

Scheinselbstständigkeit

Roy Levy, Rechtsanwalt, Probst Partner AG

Lunch and Law


23. November 2017



Definition Scheinselbstständigkeit

Ein Rechtsverhältnis, das von den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis beabsichtigt war, jedoch bei genauer Prüfung die Merkmale eines Arbeitsvertrages erfüllt und von Behörden oder Gerichten im Falle einer Auseinandersetzung als Arbeitsvertrag qualifiziert wird.

Scheinselbstständigkeit



Selbständige
Erwerbstätigkeit

Schein-
selbständigkeit

Unselbständige
Erwerbstätigkeit

Ein paar Zahlen

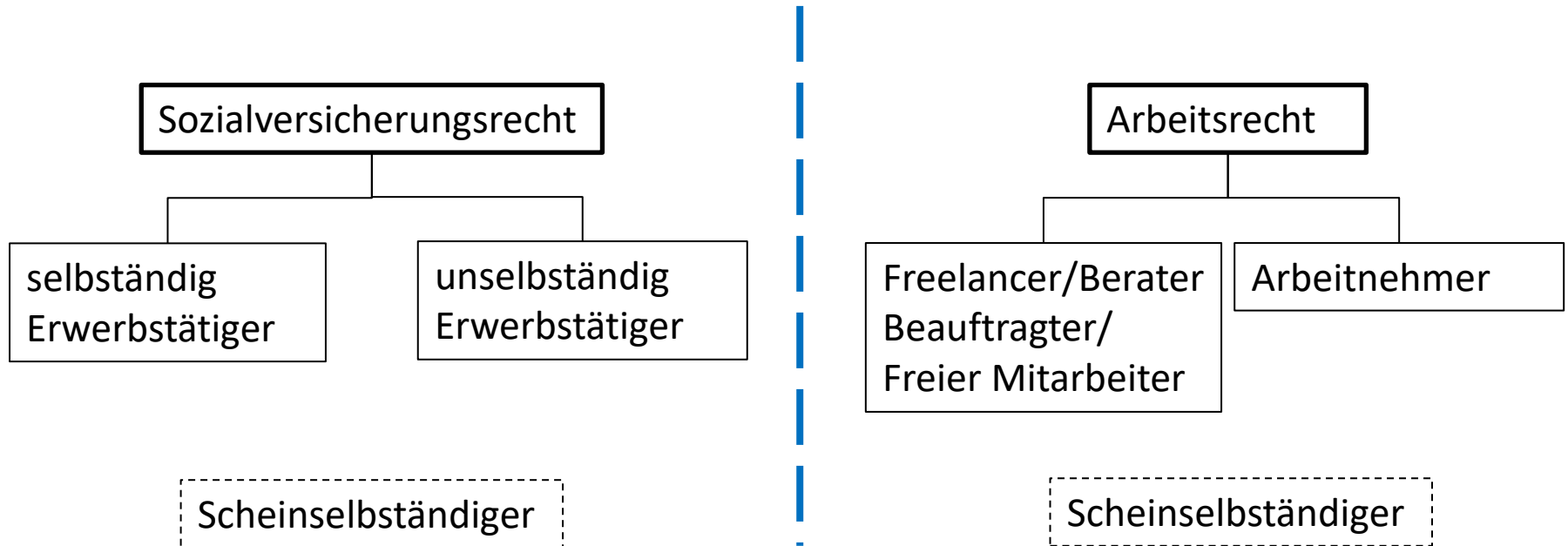
Schweiz:

- 2010: Vermutete Scheinselbständigkeit **15%** bzw. bis **23%** in Branchen mit allg. verbindlich erklärtem GAV (z.B. Baugewerbe, Gastro).

Deutschland:

- Durchschnittlich **9%** Externe in Unternehmen.
- **10 %** der Externen werden bis zu einer Dauer von **zehn Jahren** beauftragt.
- Je grösser das Unternehmen, desto länger ist die Beauftragungsdauer von Externen.
- Volkswirtschaftlicher Schaden für die Sozialversicherungssysteme beträgt vorsichtig geschätzt **jährlich über drei Mrd. Euro**. (Schweiz weniger).
- **82%** der Unternehmen schätzen das mögliche Risiko, mit Sanktionen konfrontiert zu werden, als nicht vorhanden oder höchstens gering ein.
- **4 %** der Unternehmen sehen ein (sehr) hohes Risiko von Scheinselbstständigkeit.

Zwei Rechtsgebiete



ähnlich aber nicht genau gleich

Was sind die Risiken?

Sozialversicherungsrechtlich:

- Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die letzten 5 Jahre (AN und AG Beiträge)

Arbeitsrechtlich:

- Mindestlohn, 13. Monatslohn etc. (ave GAV)
- Ferien- und Feiertagsentschädigung
- Entschädigung für Überstunden / Überzeit
- Lohn während Krankheit/Unfall/Mutterschaft
- Lohn während Kündigungsfrist
- Spesenentschädigung
- Etc.

Ein paar Grundsätze

- Unselbständige Erwerbstätigkeit = Wer von einem Arbeitgeber in **betriebswirtschaftlicher** bzw. **arbeitsorganisatorischer** Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches **Unternehmerrisiko** trägt (BGE 122 V 281).
- Selbständige Erwerbstätigkeit = Alles, was nicht unselbständige Erwerbstätigkeit ist.
- Wirtschaftliche Gegebenheiten sind relevant, nicht was im Vertrag steht.
- Zivilrechtliche Qualifikation ist nicht ausschlaggebend für AHV, kann aber Anhaltspunkte geben.
- Bei mehreren Erwerbstätigkeiten durch gleiche Person wird jede Erwerbstätigkeit gesondert geprüft, keine Gesamtbeurteilung.
- Wenn Kriterien für beides vorliegen, wird geschaut, was überwiegt.
- Eine AG/GmbH gründen reicht nicht, um selbständig zu sein.
- Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls.

Kriterien für unselbstständige Erwerbstätigkeit (1/2)

Betriebswirtschaftliche Abhängigkeit

- Wenn Erwerbsverhältnis dahinfällt, tritt ähnliche Situation ein wie bei Stellenverlust (d.h. abhängig von einem Auftraggeber)

Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit

- Einbindung in Organisation des Arbeitgebers (Arbeitsplatz, E-Mail, Visitenkarten etc.)
- Arbeitsplan
- Rechenschaftspflicht
- Persönliche Aufgabenerfüllung
- Präsenzpflcht
- Keine andere Erwerbstätigkeit
- Weisungsgebundenheit betr. Art und Weise der Durchführung der Arbeit
- Benutzung fremder Infrastruktur am Arbeitsort
- Fehlende Kompetenz bei Personalentscheiden und Anschaffungen
- Kontrolle durch Vertragspartner
- Konkurrenzverbot

Kriterien für unselbstständige Erwerbstätigkeit (2/2)

Fehlendes Unternehmerrisiko

- Keine erheblichen Investitionen
- Keine Übernahme von Unkosten
- Kein Risiko für Fehldispositionen
- Keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten
- Keine Beschäftigung von Personal
- Kein Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung
- Fehlendes Inkassorisiko
- Entlohnung für Zeit, nicht für geleistete Arbeit
- Keine Haftung für Schäden bei Kunden
- Keine Betriebshaftpflichtversicherung, keine Unfallversicherung
- Keine Repräsentation mit eigenem Namen (Logo, Geschäftsadresse, Bankverbindung, HR Eintrag, Webseite)
- Keinem Berufs- oder Fachverband angeschlossen
- Keine MwSt.-Nummer

Fälle aus der Praxis

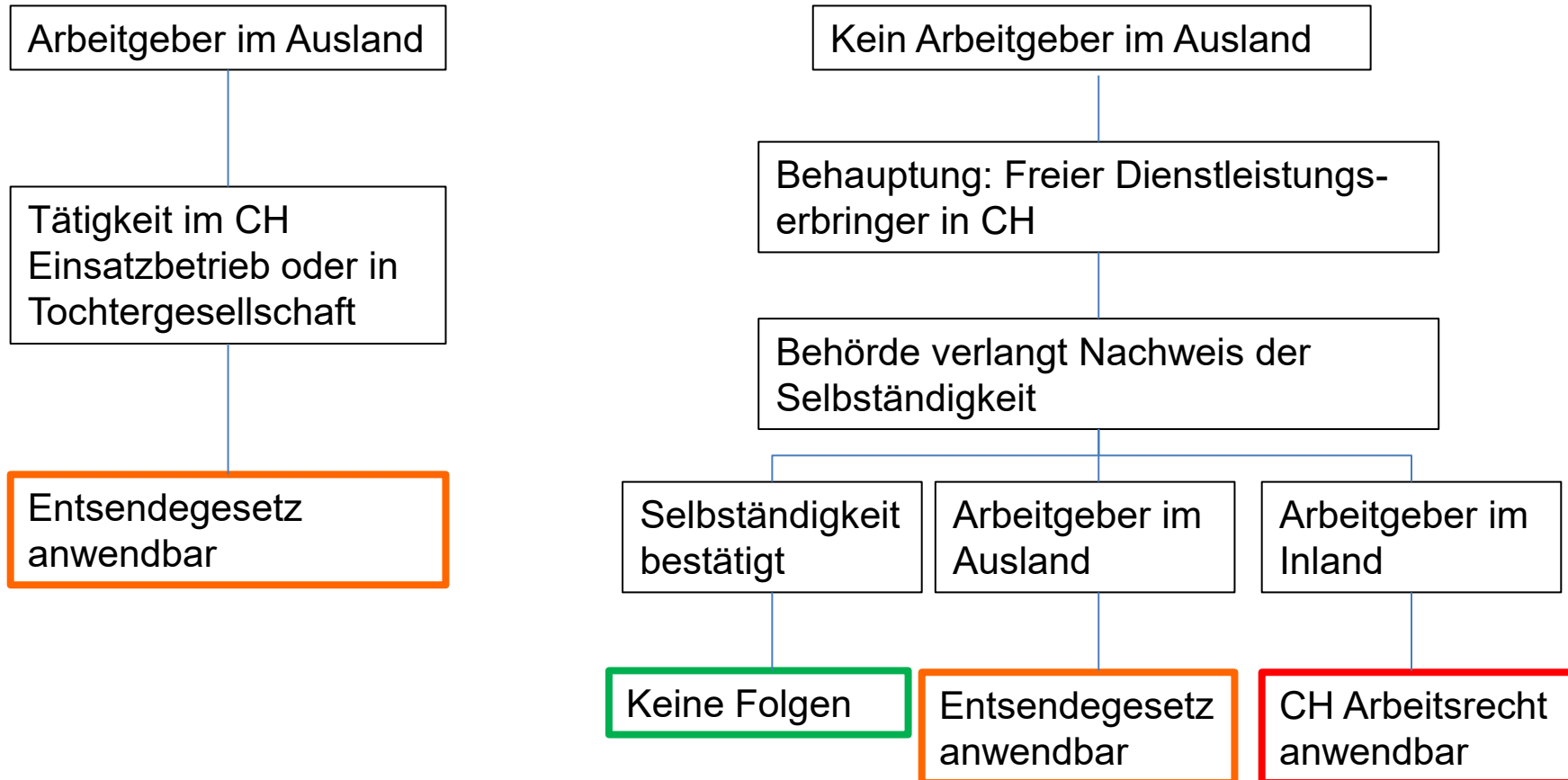
Merkmale von
Unselbständigkeit



Merkmale von
Selbständigkeit



Spezialfall: Ausland



Wie kann man die Risiken einer Scheinselbstständigkeit reduzieren?

1. Darauf achten, dass Kriterien der selbständigen Erwerbstätigkeit überwiegen. Belege verlangen.
2. Vertragliche Zusicherung.
3. Bescheinigung der SVA über selbständige Erwerbstätigkeit zeigen lassen (Beiträge können nicht rückwirkend verlangt werden).
4. Vertraglich Rückforderung und Schadloshaltung vereinbaren (vgl. Unterlagen).
5. Alternative: (Unechte) Arbeit auf Abruf

Vielen Dank!

Roy Levy

Probst Partner AG

roy.levy@probstpartner.ch

052 269 14 00

www.probstpartner.ch