



Bern, 1. Februar 2022

An die

- kantonalen tripartiten Kommissionen
- kantonalen Vollzugsbehörden des Entsendegesetzes
- zentralen paritätischen Kommissionen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen

Weisung "Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern"

Sehr geehrte Damen und Herren

Ausländische Selbständigerwerbende, welche in der Schweiz eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen, müssen ihre Selbständigkeit (Artikel 1a EntsG) nachweisen.

In Kapitel 5.1 der SECO-Weisung «Grundsätze des Kontrollablaufs» wird das Vorhandensein der drei gesetzlich vorgegebenen Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG als starkes Indiz für das Vorliegen einer Selbständigkeit gewertet.

Infolge der Digitalisierung werden verschiedene Formulare in EU-Mitgliedstaaten vermehrt nur noch elektronisch ausgestellt. Aus diesem Grund kann von verschiedenen Staatsangehörigen ein abgestempeltes und unterzeichnetes Formulars A1 nicht mehr vorgelegt werden, weshalb die Weisung "Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern" vom 1. Juli 2015 entsprechend angepasst wird.

Die vorliegende Weisung tritt am 1. Februar 2022 in Kraft und ersetzt die Weisung vom 1. Juli 2015.

Mit freundlichen Grüssen

Staatssekretariat für Wirtschaft

Peter Gasser

Leiter Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen

Inhaltsverzeichnis

I. Allgemeiner Teil	4
1 Zweck und Adressaten	4
2 Rechtliche Bestimmungen und Abgrenzungen	4
2.1 Gesetzliche Grundlagen	4
2.2 Arbeitsvertrag in Abgrenzung zu ähnlichen Vertragsverhältnissen	4
2.2.1 Arbeitsvertrag	5
2.2.2 Werkvertrag	5
2.2.3 Auftrag	5
2.3 Elemente der Scheinselbständigkeit	6
3 Anwendbares Recht bei festgestellter Scheinselbständigkeit	7
3.1 Ausgangslage	7
3.2 Anwendbarkeit des Entsendegesetzes	7
3.3 Anwendbarkeit der Schweizer Gesetzgebung hinsichtlich der Lohn- und Arbeitsbedingungen	7
4 Zuständigkeiten der Kontrollorgane	8
II. Überprüfung der Selbständigkeit und Kontrollablauf	9
5 Kontrollablauf	9
5.1 Grundsätze	9
5.2 Meldeverfahren	11
5.3 Kontrolle vor Ort	11
5.3.1 Vorgehen vor Ort bei Fehlen der Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG	12
5.3.2 Vorgehen vor Ort bei Vorliegen der Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG ..	12
5.4 Auswertung der Kontrolle vor Ort	13
5.5 Nachfristansetzung	13
5.5.1 Gleichwertige Unterlagen	14
5.6 Auswertung der Kontrolle nach Einreichung der Dokumente in der Nachfrist	15
5.7 Vorgehen bei unbenutztem Ablauf der Nachfrist	15
5.8 Einholen weiterer Auskünfte bei der kontrollierten Person und ihrem Auftraggeber bzw. Besteller	15
5.9 Auswertung der Kontrolle nach Einholung weiterer Auskünfte und Unterlagen und weiteres Vorgehen	16
5.10 Ausnahme: Schriftliche Kontrollen	17
6 Prüfkriterien	17
6.1 Zentrale Abgrenzungselemente im Rahmen der Überprüfung des Vorliegens einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach Artikel 1a EntsG	17

6.2	Bedeutung der sozialversicherungsrechtlichen, steuerrechtlichen und ausländerrechtlichen Kriterien zur Abgrenzung von unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit	17
6.3	Sozialversicherungsrechtliche Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit	18
6.4	Kriterienkatalog.....	19
III. Massnahmen und Sanktionierung		21
7	Anordnung eines Arbeitsunterbruchs.....	21
8	Sanktionierung nach Art. 9 EntsG	21
9	Sanktionierung bei festgestellter Scheinselbständigkeit	22
9.1	Scheinselbständigkeit festgestellt und ausländischer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt	22
9.1.1	Verstoss gegen Meldevorschriften	22
9.1.2	Verstoss gegen Lohn- und Arbeitsbedingungen	22
9.2	Scheinselbständigkeit festgestellt und ein Schweizer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt	22
9.2.1	Verstoss gegen Meldevorschriften	22
9.2.2	Verstoss gegen Lohn- und Arbeitsbedingungen	23
IV. Fälle aus der Praxis		24
10	Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder vergleichbare sonstige Gesellschaftsformen	24
11	Zusammenschluss von mehreren Personen, um als Gesellschaft aufzutreten ..	24
12	Subunternehmer	25
13	Verbotener Personalverleih vom Ausland in die Schweiz	25
13.1	Direkter Personalverleih vom Ausland in die Schweiz.....	25
13.2	Indirekter Personalverleih vom Ausland in die Schweiz	26

Anhang I: Musterfragebogen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit

Anhang II: Musterkontrollblatt zur Überprüfung der Selbständigkeit am Einsatzort

Anhang III: Kurzanleitung - Kommentierte Fragen und Hinweise für die Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit

Anhang IV: Schema Kontrollablauf "Dokumentationspflicht nicht verletzt"

Anhang V: Schema Kontrollablauf "Dokumentationspflicht verletzt"

Anhang VI: Musterkontrollprotokoll

Anhang VII: Musterschreiben Nachfristansetzung nach Art. 1a Abs. 3 EntsG

I. Allgemeiner Teil

1 Zweck und Adressaten

Selbständige Dienstleistungserbringer aus dem Ausland, welche in der Schweiz eine Dienstleistung erbringen, unterliegen nicht dem Entsendegesetz (EntsG)¹, da sie nicht als Arbeitnehmende gelten und somit nicht den minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz unterworfen sind. Können selbständige Dienstleistungserbringer den Nachweis ihrer Selbständigkeit nicht erbringen, gelten sie als sogenannt Scheinselbständige. Das Auftreten von Scheinselbständigkeit führt dazu, dass scheinselbständige Personen von arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Schutznormen nicht erfasst werden. Zudem führt Scheinselbständigkeit zu Wettbewerbsverzerrungen, da für Arbeitgeber, welche Arbeitnehmer beschäftigen, höhere Kosten anfallen.

Die vorliegende Weisung richtet sich an die Vollzugsorgane gemäss Artikel 7 Absatz 1 EntsG.

2 Rechtliche Bestimmungen und Abgrenzungen

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Selbständige Dienstleistungserbringer geniessen aufgrund von Artikel 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)² das Recht, während 90 Tagen im Kalenderjahr Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen. Gemäss Artikel 1a EntsG hat ein Dienstleistungserbringer, der sich auf selbständige Erwerbstätigkeit beruft, diese gegenüber den Kontrollorganen des EntsG auf Verlangen nachzuweisen. Das EntsG gelangt auch bei Dienstleistungserbringungen über 90 Tage pro Kalenderjahr zur Anwendung.

Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit bestimmt sich gemäss Artikel 1a Absatz 1 EntsG nach schweizerischem Recht.

Die Artikel 1a, 1b, 9 Absatz 2 Buchstaben a und b und 12 Absatz 1 Buchstaben a, b und c regeln die Kontrolle sowie die Sanktionierung im Rahmen der Überprüfung der Selbständigkeit.

2.2 Arbeitsvertrag in Abgrenzung zu ähnlichen Vertragsverhältnissen

Um das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu überprüfen ist es notwendig, diese von der unselbständigen Erwerbstätigkeit abzugrenzen. Um diese Abgrenzung vornehmen zu können, müssen verschiedene, teilweise ähnliche Vertragsverhältnisse und deren Ausge-

¹ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne; SR 823.20.

² SR 0.142.112.681.

staltung bekannt sein. Insbesondere von Bedeutung ist die Abgrenzung eines Arbeitsvertrages von anderen Vertragstypen wie dem Werkvertrag oder dem Auftrag, welche Dienstleistungen gegen Geldzahlung zum Gegenstand haben.

2.2.1 Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsvertrag nach Artikel 319 ff. OR liegt vor, wenn im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags gegen Lohn Arbeitszeit zur Verfügung gestellt wird, eingegliedert in eine fremde Arbeitsorganisation. Wird der Arbeitsvertrag im Hinblick auf die Abgrenzung zu anderen Vertragstypen charakterisiert, sind folgende Elemente hervorzuheben:

- Vorliegen von Arbeitsleistung, nicht Arbeitserfolg (Arbeitnehmer stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung);
- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, nicht eigenverantwortliche Tätigkeit;
- Privatrechtliches (nicht öffentlich-rechtliches) Dauerschuldverhältnis;
- Anspruch auf Entgelt nach Dauer der Arbeitsleistung.

2.2.2 Werkvertrag

Für das Vorliegen eines Werkvertrags gemäss Artikel 363 ff. OR sprechen folgende Elemente:

- Erfolg bzw. Arbeitsergebnis stehen im Vordergrund, nicht aber die Arbeitsleistung;
- Zum Voraus fixierter Pauschalpreis für das Werk;
- Arbeit wird unter eigener Verantwortung des Unternehmers erbracht, massgebend ist die Selbständigkeit bei der Arbeitsausführung (Unternehmer legt Arbeitszeiten selber fest, fixiert ist nur der Zeitpunkt der Ablieferung des Werks);
- Der Unternehmer arbeitet in eigenen Räumen und mit eigenem Material.

2.2.3 Auftrag

Sowohl bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Auftrags (Artikel 394 ff. OR) nehmen der Arbeitnehmende und der Beauftragte die Interessen eines Dritten (des Arbeitgebers oder des Auftraggebers) wahr. Die ausgeführte Tätigkeit kann jedoch fremdbestimmt (Arbeitsverhältnis) oder fremdnützig (Auftrag) ausgeführt werden. Das entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist folglich das Mass der Unterordnung bzw. das Subordinationsverhältnis in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht. Damit ein Arbeitsvertrag vorliegt, muss das Mass des Weisungs- und Kontrollrechts über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragnehmers in den Artikeln 397 und 400 OR hinausgehen.

Auftragnehmer ist insbesondere derjenige, der für eine Mehrzahl von Auftraggebern Leistungen erbringt, dabei seine Zeit frei einteilt und selbst das unternehmerische Risiko trägt. Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht hingegen, wenn eine Weisungsgebundenheit bezüglich der betrieblichen Einordnung und der zu verfolgenden Ziele (z.B. Art und Weise der Arbeitsausführung) gegeben ist.

2.3 Elemente der Scheinselbständigkeit

Als scheinselbständig gelten Personen, die sich auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags, der kein Arbeitsvertrag ist, zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet haben und von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind. Scheinselbständigkeit 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.

Scheinselbständigkeit lässt sich durch die nachfolgend aufgeführten Merkmale charakterisieren:

- Entgeltliche³, persönliche Arbeitsleistung auf privatrechtlicher Basis;
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Vertragspartners;
- Kein Entscheidungsspielraum der scheinselbständigen Person bzw. übermässige Weisungsintensität des Vertragspartners bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsverfahren, Einsatzplan;
- Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Vertragspartner, welche wie folgt zum Ausdruck gelangt:
 - Verzicht der scheinselbständigen Person auf unternehmerische Tätigkeit, kein freies Bewegen am Markt, kein eigenes Aushandeln des Preises für Leistungen;
 - Oftmals nur für einen (Haupt-) Vertragspartner im Einsatz, was mit dem Wegfall des unternehmerischen Risikos verbunden sein kann;
 - Entgeltabhängigkeit: Wer für seine Arbeitsleistung ausschliesslich von einem oder wenigen Vertragspartnern Entgelt erhält, ist regelmässig wirtschaftlich abhängig. Entscheidend ist das Verhältnis eines bestimmten Arbeitsentgelts zur Gesamtsumme der Erwerbseinkünfte; wer regelmässig (insbesondere monatlich) für persönliche Arbeitsleistung entschädigt wird, befindet sich in der Situation eines lohnbeziehenden Arbeitnehmenden. Der Verlust des Vertragspartners kommt dem Verlust des Arbeitsverhältnisses gleich.

Auch als scheinselbständig gelten Personen, die aus dem Ausland in die Schweiz entsendet werden und bei denen die Merkmale eines Arbeitsvertrages im Sinne von Artikel 319 ff. OR vorliegen, die sich aber selber als selbständig Erwerbende bezeichnen, um die Bestimmungen des EntsG zu umgehen.

³ Namentlich Geld- und Naturallohn.

3 Anwendbares Recht bei festgestellter Scheinselbständigkeit

3.1 Ausgangslage

Wird in der Schweiz durch die Kontrollorgane des EntsG Scheinselbständigkeit bei einem ausländischen Dienstleistungserbringer festgestellt, liegt zwischen der scheinselbständigen Person und ihrem Vertragspartner ein privatrechtlicher Vertrag vor, der grundsätzlich kein Arbeitsvertrag ist. Diese privatrechtlichen Verträge enthalten meistens Merkmale von verschiedenen Vertragsarten (z.B. Arbeitsvertrag, Werkvertrag). Gemäss der neueren Lehre und Rechtsprechung⁴ sind auf Vertragsverhältnisse, welche keinem gesetzlichen Vertragstypus entsprechen, die zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts anwendbar, wenn die Schutzbedürftigkeit einer der Vertragsparteien dies erfordert. Dementsprechend sind auch die normativen Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) auf diese Vertragsverhältnisse anwendbar, wenn eine Vertragspartei ein Betrieb innerhalb des Geltungsbereich des ave GAV ist.

3.2 Anwendbarkeit des Entsendegesetzes

Ausländische selbständig Erwerbende, welche in der Schweiz eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen, müssen den Nachweis ihrer Selbständigkeit (Artikel 1a EntsG) erbringen.

Hat die Abklärung des Status einer Person ergeben, dass sie scheinselbständig ist, ist zu prüfen, ob sich ihr als Arbeitgeber zu betrachtender Vertragspartner im Ausland oder im Inland befindet. Hat die scheinselbständige Person einen ausländischen Vertragspartner, liegt eine Entsendung vor und die massgebenden zwingenden Bestimmungen des Entsendegesetzes sind auf das vorliegende Vertragsverhältnis anwendbar. Folglich muss der ausländische Vertragspartner der scheinselbständigen Personen insbesondere die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Artikel 2 EntsG garantieren. Er unterliegt zudem der Meldepflicht nach Artikel 6 EntsG.

3.3 Anwendbarkeit der Schweizer Gesetzgebung hinsichtlich der Lohn- und Arbeitsbedingungen

Gelingt einem ausländischen Dienstleistungserbringer, welcher in der Schweiz tätig ist, der Nachweis seiner Selbständigkeit nicht und gilt er deshalb als scheinselbständig und hat er einen Schweizer Vertragspartner, liegt keine Entsendung, sondern ein Stellenantritt in der Schweiz vor. Der Schweizer Vertragspartner ist gegenüber der scheinselbständigen Person zur Einhaltung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet (beispielsweise Einhaltung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge, Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes⁵, etc.). Die tripartiten Kommissionen können die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Löhne kontrollieren.

⁴ Vgl. Roland A. Müller in ArbR 2000 S. 34 f.; BGE 118 II 157.

⁵ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, ArG; SR **822.11**.

4 Zuständigkeiten der Kontrollorgane

Ist ein selbständiger ausländischer Dienstleistungserbringer in einer Branche mit ave GAV tätig, ist die jeweilige Paritätische Kommission zuständig für die Überprüfung der Selbständigkeit nach Artikel 1a EntsG sowie allfällige weitere Abklärungen nach Artikel 1a Absatz 4 EntsG.

In den Branchen ohne zwingende Mindestlöhne ist die vom Kanton nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d EntsG bezeichnete Behörde für die Überprüfung der selbständigen ausländischen Dienstleistungserbringer nach Artikel 1a EntsG sowie allfällige weitere Abklärungen nach Artikel 1a Absatz 4 EntsG zuständig.

Für die Überprüfung der selbständigen ausländischen Dienstleistungserbringer in einer Branche ohne ave GAV, aber mit in einem Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen (Artikel 360a OR), ist die kantonale tripartite Kommission (Artikel 360b OR) zuständig für die Überprüfung der Selbständigkeit nach Artikel 1a EntsG sowie allfällige weitere Abklärungen nach Artikel 1a Absatz 4 EntsG.

In Kantonen oder Regionen, in denen die Kontrolltätigkeit nach EntsG einem Kontrollverein übertragen wurde, nimmt dieser die Kontrolltätigkeit nach Artikel 1a bzw. Artikel 1a Absatz 4 EntsG vor.

Für die Anordnung der im EntsG vorgesehenen Massnahmen und Sanktionen ist die vom Kanton bezeichnete Behörde zuständig.

II. Überprüfung der Selbständigkeit und Kontrollablauf

5 Kontrollablauf

Der Kontrollablauf ist gesetzlich geregelt in Artikel 1a EntsG. Die gesetzliche Regelung wird nachfolgend präzisiert. Die Anhänge IV und V dieser Weisung enthalten je ein Schema zum Kontrollablauf.

5.1 Grundsätze

- Die Überprüfung der Selbständigkeit eines ausländischen Dienstleistungserbringers hat **grundsätzlich vor Ort zu erfolgen**, um insbesondere das Vorhandensein der drei gesetzlich vorgegebenen und aussagekräftigsten Dokumente (Artikel 1a Absatz 2 EntsG) zu kontrollieren und falls angezeigt Beobachtungen und Feststellungen über die Arbeitsorganisation zu machen. **Kontrollen, welche nur auf dem schriftlichen Weg durchgeführt werden, sollen die Ausnahme bilden.**
- **Die Kontrollorgane** nach Artikel 7 EntsG **haben** nach Artikel 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.
- Die Vielfalt der Sachverhalte, welche im wirtschaftlichen Leben anzutreffen sind, zwingt dazu, den Status einer Person jeweils unter der **Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles** zu beurteilen.
- Scheinselbständigkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass Merkmale der selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeit zutage treten. Der Entscheid, welchen Status eine Person hat, muss sich danach richten, **welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen.**
- Das Vorhandensein der drei gesetzlich vorgegebenen Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG ist als starkes Indiz für das Vorliegen einer Selbständigkeit zu werten, wenn:
 - das Meldeformular für selbständige Dienstleistungserbringer ausgefüllt wurde und die Bestätigung dieser Meldung vorliegt bzw. eine Bewilligung für eine selbständige Tätigkeit ausgestellt wurde;
 - **das vom Sozialversicherungsträger des Herkunftsstaates des sich auf Selbständigkeit berufenden Dienstleistungserbringers ausgestellte Formular A1 bescheinigt, dass die betreffende Person in ihrem Herkunftsstaat als selbständigerwerbend versichert ist. Da die EU-Mitgliedstaaten die A1-Formulare zunehmend elektronisch ausstellen, sind neben den bisherigen abgestempelten und unterzeichneten Formularen, auch elektronische Bescheinigungen als gültig zu akzeptieren;**

- die Kopie des Auftrags/Werkvertrags oder die Bescheinigung des Auftraggebers auf das Vorliegen eines echten Auftrags/Werkvertrags zwischen den Vertragsparteien schliessen lassen.
- Bei weiteren Abklärungen sind die unter Ziff. 6.1 aufgeführten zentralen Abgrenzungselementen sowie die im Kriterienkatalog unter Ziff. 6.4 aufgelisteten **Kriterien der Kategorie "Arbeitsorganisation" grundsätzlich stärker zu gewichten als die übrigen der aufgeführten Kriterien**. Dies resultiert daraus, dass das EntsG in Artikel 1 Absatz 3 zur Definition des Begriffs der Arbeitnehmenden an das Arbeitsvertragsrecht anknüpft (Artikel 319 ff. OR), in welchem das Kriterium der Arbeitsorganisation von ausschlaggebender Bedeutung ist zur Beurteilung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt⁶.
- Der Verdacht auf Scheinselbständigkeit bedingt eine umfassende Abklärung des Sachverhalts. Diese **Abklärungen vor Ort sowie die Einforderung weiterer Unterlagen** sind namentlich **im Hinblick auf die Ermittlung eines möglichen Arbeitgebers** bei festgestellter Scheinselbständigkeit **detailliert durchzuführen und zu dokumentieren**.
- Die **Vollzugsorgane des EntsG** sind, anders als die schweizerischen Sozialversicherungsbehörden, bei der Überprüfung der Selbständigkeit eines ausländischen Dienstleistungserbringers **nicht an die Feststellungen der ausländischen Sozialversicherungsbehörden betreffend den Status einer Person gebunden** (z.B. Formular A1). Konkret heisst dies, dass eine Person während ihrer vorübergehenden Tätigkeit in der Schweiz als selbständig erwerbstätige Person im Ausland sozialversichert bleibt. Stellen die Vollzugsorgane des EntsG eine Scheinselbständigkeit fest, können sie vom Arbeitgeber die Einhaltung der Schweizer Lohn- und Arbeitsbedingungen fordern, nicht aber die Einhaltung des Schweizer Sozialversicherungsrechts.
- Im Rahmen der Überprüfung ist **nicht relevant, welche Bezeichnung der Vertrag zwischen den Parteien trägt, sondern nur** der Inhalt der Vereinbarung beziehungsweise die **tatsächlich gelebte Vertragspraxis**. Die Bezeichnung eines Vertrags als Auftrag bedeutet nicht zwingend, dass ein Auftragsverhältnis vorliegt bzw. die ausführende Person als selbständig zu beurteilen ist.
- Bei der Überprüfung des Status eines ausländischen Dienstleistungserbringers ist die **de-facto-Arbeitssituation in der Schweiz zu beurteilen** und nicht der Status, welchen eine Person in ihrem Herkunftsland inne hat. Der Status einer Person im Herkunftsland gibt dennoch hilfreiche Hinweise, da eine Person, die bereits im Herkunftsland unselbständig erwerbstätig ist, dies auch bei einem Einsatz in der Schweiz sein dürfte. Andererseits ist es möglich, dass ein im Herkunftsland selbständig Erwerbstätiger, der in der Schweiz eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringt, dies im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bzw. scheinselbständig tut.
- Die Überprüfung des Status kann bei jedem Einsatz in der Schweiz, also **projektbezogen**, erfolgen.

⁶ Vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., OR 319 N 2.

5.2 Meldeverfahren

Das Meldeformular, welches ein ausländischer selbständiger Dienstleistungserbringer im Rahmen der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 1^{bis} VEP⁷ für den Einsatz in der Schweiz ausfüllen muss, dient als Grundlage zur Überprüfung der Selbständigkeit.

Die zuständige kantonale Behörde, bei welcher die Meldung eingeht, bearbeitet diese gemäss dem in den Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (Weisungen VEP) unter Ziffer 3.3.4 vorgesehenen Vorgehen und löst gegebenenfalls eine Meldebestätigung an den selbständigen Dienstleistungserbringer aus. Im Rahmen der Bearbeitung der Meldungen kann es sich ergeben, dass die zuständige kantonale Behörde Kenntnis von Unregelmässigkeiten bzw. Hinweise auf Scheinselbständigkeit erlangt. Hinweise auf Scheinselbständigkeit können sein:

- Ein projektbeteiligtes Unternehmen hat die 90 Kalendertage im Meldeverfahren ausgeschöpft und anschliessend werden im Auftrag dieses Unternehmens stehende selbständige Dienstleistungserbringer für dasselbe Projekt gemeldet;
- eine bereits früher einmal gemeldete Person wechselt vom Status "unselbständiger Arbeitnehmer" zum Status "Selbständig";
- der frühere Arbeitgeber entspricht dem Auftraggeber/Besteller;
- die Meldung erfolgt nicht durch den selbständig Erwerbstätigen, sondern durch seinen Auftraggeber/Besteller, welcher oftmals auch als Ansprechperson auf dem Meldeformular aufgeführt ist;
- zahlreiche Meldungen von verschiedenen selbständigen Dienstleistungserbringern weisen die gleiche Kontaktadresse, E-Mailadresse, Telefonnummer, etc. auf und diese sind für das gleiche Projekt gemeldet.

Erlangt die zuständige kantonale Behörde im Rahmen der Bearbeitung der Meldungen Kenntnis von einem oder mehreren der aufgeführten Sachverhalte, informiert sie das zuständige Kontrollorgan mit Weiterleitung der Meldung nach Artikel 6 Absatz 4 EntsG entsprechend. Die kantonalen Behörden können auf die erwähnten Hinweise dann aufmerksam werden, wenn dies aufgrund der Anzahl täglich eingehender Meldungen und der Organisationsstruktur überhaupt möglich ist.

Die Kontrollorgane kontrollieren diese Personen mit erhöhter Intensität vor Ort. Hingegen ist das systematische Treffen von Abklärungen im Rahmen des Meldeverfahrens nicht zulässig, da dies den Vorgängen im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens nahe käme.

5.3 Kontrolle vor Ort

Nach Eingang der Meldung können die Kontrollorgane vom ausländischen Dienstleistungserbringer den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit verlangen. Dabei ist, unter Verwendung des Kontrollprotokolls in Anhang VI, wie folgt vorzugehen:

⁷ Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs; SR **142.203**.

Die kontrollierte Person wird aufgefordert, ihrer Dokumentationspflicht nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG nachzukommen. Sie muss den Kontrollorganen die folgenden Dokumente vorweisen:

- Bei Dienstleistungen von weniger als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr: Ausdruck der Meldebestätigung (Meldung nach Artikel 6 EntsG). Liegt ein *Notfall* nach Artikel 6 Absatz 3 Entsendeverordnung (EntsV)⁸ vor, dürfte ein selbständiger Dienstleistungserbringer nicht in jedem Fall über eine Meldebestätigung verfügen. In diesem Fall ist der Ausdruck der abgeschlossenen Meldung als gleichwertig zu betrachten;⁹ *oder*
- bei Dienstleistungen von mehr als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr: Die von der zuständigen kantonalen Behörde ausgestellte Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung.
- **Formular A1: Da die EU-Mitgliedstaaten die A1-Formulare zunehmend elektronisch ausstellen, sind neben den bisherigen abgestempelten und unterzeichneten Formularen, auch elektronische Bescheinigungen als gültig zu akzeptieren.**
- Kopie des Vertrages mit der Auftraggeberin bzw. Bestellerin, wenn kein schriftlicher Vertrag vorhanden ist eine schriftliche Bestätigung der Auftraggeberin bzw. der Bestellerin (in einer schweizerischen Landessprache).

5.3.1 Vorgehen vor Ort bei Fehlen der Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG

Kann der selbständige Dienstleistungserbringer die gesetzlich vorgeschriebenen Dokumente nicht vorweisen, ist es angezeigt, Befragungen vor Ort mittels Musterkontrollblatt in Anhang II vorzunehmen.

Das Kontrollorgane meldet der zuständigen kantonalen Behörde den Verstoß gegen die Dokumentationspflicht (vgl. Artikel 9 Absatz 1 EntsG). Diese prüft eine Sanktionierung nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG.

Zudem muss der kontrollierten Person eine Nachfrist zur Nachreichung der Dokumente angesetzt werden (vgl. dazu das Vorgehen unter Ziffer 5.5).

5.3.2 Vorgehen vor Ort bei Vorliegen der Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG

Zusätzlich zur Überprüfung dieser Dokumente sind Befragungen vor Ort mittels Musterkontrollblatt in Anhang II vorzunehmen, wenn:

- Beobachtungen der Inspektorinnen und Inspektoren vor Ort im Widerspruch zur Aussage der vorgewiesenen Unterlagen stehen;
- Zweifel an der Echtheit der Unterlagen bestehen;

⁸ Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201).

⁹ Es ist zu beachten, dass der Notfall nicht als gewährt gilt, weil der Ausdruck der abgeschlossenen Meldung im Rahmen der Überprüfung der Selbständigkeit kontrolliert wird. Es ist deshalb nicht von Bedeutung, dass auf dem Ausdruck der abgeschlossenen Meldung das Bemerkungsfeld, in dem der Notfall begründet wird, nicht ersichtlich ist. Die Gewährung eines Notfalls obliegt allein der zuständigen kantonalen Behörde.

- offensichtlich der Auftraggeber für Verpflegung und Unterkunft aufkommt.

Befragungen sind namentlich angezeigt, wenn:

- Zahlreiche selbständige Dienstleistungserbringer zusammen die gleiche Arbeit für das gleiche Projekt ausführen, obwohl sich diese Arbeiten eigentlich nicht aufteilen lassen;
- Offensichtlich der Auftraggeber Material, Werkzeug und Maschinen zur Verfügung stellt;
- die kontrollierte Person offensichtlich Anweisungen für ihre Arbeit erhält.

5.4 Auswertung der Kontrolle vor Ort

Bei der Auswertung der Kontrolle vor Ort ergeben sich drei Varianten, die das weitere Vorgehen der Kontrollorgane bestimmen:

- a. Hat ein selbständiger Dienstleistungserbringer die Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG vorgewiesen, ist dies ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Selbständigkeit.¹⁰ Haben die Inspektorinnen und Inspektoren bei der Kontrolle vor Ort keine zur Aussage der vorgelegten Dokumente widersprüchlichen Beobachtungen gemacht, ist die Kontrolle abzuschliessen. Das Kontrollergebnis ist in einem Kontrollbericht festzuhalten.
- b. Hat ein selbständiger Dienstleistungserbringer die Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG vorgewiesen und hat sich eine Befragung vor Ort als nötig erwiesen, sind die Ergebnisse dieser Befragung auszuwerten. Zur Auswertung sind die Prüfkriterien unter Ziffer 6 sowie Anhang III zu verwenden. Kommt der Inspektor oder die Inspektorin zum Schluss, dass der Nachweis der Selbständigkeit erbracht wurde, ist das Kontrollergebnis in einem Kontrollbericht festzuhalten. Kommt der Inspektor oder die Inspektorin zum Schluss, dass weitere Abklärungen nötig sind, ist dies im Kontrollbericht zu vermerken. Weitere Abklärungen sind gemäss den Vorgaben von Artikel 1a Absatz 4 EntsG (vgl. Ziffer 5.8) vorzunehmen.
- c. Hat ein selbständiger Dienstleistungserbringer die Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG nicht vorgewiesen oder nicht alle Dokumente vorgewiesen, ist dies im Kontrollbericht zu vermerken. Das weitere Vorgehen für die Inspektorinnen und Inspektoren gestaltet sich nach Artikel 1a Absatz 3 EntsG (vgl. Ziffer 5.5).

5.5 Nachfristansetzung

Werden die in Artikel 1a Absatz 2 EntsG gesetzlich vorgeschriebenen Dokumente nicht vorgewiesen oder fehlt mindestens eines der verlangten Dokumente, setzt das Kontrollorgan dem selbständigen Dienstleistungserbringer schriftlich eine Nachfrist an zur Nachreichung der Unterlagen. Die Ansetzung der Nachfrist erfolgt vor Ort durch Übergabe eines Schreibens (Musterschreiben in Anhang VII). Darin ist der Arbeitsunterbruch nach Artikel 1b Absatz

¹⁰ Bedeutung Kontrolle Meldebestätigung: Das Vorweisen der Meldebestätigung bei einer Kontrolle zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit bedeutet nicht, dass die Meldung korrekt erfolgt ist oder eine Notfallsituation genehmigt wurde.

2 EntsG anzudrohen. Die Übergabe des Schreibens ist protokollarisch festzuhalten und der Erhalt von der kontrollierten Person quittieren zu lassen.

Die Nachfristdauer beträgt maximal zwei Tage. Als Tag zählen lediglich die Arbeitstage (ohne Samstag, Sonntag und allgemeine Feiertage). Die zwei Arbeitstage bemessen sich wie folgt: Die Frist beginnt am Arbeitstag nach der Kontrolle zu laufen. Spätestens am Ende des zweiten Arbeitstages (Mitternacht) nach der Kontrolle müssen die Dokumente dem Kontrollorgan eingereicht oder übergeben worden sein. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag, endet die Frist am ersten darauf folgenden Werktag. Den Nachweis für die Einhaltung der Frist hat die kontrollierte Person zu erbringen.

Es liegt im Ermessen der Kontrollorgane, unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine kürzere Nachfrist anzuordnen.

Die Dokumente sollen von den Kontrollorganen innert der Nachfrist physisch und/oder elektronisch entgegengenommen werden. Die entsprechenden Kontaktangaben sind der kontrollierten Person mitzuteilen.

5.5.1 Gleichwertige Unterlagen

Während des Laufs der Nachfrist kann die kontrollierte Person dem Kontrollorgan die Dokumente nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG oder gleichwertige Dokumente vorlegen.

Namentlich die folgenden Unterlagen können als gleichwertig gelten:

- Bescheinigung über die vom zuständigen ausländischen Finanz- oder Steueramt erteilte Steuernummer oder die von der zuständigen ausländischen Behörde für Steuern erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer;
- Abrechnungen, welche die eigene Rechnungsstellung belegen;
- Kaufbelege für Arbeitsmaterial, Geräte;
- Kopie des Fahrzeugscheins / Fahrzeugversicherung, falls ein eigenes Fahrzeug vorhanden ist;
- Betriebshaftpflichtversicherung;
- Abschluss einer Unfallversicherung, weitere Versicherungen, welche einen allfälligen Erwerbsausfall decken;
- Belege zum Nachweis eines grösseren Kundenkreises.

Ob die eingereichten Unterlagen als gleichwertig gelten, beurteilen die Kontrollorgane nach freiem Ermessen. Eine Bescheinigung über die vom zuständigen ausländischen Finanz- oder Steueramt erteilte Steuernummer oder die von der zuständigen ausländischen Behörde für Steuern erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer kann als aussagekräftigstes der aufgeführten Dokumente angesehen werden. In einer Vielzahl der Fälle dürfte lediglich bei Einreichung mehrerer der aufgeführten Dokumente eine Gleichwertigkeit erreicht sein, insbesondere wenn der Vertrag mit dem Auftraggeber/Besteller nicht eingereicht werden kann.

5.6 Auswertung der Kontrolle nach Einreichung der Dokumente in der Nachfrist

Die Auswertung der Kontrolle nach Einreichung der Dokumente gestaltet sich wie nach einer Kontrolle vor Ort (vgl. Ziffer 5.4).

5.7 Vorgehen bei unbenutztem Ablauf der Nachfrist

Ist die der kontrollierten Person angesetzte Nachfrist unbenutzt verstrichen, kann das Kontrollorgan dies der zuständigen kantonalen Behörde melden (Artikel 1b Absatz 1 Buchstabe a EntsG) und dokumentiert dies entsprechend. Die kantonale Behörde prüft eine Sanktionierung (vgl. Ziffern 7 und 8).

5.8 Einholen weiterer Auskünfte bei der kontrollierten Person und ihrem Auftraggeber bzw. Besteller

Können die Kontrollorgane gestützt auf die vorgelegten Unterlagen sowie allfällige Beobachtungen vor Ort nicht abschliessend beurteilen, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, holen sie weitere Auskünfte und Unterlagen ein.

Die Durchführung von weiteren Abklärungen bedingt in der Regel, dass eine Kontrolle vor Ort stattgefunden hat.

Die kontrollierte Person und ihr Auftraggeber bzw. Besteller sind gegenüber den Kontrollorganen auskunftspflichtig. Der Auftraggeber dürfte bekannt sein, falls die kontrollierte Person bei einer Kontrolle vor Ort eine Kopie des Vertrags bzw. der schriftlichen Auftrags- bzw. Werkvertragsbestätigung vorgelegt hat.

Die vor Ort kontrollierte Person ist mittels Fragebogen in Anhang I aufzufordern, dem Kontrollorgan weitere Informationen und Unterlagen einzureichen.

Die folgenden Unterlagen dienen dem Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit und können von den Kontrollorganen zusätzlich zu den gesetzlich in Artikel 1a Absatz 2 EntsG vorgeschriebenen Dokumenten vom kontrollierten selbständigen Dienstleistungserbringer angefordert werden:

- 1) Belegen der Selbständigkeit im Herkunftsland:
 - Gewerbeschein, Gewerbeanmeldung
 - Mitgliedschaft in einem Berufs- oder Fachverband, in einer Handwerkskammer
 - Meldung beim Finanzamt (Mehrwertsteuer- bzw. Umsatzsteuernummer)
- 2) Belegen der Selbständigkeit hinsichtlich des Kriteriums "Arbeitsorganisation":
 - Abrechnungen, welche die eigene Rechnungsstellung belegen
 - Abrechnungen für Übernachtungen am Einsatzort mit Hinweis darauf, wer diese bezahlt hat
- 3) Belegen der Selbständigkeit hinsichtlich des Kriteriums "wirtschaftliche Abhängigkeit":
 - Kaufbelege für Arbeitsmaterial, Geräte

- Kopie des Fahrzeugscheins / Autoversicherung, falls ein eigenes Fahrzeug vorhanden ist
- Betriebshaftpflichtversicherung
- Abschluss einer Unfallversicherung, weitere Versicherungen, welche einen allfälligen Erwerbsausfall abdecken
- Mietverträge für Geschäftsräumlichkeiten im Herkunftsland, falls diese nicht Eigentum der kontrollierten Person sind
- Kundenliste.

5.9 Auswertung der Kontrolle nach Einholung weiterer Auskünfte und Unterlagen und weiteres Vorgehen

Die Kontrollorgane beurteilen die eingereichten Unterlagen und vor Ort gemachten Beobachtungen anhand der unter Ziff. 6.1 aufgeführten zentralen Abgrenzungselementen, des Kriterienkatalogs unter Ziff. 6.4 sowie unter Berücksichtigung von Anhang III.

Reicht der überprüfte selbständige Dienstleistungserbringer die verlangten Unterlagen nicht ein bzw. reicht er sie auch nach schriftlicher Mahnung nicht ein, beurteilen die Kontrollorgane den Status gestützt auf den vor Ort festgestellten Sachverhalt bzw. den dazu verfassten Kontrollbericht. **Die vor Ort gemachten Feststellungen sind bei der Beurteilung des Status in jedem Fall stärker zu gewichten als schriftlich eingeforderte Unterlagen.**

Gelingt der kontrollierten Person der Nachweis der Selbständigkeit nicht und hat das Kontrollorgan ermittelt, dass ein arbeitsvertragsähnliches Anstellungsverhältnis mit einem ausländischen Betrieb oder bei einem Schweizer Betrieb vorliegt, geht es wie folgt vor:

Ist ersteres der Fall, ist die Person als entsandter Arbeitnehmer zu betrachten und das EntsG ist analog anwendbar. 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. Zur Ermittlung des massgebenden Lohns einer scheinselbständigen Person und zum Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich ist das Vorgehen in Kapitel 4 in der Weisung des SECO vom 1. Januar 2013 zum "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich" zu berücksichtigen. Wurde ein Schweizer Arbeitgeber ermittelt, können die Paritätischen Kommissionen auf diesen zugehen und von ihm die Einhaltung des anwendbaren ave GAV verlangen. Die tripartiten Kommissionen können die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen prüfen. Wurde ein Schweizer Arbeitgeber ermittelt, ist die Weisung des SECO zum "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich" nicht anwendbar. **Aus dem Vorgehenden folgt, dass vor der Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen die Abklärungen zur Überprüfung der Selbständigkeit abgeschlossen sind.**

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 und des Beschlusses sowie sämtliche Fallakten 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 entsprechenden Beschlusses sowie sämtliche Fallakten.

Liegt eine Scheinselbständigkeit vor, aber konnte kein Arbeitgeber ermittelt werden, kann das Kontrollorgan die zuständige kantonale Behörde kontaktieren (vgl. Artikel 1b Absatz 1 Buchstabe b EntsG). Die kantonale Behörde kann die Anordnung eines Arbeitsunterbruchs prüfen (vgl. zum Vorgehen Ziffer 7).

5.10 Ausnahme: Schriftliche Kontrollen

Findet keine Kontrolle vor Ort statt, kann das Kontrollorgan den Nachweis der Selbständigkeit mittels Beantwortung des Fragebogens im Anhang I sowie der Einreichung von Belegen verlangen. 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.

6 Prüfkriterien

6.1 Zentrale Abgrenzungselemente im Rahmen der Überprüfung des Vorliegens einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach Artikel 1a EntsG

Die zentralen Elemente, welche zur Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit herbeizuziehen sind, sind die folgenden. Für die Überprüfung des Vorliegens einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind in erster Linie die Abgrenzungskriterien des Schweizerischen Arbeitsvertragsrechts (Artikel 319 ff. OR) massgebend.

- Welche Freiheit und Selbständigkeit besteht bei der praktischen Gestaltung des Arbeitsablaufs in zeitlicher und sachlicher Hinsicht?
- Wie stark ist eine Person in eine fremde Betriebsorganisation eingebunden?
- Wie weit wird eine Person in ihrem Tun kontrolliert und muss dafür Weisungen entgegennehmen?
- Wie stark ist eine Person selber verantwortlich für ihr Tun und trägt dafür auch das unternehmerische Risiko?

6.2 Bedeutung der sozialversicherungsrechtlichen, steuerrechtlichen und ausländerrechtlichen Kriterien zur Abgrenzung von unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit

Für die Beurteilung, ob eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit bzw. ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist die Einstufung durch andere Behörden nicht ausschlaggebend, da das Sozialversicherungs-, Steuer- und Ausländerrecht eigene Abgrenzungskriterien kennen. Die in diesen Rechtsbereichen entwickelten Abgrenzungskriterien können jedoch ergänzend herangezogen werden, wenn die arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien bei der Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit zu keinem eindeutigen Resultat führen. Viele der verwendeten Kriterien sind jedoch deckungsgleich mit den Abgrenzungskriterien des Arbeitsrechts.

Bei der Überprüfung des Status einer Person sind folglich ergänzend die unter Ziffer 6.3 aufgeführten Kriterien der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zu verwenden.

6.3 Sozialversicherungsrechtliche Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit

Die folgenden Indizien sprechen für eine Abhängigkeit und weisen damit auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit hin:

- Wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit:
 - Weisungsgebundenheit betreffend Art und Weise der Durchführung wie Arbeitszeit,- verfahren, Einsatzplan und Unterordnungsverhältnis;
 - Arbeitsplan und Rechenschaftspflicht, Konkurrenzverbot;
 - Persönliche Aufgabenerfüllung und Präsenzplicht;
 - Angewiesen sein auf eine fremde Infrastruktur, insbesondere auf die des Vertragspartners;
 - Fehlende Kompetenz bei Personalentscheidungen und Anschaffungen;
 - Wirtschaftliche Abhängigkeit;
 - Kontrolle durch den Vertragspartner.
- Fehlendes Unternehmerrisiko:
 - Keine erheblichen Investitionen, kein Kapitaleinsatz und Übernehmen der Unkosten;
 - Fehlendes Risiko für finanzielle Fehldispositionen;
 - Keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten und keine Beschäftigung von Personal;
 - Kein Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, kein Beschaffen von Aufträgen/Werkverträgen;
 - Fehlendes Delkredere-Risiko;
 - Entlohnung im Stundenlohn, nicht für die geleistete Arbeit als solche bzw. das fertige Werk.

6.4 Kriterienkatalog¹¹

Kriterium	Selbständig erwerbend	Unselbständig erwerbend
Vertragliche Vereinbarung	Der Unternehmer/Auftragnehmer schuldet dem Besteller/Auftraggeber ein Werk bzw. ein Tätigwerden	Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung
Kriterium Arbeitsorganisation	Weitgehend freie Bestimmung wann, wie und wo zu arbeiten ist	Der Vertragspartner bestimmt Zeit¹² und Ort für den Einsatz der erwerbstätigen Person für seine Arbeitsleistung (Verpflichtung zu regelmässigem Erscheinen am Arbeitsort, Dienstpläne, Inhalt der Tätigkeit); Pflicht zur ständigen Dienstbereitschaft
	Keine Einbindung in fremde Arbeitsorganisation	Einbindung in Arbeitsorganisation des Vertragspartners, trotz teilweise grosser Gestaltungsfreiheiten (Benutzung betrieblicher Arbeitseinrichtungen und Geräte, enge und ständige Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern des Vertragspartners)
	Kein Subordinationsverhältnis und in der Regel keinem Vorgesetzten Rechenschaft schuldig	Rechenschaftspflicht gegenüber dem Vertragspartner über Tätigkeit, Zeit- und Mittelverwendung
	Kein Konkurrenzverbot	Konkurrenzverbot vorhanden

¹¹ Fett gedruckte Kriterien sind im Rahmen der Überprüfung der Selbständigkeit und bei der abschliessenden Beurteilung des Status einer Person stärker zu gewichten als die weiteren aufgeführten Kriterien.

¹² Beispielsweise auf Grossbaustellen oder auf dem nur schwer zugänglichen Gelände eines Grosskonzerns kann es vorkommen, dass Arbeitsbeginn und -ende für alle auf der Baustelle tätigen Personen festgelegt sind und nicht durch den Auftraggeber/Besteller oder den selbständig Erwerbstätigen bestimmt werden. Ist dies der Fall, ist dieses Kriterium im Rahmen der Überprüfung der Selbständigkeit nicht zu gewichten.

Kriterium	Selbständig erwerbend	Unselbständig erwerbend
Kriterium betriebswirtschaftliche Abhängigkeit	Regelmässige Ausführung von Aufträgen/Werkverträgen in eigenem Namen, auf eigene Rechnung, für selbst gewählte Kunden	Ausführung von Aufträgen/Werkverträgen im Namen des Vertragspartners, Vermittlung von Kunden und Partnern durch den Vertragspartner
	Aufträge von mehreren Vertragspartnern	Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen (Grossteil der Erwerbseinkünfte) nur für einen Vertragspartner weisen auf ein Abhängigkeitsverhältnis hin; Tätigkeit entspricht dem äusseren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die der Mitarbeiter für denselben Vertragspartner zuvor im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt hatte
	Trägt das gesamte wirtschaftliche Risiko	Kein Unternehmerrisiko, kein Kapitaleinsatz, keine wesentlichen Investitionen
	Vertragliche Haftung für Schäden mit allen rechtlichen Konsequenzen	I.d.R. keine vertragliche Haftung gegenüber Kunden für mögliche Schäden während der Tätigkeit
	Abschluss einer eigenen Betriebshaftpflicht-, Unfall- und eventuell einer Autoversicherung für Nutzfahrzeuge	Obligatorisch versichert, Anspruch auf Lohn im Krankheitsfall, bezahlte Ferien, separate Vergütung von Spesen
	Repräsentation des Betriebs mit eigenem Namen, Geschäftsadresse, Bankverbindung, Unternehmenslogo und Handelsregistereintrag	Repräsentation des Firmennamens und Geschäftsadresse des Vertragspartners
	Werbeaktionen erfolgen unter eigenem Namen und auf eigene Kosten	Werbeaktionen erfolgen im Namen und auf Kosten des Vertragspartners
	Mitglied eines Berufs- oder Fachverbands	Keinem Berufs- oder Fachverband angeschlossen

III. Massnahmen und Sanktionierung

7 Anordnung eines Arbeitsunterbruchs

Die Kompetenz zur Anordnung eines Arbeitsunterbruchs nach Artikel 1b Absatz 2 EntsG liegt ausschliesslich bei den Kantonen. Die Anordnung eines Arbeitsunterbruchs kann nur in den zwei vom Gesetz vorgesehenen Fällen nach Meldung des zuständigen Kontrollorgans erfolgen (Artikel 1b Absatz 1 EntsG).

Wird ein Arbeitsunterbruch als Folge der Verletzung der Dokumentationspflicht nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG angeordnet, ist zu beachten, dass vorgängig die vom zuständigen Kontrollorgan angesetzte Nachfrist zur Nachreichung der Dokumente unbenutzt verstrichen sein muss.

Wird ein Arbeitsunterbruch angeordnet, wenn eine Scheinselbständigkeit festgestellt wurde und der Arbeitgeber der scheinselbständigen Person unbekannt ist, muss das zuständige Kontrollorgan dokumentieren können, dass es ohne Erfolg unter Vornahme der möglichen Abklärungen versucht hat, den Arbeitgeber einer scheinselbständigen Person zu ermitteln.

Bei der Anordnung eines Arbeitsunterbruchs ist zu beachten, dass es sich um eine verhältnismässige Massnahme handelt. Bei der Anordnung des Arbeitsunterbruchs muss folglich sichergestellt sein, dass:

- dieser dazu geeignet ist, die Dokumentationspflicht nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG durchzusetzen oder den Arbeitgeber der scheinselbständigen Person zu ermitteln;
- die mildeste Massnahme zur Durchsetzung der Dokumentationspflicht oder zur Ermittlung des Arbeitgebers der scheinselbständigen Person darstellt, und
- ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel, d.h. der Durchsetzung der Dokumentationspflicht oder der Ermittlung des Arbeitgebers und dem Eingriff, den sie für die betroffenen Personen bewirkt, gewahrt wird.

Der Arbeitsunterbruch gilt nur für den jeweiligen Auftrag/Werkvertrag, den die Person, die sich auf Selbständigkeit beruft, ausführt.

Ein Arbeitsunterbruch darf nicht länger andauern als vom Gesetz bestimmt (Artikel 1b Absatz 3 EntsG).

8 Sanktionierung nach Art. 9 EntsG

Die Kompetenz zur Sanktionierung nach Artikel 9 und 12 EntsG liegt allein bei den Kantonen. Die zuständige kantonale Behörde entscheidet nach freiem Ermessen über eine Sanktionierung nach Artikel 9 EntsG.

Bei Verletzung der Dokumentationspflicht nach Artikel 1a Absatz 2 EntsG kann zusätzlich zur Anordnung eines Arbeitsunterbruchs nach Artikel 1b Absatz 2 EntsG eine Verwaltungsanktion nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder b EntsG verfügt werden.

Bei Verstoss gegen die Dokumentationspflicht kann nicht gleichzeitig eine Sanktion nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG und eine Dienstleistungssperre nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b i.V.m. Artikel 12 Absatz 1 EntsG verfügt werden.

Die paritätischen Kommissionen übermitteln der für die Sanktionierung zuständigen kantonalen Behörde bei Verletzung der Dokumentations- oder Auskunftspflicht den Kontrollbericht, in dem der Verstoss gegen die Dokumentations- oder Auskunftspflicht festgehalten wird.

9 Sanktionierung bei festgestellter Scheinselbständigkeit

9.1 Scheinselbständigkeit festgestellt und ausländischer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt

9.1.1 Verstoss gegen Meldevorschriften

Bei einem ausländischen Dienstleistungserbringer, der sich als selbständig Erwerbstätiger gemäss Artikel 9 Absatz 1^{bis} VEP gemeldet hat, wird Scheinselbständigkeit und ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis mit einem ausländischen Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) festgestellt. Der ausländische Arbeitgeber hat folglich gegen die in Artikel 6 EntsG verankerte Meldepflicht verstossen und *kann von der zuständigen kantonalen Behörde gemäss Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG sanktioniert werden. Die Meldung ist durch den ausländischen Arbeitgeber nachzuholen.*

9.1.2 Verstoss gegen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Wurde bei einem ausländischen Dienstleistungserbringer Scheinselbständigkeit festgestellt, ein ausländischer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt und wurde gleichzeitig

- a) in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (ave GAV) die orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterschritten oder
- b) in Branchen mit ave GAV die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterschritten,

kann mit dem ausländischen Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) im Fall von a) ein *Verständigungsverfahren gemäss Artikel 360b Absatz 3 OR* durch die zuständige tripartite Kommission durchgeführt werden und im Fall von b) durch die zuständige kantonale Behörde je nach Schwere des Verstosses eine *Sanktion gemäss Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a (Busse) oder b (Dienstleistungssperre) EntsG* ausgesprochen werden und durch die zuständige Paritätische Kommission eine *Konventionalstrafe in Anwendung von Artikel 2 Absatz 2^{quater} EntsG* verhängt werden.

9.2 Scheinselbständigkeit festgestellt und ein Schweizer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt

9.2.1 Verstoss gegen Meldevorschriften

Wurde bei einem ausländischen Dienstleistungserbringer Scheinselbständigkeit festgestellt und ein Schweizer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt, liegt keine Entsendung im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 EntsG vor. In solchen Fällen ist von einem Stellenantritt bei einem Schweizer Arbeitgeber auszugehen und es liegt bei einem Stellenantritt bis zu drei Mo-

naten ein Verstoss gegen die Meldepflicht in Artikel 9 Absatz 1^{bis} VEP vor. *Die zuständige Behörde kann im Rahmen eines Strafverfahrens nach Artikel. 32a VEP sanktionieren. Diese Vorgehensweise ist im Lichte der Verhältnismässigkeit zu prüfen. Die Meldung ist durch den Schweizer Arbeitgeber nachzuholen.*

9.2.2 Verstoss gegen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Wurde bei einem ausländischen Dienstleistungserbringer Scheinselbständigkeit festgestellt und ein Schweizer Arbeitgeber (bzw. Vertragspartner) ermittelt und wurden gleichzeitig

- a) in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (ave GAV) die orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterschritten oder
- b) in Branchen mit ave GAV die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterschritten oder gegen sonstige Bestimmungen des betreffenden ave GAV verstossen,

kann mit dem Schweizer Arbeitgeber im Fall von a) ein *Verständigungsverfahren gemäss Artikel 360b Absatz 3 OR* durch die zuständige tripartite Kommission durchgeführt werden und im Fall von b) durch die zuständige Paritätische Kommission eine *Konventionalstrafe auf Grund einer Verletzung des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages verhängt werden.*

IV. Fälle aus der Praxis

10 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder vergleichbare sonstige Gesellschaftsformen

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt es sich um eine Personengesellschaft, d.h. um einen Zusammenschluss von mindestens zwei Gesellschaftern, die sich durch einen mündlichen oder schriftlichen Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Die Gesellschafter sind zur Leistung von Beiträgen verpflichtet. Die Beiträge können z.B. bestehen in Geldmitteln, im Zur-Verfügung-Stellen von Personal, Geräten, usw. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet grundsätzlich sowohl das Gesellschaftsvermögen als auch das Privatvermögen jedes Gesellschafters.

Auch wenn die Voraussetzungen für eine GbR vorliegen, kann bei einzelnen Gesellschaftern gleichzeitig ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis mit der GbR bzw. mit dem Kopf der GbR vorliegen, z.B. wenn die Art und Weise der Beschäftigung einer typischen Arbeitnehmertätigkeit entspricht oder die Person an feste Arbeitszeiten gebunden ist.

Erfolgt der Zusammenschluss zu einer GbR, um Aufträge gegenüber einem Vertragspartner zu erfüllen, besteht die Möglichkeit, dass die vermeintlichen Gesellschafter als Arbeitnehmer des Vertragspartners zu qualifizieren sind. Ob dies der Fall ist, ist gemäss den Kriterien unter Ziff. 6 zu prüfen.

Daraus folgt, dass bei einem Gesellschafter einer GbR jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, ob er selbständig ist. Die Annahme, wonach jeweils nur bei einem der Gesellschafter der GbR von einer Selbständigkeit auszugehen ist, ist folglich nicht zulässig.

11 Zusammenschluss von mehreren Personen, um als Gesellschaft aufzutreten

Weiter treten Fälle auf, in denen sich mehrere Personen zusammenschliessen und als Gesellschaft auftreten, ohne dass die Voraussetzungen für eine GbR oder eine andere Gesellschaftsform erfüllt sind. Faktisch stehen diese Personen jedoch unter der Leitung eines einzelnen "Gesellschafters" und agieren nicht selbständig. Meist hat einer der "Gesellschafter" den Auftrag akquiriert, hat selber offeriert und das Material organisiert. In diesen Fällen ist gemäss den unter Ziff. 10 aufgeführten Kriterien zu prüfen, ob tatsächlich eine Gesellschafterstellung vorliegt.

Falls die Selbständigkeit eines Gesellschafters feststeht und die Analyse der tatsächlichen Arbeitssituation zum Schluss gelangt, dass zwischen dem Kopf der Gruppe und den weiteren an diesem Zusammenschluss beteiligten Personen ein Subordinationsverhältnis vorliegt, gelten diese als entsandte Arbeitnehmer. Ist die Konstellation des Zusammenschlusses einmalig bzw. arbeitet die Gruppe nicht immer in dieser Konstellation, ist davon auszugehen, dass der Kopf der "Gesellschaft" als Arbeitgeber der übrigen Personen zu betrachten ist.

12 Subunternehmer

Subunternehmer erbringen aufgrund eines Vertrags im Auftrag eines anderen Unternehmens einen Teil oder die gesamte vom Hauptunternehmen gegenüber dessen Vertragspartner geschuldete Leistung. In der Praxis werden oftmals Subunternehmer mit Arbeiten beauftragt, beispielsweise zur Montage oder wenn der Hauptunternehmer überlastet ist. Ob eine Selbständigkeit des Subunternehmers vorliegt, muss durch Analyse des Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Unternehmen, welches ihm den Auftrag zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat, ermittelt werden. Massgebend ist also jeweils das direkte Verhältnis zwischen dem Subunternehmer und seinem direkten Vertragspartner, so auch in Subunternehmerketten (bspw. Subunternehmer - Subsubunternehmer).

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 Vertragspartner für allfällige Schäden oder Mängel haftet, handelt es sich in der Regel um einen echten selbständigen Subunternehmer.

Ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Subunternehmer und seinem direkten Vertragspartner dadurch gekennzeichnet, dass dieser Vertragspartner die Arbeit des Subunternehmers nach Anzahl geleisteter Arbeitsstunden bezahlt, dieser keine Offerte erstellt hat, der Vertragspartner Werkzeug und Material zur Erfüllung der Arbeiten bereitstellt sowie den Transport (Auto, Benzin) finanziert, handelt es sich in der Regel um einen scheinselfständigen Subunternehmer.

13 Verbotener Personalverleih vom Ausland in die Schweiz

Mit Inkrafttreten des FZA ist auch die Dienstleistungserbringung von einem ausländischen Dienstleistungserbringer in die Schweiz erleichtert worden (Artikel 5 des Abkommens i.V. mit Artikel 17 Anhang I FZA). Die Dienstleistung der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs wurde jedoch von dieser Erleichterung mit Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe i von Anhang I FZA explizit ausgenommen. Deshalb dürfen sich Vermittlungs- und Verleihbetriebe aus der EU/EFTA grundsätzlich in der Schweiz nicht frei betätigen.

In der Praxis können u.a. die nachfolgend aufgeführten Fälle des verbotenen Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz angetroffen werden. Werden solche Fälle im Rahmen der Kontrolltätigkeit der Kontrollorgane des EntsG festgestellt, ist die zuständige kantonale Behörde über die Feststellungen zu informieren. Weitere Fälle des verbotenen Verleihs / der verbotenen Vermittlung können der Weisung des SECO vom 6. Juli 2005 entnommen werden.¹³

13.1 Direkter Personalverleih vom Ausland in die Schweiz

Ein ausländischer Personalverleiher verleiht Arbeitskräfte an ein schweizerisches Unternehmen. Der Schweizer Unternehmer führt anschliessend mit Mitarbeitern des ausländischen Verleihers und eigenen Mitarbeitern in der Schweiz einen Auftrag aus. Der Personalverleih

¹³ Vgl. auch Weisung des SECO vom 6. Juli 2005 betreffend Verbotene(r) grenzüberschreitende(r) Vermittlung/Verleih; http://www.treffpunkt-arbeit.ch/downloads/private_arbeitsvermittler/

vom Ausland in die Schweiz ist nicht erlaubt, er verstösst gegen Artikel 12 Absatz 2 AVG¹⁴. Allenfalls macht sich der Schweizerische Unternehmer im Sinne von Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe a AVG strafbar, wenn ihm nachzuweisen ist, dass er gewusst hat, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz verboten ist und er somit als Arbeitgeber die Dienste eines Verleihers beansprucht hat, der die erforderliche Bewilligung gar nicht besitzen konnte (Strafandrohung: Busse bis 40'000 Franken). Es gilt jedoch zu beachten, dass der konzerninterne Verleih erlaubt ist (vgl. Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b EntsG).

13.2 Indirekter Personalverleih vom Ausland in die Schweiz

Ein ausländisches Unternehmen erledigt einen Auftrag in der Schweiz. Es hat jedoch nicht genügend eigene Arbeitskräfte, um den Auftrag fristgerecht zu erledigen. Nun entleiht es einem ausländischen Verleiher die fehlenden Arbeitskräfte und erledigt den Auftrag mit eigenen Mitarbeitern und entliehenen Mitarbeitern in der Schweiz. Das FZA erlaubt jedoch nur die Dienstleistungserbringung mittels eigenen Arbeitnehmenden. Zu beachten ist, dass der indirekte Personalverleih erlaubt ist, wenn der ausländische Unternehmer zur Erledigung des Auftrags Arbeitskräfte eines schweizerischen Personalverleihers entleiht. Der ausländische Unternehmer begeht eine Falschmeldung, indem er einen fremden Arbeitnehmer als eigenen Arbeitnehmer gemeldet hat. Gegen ihn kann nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG eine Verwaltungssanktion, die eine Belastung durch einen Betrag bis 5'000 Franken vorsieht, ausgesprochen werden.

¹⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih; SR **823.11**.

Anhang I: Musterfragebogen zur Überprüfung der Selbständigkeit

Sehr geehrte

Gemäss Artikel 1a des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1999 (EntsG; SR 823.20) über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhnen sind Sie verpflichtet, auf Verlangen den Nachweis Ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit zu erbringen.

Wir bitten Sie, dazu den Fragebogen vollständig auszufüllen und uns die erwähnten Unterlagen bis spätestens zuzustellen. Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach Schweizer Recht beurteilt wird.

Im Falle ausbleibender oder falscher Angaben können Ihnen Sanktionen wegen Verletzung der Auskunftspflicht auferlegt werden.

1. Welche Arten von Tätigkeiten führen Sie in der Schweiz aus?

.....
.....

2. Welchen Beruf haben Sie erlernt?

.....

3. Seit wann sind Sie als Selbständigerwerbender tätig?.....

4. Sind Sie Mitglied eines Berufs- oder Fachverbands (z.B. Handwerkskammer)?

ja (*Kopie Ihrer Mitgliederbestätigung beilegen*) nein

5. Haben Sie Ihr Gewerbe angemeldet?

ja (*Kopie Ihres Gewerbescheins beilegen*) nein

6. Sind Sie oder Ihre Firma im Handelsregister eingetragen?

ja (*Kopie des Handelsregisterauszugs beilegen*) nein

7. Sind Sie als Selbständigerwerbender bei den Sozialversicherungen angemeldet?

ja (*Kopie beilegen*) nein

8. Gibt es schriftliche Verträge mit Ihren schweizerischen oder ausländischen Auftraggebern?

ja (*Kopie beilegen*) nein

9. Wie viele Auftraggeber / Werkvertragspartner haben Sie pro Jahr ungefähr?

.....

10. Haben Sie einen Hauptauftraggeber / Werkvertragspartner?

ja

nein

Falls ja, geben Sie bitte Name und Adresse an:

.....

Wie oft arbeiten Sie für diesen?

11. Wie äussert sich aus Ihrer Sicht hauptsächlich Ihr unternehmerisches Risiko?
(Zutreffendes bitte ankreuzen)

Tätigen von wesentlichen Investitionen

Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos (Zahlungsausfallsrisiko)

Tragen des Verlustrisikos

Tragen der Betriebskosten

12. Können Sie Ihre Arbeitsorganisation (z.B. Arbeitsablauf, Arbeitszeiten, Ausführung der Arbeiten) selber bestimmen?

ja

nein

Falls ja, inwiefern?

.....

13. Sind Sie an irgendwelche Weisungen des Auftraggebers / Werkvertragspartners gebunden bezüglich Arbeitszeit, Organisation und Durchführung Ihrer Arbeit?

ja

nein

Falls ja, inwiefern?

.....

14. Haben Sie Anspruch auf bezahlte Ferien, Lohn bei Krankheit, Vergütung von Spesen oder Unkosten?

ja

nein

Falls ja, inwiefern?

.....

15. Wer stellt Ihnen das Material, Maschinen und Werkzeug für Ihre Arbeit zur Verfügung?

ich selbst

meine Firma

die Firma.....

16. Ist das Fahrzeug, mit dem Sie zur Arbeit fahren, beschriftet?

ja nein

Falls ja, Beschriftung angeben:.....

17. Gehört das Fahrzeug Ihnen?

ja (wenn ja, Kopie Fahrzeugausweis beilegen) nein

18. Haben Sie eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen?

ja (Kopie Versicherungspolice beilegen) nein

19. Rechnen Sie Mehrwertsteuer bzw. Umsatzsteuer ab?

ja nein

Falls ja, Nummer angeben und Kopie der Mehrwertsteuer- bzw. Umsatzsteuerrechnung beilegen:.....

Falls nein, Kopie der Freistellungsbescheinigung beilegen.

20. Verfügen Sie oder Ihr Unternehmen über eigene Betriebs-/ Geschäftsräumlichkeiten?

ja nein

Falls ja, welche?.....

21. Beschäftigen Sie eigenes Personal?

ja, wie viele Personen?..... nein

Wenn ja, seit wann?.....

22. Wann und bei wem waren Sie zuletzt als Arbeitnehmer tätig (Zeitraum der vergangenen 12 Monate)?

Name und Adresse des Arbeitgebers angeben:

.....
.....
.....

23. An welchen Daten haben Sie den zu überprüfenden Arbeitseinsatz in der Schweiz ausgeführt?

Genaue Anzahl Arbeitstage angeben:.....

24. Wie viele Stunden haben Sie für den zu überprüfenden Arbeitseinsatz in der Schweiz insgesamt gearbeitet?

Genaue Anzahl Arbeitsstunden angeben:.....

25. Stellen Sie für den zu überprüfenden Arbeitseinsatz Rechnung?

ja (*Kopie der Schlussabrechnung beilegen*)

nein

Bemerkungen:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Datum: Unterschrift:

Anhang II: Musterkontrollblatt zur Überprüfung der Selbständigkeit am Einsatzort

Name, VornameGeburtsdatum

Adresse

Branche

Datum

Einsatzort

Wer hat sie angemeldet? ich selbst Auftraggeber

Haben Sie Ihr Gewerbe angemeldet (z.B. bei zuständigen Behörden, Handwerkskammer, Handelsregister)

ja nein

Welche Tätigkeit führen Sie genau aus?

.....

Welchen Beruf haben Sie erlernt?

.....

Wer gibt Ihnen Anweisungen für Ihre Arbeit? Erhalten Sie konkrete Anweisungen? Wer bestimmt den Umfang Ihrer Arbeit?

.....

Wer bestimmt Ihre Arbeitszeiten (Beginn, Freizeit, etc.)?

.....

Wie viele Stunden arbeiten Sie für diesen Auftrag pro Tag?

.....

Wie viele Einsatztage leisten Sie für diesen Auftrag?

.....

Arbeiten sie mit weiteren Selbständigen oder anderen Personen für diesen Auftrag?

ja nein

Wenn ja, mit wem?.....

Wie/durch wen sind Sie an diesen Auftrag gekommen?

Wer stellt das Material für Ihre Arbeit zur Verfügung?

Wer stellt das Werkzeug für Ihre Arbeit zur Verfügung?

Wie sind Sie angereist? eigenes Fahrzeug Fahrzeug von:

Wer hat die Unterkunft organisiert und bezahlt diese?

Wohnen Sie mit anderen Selbständigen zusammen?

Stellen Sie selber Rechnung? ja nein

Wem stellen Sie Rechnung?

Bauherr Auftraggeber anderem Selbständigen

.....

Wie erhalten Sie Ihr Honorar für Ihre Arbeit?

pro Stunde pauschal

War einer Ihrer heutigen Auftraggeber einmal Ihr früherer Arbeitgeber?

ja nein

Wenn ja, wer?

Wie äussert sich aus Ihrer Sicht hauptsächlich Ihr unternehmerisches Risiko?

Tätigen von wesentlichen Investitionen

Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos

Tragen des Verlustrisikos

Tragen der Betriebskosten

Sind sie als Subunternehmer tätig? ja nein

Wenn ja, für welche Unternehmung?

.....

Anhang III: Kurzanleitung - Kommentierte Fragen und Hinweise für die Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit

Diese Kurzanleitung dient der Auswertung der Fragebogen in Anhang I und Anhang II.

