

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Jovan Dimitrijewitsch

Scheinselbständigkeit im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr

Eine Analyse des Unionsrechts und
des bilateralen Rechts Schweiz–EU

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

Inhaltsverzeichnis..... IX

Abkürzungsverzeichnis XVII

Literaturverzeichnis..... XXI

Materialverzeichnis XXXIX

Entscheidungsverzeichnis XLVII

Rechtsquellenverzeichnis LIII

Einleitung 1

I. Ausgangslage 3

II. Zielsetzung, Umriss und Aufbau der Arbeit 4

III. Methodik und Terminologie 5

1. Teil: Grundlagen 7

§ 1. Begriff der Scheinselbständigkeit 9

I. Ursprung..... 9

II. Verwendung im Arbeitsrecht 10

 A. Scheinselbständige als Arbeitnehmende 10

 B. Scheinselbständige als arbeitnehmerähnliche Personen 11

 C. Arbeitshypothese..... 12

III. Varianten..... 13

IV. Kritik 14

§ 2. Grenzüberschreitende Konstellationen..... 16

I. Ausgangspunkt Dienstleistungsfreiheit..... 16

II. Direkte Dienstleistung..... 18

 A. Grundsituation..... 18

B. Verdecktes Arbeitsverhältnis im Aufnahmestaat?	19
III. Indirekte Dienstleistung als Subunternehmer	20
A. Grundsituation.....	20
B. Verdeckte Entsendung aus Herkunftsstaat?	22
1. Begriff der Entsendung	22
2. Rechtsfolgen.....	23
3. Entsendeformen im Einzelnen	24
a. Klassische Entsendung.....	25
b. Innerbetriebliche Entsendung.....	26
c. Entsendung mit Personalverleih.....	27
§ 3. Motive.....	29
I. Bewusstsein über Scheinselbständigkeit.....	29
II. Arbeitgeber.....	29
A. Verdecktes Arbeitsverhältnis im Aufnahmestaat.....	30
B. Verdeckte Entsendung aus Herkunftsstaat.....	32
III. Arbeitnehmer/in	34
A. Verdecktes Arbeitsverhältnis im Aufnahmestaat.....	35
B. Verdeckte Entsendung aus Herkunftsstaat.....	36
§ 4. Verbreitung.....	38
I. Problematik bestehender Studien.....	38
II. FlaM Bericht SECO	40
§ 5. Zusammenfassung und Überleitung.....	44
2. Teil: Recht der Europäischen Union	47
§ 6. Primärrecht	49
I. Ausgangslage	49
II. Der Arbeitnehmerbegriff des Freizügigkeitsrechts.....	49
A. Autonome Auslegung	49
B. Auslegungsgrundsätze	51
C. Arbeitnehmereigenschaft	51
1. Leiturteile	52
2. Begriffsmerkmale im Einzelnen	53
a. Tatsächliche und echte Tätigkeit im Wirtschaftsleben	53

b. Weisungsgebundenheit	55
c. Vergütung.....	56
III. Implikationen des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs	56
A. Für weitere Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts	56
1. Rechtsprechung des EuGH	56
2. Kritik der Lehre.....	59
B. Für selbständige Erwerbstätigkeit im Allgemeinen	60
1. Keine direkte Definition der Selbständigkeit	60
2. Indirekte Definition durch den Arbeitnehmerbegriff.....	61
a. Rechtsprechung des EuGH	61
b. Kritik der Lehre.....	63
3. Zum Merkmal der Weisungsgebundenheit	64
a. Im Allgemeinen.....	64
b. Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	64
c. Rechtsprechung des EuGH zu anderen Regelungsbereichen.....	66
C. Für arbeitnehmerähnliche Personen im Besonderen.....	68
1. Anknüpfungspunkt.....	68
2. Keine Arbeitnehmerstellung	69
3. Anwendungsfall von Scheinselbständigkeit?.....	70
IV. Zwischenergebnisse	72
§ 7. Sekundärrecht	74
I. Ausgangslage	74
II. Der Arbeitnehmerbegriff der Dienstleistungsrichtlinie	75
A. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs	75
B. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	76
1. Erwägungsgrund 87 als Ausgangspunkt	76
2. Mitgliedstaatliche Deutungshoheit.....	78
a. Begründungsansatz	78
b. Problem	78
3. Orientierung am freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.....	80
III. Der Arbeitnehmerbegriff der Entsenderichtlinie	81
A. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs	81
B. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	82
1. Art. 2 Abs. 2 als Ausgangspunkt.....	82
2. Mitgliedstaatliche Deutungshoheit.....	84
a. Begründungsansatz	84

b. Problem	85
3. Orientierung am freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.....	87
IV. Zwischenergebnisse	89
§ 8. Anwendungsbeispiel Deutschland	92
I. Ausgangslage	92
II. Scheinselbständigkeit im deutschen Recht	93
III. Grundlagen zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz.....	94
A. Entstehung und Zielsetzung	94
B. Geschützte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	95
1. Allgemeine Arbeitsbedingungen.....	95
2. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen	96
3. Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche	97
C. Vollzug.....	97
IV. Der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes.....	98
A. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs	98
B. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	99
1. Mitgliedstaatliche Deutungshoheit.....	99
2. Rückgriff auf § 61 I a BGB	100
C. Arbeitnehmereigenschaft	101
1. Privatrechtlicher Vertrag.....	101
2. Leistung entgeltlicher Dienste.....	101
3. Persönliche Abhängigkeit	102
D. Stellung der arbeitnehmerähnlichen Person.....	104
E. Vereinbarkeit mit dem unionalen Primärrecht.....	106
V. Ermittlung von Scheinselbständigkeit im Vollzug	108
VI. Zwischenergebnisse	109
§ 9. Entwicklungen auf Unionsebene.....	112
I. Ausgangslage	112
II. Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie	113
A. Zielsetzung.....	113
B. Scheinselbständigkeit im Besonderen.....	114
1. Präzisierung des Arbeitnehmerbegriffs.....	114
2. Verbesserung der länderübergreifenden Zusammenarbeit.....	116
3. Verbesserter Zugang zu Informationen.....	118

III.	Europäische Plattform zur Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit	119
	A. Zielsetzung	119
	B. Organisatorische Verankerung und Arbeitsweise	119
	C. Scheinselbständigkeit im Besonderen	120
IV.	Änderung der Entsenderichtlinie	123
	A. Zielsetzung	123
	B. Scheinselbständigkeit im Besonderen	124
V.	Exkurs: Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen	125
	A. Zielsetzung	125
	B. Scheinselbständigkeit im Besonderen	126
VI.	Zwischenergebnisse	127
§ 10. Zusammenfassung und Überleitung		129
3. Teil: Bilaterales Recht Schweiz-EU		133
§ 11. Freizügigkeitsabkommen		135
I.	Ausgangslage	135
II.	Grundlagen zum FZA	136
	A. Zielsetzung und Rechtsnatur	136
	B. Verhältnis zum nationalen Recht	137
	C. Architektur	139
	1. Grundkonstruktion	139
	2. Statische Rechtsübernahme	141
	D. Inhalt	143
	1. Hauptteil	143
	2. Anhang I	144
	a. Freizügigkeit von Arbeitnehmenden und Selbständigen	144
	b. Beschränkt liberalisierter Dienstleistungsverkehr	146
	c. Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen	148
	3. Anhänge II und III	148
III.	Auslegung des FZA	148
	A. Im Allgemeinen	149
	B. Sinngemäss oder wörtlich übernommenes Unionsrecht	150

1. Ausgangspunkt.....	150
2. Polydor-Prinzip	150
3. Vermutung der grundsätzlich parallelen Auslegung.....	152
C. Positivrechtliche Regelung im FZA.....	154
1. Inhalt und Adressaten.....	154
2. Begriffe des Unionsrechts	154
3. Handhabung der Datumsgrenze	156
IV. Der Arbeitnehmerbegriff des FZA.....	158
A. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs	158
B. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	159
C. Arbeitnehmereigenschaft	161
1. Tatsächliche und echte Tätigkeit im Wirtschaftsleben	161
2. Weisungsgebundenheit	162
3. Vergütung.....	162
V. Implikationen des Arbeitnehmerbegriffs des FZA	163
A. Für selbständige Erwerbstätigkeit im Allgemeinen	163
1. Keine direkte Definition der Selbständigkeit.....	163
2. Indirekte Definition durch den Arbeitnehmerbegriff.....	164
a. Rechtsprechung des Bundesgerichts	164
b. Rechtsprechung des EuGH	166
B. Für arbeitnehmerähnliche Personen im Besonderen.....	167
VI. Zwischenergebnisse	168
§ 12. Entsendegesetz.....	171
I. Ausgangslage	171
II. Grundlagen zum Entsendegesetz	171
A. Entstehung und Zielsetzung.....	171
B. Geschützte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	173
1. Minimale Arbeits- und Lohnbedingungen	173
2. Unterkunft	175
C. Vollzug.....	176
1. Organe.....	176
2. Kontrollen	177
a. Vorgängige Meldepflicht	177
b. Durchführung	179
3. Sanktionen.....	181
III. Der Arbeitnehmerbegriff des Entsendegesetzes	183

A.	Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs	183
B.	Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs	184
1.	Schweizer Deutungshoheit.....	184
2.	Rückgriff auf Art. 319 ff. OR.....	185
C.	Arbeitnehmereigenschaft	186
1.	Arbeitsleistung	186
2.	Privatrechtliches Dauerschuldverhältnis	186
3.	Subordination	187
4.	Entgeltlichkeit	189
D.	Stellung der arbeitnehmerähnlichen Person.....	189
E.	Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen.....	192
IV.	Ermittlung von Scheinselbständigkeit im Vollzug	194
A.	Ausgangslage	194
B.	Gesetzgeberische Entwicklung	194
C.	Dokumentations- und Auskunftspflicht.....	196
1.	Dokumentationspflicht.....	196
a.	Meldebestätigung oder ausländerrechtliche Bewilligung	196
b.	Entsendebescheinigung A1	198
c.	Kopie des Vertrags mit Auftraggeber/Besteller.....	198
2.	Weitergehende Auskunftspflicht.....	199
3.	Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen.....	201
D.	Sanktionen und Massnahmen.....	204
1.	Im Rahmen der Dokumentations- und Auskunftspflicht	204
a.	Busse	204
b.	Arbeitsunterbruch.....	205
c.	Dienstleistungsverbot.....	207
2.	Im Rahmen einer festgestellten Scheinselbständigkeit.....	207
a.	Arbeitsverhältnis in der Schweiz	208
b.	Entsendung aus dem Ausland	208
E.	Beispiele aus der Rechtsprechung.....	209
1.	Beweislast bei behaupteter Selbständigkeit	209
2.	Scheinselbständigkeit auf Grossbaustellen oder -veranstaltungen	210
F.	Optimierungspotenzial im Vollzug.....	212
V.	Zwischenergebnisse	214
	§ 13. Institutionelles Abkommen	217
I.	Ausgangslage	217

II.	Zentrale Eckpunkte	219
III.	Implikationen für Scheinselbständigkeit.....	224
	A. Im Allgemeinen.....	224
	B. Beachtung der Rechtsprechung des EuGH	225
	C. Übernahme des unionalen Entsenderechts.....	225
	1. Vorgehen.....	225
	2. Auswirkungen	226
	a. Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie	226
	b. Änderung der Entsenderichtlinie.....	227
	D. Anpassung der vorgängigen Meldepflicht	228
	E. Sicherung Dokumentationspflicht.....	229
	1. Beschränkung auf Risikobranchen?	229
	2. Ausschluss weitergehender Auskunftspflichten	230
IV.	Zwischenergebnisse	231
	§ 14. Zusammenfassung.....	233
	Gesamtzusammenfassung.....	237
	1. Teil: Grundlagen.....	239
	2. Teil: Recht der Europäischen Union	240
	3. Teil: Bilaterales Recht Schweiz-EU	242