



School of
Management and Law

Fachtagung «Grenzen der Freiwilligenarbeit»

Rechtliche Grenzen der Freiwilligenarbeit



Building Competence. Crossing Borders.

Sara Licci
sara.licci@zhaw.ch

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

Definition «Freiwilligenarbeit»

Informelle Freiwilligenarbeit

Unbezahlte Hilfeleistungen aus persönlicher Initiative für Personen, die nicht im selben Haushalt leben. Z. B. Nachbarschaftshilfe, verwandte oder bekannte Kinder hüten, Dienstleistungen für andere Haushalte wie Hausarbeiten, Transportdienste, Gartenarbeiten usw.

Institutionalisierte Freiwilligenarbeit

Unbezahlte Tätigkeiten für eine Organisation, einen Verein oder eine öffentliche Institution. Z.B. sportlich-kulturelle Vereine, Interessenvereinigungen, kirchliche Institutionen, sozial-karitative Organisationen, Parteien oder politische Ämter sowie öffentliche Dienste. Sitzungsgelder, Spesenvergütungen oder symbolische Beiträge gelten nicht als Bezahlung.

Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/11/def.html>

Definition «Bezahlte Arbeit»

Erwerbstätige

Als Erwerbstätige gelten Personen im Alter von mindestens 15 Jahren, die während der Referenzwoche

- mindestens eine Stunde gegen Entlohnung gearbeitet haben
- oder trotz zeitweiliger Abwesenheit von ihrem Arbeitsplatz (wegen Krankheit, Ferien, Mutterschaftsurlaub, Militärdienst usw.) weiterhin eine Arbeitsstelle als Selbstständigerwerbende oder Arbeitnehmende hatte,
- oder unentgeltlich im Familienbetrieb mitgearbeitet haben.

Unter dieser Definition fallen, unabhängig vom Ort, wo die Tätigkeit ausgeführt wird, alle Arbeitnehmenden, Selbstständigerwerbenden, im eigenen Familienbetrieb mitarbeitenden Familienmitglieder, Lehrlinge, Schüler und Studierende, die neben ihrer Ausbildung einer Erwerbstätigkeit nachgehen, und Rentner, die nach der Pensionierung noch erwerbstätig sind. Nicht berücksichtigt werden die Hausarbeit im eigenen Haushalt, unbezahlte Nachbarschaftshilfe und andere ehrenamtliche Tätigkeiten.

Quelle: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/11/def.html1>

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

Grundsatz

- beide Verträge sind formlos gültig
- Schriftlichkeit ist keine Voraussetzung
- **wesentlich** ist, was die **Parteien vereinbaren und leben**

Auftragsrecht ?

Arbeitsvertragsrecht ?

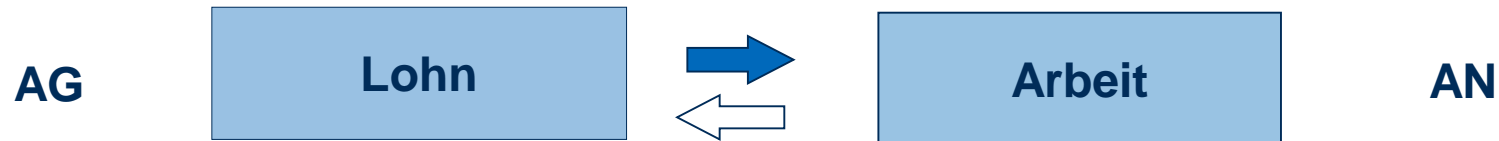


Gesamtbetrachtung notwendig: Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht, ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Dabei kann auch eine Einordnung, die der von den Parteien gewählten Bezeichnung widerspricht, erfolgen.

