

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser  
Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis IRP-HSG  
Bodanstrasse 4  
CH-9000 St. Gallen  
Tel: +41 71 224 28 23  
Mobil: +41 78 686 20 35  
E-Mail: thomas.geiser@unisg.ch

## Kurzgutachten in Sachen Dienstleistungsverträge

### 1. Auftrag

Die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK), Parlamentsdienste, erteilte mir folgenden Auftrag:

*«Der Auftrag umfasst die Analyse von neun Dienstleistungsverträgen des Bundes aus dem IT-Bereich im Rahmen der Kurzevaluation über externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung. Bewertet wird, inwiefern deren Klassifizierung als Dienstleistungsverträge rechtmässig ist. Zum Auftrag gehört die rechtliche Analyse und Beurteilung der Verträge, welche die Weisungen des Bundesrates zum Personalverleih sowie den einschlägigen Anhang berücksichtigt, sowie die Berichterstattung in Form eines Kurzgutachtens.»*

### 2. Unterlagen

Die Parlamentarische Verwaltungskontrolle stellte mir zur Beurteilung Dienstleistungsverträge aus dem Informatikbereich zur Verfügung, wobei es sich um je 4 Verträge des BIT und des ISC-EJPD und um einen Vertrag des GS-UVEK handelte.

### 3. Unterscheidung Auftrag/Arbeitsvertrag

Die Unterscheidung zwischen einem Arbeitsvertrag, d.h. einer unselbständigen Tätigkeit, und einem Auftrag, d.h. einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist für verschiedene Rechtsgebiete zentral.

- Privatrechtlich unterscheiden sich die beiden Vertragsarten in den Wirkungen dadurch, dass eine Arbeitgeberin eine Vielzahl von Schutzpflichten übernimmt (Fürsorgepflicht einschliesslich Gesundheitsvorsorge und Ferienlohn) und Risiken trägt (Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, Unternehmensrisiko etc.). Zudem bestehen Kündigungsfristen und ein Kündigungsschutz. Demgegenüber trägt beim Auftrag der

Beauftragte diese Risiken und der Auftrag kann jederzeit ohne Kündigungsfrist aufgelöst werden.

- Im Sozialversicherungsrecht ist insbesondere die Beitragspflicht bei der selbständigen Tätigkeit vollständig anders geregelt als bei einer unselbständigen Tätigkeit. Zudem sind andere Versicherungen obligatorisch und auch die Leistungen unterscheiden sich.
- Im Steuerrecht sind schliesslich die Abzüge anders geregelt und die örtliche Steuerpflicht knüpft bei einer selbständigen Tätigkeit anders an als bei einer unselbständigen.

Die Unterscheidung erfolgt in allen diesen Rechtsbereichen nach ähnlichen Kriterien. Sie ist aber nicht identisch und eine Tätigkeit kann sehr wohl für den einen Rechtsbereich als selbständige Tätigkeit qualifiziert werden und für einen anderen als unselbständige Tätigkeit. Im Folgenden beschränke ich mich auf die privatrechtliche Unterscheidung.

Im Privatrecht sind die entscheidenden Unterscheidungskriterien:

- die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordination)<sup>1</sup> und
- die wirtschaftliche Abhängigkeit.<sup>2</sup>

Die weiteren essentiellen Elemente eines Arbeitsvertrages, die Arbeitsleistung, die Dauer und die Entgeltlichkeit sind für die Unterscheidung zum Auftrag ohne Bedeutung, weil sie dort auch vorkommen.

Für das Zivilrecht entscheidend ist allerdings, dass es für die Qualifikation des Vertrages nicht auf den Text einer – möglicherweise schriftlich festgehaltenen – Vereinbarung ankommt. Entscheidend ist vielmehr immer die tatsächlich gelebte Wirklichkeit. Das gilt selbst dann, wenn die Parteien Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung vereinbart haben. Die Abweichung der Wirklichkeit von der schriftlichen Vereinbarung kann in Ausnahmefällen dann höchstens zur Folge haben, dass gar kein gültiges Vertragsverhältnis vorliegt.

