



CH-3003 Bern, SECO, PAAM

An die

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

Referenz: 2013-03-27/94
Sachbearbeiter/in: PAAM
Bern, 12. Dezember 2013

Weisung

„Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich“

Sehr geehrte Damen und Herren

Das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne¹ (Entsendegesetz, EntsG) verpflichtet die Arbeitgeber, die Arbeits- und Lohnbedingungen zu garantieren, welche in der Schweiz zwingend vorgeschrieben sind. Zum Vorgehen beim Vergleich zwischen dem Lohn des inländischen Arbeitnehmenden und dem Lohn des entsandten Arbeitnehmenden hat das SECO letztmals am 21. Dezember 2012 die Weisung angepasst. Im Rahmen der Arbeiten zur Verbesserung des Vollzugs der flankierenden Massnahmen wurde zusammen mit den Sozialpartnern und den Kantonen beschlossen auf eine einheitlichere Anwendung der SECO-Weisung hinzuwirken. Die vorliegende Weisung wurde in diesem Sinne angepasst.

¹ SR 823.20 Link: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c823_20.html

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------|--|----|
| 1. | Geltungsbereich | 3 |
| 1.1 | Sachlicher Geltungsbereich | 3 |
| 1.1.1 | Kontrollbereiche | 3 |
| 1.1.2 | Entsendungen, die der Bewilligungspflicht unterstehen | 3 |
| 1.2 | Beginn des Einsatzes | 4 |
| 2. | Rechtliche Grundlagen für den Lohnvergleich | 4 |
| 3. | Vorgehen beim Lohnvergleich und Bestandteile des massgebenden Lohns | 5 |
| 3.1 | Grundlohn | 5 |
| 3.2 | Obligatorische Erhöhungen | 5 |
| 3.3 | Entsendeentschädigungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 Entsendegesetz | 5 |
| 3.3.1 | Spesen | 6 |
| 3.3.2 | Entsendezulagen | 6 |
| 3.3.3 | Vorgehen bei Verdacht auf Umgehung der Abgabepflichten im Herkunftsstaat | 7 |
| 3.4 | Vermögenswirksame Leistungen nach deutschem Vermögens-bildungsgesetz | 7 |
| 3.5 | Ferienlohn | 8 |
| 3.6 | Feiertagsentschädigung | 9 |
| 3.7 | 13. und 14. Monatslohn | 9 |
| 3.8 | Obligatorische Zuschläge für Überstunden, Akkord-, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit | 10 |
| 3.9 | Urlaubsgeld / Weihnachtsgeld | 10 |
| 3.10 | Sozialversicherungsbeiträge | 11 |
| 3.11 | Wechselkurs | 11 |
| 4. | Lohnvergleich bei festgestellter Scheinselbständigkeit | 11 |
| 4.1 | Ermittlung des massgebenden Lohnes | 11 |
| 4.2 | Verfahrensrechtliche Aspekte | 13 |
| 5. | Inkrafttreten | 14 |

1. Geltungsbereich

1.1 Sachlicher Geltungsbereich

1.1.1 Kontrollbereiche

Die Weisung über den Lohnvergleich ist anwendbar auf die Kontrollen der Minimallöhne in Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) durch die paritätischen Kommissionen (Art. 7 Entsendegesetz) und auf die Tätigkeiten der tripartiten Kommissionen im Rahmen von:

- Arbeitsmarktbeobachtungen in Branchen ohne ave GAV (Art. 360b Abs. 3 OR i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. c Entsv);
- Kontrollen der Minimallöhne in Normalarbeitsverträgen gemäss Artikel 360a Absatz 1 OR (Art. 7 Abs. 1 Bst. b Entsg).

Die Weisung stützt sich auf Artikel 14 Entsg und hat gegenüber den Kontrollorganen gemäss Artikel 7 Entsg verbindlichen Charakter. Sie gilt auch gegenüber den kantonalen Behörden im Sanktionenverfahren bei Verstössen gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 9 Entsg).

1.1.2 Entsendungen, die der Bewilligungspflicht unterstehen

Die im Entsendegesetz vorgesehenen minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen sind auf alle Entsendungen im Rahmen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen anwendbar, bestimmte Dienstleistungen unterliegen jedoch den Zulassungsvoraussetzungen und der Bewilligungspflicht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005² über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) sowie der Verordnung vom 24. Oktober 2007³ über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE):

- Dienstleistungserbringer aus den EU/EFTA-Staaten bei vorübergehenden Aufenthalten zum Zweck der Dienstleistungserbringung von mehr als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr;
- Dienstleistungserbringer aus Drittstaaten.

Dienstleistungserbringer aus Rumänien und Bulgarien in den Branchen Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gartenbau, industrielle und betriebliche Reinigung und Sicherheitsgewerbe unterstehen ab dem ersten Tag und auch für Aufenthalte bis zu 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr der Bewilligungspflicht (Art. 14 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs⁴). Diese Regelung gilt während der Übergangsperiode bis längstens 2016.

In diesen Fällen kontrollieren die kantonalen Arbeitsmarktbehörden im Rahmen des Bewilligungsverfahrens die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Artikel 22 AuG in Verbindung mit Artikel 22 VZAE.

² SR 142.20

³ SR 142.201

⁴ Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziationen; SR 142.203.

