

Artikel: Ich leihe dir mein Personal

11. März 2021

Myriam Minnig, Leiterin Treuhand, Leiterin Fachgruppe Sozialversicherung und Vorsorge | Flandrina Helbling, lic. iur. Rechtsanwältin, Mediatorin UMCH, Mitglied Fachgruppe Nachfolge- und Nachlassplanung

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb Mitarbeitende in einem anderen Unternehmen eingesetzt werden, als sie eigentlich angestellt sind. Die vordergründig harmlose Frage «Wer ist mein Arbeitgeber?» kann es in sich haben. Die Antwort ist nicht immer so klar, wie sie scheint. Es ist Vorsicht geboten, da Vorschriften aus unterschiedlichen Bereichen zu beachten sind, die teilweise weitreichende Konsequenzen haben können.

Das Thema Personalverleih ist von vielen Detailbestimmungen geprägt und soll hier nicht abschliessend behandelt werden. Der Artikel erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ziel ist es, Sie für Risiken zu sensibilisieren, sodass Sie beurteilen können, ob in einem konkreten Fall vertiefte Abklärungen nötig sind.

Wo beginnt der Personalverleih

Personal einzustellen, ist ein grosser Schritt. Als Arbeitgebende geht man viele Verpflichtungen ein - rechtlicher, finanzieller und moralischer Natur. Eine dieser Verpflichtungen besteht darin, Personal mit Lohn zu entschädigen und gegen diverse Risiken zu versichern. Insbesondere kleinere Unternehmen tun sich manchmal schwer mit dem administrativen Aufwand, den Personal mit sich bringt. Da scheint es naheliegend, den Aufwand zu reduzieren, indem Mitarbeitende in einem einzigen Unternehmen angestellt, dann aber in verschiedenen Betrieben eingesetzt werden. Nachfolgend einige Beispiele, die uns öfters in der Praxis begegnen:

- «Die halbprivate Reinigungshilfe»

Der Betrieb beschäftigt eine Reinigungskraft, die wöchentlich die Büros reinigt. Danach geht sie gleich noch in die Wohnung der Betriebsinhaber, die in unmittelbarer Nähe liegt, und bringt dort die private Wohnung in Schuss. Der Lohn dieser gesamten Arbeitsstunden wird über den Betrieb und dessen Versicherungen abgerechnet.

- «Die aufgeteilte Arbeitskraft»

Ein Unternehmer hat aus steuerlichen und rechtlichen Gründen mehrere GmbHs gegründet. Er beschäftigt einen Arbeitnehmenden, der für alle seine Unternehmungen tätig ist. Dessen Lohn und damit auch die Sozialversicherungen laufen jedoch alle über ein einziges Unternehmen. Das findet der Unternehmer wesentlich einfacher, da er so nur einen einzigen Lohn abrechnen und pro Versicherung nur eine Police abschliessen muss.

- «Die Personalaushilfe»

Zwei Unternehmerinnen unterhalten sich. Die eine klagt über zu viel, die andere über zu wenig Arbeit. In Folge vereinbaren sie, dass ein Mitarbeiter aus dem unterbeschäftigten Betrieb vorübergehend im Betrieb mit Personalmangel aushilft, natürlich gegen Verrechnung der Personalkosten.

Alle genannten Beispiele haben eines gemeinsam: Mitarbeitende werden tätig in einem Betrieb, in dem sie nicht angestellt sind. Es entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgebenden, Arbeitnehmenden und Einsatzbetrieben. Dies nennt sich «Personalverleih». Der Personalverleih untersteht diversen Vorschriften, die nicht nur klassische Temporärbüros zu beachten haben.

Solche Konstellationen werfen elementare Fragen auf:

1. Welche arbeitsvertraglichen Vereinbarungen gelten?
2. Handelt es sich um bewilligungspflichtigen Personalverleih?
3. Ist der Mitarbeitende bei dieser Tätigkeit ausreichend versichert?

