

Scheinselbständigkeit im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung

Mit der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten¹ sind am 1. Juni 2004 flankierende Massnahmen eingeführt worden. Sie sollen verhindern, dass Löhne und Arbeitsbedingungen in der Schweiz auf Grund der Öffnung des Schweizer Arbeitsmarktes unter Druck geraten. Ein wesentlicher Teil der flankierenden Massnahmen bildet das Entsendegesetz², welches den im Rahmen einer Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden einen Anspruch auf die schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen einräumt.

- 1 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit; FZA; SR 0.142.112.681.
- 2 Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen; SR 823.20.
- 3 Alle Berichte über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen sind abrufbar unter www.seco.admin.ch, Rubrik «Dokumentation», «Publikationen und Formulare», «Studien und Berichte», «Arbeit».

Mit den flankierenden Massnahmen wurden Kontrollorgane eingesetzt, welche die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen kontrollieren und den Arbeitsmarkt überwachen. Die Kontrollorgane sind einerseits tripartite Kommissionen auf Bundesebene und in den Kantonen, die sich aus Vertretern von Behörden sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zusammensetzen. Die tripartiten Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt und insbesondere Branchen, in denen keine allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge (ave GAV) existieren. Sie können bei wiederholten und missbräuchlichen Unterbietungen der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen den zuständigen Behörden Massnahmen wie die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von GAV oder den Erlass von Mindestlöhnen in Normalarbeitsverträgen vorschlagen. Andererseits kontrollieren in Branchen mit ave GAV paritätische Kommissionen die Einhaltung der in den ave GAV enthaltenen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Die paritätischen Kommissionen sind Organe der Sozialpartner und bestehen aus Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände. Die Arbeitsmarktbeobachtung im Rahmen der flankierenden Massnahmen umfasst somit Kontrollen von entsandten Arbeitnehmenden sowie von Schweizer Arbeitgebenden in allen Branchen.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) publiziert jährlich einen Bericht über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen³. Dieser gibt insbesondere Auskunft über den Umfang der Kontrolltätigkeit der Vollzugsorgane, die aufgedeckten Verstösse und Unterbietungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie der daraus resultierenden Sanktionen (siehe *Kasten 1*).



Valerie Berger
Ressort Arbeitsmarktaufsicht, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern



Claudio Wegmüller
Ressort Arbeitsmarktaufsicht, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern

Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch Selbständige

Neben Betrieben, welche Arbeitnehmende im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsenden, sind auch selbständige Dienstleistungserbringer aus dem Ausland in der Schweiz tätig. Bestimmungen über minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen gelangen für Selbständige nicht zur Anwendung, da diese nicht in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis stehen. Im Zuge der flankierenden Massnahmen überprüfen deshalb Kontrollorgane in erster Linie Arbeitsverhältnisse von in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden sowie Arbeitnehmenden bei Schweizer Arbeitgebenden. Das Entsendegesetz (EntsG) sieht aber vor, dass selbständige Dienstleistungserbringer aus dem Ausland ihre Selbständigkeit gegenüber den Kontrollorganen des EntsG auf Verlangen nachzuweisen haben, um eine allfällige Scheinselbständigkeit festzustellen.

Phänomen der Scheinselbständigkeit

Als scheinselbständig gelten Personen, die sich auf Grund eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses – das jedoch kein Arbeitsvertrag im Sinne der Art. 319 ff. OR ist – zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet haben und von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind. Das Auftreten von Scheinselbständigkeit führt dazu, dass scheinselbständige Personen von arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Schutznormen nicht erfasst werden. Zudem führt Scheinselbständigkeit zu Wettbewerbsverzerrungen, da für Arbeitgebende, welche Arbeitnehmende beschäftigen, höhere Kosten anfallen. Scheinselbständigkeit kann verschiedene Gründe haben und muss nicht zwingend mit der Absicht verbunden sein, ein Arbeitsverhältnis verheimlichen zu wollen. Es kann sein, dass den Vertragsparteien nicht bewusst ist, dass zwischen ihnen ein arbeitsvertragsähnliches Verhältnis besteht und sich eine Person folglich in Unkenntnis der rechtlichen Situation als selbständig bezeichnet. Tritt ein grenzüberschreitender Dienstleistungserbringer als selbständig auf, obwohl er in Tat und Wahrheit ein entsandter Arbeitnehmender ist, liegt Schein-

