

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen

MICHAEL KULL

Inhaltsübersicht

I.	Einleitende Bemerkungen	193
II.	Der Konzern im Schweizer Recht	195
	A. Der Konzernbegriff im Obligationenrecht (OR)	195
	B. Die Konzerndefinition nach Lehre und Rechtsprechung	195
III.	Der Konzern und dessen Behandlung nach dem AVG	196
	A. Der Konzern in der Gesetzgebung	196
	B. Der Konzern und dessen praktische Handhabung nach den Weisungen und Erläuterungen des SECO des Jahres 2003	197
	C. Die Behandlung des Konzerns nach der aktuellen Weisung des SECO	197
IV.	Der Schutzzweck des AVG und dessen Relevanz in Bezug auf Konzernverhältnisse	201
	A. Der Schutzzweck des AVG im Allgemeinen	201
	B. Die Schutzbedürftigkeit verliehener Arbeitnehmer im Konzern	202
	C. Der Schutzzweck in Bezug auf «Staffingfirmen»	202
V.	Der Personalverleih im Konzern und dessen Bewilligungspflicht nach dem AVG	202
	A. Keine strikte Anwendung des AVG im Grundsatz	202
	B. Wann ist der konzerninterne Personalverleih nun also bewilligungspflichtig?	203
	1. Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern	203
	2. Leiharbeit	204
	3. Temporärarbeit	206
	C. Bewilligungspflicht des grenzüberschreitenden Konzernverleihs	207
VI.	Fazit und Aussicht	207

I. Einleitende Bemerkungen

Arbeitgeber – in diesem Zusammenhang auch Verleiher genannt – bedürften bei der gewerbmässigen Überlassung von Arbeitnehmern unter Abtretung des Weisungsrechts an einen Einsatzbetrieb grundsätzlich einer Betriebsbewilligung nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Ausführungsverordnung (Art. 12 AVG in Verbindung mit Art. 26 AVV; SR 823.11 und SR 823.111).

Obwohl Konzernverhältnisse im AVG/AVV keine Behandlung erfahren, wurden diese nach den Weisungen des SECO¹ bislang vom Anwendungsbereich ausgenommen (Weisungen und Erläuterungen zu AVG, AVV, GV-AVG aus dem Jahr 2003, nachfolgend «Weisungen SECO»). Innerhalb von Konzernstrukturen konnte deshalb Personal frei verliehen werden, ohne dass eine entsprechende Bewilligung erforderlich gewesen wäre. Dies mit der Begründung, dass Arbeitnehmer in Konzernverhältnissen nicht den verleihtypischen Gefahren ausgesetzt seien, weil es sich nicht um sog. «fremde Arbeitnehmer» handle. Begünstigt sollten dadurch insbesondere die Interessen der Arbeitnehmer werden, welchen so unkompliziert die Möglichkeit von Weiterbildungen, Auslandsinsätzen und allgemeinem Knowhow-Transfer ermöglicht wurde.

Diese Ausnahme vom Anwendungsbereich wurde von Konzernen ausgereizt, indem diese Tochtergesellschaften als reine «Staffingfirmen» betrieben und ausschliesslich Personal innerhalb des Konzerns verliehen. Dies wiederum führte unlängst zu einer Praxisänderung des SECO, welches neu auch beim Personalverleih innerhalb von Konzernen grundsätzlich eine Bewilligung nach dem AVG verlangt. Diese Weisung wurde mit Datum vom 20. Juni 2017 in der Form eines Kreisschreibens an die kantonalen Wirtschaftsämter versandt und findet sich weiter hinten im Aufsatz (einsehbar im Original unter <http://swissblawg.ch/wp-content/uploads/2017/07/SECO-Weisung-konzerninterner-Personalverleih.pdf>).

Nachfolgend soll geprüft werden, welche Abweichungen vom Wortlaut des AVG und den neuen Richtlinien des SECO gerechtfertigt und wünschenswert erscheinen. Es werden hierzu nach der Definition des Konzernbegriffs die alten und neuen Richtlinien des SECO dargestellt, um anschliessend den Schutzzweck des AVG in Erinnerung zu rufen. Auf diesen Grundlagen wird dann die neue Praxis des SECO einer Würdigung unterzogen.

Nicht behandelt und als bekannt vorausgesetzt werden nachfolgend die nicht immer einfache Abgrenzung vom Personalverleih zum bewilligungsfreien Auftrag und zur nicht gewerbsmässigen Tätigkeit (hierzu MICHAEL KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2013, S. 1485 ff.; MICHAEL KULL & EVA-MARIA SOMMER-BÄNI, Personalverleih oder Auftrag, AJP 2016, S. 778 ff.) sowie die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus der Anwendbarkeit des AVG bzw. der Notwendigkeit der Bewilligungspflicht ergeben (vgl. Art. 13 ff. AVG und 26 ff. AVV; bspw. Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung, Anwendbarkeit des GAV Personalverleih und der Formvorschriften des

¹ https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Abeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html, zuletzt besucht am 23.5.2017.

AVG auch auf nicht bewilligungspflichtige Tätigkeiten etc.). Es wird hierfür auf die einschlägige Literatur verwiesen (vgl. die Kommentierungen hierzu wie OFK-REH-BINDER aus dem Jahre 1992 oder SHK-KULL aus dem Jahre 2014).