Arten von Personalverleih

Hauptsächlich massgebend für die Beurteilung, ob ein Personalverleih vorliegt, ist, dass der Arbeitgebende die wesentlichen Weisungsrechte gegenüber dem Arbeitnehmenden an den Einsatzbetrieb abtritt.

Innerhalb des Personalverleihs lassen sich folgende Formen unterscheiden:

- «Temporärarbeit» liegt vor, wenn der Arbeitsvertrag ausschliesslich für den Zweck und die Dauer eines einzelnen Einsatzes bei einem anderen Betrieb abgeschlossen wird.
- «Leiharbeit» liegt vor, wenn der Arbeitsvertrag hauptsächlich für den Zweck des Verleihs an andere Betriebe abgeschlossen wird, die Dauer jedoch nicht von einzelnen Einsätzen abhängig ist.
- «Gelegentliches Überlassen» liegt vor, wenn der Arbeitsvertrag grundsätzlich abgeschlossen wird, um den Arbeitnehmenden im Betrieb des Arbeitgebenden einzusetzen und dieser nur ausnahmsweise, kurzfristig und nicht speziell geplant einem anderen Einsatzbetrieb überlassen wird.

Arbeitsvertragliche Bestimmungen

In allen Fällen, in denen Personal in einem anderen Einsatzbetrieb eingesetzt wird, sollten die Verhältnisse klar geregelt werden. Im Falle von Temporär- und Leiharbeit sind folgende gesetzlichen Vorschriften zu beachten:

Der Verleihvertrag zwischen Verleih- und Einsatzbetrieb **muss schriftlich abgeschlossen werden**, das Gesetz nennt die zu regelnden Punkte wie z.B. die Adresse des Verleihers und der Bewilligungsbehörde, die beruflichen Qualifikationen des Arbeitnehmers und die Art der Arbeit, den Arbeitsort und den Beginn und Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen, die für den Arbeitnehmer geltenden Arbeitszeiten, die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen (Art. 22 AVG). Im Grunde also dieselben Punkte, die in jedem normalen Arbeitsvertrag geregelt sein sollten.

Untersteht der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag (GAV), sind dessen Bestimmungen über Lohn und Arbeitszeit auch vom Verleiher einzuhalten. Zudem gibt es einen allgemeinverbindlichen GAV für Personalverleih, dem alle Verleiher unterstehen, die über eine eidgenössische oder kantonale Arbeitsverleihbewilligung nach AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz) verfügen. Den gesamten Wortlaut des GAV finden Sie hier.

Ausländische Arbeitnehmende müssen im Besitz einer Bewilligung sein, der sie zur Erwerbstätigkeit und zum Stellenwechsel berechtigt, was in der Regel bei EU- und EFTA-Bürgern der Fall ist.

Vereinbarungen, wonach ein Arbeitnehmender Gebühren zu tragen hat, finanzielle Vorleistungen erbringen oder Lohnrückbehalte in Kauf nehmen muss, sind nichtig. Dasselbe gilt für Vereinbarungen, die es Arbeitnehmenden erschweren, nach Ablauf des Arbeitsvertrages in den Einsatzbetrieb überzutreten.

Bewilligungspflichtiger Personalverleih

Das «gelegentliche Überlassen» ist nicht bewilligungspflichtig und untersteht nicht den Bestimmungen des AVG. Allerdings muss der überlassene Mitarbeitende damit einverstanden sein (Art. 333 Abs. 4 OR). Auch daraus ergibt sich, dass die Bedingungen, zu welchen der Mitarbeitende im Einsatzbetrieb tätig werden soll, geregelt werden sollten. Nur so ist es diesem möglich abzuschätzen, womit er sich

einverstanden erklärt.