selbständigkeit vor. Im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen geht es folglich darum, Scheinselbständigkeit ausfindig zu machen und die Anwendung der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts durchzusetzen. In der Praxis bedeutet dies, dass bei festgestellter Scheinselbständigkeit kontrolliert wird, ob der scheinselfständigen Person die schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss EntsG garantiert wurden.

Anzahl meldepflichtiger selbständiger Dienstleistungserbringer

Seit dem Jahr 2005 hat die Anzahl der meldepflichtigen Selbständigerwerbenden stetig zugenommen⁴ – deren Anzahl hat sich gesamthaft etwa verdoppelt (vgl. *Tabelle 1*). Im Jahr 2010 waren total 10'885 meldepflichtige selbständige Dienstleistungserbringer in der Schweiz tätig (ohne «persönliche Dienstleistungen»), und es wurde eine deutliche Zunahme von 22% verzeichnet. Die meisten

meldepflichtigen selbständigen Dienstleistungserbringer sind im Baunebengewerbe tätig (52% bzw. 5641 im Jahr 2010).

Überprüfung des Status der Selbständigkeit eines ausländischen Dienstleistungserbringers

Die Überprüfung, ob ein ausländischer Dienstleistungserbringer selbständig oder unselfständig erwerbstätig ist, gestaltet sich für die Kontrollorgane aufwändig und zeitintensiv, da sie jeweils im Einzelfall durch Abwägen zahlreicher Kriterien vorgenommen werden muss. Beobachtungen vor Ort sind beinahe unerlässlich, um die Arbeitssituation im konkreten Fall beurteilen zu können. Oftmals müssen die Kontrollorgane zusätzlich noch Dokumente auf dem schriftlichen Weg einfordern, um den Status einer meldepflichtigen Person zu ermitteln.

Das Seco hat deshalb in Zusammenarbeit mit Kantonen und paritätischen Kommissionen eine Weisung zum Vorgehen zur Über-

Kasten 1

Umsetzung der flankierenden Massnahmen während des Berichterstattungsjahres 2010

Am 3. Mai 2011 wurde der sechste Bericht über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen veröffentlicht. Er präsentiert den Umfang der Kontrolltätigkeit der Vollzugsorgane, der aufgedeckten Verstösse und Lohnunterbietungen sowie der daraus resultierenden Sanktionen für das Berichterstattungsjahr 2010. Die Grundlage des Berichts bilden die jährlichen Berichterstattungen der Vollzugsorgane der flankierenden Massnahmen. Im Kontrollfokus der Vollzugsorgane stehen einerseits die meldepflichtigen Kurzaufenthalter, bei welchen die vorherrschenden Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen. Andererseits werden Schweizer Arbeitgebende im Rahmen der Arbeitsmarktaufsicht der tripartiten Kommissionen oder im Rahmen des gewöhnlichen Vollzugs von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) durch die paritätischen Kommissionen kontrolliert.

Entwicklung der Anzahl meldepflichtiger Kurzaufenthalter

Im Verlauf des Jahres 2010 waren insgesamt 147 116 meldepflichtige Kurzaufenthalter (Entsandte, Selbständigerwerbende, Arbeitnehmende bei Schweizer Arbeitgebenden) bis maximal 90 Arbeitstage im Kalenderjahr in der Schweiz tätig. Dabei handelt es sich um Arbeitskräfte aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen haben sie einen Anspruch auf Erbringung einer Dienstleistung in der Schweiz während maximal 90 Arbeitstagen. Sie verrichteten ein Arbeitsvolumen von rund 18 400 Jahresarbeitskräften, was einem Anteil von 0,52% an der vollzeitäquivalenten Beschäftigung entspricht. Je nach Branche oder Kanton ist der Beschäftigungsanteil der meldepflichtigen Kurzaufenthalter höher. So erreichte der Beschäftigungsanteil im Baunebengewerbe 2,6% und im Kanton Tessin lag er bei über einem Prozent (siehe *Grafik 1*). Bei der Hälfte aller meldepflichtigen Kurzaufenthalter handelte es sich