II. Der Konzern im Schweizer Recht

A. Der Konzernbegriff im Obligationenrecht (OR)

Im Gegensatz zu ausländischen Rechtsordnungen enthält die Schweizer Gesetzgebung kein eigentliches Konzernrecht. Im fünften Abschnitt des OR erfährt der Konzern jedoch eine explizite Behandlung in dem seit Januar 2013 geltenden, neuen Rechnungslegungsrecht. In Artikel 963 Abs. 2 OR wird dabei die Kontrolle einer juristischen Person über ein anderes Unternehmen als Kennzeichnung definiert. Diese Kontrolle besteht dabei über eine direkte Stimmenmehrheit im obersten Organ (Ziff. 1), das direkte oder indirekte Recht, die Mehrheit des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen (Ziff. 2) oder wenn über die Satzung des Unternehmens oder über einen Vertrag ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann (Ziff. 3). Massgebliches Kriterium bildet die rechtliche oder faktische Einflussmöglichkeit der Mutter- auf die Tochtergesellschaft, welche sich als rechtliche Abhängigkeit qualifiziert.

B. Die Konzerndefinition nach Lehre und Rechtsprechung

Obwohl die Schweizer Gesetzgebung kein abgeschlossenes Normengefüge im Sinne eines Konzernrechts kennt, enthält es gleichwohl auf jede konzernrechtliche Fragestellung eine Antwort (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, § 11 N 1 m.w.H.). Nach BÖCKLI kennzeichnet sich der Konzernbegriff durch eine *«effektiv durchgesetzte Unterordnung von mehreren juristisch zuständigen Kapitalgesellschaften unter eine leitende Gesellschaft mit dem Zweck des Auftritts als unternehmerisch tätige, wirtschaftliche Einheit»* (§ 11 N 3). Unterteilt werden die Konzernstrukturen sodann, je nachdem wie straff diese geführt werden, in solche mit und ohne Kompetenzattraktion. Bei letztgenanntem Konstrukt besteht ein relevantes Minderheitsaktionariat von dritter Seite (BÖCKLI, § 11 N 3a).

Der Konzern ist als solcher nicht rechtsfähig und die einzelnen Konzerngesellschaften sind demzufolge wie reguläre Aktiengesellschaften zu behandeln (BGE 130 III 213). Die Unterscheidung einer Tochtergesellschaft zu einer reinen Zweigniederlassung liegt in der rechtlichen Selbständigkeit der Tochter, die auch im Konzern auf-

recht erhalten bleibt (BGE 115 Ib, 55, 61; BSK OR II-BAUDENBACHER, Vor Art. 620, N 19 m.w.H., 5. Aufl.).

Massgeblich bei all diesen Unterscheidungen ist die einheitlich wirtschaftliche Leitung von mehreren rechtlich wie juristisch selbstständigen Unternehmungen (BGE 113 II 31; ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, § 1 II. 2., Bern 2005).

III. Der Konzern und dessen Behandlung nach dem AVG

A. Der Konzern in der Gesetzgebung

Das AVG und die AVV erwähnen den Konzern und entsprechende Strukturen nicht. Entsprechend dem Fehlen von Spezialregelungen ist der Personalverleih innerhalb eines Konzerns somit nach dem Gesetzeswortlaut identisch dem Personalverleih zwischen zwei unabhängigen Gesellschaften zu behandeln. Dies bedeutet, dass bei einer Erfüllung der Kriterien von Art. 12 AVG und Art. 26 bis 31 AVV auch innerhalb eines Konzerns eine Bewilligung zum Personalverleih eingeholt und die damit zusammenhängenden Bestimmungen, insbesondere auch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrags Personalverleih², beachtet werden müssten.

Das SECO hat hierbei jedoch von seiner generellen Weisungskompetenz Gebrauch gemacht und mehrere Weisungen und Erläuterungen zu diesem Themenkreis publiziert. Diese Gesetzesinterpretationen des SECO werden in der Rechtsprechung der kantonalen Instanzen wie auch des Bundesgerichts grundsätzlich mehr oder minder ungeprüft übernommen, auch wenn ihnen keine gesetzesgleiche Geltung zukommt, sondern es sich lediglich um die Auslegung einer rechtsanwendenden Behörde handelt (vgl. BGE 2C_356/2012; hierzu auch bspw. MICHAEL KULL, Urteilsbesprechung des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt vom 14.4.2015, in ARV 2016 S. 181 ff.).

² https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege/Personalverleih.html, zuletzt besucht am 23.5.2017.

B. Der Konzern und dessen praktische Handhabung nach den Weisungen und Erläuterungen des SECO des Jahres 2003

Erwähnt wird der Konzern entgegen der Nichtbehandlung im AVG und der AVV in den «Weisungen und Erläuterungen zu AVG, AVV, GAV-AVG» des SECO. In der bislang geltenden Version ist auf Seite 147 Folgendes festgehalten:

«Der konzerninterne Verleih zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft, oder zwischen zwei Tochtergesellschaften oder zwischen Zweigniederlassungen ist nicht der Bewilligungspflicht unterstellt, sogar wenn es sich um das zur Verfügung stellen von Personal zwischen zwei rechtlich unabhängigen Unternehmen handelt.

Im Gegensatz zum normalen Verleih sind die Arbeitnehmer beim konzerninternen Verleih nicht den verleihtypischen Gefahren ausgesetzt.

Sie werden in der Regel nicht als <<fremde>> Arbeitnehmer wahrgenommen, eine Schlechterbehandlung ist dementsprechend ausgeschlossen.»

