nicht veröffentlicht (Bestätigung des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, Urteil vom 17. Dezember 1997, Nr. U/AN950358, nicht veröffentlicht).

<sup>1034</sup> Arbeitsgericht Obwalden, Urteil vom 10. Mai 1993, in: JAR 1994, S. 187 ff.

<sup>1035</sup> BGE 60 II 335 f.

## Fall 5: Alleinverkauf von Nähmaschinen

Die Firma Brütsch & Co., Generalvertreterin der „Bernina“-Nähmaschinen, übertrug 1933 dem Bachmann als Untervertreter den Alleinverkauf für den Bezirk Zürich. Nach den getroffenen Vereinbarungen hatte Bachmann die Maschinen von Brütsch & Co. zu beziehen und innert 60 Tagen netto zu bezahlen. Das Bundesgericht qualifizierte den Vertrag als *Alleinvertretungsvertrag* und damit als *Vertrag eigener Art*.

Vertragsinhalt war die Überlassung des Verkaufs im Vertragsgebiet. Es wurde eine Unterlassungspflicht des Lieferanten begründet. Dem Vertreter kam einerseits die Pflicht zur Förderung des Absatzes der Ware in dem ihm vorbehaltenen Gebiet zu. Andererseits bestanden das Recht und die Pflicht des Lieferanten zur Warenlieferung und die Pflicht des Vertreters zur Abnahme der Ware und zur Bezahlung des Warenpreises. Der Vertreter ist selbstständiger Kaufmann, der sein Geschäft nach eigenem Gutdünken betreibt und lediglich die Ware von seinem Vertragspartner kauft und insbesondere im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kauft und verkauft. Demgegenüber vermittelt der Agent entweder Geschäfte für den Auftraggeber (Vermittlungsagent) oder schliesst diese als Abschlussagent im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers ab<sup>1036</sup>.

## Fall 6: Architekt

Im grundsätzlichen Entscheid BGE 63 II 176 ff. vertrat das Bundesgericht die Ansicht, dass die Herstellung von Skizzen und Bauprojekten sowie von Ausführungs- und Detailplänen in der Regel den Vorschriften des Werkvertrages unterstehen. Die Aufstellung von Kostenvoranschlägen, die Vergabe der Arbeiten und die Oberaufsicht sind regelmässig eher Gegenstand eines gewöhnlichen Auftrages, wenn nicht ausnahmsweise eine besonders enge persönliche Beziehung zwischen dem Bauherrn und dem Architekten im Sinne eines ausgesprochenen Unterordnungsverhältnisses die Anwendung des Dienstvertragsrechtes nahe legt. Werden aber alle Aufgaben einem Architekten übertragen, so rechtfertigt es sich nicht, auf den wertmässigen Hauptteil (Ausarbeitung der Skizzen, des Bauprojektes, der Ausführungs- und Detailpläne) abzustellen und das ganze Rechtsverhältnis als Werkvertrag zu würdigen. Damit würde ein nicht unwesentlicher Teil der Tätigkeit des Architekten in eine Vertragsform gedrängt, mit der sie nichts verbindet.

---

<sup>1036</sup> BGE 78 II 32 ff.



Unterstellt man dagegen das ganze Rechtsverhältnis den Vorschriften des Auftrages, mit der Einschränkung, dass nötigenfalls die Vorschriften des Werkvertrages hilfsweise herangezogen werden, so wird den Verhältnissen nach keiner Richtung Zwang angetan<sup>1037</sup>.

In BGE 98 II 305 ff. änderte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung dahin gehend, dass der Architektenvertrag vorbehaltlos den Bestimmungen des *Auftrages* untersteht.

## Fall 7: Ärztebesuchervertrag

Vom 1. Juni 1966 bis 31. Mai 1987 war F. als Ärztebesucher für R. tätig. Die Parteien schlossen zunächst einen schriftlichen Arbeitsvertrag ab. Am 10. Oktober 1980 kam es zum Abschluss eines neuen, schriftlichen Vertrages, welcher als „Agenturvertrag“ bezeichnet wurde. Darin verpflichtete sich F., wie bis anhin Ärzte und Spitäler zu besuchen. Als Entgelt wurde neu ein fester Betrag pro Besuch festgelegt. Zuvor hatte F. ein fixes monatliches Grundgehalt zuzüglich Umsatzprovision und Spesen bezogen. Sodann wurde neu vereinbart, dass F. für die Sozialversicherungsbeiträge sowie für die Krankenversicherung selbst aufzukommen habe. Ab September 1984 wurde die Entschädigungsregel wiederum zu einer festen monatlichen Entschädigung zuzüglich Spesen revidiert. F. hatte monatlich eine Honorarnote erstellt. Er hatte mit der AHV, der Unfall- und Krankenversicherung sowie der Pensionskasse selbst abgerechnet und die entsprechenden Prämien selbst bezahlt. R. war ebenfalls bei den Steuerbehörden als selbstständig Erwerbender registriert. Hinsichtlich der Vertragsqualifizierung stellte das Gericht fest, dass ein ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers tätiger Handelsreisender in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht oft ebenso frei und selbstständig wie ein Agent sei. Indizien für das Vorliegen einer selbstständigen Arbeitsorganisation eines Agenten sind insbesondere ein eigenes Geschäftslokal, die Möglichkeit zur Anstellung von Hilfspersonen, eigene Reklame, der selbstständige Eintrag im Handelsregister, eigenes Geschäftspapier, eine entsprechende Steuerdeklaration, Versicherungsschutz nur auf Grund eigener Verträge, keine Übernahme von Sozialleistungen und Spesen durch den Vertragspartner etc. Wesentliche Bedeutung kommt der Freiheit bei der Arbeitseinteilung und der Arbeitszeitgestaltung sowie der Überwachung durch Berichterstattungspflicht über Kundenbesuche zu. Nicht ausser Acht gelassen werden darf ebenso der

---

<sup>1037</sup> Das Bundesgericht hat an dieser Rechtsprechung in BGE 64 II 10 und BGE 89 II 406 f. festgehalten; vgl. BGE 98 II 310 E.3.

Parteiwille. Diesem kommt unter anderem dort Bedeutung zu, wo sich auf Grund der objektiven Merkmale des Verhältnisses keine eindeutige Subsumtion ergibt<sup>1038</sup>. Der Vergleich zwischen dem ursprünglichen Arbeitsvertrag und dem neuen *Agenturvertrag* zeigt, dass die Parteien bewusst eine rechtliche Neuordnung ihres Verhältnisses gewollt und den alten Arbeitsvertrag bewusst aufgehoben haben. Auch wenn F. weiterhin an gewisse fachliche Weisungen von R. gebunden war und über seine Besuchstätigkeit Berichte erstatten musste, so waren diese Vorschriften doch nicht derart einengend, dass von einer starken organisatorischen und persönlichen Abhängigkeit von F. oder einer zeitlichen Fremdbestimmtheit seiner Arbeit gesprochen werden konnte. So qualifizierte das Gericht den Vertrag nicht mehr als Arbeitsvertrag, obwohl sich an der Vertragserfüllung seit dem 1. Oktober 1980 tatsächlich nichts geändert hatte. Insbesondere fachliche Weisungen und Vorschriften zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers sind ebenso agentur- oder auftragstypische Vertragselemente, wie sie Elemente des Arbeitsvertrages bilden. Der Unterschied zwischen diesen Verträgen mit Bezug auf das Weisungsrecht ist lediglich ein quantitativer. Erst wenn dem Dienstleistungsnehmer derart viele und einengende Vorschriften gemacht werden, dass ihm kein persönlicher Gestaltungsraum mehr verbleibt, ist eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Dienstleistungsgebers in persönlicher Hinsicht und damit ein Arbeitsvertrag anzunehmen. Eine solch intensive Weisungsgebundenheit substantiierte F. im vorliegenden Fall jedoch nicht<sup>1039</sup>.

## Fall 8: Arzt mit 60 Prozent-Pensum

Das Gericht stellte fest, dass wegen ihres hohen Fachwissens die Angehörigen freier Berufe in der Ausgestaltung ihrer Arbeit mehr oder weniger frei verfügen, weshalb ein Unterordnungsverhältnis hier oft nicht klar in Erscheinung tritt. Daher kommt dem Kriterium der betrieblichen Einordnung wesentliche Bedeutung zu. Wer als Arzt (Anwalt, Architekt usw.) ausschliesslich in den Diensten einer Unternehmung steht, dort in den Betrieb integriert ist und laufend Arbeiten zugeteilt erhält, steht in einem Arbeitsverhältnis. Dagegen liegt ein Auftragsverhältnis vor, wenn ein selbstständiger Arzt für eine

---

<sup>1038</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 28. März 1983, in: JAR 1984, S. 293 f.; Obergericht Zürich, Urteil vom 21. Januar 1988, Nr. 87012, nicht veröffentlicht.

<sup>1039</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Zirkulationsbeschluss vom 6. März 1990, Nr. 10-429/1989; nicht veröffentlicht.

Unternehmung regelmässig Untersuchungen durchführt. Im konkreten Fall entschied das Gericht, dass die betriebliche Einordnung, das vereinbarte Pensum von 60% sowie die vereinbarten Arbeitszeiten und der ausbezahlte, monatlich gleich bleibende Lohn für ein *Arbeitsverhältnis* und gegen einen Auftrag sprechen. Hinsichtlich der Einholung einer Praxisbewilligung erachtete das Gericht, dass diese keine Rückschlüsse zulässt, ob die bewilligte Tätigkeit selbstständig im Rahmen einer eigenen Praxis ausgeübt wird oder in unselbstständiger Stellung innerhalb des Betriebes<sup>1040</sup>.

## Fall 9: Arztvisiten im Alterspflegeheim

Zwei Ärzte führten je eine private Arztpraxis. Daneben hatten sie sich in einer Vereinbarung mit der Leitung eines Alterspflegeheimes verpflichtet, dort regelmässig Dienst zu leisten. Dabei waren sie für die medizinische Betreuung der Patienten und Angestellten des Alterspflegeheimes verantwortlich. Sie hatten die Ein- und Austrittsuntersuchungen durchzuführen, die Arztzeugnisse und Aufnahmegesuche zu begutachten und Therapien zu verordnen. Die Ärzte hatten ihre Stellvertretung lückenlos zu gewährleisten und den Notfalldienst zu organisieren. Ihre Tätigkeit bedingte eine enge Zusammenarbeit mit dem Heimpersonal. Darin sah das Gericht die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Alterspflegeheimes bzw. die organisatorische Unterordnung als gegeben. Die Anzahl der Arztvisiten richtete sich nach den Bedürfnissen des Alterspflegeheimes, wobei ein bestimmter Stundenplan einzuhalten war. Die Vereinbarung konnte beidseitig mit einer Frist von 12 Monaten gekündigt werden. Auf Grund des Interesses einer langfristigen Bindung sah das Gericht das zeitliche Moment als Indiz für die arbeitsvertragliche Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation als erfüllt an. Für ihre Tätigkeit wurden die Ärzte nach einem Stundensatz entschädigt. Sie stellten hierfür monatlich Rechnung an die Heimverwaltung. Die Bezahlung erfolgte ohne Abzug von AHV-Beiträgen. Trotz dieser letzten beiden Tatsachen erkannte das Gericht auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1041</sup>.

---

<sup>1040</sup> Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 18. Dezember 2000 (teilweise Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 9. Dezember 1999), in: JAR 2001, S. 138 ff.

<sup>1041</sup> Vgl. Appellationshof Bern, Urteil vom 30. März 1988, in: JAR 1989, S. 91 ff.; dieses Urteil zeigt im Originaltext eindrucklich, wie schwer sich die Gerichte tun, die einzelnen Abgrenzungskriterien in systematisch klarer Abfolge abzuhandeln.

## Fall 10: Bademeister

Bademeister B. war in den Jahren 1978 bis 1984 jeweils vom 1. Mai bis 30. September im öffentlichen Schwimmbad der Einwohnergemeinde V. angestellt. Er hatte dabei vor der Saison die Anlagen und Einrichtungen bereitzustellen und dieselben nachher aufzuräumen sowie „einzuwintern“. Zu den Anstellungsbedingungen gehörten ferner insbesondere die Verbote, im Kiosk Alkohol auszuschenken und auf dem Badeareal Glückspielautomaten aufzustellen. Die Anstellungsbedingungen enthielten die Gebote, Aufträge an Handwerker und Versicherungsfälle der Gemeinde zu überlassen. Gemäss Gericht sprachen diese Anstellungsbedingungen gegen eine persönlich, zeitlich und wirtschaftlich unabhängige Stellung von B., der als Aufseher in den Betrieb der öffentlichen Badeanstalt eingegliedert und damit der Gemeinde unterstellt war. Daran änderte nichts, dass B. seine Arbeitszeit weit gehend frei einteilen und sich durch seine Frau vertreten lassen konnte, einen Kiosk führen, die Badeanstalt bei schlechtem Wetter schliessen und über die Eröffnung des Betriebes in der ersten Hälfte Mai und über dessen Schliessung in der zweiten Hälfte September selber entscheiden durfte. Das erklärte sich vor allem mit der Natur des wetterbedingten Betriebes. B. war verpflichtet, bei günstiger Witterung stets für einen ordnungsgemässen Badebetrieb zu sorgen. Der Kiosk durfte nur im Rahmen des Badebetriebes geführt werden. Daher war von einem *Arbeitsvertrag* auszugehen<sup>1042</sup>.

## Fall 11: Barmusiker

Gemäss einem Veranstaltungsvertrag verpflichteten sich A. und B., vom 26. Dezember 1983 bis zum 2. Januar 1984 in der Bar von X. während festgesetzter Zeiten Unterhaltungs- oder Tanzmusik nach Belieben zu spielen. X. verpflichtete sich zur Bezahlung eines Honorars, eingeschlossen Kost und Logis für A. und B. inklusive Reisespesen. Das Gericht hielt fest, dass die Rechtsnatur eines Musiker- oder Orchestervertrages, auch Engagement-Vertrag genannt, nicht eindeutig festgelegt ist. Je nach dem Inhalt der Vereinbarung

---

<sup>1042</sup> Vgl. Bundesgericht, Urteil vom 28. Juli 1987 (teilweise Bestätigung des Urteils des Obergerichts Aargau vom 19. Dezember 1986, in: JAR 1988, S. 233 ff.), in: JAR 1988, S. 238 ff.

kann es sich nach herkömmlicher Lehrmeinung um einen Einzelarbeitsvertrag, einen Werkvertrag, einen Auftrag oder einen Innominatkontrakt handeln<sup>1043</sup>.

Das Obergericht des Kantons Luzern qualifizierte den Vertrag zwischen einem Artistenpaar, das sich auf tänzerische Darbietung spezialisiert hatte, und dem Inhaber eines Dancings ohne Bedenken als Werkvertrag<sup>1044</sup>. Dasselbe Gericht qualifizierte den Engagement-Vertrag einer Musikergruppe mit einem Dancing-Inhaber für die Dauer von 15 Tagen unter besonderer Berücksichtigung des vereinbarten Weisungsrechts der Direktion dagegen als Arbeitsvertrag<sup>1045</sup>. Im konkreten Fall wurde das Vorliegen eines *Arbeitsvertrages verneint*, da sowohl das Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch der personenrechtliche Einschlag des Vertragsverhältnisses fehlten<sup>1046</sup>.

## Fall 12: Basketballtrainer

Der Basketballclub der Universität Neuchâtel schloss mit H. einen Engagement-Vertrag für die Zeit von 10 Monaten, d. h. vom 1. August 1993 bis 30. Mai 1994, ab. Das Gericht bemerkte, dass für H. keine Verpflichtung oder Garantie hinsichtlich eines speziellen Resultates bestand. Das Merkmal der Subordination zeigte sich insbesondere darin, dass H. keine Freiheit zukam, seine Aktivitäten zu organisieren. Er hatte einen zuvor vereinbarten Arbeitsplan einzuhalten. Er trug kein wirtschaftliches Risiko. Die zeitliche Befristung des Vertrages sowie die Klausel, wonach fristlos gekündigt werden könne, erachtete das Gericht als charakteristische Elemente zur Bejahung eines *Arbeitsvertrages*<sup>1047</sup>.

---

<sup>1043</sup> Obergericht des Kantons Thurgau, Urteile vom 15.3.1979, 7.6.1979, 4.9.1979, in: SJZ 1981, S. 97; Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 20. Februar 1989, in: LGVE 1989 I, Nr. 14 = JAR 1991, S. 88.

<sup>1044</sup> Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 4. August 1964, erwähnt in: LGVE 1989 I Nr. 14 = JAR 1991, S. 88.

<sup>1045</sup> Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 1. Februar 1984, erwähnt in: LGVE 1989 I Nr. 14 = JAR 1991, S. 88.

<sup>1046</sup> Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 20. Februar 1989, erwähnt in: LGVE 1989 I Nr. 14 = JAR 1991, S. 87 f.

<sup>1047</sup> Tribunal Cantonal du Canton de Neuchâtel, Urteil vom 4. Oktober 1995 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des Prud'hommes de Neuchâtel vom 7. September 1994), in: JAR 1996, S. 99 - 101.

## Fall 13: Bauisoleur

D. war gemäss schriftlichem Vertrag mit den Parteibezeichnungen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ für die X.-AG als Bauisoleur während über fünf Jahren praktisch ausschliesslich tätig. Für seine Tätigkeit war ein Akkordlohn vereinbart worden. Die X.-AG machte davon Abzüge für AHV/IV, SUVA und BVG und rechnete diese entsprechend ab. D. trug kein Unternehmerrisiko, d. h. er hatte für seine Arbeit nichts zu garantieren. Er war sodann im Namen und auf Rechnung der X.-AG tätig. D. arbeitete nur, wenn er von der X.-AG Arbeit zugewiesen erhielt, und jeweils dort, wo ihn die X.-AG hinbeordnete. Dabei lag es in der Natur des Berufes, dass er auswärts tätig war, nämlich auf Baustellen. Die Tatsache, dass D. selbstständig arbeitete, war nichts Aussergewöhnliches. Gerade auf dem Bau handeln qualifizierte Angestellte von Unternehmern häufig sehr selbstständig, ja praktisch ohne Aufsicht ihres Arbeitgebers. Das Gericht erachtete es als weniger beachtlich, dass D. teilweise eigene Werkzeuge verwendete. Wichtiger war, dass D. jeweils kein Baumaterial lieferte, sondern dieses immer von der X.-AG oder anderen Lieferanten erhielt. Auf Grund sämtlicher Tatsachen erkannte das Gericht auf *Arbeitsvertrag*<sup>1048</sup>.

## Fall 14: Behindertenarbeit

Der Behinderte wurde im Sesselflicken angelernt und reparierte im Behindertenwerk Stühle. Für diese Tätigkeit erhielt er CHF 5.60 pro Stunde. Eine kontinuierliche Arbeitsleistung wurde nicht erwartet, da Behinderte erfahrungsgemäss nur gerade so viel leisten, wie sie imstande sind. Aus diesem Grund wurde auch mit einem hohen Anteil an Krankheitstagen gerechnet. Beendet wurden solche Vertragsverhältnisse dadurch, dass die Leute aus irgendeinem Grund nicht mehr erschienen. Das Behindertenwerk unterschied zwischen Mitarbeitern (Behinderten) und Angestellten (Betreuern). Der Behinderte war als Mitarbeiter einem Gruppenleiter unterstellt. Dieser unterstand wiederum einem Meister. Geleitet wurde das Behindertenwerk von einem Gesamtleiter, dem ein kaufmännischer Leiter zur Seite stand.

