

Herr
Serge Gaillard
Leiter Direktion für Arbeit
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Effingerstrasse 31
3003 Bern

Bern, 29. Oktober 2010 sgv-Ta/pg

Vernehmlassungsantwort
«Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern»

Sehr geehrter Herr Gaillard

Die Zentrale Paritätische Kontrollstelle, ZPK bedankt sich beim SECO und seinen Mitarbeitenden für die Einladung vom 10.09.2010 zur Stellungnahme zu dieser Vernehmlassung und nimmt gerne innerhalb der eingeräumten und erstreckten Frist wie folgt Stellung zur Vernehmlassungsvorlage:

I. Vorbemerkungen

1. Grundsätzlich sind wir mit der Stossrichtung des Vernehmlassungsentwurfs einverstanden. Wir gehen mit dem SECO einig darüber, dass Scheinselbständigkeit dem Staat und seinen Einrichtungen (z.B. durch fehlende Steuer- und Sozialversicherungsabzüge) und der Gesellschaft (z.B. aufgrund fehlender Rentenversicherungen und einem damit verbundenen Armutsrisiko im Alter) in vielfacher Hinsicht schadet und die Wirtschaft aufgrund der damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrung erheblich geschädigt wird. Bekanntermassen sind Scheinselbständigerwerbende weder korrekt versichert noch zahlen sie die obligatorischen Steuer- und Sozialversicherungsabgaben und bieten dadurch ihre Arbeitskraft auf dem Markt weit unter Wert an.
2. Die anzuwendenden Prüfkriterien hinsichtlich der Abgrenzung zwischen einer *echten selbständigen* Erwerbstätigkeit und einer *unechten selbständigen* Erwerbstätigkeit also einer *scheinselbständigen* Erwerbstätigkeit sind im Vernehmlassungsentwurf bereits gut ausgearbeitet worden. Jedoch fehlt es dem Vernehmlassungsentwurf an einer einheitlichen Kontrollmatrix für die involvierten Kontrollorgane. Eine solche einheitliche Kontrollmatrix würde gewährleisten, dass die anzuwendenden Prüfkriterien einheitlich und korrekt angewendet werden und auch deren Bewertung bzw. Auswertung einheitlich und korrekt erfolgt.
3. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der rechtlichen Beurteilung der Selbständigkeit eines ausländischen Dienstleistungserbringers um eine komplexe Vollzugsaufgabe handelt, wie dies auch von der Bundespräsidentin Doris Leuthard im Rahmen der Fragestunde zum Rundschreiben zur Überprüfung der Scheinselbständigkeit mit aller Deutlichkeit bestätigt wird (Fragestunde 10.5383 vom 20.09.2010), kann es nicht angehen, dass die involvierten Kontrollstellen und Kontrolleure die genannten Prüfkriterien einfach nach Gutdünken interpretieren und anwenden können.

4. Dem Rundschreiben fehlt in dieser Hinsicht eine Kontrollmatrix, welche den Kontrollorganen hilft, die Fälle zu beurteilen und die entsprechenden Unterlagen zu gewichten. Andernfalls läuft man Gefahr, dass jedes Kontrollorgan eigene Spielregeln und Gewichtungen vornimmt, sodass ein Selbständigerwerbender beispielsweise im Kanton A als Selbständigerwerbender gilt und im Kanton B nicht. Das Rundschreiben sollte demnach eine Art Kontrollmatrix enthalten, die es den zuständigen Kontrollorganen erlaubt, eine Auswertung inkl. Gewichtung vorzunehmen. Damit das Rundschreiben in der Praxis auch effektiv einen Nutzen hat, sollte auch ein entsprechender Leitfaden inkl. Excel-Berechnungstool beigelegt werden. Dieser könnte den zuständigen Kontrollbehörden als eine Art Anleitung dienen, wie beispielsweise ein bezahlter Pauschalbetrag in effektiven Lohn- und Sozialabgaben umgerechnet werden könnte.
5. Unseres Erachtens wird es deshalb notwendig sein, zumindest auf Weisungsebene im Rundschreiben, weitere Regelungen zu treffen, um einen einheitlichen Vollzug sicherzustellen. Es wird daher notwendig sein, die Prüfkriterien nicht nur zu benennen, sondern auch deren Beurteilung einheitlich festzulegen.
6. Es muss bei einer so komplexen Materie wie der Scheinselbständigkeit unter allen Umständen vermieden werden, dass jeder Kanton mit seinen kantonalen Vollzugsbehörden sowie den privaten Vollzugsorganen im Rahmen der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge das Rundschreiben individuell auslegt und anwendet. Dies würde zu einer immensen Rechtsunsicherheit, ja sogar Rechtsungleichheit führen und damit dem Sinn und Zweck des Rundschreibens selbst, nämlich der effizienten Bekämpfung von Missbräuchen, zuwiderlaufen.
7. Weiter fehlen im Vernehmlassungsentwurf gänzlich konkrete Angaben darüber, wie bei einer festgestellten Scheinselbständigkeit tatsächlich vorzugehen ist. Anhand eines Beispiels aus der Praxis, könnte konkret aufgezeigt werden, wie und mit welchen Unterlagen effektiv eine Überprüfung der Selbständigkeit durchgeführt und wie anschliessend die Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen überprüft wird. Wie kann beispielsweise der effektive (Lohn) Missbrauch festgestellt und beziffert werden, wenn lediglich eine Pauschale gezahlt wurde und weder die effektive Arbeitszeit noch allfällige Abgaben bekannt sind? Stuft beispielsweise eine Ausgleichskasse die Tätigkeit eines Selbständigen als unselbständig ein, so gelten dessen Einkünfte als Lohnneinkünfte und sind vom vermeintlichen Auftraggeber bzw. nunmehr «Arbeitgeber» rückwirkend sozialversicherungspflichtig. Doch gerade zu diesem Punkt finden sich im Vernehmlassungsentwurf keinerlei Anhaltspunkte oder Anweisungen. Indessen sollte gerade hierin die Kernaufgabe des Rundschreibens liegen, denn die erwähnten Prüfkriterien sind bereits seit über einem Jahrzehnt allgemein bekannt und entstammen vorwiegend dem Sozialversicherungs- bzw. AHV-Recht.
8. Weiter könnte man sich die Frage stellen, ob unter Umständen auch das Schwarzarbeitsgesetz eine Rolle spielt? Denn Scheinselbständigkeit könnte auch als eine Form von Schwarzarbeit betrachtet werden. Diese Schnittstelle zu anderen Gesetzen wird im Rundschreiben nicht bis kaum erwähnt.
9. Gänzlich unbekannt ist auch die Vorgehensweise im Hinblick auf die arbeits-, sozialversicherungs- und auch steuerrechtlichen Folgen bei bestätigter Scheinselbständigkeit. Auch hierüber schweigt sich das Rundschreiben aus.
10. Will das Rundschreiben jedoch auch nur annähernd eine effiziente Bekämpfung von Missbräuchen sicherstellen, so kommt man nicht darum herum, das Rundschreiben entsprechend zu ergänzen und sich diesbezüglich auch mit sämtlichen involvierten Stellen, Kontrollorganen und Behörden auf eine konkrete Vorgehensweise zu einigen.