1.2 Beginn des Einsatzes

Für den Lohnvergleich stellt sich auch die Abgrenzungsfrage, wann und wo der Einsatz beginnt. Im Allgemeinen gelten nationale private und öffentlich-rechtliche Vorschriften nur innerhalb des jeweiligen Staatsgebietes (Territorialitätsprinzip). Dieses Prinzip gilt auch im Anwendungsbereich des Entsendegesetzes und damit beim internationalen Lohnvergleich. Die für den Lohnvergleich massgebenden Bestimmungen in den Bundesgesetzen, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen sind nur auf Sachverhalte in der Schweiz anwendbar. Konkret bedeutet dies, dass beim Lohnvergleich für den Beginn des Einsatzes frühestens auf den Zeitraum ab dem Schweizer Grenzort abzustellen ist.

2. Rechtliche Grundlagen für den Lohnvergleich

Das Freizügigkeitsabkommen nimmt in Artikel 22 Absatz 2 Anhang I Bezug auf die Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Diese Entsenderichtlinie verpflichtet den Gaststaat dafür zu sorgen, dass die Entsendeunternehmen den entsandten Arbeitnehmern bestimmte minimale Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Gaststaates garantieren (Artikel 3 RL). Entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen dieselben verbindlichen Mindestlöhne bekommen wie inländische Arbeitnehmende.

Die Entsenderichtlinie ist im Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999⁵ über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (EntsG) umgesetzt worden.

Die folgenden Artikel des Entsendegesetzes und der Verordnung vom 21. Mai 1999⁶ über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EnstV) sind als verbindliche gesetzliche Grundlage anzusehen:

- Artikel 2 Entsendegesetz, insbesondere Absatz 3;
- Artikel 1 Entsendeverordnung.

Ausserdem ist das gemeinsame Rundschreiben von SECO und BFM vom 29. Juni 2007 zu den massgebenden Lohnbedingungen (Art. 9 BVO / neu Art. 22 AuG) für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den EU25-/EFTA-Staaten (über 90 Tage) sowie aus Drittstaaten zu berücksichtigen.

⁵ SR 823.20

⁶ SR 823.201 (Link: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c823_201.html)

3. Vorgehen beim Lohnvergleich und Bestandteile des massgebenden Lohns

Der Vergleich hat aufgrund einer Gegenüberstellung des effektiv bezahlten Lohnes (Ist-Seite) mit dem in der Schweiz geschuldeten Lohn (Soll-Seite) zu erfolgen. Im Anhang finden Sie eine Berechnungshilfe dazu.

3.1 Grundlohn

Gemäss Artikel 1 Buchstabe a EntsV bezieht sich der Mindestlohn auf die übliche Arbeitszeit und die erworbenen Qualifikationen. Da national unterschiedliche Arbeitszeiten berücksichtigt werden müssen, ist der Lohnvergleich auf der Basis des **Bruttostundenlohnes** vorzunehmen. Der Bruttolohn ist der Lohnabrechnung oder dem Arbeitsvertrag zu entnehmen.

Ist nur der monatliche Bruttolohn ausgewiesen, so ist dieser durch die vertraglich vereinbarte Anzahl Monatsstunden zu dividieren. Wenn diese nicht bekannt sind, ist auf die Anzahl Arbeitsstunden gemäss dem anwendbaren ave GAV oder auf die übliche Monatsarbeitszeit abzustützen. Das folgende Beispiel basiert auf 52 Wochen im Jahr, bzw. 21,75 Arbeitstagen pro Monat.

Beispiel: 42-Stunden-Woche / Monatslohn CHF 4000.-

$$\begin{aligned} 52 \times 42 &= 2184 \text{ Jahresstunden} \\ \frac{2184}{12} &= 182 \text{ Stunden pro Monat} \\ \frac{4000}{182} &= 21.98 \Rightarrow \text{Stundenlohn} \end{aligned}$$

Als massgebender Grundlohn auf der Soll-Seite gilt der im Zeitpunkt des Einsatzes geltende ave GAV-Mindestlohn bzw. der orts-, berufs- oder branchenübliche Lohn. Anhaltspunkte für die Einstufung in die richtige Lohnkategorie geben der Arbeitsvertrag, die abgeschlossene Berufsausbildung, das Alter sowie die ausgeübte Tätigkeit, welche im Kontrollrapport aufgeführt ist.

3.2 Obligatorische Erhöhungen

Zu den in ave GAV festgelegten Mindest- und Effektivlöhnen sind die periodischen Erhöhungen hinzuzurechnen, sofern sie ebenfalls allgemeinverbindlich erklärt sind. Sie sind nur bei Einsätzen zu berücksichtigen, welche noch vor dem Inkrafttreten der Erhöhungen begonnen haben. Insbesondere während längeren Arbeitseinsätzen ist es möglich, dass die Mindestlöhne angepasst werden. In diesen Fällen muss für die Perioden mit unterschiedlichen Mindestlöhnen jeweils ein separater Lohnvergleich erstellt werden. Bei Einsätzen, welche erst nach deren Inkrafttreten erfolgen, ist die Erhöhung bereits in den Mindestlöhnen miteinberechnet und muss nicht zusätzlich berücksichtigt werden.

3.3 Entsendeentschädigungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 Entsendegesetz

Gemäss Artikel 2 Absatz 3 EntsG gelten die im Zusammenhang mit der Entsendung gewährten Entschädigungen als Lohnbestandteil, sofern sie keinen Ersatz für tatsächlich getätigte Aufwendungen wie solche für Reise, Verpflegung und Unterkunft darstellen. Unter die Entsendeentschädigungen können einerseits die Zahlungen des Arbeitgebers fallen, welche der Deckung der tatsächlichen Aufwendungen (*Spesen*) für den Einsatz in der

Schweiz dienen, andererseits aber auch Zahlungen, welche den Lohnunterschied zwischen der Schweiz und dem Herkunftsland kompensieren und daher den Charakter von *Entsendezulagen* haben.