Das Gericht beurteilte das vorliegende Vertragsverhältnis hinsichtlich der Arbeitsleistung, der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, des zeitlichen Merkmals und der Entgeltlichkeit. Bezüglich der Arbeitsleistung

---

<sup>1048</sup> Obergericht Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 15. Mai 1995, Nr. U/LA940051 (Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 7. Juli 1994, Nr. U/AN931122, nicht veröffentlicht), nicht veröffentlicht.

erkannte es, dass Sesselflicken eine Tätigkeit ist, die sich nicht in einem reinen Selbstzweck erschöpft, sondern zielgerichtet ausgestaltet ist, sodass sie grundsätzlich bei formaler Betrachtung zweifelsfrei als Arbeit im Sinne von Art. 319 OR bezeichnet werden muss. Betreffend Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zeigt die Tätigkeit des Behinderten in der beschriebenen klaren Struktur deutlich, dass die Arbeit unselbstständig und fremdbestimmt, nach Weisung der Vorgesetzten, auszuüben war. Die Vorgesetzten bzw. Betreuer vermittelten einerseits den Mitarbeitern neue Fähigkeiten und hatten andererseits dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Aufträge Dritter korrekt ausgeführt wurden. Darin sah das Gericht das Merkmal der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation als erfüllt an. Hinsichtlich des zeitlichen Merkmals hielt das Gericht fest, dass der Einzelarbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist. Er verpflichtet den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Das Schuldverhältnis erlischt nicht durch Erfüllung, sondern nur durch besondere Beendigungstatbestände: Ablauf der vereinbarten Zeit oder Kündigung. Die Wichtigkeit des Zeitmomentes bei dem Arbeitsvertrag kann auch an der Bindung an bestimmte Arbeitszeiten erkannt werden. Darüber hinaus ist die Zeit auch regelmässig das Mass für die vom Arbeitgeber geschuldete Leistung. Der Behinderte war seit dem 8. November 1982 im Behindertenwerk tätig gewesen. Wie ausgeführt wurde, wäre bei dem Austritt normalerweise zu kündigen. Das Vertragsverhältnis erlischt somit – wie bei dem unbefristeten Arbeitsvertrag typisch – durch Kündigung. Auch wenn sich die Beklagte einverstanden erklärt hat – in Berücksichtigung der besonderen persönlichen Umstände ihrer Mitarbeiter –, dass Leute einfach nicht mehr kommen und nicht gehörig kündigen, steht dem die Anwendung der arbeitsrechtlichen Regelung nicht im Wege. Sind sich die Parteien einig, kann das Arbeitsverhältnis auch ohne vorgängige Kündigung sofort aufgelöst werden. Dies ist dann als sogenannte Auflösungsvereinbarung zu qualifizieren. Im Übrigen kennt die Beklagte feste Arbeitszeiten – auf deren Einhaltung zwar im Einzelfall nicht beharrt werde – und entlohnt den Kläger entsprechend seiner Arbeitszeit. Das zeitliche Merkmal kann somit auch als erfüllt betrachtet werden. Bezüglich der Entgeltlichkeit erkannte das Gericht, dass der Behinderte CHF 5.60 pro Stunde verdient hatte und die Arbeit somit entgeltlich war.

Interessant sind m. E. die weiteren Ausführungen des Gerichts, wonach die formalistische Prüfung der begriffsnotwendigen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vorliegendenfalls einer differenzierteren Betrachtungsweise Platz machen müsste. Die erwähnten Merkmale könnten bewusst deshalb pro forma erfüllt werden, damit dadurch beispielsweise ein bestimmter Heil- oder Erziehungserfolg bewirkt wird. Ist jemand ausschliesslich aus einem solchen Grund beschäftigt und kann seine Arbeit aus

objektiven Gründen überhaupt nicht verwertet werden, liegt kein privatrechtlicher Arbeitsvertrag vor. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die tätige Person einer reinen „Beschäftigungstherapie“ unterzogen wird und das Arbeitsergebnis auch nicht – abgesehen im Rahmen von entsprechenden Wohltätigkeitsveranstaltungen – verwertbar ist. In einem solchen Fall ist das Kriterium der Arbeitsleistung inhaltlich nicht erfüllt. Das Behindertenwerk stellt keinen Betrieb dar, bei dem die Arbeit der Beschäftigten nicht verwertet werden könnte. Es hat sogar ausdrücklich die Zielsetzung, kommerziell tätig zu sein und dabei Marketing und Verkauf auf allen Ebenen zu verstärken. Es hatte im Übrigen nicht dargetan, dass die Tätigkeit des Behinderten als Sesselflicker auf Grund mangelnder Fähigkeiten seitens des Behinderten überhaupt nicht brauchbar war. Da die erwähnten Merkmale des Arbeitsvertrages somit nicht nur formal, sondern auch inhaltlich erfüllt waren, erkannte das Gericht auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1049</sup>.

## Fall 15: Beratungsvertrag

Rechtsanwalt X. schloss am 14. März 1963 einen frühestens auf Ende 1965 auflösbaren Beratungsvertrag ab. Darin verpflichtete er sich, ab Februar 1963 für die Dauer von mindestens 35 Monaten die mit einem Grundkapital von CHF 1 Million ausgestattete Z. AG rechtlich und steuerrechtlich zu beraten und als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat zu amten. Ferner übernahm er für die Dauer des Vertrages die Domizilierung und Verwaltung der Gesellschaft sowie die Buchhaltung und, solange die Einstellung eigenen Personals der Z. AG sich nicht rechtfertige, die laufenden Arbeiten. Für seine Dienste erhielt er eine einmalige Beratungsentschädigung von CHF 5'000.00, eine monatliche Beratungs- und Verwaltungsentschädigung von CHF 1'000.00 ab Februar 1963 sowie eine Provisionszahlung. Das Gericht untersuchte das Vertragsverhältnis hinsichtlich der steuerrechtlichen Qualifikation. Gemäss Rechtsprechung ist dabei nicht so sehr die zivilrechtliche Natur der Beziehung des Steuerpflichtigen zu Dritten, sondern vor allem das Mass der persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit, das dem Erwerbstätigen bei der Erfüllung seiner Aufgabe zukommt, massgebend. So kann insbesondere zivilrechtlich ein Verwaltungsrat einer AG Beauftragter sein<sup>1050</sup>, während die Einkünfte öffentlich-rechtlich, beispielsweise bei der AHV, als Einkommen aus

---

<sup>1049</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. März 1988, in: Entscheidungen 1987 und 1988, S. 9 ff., in: JAR 1990, S. 110 ff. = ZR 1990 Nr. 22.

<sup>1050</sup> BGE 75 II 153 E. 2a.



unselbstständiger Erwerbstätigkeit behandelt werden. Nichtsdestotrotz werden als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit die Einnahmen aus dem Beratungsvertrag betrachtet, wenn sie auf Grund eines Dienstvertrages erzielt wurden. Nach schweizerischer Auffassung ist Arbeit im dienstvertraglichen Verhältnis abhängige Arbeit<sup>1051</sup>.

Hinsichtlich des Zeitmomentes erkannte das Gericht, dass die Unkündbarkeit des Vertrages während einer gewissen Zeit für die dienstvertragliche Natur sprechen könnte, weil der Auftrag nach Art. 404 OR jederzeit widerrufbar ist. Indessen sei denkbar, dass die Parteien sich Zusicherungen über die Dauer des Auftragsverhältnisses geben wollten, weil dafür ein Bedürfnis bestand, wenn man nicht das gesamte Vertragswerk überhaupt als Vertrag *sui generis* auffassen wollte<sup>1052</sup>. Im konkreten Fall fehlten entsprechende Anhaltspunkte, dass der Rechtsanwalt der Weisungsgewalt des Dienstherrn unterstellt und damit persönlich und allenfalls auch wirtschaftlich von ihm abhängig war. Es war zu vermuten, dass ein Rechtsanwalt mit eigener Praxis sich nicht in einem dienstvertraglichen Verhältnis zu seinem Auftraggeber befindet. Es durfte angenommen werden, dass der Rechtsanwalt in seinen betrieblichen Dispositionen völlig frei war. Deshalb war der Rechtsanwalt als *selbstständig Erwerbender* zu betrachten<sup>1053</sup>.

## Fall 16: Bürotätigkeit

Die Klägerin hatte ein fest umrissenes Pensum – Fakturieren, Kassabuchführung und Ablage, d. h. alle wesentlichen Büroarbeiten, die anfielen – zu erledigen. Sie arbeitete über ein Jahr lang hauptsächlich in den Räumlichkeiten des Beklagten und benutzte dessen Arbeitsgeräte. Die Klägerin war für die Ausführung ihrer Tätigkeit auf die Weisungen des Beklagten angewiesen. Sie konnte ihre Arbeitszeit selbst bestimmen. Sie stellte für ihre Aufwendungen Rechnung, wobei ein Stundenlohn von anfänglich CHF 13.00 vereinbart war. Das Arbeitsgericht Zürich qualifizierte das Vertragsverhältnis als *Arbeitsvertrag*<sup>1054</sup>.

---

<sup>1051</sup> BGE 90 II 486 E. 1.

<sup>1052</sup> Vgl. BGE 83 II 529 E. 1.

<sup>1053</sup> BGE 95 I 21.

<sup>1054</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 8. August 1979, in: ZR 80 Nr. 70 = JAR 1981, S. 219 f.

## Fall 17: Cabaretdancing-Orchester

In einem schriftlichen Vertrag vom 13. Dezember 1983 verpflichtete sich S., das fünfköpfige Orchester D.Q. im Cabaretdancing von X. in La Chaux-de-Fonds vom 2. bis 30. April 1984 auftreten zu lassen. Das Gericht stellte fest, dass der Vertrag für die Dauer von einem Monat abgeschlossen worden war und dass er ausdrücklich die Anwendung des Arbeitsrechts vorsah<sup>1055</sup>. Ferner enthielt er ein Konkurrenzverbot und eine Geheimhaltungspflicht. Zahlreiche auf eine Unterordnung hinweisende Vorschriften mussten vom Orchester befolgt werden, und deren Verweigerung oder sonst inkorrektes Verhalten rechtfertigten eine fristlose Kündigung. Der Vertrag regelte die Pausen und die Verpflegung der Orchestermusiker sowie die Dauer der Spielzeiten. Von der Gage wurden insbesondere die Sozialversicherungsbeiträge abgezogen. Auf Grund dieser Tatsachen bestätigte das Gericht die Annahme eines *Arbeitsvertrages*<sup>1056</sup>.

## Fall 18: Chefarzt am Rhätischen Kantonsspital

Ein Vertrag zwischen dem Gemeinwesen und Privaten ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er insbesondere die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Im konkret zu beurteilenden Fall handelte es sich bei dem Gemeinwesen um das Rhätische Kantonsspital, einer selbstständigen Stiftung öffentlichen Rechts. Die Kantonsverfassung sowie auf Gesetzesebene das Gesundheitsgesetz und das Krankenpflegegesetz sowie der Stiftungszweck und das Organisationsreglement zeigen auf, dass das Kantonsspital als öffentliches Spital öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Bei dem Privaten handelte es sich im konkreten Fall um einen leitenden Arzt. Dieser sorgte in seiner Stellung unmittelbar für die Erfüllung der dem Spital übertragenen öffentlichen Aufgaben, sodass der Vertrag als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Dieser Schluss findet zudem Bestätigung durch positiv-rechtliche Bestimmungen der regierungsrätlichen Ausführungsbestimmungen zum Krankenpflegegesetz. Damit wird deutlich, dass Chefarztverträge und Verträge mit leitenden Ärzten im Kanton Graubünden in der Regel als *öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse* zu qualifizieren sind<sup>1057</sup>.

---

<sup>1055</sup> BGE 112 II 41, 46 = JAR 1987, S. 82.

<sup>1056</sup> BGE 112 II 41, 47 = JAR 1987, S. 83.

<sup>1057</sup> Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil vom 7. Februar 1989, in: JAR 1991, S. 320 ff.; über die öffentlich-rechtliche Natur solcher Verträge in anderen

## Fall 19: Clown

Ein Clown wurde von einem Zirkus als Reprisen-Clown engagiert. Er konnte seine Auftritte in Anlehnung an die anderen Zirkusnummern oder frei aus seinem Repertoire gestalten. Die Zirkusleitung machte ihm jedoch Vorschriften bezüglich des zeitlichen Ablaufs und der Dauer der Reprisen. Der Clown musste sein Kostüm und seine Utensilien selbst mitbringen. Schliesslich musste er zu Propagandazwecken zur Verfügung stehen. Er unterlag ferner einem Konkurrenzverbot. Das Gericht hielt fest, dass bei künstlerischen Tätigkeiten allerdings, entsprechend der freiheitlichen Natur, Sachanweisungen nur ganz beschränkt zulässig sind, weil der Vertragspartner nicht über dieselben Qualifikationen wie der Künstler verfügt. Das Gericht erkannte, dass ein künstlerischer Beruf, was auf denjenigen eines Clowns ohne weiteres zutrifft, durchaus einem Arbeitsvertragsverhältnis unterstehen kann, obwohl fachliche Weisungen ausgeschlossen sind. Der Reprisen-Clown ist wie kein anderer Artist an Weisungen der Zirkusleitung gebunden, welche die Proben, den zeitlichen Ablauf zwischen den Zirkusnummern und die weiteren Einsätze bestimmt. Schliesslich deutet das Konkurrenzverbot klar auf einen *Arbeitsvertrag* hin, auf welchen das Gericht erkannte<sup>1058</sup>.

## Fall 20: Direktionsagent

Die Gesellschaft X. beschäftigte sich mit der Anlage von Kapital und Privatvermögen. Mit ihren Kadern schloss X. jeweils Agenturverträge ab. In diesen wurden die Direktionsagenten verpflichtet, ihre Tätigkeit vollamtlich und als selbständig Erwerbende auszuführen. Sie hatten sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Der Lohn bestand allein aus Provisionen. Es musste eine gewisse Anzahl Kunden besucht oder ein minimaler Umsatz erzielt werden. Absenzen und Verminderungen des Umsatzes konnten zu Verwarnungen und sogar zur Kündigung führen. Die Direktionsagentin A. hatte es unterlassen, sich im Handelsregister eintragen zu lassen. Sie war

---

Kantonen, vgl. ZIMMERLI, Der Chefarztvertrag, Bern 1985; BVR 1981, S. 392 ff.; vgl. BGE 102 II 45 ff.; vgl. ferner hinsichtlich der Unterscheidung zwischen selbstständigem und unselbstständigem Arzt am Spital: EICHENBERGER, S. 1320 ff.; besonders interessant ist die von ihm benutzte Checkliste, anhand derer er die stationäre privatärztliche Tätigkeit, die private Sprechstunde und die Tätigkeit des Belegarztes untersucht; EICHENBERGER, S. 1322 - 1325.

<sup>1058</sup> Obergericht Aargau, Urteil vom 11. September 1989, in: AGVE 1989, S. 27 ff. = JAR 1991, S. 89 f.

insbesondere für Übersetzungen verantwortlich und musste Weiterbildungskurse für die Vermittlungsagenten sicherstellen. Obwohl der Vertrag als Agenturvertrag bezeichnet und A. von den Steuerbehörden als selbstständige Agentin angesehen wurde, erkannte das Gericht auf einen Handelsreisendenvertrag<sup>1059</sup>.

## Fall 21: Direktor

Der Vertrag bezüglich der Tätigkeit als Direktor einer Gesellschaft kann ein Arbeitsvertrag sein, wenn dieser weder Aktionär noch Verwaltungsratsmitglied ist. Als wichtig für die Annahme eines *Arbeitsvertrages* erachtete das Gericht, dass der Direktor keine andere Tätigkeit ausübte und damit seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellte, dass er monatlich Lohn erhielt und eine Kündigungsfrist verabredet worden war. Schliesslich war vorgesehen, den Direktor in die Kollektivversicherung der Gesellschaft für Krankentaggeld aufzunehmen<sup>1060</sup>.

## Fall 22: Discjockey

In einem mündlich abgeschlossenen Vertrag kamen die Parteien überein, dass X als Discjockey im Lokal von Y mit nicht allzu progressiver Musik die Gäste zu unterhalten hatte. Entsprechende Verträge wurden mit fünf weiteren Discjockeys abgeschlossen. In der Regel wird nach Lehre und Rechtsprechung bei Musikern, Tänzern usw. auf Werkvertrag erkannt. Vorausgesetzt ist, dass die persönliche Leistung des Beschäftigten überwiegt, er als nicht beliebig auswechselbarer Künstler mit einem bestimmten Programm und in der Regel während zeitlich begrenzter Dauer im gleichen Lokal ein gewisses einheitliches Arbeitsergebnis, eine individuelle, in gewisser Hinsicht einmalige, nicht ohne weiteres wiederholbare Leistung vollbringt. Im konkreten Fall war der Discjockey kein eigentlicher Starjockey, sondern arbeitete vielmehr mit fünf andern Discjockeys zusammen, die alle zu den gleichen Bedingungen angestellt waren und untereinander ausgetauscht werden oder einander ablösen konnten. Auch stand es dem Kläger frei, kurzfristig selbst einen Ersatz für sich zu stellen

---

<sup>1059</sup> BGE 129 III 664.

<sup>1060</sup> Tribunale d'Appello del Cantone del Ticino, Urteil vom 4. November 1998 (teilweise Aufhebung des Urteils des Pretore di Bellinzona vom 21. September 1998), in: JAR 1999, S. 97 f.

oder sich einen solchen stellen zu lassen. Somit war nicht die individuelle, persönliche Arbeitsleistung der Discjockeys gefragt, sondern deren blosses Zur-Verfügung-Stehen auf Zeit. Der Kläger war auf unbestimmte Zeit engagiert und während der relativ langen Zeit von 9 Monaten im gleichen Lokal tätig. Zudem hatte sich der Discjockey an die Bedürfnisse des Hauses zu halten, indem er z. B. nicht allzu oft progressive Musik auflegen durfte. Obwohl das Vertragsverhältnis der Parteien auch Merkmale des Werkvertrages aufwies, traten diese nach ausdrücklicher Ansicht des Gerichts gegenüber denjenigen des *Dienstvertrages* stark zurück<sup>1061</sup>.