11. Abschliessend verhält es sich insbesondere bei ausländischen (Schein-) Selbständigen so, dass diese praktisch nur vor Ort kontrolliert werden können. Denn ist der Auftrag erst einmal abgeschlossen, erhält man keinerlei Unterlagen mehr und kann somit deren Status auch nie definitiv klären. Der Vernehmlassungsentwurf enthält zwar ebenfalls den Grundsatz der vor Ort Kontrolle, ohne diesbezüglich jedoch geeignete Massnahmen vorzusehen, wie diese vor Ort Kontrolle sichergestellt und durchgeführt werden kann. So fehlt es beispielsweise an der Pflicht, wonach angeblich Selbständigerwerbende bestimmte Unterlagen auf sich zu tragen haben, mit welchen sie den Kontrolleuren vor Ort ihre Selbständigkeit auch effektiv belegen können. Weiter fehlt es im Vernehmlassungsentwurf an der Konkretisierung dieser Unterlagen bzw. die im Rundschreiben erwähnten Unterlagen vermögen nicht einen zweifelsfreien Nachweis der Selbständigkeit zu begründen, wie es der Gesetzgeber in Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (nachfolgend EnstG genannt) vorsieht.
12. Selbständig ist im Allgemeinen jemand, der unternehmerische Entscheidungsfreiheit genießt, ein unternehmerisches Risiko trägt sowie unternehmerische Chancen wahrnehmen und hierfür Eigenwerbung betreiben kann. Zu den typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört u.a., dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnungen erbracht werden sowie die eigenständige Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufspreis, den Warenbezug, Einstellung von Personal, Einsatz von Kapital und Maschinen, die Zahlungsweise des Kunden, Art und Umfang der Kundenakquisition sowie Art und Umfang von Werbemassnahmen für das eigene Unternehmen. In der Praxis verrichten die angeblich Selbständigerwerbenden bzw. Scheinselbständigen bloss Arbeit, weder sind sie selbst für das Material und die Werkzeuge verantwortlich sind (kein unternehmerisches Risiko) noch können sie den Preis (wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber) bestimmen.
13. Um demnach herauszufinden, ob jemand ein *echter* Selbständigerwerbender und damit ein Unternehmer ist, müssten die entsprechenden Unterlagen Auskunft über sein eingesetztes Kapital, seine Maschinen und seine Fix- und Werbekosten geben, also darüber, ob er ein unternehmerisches Risiko trägt. Weiter müssten die Unterlagen auch Auskunft darüber geben, ob der angeblich Selbständigerwerbende seine Dienste auch effektiv zu marktgerechten Preisen anbietet, welche nicht wettbewerbsverzerrend wirken.
14. Mit Unterlagen, welche eine Gewerbebeanmeldung oder eine Mitgliedschaft bei einem Berufs- oder Fachverband belegen, kann selbstredend ein solcher Nachweis nicht erbracht werden. Hierzu bräuchte es vielmehr offizielle Unterlagen, wie Steuer- und Buchhaltungsunterlagen sowie Versicherungsnachweise. Vor diesem Hintergrund greifen die im Vernehmlassungsentwurf aufgeführten Unterlagen zu kurz.
15. Zu guter Letzt fehlt es im Rundschreiben auch an einer konkreten Durchsetzungsmöglichkeit, wenn der angeblich Selbständigerwerbende vor Ort den Nachweis seiner Selbständigkeit nicht erbringen kann oder will. Lässt man diesen dann einfach weiter arbeiten und den Auftrag ausführen, damit er sich nach getaner Arbeit wieder ins Ausland absetzen kann, um dort das «tote Männchen» zu mimen? Dies kann wohl kaum im Interesse einer effizienten Bekämpfung von Missbräuchen sein. Vor diesem Hintergrund müssten die Kontrollorgane vor Ort Massnahmen ergreifen können, welche den angeblich Selbständigerwerbenden dazu zwingen, den Nachweis seiner Selbständigkeit unmittelbar zu erbringen. Ein möglicher Lösungsansatz wäre hier die Wegweisungsmöglichkeit von der Baustelle bzw. die Schliessung der Baustelle bis der Nachweis erbracht ist.
16. **Wir beantragen aus den dargelegten Gründen, die Inkraftsetzung bis zur vollständigen Überarbeitung bzw. Ergänzung des Rundschreibens zu verschieben.**

II. Stellungnahme zu den einzelnen Ziffern

1. Ad Ziffer 4.1

a) Ad Ziffer 4.1, Absatz 1, Punkt 4, Seite 7/20

[...] Stellen die Vollzugsorgane des EntsG eine Scheinselbständigkeit fest, kann vom Arbeitgeber die Einhaltung der Schweizer Lohn- und Arbeitsbedingungen gefordert werden, nicht aber die Einhaltung des Schweizer Sozialversicherungsrechts.