Diese Interpretation diente bislang als Leitfaden in der praktischen Rechtsanwendung und führte dazu, dass innerhalb von Konzernen der Personalverleih ohne Einhaltung der Bestimmung des AVG gehandhabt werden konnte. Dies rechtfertigt sich insbesondere deshalb, da die Bestimmungen des AVG von der Intention her die Ausbeutung von Arbeitnehmern zu unterbinden bezweckt und dabei Themen wie Mindestlohn und Arbeitsbedingungen im Rahmen der Beratungen in den Expertenkommissionen im Fokus standen. Die praktischen Erfahrungen zeigten aber auf, dass die konzerninternen Reglemente meist überdurchschnittliche Arbeitsbedingungen gewährleisteten und auch die Löhne über dem branchenüblichen lagen. Eine Anwendung der Bestimmungen des AVG wurde damit als nicht notwendig erachtet und sollte deshalb den uneingeschränkten Personalverleih innerhalb von Konzernstrukturen nicht behindern.

C. Die Behandlung des Konzerns nach der aktuellen Weisung des SECO

In einem Merkblatt zu den Bestimmungen über den Personalverleih gemäss AVG vom März 2017³ wurde auf Seite 2 zum konzerninternen Verleih die neue Handhabung des AVG in Bezug auf Konzernstrukturen soweit nachvollziehbar erstmals offiziell vom SECO selbst kommuniziert. Die neue Interpretation bezüglich des Konzernverleihs ist dabei so diametral wie klar: Der Konzernverleih wird im Grundsatz

³ http://www.treffpunkt-abeit.ch/serveattachment/3e0ec78e138e11e7a08d234787018fd68fd6/Merkblatt_Personalverleih_2016_d_22-3-2017.pdf.

als bewilligungspflichtig taxiert. Eine Abweichung vom Grundsatz sei nur noch in Ausnahmefällen als zulässig zu erachten, nämlich wenn der Verleih ausschliesslich der Weiterbildung des Mitarbeiters oder dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns diene.

Diese neue Rechtsauslegung des SECO war erstmals jedoch bereits in der Form einer Antwort des Bundesrates auf die «Interpellation Stolz» aus dem Jahre 2015 nachzulesen.⁴ Nach den dortigen Ausführungen wurde aber innerhalb von Konzernstrukturen der Personalverleih zur Sammlung von Berufs- oder Auslanderfahrungen, zum Knowhow-Transfer oder zur Vermeidung von Kurzarbeit nach wie vor explizit als bewilligungsfrei angesehen.

Mittlerweile liegt die neue Weisung mit Datum vom 20. Juni 2017 vor und nimmt sich inhaltlich wie folgt aus:

«Konzern»

Das schweizerische Recht kennt keine Regelung des Konzernrechts. Jede einzelne Konzerngesellschaft wird grundsätzlich als ein rechtlich selbstständiges Gebilde mit eigenen Organen behandelt, welche die Geschäfte im Interesse der Gesellschaft und nicht des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilsinhabers zu tätigen haben. Rechtsgeschäfte zwischen solchen Gesellschaften sind deshalb zu den gleichen Bedingungen abzuwickeln, wie sie auch mit aussenstehenden Dritten vereinbart würden (BGE 138 II 57, E. 4.1.).

Regelung des konzerninternen Personalverleihs im AVG

Das AVG beinhaltet keine spezifischen Regelungen zum konzerninternen Personalverleih. Die Bewilligungspflicht ist nach den üblichen Kriterien zu beurteilen. Eine Bewilligungspflicht ist im Grundsatz auch bei Verleihverhältnissen innerhalb des Konzerns gegeben.

Verleihtypische Aspekte

Das dem Personalverleih zugrunde liegende Dreiparteienverhältnis führt zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion. Der Arbeitgeber (Verleiher) überlässt seinen Arbeitnehmenden einem Dritten (Einsatzbetrieb) zur Arbeitsleistung. Der Dritte verfügt gegenüber dem verliehenen Arbeitnehmenden über wesentliche Weisungsbefugnisse und übernimmt Überwachungs- und Fürsorgepflichten. Er ist faktischer Arbeitgeber, jedoch nicht rechtlicher. Der verliehene Arbeitnehmende ist im Vergleich zu den Festangestellten im Einsatzbetrieb in der Regel weniger gut integriert. Eine Schlechterstellung kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Der Arbeitnehmende muss sich unter Umständen gegenüber zwei Parteien, dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitgeber, durchsetzen. Die Distanz zum Arbeitgeber kann bspw. dazu führen,

⁴ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20153641>.

dass der Arbeitnehmende keine Kenntnis von dessen Unterkapitalisierung erfährt und nicht rechtzeitig notwendige Massnahmen ergreifen kann.

Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), zur Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) und zur Gebührenverordnung (GebV-AVG)

In den genannten Weisungen war das SECO von der Annahme ausgegangen, dass die von einer Konzerngesellschaft an eine andere entliehenen Arbeitnehmenden in einem Einzelfall Berufs- und/oder Auslandserfahrung sammeln oder einen Know-how-Transfer, z.B. die Einarbeitung an einer neuen Maschine oder die Implementierung einer Konzern-Software, umsetzen würden. Das SECO hatte diese Art von konzerninternem Personalverleih bewilligungsfrei zugelassen mit der Überlegung, dass in solchen Einzelfällen das Interesse des Arbeitgebers an einer raschen und barrierefreien Umsetzung gross sei und dabei berücksichtigt, dass das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden e contrario zu Art. 28 Abs. 1 AVV von der Bewilligungspflicht ausgenommen ist.