## Fall 23: Festschiessen

In der katholischen Kirchgemeinde Balgach besteht die Übung, am Fronleichnamfest zur Erhöhung der Feierlichkeit mit Mörsern zu schiessen. Mit der Durchführung des Schiessens betraute die Kirchenpflege als zuständiges Organ den X. Ein besonderes Schiessreglement bestand nicht, und ebenso wenig wurden nähere Instruktionen erteilt. Hinsichtlich der Diskussion, ob ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis bestand, erkannte das Gericht, dass ein öffentlich-rechtliches Verhältnis lediglich dann besteht, wenn X. als Beamter der Kirchgemeinde anzusehen wäre. Im vorliegenden Fall hat der Kläger durch privatrechtlichen Vertrag die Aufgabe übertragen erhalten, eine Anzahl Schüsse abzufeuern; wäre er seiner Verpflichtung nicht nachgekommen, so hätte er weder durch disziplinarischen Zwang dazu angehalten werden können, noch hätte er eine disziplinarische Bestrafung wegen Ungehorsams, Amtspflichtverletzung oder dergleichen zu befürchten gehabt. Aus diesen Gründen musste ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ausgeschlossen werden. Das Gericht erkannte auf ein *Dienstvertragsverhältnis*. Für ein solches sprach vor allem der Umstand, dass die Kirchgemeinde die Prozessionsschiesser in die Kollektivunfallversicherung ihres Personals gegen Betriebsunfälle einbezogen hatte. Einen bloss Beauftragten in dieser Weise zu versichern, ist nicht üblich. Für den Dienstvertrag sprach ferner, dass die Kirchgemeinde den Prozessionsschiessern das erforderliche Material und Handwerkszeug, nämlich die Mörser und die Munition, zur Verfügung stellte<sup>1062</sup>.

---

<sup>1061</sup> Gewerbegericht Zürich, Urteil vom 8. Mai 1972, in: ZR 74 Nr. 66.

<sup>1062</sup> BGE 60 II 112 ff.

## Fall 24: Fitness-Center-Angestellte

A. war von 1998 bis 2000 als Sport-Instruktorin und Aufseherin des Kinderhortes im Fitness-Center B. tätig. Als Sport-Instruktorin musste sie gewisse Sportlektionen nach einem durch das Fitness-Center monatlich klar festgelegten Stundenplan in den Räumlichkeiten und mit den Arbeitsgeräten des Fitness-Centers abhalten. Diese Lektionen wurden nach aussen in Form einer Werbebroschüre kundgegeben. Hinsichtlich der Durchführung der Lektionen erhielt A. keine fachlichen Weisungen und unterlag auch keinen Kontrollen. Das Fitness-Center organisierte für A. die Weiterbildung und zog ihr dafür CHF 5.00 pro Arbeitsstunde ab. Die Arbeitszeiten im Kinderhort wurden mittels eines Informationsblattes fixiert. A. war verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen; ein Konkurrenzverbot wurde aber nicht vereinbart. A. handelte jeweils in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Sie schrieb die für ihre Arbeit aufgewendeten Stunden auf. Für sie wurde vom Fitness-Center eine Personalliste geführt. A. wurden keine Ferien gewährt, und es wurden keine sozialversicherungsrechtlichen Abzüge für sie getätigt. A. war der Ansicht, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handelte. In der Gesamtwürdigung aller Umstände kam das Gericht jedoch zum Schluss, dass die *arbeitsvertragstypischen* Elemente überwogen<sup>1063</sup>.

## Fall 25: Fotomodell, Mannequins, Dressmen

Ein Fotomodell steht in einer vertraglichen Beziehung mit seiner Modellagentur. Diese vermittelt das Modell an Kunden, wobei das Modell frei darüber entscheiden kann, ob und für welche Art von Aufnahmen sie sich zur Verfügung stellen möchte.<sup>1064</sup> Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen hielt das EVGer. in seinem Grundsatzentscheid<sup>1065</sup> fest, dass die Arbeitsleistung des Fotomodells und per analogiam auch jene der Mannequins und der Dressmen in *unselbstständiger Stellung* erfolge. Das EVGer. begründete diese Feststellung unter anderem damit, dass die Fotomodelle zu den sie beschäftigenden Fotografen in einem

---

<sup>1063</sup> Kantonsgericht Basel-Landschaft, Urteil vom 8. Oktober 2002 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichtspräsidiums Laufen vom 5. März 2002), in: JAR 2003, S. 145 - 150.

<sup>1064</sup> Versicherungsgericht St. Gallen, Urteil vom 27. November 1987, in: GVP 1987 Nr. 9 = JAR 1990, S. 103 f.

<sup>1065</sup> ZAK 1964, S. 541.

arbeitsorganisatorischen Unterordnungsverhältnis stünden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sie frei darüber entscheiden können, ob und für welche Art von Aufnahmen sie sich zur Verfügung stellen wollen<sup>1066</sup>.

## Fall 26: Freie Fotografen/Journalisten

Kein Auftragsverhältnis, sondern ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn in Anwendung des entsprechenden GAV (Art. 45 und 46) ein Fotoreporter/Journalist innerhalb der letzten zwei Jahre mindestens 100 Fotos jährlich zur Publikation abgeliefert hat. Im konkreten Fall wies das Bundesgericht<sup>1067</sup> zur Ermittlung dieser Voraussetzungen die Angelegenheit an die Vorinstanz zurück, welche schliesslich ein *Arbeitsverhältnis* bejahte<sup>1068</sup>.

## Fall 27: Freundnachbarliche Hilfeleistung

Die Parteien bewirtschaften zwei benachbarte Bauernhöfe. Am 28. September 1932 bat der Beklagte den Kläger, für ihn einen Birnbaum zu schütteln. Er selbst konnte wegen Schwindels nicht mehr auf Bäume steigen. Der Kläger entsprach diesem Ansuchen. Gemäss Bundesgericht konnte keine Rede davon sein, dass zwischen den Parteien ein Dienstvertrag bestanden habe; hierfür fehlte es schon an dem unumgänglich notwendigen Zeitmoment. Auch im Übrigen täte man dem Verhältnis der Parteien mit der Unterstellung ihrer gegenseitigen Beziehungen unter die Regeln des Dienstvertragsrechtes offensichtlich Gewalt an. Die Übertragung der Arbeit, den Baum zu schütteln, muss vielmehr nach den gesamten Umständen als *Auftrag* (Art. 394 ff. OR) betrachtet werden. Es handelte sich um eine einmalige, begrenzte Aufgabe, deren Ausführung der Kläger, der selber Landwirt mit einem eigenen Gewerbe war, wesentlich auf Grund der guten nachbarlichen Beziehungen zum Beklagten übernahm<sup>1069</sup>.

---

<sup>1066</sup> Versicherungsgericht St. Gallen, Urteil vom 27. November 1987, in: GVP 1987 Nr. 9 = JAR 1990, S. 103.

<sup>1067</sup> Bundesgericht, Urteil vom 8. Juni 1993 (Aufhebung des Urteils des Tribunale d'Appello del Cantone Ticino vom 27. März 1992, in: JAR 1993, S. 113), in: JAR 1994, S. 272 ff.

<sup>1068</sup> Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, Urteil vom 23. August 1993, in: JAR 1994, S. 275 f.

<sup>1069</sup> BGE 61 II 95 ff.

## Fall 28: Führung eines Imbissstandes

Die Parteien G. und T. schlossen einen Vertrag, gemäss dem G. vom 1. September 1996 bis 3. Juni 1997 gegen ein Monatsgehalt von CHF 3'000.00 zur Leistung eines wöchentlichen Arbeitspensums von 41 Stunden als Verkäufer in einem Imbissstand verpflichtet worden war. Der Vertrag wurde als Arbeitsvertrag bezeichnet und entsprach auch gemäss dem Inhalt einem Arbeitsvertrag. Nichtsdestotrotz entsprach es dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, den Arbeitsvertrag als simulierten Vertrag zu qualifizieren, um den dissimulierten Vertrag, eine einfache Gesellschaft, zu verbergen. Diese Konstruktion schien im Interesse des Klägers G. zu sein, da dieser infolge seiner Ausländereigenschaft von der bestehenden Erwerbslosigkeit die Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung riskierte. Zudem war es ihm als Jahresaufenthalter nicht erlaubt, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Auf Grund von Zeugenaussagen lag tatsächlich eine *einfache Gesellschaft* vor, in welcher T. primär ihr Kapital und G. seine persönliche Arbeitskraft einbrachten<sup>1070</sup>.

## Fall 29: Fussballtrainer

Am 8. Mai 1978 schlossen der Fussballclub F. und Trainer T. einen Anstellungsvertrag ab. In diesem Vertrag wurde T. mit Ausnahme der administrativen Belange die Gesamtverantwortung für die Mannschaft des Fussballclubs übertragen. Es wurden ihm ausdrücklich alle Kompetenzen hinsichtlich der Trainings- und Spielgestaltung, der Mannschaftsaufstellung und der Taktikfragen eingeräumt. In diesen für die sportliche Führung einer Fussballmannschaft entscheidenden Bereichen standen somit den Vereinsorganen und insbesondere dem Vorstand nach Vertrag keinerlei Weisungsrechte zu. Dem Kläger war es freigestellt, die ihm richtig und Erfolg versprechend erscheinenden Anordnungen zu treffen. Angesichts dieser umfassenden Entscheidungsfreiheit kann nicht mehr von einem Unterordnungsverhältnis des Trainers gegenüber dem Vereinsvorstand gesprochen werden. Weil somit ein wesentliches Merkmal des

---

<sup>1070</sup> Arbeitsgericht Lenzburg, Urteil vom 27. Mai 1998, Nr. AR.97.50035, nicht veröffentlicht.



Arbeitsverhältnisses fehlte, qualifizierte das Gericht den Vertrag *nicht* als *Einzelarbeitsvertrag*<sup>1071</sup>.

### Fall 30: Gemeinsame Führung eines Restaurants

Am 7. September 1995 kamen M., G., K. und R. überein, für die Führung eines Restaurants eine Aktiengesellschaft zu gründen. Die Höhe des Aktienkapitals wurde auf CHF 200'000.00 festgelegt, wobei jeder Gründer CHF 50'000.00 hätte zeichnen sollen. In der Folge zahlte G. seinen Anteil des Aktienkapitals nicht ein. K. arbeitete vom 1. April 1996 bis 30. Juni 1996 im Restaurant. Am 30. Mai 1996 beschlossen K., R. und M., die einfache Gesellschaft auf dem Rechtsweg aufzulösen. Gleichentags wurde das Arbeitsverhältnis von K. per 30. Juni 1996 gekündigt. Das Gericht hielt ausdrücklich fest, dass bereits die einfache Gesellschaft als Gründungsgesellschaft einen Arbeitsvertrag mit einem Gründer abschliessen kann, wobei aus diesem Arbeitsvertrag die Gründungsmitglieder als Arbeitgeber solidarisch verpflichtet werden. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und einfacher Gesellschaft führte das Gericht aus, dass jeder einfache Gesellschafter einen Beitrag zu leisten hat, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Ist nicht etwas anderes vereinbart, so haben die Gesellschafter grundsätzlich gleiche Beiträge zu leisten gemäss Art. 531 OR. Im vorliegenden Fall war in der Gründungsvereinbarung einzig die Pflicht der Gesellschafter, CHF 50'000.00 einzubezahlen, vereinbart worden. Da insbesondere R. nicht im Restaurant arbeitete, vorliegend aber die Beitragspflicht der Gesellschafter gleich gross war, konnte es sich bei der von K. erbrachten Leistung nicht um seinen Beitrag an die Gesellschaft handeln. Nachdem für K. im April 1996 tatsächlich Lohn ausbezahlt wurde, eine Lohnabrechnung inklusive sozialversicherungsrechtlicher Abzüge erstellt und schliesslich mit der Beschlussfassung der Gesellschafter vom 30. Mai 1996 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit K. beschlossen worden war, erkannte das Gericht auf einen reinen *Arbeitsvertrag*<sup>1072</sup>.

---

<sup>1071</sup> Obergericht Luzern, Urteil vom 30. Juni 1980, in: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1980, 1. Teil, S. 624 ff., in: JAR 1982, S. 97 ff.; a. M. Scherrer Urs, Sportrecht, Fälle aus der Praxis, Zürich 2001, S. 20 ff.

<sup>1072</sup> Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Verfügung und Urteil vom 15. Oktober 1996, Nr. U1/AN960888, nicht veröffentlicht.

## Fall 31: Generalsekretär/Corporate Secretary

Ob der Generalsekretär/Corporate Secretary als Verwaltungsorgan einer juristischen Person in einem Arbeitsverhältnis oder einem Auftragsverhältnis steht, ist vor allem nach der vereinbarten Arbeitszeit, der wirtschaftlichen Kontrollfunktion im Unternehmen und dem Subordinationsverhältnis zu entscheiden. Im konkreten Fall nahm das Gericht ein *Arbeitsverhältnis* an, da der Generalsekretär/Corporate Secretary zu 100% angestellt war und der Weisungsgewalt des Präsidenten, des Kassiers sowie des Vorstandes unterstand<sup>1073</sup>.

## Fall 32: Geschäftsführende Organe

X., Y. und Z. gründeten die L.-AG. X. zeichnete 50% des Aktienkapitals. Y. amtierte als Verwaltungsratspräsident. X. war Geschäftsführer. Beiden stand die Unterschriftsberechtigung kollektiv zu zweien zu. Gemäss Gesellschaftsvertrag schlossen die Aktionäre X. und Y. mit der L.-AG je einen Arbeitsvertrag ab. Beiden stand ein gleich hoher Lohnanspruch gegenüber der Gesellschaft zu. Ein allfälliger Reingewinn sollte als Lohnnachzahlung und Gratifikation gleichmässig an die beiden Aktionäre ausbezahlt werden. Im Fall einer Kündigung durch einen Aktionär sowie bei fristloser Kündigung durch die Gesellschaft stand dem verbleibenden Aktionär ein Vorkaufsrecht für das Aktienpaket zu. Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages eines Aktionärs durch die Gesellschaft hatte deren Liquidation zur Folge. Am 27. Juli 1985 kündigte die L.-AG das Arbeitsverhältnis mit X. auf den 31. Oktober 1985.

Das Gericht führte im Zusammenhang mit der Prüfung eines Einzelarbeitsvertrages aus, dass mindestens diejenigen geschäftsführenden Organe juristischer Personen, die sich selbst repräsentieren, nicht als Arbeitnehmer verstanden werden<sup>1074</sup>. Bei einem Verwaltungsratsmitglied wird meist ein mandatsähnlicher Vertrag *sui generis* angenommen, wobei bei hauptberuflicher Tätigkeit Arbeitsvertrag möglich ist<sup>1075</sup>. Direktoren<sup>1076</sup>, die der generellen Weisungsmacht übergeordneter Organe unterliegen und sich auf

---

<sup>1073</sup> Chambre d'Appel de Genève, Urteil vom 6. Februar 1990, in: JAR 1991, S. 90 f.

<sup>1074</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 18 und 52 zu Art. 319 OR.

<sup>1075</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR; BÜRGI, N 7 zu Art. 717 OR.

<sup>1076</sup> Dazu vorne Anhang 1 Fall 21: Direktor.

Dauer mit ihrer ganzen Arbeitskraft verpflichten, gehen demgegenüber eine arbeitsvertragliche Bindung ein<sup>1077</sup>. Auf Grund der Bestimmung, dass die ordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die L.-AG zur Liquidation der Gesellschaft führt, sowie der gesamten Stellung und Tätigkeit von X., der als Organ die L.-AG repräsentierte, und mangels eines Unterordnungsverhältnisses von X. unter die L.-AG *lehnte* das Gericht die Annahme eines *Arbeitsvertrages ab*<sup>1078</sup>.

## Fall 33: Geschäftsführer

H. war von Februar 1986 bis Ende August 1986 als Geschäftsführer bei der G.-AG angestellt. Während dieser Zeit war er überdies einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates. Die Qualifizierung des Vertragsverhältnisses war im Zusammenhang mit der Gewährung des Lohnprivilegs gegenüber der in Konkurs gefallenen Gesellschaft abzuklären. In Lehre und Rechtsprechung wird der Kreis der Arbeitnehmer, die des Konkursprivilegs teilhaftig werden sollen, klar gegenüber den nicht Privilegierten abgegrenzt. So gehören zu den Letzteren all diejenigen, die eine wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit ausüben, also etwa Mitglieder von Verwaltungsräten und Kontrollbehörden, dann aber auch Geschäftsführer, Direktoren und andere, die eine arbeitgeberähnliche Stellung ausüben, d. h. über mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit verfügen, massgeblich an der Geschäftspolitik teilhaben, Einsicht in die Geschäftsunterlagen haben und nicht in einem Unterordnungsverhältnis stehen<sup>1079</sup>. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung eines Arbeitnehmers, etwa als Direktor oder Prokurist, an. So wurde einem Generaldirektor einer Aktiengesellschaft das Konkursprivileg zuerkannt, weil er den Weisungen des Verwaltungsrats unterstand. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob dem Einzelnen in rechtlicher Hinsicht eine eigentliche Führungsposition mit hoher Entscheidungskompetenz zukommt oder nicht. Das Bundesgericht stellt ausdrücklich klar, dass das konkursrechtliche Privileg gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Praxis nicht auf alle formell unter den Begriff des Arbeitnehmers fallenden Personen auszudehnen ist. Vielmehr soll nur

---

<sup>1077</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR; BÜRGI, N 27 zu Art. 717 OR.

<sup>1078</sup> Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 8. Oktober 1986, in: St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1986, S. 78 f. = JAR 1988, S. 103 ff.

<sup>1079</sup> BGE 52 III 147 f.

demjenigen Arbeitnehmer ein Konkursprivileg zustehen, für welchen ein erhöhtes Schutzbedürfnis besteht, d. h. welcher in ausgeprägter Weise vom Arbeitgeber abhängig ist und mit Blick auf seine Unterordnung auch bei gefährdeter Finanzlage des Unternehmens notgedrungen nicht rechtzeitig anders disponieren, geschweige denn auf Geschäftsgang und Firmenpolitik entscheidend Einfluss nehmen kann<sup>1080</sup>. Im vorliegenden Fall stand H. in einem *Arbeitsverhältnis*. Es fehlte wegen seiner Organstellung in tatsächlicher Hinsicht an einem Unterordnungsverhältnis. Daran vermochte nichts zu ändern, wenn das Verwaltungsratsmitglied die im Gesetz umschriebene Funktion nicht ausfüllte und untätig blieb bzw. als Strohmann bloss Anordnungen anderer ausführte; denn für den Geschäftsgang trug es auch in solchen Fällen die Verantwortung und unterstand für pflichtwidriges Handeln der Organhaftung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR<sup>1081</sup>.

## Fall 34: Gesellschafter

Gemäss Vertrag führten D. und K. die X-AG. Hinsichtlich der Vertragsqualifizierung erachtete das Gericht als ausschlaggebend, dass D. 40% der Gesellschaftsaktien besass, Mitglied des Verwaltungsrates war und damit über erhebliche Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft verfügte. K. hingegen als Vertreter in der X.-AG war Verwaltungsratsmitglied mit lediglich einer Pflichtaktie. Beide waren Geschäftsführer. Sie waren kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt. D. haftete zudem als Solidarbürge und massgeblicher Aktionär für die Gesellschaftsschulden, wodurch er am Unternehmerrisiko beteiligt war. Auf Grund dieser Tatsachen erkannte das Gericht *nicht* auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1082</sup>.