1. Ein Scheinselbständiger gilt bei Aufdeckung seiner Scheinselbständigkeit als Arbeitnehmer seines Auftrag- resp. Arbeitgebers.¹ Wie prüft man die Einhaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen, wenn dem Scheinselbständigen, der in einem solchen Fall als Arbeitnehmer betrachtet wird, der Lohn nicht mit den entsprechenden Abzügen ausbezahlt worden ist? Nimmt man das ausbezahlte Entgelt einfach als Bruttolohn an? Doch in welches zeitliche Verhältnis setzt man diesen Bruttolohn, wenn keinerlei Arbeitszeitrapporte vorliegen? Hat der Scheinselbständige nunmehr für CHF 1.00 oder für CHF 10.00 oder gar für CHF 100.00 pro Stunde gearbeitet? Für die Berechnung eines allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohnes sind diese Fragen von zentraler Bedeutung. Wenn es nicht gelingt, das ausbezahlte Entgelt in Relation zur geleisteten Arbeitszeit zu bringen, dann kann nämlich überhaupt kein Verstoß nachgewiesen werden bzw. es kann nicht eruiert werden, welche Lohnnachzahlungen der vermeintliche Auftrag- bzw. Arbeitgeber zu leisten hat. Auch allfällige Lohnzuschläge für Überstunden usw. können nicht berechnet werden etc.
2. Das Rundschreiben müsste demnach dahingehend ergänzt werden, dass es eine konkrete und verbindliche Anleitung zur Rückberechnung eines ausbezahlten Entgelts in ein Bruttogehalt enthält. Weiter müsste das Rundschreiben auch hinsichtlich der Rekonstruktion der Arbeitszeit eine konkrete Anleitung enthalten. Als Ansatzpunkt kann beispielsweise die durchschnittliche Berechnung eines Regielohnes dienen, welche jeder Unternehmer vornehmen muss, um seine Preise kalkulieren zu können. Und auch hinsichtlich der Arbeitszeit kann mit Richttabellen und Erfahrungswerten gearbeitet werden, welche eine annähernde zeitliche Rekonstruktion der investierten Arbeitszeit ermöglicht.
3. Des Weiteren kennt Scheinselbständigkeit in den allermeisten Fällen nicht nur eine Partei, namentlich den Scheinselbständigen selbst, sondern auch noch eine weitere Partei, namentlich den Auftrag- bzw. Arbeitgeber. Vor diesem Hintergrund sind beide in die Pflicht zu nehmen. Dies sollte vor allem dann gelten, wenn der vermeintliche Auftraggeber bewusst solche scheinselbständigen Arbeitskräfte einsetzt, um sein unternehmerisches Risiko möglichst gering zu halten. In einem solchen Fall müsste der Arbeitgeber - und zwar nicht nur der schweizerische Arbeitgeber, sondern auch der ausländische Arbeitgeber - durchaus dazu angehalten werden können, die Lohnbedingungen einzuhalten, also auch die entsprechenden Sozial- und Versicherungsbeiträge zu leisten.
4. Auch in diesem Sinne ist das Rundschreiben ungenügend und es müsste zumindest eine Anzeigepflicht der Kontrollorgane gegenüber den ausländischen Finanz- und Sozialversicherungsbehörden enthalten.

¹ Vgl. hierzu auch Ziffer 3.2, Absatz 2, Seite 6 erster Satz des vorliegenden Rundschreibens: «*Hat die Abklärung des Status einer Person ergeben, dass sie scheinselbständig ist, wird sie als Arbeitnehmer betrachtet.*»

5. Enthält das Rundschreiben diesbezüglich keine Anhaltspunkte bzw. Anweisungen, so wird es den involvierten Kontrollorganen gar nie möglich sein, die geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu kontrollieren und die damit einhergehende Ungleichbehandlung mit den redlichen Dienstleistungserbringern zu beseitigen. Dies widerspräche jedoch gerade dem Sinn und Zweck des Rundschreibens, welche Scheinselbständigkeit bekämpfen möchte. Das Rundschreiben ist in dieser Hinsicht entsprechend zu präzisieren.

b) Ad Ziffer 4.1, Absatz 1, Punkt 5, Seite 7/20

*Die Überprüfung der Selbständigkeit eines ausländischen Dienstleistungserbringers hat **grundsätzlich vor Ort zu erfolgen**, um insbesondere Beobachtungen und Feststellungen über die Arbeitsorganisation zu machen. [...] **Kontrollen, welche nur auf dem schriftlichen Weg durchgeführt werden, sollen die Ausnahme bleiben.***

1. Vor diesem Hintergrund, namentlich, dass die Kontrollen grundsätzlich vor Ort erfolgen sollen und die Kontrolle auf dem schriftlichen Weg die Ausnahme bilden sollte, ist es nicht nachzuvollziehen, weshalb das Rundschreiben keine Bestimmung enthält, welche alle Dokumente auflistet, die ein Selbstständigerwerbender zum Beweis seines Status ab Beginn der Tätigkeit in der Schweiz zwingend auf sich tragen muss.
2. In Bezug auf diesen Punkt ist das Rundschreiben zu ergänzen, zumal auch Art. 1 Abs. 2 EntsG mit der Formulierung «*gegenüber den zuständigen Kontrollorganen auf Verlangen nachzuweisen*» impliziert, dass es sich hierbei wohl eher um einen *unmittelbaren* Nachweis handelt. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine andere Formulierung gewählt, wie beispielsweise «*gegenüber den zuständigen Kontrollorganen auf schriftliches Verlangen schriftlich nachzuweisen*». Für die Unmittelbarkeit spricht auch, dass es sicher nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann, dass ein Scheinselbständiger zuerst seine Arbeit ausführt bzw. beendet, um sich anschliessend wieder in sein Herkunftsland zu begeben und sich dadurch — zumindest dem Grundsatz nach — einer weiteren Überprüfung und Kontrolle entzieht.

c) Ad Ziff. 4.4, Seiten 11f./20

1. Das Rundschreiben ist dahingehend zu präzisieren, dass der Selbständige bestimmte Unterlagen zwingend mit sich führen muss, damit er in der Lage ist, gegenüber den Kontrollorganen seinen Status nachzuweisen. Ansonsten läuft er Gefahr, dass er unter Umständen seine Arbeiten unterbrechen muss, um die entsprechenden Unterlagen zu besorgen. Kurz, es muss gewährleistet sein, dass alle relevanten Auskünfte verlangt werden können und Unterlagen unmittelbar herausgegeben werden müssen, die zur Abklärung dieses Tatbestandes beitragen.

2 Ad Ziffer 5

a) Ad Ziffer 5, Seite 12/20

1. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass ausländische selbständige Dienstleistungserbringer sich nicht immer mittels dem im EntsG erwähnten Meldeformular anmelden, sondern auch mittels so genannter L- und G-Bewilligungen oder gar mittels Bewilligungen zum Aufenthalt zwecks der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von den kantonalen Migrationsämtern die «Erlaubnis» erhalten, Einsätze in der Schweiz durchzuführen, muss das Rundschreiben zwingend dahingehend ergänzt werden, dass den involvierten Kontrollorganen - und zwar schweizweit - solche «Bewilligungen» zur Kenntnis gebracht werden, am besten mittels einer passwortgeschützten Datenbank (vgl. hierzu auch Art. 7 Abs. 2 EntsV i.V.m. Art. 8 EntsG).

b) Ad Ziffer 5.1, Absatz 2, Seiten 12f./20

Liegen einer oder mehrere der aufgeführten Sachverhalte vor, trifft die kantonale Behörde weiterführende Abklärungen durch Kontaktierung des gemeldeten selbständig Erwerbstätigen, wenn der Einsatz in der Schweiz noch nicht erfolgt ist. Ist der Einsatz bereits erfolgt, wird die kantonale Behörde nur in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag (AVE GAV) tätig.

1. Für den Fall, dass der Einsatz noch nicht erfolgt ist, stellt sich hier die Frage, ob die zuständige Behörde die Meldebestätigung nicht zurückhalten kann bzw. eine allfällig bereits erteilte Meldebestätigung nicht solange zurücknehmen kann, bis der Status geklärt ist
2. Für den Fall, dass der Einsatz noch andauert, müssten die Kontrollorgane die Möglichkeit haben, einen vermeintlich Selbständigen, dem es nicht gelingt, seinen Status *unmittelbar* zu beweisen, von der Baustelle zu verweisen. Andernfalls führt der Scheinselbständige seine Arbeit unbekümmert zu Ende und setzt sich anschliessend wieder ins Ausland ab, ohne dass ihn dann die Kontrollorgane noch wirklich belangen könnten. Ein Blick in die Praxis zeigt, dass die von Scheinselbständigen angegebenen Telefonnummern und Adressen oftmals schon nach wenigen Wochen nicht mehr gültig sind - eine Abklärung des Status ist vor diesen Tatsachen auch auf schriftlichem Weg nicht möglich.
3. Vor diesem Hintergrund ist die Wegweisungsmöglichkeit demnach als einzige logische Konsequenz für den Fall, dass der Nachweis der Selbständigkeit nicht unmittelbar erbracht werden kann, ins Rundschreiben aufzunehmen.

c) Ad Ziffer 5.1, Absatz 4, Seite 12/20

Die Kontrollorgane nach Art. 7 EntsG haben nach Art. 8 EntsG die Pflicht, ihre Tätigkeit zu koordinieren und zusammenzuarbeiten, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben notwendig ist, und tauschen untereinander die erforderlichen Auskünfte und Unterlagen aus.

1. In der Praxis kommt es, wie bereits erwähnt, häufig vor, dass einem vermeintlich Selbständigerwerbenden, der mehr als 90 Tage in der Schweiz tätig wird, alle möglichen Bewilligungen ausgestellt werden (z.B. Grenzgängerbewilligungen, Aufenthaltsbewilligung zwecks Aufnahme einer Arbeitstätigkeit). Für die meisten dieser Bewilligungen bestehen keinerlei gesetzliche Grundlagen - sie werden demnach von den Behörden «nicht regelkonform» ausgestellt. Damit diesem Miss- bzw. Umstand künftig Rechnung getragen wird, sind in das Rundschreiben sämtliche Kategorien von Bewilligungsarten aufzunehmen und zu umschreiben, welche für die ausländischen Selbständigerwerbenden benutzt werden. Weiter ist in das Rundschreiben aufzunehmen, dass den Kontrollorganen gemäss EntsG im Zeitpunkt der Ausstellung einer solchen Bewilligung auch eine entsprechende Kopie ermittelt wird und zwar analog den Entsendemeldungen bzw. mittels einer passwortgeschützten Datenbank den Kontrollorganen der Zugang zu solchen Bewilligungen ermöglicht wird.

3. Ad Ziffer 5.3

a) Ad Ziffer 5.3, Punkt 1, Seite 14/20

Welchen Status hat die Person im Herkunftsland?

1. Um dieses Indiz abklären zu können, ist es unabdingbar, dass der angeblich Selbständigerwerbende Unterlagen mit sich führt, die seinen Status entsprechend belegen können. Damit ist erneut und wiederholt klargestellt, dass die angeblich Selbständigerwerbenden Unterlagen mit sich zu führen haben, weshalb diese Pflicht unbedingt in das Rundschreiben aufgenommen werden muss.

b) Ad Ziffer 5.3, Punkt 4, Seite 14/20

Vor Ort sind ausserdem weitere Abklärungen zu treffen, wie beispielsweise Aufnahmen des Fahrzeugs zu machen, mit dem die gemeldete Person angereist ist, Lieferscheine, Pläne von Architekten, Materialbestellungen, das verwendete Werkzeug oder die verwendeten Maschinen zu sichten (oftmals sind auf diesen Dokumenten bzw. Geräten Hinweise angebracht, die über das vorliegende Vertragsverhältnis bzw. ein allfälliges Eigentumsverhältnis Auskunft geben können).

1. Auch hier gilt, dass es unabdingbar ist, dass die angeblichen Selbständigerwerbenden Unterlagen mit sich zu führen haben, wie beispielsweise Lieferscheine, Pläne, aber auch Dokumente, welche belegen können, dass das eingesetzte Material bzw. die eingesetzten Arbeitsgeräte im Eigentum des Selbständigerwerbenden (unternehmerisches Risiko) stehen. Deshalb ist die Pflicht, Unterlagen mit sich zu führen, unbedingt in das Rundschreiben aufzunehmen.

c) Ad Ziffer 5.4 (Seite 14/20)

[...] Hat das Kontrollorgan nach Prüfung der eingereichten Unterlagen Zweifel am Status einer Person bzw. geht daraus nicht klar hervor, dass eine Person als unselbständig erwerbend gilt, ist dies zugunsten der kontrollierten Person zu werten und diese als selbständig erwerbend zu betrachten.

1. Diese Regel ist vollkommen inakzeptabel und steht in einem direkten Widerspruch zum Inhalt von Art. 1 Abs. 2 EntsG: «[...] Wer sich auf selbständige Erwerbstätigkeit beruft, hat diese gegenüber den zuständigen Kontrollorganen auf Verlangen nachzuweisen.». Diese Bestimmung ist in ihrem Wortlaut hinreichend klar und lässt keinen Raum für eine andere Interpretation, geschweige denn für den im Strafgesetzbuch verankerten Grundsatz «im Zweifel für den Angeklagten». Gemäss der klaren Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 EntsG hat derjenige, der sich auf seine selbständige Erwerbstätigkeit beruft, diese gegenüber den Kontrollorganen nachzuweisen.
2. Auch der Bundesrat, vertreten durch Frau Bundesratspräsidentin Doris Leuthard, bringt dies in ihrer anlässlich der Fragestunde erteilten Antwort (Fragestunde 10.5383, vom 20.09.2010) klar zum Ausdruck: «Das Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Entsendegesetz, hat die Nachweispflicht derjenigen Person auferlegt, die sich auf die Selbstständigkeit beruft. Diese Pflicht beurteilt sich nach Schweizer Recht und aufgrund der in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit, unabhängig vom Status einer Person im Herkunftsland.»
3. Der angeblich Selbständige hat seine Selbständigkeit nachzuweisen und nicht die Kontrollorgane haben das Gegenteil, also dessen Unselbständigkeit, nachzuweisen.
4. Kann der angeblich Selbständige demnach nicht zweifelsfrei seinen Status als Selbständiger gemäss dem Schweizerischen Arbeitsrecht nachweisen (sprich beweisen), so ist er als Scheinselbständiger zu qualifizieren und nicht umgekehrt.

5. Eine weitere Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist diejenige danach, was passiert während der Zeitspanne, während der die schriftliche Kontrolle mangels Möglichkeit der Kontrolle vor Ort durchgeführt wird und zwar insbesondere dann, wenn der Einsatz weiterhin andauert? Es kann bestimmt nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass ein vermeintlich Selbständiger weiterhin seine Tätigkeit normal ausüben kann. Zumal Scheinselbständigkeit unter gewissen Voraussetzungen sogar strafbar sein kann.
6. Die einzige Möglichkeit, die sich hier anbietet, ist, dass man dem Selbständigen so lange seine Tätigkeit untersagt, bis er seinen Status nachgewiesen hat. In diesem Sinne muss den Kontrollorganen zwingend die Möglichkeit der Wegweisung bzw. der Anordnung der Arbeits-einstellung im Rundschreiben eingeräumt werden. Dies ist die einzig logische Konsequenz, welche sich aus der unmittelbar zu erfolgenden Nachweispflicht, welche bekanntlich vollum-fänglich dem vermeintlich Selbständigen obliegt, ergibt.

4. Ad Ziffer 5.5

a) Ad Ziffer 5.5, Absatz 2, Seite 14/20

Ist der Status einer Person nach Durchführung einer Kontrolle vor Ort weiterhin ungeklärt, ist diese unter Verwendung des Fragebogens in Anhang 1 schriftlich aufzufordern, dem Kontrollorgan weitere Unterlagen (vgl. Ziff. 4.4) einzureichen.

Vgl. hierzu die Ausführungen zu Ziffer 5.4.

b. Ad Ziffer 5.5, Absatz 4, Seiten 14f./20

Reicht der selbständige Dienstleistungserbringer die aufgelisteten Unterlagen im Rahmen einer rein schriftlichen Kontrolle nicht ein und reagiert auch auf schriftliche Mahnung nicht, kann das Kontrollorgan den Status nicht beurteilen. Die kantonale Behörde kann eine Sanktionierung wegen Verletzung der Auskunftspflicht prüfen.

1. Die Kontrollverweigerung stellt einen schwerwiegenden Verstoss gegen das Entsendegesetz dar (Art. 12 EntsG). Doch wie verhält es sich mit der Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen? Vor allem bei einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag? Das Rundschreiben müsste an dieser Stelle auch den Kontroll- und Vollzugsorganen die Möglichkeit einer Sanktionierung einräumen. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber im Grundsatz nach nicht die Einhaltung staatlicher Lohn- und Arbeitsbedingungen vorgeschrieben hat, sondern die Einhaltung von allgemeinverbindlich erklärten Lohn- und Arbeitsbedingungen. Lediglich letztere gewährleisten gleichlange Wettbewerbsspiele und verhindern dadurch auch Lohn- und Sozialdumping.
2. In diesem Sinne ist die Verweigerung als misslungener Nachweis der Selbständigkeit zu bewerten. Mit der Konsequenz, dass der angeblich Selbständigerwerbende nunmehr als Scheinselbständiger behandelt wird, was wiederum entsprechende Pflichten, wie die Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen, für den Auftrag- bzw. Arbeitgeber auslöst. Somit können auch die Kontroll- und Vollzugsorgane von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen tätig werden und entsprechende Massnahmen ergreifen. Das Rundschreiben ist in dieser Hinsicht ebenfalls zu präzisieren und zu ergänzen.

c. Ad Ziffer 5.5, Absatz 5, Seite 15/20

Gelingt der Nachweis der Selbständigkeit vor Ort oder auf Grund der auf dem schriftlichen Weg gemachten Angaben nicht, ermittelt das Kontrollorgan, ob eine Anstellung bei einem ausländischen oder bei einem Schweizer Arbeitgeber vorliegt [...]. Ist ersteres der Fall, gilt die Person als entsandter Arbeitnehmer und fällt unter das EntsG. Folglich kann die Paritätische Kommission die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen prüfen. Die kantonale tripartite Kommission kann die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen prüfen. Liegt ein Stellenantritt bei einem Schweizer Arbeitgeber vor, können die Paritätischen Kommissionen die Einhaltung des anwendbaren AVE GAV prüfen. [...]

1. Wie, d.h. mit welchen Mitteln und Unterlagen und gestützt auf welche Rechtsgrundlagen, hat das Kontrollorgan zu ermitteln, ob eine Anstellung bei einem ausländischen oder bei einem Schweizer Arbeitgeber vorliegt? Damit diesbezüglich einigermaßen verlässliche und vor allem auch offizielle Unterlagen geprüft werden können, muss es den Kontrollorganen möglich sein, Steuer- und Versicherungsunterlagen anzufordern und zwar sowohl von in- wie von ausländischen Behörden.
2. Die im Rundschreiben genannten Unterlagen, welche ein Selbständigerwerbender einreichen sollte, um seinen selbständigen Status zweifelsfrei zu belegen, reichen in der Praxis grundsätzlich nicht aus (vgl. hierzu auch die Vorbemerkungen dieser Stellungnahme).

3. Damit ein *echter* Selbständigerwerbender seine wirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit sowie sein Unternehmerrisiko nachweisen kann, bedarf es aussagekräftiger Unterlagen, wie beispielsweise Steuer- und Buchhaltungsunterlagen, welche unter Umständen bereits von Dritter Seite her (z.B. Steuerbehörden, Versicherungen) geprüft worden sind. Die Praxis hat bisher gezeigt, dass Selbständigerwerbende oftmals gar keine schriftlichen Verträge oder transparente Abrechnungen erstellen. Vieles wird mündlich vereinbart und pauschal verrechnet. Damit sind selbst erstellte Dokumente in der Regel oft nur ein Stück Papier, dessen Aussagekraft dahingestellt werden kann.
4. Wie sollen die Paritätischen Kommissionen bzw. die Tripartiten Kommissionen die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen prüfen, wenn keine Lohnunterlagen, keine Arbeitszeitrapporte, kein Arbeitsvertrag, keine Lohnauszahlungen mit entsprechenden Abzügen usw. vorliegen? Im besten Fall hat man lediglich eine Pauschalabrechnung, im schlechtesten Fall hat man überhaupt keine Unterlagen (vgl. hierzu auch die Vorbemerkungen dieser Stellungnahme).
5. Anhand eines kurzen Beispiels lässt sich aufzeigen, dass schon ein einfacher Sachverhalt viele schwierige Fragen aufwerfen kann:

Ein angeblich Selbständigerwerbender erhält von seinem Auftraggeber pauschal CHF 5'000.— für die Ausführung eines Auftrags. Im Nachhinein stellt sich jedoch heraus, dass der Selbständigerwerbende als Unselbständigerwerbender gilt und somit der ursprüngliche Auftraggeber zum Arbeitgeber wird.

