

3.1 Freiberufliche Mitarbeit

von Lukas Fässler

Was ist freiberufliche Mitarbeit?

Beim freien Mitarbeiter oder "Free-Lancer" handelt es sich um einen freiberuflichen Beauftragten (Auftrag: Art. 394 OR) oder einen selbständigen Unternehmer (Werkvertrag: Art. 363 OR), abhängig davon, ob ihm reine Beratungs- oder Projektdienstleistungen übertragen werden. Free-Lancer unterstehen oft dem Weisungsrecht ihres Internet-Dienstleisters, behalten dabei aber ihre wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit bei. Im Auftragsverhältnis vereinbaren die Vertragspartner, dass der Beauftragte für den Internet-Dienstleister nach dessen Weisungen tätig wird und sorgfältige, fachkundige Arbeit zu verrichten hat. Im Werkvertragsverhältnis arbeitet der Freelancer ergebnisorientiert, weshalb hier die Vertragspartner das Ergebnis der Arbeit oftmals bis ins Detail regeln, die Funktionalitäten festlegen und den Zeitpunkt der Leistungserbringung bestimmen.

Abgrenzungen zum Arbeitnehmer

Für den Free-Lancer hat die rechtliche Selbständigkeit als Beauftragter oder Unternehmer zur Folge, dass er für Sozialversicherungen (AHV-Beiträge, berufliche Vorsorge, etc.) sowie für Versicherungen gegen Krankheit und Unfall selber aufkommen und besorgt sein muss. Gemäss Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts liegt **Selbständigkeit** jeweils dann vor, wenn der Free-Lancer ein **Unternehmerrisiko** trägt und **kein Abhängigkeitsverhältnis** zwischen Free-Lancer und Internet-Dienstleister anzunehmen ist.

Für die Abgrenzung zum Arbeitnehmer ist einerseits wesentlich, dass der Free-Lancer in keinem wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb steht. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis liegt insbesondere dann vor, wenn er hinsichtlich der Vertragserfüllung weisungsgebunden ist, einer Rechenschaftspflicht untersteht und in die Arbeitsorganisation der Einsatzfirma eingegliedert ist.

Der Vertrag mit dem Free-Lancer sollte so ausgearbeitet sein, dass er seine sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten als Selbständigerwerbender erfüllt. Werden die Voraussetzungen der Selbständigkeit im konkreten Einzelfall von der zuständigen Ausgleichskasse jedoch im Nachhinein aberkannt, gilt der Free-Lancer rechtlich als Arbeitnehmer mit der Konsequenz der beidseitigen Beitragspflicht, d.h. auch der Internet-Dienstleister wird für Sozialversicherungsbeiträge zur Kasse gebeten. Dabei kann u.a. auch eine Rolle spielen, ob der Free-Lancer den Nachweis erbringen kann, dass er über mehrere Projekte für unterschiedliche Kunden verfügt. Andererseits sind getätigte Investitionen in die Arbeitsumgebung, die Übernahme des Inkasso- und Delkreder-Risikos sowie das Handeln in eigenem Namen und auf eigenes Risiko als Merkmale für seinen Status als Selbständigerwerbender zu betrachten. Jeder Einsatz ausländischer Free-Lancer bedarf zudem der Bewilligung der zuständigen Behörden. Der ausländische Free-Lancer kann für die Beibringung der erforderlichen Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen verantwortlich erklärt und

überdies verpflichtet werden, sich gegenüber dem Internet-Dienstleister entsprechend auszuweisen.

Personalverleih

Wenn ein Internet-Dienstleister einem fremden Betrieb seine Arbeitnehmenden zur Arbeitsleistung überlässt (Personalverleih), bedarf der Internet-Dienstleister dazu einer Bewilligung. Wenn jedoch die eigenen Mitarbeiter ausschliesslich in Erfüllung eines vom Internet-Dienstleister übernommenen Auftrages oder Werkvertrages handeln, ist keine Bewilligung erforderlich. Bewilligungspflichtig ist nur der gewerbmässige Personalverleih in der Form der Temporärarbeit oder Leiharbeit innerhalb der Schweiz oder zwischen der Schweiz und dem Ausland. Unter gewerbmässigem Personalverleih wird eine regelmässige und gewinnorientierte Geschäftstätigkeit verstanden. Als regelmässig gilt die Verleihtätigkeit, wenn innerhalb von 12 Monaten 10 oder mehr Verleihverträge mit einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden. Für den Inlandverleih bedarf es einer kantonalen Betriebsbewilligung durch das zuständige kantonale Arbeitsamt. Soll auch ein Auslandverleih betrieben werden, ist zusätzlich eine eidgenössische Bewilligung der Direktion für Arbeit des Staatssekretariats für Wirtschaft im Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement notwendig.

Rechte am geistigen Eigentum

Da die Schutzrechte an erarbeiteten Ergebnissen (z.B. Software) primär in der Person ihres Schöpfers (und damit beim Free-Lancer) entstehen, ist es wesentlich, dass sich der Internet-Dienstleister für sich und allenfalls seine Kunden die gesamten Urheberrechte abtreten lässt. Dabei ist auch darauf zu achten, dass der Free-Lancer selber über alle entsprechenden Rechte verfügt und diese nicht bereits vorher einer Verwertungsgesellschaft (z.B. SUISA für Musikstücke) abgetreten hat. Nur so ist gewährleistet, dass der Free-Lancer nicht im Nachhinein die Weiterverwendung von urheberrechtlich geschützten Werken unterbinden kann. Im Gegenzug zur Abtretung sollte dem Free-Lancer aber auf Wunsch das Recht zugestanden werden, seine Mitwirkungs- und Konzeptionsarbeiten mit einer Bestätigung des Internet-Dienstleisters belegen zu können, damit er hinsichtlich seines beruflichen Fortkommens auf entsprechende Referenzarbeiten verweisen kann.

Spezifikation

Die inhaltlichen Spezifikationsanforderungen an den Vertrag hängen davon ab, ob der Free-Lancer für Beratungs- oder Projektdienstleistungen herangezogen wird. Die Verpflichtung zu blosser Tätigkeit wird unter auftragsrechtlichen, die Verpflichtung zur Ablieferung von Arbeitsergebnissen unter werkvertraglichen Gesichtspunkten beurteilt. Die Unterscheidung ist beim Einsatz des Free-Lancers als Unterakkordant bedeutsam. Deshalb muss der Auftrag des Free-Lancers nach Aufgabe, Einsatzort, Terminplan, Dauer und Vergütung genügend umschrieben sein. Einer Regelung bedürfen u.a. auch die Arbeitszeiten, die Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten und Arbeitsmitteln, usw. Die Einsatzbedingungen am Arbeitsplatz sind bedeutend für

die Qualifikation des Free-Lancers als Selbständigerwerbender im Sinne des AHV-Gesetzes (vgl. Ziffer 2).

Arbeitszeit

Die Arbeitszeit kann vom Free-Lancer selber bestimmt werden. Vertraglich festgesetzte Arbeitszeiten widersprechen grundsätzlich der Qualifikation des Free-Lancers als Selbständigerwerbender. Fixe Arbeitszeiten sollten deshalb nicht Eingang in den Vertrag finden. Demgegenüber werden Free-Lancer gelegentlich dennoch organisatorisch in die Arbeits- und Betriebszeiten des Einsatzbetriebes eingebunden, was Auswirkungen auf die Qualifikation des Vertrages und den Status des Free-Lancers als Selbständigerwerbender haben kann. Je konkreter und detaillierter das Vertragsverhältnis hinsichtlich Arbeitszeit, Ort, Mittel, usw. geregelt ist, desto eher verliert der Free-Lancer seinen Status als Selbständigerwerbender, was Folgen für die AHV-Beitragspflicht des Internet-Dienstleisters haben kann.

Dauer

Obschon Aufträge grundsätzlich jederzeit widerrufbar sind (Art. 404 OR), sollte im Vertrag mit dem Free-Lancer dieses Recht durch die Vereinbarung einer Kündigungsfrist beschränkt werden. Bei Vereinbarung einer bestimmten Einsatzdauer des Free-Lancers sollten der Widerruf von Aufträgen und die damit zusammenhängenden Konsequenzen für die Vertragspartner während der festgesetzten Einsatzdauer geregelt werden.

Statt des jederzeitigen und sofortigen Widerrufsrechts ist die Vereinbarung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende des folgenden Monats zu empfehlen. Bei Free-Lancer-Verträgen von bestimmter, fester Dauer sollte auf das Widerrufsrecht gar verzichtet werden.

Haftung

Der Free-Lancer hat ausdrücklich zu bestätigen, dass er über das erforderliche Wissen und die notwendige Erfahrung für die Erbringung der vereinbarten Leistungen verfügt. Er hat die fachgerechte Sorgfalt anzuwenden.

Für entstandene Schäden – gleich aus welchem Rechtsgrund – soll der Free-Lancer haften. Dabei ist es Sache der Vertragsparteien, bei einer allfälligen betraglichen Haftungsbeschränkung (z.B. auf maximal die Vergütung für das vereinbarte Projekt oder andere Limiten) die richtigen und gegenseitigen Risikoabwägungen zu diskutieren. Eine im voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist von Gesetzes wegen nichtig (Art. 101 OR). Im Zweifelsfall und bei grossen Aufträgen ist der Beizug eines Anwalts zu empfehlen.

Vertraulichkeit, Datenschutz und Datentransfer

Die Parteien können in diesen Ziffern die auf das jeweilige Projekt zugeschnittenen spezifischen Bestimmungen festlegen. Der Mustervertrag enthält dazu gewisse, jedoch nicht abschliessende Anregungen.

Vorschlag für Dienstleistungsvertrag mit freien Mitarbeitern

Rahmenvertrag für Dienstleistungen von freiberuflichen Mitarbeitern

zwischen

Firma,

.....,

.....

nachfolgend **Internet-Dienstleister** genannt

und

.....

.....

.....

.....

nachfolgend **Auftragnehmer** genannt

für

die Erbringung von Konzeptions-, Realisierungs- und Einführungs-Leistungen in EDV-Projekten.

1. 1. Vertragsgegenstand

1.1. Inhalt

Gegenstand dieses Vertrages ist die freiberufliche Mitarbeit ("Free-Lancing") in Projekten auf dem Gebiet der Informatik und/oder Organisation, wie

- Software-Entwicklung, Software-Einführung,
- Projektführungen,
- Dokumentation,
- Ausbildung,
- Wartungs- und Pflegearbeiten.

1.2. Einzelaufträge

Jedes Projekt wird im Einzelauftrag näher umschrieben, insbesondere hinsichtlich

- Aufgabenstellung,

- Einsatzort,
- Terminplan, voraussichtliche Dauer des Einsatzes,
- Vergütung,
- Besondere Bestimmungen (z.B: Programmierungsstandards, Vertraulichkeit etc.).

1.3. Einsatzort

Der Einsatzort kann beim Internet-Dienstleister, beim Auftragnehmer selber oder bei den Kunden des Internet-Dienstleisters sein.

1.4. Stellung des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer ist nach Massgabe der Aufgabenstellung im Einzelvertrag als freiberuflicher Beauftragter (Art. 394 OR) oder als selbständiger Unternehmer (Art. 363 OR) tätig. Der Auftragnehmer hat die Leistungen persönlich zu erbringen; er darf keine Dritten zur Vertragserfüllung beiziehen.

Der Auftragnehmer ist auf eigene Rechnung und Gefahr tätig; er ist selber für angemessenen Versicherungsschutz, insbesondere für die Risiken aus Krankheit und Unfall sowie berufliche Vorsorge, besorgt. Er wird seine Beitragspflichten gegenüber den Sozialwerken als Selbständigerwerbender erfüllen und verpflichtet sich, dem Internet-Dienstleister eine Bescheinigung seiner Ausgleichskasse beizubringen, wonach er dort als Selbständigerwerbender anerkannt ist. Andernfalls erklärt er sich damit einverstanden, dass der Internet-Dienstleister die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge vom Honorar abzieht und zusammen mit seinem eigenen Anteil direkt an die Ausgleichskasse überweist.

Der Auftragnehmer bestätigt mit der Unterzeichnung dieses Vertrages, dass er zum Internet-Dienstleister in keinem wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis steht. Er tätigt u.a. notwendige Investitionen in seine Arbeitsumgebung selber, geht ein eigenes Inkasso- und Delkreder-Risiko ein und handelt in eigenem Namen und auf eigenes Risiko.

Der Auftragnehmer ist ebenfalls dafür zuständig, dass er über die erforderlichen Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen verfügt, und er hat sich gegenüber dem Internet-Dienstleister darüber auszuweisen.

2. 2. Ausführungsbestimmungen

8.1. Internet-Dienstleister

Der Internet-Dienstleister als Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die erforderlichen Unterlagen und vorhandene Hilfsmittel (Tools, Software) zu übergeben, Weisungen zu erteilen und soweit möglich fachliche Unterstützung zu gewähren.

2.2. Auftragnehmer

Der Auftragnehmer hat dem Internet-Dienstleister monatlich einen schriftlichen Tätigkeitsbericht über die erbrachten Dienstleistungen und den erreichten Stand des Projektes abzuliefern.

Der Auftragnehmer übergibt dem Internet-Dienstleister alle Arbeitsergebnisse laufend.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, den Internet-Dienstleister bei besonderen Vorkommnissen (z.B: Schnittstellenprobleme, Entscheidungsverzögerungen, Verzug Dritter, mangelhafte Ausführungsunterlagen, ungenügende Mitwirkung des Kunden, Nichteinhaltung von terminlichen Vereinbarungen des Kunden etc.) umgehend zu unterrichten.

Bei der Ausführung der Arbeiten hält sich der Auftragnehmer an die ihm für die Abwicklung des Projektes erteilten Weisungen. Er hat sich an die Haus- und Betriebsordnung des Internet-Dienstleisters resp. der Kunden zu halten.

2.3. Kunde

Befindet sich der Einsatzort bei einem Kunden des Internet-Dienstleisters, so werden die sich daraus ergebenden Besonderheiten (Weisungsrechte, Informationspflichten, Geheimhaltung und Vertraulichkeit etc.) im Einzelvertrag geregelt.

3. 3. Vergütung / Rechnungsstellung

3.1.

3.2.

4. 4. Gewährleistung / Haftung

- 8.1. Der Auftragnehmer sichert zu, das für die Erbringung der vereinbarten Leistung erforderlich Know-How zu besitzen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die vereinbarten Leistungen mit fachgerechter Sorgfalt zu erbringen.
- 8.1. Bei der Ausführung seiner Leistungen wird der Auftragnehmer gewerbliche Schutzrechte Dritter nicht wissentlich verletzen. Er haftet für die Verletzung seiner diesbezüglichen Sorgfaltspflicht.
- 8.1. Für Schäden – gleich aus welchem Rechtsgrund – die auf das vorliegende Vertragsverhältnis zurückzuführen sind, haftet der Auftragnehmer insgesamt bis(z.B. maximal der Vergütung für das betreffende Projekt (allfällige Konventionalstrafen eingerechnet).....

(.....Die Haftung für indirekte oder Folgeschäden, wie entgangener Gewinn, nicht realisierte Einsparungen, Ansprüche Dritter sowie für Mangelfolgeschäden oder Schäden infolge von Datenverlusten wird im Rahmen des gesetzlich Möglichen wegbedungen.....).