## Fall 35: Gruppenverkaufsleiter

Am 27. Januar 1986 hatte A. einen Agenturvertrag sowie eine Zusatzvereinbarung für Gruppenverkaufsleiter mit Provisionsgarantie unterzeichnet. Zum Aufgabenbereich des Gruppenleiters gehörte die Rekrutierung, Instruktion und Überwachung der Verkäufer. Täglich musste der

---

<sup>1080</sup> Vgl. SJZ 74 (1978), S. 363.

<sup>1081</sup> BGE 118 III 46.

<sup>1082</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Beschluss vom 18. Dezember 1991, Nr. 10-932/1991, nicht veröffentlicht.

Gruppenverkaufsleiter die Zahlen betreffend Verkäufe an die Geschäftsleitung melden. Der Vertrag war auf unbefristete Zeit abgeschlossen worden, sah eine Probezeit sowie eine Kündigungsfrist vor. Diese Elemente erachtete das Gericht als ausschlaggebend für die Annahme eines Arbeitsvertrages. Die Gesellschaft stellte dem Verkaufsleiter eigentliche Arbeitsräumlichkeiten zur Verfügung; dass dieser konkret nicht dort arbeitete, erachtete das Gericht als unerheblich. Der Verkaufsleiter war ausschliesslich für die Gesellschaft tätig und musste sich strikte zu ihrer Verfügung halten. Er musste einen Arbeitsplan einhalten und Absenzen begründen. Wöchentlich musste er einen Arbeitsrapport abliefern. Er erhielt eine garantierte Minimalprovision in Höhe von anfänglich CHF 2'200.00 und anschliessend CHF 2'500.00. Zusätzlich wurden Spesen vergütet. Diese erwähnten Punkte sprachen gemäss Gericht gegen einen Agenturvertrag. Der Verkaufsleiter hatte Anspruch auf bezahlte Ferien. Sozialversicherungsbeiträge wurden von der Gesellschaft abgerechnet. Auf Grund dieser Umstände nahm das Gericht einen *Arbeitsvertrag* an<sup>1083</sup>.

## Fall 36: Heizungsinstallation

X. baute im Zusammenhang mit der Renovation seiner Liegenschaft eine neue Heizungsanlage ein. Dabei half der Bruder seiner Lebensgefährtin, ein Heizungsinstallateur, mit. Im Zusammenhang mit dieser Mithilfe untersuchte das Bundesgericht, ob eine blosser Gefälligkeit vorlag. Das Bundesgericht wertet Gefälligkeiten, welche weder in Ausübung eines Gewerbes noch gegen Entgelt erfolgen, als ausservertragliches Handeln<sup>1084</sup>.

Die vertragliche Bindung setzt einen tatsächlichen oder normativen Konsens voraus. Fehlt es an einer solchen Willenskundgabe, tritt keine rechtliche Verpflichtung im Sinne eines obligatorischen Schuldverhältnisses ein. Auch im Bereich der Arbeitsleistungen kommen unverbindliche Gefälligkeiten vor, welche eine Vertragsbindung nicht entstehen lassen und insbesondere zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung führen. Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage

---

<sup>1083</sup> Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, Urteil vom 10. März 1993 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichtes Locarno-Città vom 27. Dezember 1991), in: JAR 1994, S. 113 ff.

<sup>1084</sup> BGE 112 II 350 E. 1a.

der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden. Auf Grund der tatsächlichen Feststellungen war bloss die Verwandtschaft des Heizungsinstallateurs zu der Lebensgefährtin von S. für die Arbeitsleistung ausschlaggebend, sodass das Bundesgericht auf eine bloss *Gefälligkeit* erkannte<sup>1085</sup>.

## Fall 37: Journalist

Der Journalist B. und der Zeitschriftenproduzent D. schlossen einen „Vertrag über freie Mitarbeit“ auf unbestimmte Zeit ab, gemäss welchem B. redaktionell tätig sein musste. Ihm wurden dabei nicht die freie Gestaltung der Zeitschrift überlassen, sondern bestimmte Aufgaben übertragen. Diese erledigte er im Betrieb von D., wobei er dazu von diesem ein Büro mieten musste. Für seine Tätigkeit erhielt B. ein monatliches Gehalt. Die Entschädigung musste er jeweils durch Rechnungsstellung geltend machen, obwohl Betrag und Fälligkeit feststanden. AHV- und ALV-Prämien hatte B. zu bezahlen. Die Parteien verabredeten eine Probezeit und eine Kündigungsfrist von drei Monaten. B. hatte Anspruch auf die Entschädigung von Überstunden. Absenzen hatte er mit D. abzusprechen. Die Gerichte qualifizierten das Vertragsverhältnis deutlich als *Arbeitsverhältnis*<sup>1086</sup>.

## Fall 38: Kassiererin

Frau B. war als Selbstständige und Gesellschafterin einer Kollektivgesellschaft tätig. Daneben arbeitete sie teilzeit auf Abruf als Kassiererin an einer Tankstelle. Dabei hatte sie die Kasse zu bedienen, indem sie das Geld der Automobilisten einzog, die vorgängig an den Selbstbedienungssäulen getankt hatten. Zusätzlich verkaufte sie Zigaretten, Erfrischungen und Autozubehör. Als Stundenlohn wurden CHF 16.00 netto vereinbart. Die jeweils geleistete Arbeitszeit wurde mittels Tagesrapporten festgehalten. Das Gericht hielt fest,

---

<sup>1085</sup> BGE 116 II 695.

<sup>1086</sup> Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 4. Dezember 1998, Nr. U2/AN980654, nicht veröffentlicht; bestätigt vom Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 9. September 1999, Nr. U/O/LA990001, nicht veröffentlicht.

dass die Tätigkeit, die B. auszuüben hatte, in der Regel durch Arbeitsverträge geregelt wird. Es ist ausserordentlich untypisch, eine solche Tätigkeit in der Rechtsform eines Auftrages auszuüben. Im konkreten Fall waren sämtliche Merkmale eines *Arbeitsvertrages* gegeben: B. stand in einem Subordinationsverhältnis. Sie hatte im Namen des Vertragspartners und auf seine Rechnung gehandelt. Sie war in seinem Betrieb tätig gewesen. Es war ein Lohn vereinbart worden, und B. war an feste Arbeitszeiten gebunden. Der Umstand, dass B. die Arbeitszeit selber bestimmen konnte bzw. dem Vertragspartner vorgeschlagen hatte, wann sie arbeiten wollte, sprach nicht gegen einen Arbeitsvertrag. B. war ebenfalls nicht völlig frei gewesen, zu arbeiten, wann sie wollte, denn den Dienst an der Kasse besorgten auch noch andere Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen ihres Vertragspartners. Während diese ihre Arbeit besorgten, hatte für B. keine Möglichkeit bestanden, auch zu arbeiten<sup>1087</sup>.

### Fall 39: Kellner

F. führte bis 1988 eine eigene Cafeteria. Nachdem er diese verkauft hatte, wurde er für rund ein Jahr arbeitslos. 1991 eröffneten A. und B. ein Restaurant, und F. arbeitete dort als Kellner. Im März bezahlte F. an A. und B. CHF 10'000.00, weil zu wenig Geld für das Inventar vorhanden war. Das Gericht hatte zu untersuchen, ob eine einfache Gesellschaft oder ein Arbeitsvertrag vorlag. Auf Grund der Tatsache, dass F. eigentlich als Arbeitnehmer behandelt wurde, für ihn ein Lohnblatt, Lohnabrechnungen sowie der Lohnausweis für die Steuererklärung erstellt wurden, und ebenso bezüglich der Funktion, die F. unbestrittenermassen innehatte, lag ein Unterordnungsverhältnis vor, das einer einfachen Gesellschaft widersprach. Bei einer einfachen Gesellschaft wäre F. nicht „nur“ Kellner gewesen, sondern hätte Entscheidungsbefugnisse oder zumindest leitende Aufgaben im Betrieb zugestanden erhalten. Das Gericht ergänzte, dass Darlehen seitens der Arbeitnehmer an die Arbeitgeber in Kleinbetrieben nicht untypisch sind, vor allem wenn sich die Parteien länger kennen. Für die Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft ist vor allem eine allfällige Verlustbeteiligung ausschlaggebend, denn Verlustbeteiligung ist dem Arbeitsvertragsrecht fremd<sup>1088</sup>. Dass F. einen Verlust mitzutragen gehabt

---

<sup>1087</sup> Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 25. April 1995, Nr. U/AN950208, nicht veröffentlicht.

<sup>1088</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 319 OR; vgl. SIEGWART, N 71 zu Vorb. zu Art. 530 - 551 OR.

hätte, wurde im vorliegenden Fall nicht behauptet. Das Gericht erkannte auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1089</sup>.

## Fall 40: Konkubinats

a) K. hat den B. beim Aufbau seiner Einzelfirma ab November 1993 mit Geld und Arbeit unterstützt. Zwischen den Parteien hat zunächst eine intime Freundschaft, später ein kollegiales Verhältnis bestanden, welches schliesslich im Dezember 1997 endgültig in die Brüche gegangen ist. Das Gericht erkannte, dass die Tätigkeit von K. im Betrieb des B. offensichtlich über das hinaus geht, was man unter dem Titel Beistandspflicht von einem Partner erwarten kann, zumal die Parteien dann nur noch eine kollegiale Beziehung hatten. Liegt eine Tätigkeit im gewerblichen Bereich vor und liegt nicht ein Gesellschaftsvertrag vor, sondern im Subordinationsverhältnis erbrachte Arbeitsleistung, so dürfte auch ohne ausdrückliche Absprache ein *Arbeitsverhältnis* anzunehmen sein<sup>1090</sup>.

b) X. und Y. lebten gemeinsam während Jahren in einem Konkubinats. X. half während dieser Zeit im Restaurant-Betrieb ihres Lebenspartners mit. Da zwischen den Konkubinatspartnern insbesondere kein Subordinationsverhältnis bestand, *verneinte* das Gericht die Annahme eines *Arbeitsvertrages*<sup>1091</sup>.

c) In einem anderem Fall führten W. und L. seit Herbst 1971 einen gemeinsamen Haushalt. Ab Mai 1975 arbeitete W. auf Montage im Ausland und kehrte nur etwa alle zwei Monate für das Wochenende nach Hause zurück. Zuvor hatte er seiner ebenfalls erwerbstätigen Freundin im Hinblick auf seine Abwesenheit eine notariell beglaubigte Generalvollmacht ausgestellt. In der Folge liess er ihr jeweils sein Salär auszahlen. Ende 1976 wurde die Freundschaft aufgelöst. Danach beschritt W. den Rechtsweg zur Erstattung eines Teilbetrages der einkassierten Lohngehälter. Die Vorinstanz erkannte, dass einem Konkubinatsverhältnis eine einfache Gesellschaft zugrunde liegen könnte. Sie hielt es aber für fraglich, ob zwischen den Parteien während der Auslandabwesenheit des Klägers auch noch ein solches bestanden habe. Es

---

<sup>1089</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Verfügung und Urteil vom 19. Dezember 1996, Nr. U/AN960273, nicht veröffentlicht.

<sup>1090</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 1. September 1999, Nr. AN980490, bestätigt vom Obergericht Zürich am 9. Oktober 2000, Nr. U/O/LA990041; ZR 100 (2001), Nr. 69, S. 229 f.

<sup>1091</sup> Tribunal Cantonal du Jura, Urteil vom 18. Februar 1992, in: JAR 1994, S. 151 f.; vgl. Pra 2000 271 E. 2c.



schloss eine einfache Gesellschaft besonders deshalb aus, weil mit der Lohnverwaltung durch die Beklagte nicht gemeinsame Geschäfte der Parteien, sondern solche des Klägers zu besorgen gewesen seien. So gelangte die Vorinstanz zu einem *Auftragsverhältnis* gemäss Art. 394 ff. OR und im Besonderen zur Ablieferungspflicht der Beklagten nach Art. 400 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht führte aus, dass als Konkubinat im Allgemeinen nur ein auf längere Zeit beziehungsweise auf Dauer angelegtes Zusammenleben bezeichnet wird. Dieser Situation entspricht es, dass selbst längere Abwesenheit eines Partners, beispielsweise ein Spitalaufenthalt oder wie hier ein beruflich bedingter Auslandsaufenthalt, keineswegs die Auflösung der Gemeinschaft zu bedeuten braucht. Als der Kläger seine Arbeit im Ausland aufnahm, hatten die Parteien schon mehr als drei Jahre zusammengelebt. Der Kläger wusste zu diesem Zeitpunkt nicht, wie lange seine Auslandsabwesenheit dauern werde. In der Folge kehrte er etwa alle zwei Monate für ein Wochenende zur Beklagten zurück, und zwar – wie die Vorinstanz selbst sagt – nach Hause. Ferner wies die Tatsache, dass die Beklagte während der Auslandsabwesenheit des Klägers eine Generalvollmacht besass, auf ein anhaltendes Vertrauensverhältnis und auf ein Fortbestehen der Gemeinschaft hin. Das Bundesgericht bejahte deshalb ein Konkubinat und damit das Vorliegen einer *einfachen Gesellschaft* der Parteien bis Ende 1976. Das Bundesgericht hob hervor, dass trotz Vorliegens einer einfachen Gesellschaft nicht auszuschliessen ist, dass hinsichtlich der Lohngehälter zwischen den Parteien ein selbstständiges Inkassomandat vereinbart worden war. Es ist nämlich keineswegs aussergewöhnlich, dass im Rahmen einer einfachen Gesellschaft Leistungen erbracht werden, die für sich allein durchaus einem besonderen zweiseitigen Vertragstypus zuzuordnen wären. So kann ein Geldbeitrag eines Gesellschafters, für sich betrachtet, Darlehen oder Schenkung sein, eine Dienstleistung auf Arbeitsvertrag oder Auftrag schliessen lassen. Nur eine Gesamtwürdigung der Situation, nicht eine isolierte Betrachtung, führt zu einer befriedigenden Lösung. Auf Grund einer Gesamtwürdigung des Sachverhaltes ergab sich, dass die Inkassovereinbarung nicht auf einem selbstständigen Mandat beruhte, sondern im Rahmen der einfachen Gesellschaft erfolgte. Auf den Klageanspruch findet daher nicht Auftragsrecht Anwendung, sondern er ist nach den Liquidationsbestimmungen der *einfachen Gesellschaft* zu beurteilen<sup>1092</sup>.

d) In einem weiteren Fall lebten X. und Y. von 1969 an in eheähnlicher Gemeinschaft zusammen. Sie beabsichtigten zu heiraten, sobald Y. von seiner damaligen Ehefrau geschieden war. X. arbeitete als Ärzteberaterin und betätigte

---

<sup>1092</sup>

BGE 108 II 204.

sich ausserdem in der Pension ihres Partners. 1975 wurde die Pension in ein Hotel umgebaut, für dessen Leitung ein Wirtepatent erforderlich war, welches X. erwarb. Die beiden schlossen am 3. November 1975 einen Gerantenvertrag ab, mit welchem X. die Leitung des Hotels gegen ein monatliches Entgelt von CHF 2'800.00 übertragen wurde. Im Juni 1977 ging die Freundschaft in die Brüche. X. bezog mit der 1971 geborenen gemeinsamen Tochter eine eigene Wohnung und gab die Mitarbeit im Hotel auf. Gegen ein monatliches Entgelt von CHF 400.00 stellte sie bis Ende Dezember 1977 das Wirtepatent weiterhin zur Verfügung. Im Oktober 1979 klagte sie gegen Y. auf eine Entschädigung für ihre Arbeit im Betrieb des Beklagten. Für die Zeit vom November 1975 bis Juni 1977 leitete sie ihren Anspruch aus dem Gerantenvertrag ab; für die Zeit vorher berief sie sich auf Art. 320 Abs. 2 OR. In seinen Erwägungen hob das Gericht hervor, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren, sie würden heiraten, sobald der Beklagte die Scheidung von seiner damaligen Ehefrau erwirkt hätte. Sie fanden sich entsprechend zu einer umfassenden Lebensgemeinschaft zusammen. Diese beschränkte sich auch wirtschaftlich nicht auf die Bedürfnisse des gemeinsamen Haushaltes. So hat der Beklagte für die Klägerin eine Risikolebensversicherung abgeschlossen und überdies in Florida ein Grundstück gekauft, das der Klägerin bei seinem Tod zukommen sollte. Das Gericht erachtete es als offensichtlich, dass beide Partner den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Gemeinschaft erstrebten und gemeinsam auf dieses Ziel hinarbeiteten. Die Tätigkeit der Klägerin im Betrieb des Beklagten liess sich nicht aus diesem Rahmen herauslösen, weshalb der für die Anwendung des *Gesellschaftsrechts* notwendige Bezug zur Gemeinschaft als gegeben erschien<sup>1093</sup>.

## Fall 41: Kursleiter

S. war bei der D.-AG als EDV-Kursleiter tätig. In unregelmässigen Abständen mit zum Teil halbjährigen Lücken leitete S. jeweils ein- bis dreitägige EDV-Kurse. Die Kurse wurden durch die D.-AG organisiert und fanden in der Regel in ihren Schulungsräumen statt. Als Entgelt wurden pro Kurstag CHF 750.00 bzw. 850.00 vereinbart. Die Einsätze wurden mit S. jeweils einzeln verabredet. Der Kursleiter hatte gemäss detaillierten Anweisungen der Schulleitung zu instruieren. Der Kursleiter hatte den im Kurskatalog beschriebenen Stoff zu vermitteln. Hierbei hatte er die von der D.-AG zur Verfügung gestellten Kursunterlagen zu 100% zu benutzen; der Stoff war anhand der Folien zu

---

<sup>1093</sup> BGE 109 II 228, 230 E. 2b.

erläutern und mittels Übungen und Aufgaben aus den Kursunterlagen zu vertiefen. Im Kursleiterhandbuch waren der Unterrichtsstil und die Didaktik vorgeschrieben. Der Kursleiter war primär Repräsentant der D.-AG. Es war ihm strikte untersagt, für sich als Selbstständiger Werbung oder Akquisitionen zu machen. Der Kursleiter musste keine massgeblichen Investitionen tätigen. Das Delkredererisiko wurde von der D.-AG getragen. Dem Kursleiter wurde insofern ein gewisses Unternehmensrisiko übertragen, indem er keinen Anspruch auf Entlohnung hatte, wenn ein Kurs abgesagt wurde. Auf Grund der erwähnten Kriterien erkannte das Gericht auf das Vorliegen eines *Arbeitsvertrages*<sup>1094</sup>.

## Fall 42: Landwirt

Der betagte H. bewohnte in einer Liegenschaft eine Zweizimmerwohnung und führte den angegliederten Landwirtschaftsbetrieb. E. wohnte seit über 20 Jahren mit seiner Familie im gleichen Haus in einer Fünfstückwohnung. H. war auf Grund seines Alters vermehrt auf die Hilfe der Mitbewohner angewiesen. E. half insbesondere bei Feld- und Stallarbeiten. Das Gericht grenzte den Auftrag vom Arbeitsvertrag ab. Dabei stellte es nicht auf den Inhalt der Tätigkeit, das zeitliche Element und die Frage der Entgeltlichkeit ab. Es erachtete die unterschiedliche rechtliche Subordination grundsätzlich als massgebend. Hier betrachtete es als entscheidend, ob E., der seine Arbeiten weit gehend selbstständig durchführte, diese innerhalb der Betriebsorganisation unter der Kontrolle von H. entfaltete oder ausserhalb dieser Organisation gemäss den Weisungen von H.