Vorliegend kann ich nur die schriftlichen Vereinbarungen beurteilen, nicht aber die Vertragswirklichkeit. Meine Folgerungen stehen folglich unter dem Vorbehalt, dass die Vertragswirklichkeit der schriftlichen Vereinbarung entspricht.

## 4. Inhalt der Verträge

Die Verträge folgen einem weitestgehend einheitlichen Aufbau: Zuerst oder in einem Anhang, auf den am Anfang des Vertrages verwiesen wird, hält der Vertrag den Gegenstand der verlangten Dienstleistung fest. Es gibt einen Projektbeschreibung, sei es dass auf die Ausschreibung

---

<sup>1</sup> BGer, 4A\_713/2016, 21.4.2017, E. 4.2 mit Hinweis auf BGer, 4A\_592/2016, 16.3.2017, E. 2.1, BGer, 4A\_602/2013, 27.3.2014, E. 3.2; BGer, 4A\_10/2017, 19.7.2017, E.3.

<sup>2</sup> Vgl. WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2014, S. 22 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 134b.

der Bundesstelle oder auf das Angebot des Vertragspartners<sup>3</sup> oder auf ein bereits bestehendes Vertragsverhältnis verwiesen wird.<sup>4</sup> Die Leistungen, welche die Vertragspartnerin zu erbringen hat, werden regelmässig im Vertrag selber in mehr oder weniger allgemeiner Weise näher umschrieben. Zum Teil wird dafür wiederum auf weitere Dokumente verwiesen.

Weiter legen die Verträge fest, wer bundesseitig die verantwortliche Ansprechperson ist und wer vom Leistungserbringer für die Vertragserfüllung eingesetzt wird. Zudem wird auch bei der Leistungserbringerin eine verantwortliche Person benannt. Es wird weiter festgehalten, dass der Austausch von eingesetzten Mitarbeitenden bei der Firma nur mit vorgängig eingeholter schriftlicher Zustimmung der Bundesstelle zulässig ist. Zum Teil wird spezifiziert, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung erteilt werden wird.

Bezüglich der Vergütung wird ein Stundenansatz festgelegt und die maximal verrechenbaren Stunden. Es kann auch ein Pauschalbetrag vereinbart sein.

Der Vertrag enthält regelmässig Erfüllungsfristen, Bestimmungen über den Erfüllungsort und weitere Vertragsbestimmungen. Die Verträge enthalten aber keinerlei Delegation eines Weisungsrechts.

## 5. Rechtliche Beurteilung

Vertragsinhalt ist regelmässig eine in der einen oder anderen Weise umschriebene Dienstleistung, zu der sich die Vertragspartnerin verpflichtet. Es wird in allen Verträgen festgehalten, welche Person von der Vertragspartnerin zu diesem Zweck eingesetzt wird, wobei eine Substitution unter gewissen Voraussetzungen möglich ist. Zusätzlich wird bei der Vertragspartnerin eine verantwortliche Ansprechperson bezeichnet. Die Verträge enthalten nichts, das auf eine Delegation des Weisungsrechts an die Bundesverwaltung hindeutet.

Daraus kann geschlossen werden, dass das Weisungsrecht vollständig bei der Vertragspartnerin verbleibt. Es liegt auf der Hand, dass wohl für die Erbringung der Dienstleistung eine enge Zusammenarbeit zwischen der eingesetzten Person und Mitarbeitenden der Bundesverwaltung notwendig ist. Das führt aber noch nicht zu einer Subordination in eine fremde Arbeitsorganisation im Sinne des Arbeitsvertragsrechts. Vielmehr scheint die Einordnung im Betrieb der Vertragspartnerin weiterhin zu bestehen und die eingesetzte Person *im Dienste der Vertragspartnerin* die Dienstleistung der Bundesverwaltung zu erbringen. Es bestehen keinerlei Anzeichen, dass die eingesetzten Personen in die Arbeitsorganisation des Bundes eingegliedert werden. Insofern besteht keinerlei Grund am Vorliegen eines Auftrages zu zweifeln. Es liegt kein Element vor, dass auf einen Personalverleih schliessen liesse.

---

<sup>3</sup> Vertrag UVEK; Verträge ISC-EJPD.