3.3.1 Spesen

Da die Entschädigung für Spesen nicht zum Bruttolohn hinzugezählt werden darf, ist für den Lohnvergleich eine Abgrenzung zwischen den zwei erwähnten Vergütungsarten vorzunehmen. Primär sind bei der Abgrenzung die *tatsächlichen* Aufwendungen für Reise, Übernachtung und Verpflegung massgebend. Falls die tatsächlichen Aufwendungen nicht belegt werden können, ist auf Pauschalbeträge abzustellen. In Branchen mit allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen sind die vertraglich vereinbarten Pauschalen anwendbar. Sieht schliesslich ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag keine Pauschalbeträge vor oder gibt es in einer Branche keinen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, ist auf die folgenden Ansätze abzustellen. Diese sind nur als Richtgrössen zu verstehen, da die regionalen Kostenunterschiede bei den Spesen berücksichtigt werden sollen. Diese Pauschalbeträge werden in CHF ausgewiesen, da nicht alle EU-Länder den € als Währung haben.

| | |
|----------------------------------|-----------|
| Übernachtung inklusive Frühstück | CHF 150.- |
| Übernachtung ohne Frühstück | CHF 135.- |
| Frühstück | CHF 15.- |
| Mittagessen; Abendessen je | CHF 20.- |

Kann die Übernahme oder die Vergütung der Kosten für Reise, Übernachtung und Verpflegung vom Arbeitgeber nicht nachgewiesen werden, so werden diese Kosten gestützt auf Art. 2 Abs. 3 EntSG vom Grundlohn abgezogen. Kann die Übernahme oder die Vergütung nur für einen Teil der Kosten nachgewiesen werden, so wird der fehlende Betrag vom Grundlohn (anteilmässig pro Stunde) abgezogen.

Die Pflicht der Spesenvergütung erfolgt unabhängig davon, ob die Kosten während des Einsatzes (für die Einsatzdauer ab Meldung) im In- oder im Ausland anfallen.

Die Differenz zwischen der Entsendeentschädigung gemäss Art. 2 Abs. 3 EntSG und dem Total der Spesen resp. der Spesenpauschale ist als Entsendezulage (Abschnitt 3.3.2) zum Grundlohn (Ist-Seite) hinzuzuzählen, d.h. durch die in der Schweiz geleisteten Arbeitsstunden (inkl. Reisezeit ab Grenze) zu dividieren und zum Stundenlohn hinzuzufügen. In diesem Zusammenhang ist nicht massgebend, ob darauf Sozialversicherungsbeiträge erhoben werden oder nicht. In Präzisierung der Weisung vom 20. Februar 2007 ist für die Anrechnung von Entsendeentschädigungen als Lohnbestandteil also nicht primär entscheidend, ob sie sozialversicherungspflichtig sind oder nicht, sondern, ob sie die tatsächlichen Aufwendungen übersteigen.

3.3.2 Entsendezulagen

Wie oben erwähnt, gelten Zulagen, die der Kompensation des Lohnunterschiedes zwischen der Schweiz und dem Herkunftsland dienen, als Lohnbestandteil. Entsendezulagen stellen sozialversicherungsrechtlich Arbeitsentgelt dar (unabhängig davon, ob nach dem anwendbaren Sozialversicherungsrecht Beiträge darauf entrichtet werden müssen) und werden üblicherweise separat auf der Lohnabrechnung aufgeführt. Werden sie nicht bereits pro in der Schweiz geleistete Arbeitsstunde entrichtet, so sind sie auf die Stunde umzurechnen und zum Grundlohn (Ist-Seite) hinzuzufügen.

3.3.3 Vorgehen bei Verdacht auf Umgehung der Abgabepflichten im Herkunftsstaat

Die Nachbarstaaten der Schweiz (Italien, Frankreich, Deutschland, Österreich) kennen mit der Schweizer Regelung vergleichbare Beitragssysteme, d.h. Zulagen mit Lohncharakter, welche dem Ausgleich des Lohnunterschiedes dienen, unterliegen in der Regel der Sozial- und Steuerabgabepflicht, während Entschädigungen für Reise, Verpflegung und Unterkunft innerhalb gewisser Limiten beitragsfrei sind. Jedes Land regelt die Beitragspflicht im Zusammenhang mit Entsendezulagen und -entschädigungen und die Limiten für deren Beitragsbefreiung individuell. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass ausländische Entsendebetriebe ihre Abgabepflichten auf Lohnbestandteilen bei Einsätzen in der Schweiz erfüllen, da auch Entsendeentschädigungen nur innerhalb bestimmter Limiten beitragsfrei sind. Besteht bei einer Lohnkontrolle der Verdacht, dass auf bestimmten Zahlungen zu Unrecht keine Abzüge vorgenommen wurden und die Abgabepflichten zu umgehen versucht werden, können die Kontrollorgane vom Arbeitgeber den Nachweis verlangen, dass er die Beiträge an die Sozialversicherungen ordnungsgemäss erbracht resp. die Abzüge auf allen beitragspflichtigen Zahlungen vorgenommen hat. Art 8 der Entsendeverordnung sieht vor, dass der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge auf Verlangen nachweisen muss, wenn er seine Verpflichtungen aus dem Entsendegesetz nicht eingehalten hat oder wenn bei einer Kontrolle Zweifel über die Einhaltung des Entsendegesetzes durch den Arbeitgeber aufkommen. Anlass zu einem Verdacht könnte z.B. geben, wenn der Grundlohn unter Berücksichtigung der Lohnverhältnisse im Herkunftsland auffallend tief ist und die Entsendeentschädigungen unverhältnismässig hoch ausfallen und keine Abgaben auf Letzteren entrichtet werden.