Wer gewerbsmässig Arbeitnehmende an Dritte (Einsatzbetriebe) verleiht, benötigt dafür eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes. Wer Arbeitnehmende ins Ausland verleihen will, braucht zusätzlich noch eine Betriebsbewilligung vom Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco). Der Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz ist verboten. Auch das Weiterverleihen eines ausgeliehenen Mitarbeitenden ist nicht zulässig.

Die Bedingungen, die für die Erteilung einer Betriebsbewilligung erfüllt sein müssen, sind in Art. 13 AVG sowie Art. 32 ff AVV festgehalten. Es gibt betriebliche und persönliche Voraussetzungen, die sicherstellen sollen, dass nur «seriöse» Betriebe mit ausreichendem Knowhow und guter Infrastruktur gewerbsmässig Personal verleihen dürfen. Die Gebühren für die Bewilligung bewegen sich je nach Aufwand der Behörde in der Regel zwischen 750 und 1'650 Franken.

Die Gewerbsmässigkeit ist gegeben, wenn der Personalverleiher regelmässig Mitarbeitende verleiht mit der Absicht, damit Gewinn zu erzielen oder wenn mit der Verleihtätigkeit ein jährlicher Umsatz von mindestens 100'000 Franken erzielt wird. Als regelmässig gilt die Verleihtätigkeit, wenn innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge abgeschlossen werden. Als gewinnorientiert gilt sie, wenn die Verrechnung gegenüber dem Einsatzbetrieb den Betrag für Lohnkosten, Lohnnebenkosten und einen Verwaltungskostenzuschlag von maximal 5 Prozent übersteigt. Vorsicht: Die «oder» Formulierung bedeutet, dass wenn die Umsatzgrenze von 100'000 Franken erreicht wird, bereits ein einziger Verleih zur Gewerbsmässigkeit und damit zur Bewilligungspflicht führen kann. Wird beispielsweise ein Mitarbeitender in höherer Position über mehrere Monate verliehen (z.B. Interims-CEO/CFO), dürfte die Grenze rasch erreicht sein.

Der gewerbsmässige Verleiher hat bei der kantonalen Stelle im Sitzkanton eine Kautions hinterlegen zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih, die Bewilligung wird erst nach Einzahlung der erforderlichen Kautions erteilt. Die Höhe der Kautions bemisst sich nach dem Geschäftsumfang und ist in der GebV-AVG (Gebührenverordnung AVG) geregelt. Sie beträgt mindestens 50'000 Franken, bei Verleih für mehr als 60'000 Einsatzstunden pro Jahr 100'000 Franken. Die Höchstkautions für einen Hauptsitz und seine Zweigniederlassungen beträgt eine Million Franken.

Bewilligungspflichtige Verleiher müssen zudem Buch führen über die Verleih-Einsätze (Summe geleistete Einsatzstunden, Anzahl, Geschlecht und Herkunft der verliehenen Personen).

Fehlbaren Verleihbetrieben kann die Bewilligung ohne Frist entzogen werden. Je nach Vergehen kann auch eine Wartefrist von maximal zwei Jahren verhängt werden, während der keine neue Bewilligung beantragt werden kann. Dies wäre dann der Fall, wenn der Verleiher die Bewilligung durch Falschdeklarationen erwirkt hat, zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes missachtet oder gegen relevante Bestimmungen verstösst. Die Bewilligung wird zudem aufgehoben auf Begehren des Verleihbetriebs oder bei Einstellung der Verleihtätigkeit, was angenommen werden kann, wenn der Betrieb während eines Kalenderjahres keine Arbeitnehmenden verliehen hat.

Wer ohne Bewilligung Personal verleiht im bewilligungspflichtigen Bereich, hat mit einer Busse bis zu 100'000 Franken zu rechnen. Ebenfalls mit bis zu 40'000 Franken gebüsst werden Betriebe, die Dienste eines Verleihers nutzen, von dem sie wissen oder hätten wissen müssen, dass dieser nicht über die erforderliche Bewilligung verfügt. Das Gesetz sieht diverse weitere Vergehen vor, die mit Bussen oder auch Freiheitsstrafe geahndet werden.