<sup>4</sup> Verträge des BIT EFD.

An dieser Beurteilung kann auch der Umstand nichts ändern, dass die Dienstleistung jedenfalls teilweise in den Räumen der Bundesverwaltung und mit Material des Bundes, namentlich entsprechenden IT-Programmen durchgeführt werden muss. Das liegt in der Natur der Dienstleistung und ist auch bei klassischen (selbständigen) Dienstleistungen üblich, ja unumgänglich. Der Klempner, der die technischen Einrichtungen in einem privaten Haus flicken soll, muss dies auch in den Räumlichkeiten des Kunden und mit bzw. an dessen Material ausführen. Es ist auch durchaus üblich, dass bei solchen Dienstleistungen der Dienstleistungserbringer an gewisse vom Kunden vorgegebene Arbeitszeiten gebunden ist. Öffnungszeiten, Zusammenarbeit, weitere Koordination und Ähnliches bringen hier notwendiger Weise gewisse Einschränkungen mit sich, die durch den Fortgang des Betriebes des Kunden bedingt sind. Damit verwandelt sich aber der Auftrag nicht in einen Arbeitsvertrag. Darin liegt noch keine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Es geht nur um eine Anpassung an, bzw. Rücksichtnahme auf diese.

Zu beachten ist allerdings immer auch das zweite Kriterium der Abgrenzung zwischen Auftrag und Arbeitsverhältnis, nämlich die Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Die Praxis nimmt ein Arbeitsverhältnis und keine selbständige Tätigkeit an, wenn der die Arbeit Leistende wirtschaftlich vom «Auftraggeber» vollständig abhängig ist. Entsprechend liegt keine selbständige Tätigkeit und damit auch kein Auftrag vor, wenn die Arbeit leistende Person nur einen einzigen «Auftraggeber» hat. Dann ist das Verhältnis wirtschaftlich so eng, dass von einer Subordination ausgegangen werden muss, womit ein Arbeitsverhältnis gegeben ist. Wird der Dienstleistungsvertrag mit einer juristischen Person abgeschlossen und handelt es sich bei dieser um eine sogenannte Ein-Personen-Gesellschaft, die jener Person gehört, die dann für die Vertragserfüllung eingesetzt wird (wirtschaftliche Identität) und hat diese juristische Person praktisch nur einen Auftraggeber, kann nicht von einem Auftrag ausgegangen werden. Vielmehr erfolgt ein Durchgriff und die «Auftraggeberin» wird direkt als Arbeitgeberin der für die Erfüllung der Dienstleistung eingesetzten Person angesehen.<sup>5</sup>

Den mir vorliegenden Verträgen lässt sich nicht schlüssig entnehmen, ob es sich bei den Vertragspartnern um Unternehmen handelt, die mehrere Eigentümer und mehrere Kunden haben. Diesbezüglich wären weitere Abklärungen bezüglich dieser Vertragspartner notwendig. Es bestehen aber auch keine Anzeichen dafür, dass es sich um Ein-Personen-Gesellschaften handelt, die jeweils den Bund als einzigen Kunden haben. Insofern besteht keine Vermutung bezüglich einer wirtschaftlichen Abhängigkeit in der geschilderten Art.

---

<sup>5</sup> Siehe dazu ausführlich: GEISER, Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen Personen, in: Wyler/Meier/Marchand (Hrsg.), *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève/Zürich 2015, S. 149 ff.

## 6. Folgerung

Aus meiner Sicht handelt es sich bei den mir vorliegenden Verträgen folglich tatsächlich um Aufträge und nicht um Arbeitsverhältnisse.

Vorzubehalten ist allerdings, dass die gelebte Vertragspraxis von den schriftlichen Vereinbarungen in entscheidenden Punkten abweicht und dass es sich bei den Vertragspartnern um Ein-Personen-Gesellschaften handelt, die den Bund als einzigen Kunden haben. Wie es sich damit verhält, kann ich aber auf Grund der vorliegenden Unterlagen nicht beurteilen.

\*\*\*\*\*

\*\*\*

\*



Minusio, im Mai 2019

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser