

EmploymentNews Nr.

32

Konzerninterner Personalverleih Nach den SECO-Weisungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz aus dem Jahr 2003 war der konzerninterne Personalverleih sowohl von der Bewilligungspflicht als auch vom Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz ausgenommen. Mit der neuen Weisung vom Juni 2017 ändert das SECO seine Praxis und stellt klar, dass der bewilligungsfreie konzerninterne Personalverleih künftig nur noch die Ausnahme sein soll.

walderwyss rechtsanwälte

Neue SECO-Weisung zum konzerninternen Personalverleih



von **Ueli Sommer**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner

Telefon +41 58 658 55 16

ueli.sommer@walderwysse.com



und **Fabian Looser**

Dr. iur., Rechtsanwalt

Telefon +41 58 658 14 61

fabian.looser@walderwysse.com



und **Mélanie C. Gmeiner-Giger**

lic. iur. HSG, Rechtsanwältin

Telefon +41 58 658 53 15

melanie.gmeiner@walderwysse.com

Der konzerninterne Personalverleih ist ab sofort nur noch ausnahmsweise von der Bewilligungspflicht befreit, wenn der Verleih im Einzelfall dem Erfahrungserwerb bzw. dem Know-how-Transfer dient oder wenn er gelegentlich erfolgt. In sämtlichen übrigen Fällen ist eine Bewilligung erforderlich und der konzerninterne Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht mehr gestattet. Betroffene Unternehmen sollten deshalb Mitarbeitereinsätze innerhalb des Konzerns einer Überprüfung unterziehen.

Der Personalverleih

Der Personalverleih wird im Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) und in der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) geregelt. Personalverleih liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) einen oder mehrere Arbeitnehmer zwecks der Arbeitsverrichtung in dessen Betrieb (Einsatzbetrieb) überlässt und diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer einräumt, wobei das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer fortbesteht.

Der gewerbsmässige Personalverleih ist bewilligungspflichtig (Art. 12 Abs. 1 AVG u. Art. 29 Abs. 1 AVV). Gewerbsmässigkeit ist gegeben, wenn Personalverleih entweder (i) regelmässig (mehr als zehn Verleihverträge innert zwölf Monaten) und mit Gewinnabsicht betrieben oder (ii) mit dem Personalverleih ein Jahresumsatz in der Höhe von CHF 100'000.– erwirtschaftet wird (Art. 29 AVV). Nicht bewilligungspflichtig ist der Personalverleih in der Form des gelegentlichen Überlassens, selbst wenn dieser gewerbsmässig betrieben wird (Art. 28 Abs. 1 AVV). Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist verboten (Art. 12 Abs. 2 AVG).

Der konzerninterne Personalverleih

Der in der Praxis sehr häufig vorkommende konzerninterne Personalverleih ist gesetzlich nicht explizit geregelt. Er liegt vor, wenn eine Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft, Tochtergesellschaft, Schwestergesellschaft oder Zweigniederlassung) einen Arbeitnehmer einer anderen Konzerngesellschaft unter Einräumung von wesentlichen Weisungsbefugnissen und bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis überlässt. Der Unterschied zwischen dem konzerninternen Personalverleih und dem «herkömmlichen» Personalverleih besteht im Wesentlichen nur darin, dass der Kreis der Entleiher auf Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe eines Konzerns beschränkt ist.

Nach den SECO-Weisungen aus dem Jahr 2003 hat der konzerninterne Personalverleih in zweifacher Hinsicht eine Sonderbehandlung erfahren:

1. Der konzerninterne Personalverleih war nicht der Bewilligungspflicht unterstellt;
2. der konzerninterne Personalverleih war vom Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz ausgenommen.

Diese Sonderbehandlung des konzerninternen Personalverleihs begründete das SECO damit, dass die Arbeitnehmer beim konzerninternen Personalverleih nicht als

«fremde» Arbeitnehmer wahrgenommen werden und nicht den verleihypischen Gefahren ausgesetzt seien.

Neue SECO-Weisung zum konzerninternen Personalverleih

Im Juni 2017 hat das SECO nun eine neue Weisung zum konzerninternen Personalverleih erlassen und vollzieht im Vergleich zu den Weisungen von 2003 eine Kehrtwende: Neu ist die Bewilligungspflicht des konzerninternen Personalverleihs der Regelfall und die Befreiung von der Bewilligungspflicht bloss noch der Ausnahmetatbestand.

Das SECO führt zum Hintergrund der neuen Weisung aus, dass der konzerninterne Personalverleih teilweise auf gewerbsmässige Verleihetätigkeiten ausgedehnt wurde und einige Konzerngesellschaften sogar eigentliche Gesellschaften innerhalb des Konzerns gründeten, welche den Personalbedarf des gesamten Konzerns abdecken sollten.