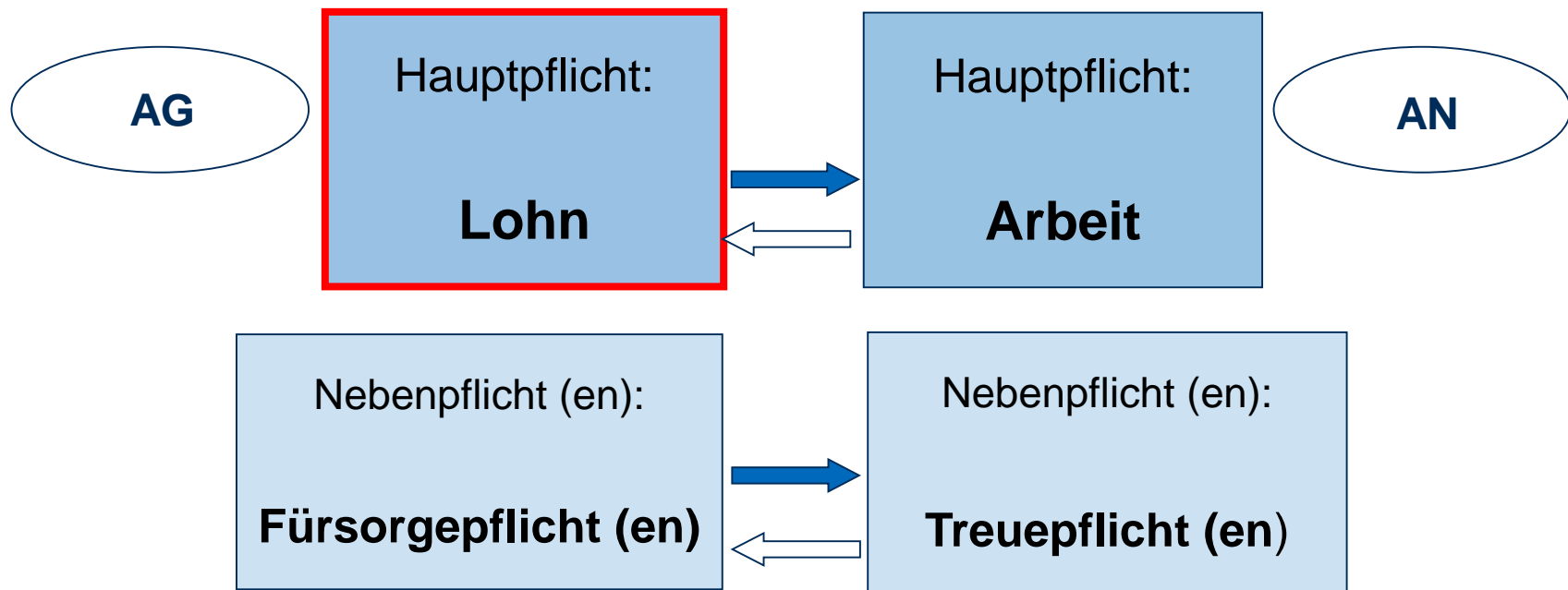
Der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)

Art. 319 OR

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



Vertragspflichten im Arbeitsvertrag



Grundbestimmung zum Lohn

Art. 322 OR

¹ Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der **verabredet** oder **üblich** oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

Der Auftrag (Art. 394 ff. OR)

Art. 394 OR

- ¹ Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.
- ² Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.
- ³ Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

Auffangtatbestand: Absatz 2

- der Auftrag kommt insbesondere auch dann zur Anwendung, wenn Verträge auf Arbeitsleistung keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt werden können

Abgrenzung Arbeitsvertrag / Auftrag

	Arbeitsvertrag	Auftrag
Unternehmensrisiko	Nein	Ja/Nein
Arbeitsorganisatorische Unterordnung	Ja	Nein
Weisungsbefugnis	Ja	Beschränkt
Arbeitserfolg	Nein	Nein
Entschädigung	Lohn	Vergütung (i.d.R.)
Rechtsgrundlagen	Art. 319 ff. OR	Art. 394 ff. OR

Weisungsrecht auch typisch für Arbeitsvertrag: Aber nicht jedes Weisungs- und Kontrollrecht führt zu einem **Arbeitsvertrag**. Deren Mass muss über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und 400 OR hinausgehen.

→ **«Subordinationsintensität» des Arbeitsvertrages muss erreicht werden.**

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

Freiwilligenarbeit als vertragliches Verhältnis

- Entgeltlichkeit bildet ein wesentliches Begriffsmerkmal des Arbeitsvertrags
- Erwerbstätigkeit bezweckt, durch die erbrachte Arbeitsleistung seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu verbessern.
- eine auftragsrechtliche Vergütung gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ist im Unterschied zum Arbeitsvertragsrecht nicht begriffswesentlich

Besonderheit der Freiwilligenarbeit

- Erbringung einer Leistung ohne Gegenleistung in Form von Geld oder Naturalien

Als was ist Freiwilligenarbeit aus rechtlicher Sicht zu qualifizieren?

Rechtliche Qualifikation Freiwilligenarbeit

- viele Formen von Freiwilligenarbeit erfüllen zwar die Begriffsmerkmale des Arbeitsvertrags (wie Arbeit auf Dauer, Einfügung in eine Betriebsorganisation, *Weisungsgebundenheit* oder Ort des Arbeitseinsatzes), nicht jedoch das Merkmal der **Pflicht des Arbeitgebers zur Entlohnung**.
- Freiwilligenarbeit kann grundsätzlich dem **Auffangtatbestand** des Art. 394 Abs. 2 OR zugeordnet werden, d.h. **Qualifikation als Auftrag**

Wer unentgeltlich arbeitet, kann nicht Arbeitnehmer sein und ist meist Beauftragter.

Achtung: unterschiedliche Behörden = unterschiedliche Qualifikation
(Zivilgerichte/Migrationsbehörden/Sozialversicherungen)

Sinnvoll und durchaus üblich: **Abschluss einer Einsatzvereinbarung**

- darin geregelt werden ähnlich einem Arbeitsvertrag die Personalien der Vertragsparteien, die Aufgabe des Freiwilligen, Einsatzort und Einsatzzeit sowie Dauer oder zeitlicher Umfang, Spesenregelung, Schweizerischen Sozialausweis sowie allgemeine Rahmenbedingungen
- auch die haftungs- und versicherungsrechtlichen Aspekte sollten mit Vorteil im Vertrag geregelt sein

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

Auftragsrechtliches Weisungsrecht und Befolgungspflicht

- zentral bei Freiwilligenarbeit ist die **Weisungsgebundenheit** bezüglich Zeit und Ort des Einsatzes
- diese Weisungsgebundenheit lässt sich auf die **Einsatzvereinbarung** und die **Normen des Verhaltenskodex** als Vertragsbestandteil ausdehnen
- grösserer Freiraum in der Art der Ausführung des übertragenen Geschäfts
 - Auftraggeber hat seiner Treuepflicht entsprechend bei der Befolgung die Interessen des Auftraggebers zu beachten
 - allfällige Abmahnung, wenn Weisung unzweckmässig

Schutzpflichten ggü. Beauftragte/Freiwilligenarbeit Leistende

- Schutzpflichten zugunsten des Beauftragten ergeben sich beim Auftragsverhältnis aus der **gegenseitigen Treuepflicht**
- Anlehnung Massstab der Schutzpflichten an Arbeitsvertragsrecht
- Haftung für Verletzung von Schutzvorkehrungen, welche insbesondere die **Gesundheit des Beauftragten** zum Gegenstand haben
- **Freizeit** dient dem Erholungszweck und stehen damit im engen Zusammenhang mit der Gesundheit
 - demnach hat der Auftraggeber (Organisation) dem Beauftragten (Freiwilligenarbeit Leistenden) entsprechende Zeitperioden zur Verfügung zu stellen

Obwohl Schutzgedanke auch im Auftragsverhältnis, grundsätzlich keine Anwendung des Arbeitsgesetzes auf Freiwillige, da es an der wirtschaftlichen Abhängigkeit fehlt!

Spesensentschädigung

– auftragsrechtlicher Auslagenersatz

- dienen dem Schutz des Eigentums und der Schadloshaltung für getätigte Auslagen, welche im Zusammen mit der Erfüllung der Arbeit entstehen
- zu Spesen zählen z.B.
 - Unterkunft und Verpflegung bei auswärtiger Arbeit
 - Fahrspesen, Porto, Telefon sowie alle Arten von Gebühren
 - Anschaffung von Geräten und Materialien
- im Minimum Ersatz effektiv notwendiger Auslagen (Art. 327a Abs. 2 OR), können diese aber auch übersteigen, ohne dass Differenz zurück erstattet werden muss
- Spesenreglement

Jedoch Achtung, wenn durchschnittlicher Überschuss regelmässig höher → verdeckter Lohn!
Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR

Sozialversicherungen

- ausschliesslich Freiwilligenarbeit leistende Personen = gelten als **Nichterwerbstätige**
→ da unentgeltliche, ehrenamtliche Arbeit
- sind Kraft ihres Wohnsitzes in der Schweiz für Krankheit und Unfall der Krankenversicherung obligatorisch unterstellt

Unentgeltlichkeit = Kriterium, warum Freiwillige nicht der für Arbeitnehmende obligatorischen UVG-Unfall- und Arbeitslosenversicherung sowie der beruflichen Vorsorge (sog. 2. Säule) unterstellt sind

Sozialversicherungen

Unterstellung unter obligatorischen Arbeitnehmer-Sozialversicherungen

- kein Lohn, grundsätzlich keine Pflicht
- verdeckter Lohn

Freiwillige Unterstellung

- Nichterwerbstätige können sich freiwillig für ein Krankentaggeld versichern lassen
→ freiwillige Krankentaggeldversicherung
- die obligatorischen Arbeitnehmer-Sozialversicherungen Unfallversicherung nach UVG und berufliche Vorsorge bieten zwar gemäss Art. 4 UVG/Art. 4 BVG eine freiwillige Anschlussmöglichkeit für Selbstständigerwerbende an, *nicht aber* für Personen ohne Erwerbseinkommen