In Verdachtsfällen können Informationen über die Rechtmässigkeit der Steuer- und Sozialversicherungsabgaben auf der Lohnabrechnung via das Verbindungsbüro⁷ des Herkunftslandes eingeholt werden. Die Verbindungsbüros fungieren als Kontaktstellen für Behörden, Entsendebetriebe und entsandte Arbeitnehmende aus anderen Mitgliedstaaten im Rahmen der EG-Entsenderichtlinie 96/71/EG. Die Kontrollorgane können sich direkt an die Verbindungsbüros wenden, eine Adressliste ist auf der Internetseite der Europäischen Kommission (siehe Fussnote 7) zu finden. Für die Schweiz fungiert das SECO, Direktion für Arbeit, Ressort Arbeitsmarktaufsicht (PAAM) als Verbindungsbüro⁸.

3.4 Vermögenswirksame Leistungen nach deutschem Vermögensbildungsgesetz

Deutsche Arbeitnehmer haben gemäss Vermögensbildungsgesetz⁹ das Recht, Teile ihres Lohnes durch ihren Arbeitgeber vermögenswirksam anlegen zu lassen. Die Anlage kann in Form eines Bausparvertrages oder in anderen Anlageformen erfolgen. Die vermögenswirksamen Leistungen werden entweder durch den Arbeitnehmer und/oder den Arbeitgeber finanziert. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung zusätzlicher vermögenswirksamer Leistungen entsteht durch Kollektiv- oder Einzelvereinbarung.

Die Auszahlung dieser Leistungen erfolgt nicht direkt an den Arbeitnehmer, sondern auf ein vom Arbeitnehmer bezeichnetes Anlagekonto. Die eingezahlten Gelder sind aufgrund eines Anlagevertrages mindestens sieben Jahre lang gebunden, bevor der Arbeitnehmer frei darüber verfügen kann.

⁷ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=726&langId=de>

⁸ info.paam@seco.admin.ch

⁹ Fünftes Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer
http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vermbg_2/gesamt.pdf

Vermögenswirksame Leistungen gehören zu den steuerpflichtigen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit und stellen sozialversicherungsrechtlich Arbeitsentgelt dar. Ein Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen entsteht frühestens nach sechsmonatiger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit.

Aufgrund dieser Ausgangslage müssen die vom Arbeitgeber entrichteten und ausgewiesenen vermögenswirksamen Leistungen als Lohnbestandteil betrachtet werden. Sie sind beim Lohnvergleich mit zu berücksichtigen.

Die Umrechnung des monatlichen Beitrags von vermögenswirksamen Leistungen auf einen Beitrag pro Stunde erfolgt analog zur Umrechnung des monatlichen Bruttolohnes auf den Bruttostundenlohn (siehe Abschnitt 3.1).

3.5 Ferienlohn

Auf der Ist-Seite sind die tatsächlich gewährten Ferientage, auf der Soll-Seite die in ave GAV vorgeschriebenen oder die üblicherweise gewährten Ferientage zu berücksichtigen. Die minimale gesetzliche Feriendauer beträgt vier Wochen im Jahr, für Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr mindestens fünf Wochen (Art. 329a OR). Die Ferienentschädigung ist auf dem Grundlohn zuzüglich der vermögenswirksamen Leistungen zu berechnen.

Die Prozentsätze¹⁰ in der folgenden Tabelle sind zur Ferien- und Feiertagsentschädigung (Abschnitt 3.5) heranzuziehen.

| | | | |
|------------------|------------------|------------------|------------------|
| 1 Tag = 0.39% | 11 Tage = 4.42% | 21 Tage = 8.79% | 31 Tage = 13.54% |
| 2 Tage = 0.78% | 12 Tage = 4.84% | 22 Tage = 9.24% | 32 Tage = 14.04% |
| 3 Tage = 1.17% | 13 Tage = 5.26% | 23 Tage = 9.70% | 33 Tage = 14.54% |
| 4 Tage = 1.56% | 14 Tage = 5.69% | 24 Tage = 10.17% | 34 Tage = 15.04% |
| 5 Tage = 1.96% | 15 Tage = 6.12% | 25 Tage = 10.64% | 35 Tage = 15.56% |
| 6 Tage = 2.36% | 16 Tage = 6.56% | 26 Tage = 11.11% | 36 Tage = 16.07% |
| 7 Tage = 2.77% | 17 Tage = 7.00% | 27 Tage = 11.59% | 37 Tage = 16.59% |
| 8 Tage = 3.17% | 18 Tage = 7.44% | 28 Tage = 12.07% | 38 Tage = 17.12% |
| 9 Tage = 3.59% | 19 Tage = 7.88% | 29 Tage = 12.55% | 39 Tage = 17.65% |
| 10 Tage = 4.00 % | 20 Tage = 8.33 % | 30 Tage = 13.04% | 40 Tage = 18.18% |

Beispiel: Einem Entsandten stehen in seinem Herkunftsland 30 Tage Ferien pro Jahr zur Verfügung. Ein Schweizer Angestellter in derselben Branche hat ein Anrecht auf 20 Ferientage pro Jahr. Um die Stundenlöhne der beiden Personen vergleichen zu können, muss zum Schweizer Grundlohn ein Anteil des Grundlohns von 0.0833 (8.33%) hinzuaddiert

¹⁰Ein Jahr hat 365 Tage. Der 365. Tag wird so behandelt, als ob er ein Samstag oder Sonntag wäre. Das Jahr wird mit 52 Wochen gleichgesetzt. Nach Abzug der 104 arbeitsfreien Tage ergibt das 260 Arbeitstage im Jahr. Beispiel: Hat jemand Anspruch auf vier Wochen Ferien (also 20 Arbeitstage), so beträgt der Ferienanspruch im Verhältnis zur Arbeitszeit $\frac{20}{260-20} = 8.33\%$.

Die Prozentangaben in der Tabelle stimmen auch mit denen des Merkblatts Ferienanspruch der Arbeitnehmer des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 10. Mai 1988 überein (bestellbar unter diesem [Link](#)).

werden. Zur Berechnung des Lohnes auf der Ist-Seite muss zum Grundlohn zuzüglich der vermögenswirksamen Leistungen ein Anteil von 0.1304 (13.04%) davon hinzuaddiert werden.

Deutsche und österreichische Arbeitgeber im Baugewerbe müssen zugunsten ihrer Arbeitnehmer ein **Urlaubsentgelt** an eine Urlaubskasse entrichten. Dieses Entgelt entspricht dem obligatorischen Ferienlohn in der Schweiz gemäss Artikel 329d OR. Da nach der vorliegend vorgegebenen Berechnungsmethode der Ferienlohn auf der Ist-Seite schon berücksichtigt wird, käme es einer doppelten Anrechnung gleich, wenn das Urlaubsentgelt auf der Ist-Seite aufgeführt würde. Es ist daher grundsätzlich nicht einzubeziehen. Ist jedoch das Urlaubsentgelt höher als der Ferienlohn, so ist der Differenzbetrag auf der Ist-Seite hinzuzurechnen.

Sieht ein ave GAV eine Beitragspflicht an eine Ferienausgleichskasse vor, so ist der Arbeitgeber von der Zahlung von Beiträgen zu befreien, wenn er die Vergütung des Urlaubsentgelts nachweisen kann (Art. 2 Abs. 2 EntSG)

3.6 Feiertagsentschädigung

Mit Ausnahme des 1. Augusts unterliegen die von den Kantonen bezeichneten Feiertage nicht der Lohnzahlungspflicht. Die Lohnzahlungspflicht an Feiertagen kann jedoch in GAV, NAV oder in Einzelarbeitsverträgen geregelt sein. Die Feiertagsentschädigungen sind deshalb auch beim internationalen Lohnvergleich zu beachten. Dabei ist der Anspruch auf Feiertage während des gesamten Kalenderjahres zu berücksichtigen, nicht nur der Anspruch auf Feiertage während des Einsatzes und unabhängig davon, auf welchen Wochentag der Feiertag fällt. Damit wird der Differenz zwischen den in der Schweiz und im Herkunftsstaat gewährten Feiertagen Rechnung getragen. Analog dem Ferienanspruch sind auf der Ist-Seite die tatsächlich gewährten Feiertage, auf der Soll-Seite die in ave GAV vorgeschriebenen oder die üblicherweise gewährten Feiertage zu berücksichtigen. Die Feiertagsentschädigung ist ebenfalls auf dem Grundlohn zuzüglich der vermögenswirksamen Leistungen zu berechnen.

Im Internet sind unter <http://www.feiertagskalender.ch/> die in den europäischen Staaten und ihren Regionen geltenden Feiertage abrufbar. Im Zweifelsfall muss der Arbeitgeber die Anzahl Feiertage nachweisen. Auf der Soll-Seite sind die kantonal geltenden Feiertage aufzuführen. Die für die Berechnung der Feiertagsentschädigung massgebenden Prozentsätze entsprechen den oben zur Berechnung der Ferienentschädigung aufgeführten Ansätzen.

3.7 13. und 14. Monatslohn

Grundsätzlich gilt zu beachten, dass das Entsendegesetz keine neuen Ansprüche zugunsten von Entsandten schafft. Dies bedeutet, dass ein Arbeitgeber nicht generell verpflichtet werden kann, einen 13. Monatslohn zu bezahlen, ohne dass dies im anwendbaren ave GAV/NAV vorgeschrieben wäre. Nur wenn eine zwingende rechtliche Grundlage nach schweizerischem Recht besteht, ist der 13. Monatslohn auf der Soll-Seite aufzuführen.

Vom Grundsatz der zwingenden rechtlichen Grundlage im schweizerischen Recht ist im folgenden Fall abzuweichen: In Präzisierung der Weisung vom 20. Februar 2007¹¹ ist der **effektiv vergütete 13. und 14. Monatslohn** auf der Ist-Seite auch dann zu berücksichtigen, wenn keine entsprechende verbindliche Grundlage nach schweizerischem Recht besteht. Es wäre als stossend zu betrachten, wenn ein Arbeitgeber aufgrund einer Einzelvereinbarung, einer Kollektivvereinbarung oder einer anderen zwingenden Vorschrift im Herkunftsland

¹¹ Weisung vom 20. Februar 2007, Seite 5

einen 13. und 14. Monatslohn vergütet, der wegen fehlender verbindlicher Grundlage in der Schweiz aber nicht berücksichtigt werden könnte.

