



Das KMU als ungewollter Personalverleiher

Dr. Fabia Spiess
Advokatin & Partnerin
spiess@lexterna.ch

MLaw Lucius Schweizer
Juristischer Mitarbeiter
jurist@lexterna.ch

Das KMU als Personalverleiher

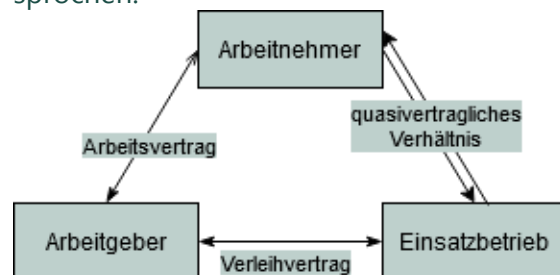
In vielen Branchen wie z.B. in der Baubranche ist der Personalverleih verbreitet und in der Regel sind den Beteiligten die Regelungen des Personalverleihs bekannt und/oder sie sind entsprechend beraten. In der Praxis begegnen uns allerdings immer wieder Konstellationen aus anderen Branchen, bei denen Unternehmen in der einen oder anderen Art die Arbeitskraft ihrer Mitarbeitenden an mit ihnen verbundene Unternehmen wie bspw. in Schwesterunternehmen oder befreundeten Unternehmen einsetzen, ohne sich darüber bewusst zu sein, dass dafür allenfalls eine Bewilligung notwendig sein könnte. Wenn durch diese Einsätze ein bewilligungspflichtiger Personalverleih erfolgt und keine Bewilligung eingeholt wurde, droht dem Unternehmen eine Busse.

Wir arbeiten nachfolgend mit zwei Sachverhaltsvarianten, um damit auf neuralgische Punkte hinzuweisen, bei denen erhöhte Aufmerksamkeit gefordert ist.

I. Wann liegt ein Personalverleih vor?

Bei allen Formen des Personalverleihs liegt ein Dreiecksverhältnis zwischen der Verleiherin (Arbeitgeberin), dem sog. Einsatzbetrieb (Entleiherin) und den Arbeitnehmer:innen zu Grunde: Zwischen den Arbeitnehmer:innen und der Arbeitgeberin besteht ein Arbeitsvertrag. Zwischen der Arbeitgeberin und dem Einsatzbetrieb besteht ein Verleihvertrag. Zwischen den Arbeitnehmer:innen und dem Einsatzbetrieb besteht kein vertragliches Verhältnis, jedoch hat der Einsatzbetrieb Weisungsrechte und die Arbeitnehmer:innen einen Fürsorgeanspruch. Teilweise wird von

einem quasivertraglichen Verhältnis gesprochen.



Als zentrales und definierendes Element des Personalverleihs gilt das Abtreten wesentlicher Weisungsbefugnisse: Als (Personal-)Verleiher gilt, wer Arbeitnehmer:innen einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer an den Einsatzbetrieb abtritt.¹ Art. 27 AVV definiert die drei Formen von Personalverleih: Temporärarbeit, Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmer:innen an Einsatzbetriebe.

Die Abgrenzung zwischen der bewilligungspflichtigen Leiharbeit und dem bewilligungsfreien gelegentlichen Überlassen von Arbeitnehmer:innen ist essentiell. Die Grenzen sind in der Praxis aber leider fließend und somit für jeden Einzelfall vorzunehmen. Hinzu kommt, dass sich die Ausgangslage während des laufenden Betriebs ständig ändert. Aus diesem Grund ergibt es Sinn, die Grundsätze des Personalverleihs verstanden zu haben, um eine mögliche Bewilligungspflicht frühzeitig zu erkennen.

Bewilligungspflichtig ist gemäss Art. 12 Abs. 1 AVG² zunächst nur der gewerbsmässige Personalverleih in der Form der Temporärarbeit und der Leiharbeit.³ Gewerbsmässigkeit liegt vor, wenn die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmer:innen entweder

¹ Art. 26 Abs. 1 Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVV.

² Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVG.

³ Art. 28 Abs. 1 AVV.

regelmässig an Einsatzbetriebe mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit der Verleihfähigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens 100'000 Franken erzielt.⁴ Jedoch sind nicht alle Formen des Personalverleihs bewilligungspflichtig. Gemäss Art. 28 Abs. 1 AVV ist der Personalverleih nur in den Formen der Temporärarbeit und der Leiharbeit bewilligungspflichtig. Das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern bleibt bewilligungsfrei – auch wenn damit mehr als CHF 100'000.- erwirtschaftet wird.