um kurzfristige Stellenantritte bei Schweizer Arbeitgebenden. Im Jahr 2010 war die Anzahl meldepflichtiger Kurzaufenthalter nach einem auf die schlechte Wirtschaftslage zurückzuführenden Rückgang im Jahr 2009 wieder deutlich angestiegen und erreichte gar ein höheres Niveau als im Jahr 2008 (siehe *Tabelle 1*).

Kontrolltätigkeit

Die tripartiten Kommissionen haben im Jahr 2010 insgesamt 5380 Entsendebetriebe und meldepflichtige Selbständigerwerbende (16 950 Personen) sowie 7760 Schweizer Arbeitgebende (34 764 Personen) in Branchen ohne ave GAV kontrolliert. Die paritätischen Kommissionen haben ihre Kontrolltätigkeit im Jahr 2010 im Vergleich zu 2009 weiter ausgebaut. Insbesondere die Kontrollen bei Schweizer Arbeitgebenden im Rahmen des gewöhnlichen GAV-Vollzugs wurden intensiviert (10 595 kontrollierte Betriebe und 62 445 kontrollierte Personen; Entsendebetriebe und selbständige Dienstleistungserbringer: 8558 kontrollierte Betriebe und 23 430 kontrollierte Personen). Die paritätischen Kommissionen haben einen grossen Teil der Kontrollen im Baunebengewerbe durchgeführt, da in diesen Branchen viele meldepflichtige Personen tätig sind und in dieser Branche viele Tätigkeiten unter den Geltungsbereich von diversen ave GAV fallen.

Vermutete Verstösse

Im Jahr 2010 haben die festgestellten Lohnunterbietungen^a im Vergleich zum Vorjahr zugenommen. Während die Kantone in den letzten Jahren jeweils relativ konstante Quoten gemeldet haben, wurde im Jahr 2010 eine Zunahme der Lohnunterbietungen bei Entsendebetrieben (Unterbietungen durch 12% der kontrollierten Betriebe) und bei Schweizer Arbeitgebenden (Unterbietungen durch 6% der kontrollierten Betriebe) angegeben. Die paritätischen Kommissionen haben ebenfalls eine

Zunahme der Lohnunterbietungen gemeldet (Unterbietungen durch 38% der kontrollierten Entsendebetriebe und durch 41% der kontrollierten Schweizer Arbeitgebenden). Obwohl die Zunahme der Lohnunterbietungen bei Entsendebetrieben z.T. durch die seit dem Berichterstattungsjahr 2010 separate Erfassung von Kontrollen bei Selbständigerwerbenden (lediglich bei den Kantonen) zu erklären ist, ist sie bemerkenswert, weil das EntsG mittlerweile seit über sechs Jahren in Kraft ist und die Entsendebetriebe über die in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen informiert sein sollten.^b Es ist aber zu erwähnen, dass die tripartiten Kommissionen bei Unterbietungen der Löhne im Jahr 2010 vermehrt Einigungsverfahren durchgeführt haben, die grösstenteils (knapp 90%) erfolgreich waren und folglich eine Lohnnachzahlung erfolgt ist.

Fazit

Die Anzahl der vermuteten Lohnunterbietungen und deren Anstieg gegenüber dem Vorjahr zeigen, dass die Notwendigkeit von Kontrollen durchaus gegeben ist. Die Vollzugsorgane haben seit der Einführung der Personenfreizügigkeit ihre Kontrolltätigkeit ausgebaut. Die Umsetzung der flankierenden Massnahmen ist somit gewährleistet und es werden in allen Branchen und Regionen der Schweiz regelmässig Kontrollen durchgeführt. Zudem wird das System der Sanktionierung angewandt, was auch aufgrund der aufgedeckten Verstösse und Unterbietungen angezeigt ist.