Bewilligungsfreier konzerninterner Personalverleih (Ausnahme)

Der konzerninterne Personalverleih wird neu nur noch ausnahmsweise bewilligungsfrei zugelassen, wenn

1. es sich entweder um einen Einzelfall handelt und der Verleih ausschliesslich den Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht fördert oder dem Know-how-Transfer innerhalb des Konzerns dient; oder
2. der Verleih in der Form des gelegentlichen Überlassens (Art. 27 Abs. 4 AVV) erfolgt.

Das SECO nennt folgende Kriterien, die Indizien für den bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleih darstellen können:

- Der Arbeitnehmer wird hauptsächlich zur Arbeitsleistung in einer Konzerngesellschaft angestellt und der Verleih

an eine andere Gesellschaft ist nicht beabsichtigt.

- Der Verleih ist zeitlich begrenzt.
- Der Verleih erfolgt nur gelegentlich, z.B. zwecks der Überbrückung von Auftragseinbrüchen bei einer Konzerngesellschaft und der Abdeckung von kurzfristigem Personalbedarf einer anderen Konzerngesellschaft.
- Der Erwerb von Erfahrung oder die Aneignung bzw. Weitergabe von spezifischen Kenntnissen stehen im Vordergrund.
- Der Arbeitnehmer kann einen Auslandsaufenthalt machen oder Berufserfahrung in einer anderen Konzerngesellschaft sammeln.
- Innerhalb des Konzerns findet ein Know-how-Transfer statt (z.B. Implementierung einer Software oder Schulung an einer Maschine).

Sind die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Befreiung der Bewilligungspflicht des konzerninternen Personalverleihs gegeben, so ist auch weiterhin (entgegen Art. 12 Abs. 2 AVG) der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz zulässig, sofern die beiden Unternehmen zum selben Konzern gehören.

Bewilligungspflichtiger konzerninterner Personalverleih (Regel)

Konzerninterner Personalverleih, welcher über den oben beschriebenen Ausnahmetatbestand hinausgeht, ist nach dem SECO neu bewilligungspflichtig. In diesem Fall ist auch der konzerninterne Personalverleih vom Ausland in die Schweiz verboten.

Das SECO hatte mit seiner neuen Weisung insbesondere Staffingfirmen im Auge. Bei diesen handelt es sich um «Service-Units» innerhalb des Konzerns, welche anderen Konzerngesellschaften Personal zur Verfügung stellen. Bei solchen Staffingfirmen geht das SECO vom Vorliegen der Gewerbsmässigkeit im Sin-

ne des AVG aus, weshalb künftig vom Erfordernis einer Bewilligung sowie von der Unzulässigkeit des grenzüberschreitenden Verleihs vom Ausland in die Schweiz auszugehen ist. Da viele grössere Konzerne solche Staffingfirmen gerade für ihre international mobilen Arbeitskräfte betreiben, wird dies für Einsätze in der Schweiz zum Problem.

Bei der neuen Weisung nicht bedacht hat das SECO allerdings die Managementgesellschaften innerhalb eines Konzerns, welche anderen Konzerngesellschaften Führungskräfte mit Geschäftsführungsaufgaben zur Verfügung stellen. Die Einsätze von solchen Mitarbeitern dienen in der Regel nicht hauptsächlich dem Erfahrungserwerb oder Know-how-Transfer. Soweit solche Konstellationen nicht als Dienstleistungsverträge ausgestaltet werden können, besteht das Risiko, dass Management-Dienstleistungen künftig ebenfalls bewilligungspflichtig sind und für eine ausländische Konzerngesellschaft zugunsten einer schweizerischen Konzerngesellschaft nicht mehr möglich sind. Diese Konsequenz war aber wohl kaum die Stossrichtung der neuen Weisung, weshalb zu hoffen ist, dass diesbezüglich eine Präzisierung des SECO erfolgen wird.

Zuwiderhandlungen gegen die Bewilligungspflicht sowie gegen das Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz können insbesondere Strafsanktionen nach sich ziehen (Bussenfolge für den Verleiher bis zu CHF 100'000.–, für den Entleiher bis zu CHF 40'000.–). In Anbetracht dieser Risiken ist somit bei potenziellen Personalverleihkonstellationen innerhalb des Konzerns künftig nach anderen Lösungen zu suchen, wie konzerninterne Dienstleistungen mit Mitarbeitertransfers erbracht werden können.