Nachdem E. seit November 1990 rund 75% der im landwirtschaftlichen Betrieb von H. anfallenden Arbeiten verrichtete und diese im engen Zusammenhang mit dem Betrieb von H. standen, bejahte das Gericht angesichts der Dauer und Beständigkeit der Beziehungen zwischen den Parteien die Eingliederung in den Betrieb von H. Es schloss ausdrücklich die notwendige Eigenständigkeit der Tätigkeiten des Auftragsverhältnisses und blosse Gefälligkeit aus und erkannte auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1095</sup>.

---

<sup>1094</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Urteil vom 5. Juni 2001, Nr. AN000851/U2, nicht veröffentlicht.

<sup>1095</sup> Bundesgericht, Urteil vom 4. Februar 2000 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 25. Mai 1999), in: JAR 2001, S. 135 ff.

## Fall 43: Lastwagenchauffeur

Am 17. Oktober 1985 engagierte die Gesellschaft P. den Fahrer F. als Chauffeur. Dem Fahrer wurde ein Lastwagen zur Verfügung gestellt. Als Lohn erhielt er pauschal CHF 150.00 pro Tag. Über Nacht nahm er den Lastwagen mit nach Hause. Der Fahrer hatte die Fahrten gemäss den Instruktionen von P. durchzuführen, die er sich regelmässig abends telefonisch zu beschaffen hatte. Obwohl von den Lohnzahlungen keine Sozialabgaben abgezogen wurden und dem Fahrer eine gewisse Organisationsfreiheit betreffend seiner Arbeitsleistung zukam, erkannte das Gericht auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1096</sup>.

## Fall 44: Lastwagenchauffeur mit Lastwagenkauf

Die Parteien schlossen am 17. März 1993 einen Vertrag bezüglich des Kaufs eines Lastwagens sowie einen Fahrvertrag ab. Der Fahrer ging davon aus, dass er, wenn er den Lastwagen kaufte, vielleicht 2 bis 3 Stunden mehr arbeiten musste, dafür aber mehr verdiente. Seine Motivation zum Abschluss des Fahrvertrages war somit, einen höheren Verdienst zu erzielen als bei einer Anstellung im Monatslohn. Das Gericht untersuchte die einzelnen Ziffern des Vertrages:

Gemäss Ziffer 3 war es dem Fahrer verboten, während der Vertragsdauer ohne Zustimmung der Gesellschaft fremde Transporte auszuführen. Selbst wenn von Seiten der Gesellschaft keine Aufträge kamen, war der Vertragsfahrer verpflichtet, drei volle Werktage abzuwarten, bis er Fremdaufträge annehmen durfte. Umgekehrt musste die Gesellschaft nur einen Tag vorher melden, wenn sie wiederum Arbeit an den Vertragsfahrer zu vergeben hatte. Auf Grund dieser Bestimmung hielt das Gericht fest, dass der Vertragsfahrer in einem gewissen Subordinationsverhältnis zur Gesellschaft stand. Es verblieben ihm aber im Vergleich zu den angestellten Chauffeuren mehr Freiräume. Er war nicht an die Arbeitszeiten der Gesellschaft gebunden. Er war auch nicht in einer Weise in die Arbeitsorganisation der Gesellschaft eingebunden, die ihm nicht erlaubten, noch andere Aufträge anzunehmen.

Auf Grund von Ziffer 6 des Fahrvertrages war der Vertragsfahrer verpflichtet, sämtliche Instruktionen der Gesellschaft strikte einzuhalten. Das Gericht hielt fest, dass, soweit die Weisungen den Ablauf einer Tour betrafen, diese im Rahmen eines Auftragsverhältnisses möglich sind.

---

<sup>1096</sup> Cour mixte des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 4. Dezember 1986, in: JAR 1987, S. 87 f.

Gemäss Ziffer 4 des Fahrvertrages war die Gesellschaft für die Abrechnung mit dem Kunden verantwortlich. Darin sah das Gericht ein gewisses Unterordnungsverhältnis des Vertragsfahrers.

Auf Grund von Ziffer 11 des Fahrvertrages war die Gesellschaft auf Rechnung des Vertragsfahrers berechtigt, Prozesse gegen den Kunden zu führen, und der Vertragsfahrer hatte die Prozessführung und das Urteil gegen die Gesellschaft als für sich verbindlich anzuerkennen. Auch darin sah das Gericht ein gewisses Subordinationsverhältnis. In Ziffer 9 des Fahrvertrages vereinbarten die Parteien eine Kündigungsfrist. In Ziffer 10 wurde dem Vertragsfahrer ein Konkurrenzverbot auferlegt. Der Vertragsfahrer hatte schliesslich sein Fahrzeug in der Werkstatt der Gesellschaft zu warten und es in Farbe und Logo der Firma der Gesellschaft zu halten. Diese Bestimmung verunmöglichten es dem Vertragsfahrer jedoch grundsätzlich nicht, auch andere Aufträge anzunehmen.

Nicht für einen Arbeitsvertrag, sondern Auftrag sprach gemäss dem Gericht Ziffer 1 des Fahrvertrages, wonach der Vertragsfahrer das Fahrzeug und damit das Arbeitsgerät zur Verfügung zu stellen hatte. Ebenso wurde in dieser Ziffer den Vertragsfahrern erlaubt, Hilfspersonen beizuziehen. Ziffer 2 des Fahrvertrages legte fest, dass der Vertragsfahrer bei Fahrten ins Ausland für die erforderlichen Dokumente und für die Erfüllung der vom betreffenden Land vorgeschriebenen Bedingungen zur Durchführung der Transporte zu sorgen hatte. Gemäss Ziffer 8 haftete der Vertragsfahrer für alle Verluste und Beschädigungen, für welche die Versicherungsgesellschaft die Haftung ablehnte. Er hatte zudem die Prämien für eine entsprechende Versicherung selber zu tragen. Ferner hatte er die Kosten für Zollabfertigungen, Strassensteuern, Tunnelkosten etc. zu tragen. Das Gericht erkannte, dass auf Grund dieser Vertragsbestimmungen der Vertragsfahrer ein unternehmerisches Risiko trug.

Im Fahrvertrag fehlten schliesslich Bestimmungen betreffend Arbeitszeiten, Ferien, Spesen, der Probezeit sowie der Bestimmungen über die Sozialversicherungen wie AHV, ALV und Pensionskasse.

In Würdigung der erwähnten Umstände kam das Gericht zum Schluss, dass der vorliegende Fahrvertrag *nicht* als *Arbeitsvertrag* zu qualifizieren war<sup>1097</sup>.

---

<sup>1097</sup> Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, Urteil vom 21. Mai 1996 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Liestal vom 7. September 1995), in: JAR 1998, S. 107 - 114.

## Fall 45: Magier

Der Künstler K. verpflichtete sich in einem Engagement-Vertrag mit dem Cabaret C., das von ihm ausgearbeitete und auf seine Person zugeschnittene Programm „Poetische Fantasie“ im Rahmen der Abendunterhaltung und in den Lokaltäten von C. vorzuführen. Im Vertrag war an keiner Stelle vermerkt, dass K. Weisungen von C. entgegenzunehmen hätte. Die Einflussnahme von C. beschränkte sich darauf, dass K. seine täglichen Shows nur nach Absprache mit der Direktion von C. präsentieren durfte. Der zu beurteilende Vertrag wies Begriffsmerkmale des Arbeitsvertrages auf, so der AHV-Abzug und die feste Vertragsdauer. Diese arbeitsvertraglichen Merkmale traten jedoch gegenüber den anderen Merkmalen stark zurück, die insbesondere kein Subordinationsverhältnis begründeten, weshalb ein *Arbeitsvertrag auszuschliessen* war<sup>1098</sup>.

## Fall 46: Management-Vertrag

Durch einen Management-Vertrag übertrug Z. als Interpretin dem Talentstudio das ausschliessliche Recht ihres „Managements für Auftritte und Produktionen jeder Art“. Das Studio war allein berechtigt, diesbezügliche Verträge in eigener Kompetenz abzuschliessen. Frau X. verpflichtete sich, die Interpretin für öffentliche Auftritte zu schulen und den Kontakt mit Schallplattenproduzenten herzustellen, sie bei Radio-, Fernsehanstalten des In- und Auslands bekannt zu machen sowie ihre künstlerischen und finanziellen Interessen zu vertreten. Z. versprach insbesondere, allen Anweisungen des Studios Folge zu leisten, angebotene Titel zu übernehmen, Vereinbarungen über Auftritte zu erfüllen, Termine einzuhalten und während der Dauer des Vertrages so unabhängig zu sein, dass sie bei Bedarf verfügbar war. Sie verpflichtete sich zudem, dem Studio aus allen Gagen und Lizenzeinnahmen ein Manager-Honorar bis 40% zu bezahlen. Das Vertragsverhältnis sollte fünf Jahre dauern. Für den Fall, dass Z. den Vertrag nicht einhielt, wurde eine Konventionalstrafe vorgesehen. Das Gericht erkannte, dass der streitige Management-Vertrag sich nicht ohne weiteres einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus unterstellen liess, da die

---

<sup>1098</sup> Arbeitsgericht Zürich, Beschluss vom 25. April 1984, in: Entscheidungen 1983 und 1984, S. 4 = ZR 84 Nr. 107 = JAR 1986, S. 70; zitiert in: Jurisdiction des Prud'hommes, Cour mixte de Genève, Urteil vom 23. Mai 1989, in: JAR 1990, S. 113, 115; ebenso zitiert in: Obergericht Basel-Landschaft, Urteil vom 19. November 1996, in: JAR 1998, S. 100, 102.

Parteien verschiedenartige Verpflichtungen übernommen hatten, die mehrere Vertragsarten ins Auge fassen liessen. Das Gericht schloss einen Vertrag auf Arbeitsleistung *sui generis* aus. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass ein Vertrag Elemente von zwei gesetzlichen Vertragsarten enthält. Der Vertrag war weder Einzelarbeitsvertrag noch Werkvertrag. Näher zu prüfen waren folglich die einfache Gesellschaft und der Auftrag. Die einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Schliessen sich nur zwei Personen zusammen, so nähert die einfache Gesellschaft sich dem zweiseitigen Vertrag. Bei einer einfachen Gesellschaft werden durch den Vertragszusammenschluss jedoch gemeinsame Interessen gefördert. Bei synalagmatischen bzw. zweiseitigen Verträgen sind hingegen Interessengegensätze zwischen den Vertragsparteien typisch. Im vorliegenden Fall sollten die Einnahmen aus den Verträgen mit Dritten nicht in ein gemeinsames Vermögen fliessen. Die Vertragspartnerin bestimmte darüber, wann die Künstlerin aufzutreten hatte, was sie zu singen hatte und welche Gage sie beanspruchen sollte. Alle unmittelbaren Auslagen für Studiomieten, Erstellen von Playbacks, Erschaffung von Fotos und Fanpostkarten etc. gingen zu Lasten der Vertragspartnerin und waren von ihr zum Voraus zu bezahlen. Das Gericht erkannte, dass die Vertragspartnerin gemäss Management-Vertrag fast unbeschränkt über die Künstlerin verfügen durfte. Eine derart weit gehende Entscheidungsbefugnis der Vertragspartnerin ist völlig atypisch für einen Agenturvertrag. Fällt der Management-Vertrag somit unter keinen anderen gesetzlichen Vertragstypus auf Arbeitsleistung, so ist er gemäss Art. 394, Abs. 2 OR als *Auftrag* zu qualifizieren<sup>1099</sup>.

## Fall 47: Managing Director

S. wurde durch ein Schreiben seine Tätigkeit als Managing Director bestätigt. Zu seinem Tätigkeitsgebiet gehörten insbesondere die Administration, Marktforschung, das Personal, die Kundenbeziehungen und die Beziehungen mit den Mitarbeitern. In der Abgrenzung zwischen Agent und Handelsreisendem strich das Gericht hervor, dass S. nicht bloss Verkäufer war, sondern vielmehr ein Kadermitglied innerhalb des Organigramms der Gruppe. Das Gericht erkannte auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Dies insbesondere weil S. nicht das geringste Risiko einer unabhängigen Tätigkeit trug. Die Tatsache, dass keine Sozialversicherungsabgaben seitens des

---

<sup>1099</sup> BGE 104 II 108.

Arbeitgebers getätigt wurden und dass S. teilweise in gewissen Dokumenten als selbstständig deklariert wurde, änderten an der Bejahung eines *Arbeitsverhältnisses* nichts<sup>1100</sup>.

## **Fall 48: Managing Director und einziger Verwaltungsrat**

X. arbeitete zunächst als Berater für die Y.-AG. Danach übernahm er gemäss einem neuen Vertrag als Managing Director die Geschäftsleitung der Y.-AG und wurde schliesslich ihr einziger Verwaltungsrat. X. war vollständig von den Weisungen der Mehrheitsaktionärin der Y.-AG abhängig und ihr zur Berichterstattung verpflichtet. Er hatte sich an ein detailliertes Pflichtenheft zu halten. Ihm wurden Arbeitszeit und Arbeitsort vorgeschrieben. Darin erkannte das Gericht die Eingliederung von X. in den Betrieb der Y.-AG, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprach. Ausschliesslich arbeitsrechtlicher Natur war sodann die Abrede der Parteien bezüglich einer Kündigungsfrist, weil der einfache Auftrag zwingend den jederzeitigen Widerruf gemäss Art. 404 OR vorsieht wie auch der ausdrückliche Vorbehalt fristloser Vertragsauflösung nach Art. 337 OR. Das Gericht nahm einen *Arbeitsvertrag* an<sup>1101</sup>.

## **Fall 49: Mandatsvertrag**

J. arbeitete ab 1. Mai 1994 in der Funktion als Geschäftsführer bei dem Sportclub B. regelmässig während mindestens zwei Arbeitstagen pro Woche zu einer täglichen Pauschalentschädigung. Der von den Parteien abgeschlossene Mandatsvertrag sowie dessen tatsächliche Ausgestaltung ergaben keine Eingliederung von J. im Betrieb von B. So führte das Gericht aus, dass der Gebrauch des Arbeitsplatzes im Sekretariat von B. sowie die Pflicht zur regelmässigen Orientierung der Clubleitung eine selbstständige Tätigkeit von J. so wenig ausschlossen, wie die regelmässige Absprache betreffend Arbeitserledigung mit der Sekretärin eine Weisungsbefugnis belegen konnte.

---

<sup>1100</sup> Chambre d'appel des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 11. September 1996 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des Prud'hommes de Genève vom 25. Januar 1996), in: JAR 1997, S. 90 - 95.

<sup>1101</sup> Bundesgericht, Urteil vom 21. März 1995 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts Zürich vom 17. Januar 1994) in: JAR 1996, S. 95 ff.



Ebenso *gegen* einen *Arbeitsvertrag* sprachen die bloss teilzeitliche Beschäftigung und die Duldung eines weiteren Arbeitgebers<sup>1102</sup>.

## Fall 50: Nachtcluborchester

Am 15. Mai 1991 hatten die Parteien einen Engagement-Vertrag unterzeichnet, gemäss welchem das Orchester F. dazu verpflichtet wurde, im Nachtclub X. während des Monats Februar 1992 Ballmusik zu spielen. Die Tagesentschädigung betrug CHF 800.00. Ohne im Detail auf einzelne Merkmale einzugehen, entschied das Gericht, dass aus dem Vertrag genügend Elemente abgeleitet werden können, die ein Unterordnungsverhältnis begründen, sodass ein *Arbeitsvertrag* bejaht wurde<sup>1103</sup>.

## Fall 51: Nachtclubtänzerin

Die Tänzerin S. war während Jahren im Nachtclub der C.-AG als Aushilfstänzerin und Hostess bzw. Animierdame tätig. Das Gericht erkannte, dass die beschränkte Selbstständigkeit der Tänzerin bei dem effektiven Arbeitseinsatz nicht als Selbstständigkeit im Sinne des Auftrages bezeichnet werden kann. Da S. als Tänzerin im Nachtclub beliebig austauschbar war, verneinte das Gericht das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses und Werkvertrages. S. war in den Räumlichkeiten der C.-AG tätig, welche ihr die gesamte Infrastruktur (Beleuchtung, Musikanlagen, Bühne) zur Verfügung stellte. Die C.-AG entrichtete Lohn, erstellte die Lohnabrechnung und tätigte die Sozialversicherungsbeiträge. Aus diesen Gründen lag ein *Arbeitsverhältnis* vor<sup>1104</sup>.

---

<sup>1102</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 21. März 1996, in: Jahresbericht 1996/97 des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt, S. 5, in JAR 1998, S. 114 f.

<sup>1103</sup> Tribunale d'Appello del Cantone Ticino, Urteil vom 12. Dezember 1995 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichtes Lugano vom 4. September 1995), in: JAR 1996, S. 101 - 103.

<sup>1104</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Urteil vom 8. Februar 1999, Nr. U1/AN970359, nicht veröffentlicht.

## Fall 52: Opernsänger

a) Das Theater T. und der Opernsänger R. schlossen einen Vertrag betreffend Auftritt von R. im Rahmen einer Operninszenierung unter der Leitung des Theaters. Dabei konnte R. nicht als Solist mit eigenem Programm auftreten, sondern musste sich zusammen mit weiteren gleichgestellten Opernsängern dem T. unterordnen. Diese Unterordnung zeigte sich insbesondere darin, dass R. an sämtlichen Proben teilzunehmen hatte. Er hatte sich an die Anweisungen des Regisseurs, des Orchesterleiters und des Choreographen zu halten. Ferner durfte er in der Öffentlichkeit keine Stellungnahmen betreffend Tätigkeit des Theaters abgeben. Es war R. untersagt, ohne ausdrückliche Erlaubnis des Theaterdirektors Interviews zu geben. Das Theater suchte für R. die Kostüme, Perücken und Schuhe aus. Der Vertrag war ausdrücklich dem Arbeitsrecht unterstellt worden und beinhaltete eine entsprechende Gerichtsstandsklausel. Während der Vertragsdauer durfte R. nicht anderweitig als Künstler auftreten. Schliesslich durfte er während der Zeit der Aufführungen Genf nicht verlassen. Auf Grund dieser Umstände nahm das Gericht einen *Arbeitsvertrag* an<sup>1105</sup>.

b) In einem anderen Fall schloss ein Produzent für die von ihm zu inszenierende Oper mit den einzelnen Künstlern schriftliche Vereinbarungen ab. Diese sahen jeweils vor, dass die Sänger mit vollständig studierter Partie zum datumsmässig fixierten Probenbeginn zu erscheinen hatten. Der Vertrag legte die Anzahl garantierter Vorstellungen fest und sicherte den Engagierten ausserdem für die Zeit der Proben und Vorstellungen kostenlose Unterkunft zu. Das vereinbarte, gestaffelt auszahlende Entgelt enthielt eine betragsmässig fixierte Probenentschädigung, das Honorar sowie eine Spesen- und Aufwandsentschädigung. Für zusätzliche Vorstellungen war ein spezielles Entgelt vereinbart worden.