- a Nachfolgend wird nur auf die Lohnunterbietungen eingegangen. Die restlichen Verstossquoten können dem Bericht vom 4. Mai entnommen werden.
- b Das Seco hat im Juni 2009 eine Informationsplattform zu den Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz aufgeschaltet (www.entsendung.admin.ch). Zudem unternehmen die Vollzugsorgane und die ausländischen Handels- und Gewerbekammern seit geraumer Zeit grosse Anstrengungen bezüglich der Beratung von Entsendebetrieben.

Tabelle 1

Entwicklung der Anzahl meldepflichtiger Dienstleistungserbringer

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Veränderung 2009–2010
Arbeitnehmende bei CH-AG	52 061	60 293	66 179	74 356	58 366	73 253	+26%
Entsandte Arbeitskräfte	35 298	40 394	46 821	51 653	49 152	59 125	+20%
Selbständigerwerbende	5 471	7 254	9 799	11 910	12 763	14 738	+15%
Selbständigerwerbende ohne persönliche Dienstleistungen	5 316	6 742	8 199	9 220	8 927	10 885	+22%
Total							
Meldepflichtige	92 830	107 941	122 799	137 919	120 281	147 116	+22%

Quelle: BFM, BFS, eigene Berechnungen / Die Volkswirtschaft

prüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern ausgearbeitet, welche seit dem 1. Januar 2011 anwendbar ist.⁵ Die Weisung gibt den Kontrollorganen Hinweise dazu, wie Kontrollen gezielt durchzuführen sind und insbesondere welche Prüfkriterien und Dokumente zur Beurteilung des Status eines ausländischen selbständigen Dienstleistungserbringers herangezogen werden können. Zudem enthält die Weisung Hilfsmittel wie Fragebogen, welche die Kontrollorgane durch den Dienstleistungserbringer ausfüllen lassen können.

Kontrolltätigkeit

Im Jahr 2010 wurden durch die paritätische Kommissionen insgesamt 3524 meldepflichtige selbständige Dienstleistungserbringer kontrolliert, die in Branchen mit einem ave GAV tätig waren. Bei rund 23% der dabei kontrollierten Personen wurde eine Scheinselbständigkeit vermutet.⁶ Die meisten Kontrollen (84%) wurden im Bereich des Baunebengewerbes durchgeführt, wo die meisten meldepflichtigen Selbständigerwerbenden tätig sind. Viele Branchen des Baunebengewerbes sind durch einen ave GAV abgedeckt; viele meldepflichtige Selbständigerwerbende sind im Schreinerhandwerk tätig und haben oft nur sehr kurze Einsätze (Montage von vorgefertigten Produkten). Im Jahr 2010 hat die paritätische Kommission für das Schreinerhandwerk Kontrollen bei 1307 Selbständigerwerbenden durchgeführt und bei 281 (21%) eine Scheinselbständigkeit vermutet.

Im Zusammenhang mit der Berichterstattung für das Jahr 2010 wurden erstmals die Kantone detailliert über ihre Kontrolltätigkeit bei meldepflichtigen Selbständigerwerbenden befragt. Aufgrund der in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen sowie der Tatsache, dass das Seco 2010 die Weisung betreffend der Überprüfung der Selbständigkeit ausgearbeitet hat, wurden in gewissen Kantonen Detailkontrollen im Bereich der Selbst-

ständigkeit zurückgestellt. Diese wurden erst im Jahr 2011 wieder aufgenommen, um bei der Kontrolltätigkeit ein nach der Weisung durch alle Kontrollorgane einheitliches Vorgehen zu verfolgen. Insgesamt haben die Kantone für das Jahr 2010 3486 Kontrollen bei meldepflichtigen Selbständigerwerbenden gemeldet, wovon 1233 alleine auf den Kanton Tessin entfallen. Bei 520 Personen bzw. 15% wurde eine Scheinselbständigkeit vermutet.