Entwicklung in den darauffolgenden Jahren

In den Folgejahren stellte das SECO vermehrt fest, dass der konzerninterne Personalverleih von den Konzerngesellschaften auf gewerbsmässige Verleihtätigkeiten ausgedehnt worden war und gewisse Konzerngesellschaften sogar dazu übergehen wollten, eigentliche Gesellschaften innerhalb des Konzerns zu gründen, die den Personalbedarf des ganzen Konzerns abdecken sollten. Diese Entwicklung hat das SECO dazu veranlasst, den konzerninternen Personalverleih nur noch in beschränktem Mass bewilligungsfrei zuzulassen. Diese Weisung ruft die bestehende Vollzugspraxis in Erinnerung und präzisiert, unter welchen Umständen der Personalverleih innerhalb des Konzerns bewilligungsfrei zugelassen werden kann.

Bewilligungsfreier konzerninterner Personalverleih – Ausnahmetatbestand

Im Sinn eines Ausnahmetatbestands kann der Personalverleih innerhalb des Konzerns bewilligungsfrei zugelassen werden, wenn es sich um einen Einzelfall handelt und ausschliesslich den Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht fördert, dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns dient oder gelegentlich im Sinn des AVG [Art. 12 AVG i.V.m. Art. 27 Abs. 4 AVV] vorkommt. Die nachfolgend aufgeführten Kriterien können ein Indiz für einen bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleih sein:

- Der Arbeitnehmende wird hauptsächlich zur Arbeitsleistung in der eigenen Konzerngesellschaft angestellt. Der Personalverleih an eine andere Konzerngesellschaft ist grundsätzlich nicht beabsichtigt und erfolgt lediglich im Einzelfall.
- Der Personalverleih gehört nicht zum Hauptzweck der verleihenden Gesellschaft.
- Der Personalverleih ist zeitlich begrenzt.
- Der Personalverleih erfolgt gelegentlich. Der Arbeitgeber kann bspw. einen Auftragseinbruch überbrücken und der Einsatzbetrieb einen kurzfristigen Bedarf an zusätzlichem Personal konzernintern abdecken.

- Im Vordergrund stehen der Erwerb von Erfahrung und/oder die Aneignung/Weitergabe spezifischer Kenntnisse und Wissens.
- Der Arbeitnehmende hat die Möglichkeit, einen Auslandsaufenthalt oder eine Berufserfahrung in einer anderen Konzerneinheit zu machen.
- Es findet ein Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns statt, indem bspw. eine neue Software im ganzen Konzern implementiert oder ein Arbeitnehmender an einer neuen Maschine eingeschult wird.

Grenzüberschreitender bewilligungsfreier konzerninterner Personalverleih

Spielt sich ein grenzüberschreitender Personalverleih innerhalb des oben erläuterten Rahmens ab, kann dieser – entgegen der gesetzlichen Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 AVG – ebenfalls bewilligungsfrei zugelassen werden.

Verbotener Weiterverleih

Auch beim konzerninternen bewilligungsfreien Personalverleih muss sichergestellt sein, dass dieser sich bloss innerhalb des Konzerns abspielt und kein verbotener Weiterverleih nach Art. 26 Abs. 3 AVV vorliegt.

Bewilligungspflichtiger konzerninterner Personalverleih – Regelfall

Jeglicher über den oben beschriebenen Ausnahmetatbestand hinausgehende Personalverleih ist stets bewilligungspflichtig. Dies gilt insbesondere für die eigens innerhalb des Konzerns kreierte(n) Gesellschaft(en), die anderen Konzerngesellschaft(en) Personal überlassen [sogenannte «Staffingfirmen»]. In diesen Fällen liegt Gewerbsmässigkeit im Sinn des AVG vor und es bestehen dieselben dem Dreiparteienverhältnis inhärenten Gefahren wie bei den übrigen Personalverleihgesellschaften. Den betroffenen verliehenen Arbeitnehmenden ist der vom Gesetzgeber gewollte Schutz zu gewähren, weshalb dieser gewerbsmässig betriebene konzerninterne Personalverleih der Bewilligungspflicht nach AVG unterstellt ist. Bei diesem ist davon auszugehen, dass die in der Form der Leiharbeit verliehenen Arbeitnehmenden auf unbestimmte oder längerfristige Dauer angestellt sind. Darin unterscheidet sich der bewilligungspflichtige konzerninterne Personalverleih von dem Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 AVV zugrunde liegenden Sachverhalt. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung soll die Benachteiligung des zwischen Konzerngesellschaften kurzfristig in der Form der Temporärarbeit verliehenen Arbeitnehmenden verhindert werden [kürzere Kündigungsfrist während der ersten drei Monate, verzögerte Aufnahme in die Pensionskasse usw.].