Bei den engagierten Künstlern handelte es sich um solche, die noch keinen internationalen Ruhm genossen, sondern erst durch die fragliche Oper berühmt werden sollten. Das Gericht erkannte, dass im vorliegenden Fall dem Produzenten gegenüber den Künstlern ein erhebliches Weisungsrecht zukam, soweit dies die künstlerische Interpretation der Partien betraf. Das Gericht unterstrich, dass der vorliegende Fall sich deutlich von Verträgen unterschied, die sich auf die Fixierung der Zeit der Aufführung sowie der Entschädigung beschränken und bei denen der engagierte Künstler (z. B. ein international

---

<sup>1105</sup> Jurisdiction des Prud'hommes, Cour mixte de Genève, Urteil vom 23. Mai 1989 (Bestätigung des Urteils der Chambre d'Appel de Genève vom 22. Februar 1989), in: JAR 1990, S. 113 ff.

bekannter Opernstar) sein fertiges, selbstständig erarbeitetes Programm aufführt, ohne dass der Vertragspartner auf dessen inhaltliche Gestaltung Einfluss nehmen könnte. Das Gericht betrachtete das für die Annahme eines *Arbeitsvertrages* entscheidende Weisungsrecht des Arbeitgebers (hier des Produzenten) als gegeben. Dass der Vertrag selbst nicht als Arbeitsvertrag bezeichnet wurde und sowohl die Dauer der Verpflichtung wie die Entlohnung nicht einem gänzlich klassischen Arbeitsvertrag entsprachen, änderte daran nichts. Die Tatsache, dass die Parteien keine Abrede über die Sozialversicherungsbeiträge getroffen hatten, erachtete das Gericht ebenfalls als nicht massgeblich<sup>1106</sup>.

### Fall 53: Partnerschaftsvertrag

S. war von November 1996 bis zum 30. April 1997 im Hotel F. des B. als Direktor tätig. Anfänglich bestand keine schriftliche Vereinbarung über das Vertragsverhältnis. Mit Datum vom 18. Februar 1997 schlossen die Parteien einen Partnerschaftsvertrag ab. Das Gericht hielt fest, dass bei der Abgrenzung zwischen einem Arbeitsvertrag und der einfachen Gesellschaft Schwierigkeiten entstehen können, weil eine einfache Gesellschaft bereits von zwei Personen gegründet und der Beitrag eines Gesellschafters auf Arbeit gemäss Art. 531 Abs. 1 OR mit Beteiligung bloss am Gewinn gemäss Art. 533 Abs. 2 OR beschränkt werden kann. Massgebendes Abgrenzungskriterium bleibt das Subordinationsverhältnis. Ist der Arbeitende in einem Unterordnungsverhältnis zum Vertragspartner und hat keinen Einfluss auf die Geschäftsführung, insbesondere kein umfassendes Kontrollrecht, so ist ein Einzelarbeitsvertrag anzunehmen<sup>1107</sup>. Arbeitsvertragliche Elemente im vorliegenden Partnerschaftsvertrag waren die Gewinnbeteiligung des Klägers (keine Verlustbeteiligung), die Krankheits- und Unfalohnregelung, die Ferienlohnregelung, und dass der Kläger bei Ferienbezug auf die Interessen des Betriebes Rücksicht nehmen musste. Die Salärregelung, wonach S. das Salär in CHF 5'000.00 pro Monat und CHF 60'000.00 jeweils Ende Jahr bezog, sprach gegen einen Arbeitsvertrag. Ebenso die Wortwahl „Partnerschaftsvertrag“ und „Partner“ sprechen gegen einen Arbeitsvertrag. Ferner sah der Vertrag die Möglichkeit der beidseitigen jederzeitigen Auflösung des Vertrages ohne

---

<sup>1106</sup> Obergericht Basel-Landschaft, Urteil vom 19. November 1996 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Arlesheim vom 7. September 1995), in: JAR 1998, S. 100 - 103.

<sup>1107</sup> STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 59 f. zu Art. 319 OR.

Kündigungsfrist vor, die Vereinbarung gleicher Rechte und Pflichten sowie des gleichen Lohnes. Als Ziel des partnerschaftlichen Vertrages wurde festgelegt, dass dem Hotel F. unter Nutzung der langjährigen Erfahrung des Klägers durch kompetente Führung zu einem guten Ansehen und angemessener Rentabilität zu verhelfen ist. Damit schien als Zweck ein Arbeitserfolg geschuldet gewesen zu sein, der ebenfalls gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses sprach. Gemäss Ansicht des Gerichtes überwogen die Elemente, die gegen einen Arbeitsvertrag sprachen, sodass auf *kein Arbeitsverhältnis* erkannt wurde<sup>1108</sup>.

## Fall 54: Platzwartvertrag

Auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung war P. als Platzwart für den Sportclub X. tätig. Für die vertraglich umschriebenen Leistungen wurde eine Pauschalentschädigung pro Spielsaison vereinbart. Das Gericht erkannte zusammenfassend, dass die unbestimmte Vertragsdauer auf einen Arbeitsvertrag hinwies. Es führte ferner aus, dass die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit (P. hatte nur einen relativ kleinen Teil seiner Arbeitskraft aufzuwenden), die Bestimmung des Zeitaufwandes nach der erforderlichen Leistung und nicht die Leistung nach der zur Verfügung stehenden Zeit, das Stellen von Material auf eigene Rechnung, die Bezahlung aller Sozialversicherungsbeiträge und der Abschluss einer Kranken- und Unfallversicherung durch P. sowie der ausdrückliche Hinweis auf die selbstständige Erwerbstätigkeit von P. im Vertrag in überwiegender Weise für einen *einfachen Auftrag* sprachen<sup>1109</sup>.

## Fall 55: Praktikant beim Kanton Basel-Stadt

U. wurde durch einen Anstellungsvertrag für provisorisch oder aushilfsweise angestellter Mitarbeiter von Basel-Stadt auf Grund der Verordnung vom 5. Juni 1973 vom Kanton Basel-Stadt als Sozialpädagogenpraktikant angestellt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung untersteht das Rechtsverhältnis

---

<sup>1108</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Verfügung vom 15. September 1997, Nr. U/AN970545, nicht veröffentlicht, bestätigt vom Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Beschluss vom 6. März 1998, Nr. U/O/LS970009, nicht veröffentlicht.

<sup>1109</sup> Obergericht des Kantons Luzern vom 23. April 2002, in: ZBJV 139 (2003) 132 - 135.

zwischen dem Gemeinwesen als Arbeitgeber und dem Bediensteten grundsätzlich dem öffentlichen Recht<sup>1110</sup>.

Eine Unterstellung des Vertragsverhältnisses zwischen Mitarbeiter und Staat unter das Privatrecht ist nur dann zulässig, wenn eine entsprechende Ermächtigung des Gesetzgebers vorliegt oder sich dies aus zwingenden Gründen geradezu aufdrängt<sup>1111</sup>. Damit steht die Begründung privatrechtlicher Arbeitsverträge nicht im freien Belieben der Verwaltung<sup>1112</sup>. Das Gericht erkannte, dass im vorliegenden Fall keine entsprechende Ermächtigung des Gesetzgebers vorlag. Die im Titel des Vertragsverhältnisses genannte Verordnung betreffend Dienstverhältnisse von provisorisch oder aushilfsweise angestellten Mitarbeitern des Kantons Basel-Stadt vom 5. Juni 1973 sah in § 1 Abs. 1 ausdrücklich vor, dass diese keine Anwendung auf Praktikanten habe.

Im weiteren Text der Vereinbarung waren keinerlei Anhaltspunkte für die Unterstellung des Dienstverhältnisses unter das Privatrecht zu finden. Auf Grund des Umstandes schliesslich, dass die Bemessung des Lohnes nicht in der Disposition der Parteien lag, sondern sich nach dem Lohngesetz richtete, *verneinte* das Gericht das Vorliegen eines privatrechtlichen *Arbeitsverhältnisses*<sup>1113</sup>.

## Fall 56: Rahmenvertrag

B. wurde von D. mittels Rahmenvertrag bei einem Pipeline-Bau als Hilfsarbeiter eingesetzt. B. war in eine bestehende Organisation eingebunden und unterstand dem Weisungsrecht von D. Das Gericht hielt fest, dass, wer in solch einer untergeordneten Position arbeitet, dies kaum als selbstständig Erwerbender tut. Insbesondere bei einem Einsatzgebiet wie dem Pipeline-Bau, wo sich Konstruktionsfehler später dramatisch auswirken können, ist es unvorstellbar, einen Hilfsarbeiter selbstständig ohne strenge Qualitätskontrolle

---

<sup>1110</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 18. Dezember 1996, in: Jahresbericht 1996/97 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, 1 = JAR 1998, S. 97, mit weiteren Verweisen.

<sup>1111</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 18. Dezember 1996, in: Jahresbericht 1996/97 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, 1 = JAR 1998, S. 98, mit weiteren Verweisen.

<sup>1112</sup> Vgl. BJM 1988, S. 29; Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 18. Dezember 1996, in: Jahresbericht 1996/97 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, 1 = JAR 1998, S. 98, mit weiterem Verweis.

<sup>1113</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 18. Dezember 1996, in: Jahresbericht 1996/97 des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, 1 = JAR 1998, S. 97 - 100.

und Aufsicht arbeiten zu lassen. B. arbeitete jede Woche zwischen 30 und 70 Stunden bei D. Im Durchschnitt entsprach sein Arbeitspensum sicherlich einer 100 Prozent-Anstellung. Damit war B. von D. wirtschaftlich abhängig, da er nicht mehr an einem anderen Ort arbeiten konnte. Im Vertrag war ferner von „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsstunden“ die Rede. Die Bezeichnung des Vertrages als „Rahmenvertrag“ sei eine gängige Formulierung für Verträge über Arbeit auf Abruf. Die Höhe des vereinbarten Stundenlohnes von CHF 30.00 pro Stunde war dadurch zu relativieren, dass B. von diesem Stundenlohn gemäss Rahmenvertrag sämtliche Sozialleistungen zu bezahlen hatte. Aus dem Umstand allein, dass B. bei dem Amt für Sozialversicherung das Formular, welches er zusammen mit D. ausgefüllt hatte, zur Anmeldung als Selbstständiger unterschrieben hat, ist für sich allein noch nicht aussagekräftig, solange möglich ist, dass B. der Unterschied zwischen Auftrags- und Arbeitsverhältnis gar nicht bekannt war. Das Gericht erkannte auf Grund der erwähnten Kriterien auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1114</sup>.

## **Fall 57: Rechtsanwalt**

Ein Rechtsanwalt war Berater verschiedener im Immobiliensektor wirkender Gesellschaften. Am 4. April 1977 traf er mit X. mündliche Absprachen, auf Grund welcher er in Immobiliengeschäften Dienste zu leisten hatte. Diese Dienstleistungen übte er in den Büroräumen einer Gesellschaft aus, in denen auch X. sein Büro hatte. Er erhielt von diesem für seine Arbeit Weisungen und wurde von ihm beaufsichtigt. Die Geschäfte betrafen verschiedene der vom Rechtsanwalt beratenen Gesellschaften. X. gab einer dieser Gesellschaften die Weisung, dem Rechtsanwalt monatliche Zahlungen von CHF 9'000.00 nebst Spesen gemäss Rechnungsstellung durch den Rechtsanwalt zu überweisen. Das Gericht meinte, dass von den vom Gesetz geregelten Arbeitsleistungsverträgen für das Verhältnis der Parteien nur entweder Auftrag oder Arbeitsvertrag in Betracht käme. Für die Abgrenzung ist ausschlaggebend, ob die Arbeit des Leistenden einer gewissen Kontrolle seitens der Gegenpartei unterworfen ist, d. h. ob die Arbeitsleistung im Wesentlichen fremdbestimmt und nicht bloss fremdnützig ist. Demgegenüber treten alle weiteren Momente, insbesondere auch das Zeitmoment, in den Hintergrund. Das Gericht erachtete es als belanglos, dass der Rechtsanwalt monatliche Rechnungen erstellte. Das musste er auch bei dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages mindestens bezüglich der Spesen tun. Ebenso unbeachtlich war der Umstand, dass die auf den

---

<sup>1114</sup>      Arbeitsgericht Brugg, Urteil vom 20. November 1998, nicht veröffentlicht.

Arbeitnehmer entfallenen Anteile an den Sozialversicherungsprämien nicht abgezogen wurden. Das Gericht erkannte auf Grund der vorliegenden Fakten auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1115</sup>.

## Fall 58: Restaurantorchester

Mit Vertrag vom 29. März 1994 engagierte B. für sein Restaurant eine Gruppe von vier algerischen Musikern. Der Vertrag wurde für 8 Monate zu 4 Stunden Einsatz pro Tag, begrenzt auf maximal 30 Stunden pro Woche, abgeschlossen. Das Monatssalär für das Orchester betrug CHF 5'000.00 zuzüglich Naturalbezüge, Essen, Logis sowie übrige Konsumationen. Der Vertrag sah vier Wochen Ferien pro Jahr vor, die als 7,69% des Salärs ausgewiesen wurden.

Gemäss Rechtsprechung ist ein Vertrag, der das Engagement eines Artisten oder eines Orchesters zum Gegenstand hat, als Arbeitsvertrag und/oder Unternehmensvertrag bzw. Innominatkontrakt zu qualifizieren. Der Vertrag hatte ausdrücklich den Terminus Salär benutzt, und er hatte die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie die Bezahlung der Überstundenarbeit in Übereinstimmung mit dem Arbeitsrecht vorgesehen. Ferner hatte er ein Recht auf Ferien zugestanden. Zudem bestand ein Konkurrenzverbot. Das Merkmal der Subordination trat in Vertragsbestimmungen wie der Vorschrift betreffend Pausen oder Einhaltung einer strikten Disziplin sowie einer möglichen Hausordnung hervor. Diese Elemente führten zur Bejahung eines *Arbeitsvertrages*<sup>1116</sup>.

## Fall 59: Schauspieler

Mit der Gegenzeichnung eines Briefes des Filmproduzenten und Regisseurs X. durch den Adressaten Schauspieler S. kam ein Vertrag bezüglich der Rolle des Hauptdarstellers im Film Y. zustande. Der Vertrag unterteilte die Arbeitsleistung in zwei Phasen. Während der Vorbereitungsphase waren vorgezogene Drehtermine, Drehbuchlesungen, Kostüm- und Maskenproben sowie der Aufenthalt in Z. vorgesehen. Die Tätigkeit während der Hauptphase war mit „sechswöchige Dreharbeiten“ umschrieben. Im zu beurteilenden Fall

---

<sup>1115</sup> ZR 80 Nr. 2 = JAR 1983, S. 70 ff.

<sup>1116</sup> Bundesgericht, Urteil vom 21. Oktober 1996 (teilweise Aufhebung des Urteils der Chambre d'Appel des Prud'hommes Genève vom 29. Februar 1996), in JAR 1997, S. 87 und S. 185 ff.

zeigte sich, dass S. als Schauspieler auswechselbar war. Die Bestimmung des Arbeitsergebnisses war nicht allein oder auch nur in erster Linie Sache des Schauspielers, sondern hing vor allem vom Drehbuch und von den Vorstellungen des Regisseurs ab. Es war notorisch, dass die Einstellungen mehrmals durchgespielt wurden, bis alles klappte und der Regisseur zufrieden war. So sah der Vertrag insbesondere vor, dass die Entscheidung über die inhaltliche, künstlerische und technische Gestaltung ausschliesslich dem Produzenten/Regisseur zustand. Im konkreten Fall war die zu erbringende Arbeitsleistung untergeordneter Teil eines Ganzen, in dessen Rahmen der Schauspieler sich mehr oder weniger den Weisungen des Regisseurs zu fügen hatte. Ein Hauptdarsteller hat sicher mehr Freiheit und Mitspracherecht als ein Statist, aber auch er muss sich eingliedern. Somit ist auch der Hauptdarsteller Arbeitnehmer. Zusammenfassend hielt das Gericht fest, dass zwischen den Parteien ein *Arbeitsvertrag* zustande kam, da sich S. mit seiner Tätigkeit als Schauspieler stark in den Gesamt Ablauf integrieren musste. Er war weisungsabhängig und austauschbar mit der Folge, dass demgegenüber seine Leistung als Künstler in den Hintergrund trat<sup>1117</sup>.

## Fall 60: Schiffskapitän/Heuervertrag

Im Vertrag vom 18. Juli 1991 wurde K. als Kapitän des Schiffs Amadeus angeheuert. Das Gericht erkannte auf einen *Arbeitsvertrag*, ungeachtet der Bezeichnung Auftrag sowie der Tatsache, dass K. über wichtige Spezialkenntnisse im maritimen Bereich verfügte<sup>1118</sup>.

## Fall 61: Schneiderin

M. führte für die Gesellschaft V. Änderungen bei gekauften Kleidungsstücken durch. Sie hatte für ihre Arbeit nicht zu garantieren. Sie arbeitete jeweils Montag, Mittwoch und Freitag bei V. im Atelier und Dienstag und Donnerstag zu Hause. Die Änderungen wurden nach einer Preisliste abgerechnet. M. stellte

---

<sup>1117</sup> Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 20. November 1987, in: JAR 1988, S. 109 ff.

<sup>1118</sup> Chambre d'Appel des Prud'hommes du Canton de Genève, Urteil vom 12. Dezember 1995 (teilweise Aufhebung des Urteils des Tribunal des Prud'hommes de Genève vom 4. November 1994), in: JAR 1996, S. 103/104. Vgl. ebenso Tribunal des Prud'hommes du Canton de Genève, Urteil vom 27. Juli 1990, in: JAR 1991, S. 326 ff. insbesondere hinsichtlich des anwendbaren Rechts im internationalen Verhältnis betreffend Schiffe mit billiger Flagge.



monatlich Rechnung „inkl. WUST“. Es erfolgten keine Sozialabzüge und keine Ferienentschädigungen. M. trug insofern ein finanzielles Risiko. Sie liess sich die Freizügigkeitsleistung auszahlen, ohne aber bei der AHV-Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbende angemeldet gewesen zu sein. Die Steuerbehörde ging von einer selbstständigen Tätigkeit von M. aus, obwohl diese ihre Steuererklärung als unselbstständige Arbeitnehmerin abgab. Das Gericht hielt fest, dass keines der Merkmale eindeutig für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages oder eines Auftrages sprechen würde. Es erkannte schliesslich auf ein *Arbeitsverhältnis*, weil die Parteien tatsächlich ein solches praktizierten<sup>1119</sup>.