Der 13. Monatslohn ist auf dem Grundlohn zuzüglich der vermögenswirksamen Leistungen sowie der Ferien- und Feiertagsentschädigung zu berechnen. Entspricht der zusätzliche Monatslohn einem vollen Monatsgehalt (100%), so ist ein Betrag von 1/12 (entspricht 8.33%) mal der Summe aus Grundlohn, vermögenswirksamen Leistungen und Feiertags-/Ferienentschädigung zu addieren.

Beispiel:

| | |
|---|--|
| Grundlohn | 15.00 € pro Stunde |
| Vermögenswirksame Leistungen | 0.15 € pro Stunde |
| Ferienentschädigung (20 Tage) | 1.26 € pro Stunde |
| <u>Feiertagsentschädigung (10 Tage)</u> | <u>0.61 € pro Stunde</u> |
| Zwischentotal | 17.02 € pro Stunde |
| Entschädigung für 13. Monatslohn: | $17.02 \text{ €} \times 0.0833 = 1.42 \text{ €}$ |
| Bruttostundenlohn: | $17.02 \text{ €} + 1.42 \text{ €} = 18.44 \text{ €}$ |

3.8 Obligatorische Zuschläge für Überstunden, Akkord-, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit

Werden diese Arbeiten in der Schweiz geleistet, so müssen die darauf entfallenden Zuschläge auf der Soll-Seite in die Lohnberechnung miteinbezogen werden. Massgebend sind die obligatorischen Zuschläge gemäss OR und Arbeitsgesetz. Wo eine Regelung in einem ave GAV oder NAV besteht, ist auf diese Zuschläge abzustellen.

Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass die geleistete Mehrarbeit in der Schweiz oder im Herkunftsland (evtl. mit Zeitzuschlag) kompensiert wird, so entfällt der Zuschlag. Voraussetzung ist aber, dass die Kompensation nach Arbeitsgesetz und anwendbarem ave GAV zulässig ist.

3.9 Urlaubsgeld / Weihnachtsgeld

Zum Effektiv-Lohn hinzuzuzählen sind auch die insbesondere in Deutschland bekannten Urlaubs- und Weihnachtsgelder. Das Weihnachtsgeld ist ein zusätzliches Entgelt des Arbeitgebers, das in der Regel mit dem Novembergehalt ausbezahlt wird. Der Anspruch kann entstehen aus Tarifvertrag, Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder freiwilliger Leistung des Arbeitgebers. Auf dem Weihnachtsgeld sind Steuern und Sozialabgaben zu entrichten.

Das Urlaubsgeld ist ein zusätzliches Entgelt des Arbeitgebers, das meist mit dem Junigehalt ausbezahlt wird. Der Anspruch darauf kann aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag entstehen.

Beide Leistungen weisen Züge von Sondervergütungen im Sinne von Artikel 322d OR auf. Die Abgrenzung zum 13. Monatslohn ist jedoch fließend, weshalb die Berücksichtigung beim Lohnvergleich als Gegenstück zum 13. Monatslohn gerechtfertigt ist. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber diese Zahlungen belegen kann. Da der Zahlungstermin im Juni und Ende Jahr erfolgt, ist auf die Belege von Vorjahreszahlungen abzustützen. Diese Zuwendungen entsprechen zusammengerechnet in der Regel einem 13. Monatsgehalt, also

8.33 Prozent. Auf der Soll-Seite ist der 13. Monatslohn einzusetzen, auf der Ist-Seite das Urlaubs- und Weihnachtsgeld.

3.10 Sozialversicherungsbeiträge

Sozialversicherungsbeiträge haben keinen Lohncharakter und können folglich nicht als Lohnbestandteil anerkannt werden. Dies gilt auch für Beiträge von ausländischen Arbeitgebern, welche ein in der Schweiz versicherter Arbeitnehmer selber finanzieren muss, z.B. die soziale Krankenversicherung.

3.11 Wechselkurs

Unter folgendem Link der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) werden monatlich die Durchschnittswchselkurse veröffentlicht:

<http://www.estv.admin.ch/d/mwst/dienstleistungen/kurse/index.htm>

Der publizierte Monatsmittelkurs zu Beginn des Einsatzes ist massgebend. Bsp.: Beginnt ein Einsatz am 14. April 2014, ist der für den Monat April 2014 von der ESTV publizierte Monatsmittelkurs anwendbar (Publikation erfolgt jeweils am 25. des Vormonats). Diese Regelung gilt unabhängig von der Dauer des Einsatzes.

4. Lohnvergleich bei festgestellter Scheinselbständigkeit

4.1 Ermittlung des massgebenden Lohnes

Wenn bei einem als selbstständig gemeldeten Dienstleistungserbringer (nachfolgend: Arbeitnehmender) anlässlich einer Kontrolle eine Scheinselbständigkeit festgestellt und der als Arbeitgeber zu betrachtende Auftraggeber oder Werkbesteller *im Ausland* ermittelt wurde (nachfolgend: Arbeitgeber), ist auf dieses Vertragsverhältnis das Entsendegesetz und folglich der Lohnvergleich nach dieser Weisung anwendbar. Der ausländische Arbeitgeber muss die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz einhalten, folglich wird das Entgelt für die geleistete Arbeit auf Übereinstimmung mit den Minimallöhnen hin überprüft. Das Vorgehen beim Lohnvergleich erfolgt grundsätzlich gleich wie bei einem entsandten Arbeitnehmenden. Auf einige Besonderheiten ist jedoch hinzuweisen:

Ist-Seite:

Für die Erhebung der Arbeitszeit wird auf die in der Schweiz geleistete Arbeitszeit zur Erfüllung des Auftrags abgestellt. Ist kein Arbeitsrapport geführt worden, kann hilfsweise auf die vereinbarte Arbeitszeit oder auf weitere Angaben bei der Meldung und auf dem Fragebogen¹² abgestützt werden. Es ist daher wichtig, dass die Inspektoren bereits bei der Überprüfung der Selbständigkeit die Arbeitszeiten so detailliert wie möglich ermitteln. Sind im Einzelfall keine verlässlichen Hinweise zu den geleisteten Arbeitszeiten zu finden, so ist auf die in der Branche zulässige wöchentliche Höchst Arbeitszeit abzustellen.