AVG im Verhältnis zum Entsendegesetz, EntsG

Im grenzüberschreitenden Kontext führen Konzerne manchmal an, dass mit Art. 1 Abs. 1 Bst. b EntsG der grenzüberschreitende konzerninterne Personalverleih erlaubt sei. Sie berufen sich dabei auf den Wortlaut, der besagt, dass unter das EntsG auch Arbeitgeber mit Sitz im Ausland fallen, die ihre Arbeitnehmenden in die Schweiz entsenden, damit diese hier für einen bestimmten Zeitraum «in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört». Aus der Botschaft und den Materialien zum EntsG kann entnommen werden, dass

der Gesetzgeber auch für das EntsG ausdrücklich festhielt, dass das AVG mit seinem Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz nach Art. 12 Abs. 2 AVG vorbehalten bleibe. Mit Art. 1 Abs. 1 Bst. b EntsG wollte der Gesetzgeber einzig festlegen, dass auch in diesem Fall eine Entsendung vorliegt und damit das EntsG beachtet werden muss, wenn ein Arbeitnehmender innerhalb eines Konzerns zum Einsatz gebracht wird. Auch in diesem Fall verbleibt das Weisungsrecht über den eingesetzten Arbeitnehmenden wie bei der Entsendung nach Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG beim entsendenden Betrieb als Arbeitgeber und liegt somit kein Personalverleih vor. Auch mit der Berufung auf das EntsG können somit die Regelungen des AVG nicht umgangen werden und der konzerninterne Personalverleih darf nur ausnahmsweise dann zugelassen werden, wenn die oben beschriebenen Umstände vorliegen.

Die massgebliche Neuinterpretation des SECO liegt darin, dass reine Konzerninteressen grundsätzlich zu keinem bewilligungsfreien Personalverleih mehr berechtigen sollen, während dies bei hauptsächlichen Arbeitnehmerinteressen nach wie vor praktisch unbeschränkt zulässig sein soll. Diese Neuinterpretation wird nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen.

IV. Der Schutzzweck des AVG und dessen Relevanz in Bezug auf Konzernverhältnisse

A. Der Schutzzweck des AVG im Allgemeinen

Das AVG bezweckt nach Art. 1 lit. c. insbesondere «den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen» (vgl. hierzu auch weitergehende Ausführungen und Hinweise in STEFAN FIERZ, SHK AVG Art. 1 N 4 ff.). Die im Gesetz verankerte Bewilligungspflicht soll dabei eine fachkundige und seriöse Verleihtätigkeit gewährleisten (Bundesblatt 1985 III 590). Der Fokus des Gesetzgebers lag dabei insbesondere auf kleineren Verleihbetrieben, deren Kapitalisierung und entsprechenden Reserven oftmals in keinem gesunden Verhältnis zu den ausstehenden Lohnsummen standen, was bei einem negativen Geschäftsgang immer wieder zum Ausbleiben von Lohnzahlungen mit der damit einhergehenden Belastung des Sozialstaates geführt hatte (Insolvenzentschädigung oder Sozialhilfe als Beispiele; vgl. hierzu auch HEIZ, S. 59). Nicht erwähnt in den Quellen zum AVG, den Publikationen des SECO wie auch den Lehrmeinungen und deshalb hervorzuheben ist jedoch der damit verbundene Wille des Gesetzgebers, Arbeitsplätze zu erhalten und zu sichern. Hierbei handelt es sich gar um eine der wohl grundlegendsten Intuitionen des AVG. Diesen Umstand gilt es nachfolgend im Auge zu behalten, wenn der konzerninterne Personalverleih gewürdigt wird.

B. Die Schutzbedürftigkeit verliehener Arbeitnehmer im Konzern

Den vorstehend skizzierten Schutzzweck gilt es auch in Konzernverhältnissen zu beachten, selbst wenn keine kongruente Schutzbedürftigkeit besteht. So ist vorab darauf hinzuweisen, dass in Konzernverhältnissen bei einer wirtschaftlichen Schiefelage der verleihenden Tochter die Muttergesellschaft unterstützend mit ihren Ressourcen eingreifen kann und dies auch oftmals tun wird. So umfasst die Konzernzugehörigkeit doch auch die Reputation der einzelnen Betriebe, weshalb eine wirtschaftliche Gesamtsicht an den Tag gelegt wird. Genau aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auch eine Verpflichtung zur Erstellung einer Konzernrechnung statuiert (vgl. Art. 963 ff. OR). Entsprechend ist die Insolvenzgefahr einer verleihenden Konzerngesellschaft in der Regel als geringer einzustufen als bei einem rechtlich und wirtschaftlich eigenständigen Unternehmen.

C. Der Schutzzweck in Bezug auf «Staffingfirmen»

Wie die neue Weisung des SECO offenbart, hat die Überbeanspruchung der früher konzernfreundlichen Handhabung des AVG einen Stimmungsumschwung beim SECO hervorgerufen. Dabei gilt es aber darauf hinzuweisen, dass auch die wenigen vorhandenen Lehrmeinungen die Auffassung des SECO teilen, wonach Staffing-Gesellschaften den Regeln des AVG grundsätzlich und unbeschränkt unterworfen sind (HEIZ, S. 61; THOMAS MÜLLER & NINA REBUS, Arbeitsvermittlung und Personalüberlassung in internationalen Konzernverhältnissen aus schweizerischer Sicht, in: CH-D Wirtschaft 3/2011, S. 20). Mit «Staffingfirmen» meint das SECO dabei unzweifelhaft Gesellschaften, die Arbeitnehmer nur mit der Absicht des Weiterverleihs anstellen. Deren Zweck liegt damit ausschliesslich oder mindestens hauptsächlich im Personalverleih, weshalb derartige Gesellschaften auch bei der Einbettung in eine Konzernstruktur nach dem Schutzzweck des AVG einer Bewilligung bedürfen.