Ob ein Betrieb über eine Bewilligung verfügt, kann hier abgerufen werden.

Konzerninterner Personalverleih

Das AVG sieht keine speziellen Regelungen für den konzerninternen Personalverleih vor, sodass dieser grundsätzlich den allgemeinen Bestimmungen und damit auch der Bewilligungspflicht unterliegt, falls die Voraussetzungen gegeben sind.

Ausnahmsweise ist ein konzerninterner Personalverleih bewilligungsfrei möglich, **wenn folgende Voraussetzungen** eingehalten werden:

- Es handelt sich um Einzelfälle, der Personalverleih erfolgt gelegentlich, gehört nicht zum Hauptzweck der Gesellschaft und ist zeitlich begrenzt.
- Der Arbeitnehmende wird nicht zum Zweck des Verleihs angestellt, sondern zur Arbeitsleistung in der einen Gesellschaft des Konzerns, die ihn angestellt hat.
- Im Vordergrund stehen der Erwerb von Erfahrung, die Aneignung oder Weitergabe spezifischer Kenntnisse und Wissens.
- Dem Arbeitnehmenden wird mit dem Verleih die Möglichkeit eines Auslandsaufenthalts oder einer besonderen Berufserfahrung geboten.
- Der Verleih bezweckt einen Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns.

Diese Kriterien sind lediglich Indizien für einen bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleih. Jeder Fall wird einzeln aufgrund der konkreten individuellen Ausgangslage beurteilt.

Sozialversicherungen im Personalverleih

Der Verleiher gilt als Arbeitgeber, bei dem verliehenes Personal angestellt ist - dieser rechnet somit auch die Sozialversicherungen ab.

AHV/IV/EO

Keine Besonderheiten.

ALV

Der Arbeitsausfall von Leihpersonal ist im Falle von Kurzarbeit nicht anrechenbar. Das bedeutet weder der Verleiher noch der Einsatzbetrieb kann für diese Personen Kurzarbeitsentschädigung geltend machen. Dies aus dem Grund, weil gerade Temporär- und Verleihfirmen sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage als Geschäftsmodell zunutze machen. Einsatzlücken werden daher als branchen- und betriebsüblich bewertet und stellen ein normales kalkulierbares Risiko dar, das somit nicht zur Entschädigung berechtigt. (Während der Covid-19-Massnahmen vom 1. März bis 31. August 2020 bestand ausnahmsweise Anspruch).

UVG

Die Verleihfähigkeit unterliegt der Versicherungspflicht bei der Suva (Art. 66 Abs. 1 lit. o UVG), das gilt sowohl für die Temporärarbeit als auch für die Leiharbeit (BGE 8C_817/2010 vom 12.4.2011). Der Personalverleiher untersteht Art. 82 UVG, nach dem er Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten treffen muss. Aber auch der Einsatzbetrieb hat gegenüber Leihpersonal dieselben Pflichten wie für die eigenen Arbeitnehmenden bezüglich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (Art. 10 VUV, Art. 9 ArGV 3, Art. 6 VUV).

Der Arbeitssicherheit und Unfallverhütung ist besondere Aufmerksamkeit zu schenken - nicht nur, weil dies gesetzlich vorgeschrieben ist, sondern auch, weil das Regressprivileg des Arbeitgebers nicht auf den Einsatzbetrieb übergeht. Ein entsprechendes Gerichtsurteil erläutern wir im nachfolgenden Kasten. **Wir empfehlen daher Einsatzbetrieben den Abschluss einer besonderen**

Haftpflichtversicherung (die übliche Betriebshaftpflichtversicherung deckt solche Vorfälle in der Regel nicht).