Wie ist nun der Pauschalbetrag von CHF 5'000.— als «Lohn» etc. anzurechnen und zwar sowohl bezogen auf einen ausländischen als auch auf einen schweizerischen Auftrag-/Arbeitgeber? Der Pauschalbetrag müsste ja neben der eigentlichen Lohnzahlung auch noch die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge enthalten. Des Weiteren müsste im Pauschalbetrag auch die Versicherungsabzüge (z.B. AHV/IV/EO und ALV, Taggeldversicherung, NBU usw.) und — sofern der Auftraggeber ein Schweizer Unternehmen ist — gar Quellensteuerabgaben usw. enthalten. Auch kann der Pauschalbetrag MWSt. oder Umsatz-Steuer enthalten, welche irgendwie wieder auszuklammern wären.

6. Wenn der Auftraggeber ebenfalls ein (in- oder ausländisches) Unternehmen ist, dann könnte der Scheinselbständige im Einzelfall durchaus als Arbeitnehmer des Auftraggebers eingestuft werden. Wie verhält es sich jedoch, wenn der Auftraggeber eine Privatperson (z.B. privater, schweizerischer Bauherr) ist? Müsste er dann den Scheinselbständigen «anstellen» und ihn bei der AHV, BVG, UVG usw. anmelden? Ab einem gewissen Umsatz kämen gar noch die MWSt.-Pflicht sowie der zwingende Handelsregistereintrag hinzu.
7. Wie verhält es sich, wenn der Auftrag an mehrere vermeintlich Selbständigerwerbende verteilt wird?

Beispiel: Der angeblich Selbständige A zieht Selbständigen B und dieser wiederum Selbständigen C zur Auftragsabwicklung bei.

Sind nun im Falle von Scheinselbständigkeit alle drei Selbständigerwerbenden als Arbeitnehmer des Auftraggebers einzustufen? Wie verhält es sich, wenn der Erstauftraggeber nichts von der Weitergabe resp. vom Zuzug weiterer Scheinselbständiger wusste? Wie verhält es sich, wenn der Auftraggeber bewusst nur mit angeblichen Selbständigerwerbenden (welche unter Umständen ehemalige Arbeitnehmende des nunmehr Auftraggebenden waren) zusammenarbeitet, um seinen Arbeitgeberpflichten zu entgehen? Wie verhält es sich, wenn der Auftraggeber bewusst noch eine Vermittlungsagentur dazwischen schaltet, welche jedoch nicht als Personalverleiher gilt, da sie ja nur Selbständige vermittelt?

Wie wird in all solchen Fällen der internationale Lohnvergleich (gemäss SECO-Weisung), aber auch der schweizerische Lohnvergleich durchgeführt?

8. Das Rundschreiben ist in diesem Punkt, vor allem hinsichtlich der Kompetenzen weitere sachdienliche und aussagekräftige Unterlagen einverlangen zu können sowie der Mitwirkungspflicht von Behörden (z.B. Steuerbehörden) und gegebenenfalls Dritten (z.B. Versicherungen) nochmals grundlegend zu überarbeiten bzw. zu ergänzen.
9. Weiter ist das Rundschreiben mit der ebenfalls zu überarbeitenden Weisung zum internationalen Lohnvergleich zu verknüpfen. Oder es ist im Rundschreiben eine konkrete Anleitung, wie der Lohnvergleich bei einem Scheinselbständigen durchgeführt wird, aufzunehmen. Ohne eine solche Anleitung können die Kontrollorgane keinerlei Rückberechnungen anstellen und somit die Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht überprüfen, was dem Rundschreiben, wie bereits mehrfach erwähnt wurde, zuwiderläuft.

d) Ad Ziffer 5.5, Absatz 6, Seite 15/20

Hat die Paritätische Kommission bei der kontrollierten Person eine Scheinselbständigkeit festgestellt, einen ausländischen Arbeitgeber ermittelt und in einem zweiten Schritt bei der Überprüfung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen einen Verstoss gegen den AVE GAV festgestellt, informiert sie unverzüglich die zuständige kantonale Behörde und stellt dieser eine Kopie des Kontrollberichts sowie des Beschlusses zu. Wurde kein Verstoss gegen einen AVE GAV, aber eine Scheinselbständigkeit festgestellt, informiert die Paritätische Kommission ebenfalls unverzüglich die kantonale Behörde und übermittelt dieser eine Kopie des Kontrollberichts sowie des entsprechenden Beschlusses.

1. Wie verhält es sich umgekehrt, wenn das kantonale Kontrollorgan bei der kontrollierten Person eine Scheinselbständigkeit festgestellt hat? Ist es dann nicht ebenfalls so, dass auch das kantonale Kontrollorgan gestützt auf Art. 8 EntSG verpflichtet wäre, dem privaten Kontrollorgan dies ebenfalls mitzuteilen und ihm entsprechende Kontrollberichte zuzustellen? Das Rundschreiben ist in diesem Punkt zu präzisieren und zu ergänzen, damit eine gegenseitige Informationspflicht für sämtliche Kontrollorgane gewährleistet wird.

5. Ad Ziffer 6

a) Ad Ziffer 6.1, Absatz 1, Seite 15/20

Kommt die kontrollierte Person, die als selbständiger Dienstleistungserbringer gemeldet ist, der Aufforderung eines Kontrollorgans zur Einreichung weiterer Unterlagen, die den Nachweis für ihren Status erbringen, nicht nach oder wird das Schreiben des Kontrollorgans von der angesprochenen Person im Ausland nicht abgeholt und reagiert diese auf schriftliche Mahnung nicht, kann die kantonale Behörde ein Verfahren hinsichtlich einer Sperre gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 12 EntsG einleiten. Liegt die Kontrolltätigkeit im Zuständigkeitsbereich einer Paritätischen Kommission, leitet diese den Fall an die zuständige kantonale Behörde für eine allfällige Sanktionierung weiter.