V. Der Personalverleih im Konzern und dessen Bewilligungspflicht nach dem AVG

A. Keine strikte Anwendung des AVG im Grundsatz

Die alten wie auch die neuen Weisungen des SECO interpretieren den Gesetzeswortlaut des AVG nicht strikt, indem nach wie vor nicht sämtliche Fälle des Personalverleihs unter den Anwendungsbereich des AVG subsumiert werden, obwohl dies

der Gesetzeswortlaut eigentlich gebieten würde. Dies hat im Ergebnis durchaus seine Richtigkeit.

Dabei ist aber mit HEIZ in abweichender Begründung zur Argumentation des SECO davon auszugehen, dass innerhalb eines Konzernverhältnisses grundsätzlich alle Formen der Verleihtätigkeit vom AVG umfasst werden, was jedoch in der Konsequenz nicht dazu führen muss, dass zur gewerbsmässigen Leiharbeit im Konzernverhältnis auch eine Bewilligung notwendig ist und sämtliche Vorschriften des AVG als Folge zur Anwendung gelangen (HEIZ, S. 57 f.). Es gebietet sich nämlich eine fallbezogene Betrachtungsweise, welche sich am Schutzzweck des AVG zu orientieren hat. Dieser besteht wie bereits dargestellt im Schutz der Interessen der Arbeitnehmer, insbesondere im Verbot der «Schlechterbehandlung fremder Arbeitnehmer». Diese Möglichkeit hatte das SECO bekanntlich in Konzernverhältnissen erst kategorisch ausgeschlossen (Weisungen SECO, S. 147), dann erstmals mit der Beantwortung der «Interpellation Stolz» unter Verweis auf die «Staffingfirmen» revidiert und hat mit der neuen Weisung die Leiharbeit im Konzern endgültig als grundsätzlich bewilligungspflichtig erklärt.

Ausgehend von dieser Erkenntnis, gilt es nachfolgend für die verschiedenen Formen des Personalverleihs gesondert zu beurteilen, ob diese allesamt den massgeblichen Regeln des AVG zu unterstellen sind.

B. Wann ist der konzerninterne Personalverleih nun also bewilligungspflichtig?

1. Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern

Nach der Definition von Art. 27 Abs. 4 AVV stellt das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern einen Ausnahmetatbestand im Rahmen des betroffenen Arbeitsverhältnisses dar, was sich darin manifestiert, dass die Dauer des Arbeitsvertrags nicht mit den allfälligen «Fremdeinsätzen» korreliert und von dieser Möglichkeit nur bei speziellen Konstellationen Gebrauch gemacht wird. Entsprechend bedarf diese Form der Tätigkeit für einen fremden Betrieb e contrario zu Art. 28 Abs. 1 AVV keiner Bewilligung nach dem AVG. Diese Ausnahme ist unzweifelhaft gerechtfertigt, da hierbei der Fremdeinsatz von Personal nicht auf einem gewerbsmässigen Hintergrund und primär ohne Gewinnabsicht erfolgt. Zudem erfolgt diese Art von Einsatz in einem Drittbetrieb regelmässig (auch) im Interesse des Arbeitnehmers (zu denken ist bspw. an die Vermeidung von Kurzarbeit), weshalb sich in diesen Fällen eine Anwendung der Regeln des AVG gerade nicht aufdrängt.

Dieser dargestellte Grundsatz gilt umfassend und damit selbstredend verstärkt in einem Konzern, in welchem eine Gefährdung der Arbeitnehmerinteressen noch unwahrscheinlicher erscheint. Oftmals dürfte diese Form des Personalverleihs sogar im expliziten Interesse der Arbeitnehmer liegen, indem diesen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich im Konzern weiterzubilden oder spezifisches Knowhow in einer anderen Konzerngesellschaft zu erwerben. Die gelegentlich überlassende Gesellschaft bedarf deshalb keiner AVG-Bewilligung.

Zur Anwendung gelangt nach der herrschenden Lehre wie auch dem SECO jedoch hier wie in sämtlichen Formen des Personalverleihs die Bestimmung von Art. 19 AVG zu den Formvorschriften des Verleihvertrages (RETO KRUMMENACHER/ANN WEIBEL, SHK AVG Art. 19 N 5 mit weiteren Hinweisen; Weisungen SECO, S. 92), welche denjenigen des OR vorgehen sollen. Dieser Umstand kann mindestens in den hier behandelten Fällen des gelegentlichen Überlassens in Frage gestellt werden, wird doch dieser administrative Mehraufwand eher eine restriktive Handhabung nach sich ziehen, was nicht im Interesse des Arbeitnehmers und damit auch nicht im Schutzzweck des AVG liegt. Es ist in Fällen des gelegentlichen Überlassens deshalb auch von einer Anwendbarkeit von Art. 19 AVG und der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen abzusehen.

2. Leiharbeit

Bei der Leiharbeit wird ein Arbeitnehmer vom Verleiher meist – aber nicht notwendigerweise – unbefristet angestellt, jedoch zum *hauptsächlichen* Zweck des Verleihs an einen Einsatzbetrieb (Art. 27 Abs. 3 AVV). Die Länge des Einsatzes in einem Drittbetrieb korrespondiert aber nicht mit der Länge des Arbeitsvertrags, wie dies bei der nachfolgend zu behandelnden Temporärarbeit der Fall ist. Hierin besteht denn auch der Unterschied zwischen diesen beiden Formen des Personalverleihs. Massgebliches Unterscheidungskriterium zum gelegentlichen Überlassen bildet deshalb nicht zwingend die Häufigkeit des Einsatzes des Arbeitnehmers in einem Drittbetrieb, sondern die Absicht bei dessen Einstellung.