Auflösung des Auftrags / «Kündigung»

- Auftrag wird durch einseitige, empfangsbedürftige Willensäußerung mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst
- «Widerruf oder Kündigung» gemäss Art. 404 Abs. 1 OR
- jederzeitige fristlose Vertragsauflösung

Achtung: anders Arbeitsvertrag

- Vertragsauflösung nicht jederzeit möglich
- sachlicher und zeitlicher Kündigungsschutz (Kündigungsfristen / Sperrfristen)
- Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung
- weitere Fürsorgepflichten
- AG zuständig für Sozialversicherungsbeiträge

Auflösung des Auftrags / «Kündigung»

- empfehlenswert den Freiwilligen aufgrund der Einräumung eines vertraglichen Anspruchs ein **DOSSIER FREIWILLIG ENGAGIERT** auszuhändigen
 - darin festgehalten werden Personalien, Institution, Tätigkeitsbereich, Art des Freiwilligeneinsatzes und der zeitliche Umfang sowie die Dauer des gesamten Einsatzes
 - anstelle eines Arbeitszeugnisses
- zudem darf der Freiwillige ein **qualifiziertes «Zeugnis»** verlangen – ausgehend von Treue- und Schutzpflicht des Auftraggebers – in dem sein Einsatz bewertet wird
- mit diesem kann der Freiwilligenarbeit Leistende sich über seine Fähigkeiten, Kenntnisse und persönlichen Kompetenzen ausweisen und somit auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähig bleiben

Auswirkungen der Einordnung/ vertraglich

Auftrag	Arbeitsvertrag
Weisung soweit für Ausführungen des Auftrags nötig	Generelles Weisungsrecht, Subordination
Allgemeine Fürsorgepflichten	Lohnfortzahlung bei Krankheit
Auflösung immer möglich (Achtung bei Kündigung bei Unzeit)	Kündigungsfristen beachten
	Sperrfristen beachten
<i>evtl. Jugendschutz aus ArGV5</i>	Ferienanspruch 4/5 W pro Jahr, Ruhezeiten, etc. aus ArG

Auswirkungen der Einordnung / sozialversicherungsrechtlich

Auftrag	Arbeitsvertrag
Auftragnehmer kümmert sich selbst um Versicherung (entweder als selbständig Erwerbender oder über Krankenkasse, wenn keine Einkünfte)	<ul style="list-style-type: none">• Obligatorische Berufsunfallversicherung• Obligatorische nicht Berufsunfallversicherung bei mehr als 8 h Arbeit pro Woche
Wenn als selbständig Erwerbender qualifiziert selbst für AHV Beiträge verantwortlich/Freiwilliger Anschluss an 2. Säule	<ul style="list-style-type: none">• AHV-Beiträge zwingend bei Einkünften von über CHF 2'300 pro Jahr• Beiträge an 2. Säule ab Einkünften von über CHF 21'150
*Achtung: Wenn Freiwilligenarbeit entgeltlich ist, liegt für Sozialversicherungsbehörden sehr wahrscheinlich ein Arbeitsvertrag vor (hängt stark von Weisungsgebundenheit, Kontrollmöglichkeiten, Integration in Organisation ab (Pläne, Arbeitszeiten, etc.))	AHV-Beiträge zwingend bei tieferen Einkünften, wenn von Arbeitnehmer gewünscht

Haftung

– Haftung Arbeitnehmende gegenüber Arbeitgeber

- Art. 321e OR: Ersatz des Schadens bei Absicht oder Fahrlässigkeit; es wird geprüft, ob Arbeitgeberin die Person ihren Kenntnissen entsprechend eingesetzt und genügend instruiert hat.

– Haftung Beauftragte ggü. Auftraggeber

- nach den Regeln des Arbeitsvertragsrecht (Verweis in Art. 398 Abs. 1 OR)
- Vertragshaftung gemäss Art. 321e OR

– Haftung Auftraggeber ggü. Beauftragten

- Schadloshaltung für Auslagen und Verwendungen des Beauftragten (Art. 402 Abs. 1 OR)
- Ersatz jeden Schadens, der dem Beauftragten durch positive Vertragsverletzung durch den Auftraggeber entsteht (Art. 402 Abs. 2 OR)

- I. Definitionen
- II. Abgrenzung – Arbeitsvertrag und Auftrag
- III. Einordnung Freiwilligenarbeit
- IV. Rechtliche Konsequenzen
- V. Verwendete Literatur

V. Verwendete Literatur

- Gabriela Riemer-Kafka, Freiwilligenarbeit, ARV 2007 S. 57 ff.
- Streiff Ullin /von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Der Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012 (Art. 319 OR)