5. 5. Rechte am Arbeitsergebnis

- 8.1. Alle vom Auftragnehmer bisher und künftig im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses mit dem Internet-Dienstleister in bezug auf Software erstellten Arbeitsergebnisse und die damit verbundenen Schutzrechte, insbesondere das Urheberrecht und sämtliche gewerblichen Schutzrechte werden hiermit umfassend, d.h. im Bezug auf alle gegenwärtigen und künftigen Verwendungsbefugnisse, auf den Internet-Dienstleister übertragen, soweit sie nicht von Gesetzes wegen bereits auf den Internet-Dienstleister übergegangen sind. Der Auftragnehmer gewährleistet insbesondere, dass er seine obgenannten Rechte nicht an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten hat.
- 8.1. Der Auftragnehmer wird daran zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Rechte geltend machen, insbesondere verzichtet er auf den Anspruch, die Software zu veröffentlichen, als Urheber oder Erfinder genannt zu werden, oder einer Veränderung, Bearbeitung oder Uebersetzung zu widersprechen. Irgend eine Pflicht des Internet-Dienstleisters zur Begründung, Ausübung, Aufrechterhaltung oder Verteidigung von Schutzrechten an den Arbeitsergebnissen ist mit der Uebertragung nicht verbunden.
- 8.1. Der Auftragnehmer erhält auf Wunsch vom Internet-Dienstleister eine schriftliche Bestätigung, welche seine Mitwirkung an Projekten und die dabei erarbeiteten Ergebnisse belegt. Daraus ergeben sich jedoch keine Urheber- oder andere gewerbliche Schutzrechte.
- 5.4. Die Verwendung durch den Internet-Dienstleister gilt als Veröffentlichung im Sinne des Urheberrechts.
- 5.5. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei der Ausführung der ihm übertragenen Arbeit ohne vorgängige schriftliche Zustimmung des Internet-Dienstleisters keine Drittpersonen beizuziehen oder dafür Werke oder Leistungen zu verwenden, an denen Schutzrechte Dritter bestehen.
- 8.1. Der Auftragnehmer wird dem Internet-Dienstleister laufend, spätestens aber auf den Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses alle Gegenstände, auf denen Software vollständig oder teilweise festgehalten ist und welche dem Auftragnehmer zum Zwecke seiner Tätigkeit übergeben wurden oder daraus hervorgegangen sind, in ordnungsgemäss dokumentierter Form übergeben.

6. 6. Vertragsdauer

- 8.1. Dieser Vertrag kann mit einer Frist von 30 Tagen jederzeit gekündigt werden. Er bleibt für die Erfüllung laufender Projekte massgebend.
- 8.1. Die Arbeitseinsätze gemäss den Einzelverträgen gelten als für eine feste Dauer abgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet durch Unterzeichnung eines Einzelvertrages mit fester Dauer auf Kündigung in der entsprechenden Periode. Wird der Vertrag zur Unzeit gekündigt, hat die davon betroffene Partei Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 404 Abs. 2 OR.

7. 7. Verschiedene Bestimmungen

- 8.1. **Vertraulichkeit**
Beide Vertragsparteien verpflichten sich gegenseitig zur Wahrung der Vertraulichkeit aller nicht allgemein bekannten Unterlagen und Informationen, welche sich auf die geschäftliche Sphäre des anderen Partners beziehen und ihnen, bei Vorbereitung und Durchführung dieses Vertrages zugänglich werden. Diese Pflicht bleibt, solange daran ein berechtigtes Interesse besteht, auch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses aufrecht.
- 8.1. **Datenschutz**
Verwendung und Weitergabe von Personendaten oder personenbezogenen Daten von natürlichen und juristischen Personen sind nicht erlaubt. Kommen dem Auftragnehmer im Rahmen seiner Leistungserbringung solche Daten des Internet-Dienstleisters oder seiner Kunden zur Kenntnis, hat er alle Daten geheim zu halten. Der Auftragnehmer ist gegenüber dem Internet-Dienstleister für die Einhaltung dieses Verwendungs- und Weitergabeverbotes verantwortlich. Insbesondere verpflichtet er sich zur Unterzeichnung von Vertraulichkeitserklärungen gegenüber den Kunden des Internet-Dienstleisters.
- 8.1. **Werbung**
Werbung und Publikationen über alle Leistungen gemäss dieses Rahmenvertrages bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Vertragspartners.

8. 8. Schlussbestimmungen

- 8.1. **Anwendbares Recht**
Dieser Vertrag und alle daraus entspringenden Rechte und Pflichten der Vertragspartner unterstehen dem schweizerischen Recht.
- 8.2. **Streiterledigung**
Wenn trotz der Bemühungen der Parteien auf gütlichem Wege keine Einigung zustandekommt, wird der **ordentliche Richter am Sitz des Internet-Dienstleisters** als zuständig erklärt.

Dieser Vertrag ist zweifach ausgefertigt und unterzeichnet. Je ein Original befindet sich bei den Parteien.

Internet-Dienstleister

.....
.....

Unterschriften

Datum

Der Auftragnehmer

.....
.....

Unterschriften

Datum