Sanktionen bei festgestellter Scheinselbständigkeit

Das EntsG enthält keine ausdrücklichen direkten Sanktionsmöglichkeiten gegenüber scheinselbständigen Personen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, selbständige Dienstleistungserbringer, welche in Verletzung ihrer Nachweispflicht der Selbständigkeit die Auskunft verweigern oder sich der Kontrolle widersetzen, zu sanktionieren. Ausserdem kann der ermittelte Arbeitgebende einer scheinselbständigen Person aus dem Ausland wegen Nichteinhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen sanktioniert werden.

Da Scheinselbständigkeit zunehmend als Problem wahrgenommen wird, fordern insbesondere Vertreter der paritätischen Kommissionen, aber auch Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, zusätzlich zu bestehenden Sanktionsmöglichkeiten die Einführung von Massnahmen, welche gegenüber scheinselbständigen Personen ergriffen werden sollen. Es wird vorgeschlagen, dass ein meldepflichtiger selbständiger Dienstleistungserbringer verpflichtet werden soll, bei Arbeitsantritt Dokumente mitzuführen, welche seine Selbständigkeit belegen und falls er seine Selbständigkeit nicht belegen kann, er von seinem Arbeitsplatz weggewiesen werden kann.

Das Seco hat deshalb eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der Sozialpartner und der Kantone eingesetzt, welche einerseits das Ausmass der Problematik der Scheinselbständigkeit analysiert und andererseits prüft, welche Massnahmen sich zur effektiven Bekämpfung der Scheinselbständigkeit als notwendig erweisen und an welche Voraussetzungen solche Massnahmen gebunden sind. Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe werden Ende Juni 2011 vorliegen.

Fazit

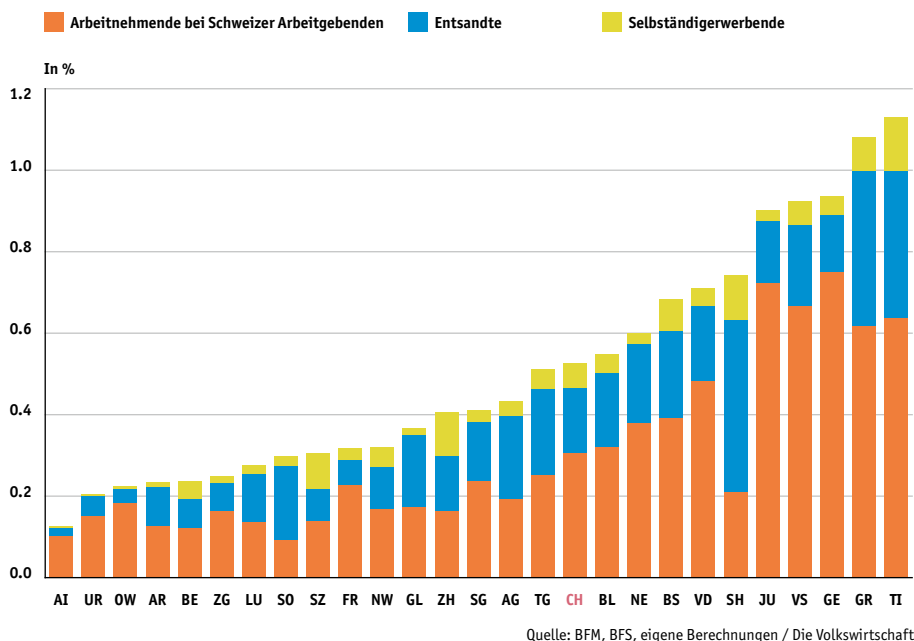
Die Anzahl der meldepflichtigen Selbständigerwerbenden hat seit der Einführung der Personenfreizügigkeit deutlich zugenommen, auch wenn eine leichte Abnahme im Jahr

4 Werden die meldepflichtigen Selbständigerwerbenden im Bereich der «persönlichen Dienstleistungen» nicht berücksichtigt, so wird im Jahr 2009 eine Abnahme der Anzahl meldepflichtigen Selbständigerwerbenden verzeichnet. Diese Personen werden vorliegend nicht mitberücksichtigt, da es sich zu einem grossen Teil um Dienstleistungen im Erotikgewerbe handelt. Einige Kantone verwenden das Meldeverfahren, um solche Personen zu erfassen. In dieser Branche stellt sich aus Sicht der Arbeitsmarktbeobachtung die Problematik der Scheinselbständigkeit nicht und die betreffenden Personen werden nicht durch die Arbeitsmarktbehörden kontrolliert.

5 Die Weisung ist abrufbar unter www.seco.admin.ch, Rubrik «Themen», «Arbeit», «Freier Personenverkehr CH-EU und flankierende Massnahmen», «Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in die Schweiz».

6 Die Kontrollorgane machen lediglich Angaben zu vermuteten Verstössen, weil die Überprüfung des Status nach der ersten Kontrolle in den meisten Fällen noch weitergehender Abklärungen bedarf.

Grafik 1

Anteil des Arbeitsvolumens der Meldepflichtigen an der vollzeitäquivalenten Beschäftigung nach Kantonen, 2010


Noch nicht alle Vollzugsorgane waren bis anhin in Bezug auf die Problematik der Scheinselbständigkeit sensibilisiert. Zudem bestanden unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Definition einer selbständigen Tätigkeit und den Kontrollorganen fehlten teilweise die Instrumente, um Scheinselbständigkeit zu ermitteln. Die Weisung zum Überprüfungsverfahren der selbständigen Erwerbstätigkeit hat hier Klarheit geschaffen und ermöglicht den Kontrollorganen ein einheitliches Vorgehen bei ihrer Kontrolltätigkeit. Die für das Jahr 2010 ausgewiesenen Fälle von vermuteter Scheinselbständigkeit sind deshalb aus genannten Gründen mit Vorsicht zu interpretieren und die Entwicklung bezüglich der Scheinselbständigkeit weiter zu beobachten.

2009 verzeichnet wurde.⁷ Ihre Arbeitseinsätze sind jedoch relativ kurz, was dazu führt, dass der Beschäftigungsanteil der meldepflichtigen Selbständigerwerbenden eher bescheiden ist – geschätzter Beschäftigungsanteil: 0,06%. Die meisten Selbständigerwerbenden (4795) sind im Baunebengewerbe tätig und machen hier den grössten Beschäftigungsanteil von rund 0,46% aus. Im Jahr 2010 waren ca. 11'000 meldepflichtige selbständige Dienstleistungserbringer in der Schweiz im Einsatz. Der Anteil der vermuteten Fälle von Scheinselbständigkeit hat im Vergleich zum Vorjahr nicht markant zugenommen und ist gemäss Angaben der paritätischen Kommissionen bei rund 23% (gemäss Angaben der Kantone 15%). Folglich wird bei ca. 2500 im Jahr 2010 gemeldeten Personen eine Scheinselbständigkeit vermutet. Wie viele der Vermutungen von Scheinselbständigkeit sich bestätigt haben oder bestätigen werden, kann noch nicht gesagt werden. In gewissen Regionen (z.B. Grenzgebieten) und Branchen (z.B. Baunebengewerbe) ist das Phänomen etwas grösser, wobei auch hier der Beschäftigungsanteil relativ klein ist. Insbesondere in einzelnen Branchen des Baunebengewerbes – wie etwa im Schreiner- sowie im Maler- und Gipsergewerbe – ist das Phänomen Scheinselbständigkeit verstärkt spürbar. Es wird davon ausgegangen, dass neben den gemeldeten Selbständigerwerbenden auch solche tätig waren, die sich nicht angemeldet haben.

⁷ Ohne Berücksichtigung der Meldungen im Bereich der persönlichen Dienstleistungen.