Praxistipps

Besteht Unklarheit darüber, ob bei konzerninternen Mitarbeiterereinsätzen überhaupt Personalverleih vorliegt oder ob die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht sowie vom Verbot des Verleihs vom Ausland in die Schweiz gegeben sind, kann das SECO in einem konkreten Anwendungsfall um Erlass einer Feststellungsverfügung oder in allgemeiner Hinsicht um eine schriftliche Auskunft ersucht werden. Beide Möglichkeiten bringen zwar gewisse Nachteile mit sich, Rechtssicherheit kann durch diese beiden Optionen aber in jedem Fall gewonnen werden.

Die beim Personalverleih ohnehin wichtige Vertragsgestaltung wird beim konzerninternen Personalverleih aufgrund der neuen SECO-Weisung noch wichtiger: In den Verträgen zwischen den Konzerngesellschaften sowie mit dem Arbeitnehmer, in den Stellenbeschrieben, in den Gesuchen für Aufenthaltsbewilligungen etc. sollte der Zweck des Mitarbeiterereinsatzes (Erfahrungserwerb oder Know-how-Transfer) festgehalten und dessen Umsetzung dokumentiert werden. Das SECO deutet in seiner neuen Weisung ferner an, dass unbefristete oder lang andauernde Mitarbeiterereinsätze innerhalb des Konzerns mit den Ausnahmetatbeständen des Erfahrungserwerbs oder des Know-how-Transfers nicht vereinbar sind, weshalb Einsätze nach Möglichkeit auf eine kürzere Dauer befristet werden sollten.

Nach der neuen SECO-Weisung muss es sich für die Sonderbehandlung des konzerninternen Personalverleihs um einen Einzelfall handeln oder der Verleih darf nur in der Form des gelegentlichen Überlassens erfolgen. Eine konzernweite Planung, Koordination und Dokumentation von Mitarbeiterereinsätzen mit Bezug zur Schweiz wird daher unabdinglich.

Sofern ein Einsatz eines Mitarbeiters eines ausländischen Unternehmens in einer schweizerischen Konzerngesellschaft als Entsendung ausgestaltet wird, stellt dies ein starkes Indiz gegen das Vorliegen von Personalverleih dar, da nach der Vollzugspraxis des SECO bei einer Entsendung kein Personalverleih vorliegt. Nach der umstrittenen Auffassung des SECO ist für eine Entsendung aber erforderlich, dass die Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer beim entsendenden Unternehmen verbleiben und nicht an das schweizerische Unternehmen abgetreten werden.

Fazit

Die vor der neuen SECO-Weisung geltenden generellen Ausnahmen des konzerninternen Personalverleihs von der Bewilligungspflicht sowie vom Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz fanden aus praktischen Gründen grosse Zustimmung, auch wenn die rechtliche Grundlage dafür sehr umstritten war.

Die neue SECO-Weisung schafft leider jedoch wenig Klarheit und zudem zusätzliche Rechtsunsicherheit, da in einem Einzelfall oft unklar sein wird, ob die Voraussetzungen für die Ausnahmen von der Bewilligungspflicht oder für den grenzüberschreitenden Verleih vom Ausland in die Schweiz gegeben sind. Gerade für Schweizer Konzerngesellschaften ist es unabdingbar, dass Personal aus anderen Konzerngesellschaften aus dem Ausland entliehen werden kann. Wenn jedoch bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt, dann geht dies in Zukunft nicht mehr.

Den betroffenen Unternehmen bleibt daher vorderhand nichts anderes übrig, als Einsätze von Mitarbeitern in anderen Konzerngesellschaften einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Soweit bei solchen Einsätzen allenfalls Personalverleih vorliegt, ist anhand der Kriterien des SECO abzuklären, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Be-

willigungspflicht und allenfalls vom Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz vorliegen, ansonsten ist eine Bewilligung einzuholen. Infolge der neuen SECO-Weisung besteht das latente Risiko, dass Staffingfirmen und Managementgesellschaften ihre Mitarbeiter innerhalb des Konzerns nicht mehr ohne Personalverleihbewilligung und v.a. nicht mehr grenzüberschreitend in der Schweiz einsetzen können. Es ist deshalb nach anderen, massgeschneiderten Lösungen für den Mitarbeiterereinsatz innerhalb des Konzerns zu suchen.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2017

Ansprechpartner



Ueli Sommer
Partner, Zürich

Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



Philippe Nordmann
Partner, Basel

Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



Davide Jermini
Partner, Lugano

Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com



Olivier Sigg
Konsulent, Genf

Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com



Christoph Stutz
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com



Simone Wetzstein
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com



David M. Hill
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 66
david.hill@walderwyss.com



Fabian Looser
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com



Mélanie C. Giger
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 53 15
melanie.giger@walderwyss.com



Jonas Knechtli
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com



Gaurav Bhagwanani
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano