

"Scheinselbständigkeit"

Die Krux mit den vermeintlich selbständigen Dienstleistern

Vermeintlich Selbständige Dienstleister (z.B. freie Mitarbeiter, Freelancer, (Sub-)Unternehmer) sind in Tat und Wahrheit oft sogenannte "Scheinselbständige". Als Folge davon führt die eigentliche Arbeitgeberin keine Sozialversicherungsbeiträge ab und es besteht die Gefahr, dass Scheinselbständige nicht vom Sozialschutz für Arbeitnehmer erfasst werden. Wird die Scheinselbständigkeit enttarnt, drohen der Arbeitgeberin verschiedene – zum Teil rückwirkende – Pflichten. Wann aber liegt eine Scheinselbständigkeit vor und was sind die rechtlichen Konsequenzen daraus?

Wann liegt ein Arbeitsverhältnis bzw. Scheinselbständigkeit vor?

In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen den beiden Beschäftigungsarten aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen wichtig. Deshalb muss im Einzelfall anhand der wirtschaftlichen Verhältnisse geprüft werden, ob ein Dienstleister tatsächlich selbständig erwerbstätig ist oder ob nicht ein *Arbeitsverhältnis* mit allen damit einhergehenden Rechten und Pflichten vorliegt.

Verschiedene Abgrenzungskriterien können Aufschluss darüber liefern, ob ein Dienstleister als unselbständiger Arbeitnehmer und sein Vertragspartner somit als Arbeitgeberin einzustufen ist. Als Orientierungshilfe kann die Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) "Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern" vom 1. Juli 2015 herangezogen werden. Laut dem SECO sprechen die folgenden Kriterien für ein Arbeitsverhältnis:

- Der Dienstleister schuldet nicht ein Arbeitsergebnis oder einen Erfolg, sondern eher eine Arbeitsleistung auf Zeit;
- Der Dienstleister wird in die Arbeitsorganisation des Vertragspartners integriert;
- Der Dienstleister ist an die Weisungen des Vertragspartners gebunden, d.h. er ist nicht eigenverantwortlich tätig;
- Der Dienstleister kann sich nicht frei unternehmerisch auf dem Markt bewegen und z.B. nicht selbst Verträge abschliessen;
- Der Dienstleister ist regelmässig und im Wesentlichen nur für einen (Haupt-)Vertragspartner tätig (und dadurch von ihm wirtschaftlich abhängig);
- Der Dienstleister wird nicht pauschal, sondern nach Stunden bezahlt;

- Der Dienstleister ist dem Vertragspartner untergeordnet, d.h. er muss nicht nur Rechenschaft ablegen, sondern der Vertragspartner darf die Leistung kontrollieren und bestimmen;
- Der Dienstleister trägt kein unternehmerisches Risiko;
- Der Dienstleister weist ein Schutzbedürfnis auf.

Diese Kriterien liefern nur Anhaltspunkte dafür, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Entscheidend ist, ob ein Dienstleister von einem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig ist. Je grösser die Abhängigkeit des Dienstleisters vom Vertragspartner ist, desto eher wird eine unselbständige Tätigkeit bzw. Scheinselbständigkeit angenommen. Generell muss die Abhängigkeit vom Vertragspartner dabei derart intensiv sein, dass sich eine Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutznormen rechtfertigt. Wichtig: Massgebend ist nicht die Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses durch die Parteien, sondern die tatsächlich gelebte Zusammenarbeit.

Rechtliche Konsequenzen

Nach verbreiteter Rechtsauffassung sollen auf Scheinselbständige – je nach Einzelfall – einzelne arbeitsrechtliche Schutznormen (z.B. Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Ferien, Arbeitszeugnis, erleichterter Haftungsmassstab) analog zur Anwendung kommen können. Für die "Arbeitgeberin" besteht daher das Risiko, dass sie mit substantiellen finanziellen Forderungen eines Scheinselbständigen konfrontiert wird, die sie nicht budgetiert oder versichert hat.

Sofern sich ein Scheinselbständiger bei den Sozialversicherungen angemeldet hat, tritt er als Selbständiger auf und bezahlt immerhin seine Sozialversicherungsbeiträge selbst. Wird die Scheinselbständigkeit von den Behörden z.B. im Rahmen einer Lohnbuchkontrolle jedoch erkannt und der Scheinselbständige als unselbständiger Arbeitnehmer qualifiziert, können die fehlenden AHV- und IV-Arbeitgeberbeiträge für bis zu fünf zurückliegende Jahre von der eigentlichen Arbeitgeberin nacherhoben werden. Auch die Unfallversicherungsbeiträge müssen nachbezahlt werden und es können Strafprämien anfallen. Ausserdem muss der Mitarbeiter der beruflichen Vorsorgeeinrichtung (Pensionskasse) angeschlossen werden, sofern er nicht bereits selbständig angemeldet ist.

Ist ein Scheinselbständiger nicht bei den Sozialversicherungen angemeldet, kann sowohl der Scheinselbständige als auch die eigentliche Arbeitgeberin überdies für den Verstoss gegen die Strafbestimmungen zur Schwarzarbeit belangt werden. Noch schwerwiegender sind diesfalls die rechtlichen Konsequenzen, wenn es sich beim Scheinselbständigen um einen ausländischen Dienstleistungserbringer handelt. Aus diesen Gründen empfiehlt es

sich für Unternehmen, welche Rechtsverhältnisse unklarer Beschäftigungsart haben, diese zu verifizieren und die Unklarheiten gegebenenfalls zu beheben.



Anela Lucic, Advokatin

alucic@vischer.com

VISCHER AG

Aeschenvorstadt 4 4010 Basel Schweiz Tel +41 58 211 33 00

Schützengasse 1 8021 Zürich Schweiz Tel +41 58 211 34 00

www.vischer.com

Der Herausgeber übernimmt keine Haftung oder Garantie für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit der hier zur Verfügung gestellten Informationen. Copyright © 2017 VISCHER AG; Basel/Zürich. Alle Rechte vorbehalten.