1. In diesem Sinne, ist die Verweigerung als misslungener Nachweis der Selbständigkeit zu bewerten (vgl. das in Randziffer 23 f. Gesagte), mit der Konsequenz, dass der angeblich Selbständigwerbende nunmehr als Scheinselbständiger behandelt wird, was wiederum entsprechende Pflichten, wie die Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen, für den Auftrag- bzw. Arbeitgeber auslöst. Somit können auch die Kontroll- und Vollzugsorgane von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen tätig werden und entsprechende Massnahmen ergreifen. Das Rundschreiben ist in dieser Hinsicht ebenfalls zu präzisieren und zu ergänzen.

b) Ad Ziffer 6.1, Absatz 3, Seite 15/20

Haben Abklärungen des Kontrollorgans ergeben, dass eine Person ihre Selbständigkeit nicht nachweisen konnte und wurde ein inländischer Arbeitgeber ermittelt, besteht keine Sanktionsmöglichkeit nach EntsG.

1. Wie haben die Kontrollorgane vorzugehen, wenn ein inländischer Arbeitgeber ermittelt wurde? Vor allem im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen. Das Rundschreiben ist in dieser Hinsicht ebenfalls zu präzisieren und zu ergänzen.

c) Ad Ziffer 6.2, Seite 16/20

1. Damit überhaupt eine Sanktionierung möglich ist, muss nicht nur die Scheinselbständigkeit als solche festgestellt werden, sondern es müssen auch damit einhergehend Verstösse gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen ermittelt werden. Wie dies jedoch zu geschehen hat, darüber schweigt sich das Rundschreiben aus. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle einfach darauf verwiesen, dass das Rundschreiben mit konkreten Anweisungen und Anleitungen zu versehen ist, wie eine solche Ermittlung durchzuführen ist. Das Rundschreiben ist in dieser Hinsicht ebenfalls zu präzisieren und zu ergänzen.

6. Ad Ziffer 7

a) Ad Ziffer 7.1, Seite 17/20

1. Im Widerspruch zum Rundschreiben, welches eingangs erwähnt, dass für die Beurteilung, ob eine scheinselfständige Tätigkeit vorliegt oder nicht, lediglich Schweizer Recht anzuwenden ist, wird in Ziffer 7.1 eine ausländische Gesellschaftsform abgehandelt, welche dem Schweizer Recht fremd ist. Ausländische Gesellschaftsformen, also Gesellschaftsformen vom Herkunftsland, sind jedoch für die Beurteilung, ob eine scheinselfständige Tätigkeit vorliegt, nicht von Belang. Das genannte Beispiel ist aus dem Rundschreiben zu streichen bzw. dahingehend zu präzisieren, dass die selfständige Erwerbstätigkeit sich einzig und allein nach Schweizer Recht beurteilt und demnach auch die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Scheinselfständig sein können.

b) Ad Ziffer 7.2, Seite 18/20

1. Selfständige Arbeitsgemeinschaften können grundsätzlich nicht existieren. In der Praxis verhält es sich diesbezüglich so, dass einer der Selfständigerwerbenden den Auftrag akquiriert hat, das Material bestellt und mit dem Bauherrn (Kunden) abrechnet. Es ist kaum davon auszugehen, dass dies jeder beteiligte Selfständigerwerbende für sich selbst tut. Somit ist in der Regel der erste Selfständigerwerbende als Arbeitgeber einzustufen und die anderen Selfständigerwerbenden als Scheinselfständige bzw. dessen Arbeitnehmende. Das genannte Beispiel ist aus dem Rundschreiben zu streichen bzw. entsprechend nach dem soeben Gesagten zu präzisieren.

c) Ad Ziffer 7.3, Absatz 2 Seite 18/20

Montiert beispielsweise ein Hersteller von Wintergärten diese nicht selbst, sondern beauftragt damit einen Subunternehmer, welcher die Termine mit den Kunden selbst vereinbart, mit eigenem Werkzeug arbeitet, seine Arbeitszeiten frei einteilt und gegenüber seinem Auftraggeber für allfällige Schäden oder Mängel haftet, handelt es sich in der Regel um einen echten selfständigen Subunternehmer.

1. Dieses Beispiel bedarf ebenfalls noch der Präzisierung, denn ein angeblich Selfständigerwerbender, der in der Praxis lediglich für einen einzigen Auftraggeber bzw. für einen Hauptauftraggeber arbeitet, ist von diesem wirtschaftlich abhängig und erfüllt somit das geforderte Kriterium der Selfständigkeit nicht. Er verzichtet in der Regel auf ein freies Bewegen am Markt (zudem er ausschliesslich oder vorwiegend nur für einen Kunden tätig ist), trägt kein unternehmerisches Risiko und befindet sich in einer Entgeltabhängigkeit (vgl. hierzu auch Ziffer 2.3, Absatz 2, Punkt 4, Seite 4/20). Das genannte Beispiel ist aus dem Rundschreiben zu streichen bzw. entsprechend nach dem soeben Gesagten zu präzisieren.

7. Ad Anhang 2

1. Aufgrund der Tatsache, dass es vor allem auf die Kontrolle vor Ort ankommt, ist das Musterkontrollblatt zur Überprüfung der Selbständigkeit am Einsatzort noch zu ergänzen (vgl. beiliegendes Muster).

8. Ad Anhang 3

1. Aufgrund der Tatsache, dass es vor allem auf die Kontrolle vor Ort ankommt sind die Fragen und Bemerkungen des Anhangs 3 in das Musterkontrollblatt zur Überprüfung der Selbständigkeit am Einsatzort einzugliedern, d.h. Anhang 3 ist vollständig in Anhang 2 zu übernehmen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Rudolf Horber
Chefökonom

Marco Taddei
Vizedirektor