## Fall 62: Schönheitszentrum

Nachdem B. ein Y.R.-Schönheitszentrum in Luzern seit dem Frühjahr 1984 als Directrice im Angestelltenverhältnis geleitet hatte, übertrug ihr die Y.R.-AG mit Vertrag vom 23. Oktober 1984 dessen Nutzung auf eigene Rechnung. Der Vertrag, der am 1. November 1984 in Kraft trat und auf unbestimmte Zeit abgeschlossen war, sah unter anderem eine umsatzabhängige Nutzungsgebühr vor. B. hatte sich ferner in jeder Hinsicht in das Vertriebskonzept der Y.R.-AG einzufügen. So hatte sie sich insbesondere im Interesse und zur Wahrung einer einheitlichen Geschäftspolitik und Präsentation von der Y.R.-AG an die allgemeinen und speziellen Weisungen und Empfehlungen von der Y.R.-AG in Bezug auf die Verkaufstechniken, die Werbung, die Gestaltung von Schaufenstern, das Sortiment, die Kundenkarteiführung etc. zu halten. Im Weiteren schrieb der Vertrag der B. sowie deren Personal vor, auf Verlangen der Y.R.-AG an Schulungs-, Auffrischungs- und Weiterbildungskursen teilzunehmen. Schliesslich stand der Y.R.-AG ein umfassendes Kontrollrecht über die Geschäftstätigkeit der B. zu. Auf Grund dieser Umstände erkannte das Gericht auf einen *Franchisevertrag*. Mit der Qualifikation des Vertrages als Franchiseverhältnis ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Das anwendbare Recht muss in jedem Einzelfall auf Grund des konkreten Vertrages ermittelt werden<sup>1120</sup>.

Das Gericht knüpft dazu an Dauerschuldverhältnisse an, in welchen die eine Partei wirtschaftlich von der andern abhängig ist, sodass die Schutzbedürftigkeit der schwächeren Vertragspartei die sinngemässe

---

<sup>1119</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Urteil vom 18. Dezember 1997, Nr. U/AN960917, nicht veröffentlicht.

<sup>1120</sup> BGE 118 II 157, 160 E. 2c.

Anwendung zwingender Vorschriften erheischen kann, welche das Gesetz für verwandte Vertragstypen vorsieht<sup>1121</sup>. Voraussetzung ist allerdings stets, dass sich der Regelungsgedanke bestimmter gesetzlicher Schutzvorschriften auf das konkrete Vertragsverhältnis übertragen lässt. Ob und für welche Bestimmungen dies zutrifft, ist im Einzelfall, ausgehend von der Bedeutung, zu beurteilen, die der Vertrag für die schwächere Vertragspartei einnimmt. Massgebend sind die Art und das Ausmass der Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Vertragspartei.

Im Franchiseverhältnis ist regelmässig der Franchisenehmer die schwächere Vertragspartei, vorliegend demnach B.<sup>1122</sup>. Unter den Vertragspflichten der B. steht die Arbeitsleistung im Vordergrund. Der B. oblag einerseits die Ausübung einer Verkaufs- und Schönheitspflegetätigkeit sowie andererseits die Ausbildung und Führung ihres Personals. Sie hatte sich dieser Aufgaben vollberuflich anzunehmen. Die Aufnahme einer anderweitigen selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit war ihr ausdrücklich verwehrt. Ferner stand die B. in einem ausgesprochenen Unterordnungsverhältnis zur Y.R.-AG. Ihr Entscheidungsspielraum war durch die Weisungen der Y.R.-AG und durch deren Kontrollrecht eng eingegrenzt. Der Vertrag enthielt in seinem Anhang 2 genaue und ins Einzelne gehende Vorschriften über die Geschäftsführung der B., worunter beispielsweise detaillierte Anordnungen über Erstellung und Nachführung der Kundenkartei, der Lagerkartei, der Absatzstatistik, über den Umfang des Warenlagers und über die Ladenöffnungszeiten fielen. Im Weiteren wurde der B. in umfassender Weise die Pflicht auferlegt, die allgemeinen und speziellen Weisungen und Empfehlungen der Y.R.-AG hinsichtlich Verkaufstechniken und Werbung zu befolgen. Schliesslich übte die B. ihre Geschäftstätigkeit mit den ihr von der Y.R.-AG zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln, insbesondere in den ihr von dieser überlassenen Räumlichkeiten, aus.

All das rückte nach Ansicht des Gerichts den Vertrag in seiner Bedeutung für die B. in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses, bestand doch, obschon die B. ihre Geschäftstätigkeit formell selbstständig ausübte, faktisch eine Abhängigkeit von der Y.R.-AG, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kam. Damit rechtfertigte sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. Die Heranziehung von

---

<sup>1121</sup> Vgl. BAUDENBACHER, S. 213 f.

<sup>1122</sup> Vgl. BAUDENBACHER/ROMMÉ, S. 1.

Arbeitsrecht für Franchiseverträge mit ausgeprägtem Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisenehmer und -geber wird auch in der Lehre befürwortet<sup>1123</sup>.

### Fall 63: Servicemonteur

B. war als Servicemonteur und Verkäufer bei der T.-AG tätig. Er war Leiter des Werkstattbetriebes. Ihm waren mindestens zwei weitere Mitarbeiter unterstellt, und er war zuständig für die Verteilung der Arbeiten. Periodisch musste er auf Grund von Einsatzplänen der T.-AG Pikettdienst leisten. B. verfügte über keinen eigenen Kundenstamm. Entsprechend trat er bei Kunden als Mitarbeiter der T.-AG auf. Trotz der Entschädigung auf Provisionsbasis erkannte das Gericht auf das Vorliegen eines *Arbeitsverhältnisses*<sup>1124</sup>.

### Fall 64: Taxifahrer

A. und C. schlossen mit R., dem Inhaber einer Bewilligung zur Führung eines Taxiunternehmens, je einen Arbeitsvertrag ab. A. und C. hatten eine Gebühr von monatlich CHF 650.00 an R. für die Nutzung der Bewilligung zu bezahlen. Die Taxis waren auf den Namen von R. zugelassen, blieben aber im Eigentum von A. und C. Letztere hatten für die Unterhaltskosten und Versicherungskosten gänzlich selbst aufzukommen. Um die Betriebsbewilligung nicht zu verlieren, fuhr R. die minimal vorgeschriebene Zeit mit den Taxis von A. und C. bei Entrichtung einer Pauschalentschädigung von CHF 0.50 pro gefahrenen Kilometer. A. und C. erhielten von R. keine Anweisungen, wie sie ihre Arbeit zu erledigen hatten. Sie gestalteten ihren Arbeitszeitplan selber. Sie bezogen Ferien nach eigenem Ermessen und auf eigene Kosten. Auf Grund dieser Sachlage verneinte das Gericht eine Subordination von A. und C. und *schloss* einen *Arbeitsvertrag aus*<sup>1125</sup>.

---

<sup>1123</sup> Im gleichen Sinne, wenn auch zurückhaltender BAUDENBACHER, S. 221 f.; zur vergleichbaren Rechtslage bei den so genannten Tankstellenverträgen: SCHLUEP/WERDERS, Die Tankstellenverträge, SPR VII/2, S. 866 f.; BGE 118 II 157, 164 E. 4a) bb) = JAR 1994, S. 109 ff.

<sup>1124</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Verfügung und Urteil vom 25. März 1999, Nr. U1/AN980552, nicht veröffentlicht.

<sup>1125</sup> Tribunal des Prud'hommes de Genève, Urteil vom 26. September 1986, in: JAR 1989, S. 87 ff.

## Fall 65: Teilhaber

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen einem Arbeitsvertrag und einer einfachen Gesellschaft unterstrich das Gericht, dass das Subordinationsverhältnis das zentrale Abgrenzungskriterium bildet. Im konkreten Fall wurde D. von A. und B. ein Angebot gemacht, als Teilhaber in einem Viehmastbetrieb mitzuwirken. D. widersprach dem Ausdruck „Teilhaber“ nicht. D. unterzeichnete in der Folge einen Fragebogen hinsichtlich der Mitgliederbeiträge, der insbesondere die Umschreibung „unabhängige Teilhaber“ enthielt. Ferner wurde darin darauf hingewiesen, dass D. sich am Verlust zu beteiligen hatte, dass er das Inkassorisiko mittrug, dass er Angelegenheiten in eigenem Namen behandeln und persönlich Entscheide treffen konnte. Jedem Teilhaber wurde ein eigener Kompetenzbereich zugeordnet. Jeder konnte seine Arbeit selbst organisieren, ohne einen genauen Zeitplan einhalten zu müssen. D. erhielt keine speziellen Vorschriften. Von der erhaltenen Entschädigung waren keine Sozialversicherungsbeiträge abgezogen worden. Schliesslich wurde nie über Arbeitszeiten sowie einen 13. Monatslohn diskutiert. Auf Grund dieser Umstände schloss das Gericht auf eine *einfache Gesellschaft*<sup>1126</sup>.

## Fall 66: Teilhabervertrag

Am 18. Februar 1992 schlossen sich R., F. und S. zusammen, um gemeinsam ein Gipsergeschäft zu betreiben. Dabei war R. zu 52%, F. zu 3% und S. zu 45% beteiligt. S. amtierte als Geschäftsführer. Er war zuständig für die Akquisition von Aufträgen, Kontakte mit Bauherren und Architekten, Finanzwesen, Korrespondenz, Personaleinstellungen/-betreuung, Baustellenführung, Einkauf/Verkauf von Material, Offerten, Ausmasse und Abrechnungen. S. bezog für seine Tätigkeiten ein monatliches Gehalt. Die Parteien gingen bei diesen Zahlungen von Akontozahlungen aus. S. sollte nach Abschluss des Geschäftsjahres den ihm darüber hinaus zustehenden Anteil am Geschäftsgewinn ausbezahlt erhalten. Auf Grund dieser Tatsachen erkannte das Gericht nicht auf einen Arbeitsvertrag. S. handelte vielmehr selbstständig als Organ der

---

<sup>1126</sup> Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Urteil vom 10. Juli 1997 (Bestätigung des Urteils der Chambre d'Appel des Prud'hommes de la Glâne vom 28. Juni 1996), in: JAR 1998, S. 115 ff.

Gesellschaft. Er hatte eine selbstständige Stellung wie ein *Gesellschafter* inne<sup>1127</sup>.

## Fall 67: Teilzeitvereinbarung

Mit Vertrag vom 11. Oktober 1996 engagierte A. nach Umstellung auf ein neues Personalsystem B. als freischaffende Teilzeitmitarbeiterin. Der Vertrag wurde als „Vereinbarung“ betitelt und bezeichnete die Parteien als „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“. B. hatte eindeutig die Weisungen von A. zu befolgen. A. koordinierte die Einsätze von B. Die Vereinbarung enthielt ferner ein Konkurrenzverbot. Gegen aussen trat B. insbesondere durch ihre Berufskleidung als Vertreterin von A. auf. Auf Grund dieser Tatsachen erkannte das Gericht auf ein *Arbeitsverhältnis*<sup>1128</sup>.

## Fall 68: Telefonhostess

S., Inhaber einer Einzelfirma, übernahm am 1. Januar 1993 von der Gesellschaft X. einen Telekioskbetrieb. Bei einem Telekiosk handelte es sich damals um eine Einrichtung, welche es dem Betreiber erlaubte, dem Publikum auf verschiedenen Telefonleitungen (beginnend mit der Zahl 156) Nachrichten und Informationen, beispielsweise aus den Bereichen Tourismus, Wetter, Astrologie, Witze, Plaudereien und Spiele, zu liefern. Die maximal 9-stelligen Nummern waren von jedem Telefon-/teilnehmeranschluss erreichbar, sofern er nicht gesperrt war. Der Benützer zahlte grundsätzlich zur Gesprächstaxe eine Gebühr, welche, pro Minute berechnet, seiner Telefonrechnung belastet und anteilmässig dem Anbieter und der Telecom PTT als Netzbetreiberin gutgeschrieben wurde. Im Zusammenhang mit der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen vertrat S. den Standpunkt, dass die von ihm beschäftigten Personen als selbstständig Erwerbende tätig waren. Er machte unter anderem geltend, dass zwischen ihm und den Telefonhostessen ein Auftrags- und nicht ein Anstellungsverhältnis bestanden hatte. Mit einer Ausnahme waren alle Hostessen bei den Ausgleichskassen ihrer Wohnorte als

---

<sup>1127</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Beschluss vom 19. Mai 1993, Nr. AN930188.U/GAGA4, nicht veröffentlicht.

<sup>1128</sup> Richteramt Olten-Gössgen, Urteil der Amtsgerichtspräsidentin vom 15. Oktober 1997, nicht veröffentlicht; im nachfolgenden arbeitsgerichtlichen Verfahren einigten sich die Parteien vergleichsweise.

selbstständig Erwerbende gemeldet. Das Gericht führte aus, dass die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, sich praxisgemäss nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses beurteilt. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse werden dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Die beitragsrechtliche Unterscheidung des selbstständig Erwerbenden vom unselbstständig Erwerbenden beruht auf einer unabhängigen Begriffsbildung, die sich insbesondere mit dem, was üblicherweise unter einem (Un-) Selbstständigen verstanden werde, nicht zu decken braucht<sup>1129</sup>.

Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal. Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Versicherte selber zu tragen hat. Für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit spricht die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig zu sein. Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Arbeitgebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage<sup>1130</sup>. Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen. Indizien für ein Arbeitsverhältnis sind das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort. Das wirtschaftliche Risiko des Versicherten erschöpft sich diesfalls in der Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies bei dem Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist. Die Vorinstanz erkannte, dass die Telefonhostessen in arbeitsorganisatorischer Abhängigkeit und ohne ein wirtschaftliches Risiko tätig waren. Sie wurden nach Bedarf des Betreibers des Telekiosks tageweise in seiner Telefonanlage für ein Honorar von CHF 20.00 pro Stunde plus Spesen engagiert. Es bestand ein vertragliches Konkurrenzverbot, wonach ihnen untersagt war, selbstständig oder als Angestellte tätig zu werden oder eine eigene Gesellschaft zu gründen. Der

---

<sup>1129</sup> Bundesgericht, nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 1. Dezember 1982.

<sup>1130</sup> Vgl. ZAK 1982, S. 186 E. 2b.

Telekioskanbieter allein hatte den Profit gehabt und den Hostessen lediglich ihren Stundenlohn bezahlt. Die Arbeit der Telefonhostessen konnte nicht mit der Tätigkeit eines selbstständig erwerbenden Unternehmensberaters oder Musikers verglichen werden. Dagegen sprachen die fehlende arbeitsorganisatorische und wirtschaftliche Unabhängigkeit, was insbesondere durch das Konkurrenzverbot unterstrichen wurde. Ferner waren die Hostessen für eine Reihe von gleichartigen Einsätzen zu einem festen Ansatz verpflichtet, ohne dass sie am geschäftlichen Erfolg beteiligt gewesen wären. Die Bezeichnung der Verträge mit den Telefonhostessen mit „Auftrag“ wie auch die Vertragsklausel, wonach sich die „Beauftragte“ verpflichtete, insbesondere mit der AHV als selbstständig erwerbend abzurechnen, waren für die beitragsrechtliche Abgrenzung von selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht entscheidend. Die Tätigkeit und der Einsatz erfolgte ausschliesslich im Betrieb und mit der vom Beschwerdeführer gemieteten Einrichtung (Telefonanlage). Die zu verrichtende Arbeit war klar vorgegeben: Bedienung des Telefons und den Anrufernden der Gesellschaft Hilfe und Beistand Leisten. Nicht ersichtlich sei schliesslich, inwiefern die Hostessen mit Bezug auf ihre Tätigkeit spezifisch unternehmerisches Risiko zu tragen hatten. Nach dem Gesagten überwogen bei allen Telefonhostessen die Elemente für eine *unselbstständige Erwerbstätigkeit* bei weitem<sup>1131</sup>.

## Fall 69: Umschulungsvertrag

S. konnte auf Grund einer Verschlechterung seiner angeborenen Herzschwäche seinen Beruf als Lastwagenchauffeur nicht mehr ausüben, worauf ihm die IV unter anderem für das Jahr 1996 eine Umschulung zum Vertreter für Coiffeur-Produkte bei der M.-AG unter Übernahme der Umschulungskosten gewährte. Die erste Instanz führte aus, dass von einem öffentlich-rechtlichem Verhältnis ausgegangen werden müsse, da die getroffene Vereinbarung die Verwirklichung der von der IV angeordneten Umschulung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 IVG bezweckte. Das Appellationsgericht anerkannte zwar ein öffentliches Interesse, erachtete dieses aber nicht als einem privatrechtlichen Vertrag entgegenstehend. Es bezeichnete den Vertrag als Umschulungsvertrag und unterstellte diesen dem Arbeitsvertragsrecht<sup>1132</sup>.

---

<sup>1131</sup> BGE 122 V 169 (Bestätigung des Entscheides des VwGer. ZG vom 28. Dezember 1995) = JAR 1997, S. 87 ff.

<sup>1132</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt vom 15. Januar 1998, in: BJM 2001, S. 51-54.

## Fall 70: Unterakkordant

Auf Grund eines zunächst mündlichen Vertrages, der am 12. November 1985 schriftlich bestätigt wurde, vereinbarten die Parteien einen Unterakkordantenvertrag für Maurer- und Schalarbeiten für eine bestimmte Baustelle. Gemäss dieser Vereinbarung erhielt Maurer M. einen Einheitspreis nach Ausmass, in dem alle vorgeschriebenen Sozialabgaben sowie Pensionskassenbeiträge enthalten waren. M. hatte das Recht und die Pflicht, selbstständig für weitere Mitakkordanten besorgt zu sein.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag führte das Gericht aus, dass M. nicht ein fertiges Werk schuldete, sondern die ihm zugewiesenen Schal- und Maurerarbeiten, d. h. eine Arbeitsleistung zu erbringen hatte, womit der Werkvertrag ausgeschlossen wurde.

Der Bauherr B. wies M. die Arbeiten zu und bestimmte, wann und wo diese auszuführen waren. Die Akkordgruppe unterstand somit in allen Belangen dem Weisungsrecht von B. und war nicht frei in ihren Entscheidungen. Ferner stellte B. der Gruppe die notwendige Infrastruktur inklusive Maschinen und Material zur Verfügung. B. bestimmte auch die Arbeitszeit. M. war auf unbestimmte Zeit engagiert worden. Die Dauer der Tätigkeit war davon abhängig, wie zufrieden B. mit seinen Leistungen war.

Hinsichtlich der Rekrutierung und Beschäftigung weiterer Mitakkordanten führte das Gericht aus, dass kein Hinderungsgrund bestehe, M. als Gruppenchef zu engagieren und ihm die Auswahl weiterer Mitarbeiter zu überlassen, wenn es B. gleichgültig war, wer die Arbeitsleistung erbrachte. Da M. insbesondere keine herausragende Stellung in organisatorischer Hinsicht zukam, die ihn als selbstständigen Unternehmer erscheinen liesse, lag kein Dienstverschaffungsvertrag vor.

Das Gericht erkannte zusammenfassend, dass die für einen *Arbeitsvertrag* notwendigen Merkmale vorlagen<sup>1133</sup>.

## Fall 71: Versicherungsvermittler

G. war ursprünglich als Aussendienstmitarbeiter für eine Versicherung tätig. Im Zuge von Neuorganisationen bei der Versicherung liess sich G. vorzeitig pensionieren. Er schloss danach mit der Versicherung einen „Vermittlervvertrag“ ab. Das Gericht erachtete es als erwiesen, dass G. die Infrastruktur der Versicherungsagentur benutzte und über kein eigenes Geschäftslokal verfügte,

---

<sup>1133</sup> Arbeitsgericht Zürich, Beschluss vom 24. Juni 1987, in: JAR 1988, S. 101 ff.



dass er im Handelsregister nicht eingetragen war und dass er kein eigenes Geschäftspapier besass. Ferner waren ihm Lohnausweise für die Steuererklärung ausgestellt worden. G. war ermächtigt, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Trotzdem hielt das Gericht fest, dass diejenigen Elemente überwogen, welche für das Vorliegen eines *Arbeitsvertrages* sprechen<sup>1134</sup>.

## Fall 72: Verwaltungsratspräsident

Am 18. Dezember 1989 wurde von M., P., S., L. und T. eine AG mit Sitz in Zürich gegründet. Dabei besaßen M., S. und P. je 30% der Aktien, die zwei anderen Gründer je 5%. S. wurde vorerst als Verwaltungsratspräsident, P. und M. als weitere Verwaltungsräte gewählt. Alle Mitglieder des Verwaltungsrates führten Kollektivunterschrift zu zweien.

Grundsätzlich wird das Verhältnis einer AG zu ihren Verwaltungsräten mehrheitlich als Auftrag oder als Vertrag *sui generis* bezeichnet. In Fällen von Kleinaktiengesellschaften, in denen der ganze Verwaltungsrat oder eine Mehrheit davon die Geschäfte der Gesellschaft selber führt, wird in der Lehre von einem Arbeitsvertrag ausgegangen. Diese Ansicht wird von der Rechtsprechung immer mehr geteilt.

Hinsichtlich der Qualifizierung als Arbeitsvertrag waren im vorliegenden Fall die Kriterien des Dauerschuldverhältnisses und der Entgeltlichkeit sowie die Arbeitsleistung unbestritten. Hinsichtlich der Unterordnung erkannte das Gericht, dass die drei Verwaltungsräte als gleichberechtigte Verwaltungsräte galten. Diese Tatsache ändert nichts daran, dass es möglich ist, dass Verwaltungsräte neben ihrer Mitgliedschaft in einem Organ der Gesellschaft auch noch Angestellte derselben sein können. Als solche sind sie dem Organ als Ganzes unterstellt. Daran ändert auch die egalitäre Einstellung der an ihr beteiligten Personen nichts. S. stand vielmehr in einer organisatorischen Abhängigkeit, indem er in den Büroräumen der AG grundsätzlich seine Arbeit zu verrichten hatte. Dabei bediente er sich der Geräte und Maschinen der AG. Dazu kam die wirtschaftliche Abhängigkeit. S.

---

<sup>1134</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Urteil vom 3. Juli 2000, Nr. U2/AN990666, nicht veröffentlicht.

arbeitete in fremdem Namen und auf fremde Rechnung<sup>1135</sup>. Auf Grund der oben genannten Merkmale erkannte das Gericht auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1136</sup>.

## Fall 73: Verwaltungsrat und Alleinaktionär

In einem jüngeren Entscheid hatte das Bundesgericht den Fall zu beurteilen, bei welchem das Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig alleiniger Aktionär der Gesellschaft war. Es bestand wirtschaftliche Identität von der juristischen Person und der als Organ tätigen natürlichen Person. Ausschlaggebend war, dass jegliche Unterordnungselemente fehlten. Das Gericht *lehnte* folglich die Annahme eines *Arbeitsvertrages ab*<sup>1137</sup>.

## Fall 74: Verwaltungsrat und Geschäftsleiter

L. wurde durch einen Mandatsvertrag als Verwaltungsratspräsident, Delegierter des Verwaltungsrates und operativer Geschäftsleiter beschäftigt. Zu seinen Aufgaben zählten gemäss Pflichtenheft die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation sowie die Verwaltung der Finanzen inklusive Beschaffung der notwendigen Mittel. Vereinbart waren eine dreimonatige Probezeit und Kündigungsfrist. Als Entgelt erhielt L. ein monatliches Salär. L. verfügte über Kollektivzeichnungsberechtigung, hatte ein detailliertes Pflichtenheft zu befolgen und wöchentlich zu rapportieren. Mindestens einen Teil der Arbeitsleistung erbrachte er in der Betriebsstätte. Obwohl der Vertrag ausdrücklich vorsah, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handelte, L. bei der zuständigen AHV-Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbender eingetragen

---

<sup>1135</sup> Obergericht Zürich, Beschluss vom 1. März 1985, in: JAR 1986, S. 59 ff., insbesondere S. 64.

<sup>1136</sup> Obergericht Zürich, Beschluss vom 31. August 1993, Nr. U/LS930006 (Aufhebung des Beschlusses des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 3. März 1993 AN92-0858, nicht veröffentlicht), nicht veröffentlicht; auf die Berufung an das Bundesgericht wurde mit Urteil vom 5. Januar 1994, Nr. 4C.361/1993, nicht veröffentlicht, nicht eingetreten, und die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht Zürich wurde mit Beschluss vom 8. Dezember 1993, Nr. 93/346 Z, nicht veröffentlicht, abgewiesen.

<sup>1137</sup> BGE 125 III 78; JAR 1999, S. 391 ff.

war und die Sozialbeiträge selber abrechnete, erkannte das Gericht auf ein *Arbeitsverhältnis*<sup>1138</sup>.

## Fall 75: Werbeallrounderin

S. war als Werbeallrounderin während rund eines Jahres in der Regel 24 Stunden pro Woche bei der A.-AG beschäftigt. Geschuldet war ihre Arbeitsleistung, nicht aber ein konkreter Arbeitserfolg. Die Arbeitszeit wurde durch einen Wochenplan für einige Monate im Voraus von der A.-AG festgelegt. S. war in den Räumlichkeiten der A.-AG tätig. Die Arbeitsgeräte sowie das Arbeitsmaterial wurden von der A.-AG zur Verfügung gestellt. S. verrichtete ihre Tätigkeit in Zusammenarbeit mit einem bestehenden Team. Dadurch war sie in einen fremden Organisationsablauf eingebunden. Es hatte sich eingebürgert, dass S. an gewissen fixen Tagen tätig war. Es bestand eine Präsenzpflcht. Am Telefon musste S. sich mit Namen der A.-AG melden. Hinsichtlich des unverhältnismässig hohen Stundenlohnes von CHF 50.00 führte das Gericht aus, dass dieser für sich weder gegen einen Arbeitsvertrag noch für ein Auftragsverhältnis spricht<sup>1139</sup>. S. hatte sich gegenüber der AHV-Ausgleichskasse des Kantons Zürich als selbstständig Erwerbende angemeldet. Das Gericht erkannte auf Grund der erwähnten Umstände auf einen *Arbeitsvertrag*<sup>1140</sup>.

## Fall 76: Wirtepatenthingabe

J. stellte S. per August 1995 in seinem Restaurant als Gerantin ein. Es wurde vereinbart, dass S. dem J. ihr Wirtepatent zur Verfügung stellte, aber keine Arbeit zu leisten hatte. Das Gericht stellte insbesondere fest, dass es im Rahmen eines Arbeitsvertrages nicht denkbar ist, dass jemand angestellt ist und gleichzeitig von Beginn an für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses von der Arbeit freigestellt wird. Zwischen den Parteien war eine blosser Hingabe des

---

<sup>1138</sup> Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Beschluss und Urteil vom 12. Februar 1999, Nr. U/AN980291, nicht veröffentlicht.

<sup>1139</sup> Bundesgericht, Urteil vom 24. Februar 1997 in Sachen B. AG gegen G., S. 5f.

<sup>1140</sup> Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, Urteil vom 9. April 1998, Nr. U/AN970459, nicht veröffentlicht.

Wirtepatentes auf Zeit gegen Leistung eines Entgeltes – nicht jedoch ein Arbeitsvertrag – vereinbart worden<sup>1141</sup>.

## Fall 77: Wirtschafts- und Anlageberatung

P. schloss mit dem in der Wirtschafts- und Anlageberatung tätigen Unternehmen I. einen Agenturvertrag ab. Gemäss diesem hatte P. die von I. vorgegebenen Formulare zu verwenden und sich an dessen Vorgaben zu halten. Er war nicht ermächtigt, Zahlungen von Mandanten entgegenzunehmen. Weiter hatte er wöchentlich über die von ihm vermittelten Geschäfte sowie über alle anderen Aktivitäten der Agentur zu rapportieren. P. war ferner verpflichtet, kein anderes als das vom Auftraggeber gegebene Werbematerial zu verwenden sowie keine eigenen Inserate zu veröffentlichen. Von der zuständigen Ausgleichskasse wurde P. als Arbeitnehmer behandelt. Obwohl das letzte Merkmal allein nicht ausschlaggebend war, bildete es aber ein weiteres Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, wofür sich das Gericht schliesslich entschied<sup>1142</sup>.

## Fall 78: Zentralbibliotheksangestellte

Hinsichtlich einer Klage einer Zentralbibliotheksangestellten hatte das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts oder des Verwaltungsgerichts gegeben war. Die Zentralbibliothek Zürich ist eine öffentliche Stiftung von Kanton und Stadt Zürich. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der öffentlichen Stiftung um eine privatrechtliche Stiftung mit öffentlichem Zweck. Damit liegen bei den Dienstverhältnissen mit der Zentralbibliothek und ihren Angestellten privatrechtliche *Arbeitsverträge* vor. Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts war deshalb gegeben<sup>1143</sup>.

---

<sup>1141</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt vom 4. November 1999, in: BJM 2001, S. 49.

<sup>1142</sup> Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, Urteil vom 28. Oktober 1997, Nr. U3/AN961199, nicht veröffentlicht.

<sup>1143</sup> ZR 101 (2002) Nr. 57, S. 216-218.

## Fall 79: Zuzüger in einem Orchester

Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG hatte einerseits M. als Posaunist verpflichtet, am Konzertgottesdienst vom 31. August 1986 mitzuwirken, und andererseits die Harfenspielerin N. für eine Matinee und eine Produktion mit dem Radio-Symphonieorchester Basel engagiert. Beide Musiker waren Zuzüger in einem Orchester, d. h. sie wurden von Fall zu Fall engagiert, wenn Bedarf nach einem bestimmten zusätzlichen Instrument bestand. Das Schwergewicht ihrer Schuldpflicht lag bei der Arbeitsleistung. Es waren nicht die beiden Musiker, die den Erfolg, das gelungene Konzert, gewährleisteten. Sie leisteten durch ihre Arbeit bloss einen Beitrag. Die Musiker waren in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert. Wie das aufzuführende Werk im Einzelnen gespielt wurde, bestimmte der Orchesterleiter. Die Musiker hatten nicht die Wahl verschiedener Auffassungen oder Ausgestaltungen des aufzuführenden Werkes. Sie konnten sich auch insbesondere der Wahl des Dirigenten nicht entziehen. Dass die Musiker als Zuzüger nicht Mitglieder des bestimmten Orchesters wurden, änderte nach Auffassung des Gerichts an der Eingliederung im arbeitsrechtlichen Sinne nichts. Trotz der relativ kurzen Dauer des jeweiligen Engagements stellte das Gericht bezüglich beider Musiker fest, dass *Arbeitsverträge* bestanden<sup>1144</sup>.

---

<sup>1144</sup> Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 18. März 1987, in: JAR 1988, S. 105 ff.

---

## **Anhang 2: Schematische Übersicht der einzelnen Qualifizierungskriterien**

Nr.	Kriterium / Ausprägung	Erscheinungsform	Bedeutung
1	Privatrechtlicher Schuldvertrag	Eine jede übereinstimmende gegenseitige mündliche oder schriftliche Willensäußerung zum entsprechenden Leistungsaustausch (unabhängig von der gewählten Vertragsbezeichnung), die nicht ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis (aufgrund eines konstitutiven Verwaltungsaktes oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrages) darstellt, oder auf einer öffentlich-rechtlichen Zwangsgewalt oder einer	Zwingend notwendige Voraussetzung
2	Leistung von Arbeit	Positive Leistung, die nicht zwingend von aussen erkennbar sein muss, beispielsweise <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verwahrung von Gegenständen</li> <li>• Überwachen</li> <li>• Kontrollieren</li> <li>• Modellstehen</li> </ul> Sowie jede Tätigkeit, die für einen Arbeitgeber erbracht wird, insbesondere <ul style="list-style-type: none"> <li>• Shows (spielerische und sportliche Betätigungen)</li> <li>• Dienstreisen</li> </ul> Nicht aber <ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbeitsweg</li> <li>• Unterlassungen</li> <li>• Befolgung eines Konkurrenzverbotes</li> <li>• Spielerische und sportliche Betätigungen zum Selbstszweck</li> </ul>	Zwingend notwendige Voraussetzung
3	Gegenseitiges Dauerschuldverhältnis	Nicht bloss ein einmaliger Austausch einer Leistung und einer Gegenleistung Die Vertragsdauer kann nach Stunde, Tag, Woche, Monat oder Jahr bestimmt oder unbestimmt sein	Eine gewisse Dauer ist zwingend notwendig, wobei weder eine minimale Dauer noch eine volle Inanspruchnahme erforderlich ist

Nr.	Kriterium / Ausprägung	Erscheinungsform	Bedeutung
4	Entgeltlichkeit	Jede Art der Gegenleistung, insbesondere <ul style="list-style-type: none"> <li>• Geld</li> <li>• Vorteile</li> <li>• Sachleistungen</li> <li>• Naturalien</li> <li>• Beteiligungen</li> </ul> Gemessen an <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zeitabschnitten,</li> <li>• geleisteter Arbeit,</li> <li>• Mengen</li> </ul>	Zwingend notwendige Voraussetzung
5	Unselbständigkeit (im Dienst des Arbeitgebers stehend)	Siehe Ausprägungen (5.1-5.6)	Zwingend notwendige Voraussetzung, wobei von den einzelnen Ausprägungen (5.1-5.6) die eine, einzelne andere oder alle nebeneinander im Vordergrund stehen können bzw. einzelne gar nicht vorhanden
5.1	Persönliche Unselbständigkeit	Leistung in eigener Person, insbesondere ohne Mithilfe Dritter (sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt)	Relativiert
5.2	Örtliche Unselbständigkeit	Der Leistende kann den Ort, an dem er die Arbeitsleistung zu erbringenn hat, nicht selbst bestimmen, sondern hat sich an die Anweisungen des Arbeitgebers zu richten, beispielsweise <ul style="list-style-type: none"> <li>• Im Betrieb</li> <li>• Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes</li> <li>• Zuweisung von bestimmten Orten ausserhalb des Betriebes</li> <li>• Tourenpläne</li> </ul>	Relativiert, insbesondere aufgrund technischer Möglichkeiten, Arbeiten von irgendwo her zu erbringen



Nr.	Kriterium / Ausprägung	Erscheinungsform	Bedeutung
5.3	Fachliche Unselbständigkeit	Die rechtliche Möglichkeit, auf die Art und Weise der Arbeitsleistungserbringung unmittelbar einzuwirken, mittels <ul style="list-style-type: none"> <li>• Allgemeinen Weisungen</li> <li>• Besondere Anordnungen</li> <li>• Kontrollen</li> </ul>	Relativiert
5.4	Organisatorische Unselbständigkeit	Der Arbeitnehmer ist in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert und es kommt ihm dort eine bestimmte Stellung zu, insbesondere durch <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern in einem hierarchischen System</li> <li>• Zielanweisungen</li> <li>• Berichtspflichten</li> <li>• Benutzung der Einrichtungen, Werkzeuge und Geräte des Arbeitgebers</li> <li>• Gleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers</li> <li>• Gleiche Tätigkeit</li> <li>• Einfachere und anspruchslose Tätigkeit</li> <li>• Änderung der Zusammenarbeit</li> <li>• Eingliederung ungeachtet der Räumlichkeiten</li> <li>• Benutzung der Daten des Arbeitgebers</li> </ul>	Relativiert

Nr.	Kriterium / Ausprägung	Erscheinungsform	Bedeutung
5.5	Zeitliche Unselbständigkeit	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bindung an feste Arbeitszeiten</li> <li>• Aufnahme in einen Dienstplan</li> <li>• Traditionelle Vollzeitbeschäftigung / Nebentätigkeitsverbote</li> <li>• Lebensarbeitszeit</li> <li>• Jahresarbeitszeit</li> <li>• Schichtarbeit</li> <li>• Zielorientierte Arbeitszeit</li> <li>• KAPOVAZ bzw. Arbeit auf Abruf</li> <li>• Gleitende Arbeitszeit</li> <li>• Teilzeitarbeit</li> <li>• Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit</li> <li>• Job Sharing</li> <li>• Überzeit/Überstunden</li> <li>• Absenzen</li> </ul>	Relativiert
5.6	Wirtschaftliche Unselbständigkeit	<p>Der Arbeitnehmer ist gewöhnlich auf den Lohn als Gegenleistung seiner Arbeitstätigkeit und damit auf das Bestehen eines Einzelarbeitsvertrages zur Fristung seines Lebensunterhaltes angewiesen. Dies zeigt sich insbesondere bei</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tätigkeit für einen Arbeitsleistungsempfänger/Konventionalstrafe</li> <li>• Einkünfte von einem Auftraggeber; Entgeltabhängigkeit</li> <li>• Probezeit</li> <li>• Kein Recht des Marktauftritts</li> <li>• Keine Übernahme des Unternehmerrisikos</li> <li>• Kapitaleinsatz</li> </ul>	Umstritten

## **Lebenslauf**

Ich wurde am 9. August 1966 in Königstein/Hessen, Deutschland, geboren. Im Jahr 1973 kam ich mit meinen Eltern in die Schweiz. Den Kindergarten und die Primarschule besuchte ich in Kloten. Das Gymnasium schloss ich im Jahr 1985 an der Kantonsschule Zürcher Unterland in Bülach mit der Matur Typus B ab. Von 1985 bis 1992 studierte ich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Nach meiner Promotion zum lic. iur. war ich bis Januar 1994 als Anwaltssubstitut bei Zürcher & Blickenstorfer, Zürich, angestellt. Um auch Erfahrungen am Gericht zu sammeln, absolvierte ich das Auditoriat am Bezirksgericht Zürich bis September 1994. Nach bestandener Rechtsanwaltsprüfung des Kantons Zürich wechselte ich wieder in die Advokatur zu Froriep Renggli, Zürich. Um juristische Erfahrungen in der Industrie zu erlangen, war ich von Februar 1997 bis August 1998 als Stellvertreter Leiter Rechtsdienst bei der Jet Aviation Management AG, Zürich, angestellt. Bei dieser Tätigkeit musste ich erfahren, wie wichtig die Kenntnisse amerikanischen Rechts sind. So absolvierte ich ab August 1998 das Studium zum LL.M. an der University of San Diego, U.S.A. Als ausländischer Rechtsanwalt konnte ich in San Diego von September 1999 bis November 2000 berufliche Erfahrungen in den U.S.A. sammeln. Nach meiner Rückkehr in die Schweiz im März 2001 wurde ich Corporate Secretary bei der KJ Jacobs AG. Im Frühling 2003 war die Zeit reif, den Schritt in die berufliche Selbstständigkeit zu wagen. Im Jahr 2003/2004 absolvierte ich die Ausbildung zum diplomierten Mediator FH/SAV.