Die Leiharbeit im Konzern dürfte in der Regel einen anderen Zweck verfolgen als ausserhalb. Da bei einer Konzernbetrachtung der Gewinn aus dem Personalverleih ohnehin im Konzern verbleibt, dürfte diese Form des Personalverleihs in der Regel nur dort gewählt werden, wo das Bedürfnis des Einsatzes eines Mitarbeiters im Betrieb der Arbeitgeberin besteht und dies auch beabsichtigt wird. Dies führt wiederum dazu, dass die Voraussetzung von Art. 27 Abs. 3 lit. a. AVV nicht erfüllt sind, da der (Haupt-)Zweck des Arbeitsvertrags gerade nicht im Überlassen an eine Tochter- oder Muttergesellschaft liegen dürfte, sondern dies dort praktiziert wird, wo die Umstände es gebieten. Auch wenn nach den präzisierenden Weisungen des SECO der konzern-

interne Personalverleih nur als Ausnahmetatbestand und im Einzelfall als bewilligungsfrei qualifiziert wird, erfolgt in den nachfolgend aufgezählten und nicht kumulativ erforderlichen Indizien wiederum eine starke Aufweichung dieser Regel in Anlehnung an die frühere und legere Praxis. Massgebliches Unterscheidungskriterium dürfte dabei weiterhin der «Hauptzweck der verleihenden Gesellschaft» darstellen. Besteht dieser nicht im Personalverleih, wird der Arbeitnehmer auch im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzt und ist der Verleih zudem auch noch «zeitlich begrenzt», liegt nach der hier vertretenen Auffassung keine bewilligungspflichtige Leiharbeit vor. Ab wann die Leiharbeit nicht mehr bloss «gelegentlich» erfolgt und von der Häufigkeit des Verleihs auf den Zweck der Anstellung geschlossen werden kann, gilt es dabei im Einzelfall zu beurteilen.

Die hier vertretene Gesetzesinterpretation rechtfertigt sich insbesondere aus der Überlegung heraus, dass die Leiharbeit im Konzern ein sinnvolles Instrument darstellt, um personelle Ressourcen sinnvoll zu nutzen und Phasen von Über- oder Unterkapazitäten durch den Beizug bzw. die Abgabe von Arbeitnehmern an andere Konzerngesellschaften zu begegnen. Dies stellt wiederum eine Arbeitsplätze erhaltende Massnahme dar und liegt schliesslich sowohl im Interesse des Arbeitnehmers als auch im Schutzzweck des AVG, wenn Kurzarbeit oder gar eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zufolge Konkurs oder Kündigung hierdurch vermieden werden können. Hier eine Bewilligungspflicht zu statuieren, würde den wirtschaftlichen Bedürfnissen einer Unternehmensverbindung diametral entgegenstehen und einen rationellen Personaleinsatz im Konzern verhindern (so auch HEIZ, S. 60 f.). Auch aus dem weiteren und vorne dargestellten Schutzzweck des AVG verbietet sich eine Bewilligungspflicht der Leiharbeit im Konzern: Einerseits sind dabei nach wie vor keine verleihetypischen Gefahren auszumachen, andererseits könnten Erschwernisse die Arbeitnehmerinteressen gefährden. So ist davon auszugehen, dass bei einer rigiden Praxis Arbeitnehmer zurückhaltender eingestellt würden, was wiederum nicht in deren Interesse läge.

Demgegenüber haben jedoch Konzerngesellschaften nach wie vor einer Bewilligungspflicht zu unterstehen, wenn sie hauptsächlich Personalverleihs betreiben und zudem auch innerhalb des Konzerns «gewerbsmässig» handeln, somit die «Staffingfirmen» eine Gewinnoptimierung für sich selbst anstreben und der Personalverleih nicht primär der optimalen Nutzung der personellen Ressourcen im Konzern dienen soll.

Die Leiharbeit im Konzernverhältnis ist damit nach der hier vertretenen Auffassung nach den Regeln des AVG grundsätzlich nicht bewilligungspflichtig (so auch HEIZ, S. 61 f.), solange diese nicht massgebliches Anstellungskriterium war, der Arbeitnehmer auch im Anstellungsbetrieb eingesetzt wird und die Tätigkeit in anderen Kon-

zernbetrieben zeitlich begrenzt wird. Diese Interpretation lässt sich wohl auch mit den neuen Präzisierungen des SECO in Einklang bringen.

Zudem bleibt als Mittel der Begegnung allfälliger Missbrauchsfälle oder Gesetzesumgehungen, in welchen eine eigentliche bewilligungspflichtige Verleihtätigkeit unter dem Vorwand des Konzerninteresses bewilligungsfrei praktiziert wird, noch immer der Rückgriff auf die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Regeln zum Durchgriff und der Vertrauenshaftung, welche genau für derartige Konstellationen entwickelt wurden (im Allgemeinen: BGE 120 II 331; BGE 121 III 350; BGE 130 III 345; BGE 134 III 390; LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung in der Praxis, in: Jung Peter [Hrsg.], Tagungsband Recht aktuell 2006, Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Bern 2006; spezifisch im Konzernverhältnis: BGER. Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010; BURG BENEDICT/VON DER CRONE HANS CASPAR, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 5/2010, S. 417 ff.; BUCHSER MICHAEL/MÜLLER MICHAEL, Die Haftung einer Muttergesellschaft und ihrer Organe für Geschehnisse im Hause der Konzerntochter – ein Zusammenspiel diverser Anspruchsgrundlagen, in: BÖHME ANNA/GÄHWILER FABIAN/THEUS SIMONI FABIANA/ZUBERBÜHLER IVO [Hrsg.], Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 49 ff., 69 ff.). Eine derartige Haftung dürfte insbesondere dann zur Anwendung gelangen, wenn die Konzernmutter durch explizites oder konkludentes Handeln ein entsprechendes Vertrauen auf wirtschaftliche Unterstützung geschaffen bzw. die Tochtergesellschaft nur mit der Absicht gegründet hat, um Lohnzahlungspflichten zu umgehen oder das entsprechende Risiko auszulagern.

Mit den Präzisierungen wollte das SECO wohl auch bloss klargestellt wissen, dass das AVG grundsätzlich auch im Konzern zur Anwendung gelangen soll, und es sich dort nicht um einen AVG-freien Rechtsraum handelt. Dabei wurde ein wohl zu rigider Grundsatz formuliert, der dann mittels der exemplarischen Indizien wieder eine Aufweichung erfahren hat.

3. Temporärarbeit

Bei der Temporärarbeit wird der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher nur für die Dauer des Einsatzes bei einem Einsatzbetrieb abgeschlossen. Ausschliesslicher Zweck des Arbeitsvertrags wie auch der Tätigkeit der Gesellschaft dürfte deshalb ausnahmslos im Personalverleih bestehen, womit diese Tätigkeit einer Bewilligung nach dem AVG bedarf. Dies gilt auch innerhalb eines Konzerns, zumal der einzige Unterschied darin besteht, dass dort der Kreis der Einsatzbetriebe auf Konzerngesellschaften beschränkt bleibt, die Gefahr der «*Schlechterbehandlung*» jedoch insbesondere auch deshalb gegeben ist, da eine Tätigkeit beim Arbeitgeber selbst im Vornherein ausgeschlossen

sen werden kann. Zudem besteht auch in dieser Konstellation durchaus die Gefahr einer Unterkapitalisierung, da solche reine «*Staffingfirmen*» ansonsten keine weitere Geschäftstätigkeiten versehen, die Umsatz generieren und damit ein Haftungssubstrat für die Löhne der Leiharbeiter bilden könnte (so im Ergebnis auch HEIZ, S. 61).

C. Bewilligungspflicht des grenzüberschreitenden Konzernverleihs

Das in den vorstehenden Abschnitten Ausgeführte gilt auch beim grenzüberschreitenden Konzernverleih uneingeschränkt, wie dies in der neuen Weisung des SECO explizit bestätigt wird. Inwiefern Art. 1 Abs. 1 lit. b. des Entsendegesetzes (SR 823.20) hieran etwas ändern bzw. die Grenzziehung zwischen bewilligungsfreiem und -pflichtigem Personalverleih zugunsten der Konzerne verschieben sollte, ist nicht ersichtlich, und es kann diesbezüglich auf den Inhalt der vorne wiedergegebenen Präzisierungen des SECO verwiesen werden.

VI. Fazit und Aussicht

Die vielfach thematisierte, verschärfte Handhabung des Personalverleihs im Konzern erweist sich bei einer genauen Betrachtung und insbesondere unter Würdigung der Präzisierungen des SECO hoffentlich als Sturm im Wasserglas. So wird zwar nur noch in Einzelfällen eine Ausnahme vom grundsätzlich bewilligungspflichtigen Konzernverleih behauptet, dieser Grundsatz mit dem Indizienkatalog für den bewilligungsfreien Verleih jedoch wieder stark relativiert. Im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung und Hoffnung ist aber in Erinnerung zu rufen, dass das SECO schon bei anderen Gelegenheit bewiesen hat, eigene Richtlinien äusserst strikt und unnachgiebig durchzusetzen.

Abschliessend ihren Wahrheitsbeweis antreten oder durchfallen wird die hier vertretene Einschätzung jedoch erst dann, wenn auf Basis der neuen Praxis erste Entscheide vorliegen sollten. Ob es hierzu überhaupt kommen wird, gilt es dabei abzuwarten. So wird es für die kantonalen Wirtschaftsämter wie auch das SECO bei einer umsichtigen Handhabung des Personalverleihs innerhalb von Konzernen kein Leichtes werden, derartige Fälle überhaupt auszumachen. Frei nach dem Sprichwort: Wo kein Kläger, da kein Richter.

Als Faustregel ist zu resümieren, dass das gelegentliche Überlassen von Personal wie auch Leiharbeit im Konzern grundsätzlich bewilligungsfrei bleiben dürfte, während der Betrieb von Staffing-Gesellschaften auch in Konzernverhältnissen bewilligungspflichtig ist; dies sowohl im Bereich der Temporär- als auch der Leiharbeit. Als

Konzernspezialität und Ausnahme von der Anwendung des AVG bleibt somit nach der hier vertretenen Auffassung einzig die gewerbsmässige Leiharbeit von der Bewilligungspflicht ausgenommen, soweit diese nicht den eigentlichen Gesellschaftszweck und Motivation zur Einstellung der Mitarbeiter darstellt.