Die Entlohnung des Arbeitnehmenden wird im Folgenden als Werklohn bezeichnet. Für die Ermittlung des Werklohnes ist auf den effektiv vergüteten Betrag gemäss Schlussabrechnung des Arbeitnehmenden oder anhand von Zahlungsbelegen abzustellen. Hilfsweise kann auf den im Vertrag vereinbarten Werklohn abgestützt werden. Allfällige Beträge für die Mehrwertsteuer oder die Einfuhrsteuer werden vom Werklohn in Abzug gebracht.

¹² Weisung vom 1. Januar 2013 zum Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer, Anhänge I und II

Wird der Werklohn nicht als Stundenlohn, sondern in Form einer Pauschale bezahlt, ist diese Pauschale zur Ermittlung des Stundenlohnes durch die geleisteten oder mutmasslichen Arbeitsstunden zu dividieren. Allfällige Kosten des Arbeitnehmenden (siehe unten, Bst. a und b) sind vom Werklohn abzuziehen. In der Berechnungshilfe in der Beilage kann der Werklohn als Pauschale oder als Stundenlohn eingegeben werden. Zuschläge für Nacharbeit, Sonntagsarbeit etc. sind als Lohnbestandteil zu berücksichtigen. Der Vergleich wird in beiden Fällen auf Basis des Werkpreises vorgenommen und nicht auf Basis von Stundenlöhnen, weil der Werklohn oft als Pauschalbetrag und nicht in Form von Stundenlöhnen entrichtet wird. Einzelheiten dazu sind der Beilage zu entnehmen.

Kosten:

a) Unterkunft, Verpflegung, Reise

In Anwendung von Art. 2 Abs. 3 EntsG stellen die Entschädigungen für Reise, Verpflegung und Unterkunft keinen Lohnbestandteil dar, weshalb sie vom Werklohn in Abzug gebracht werden. Grundsätzlich ist von den effektiven Aufwendungen auszugehen, hilfsweise kann auf die Pauschalansätze in Kap. 3.3. abgestellt werden. Das Vorgehen ist im Detail in der Berechnungshilfe umschrieben.

Hat der Arbeitnehmende für die Reise sein eigenes Fahrzeug benutzt, so ist der im anwendbaren ave GAV festgelegte Kostenansatz anzuwenden. Wenn im Einzelfall keine Regelung besteht, wird empfohlen, für den Gebrauch des eigenen Fahrzeugs eine Entschädigung von CHF 0.60 pro Kilometer zu berechnen. Für die Ermittlung der Reisekosten ist der gesamte zurückgelegte Hin- und Rückweg zu berücksichtigen, das heisst der Weg vom Abfahrtsort im Herkunftsland bis zum Einsatzort in der Schweiz und zurück. Ist der Abfahrtsort nicht bekannt, wird auf den Wohnort des Arbeitnehmenden abgestellt. Kann der Arbeitnehmende oder der Arbeitgeber nachweisen, dass für die im Ausland zurückgelegte Wegstrecke ein anderer Kostenansatz als derjenige in der Schweiz anwendbar ist, so ist für die Fahrkosten im Ausland auf diesen Ansatz abzustellen.

b) Weitere werkbezogene Kosten

Im Einzelfall sind dem als selbständig gemeldeten Dienstleistungserbringer im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung in der Schweiz noch weitere werkbezogene Kosten entstanden. Da seine Tätigkeit in der Schweiz als Arbeitnehmerentsendung betrachtet wird, sind diese Kosten beim Lohnvergleich zu berücksichtigen. Je nach Fallkonstellation sind deshalb zusätzliche werkbezogene Kosten vom Werklohn in Abzug zu bringen.

Im schweizerischen Arbeitsrecht zählen die Kosten für solche Aufwendungen nicht zum Arbeitsentgelt und müssen dem Arbeitnehmenden erstattet werden, z.B. Material für die Ausführung des Werks. Nach Art. 327 und 327a OR muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmenden für die durch die Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen, Material und Arbeitsgeräte entschädigen. Dementsprechend werden in der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) die Entschädigungen für Unkosten nicht zum massgebenden Lohn gezahlt (Art. 9 AHVV¹³). Dazu zählen namentlich: Auslagen für Berufskleider, Kosten für die Benützung von Räumlichkeiten, die der Erwerbstätigkeit dienen usw. Dieser Grundsatz kommt auch bei der Bestimmung des anrechenbaren Lohnes im internationalen Verhältnis zur Anwendung. Abgestützt wird dabei auf die Abrechnung des Arbeitnehmenden, die Angaben in den Fragebogen, weitere allfällige Unterlagen wie Offerten, Verträge usw.

¹³ Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung ; SR 831.101

Zu beachten ist, dass nicht in jedem Falle von festgestellter Scheinselbständigkeit dem Arbeitnehmer solche Auslagen entstanden sind. Es ist daher nicht gerechtfertigt, generell eine Pauschale für werkbezogene Kosten vom Werklohn abzuziehen. In Abzug gebracht werden sollen nur die Kosten von tatsächlichen Auslagen.

Auch im speziellen Falle, wo im Herkunftsland eine selbständige Tätigkeit ausgeübt wird und ein Betrieb, eine Werkstätte oder eine ähnliche Infrastruktur für die selbständige Dienstleistungserbringung besteht, dürfen grundsätzlich nur jene Werkkosten berücksichtigt werden, welche im Zusammenhang mit der in der Schweiz ausgeübten Tätigkeit entstanden sind. Dabei ist so weit wie möglich auf die effektiven oder vertraglich vereinbarten Kosten abzustellen, z.B. für die Materialkosten oder die Anfahrtspauschale für den Gebrauch des eigenen Fahrzeugs. Für die Verwendung von eigenen Werkzeugen, Geräten und Maschinen kann eine Pauschale von bis zu 10 % des Werklohnes berechnet werden.

Die Kosten unter a und b sind für die Berechnung des anrechenbaren Lohnes vom Werklohn abzuziehen.

Soll-Seite:

Die Seite des massgebenden schweizerischen Lohnes ist bei arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen analog anwendbar. Es gibt keine Besonderheiten zu beachten.

4.2 Verfahrensrechtliche Aspekte

Dem Lohnvergleich voran geht in der Regel die Prüfung der Vollzugsorgane, ob ein Dienstleistungserbringer nach den schweizerischen Vorschriften als selbständig zu betrachten ist. Gelangen die Kontrollorgane zum Schluss, dass es sich statt einer selbständigen Tätigkeit um ein Arbeitsverhältnis oder ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt, so ist in der Folge die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu überprüfen. Der Arbeitgeber untersteht dabei den Informations- und Auskunftspflichten nach Artikel 7 Absatz 2 EntsG. Auch der Arbeitnehmende selbst ist gestützt auf Art. 1a Abs. 5 EntsG auskunftspflichtig, was im Zusammenhang mit den geleisteten Arbeitszeiten und dem effektiv abgerechneten Werklohn von Bedeutung sein kann. Zudem können die Unterlagen und Auskünfte berücksichtigt werden, die im Rahmen der Überprüfung der Selbständigkeit vom Auftraggeber oder Besteller gestützt auf Art. 1a Abs. 5 EntsG eingeholt wurden.

Es ist zu beachten, dass der Lohnvergleich möglicherweise ganz oder teilweise auf Unterlagen und Dokumenten beruht, welche vom Arbeitnehmenden eingereicht wurden, da ihm grundsätzlich die Nachweispflicht der Selbständigkeit obliegt (Art. 1a EntsG). Diese Dokumente sind für den Lohnvergleich verwendbar, es ist aber zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber diese Dokumente möglicherweise nicht oder nicht alle kennt. Um dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs zu genügen, muss der Entscheid des Kontrollorgans über den Lohnvergleich für den Arbeitgeber transparent sein, d.h. er muss nachvollziehen können, auf welchen Feststellungen und Grundlagen der Lohnvergleich beruht. Dies bedeutet u.a., dass ihm Kopien von allfälligen für den Lohnvergleich relevanten Dokumenten auf sein Verlangen auszuhändigen sind und dass er zum Ergebnis des Vergleichs Stellung nehmen kann.

Alternativ zu diesem Vorgehen können die Kontrollorgane alle für den Lohnvergleich relevanten Dokumente beim Arbeitgeber einfordern, insbesondere, wenn Zweifel bestehen, ob dem Arbeitgeber ein Dokument ausgehändigt werden darf, z.B. weil es sich um Geschäftsgeheimnis handeln könnte. Im Einzelfall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und im Zweifelsfall sind die Unterlagen für den Lohnvergleich zusätzlich vom Arbeitgeber einzufordern.

Muss der Arbeitgeber aufgrund des Lohnvergleichs Nachzahlungen leisten, so muss er den Kontrollorganen eine Lohnabrechnung einreichen. Wenn der Arbeitnehmende mittels Formular A 1 belegen konnte, dass er für die vorübergehende Tätigkeit in der Schweiz im Herkunftsstaat sozialversichert bleibt, muss der Arbeitgeber für diesen Einsatz dem Herkunftsstaat keine Sozialabgaben abführen. Einzelheiten dazu sind der Weisung vom 1. Januar 2013 zum Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern in Kap. 5.1 zu entnehmen. Ob der Arbeitgeber den bereits gezahlten Werklohn (nach Abzug der Kosten für Verpflegung, Unterkunft, Reise, Material und andere Auslagen, siehe Kap. 4.1) mit dem geschuldeten Minimallohn verrechnet oder ob er den vollen Minimallohn bezahlt und den Werklohn zurückverlangt, bleibt ihm überlassen. Entscheidend ist, dass der in der Schweiz geschuldete Minimallohn tatsächlich ausgerichtet wird und der Arbeitgeber dies belegen kann.

5. Inkrafttreten

Die revidierte Weisung tritt am 1. April 2014 in Kraft. Massgebend für die Anwendung der überarbeiteten Weisung ist der Beginn des Einsatzes.

Mit freundlichen Grüssen

Staatssekretariat für Wirtschaft



Peter Gasser

Leiter Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen

Beilage: Berechnungshilfe