Um eine selbständige von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit abgrenzen zu können, sind hauptsächlich vier zentrale Abgrenzungselemente zu verwenden. Es sind dies die folgenden: (vgl. Ziff. 6.1 der Weisung zum "Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern"):

- **Welche Freiheit und Selbständigkeit besteht bei der praktischen Gestaltung des Arbeitsablaufs in zeitlicher und sachlicher Hinsicht?**
 - *Je freier und selbständiger eine Person in der Gestaltung des Arbeitsablaufs ist (wann, wie und wo zu arbeiten ist), desto mehr spricht dies für eine selbständige Erwerbstätigkeit.*
- **Wie stark ist eine Person in eine fremde Betriebsorganisation eingebunden?**
 - *Je weniger eine Person in einen Betrieb eingebunden ist (Einbindung, wenn betriebliche Einrichtungen, Räumlichkeiten, Geräte, etc. benutzt werden), desto mehr spricht dies für eine selbständige Erwerbstätigkeit.*
- **Wie weit wird eine Person in ihrem Tun kontrolliert und muss dafür Weisungen entgegennehmen?**
 - *Je weniger eine Person gegenüber einem Betrieb oder einem Vorgesetzten Rechenschaft über seine Tätigkeit, die Zeit- und Mittelverwendung, etc. ablegen muss und je weniger sie sich unterordnen muss, desto mehr spricht dies für eine selbständige Erwerbstätigkeit.*
- **Wie stark ist eine Person selber verantwortlich für Ihr Tun und trägt dafür auf das unternehmerische Risiko?**
 - *Je mehr eine Person für ihr Tun verantwortlich ist (Haftung gegenüber Kunden, Verantwortung für das Einholen von Aufträgen/Werkverträgen, Ausführen von Aufträgen/Werkverträgen im eigenen Namen, etc.), umso mehr spricht dies für eine selbständige Erwerbstätigkeit.*

Die folgenden kommentierten Fragen, welche im Rahmen einer Kontrolle (vor Ort oder schriftlich unter Verwendung eines Fragebogens) zu stellen sind, geben auf die vier aufgeführten zentralen Fragen Antwort und ermöglichen damit die Ermittlung des Status einer Person, welche sich als selbständiger Dienstleistungserbringer für die Ausführung von Arbeiten in der Schweiz gemeldet hat.

In der Tabelle ist vermerkt, ob die Beantwortung der Fragen im Rahmen einer Kontrolle vor Ort (👁) und/oder schriftlich (✉) durch das Ausfüllen eines Fragebogens zu substantielleren Hinweisen für die Beurteilung des Status führt. Die jeweiligen Fragen finden Niederschlag in den Anhängen I und II der Weisung zum "Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern".

Frage	👁	✉	Bemerkungen
Wer hat Sie angemeldet?	x		Wurden zahlreiche selbständige Dienstleistungserbringer vom gleichen Auftraggeber/Werkvertragspartner für das gleiche Projekt gemeldet und weisen die Meldungen die gleiche Kontaktadresse auf, kann dies ein Hinweis auf Scheinselbständigkeit sein.
Wer gibt Ihnen Anweisungen für Ihre Arbeit? *	x		Arbeitet ein Betrieb für gewisse Arbeiten, die er koordiniert, nur mit Selbständigen und erteilt diesen Weisungen, ist dies ein starker Hinweis auf Scheinselbständigkeit.
Wer bestimmt Ihre Arbeitszeiten (Beginn, Freizeit, etc.) und wie sind diese ausgestaltet? *	x		Gibt eine Drittperson oder Angestellter des Vertragspartners der kontrollierten Person die Arbeitszeiten vor, ist dies ein starker Hinweis auf Scheinselbständigkeit.
Arbeiten Sie mit weiteren Selbständigen oder anderen Personen für diesen Auftrag/Werkvertrag? *	x		Führen zahlreiche Personen zusammen die gleiche Arbeit für das gleiche Projekt aus und lassen sich diese Arbeiten eigentlich nicht aufteilen, ist dies ein starker Hinweis auf Scheinselbständigkeit.
Wie/durch wen sind Sie an diesem Auftrag/Werkvertrag gekommen?	x	x	Arbeitet eine Person ausschliesslich für den gleichen Vertragspartner, welcher vor der Selbständigkeit ihr Arbeitgeber war oder werden Aufträge/Werkverträge nie selber akquiriert, kann dies ein Hinweis auf Scheinselbständigkeit sein.
Wer stellt Ihnen das Material, Maschinen und Werkzeug für Ihre Arbeit zur Verfügung?	x		Ist es der Vertragspartner, der Material, Werkzeug und Maschinen für die Ausführung des Auftrags/Werkvertrags bereitstellt und verfügt folglich die als selbständiger Dienstleistungserbringer gemeldete Person selber nur über wenig eigenes Werkzeug und trägt kein wirtschaftliches Risiko, weil das Arbeitsmaterial nicht auf eigene Rechnung gekauft wurde, ist dies ein starker Hinweis auf Scheinselbständigkeit.

Wie sind Sie angereist? Wer hat die Unterkunft organisiert und bezahlt diese? Wohnen Sie dort mit anderen Selbständigen zusammen?	x	x	Wurden Anreise und Unterkunft vom Vertragspartner der kontrollierten Person organisiert und bezahlt, kann dies ein Hinweis auf Scheinselbständigkeit sein. Hier empfiehlt es sich, erst dann Unterlagen/Belege einzufordern, wenn die kontrollierte Person vor Ort mitgeteilt hat, dass ihr Vertragspartner organisiert und bezahlt.
Stellen Sie selber Rechnung? Werden Sie im Stundenlohn bezahlt?	x	x	Gleicht die Bezahlung einem Stundenlohn (z.B. Akkordlohn für Anzahl m ² verlegte Platten), ist dies ein Hinweis auf Scheinselbständigkeit. Um Klarheit zu erhalten, ist es sinnvoll, Unterlagen schriftlich anzufordern und zu prüfen. Stellt ein Subunternehmer einem Generalunternehmen Rechnung und nicht direkt dem Besteller, weil dieser eine Gesamtrechnung vom Generalunternehmer für ein Bauwerk erhält, gibt die Tatsache, dass nicht direkt dem Besteller Rechnung gestellt wird, keinen Hinweis auf Scheinselbständigkeit.
Sind Sie als Subunternehmer tätig?	x		Subunternehmerkonstellationen zu analysieren ist relevant, um bei einer festgestellten Scheinselbständigkeit anschliessend den Arbeitgeber zu ermitteln. Deshalb ist es sinnvoll, so viele Informationen wie möglich über die Auftrags-/Werkvertragsweitervergabe zu erhalten.
Seit wann sind Sie als Selbständigerwerbender tätig?	x	x	Antwort auf die Frage nur als Hinweis auf den Status einer Person von Nutzen, wenn der selbständige Dienstleistungserbringer erst seit kurzer Zeit selbständig ist.
Sind Sie Mitglied eines Berufs- oder Fachverbands (z.B. Handwerkskammer)? Haben Sie Ihr Gewerbe angemeldet? Sind Sie oder Ihre Firma im Handelsregister eingetragen? Sind Sie als Selbständiger bei den Sozialversicherungen angemeldet?	x	x	Antwort liefert nur dann einen Hinweis auf Scheinselbständigkeit, wenn der selbständige Dienstleistungserbringer erst seit kurzer Zeit selbständig ist bzw. nicht angemeldet/nicht eingetragen/nicht angemeldet ist.
Ist das Fahrzeug, mit dem Sie zur Arbeit fahren, beschriftet? Haben Sie eine Versicherung für das Fahrzeug abgeschlossen?	x	x	Tritt eine Person nicht als selbständig erwerbstätig gegen aussen auf und repräsentiert den Firmennamen, kann dies ein Hinweis auf Scheinselbständigkeit sein. Der Abschluss einer Fahrzeugversicherung lautend auf die Firma/auf die selbständig erwerbstätige Person kann ein Hinweis auf

			echte Selbständigkeit sein.
Gibt es schriftliche Verträge mit Ihren Vertragspartnern? Was beinhalten diese Verträge?	x	x	Der Vertragsinhalt kann unter Umständen zu allen der hier aufgeführten Fragen Antworten enthalten und ist deshalb ein wichtiges Element bei der Überprüfung der Selbständigkeit.
Haben Sie Anspruch auf bezahlte Ferien, Lohn bei Krankheit, Vergütung von Spesen oder Unkosten?	x	x	Ergibt sich aus Rechnungen und Verträgen, dass der Auftraggeber/Werkvertragspartner der kontrollierten Person Anspruch auf bezahlte Ferien etc. gewährt, ist dies ein starker Hinweis auf Scheinselbständigkeit. Um Klarheit zu erhalten, ist es sinnvoll, Unterlagen schriftlich anzufordern und zu prüfen.

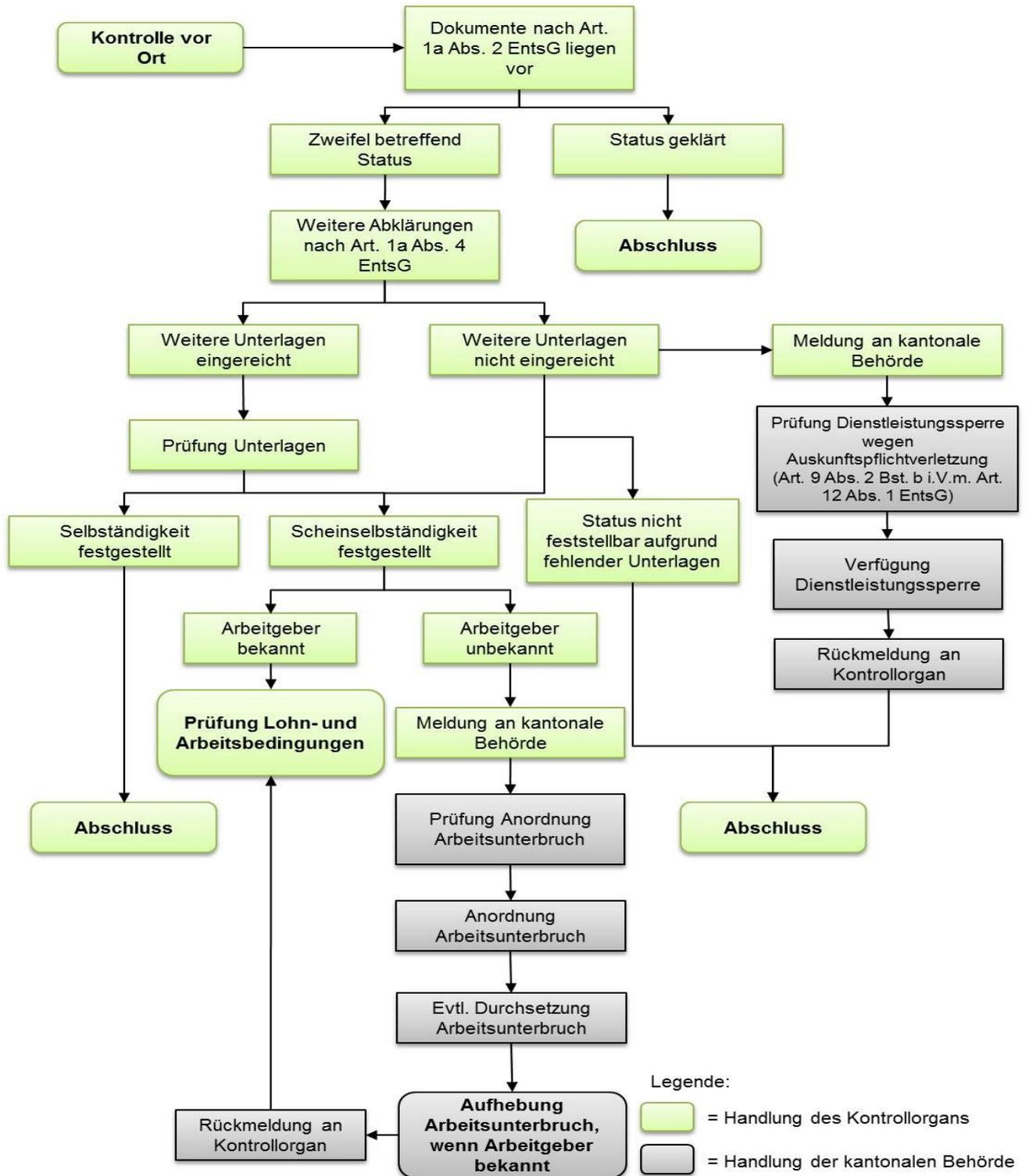
*** Ergeben die Antworten auf die drei gekennzeichneten Fragen bereits klar, dass eine Scheinselbständigkeit vorliegt, sind weitere Informationen über das Vertragsverhältnis (Lohn, etc.) direkt beim Vertragspartner der kontrollierten Person einzuholen. Ist dieses Vorgehen nicht möglich/ nicht erfolgreich, sind die weiteren Fragen an den Scheinselbständigen zu richten.**

Die nachfolgend aufgeführten Fragen sind lediglich dann **ergänzend zu verwenden**, wenn nach Beantwortung der vorangehend aufgeführten Fragen der Status einer Person weiterhin unklar ist

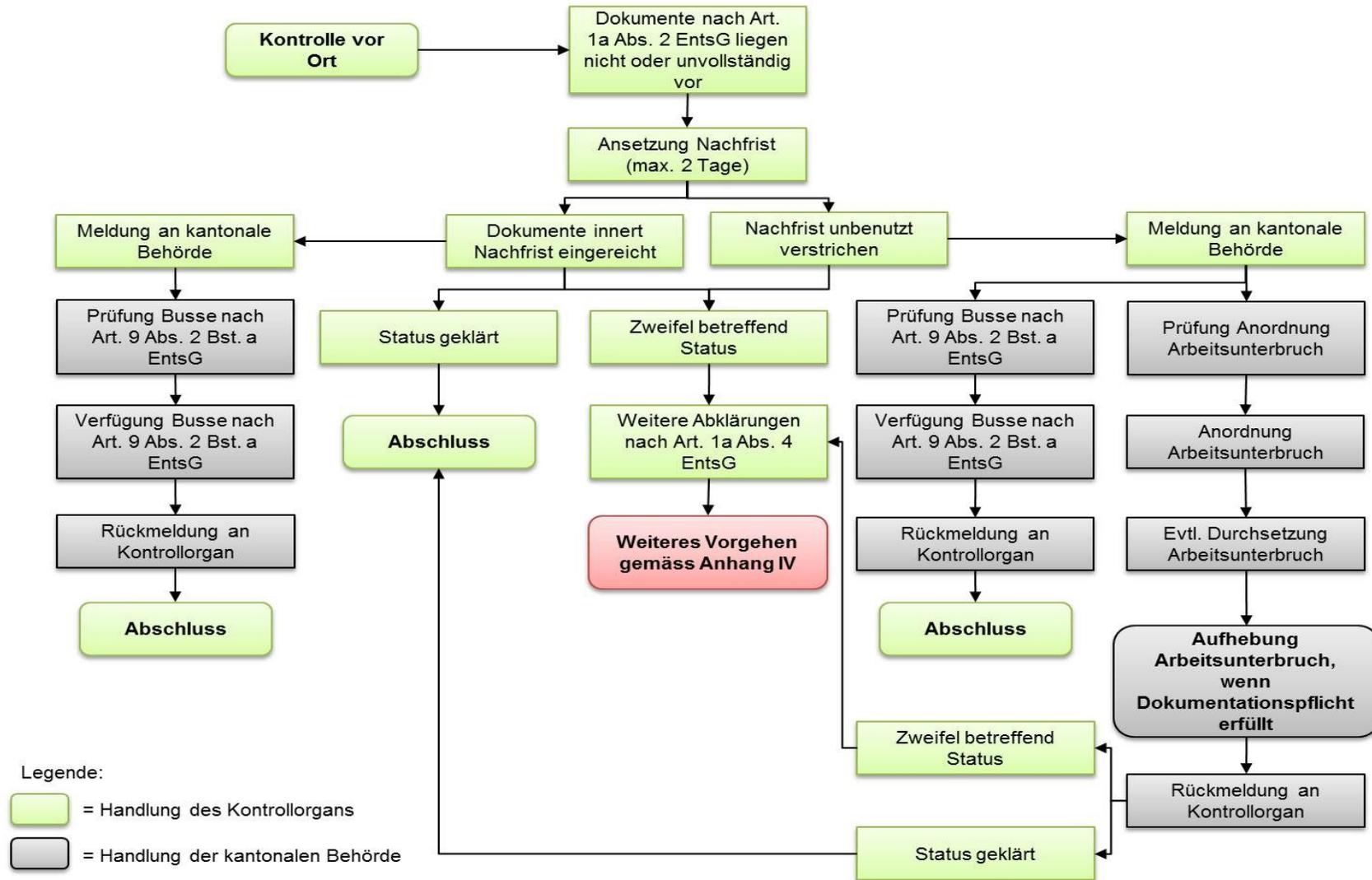
Frage			Bemerkungen
Wie viele Auftraggeber/Werkvertragspartner haben Sie pro Jahr ungefähr?	x	x	Viele Auftraggeber/Werkvertragspartner lassen eher auf eine gewisse Freiheit in der Organisation schliessen, wenige oder nur ein Auftraggeber/Werkvertragspartner lassen eher auf eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation schliessen. Aus dieser Antwort können nur im Extremfall (1 oder zahlreiche Auftraggeber/Werkvertragspartner) Schlüsse gezogen werden.
Haben Sie einen Hauptauftraggeber/Werkvertragspartner?	x	x	Nur eine positive Antwort ist von Nutzen für die Bestimmung des Status. Fällt die Antwort negativ aus, liefert dies gar keinen Hinweis. In diesem Fall ist das Kriterium der Arbeitsorganisation zu prüfen.
Haben Sie eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen?		x	Der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung kann ein Hinweis für eine echte Selbständigkeit sein.

Rechnen Sie Mehrwertsteuer bzw. Umsatzsteuer ab?		x	Eine negative Antwort kann ein schwacher Hinweis auf eine Scheinselbständigkeit sein, allerdings muss abgeklärt werden, ob überhaupt eine Steuerpflicht besteht.
Verfügen Sie oder Ihr Unternehmen über eigene Betriebs-/Geschäftsräumlichkeiten? Welche?	x		Eine positive Antwort ist ein starker Hinweis auf Selbständigkeit. Eine negative Antwort liefert allerdings nur einen sehr schwachen Hinweis auf eine Scheinselbständigkeit.
Wann und bei wem waren Sie zuletzt als Arbeitnehmer tätig?	x	x	Nur wenn die kontrollierte Person bei ihrem aktuellen Vertragspartner als Arbeitnehmer beschäftigt war, kann dies ein schwacher Hinweis auf eine Scheinselbständigkeit sein.

Anhang IV: Schema Kontrollablauf "Dokumentationspflicht nicht verletzt"



Anhang V: Schema Kontrollablauf "Dokumentationspflicht verletzt"



Anhang VI: Musterkontrollprotokoll

Name des zuständigen Kontrollorgans.....

Angaben zur kontrollierten Person

Name, VornameGeburtsdatum

Adresse

Branche

Datum

Einsatzort

Dokumentationspflicht nach Art. 1a Abs. 2 EntsG:

	vorhanden	nicht vorhanden
Meldebestätigung oder Bewilligung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Formular A1	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Kopie Vertrag/Werkvertrag od. Bestätigung (in Landessprache)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Bemerkungen:.....

Ergebnisse weiterer Abklärungen vor Ort

Selbständigkeit vermutet nein ja

falls Nachfristansetzung nötig:

Erhalt quittiert: ja nein

Ablauf Nachfrist am:

Pflicht zur Vorlage/Abgabe der Dokumente: Ort:

Datum/Zeit:.....

Dokumente innert Nachfrist eingereicht: nein ja

Weiteres Vorgehen:

Abschluss Verfahren Meldung an kant. Behörde

Datum: Unterschrift:

Anhang VII: Musterschreiben Nachfristansetzung nach Art. 1a Abs. 3 EntsG

Name des zuständigen Kontrollorgans:

Dokumentationspflicht für selbständige Dienstleistungserbringer

Personalien der kontrollierten Person

Name:

Vorname:

Branche:

Geburtsdatum:

Nationalität:

Muttersprache:

Sehr geehrte (r).....

Berufen Sie sich auf eine selbständige Erwerbstätigkeit, sind Sie nach Artikel 1a des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20) verpflichtet, diese gegenüber den zuständigen Kontrollorganen auf Verlangen nachzuweisen. Bei einer Kontrolle vor Ort sind Sie verpflichtet, die folgenden drei Dokumente vorzuweisen:

- Kopie der Meldebestätigung (Meldeverfahren nach Art. 6 EntsG) oder Aufenthalts-/Arbeitsbewilligung
- Sozialversicherungsformular A1
- Kopie des Vertrags mit der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber in einer Schweizer Landessprache; wenn kein schriftlicher Vertrag vorhanden ist, eine schriftliche Bestätigung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers in einer Schweizer Landessprache

Anlässlich der Kontrolle vom (*Datum*)..... in (*Ort/Baustelle*)

.....
haben Sie folgende Dokumente der drei verlangten Dokumente vorweisen können:

- Kopie der Meldebestätigung oder Aufenthalts-/Arbeitsbewilligung
- Sozialversicherungsformular A1
- Kopie des Vertrags oder Auftragsbestätigung; Sprache:

Die nicht angekreuzten Dokumente konnten Sie nicht vorweisen. Wir fordern Sie deshalb auf, **die fehlenden Dokumente oder gleichwertige Dokumente wie folgt nachzureichen:**

- bis spätestens am** (*Datum und Zeit Ablauf Nachfrist; max. 2 Tage*)
..... per E-Mail an _____@____.____ oder per Fax Nr. +41
____ _
- bis spätestens am** (*Datum Ablauf Nachfrist; max. 2 Tage*)
..... der schweizerischen Post zu übergeben und per Ein-

schreiben oder A-Post an folgende Adresse zu schicken:

.....
.....

am (Datum; max. nach 2 Arbeitstagen).....um.....Uhr in
(Ort/Baustelle) dem Inspektor oder
der Inspektorin zu übergeben.

Reichen Sie die fehlenden Dokumente oder gleichwertige Dokumente innert der angesetzten Frist und auf die angeordnete Weise nicht nach, kann die zuständige Behörde gegen Sie einen sofortigen Arbeitsunterbruch anordnen und veranlassen, dass Sie den Arbeitsplatz verlassen (Art. 1b EntsG).

Ort:

Datum:

Zeit:

Unterschrift Inspektor/in:

.....

Empfang dieses Schreibens bestätigt:

Unterschrift kontrollierte Person:

Verteiler:

- Originale an:
- Kontrollierte Person
 - Zuständiges Kontrollorgan
 - Zuständige kantonale Behörde