Mit diesen rechtlichen Grundlagen im Hinterkopf, wenden wir uns nun möglichen Fällen zu:

II. Grundsachverhalt

Eine Holding-AG hält die Tochterunternehmen A und B. A und B sind voneinander unabhängig und führen eigenständige (Produktions-)Betriebe.⁵ Aufgrund ihrer Verbindung über die Muttergesellschaft arbeiten die Unternehmen A und B gut und auf niederschwellige Art und Weise zusammen. Die Unternehmen verrechnen sich die gegenseitigen Dienstleistungen nahezu zum Selbstkostenpreis. Die im jeweils anderen Betrieb eingesetzten «fremden» Arbeitnehmer:innen erhalten ihren Lohn weiterhin von dem Unternehmen, mit dem sie den Arbeitsvertrag abgeschlossen haben.

III. Variante 1

Das Unternehmen A möchte eine neue Software installieren, welche von dem Unternehmen B bereits seit einiger Zeit genutzt wird. Um die Mitarbeiter für die optimale Nutzung der neuen Software zu schulen, fragt Unternehmen A beim Unternehmen B an, ob ein Informatiker von B drei Schulungen für die Mitarbeitenden von A

durchführen kann. Da nun das Unternehmen B der A einen Informatiker zur Verfügung stellt, könnte eine Form des bewilligungspflichtigen Personalverleihs vorliegen.

Wie oben dargelegt wird als erstes zu prüfen sein, ob überhaupt ein Personalverleih vorliegt, resp. Unternehmen B als Personalverleiherin zu qualifizieren ist. Dafür ist entscheidend, ob Unternehmen B dem Unternehmen A die wesentlichen Weisungsbefugnisse über den bei B eingesetzten Informatiker abtritt. Da es keine gesetzlich vorgeschriebene und/oder abschliessende Liste von Weisungsrechten gibt, wird diese Abgrenzung anhand von Indizien vorgenommen. Das Gesetz benennt in Art. 26 Abs. 2 AVV eine nicht abschliessende Liste von Indizien, welche für das Vorliegen eines Personalverleihs sprechen wie das Einbinden der Arbeitnehmer:innen in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht (lit. a), die Arbeitsausführung mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebs (lit. b) und dass der Einsatzbetrieb die Gefahr der Schlechterfüllung des Verleihvertrags trägt. Daneben nennt die Literatur weitere Indizien.

Vorliegend fällt die Antwort nach der Bewilligungspflicht je nach Ausgestaltung des «Arrangements» unterschiedlich aus. Wenn der Informatiker mit seinem von B zur Verfügung gestellten Laptop und einer bei dem Unternehmen B erstellten, fertigen Präsentation bei A erscheint und dort die Schulungen durchführt, dürfte prima vista kein Personalverleih vorliegen. Der Informatiker benutzt für die Arbeitsverrichtung nämlich kein Werkzeug oder Material des Einsatzbetriebs, was eines der gesetzlichen Indizien für Personalverleih ist. Weiter sprechen von der Lehre entwickelte weitere

⁴ Art. 29 Abs. 1 AVV.

⁵ Die Besonderheiten des konzerninternen Personalverleihs werden im Rahmen dieses Kurzbeitrags ausgeklammert.

Indizien gegen einen Personalverleih: Der Informatiker erhält die Arbeitsanweisung und die Beschreibung der Tätigkeit von seinem Arbeitgeber und nicht von Unternehmen A. Ebenfalls rapportiert er weiterhin an Unternehmen B. Diese Indizien machen einen bewilligungspflichtigen Personalverleih eher unwahrscheinlich. Vielmehr dürfte ein dem Obligationenrecht (OR) unterstehender Auftrag oder Werkvertrag zwischen Unternehmen A und Unternehmen B vorliegen. Solche Verträge unterstehen keiner Bewilligungspflicht. Der Informatiker ist dabei nur Hilfsperson des Unternehmens B, wie dies bspw. auch bei einem Handwerker der Fall ist, der in der Wohnung des Kunden für seinen Betrieb etwas repariert. Dass der Informatiker die Vorträge aus praktischen Gründen zu den Arbeitszeiten des Unternehmens A hält und allenfalls ausnahmsweise einen Schlüssel zum Gebäude erhält, um die Schulung vorzubereiten, was grundsätzlich dem gesetzlichen Indiz der organisatorischen Einbindung in den Einsatzbetrieb entsprechen würde, fällt in der Gesamtbetrachtung wohl nicht ins Gewicht. Wenn das Unternehmen A zudem bei einer allfälligen Schlechtleistung des Informatikers einen Honorarminderungsanspruch hat, spricht dies ebenfalls für einen Auftrag oder Werkvertrag nach OR.

Für das Vorliegen eines Personalverleihs würde bspw. sprechen, wenn der Informatiker von Unternehmen A ganz regelmässig Schulungen bei B durchführen würde, er dazu einen Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt bekommen würde und das Unternehmen A dem Informatiker Fachanweisungen geben dürfte.⁶ Ein weiteres Indiz wäre, wenn er das erforderliche Material vor Ort erhält, das Unternehmen A den Informatiker anweisen kann, Überstunden zu leisten oder wenn der Informatiker sich nach den Reglementen des Unternehmens A richten

müsste. In einem solchen Fall wäre tendenziell wohl von einem Personalverleih auszugehen, da die Weisungsbefugnisse von Unternehmen B an das Unternehmen A abgetreten wurden.

Ohne das genaue Arrangement resp. die tatsächlich gelebte Kooperation zu kennen, lässt sich jedoch keine abschliessende Qualifikation vornehmen.

IV. Variante 2

Hier gehen wir davon aus, dass das Unternehmen A ein etwas grösserer Betrieb ist, der über eine entsprechende administrative Infrastruktur und Personal verfügt. Das Unternehmen B ist ein kleines, hoch spezialisiertes Unternehmen mit wenigen Angestellten. Aus diesem Grund sollen sich ein paar Mitarbeiter von Unternehmen A um gewisse administrative Belange von Unternehmen B kümmern wie bspw. Unterstützung im Bereich Buchhaltung und administrativen Arbeiten. Für die einzelnen Mitarbeiter von A ist dies, gemessen an ihrem gesamten Arbeitspensum, ein geringer Aufwand. Die Mitarbeiter von Unternehmen A verbleiben für diese Aufgabe zudem an ihrem gewohnten Arbeitsplatz bei A und nutzen die dortige Infrastruktur. Die Anfragen und die erforderlichen Unterlagen sowie die Anweisungen erhalten sie allerdings direkt von der Geschäftsleitung von Unternehmen B. Die Leistungen, welche die Mitarbeitenden von Unternehmen A gegenüber dem Unternehmen B verrechnet, betragen jährlich mehr als CHF 100'000.-.

Für die Beantwortung der Frage nach der Bewilligungspflicht muss vorliegend geklärt werden, ob es sich um (bewilligungspflichtige) Leiharbeit oder um ein (bewilligungsfreies) gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmer:innen im Sinne von Art. 27

⁶ Z.B. wenn der Informatiker zunächst in Zusammenarbeit mit Personen aus dem Unternehmen A eine Präsentation

erarbeiten und diese von der Geschäftsleitung von A abnehmen lassen muss.

Abs. 3 resp. Abs. 4 AVV handelt. Bei der bewilligungspflichtigen Leiharbeit besteht ein (Teil-)Zweck der Anstellung darin, den oder die Arbeitnehmer:in an Einsatzbetriebe zu verleihen. Die Arbeitgeberin hat in solchen Konstellationen meist auch einen eigenen Betrieb, in dem sie ihre Angestellten einsetzt. Beim bewilligungsfreien gelegentlichen Überlassen von Arbeitskräften arbeiten die Arbeitnehmer:innen ebenfalls im Betrieb der Arbeitgeberin. Der Verleih gehört aber nicht zum Standardangebot der Arbeitgeberin. Dennoch wird die Arbeitskraft ausnahmsweise einem Dritten, dem Einsatzbetrieb, überlassen. Die Abgrenzung der beiden Formen ist problematisch und nicht klar. Das einzige Unterscheidungsmerkmal ist die Häufigkeit der Verleihung, was freilich ein unklarer Begriff ist.

Auch im vorliegenden Fall kann die Frage wohl nicht abschliessend beantwortet werden. Einerseits arbeiten die Angestellten des Unternehmens A hauptsächlich für das Unternehmen A und nur in einem sehr kleinen Pensum für das Unternehmen B, was im Gesamtkontext als ausnahmsweise erscheinen kann und somit für ein gelegentliches Überlassen spricht. Andererseits spricht die gewisse «Institutionalisierung» der Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen A und B für eine Regelmässigkeit und somit für Leiharbeit. Weiter spricht für die Leiharbeit, dass die entsprechenden Mitarbeiter die zu erledigenden Aufgaben und die fachlichen Anweisungen, wie die Aufgabe zu lösen ist, nicht mehr vom Unternehmen A, sondern von der Geschäftsleitung der B erhalten. Damit können die wesentlichen Weisungsbefugnisse, in Bezug auf die administrativen Tätigkeiten für Unternehmen B, an das Unternehmen A abgetreten worden sein. Dass die Mitarbeitenden von A weiterhin am Ort des

Unternehmens A arbeiten und dazu auch das «Werkzeug» (Computer, Schreibtisch, Software usw.) des Unternehmens A verwenden, erscheint in Bezug auf die Aufgabe nur praktisch und somit untergeordnet. Zudem ist die Schwelle der Gewerbmässigkeit mit dem Umsatz von jährlich mehr als CHF 100'000 aus der Verleihtätigkeit erreicht.⁷

Besonders tückisch sind die Fälle, bei der sich die Häufigkeit der Zusammenarbeit mit der Zeit intensiviert und dann irgendwann (und unbemerkt) die unklare Schwelle zur Leiharbeit überschritten wird und plötzlich eine Bewilligung erforderlich wäre.

V. Präventive Massnahmen?

Um als Unternehmen sicher zu sein, dass kein bewilligungspflichtiger Personalverleih ausgeübt wird, könnte es sich überlegen, bei der zuständigen Amtsstelle ein Gesuch für den Erlass einer negativen Feststellungsverfügung zu stellen. Allerdings wird das dafür benötigte Feststellungsinteresse nur im Zusammenhang mit einem konkreten Fall/Situation anerkannt und die Verfügung muss für die Gesuchsteller:innen wesentliche Folgen haben. Das heisst, die Hürden sind entsprechend hoch. Ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilen die Behörden in der Regel nur sog. «Mitteilungen», welche keine Rechtssicherheit bieten. In der Praxis, insbesondere beim kurzfristigen Überlassen von Arbeitskräften, fehlt ohnehin die Zeit, im Voraus eine solche Verfügung zu erwirken. Hinzu kommt, dass man auch nur bei einer kleinen Veränderung des Sachverhalts, eine neue Verfügung erwirken müsste. Eine negative Feststellungsverfügung erscheint daher in vielen Fällen nicht als passendes Instrument,

⁷ Gewichtet man die organisatorische Eingliederung bei der Arbeitgeberin höher, werden die Tätigkeiten für Unternehmen B tatsächlich nur nebenbei erledigt oder erfolgen

die Fachanweisungen für die Tätigkeit teilweise auch von Unternehmen A, könnte man auch zu einem anderen Ergebnis gelangen.

was dazu führt, dass die Rechtsunsicherheit bestehen bleibt.

Weiter wäre denkbar, von Beginn der Zusammenarbeit an klare Vereinbarungen mit den Kooperationspartnern abzuschliessen. In einer solchen Vereinbarung kann z.B. die Weisungsbefugnis geregelt und die Rechte und Pflichten der Parteien genauer definiert werden. Empfehlenswert sind zudem Regelungen darüber, wer die Folgen einer Schlechterfüllung zu tragen hat. Je nach Ausgestaltung dieser Vereinbarung können damit starke Indizien für einen

bewilligungsfreien Auftrag/Werkvertrag geschaffen werden.

Wichtig dabei ist auch, dass die Vereinbarung die tatsächlich gelebte Kooperation wiedergibt und nicht Wunschvorstellungen, denn die Qualifikation als Personalverleih richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht nach dem Titel der geschlossenen Vereinbarung.

VI. Fazit

- > Der (bewilligungspflichtige) Personalverleih muss vom (bewilligungsfreien) Auftrag/Werkvertrag nach OR abgegrenzt werden.
- > Ein Personalverleih im Sinne des AVG liegt erst vor, wenn die wesentlichen Weisungsbefugnisse der Arbeitgeberin an den Einsatzbetrieb abgetreten werden und die Verleihung von Arbeitskräften gewerbemässig betrieben wird.
- > Personalverleih kennt die Formen der Temporärarbeit, der Leiharbeit und des gelegentlichen Überlassens von Arbeitskräften.
- > Bewilligungsfrei ist nur das gelegentliche Überlassen von Arbeitskräften.
- > Die Abgrenzung zwischen der Leiharbeit und dem gelegentlichen Überlassen von Arbeitskräften ist fließend, stark sachverhaltsbezogen und damit mit Unsicherheiten verbunden.
- > Eine klare Vereinbarung zwischen den Parteien zur Regelung der Zusammenarbeit kann helfen.



Dr. iur. Fabia Spiess
Advokatin & Partnerin



Lucius Schweizer, MLaw
Juristischer Mitarbeiter

Verwendete Quellen: BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, in: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2010, S. 53 ff.; FACINCANI/PICENONI/SUTTER, Wenn eine Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmenden ausleiht, in: TREX Der Treuhandexperte 1/2022, S. 26 ff.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage; KULL, in: Kull (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Stämpflis Handkommentar zu Art. 12 AVG

Hinweis

Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschliesslichkeit der Inhalte gestellt. Die zur Verfügung gestellten Informationen ersetzen keine individuelle juristische Beratung. Sie sind unverbindlich und nicht Gegenstand eines anwaltlichen Beratungsvertrages.