Grundlagen Regress

Art. 72 ff ATSG regelt die Regressmöglichkeiten der Unfallversicherer. Dies ermöglicht der Versicherung, Regress zu nehmen auf Dritte, die aufgrund einer (Mit-)schuld für einen Teil oder den ganzen Schaden haftbar gemacht werden können. Diese Regressmöglichkeit wird jedoch in Art. 75 ATSG eingeschränkt, man nennt dies Regressprivileg. So können nahe Verwandte der versicherten Person nur bei Absicht oder Grobfahrlässigkeit haftbar gemacht werden. Dasselbe gilt für den Arbeitgeber im Falle eines Berufsunfalls.

Ausgangslage

Im zu beurteilenden Fall wurde ein Mitarbeitender von einem Personalverleiher an einen Einsatzbetrieb verliehen. Der Mitarbeitende verunfallte während seiner Arbeit beim Einsatzbetrieb. Die Unfallversicherung nahm Regress auf den Einsatzbetrieb und verlangte die Erstattung der Schadenssumme in Höhe von 68'406.30 Franken. Der Einsatzbetrieb berief sich auf sein Regressprivileg als Arbeitgeber.

Die Erwägungen des Gerichts

Das Gericht erwog, dass das Regressprivileg dem Arbeitgeber zustehe (Art. 75 Abs. 2 ATSG) und Arbeitgeber sei, wer den Lohn und die Sozialversicherungen bezahle (Art. 11 ATSG). Der Arbeitgeber sei verpflichtet zu Massnahmen zur Unfallverhütung (Art. 82 Abs. 1 UVG), die Vorschriften gelten für alle Betriebe, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen (Art. 81 Abs. 1 UVG) und dieselben Pflichten träfen auch Arbeitgeber, die Arbeitskräfte von anderen Arbeitgebenden ausleihen (Art. 10 VUV).

Das Urteil

Der Einsatzbetrieb musste für die Schadenssumme von 68'406.30 Franken aufkommen.

BVG

Im Grunde gelten dieselben Bestimmungen wie beim normalen Arbeitsvertrag. Als Arbeitgeber gilt der Verleiher, der somit auch den Anschluss an eine Pensionskasse zu organisieren hat. Im Personalverleih sind jedoch befristete und kurzfristige Einsätze üblich, weshalb wir auf ein paar Besonderheiten im Vorsorgerecht eingehen.

Grundsätzlich sind Arbeitnehmende bei Erreichen des entsprechenden Alters (18 Jahre) und Lohns (Eintrittsschwelle Jahreslohn über 21'510 Franken, Stand 2021) in der beruflichen Vorsorge obligatorisch zu versichern.

Vom Obligatorium ausgenommen sind Arbeitnehmende, mit denen ein befristeter Arbeitsvertrag von maximal drei Monaten abgeschlossen wird. Wird dieser über drei Monate hinaus verlängert, besteht die Anschlusspflicht ab dem Zeitpunkt, an dem die Verlängerung vereinbart wurde.

Beispiel 1 - Verlängerung befristeter Vertrag

Befristeter Arbeitsvertrag für einen Einsatz vom 1.4.2021 bis 30.6.2021

Bei Ablauf wird beschlossen, das Arbeitsverhältnis zu verlängern (kann auch stillschweigend geschehen, indem die Arbeit einfach fortgesetzt wird). Ab 1.7.2021 muss der Arbeitnehmende nach BVG versichert werden.

Beispiel 2 - mehrere Arbeitsverhältnisse hintereinander

Befristeter Arbeitsvertrag 1 für einen Einsatz vom 29.3.2021 bis 25.4.2021 (vier Wochen)

Befristeter Arbeitsvertrag 2 für einen Einsatz vom 26.4.2021 bis 6.6.2021 (sechs Wochen)

Befristeter Arbeitsvertrag 3 für einen Einsatz vom 14.6.2021 bis 25.7.2021 (sechs Wochen)

jeweils beim selben Verleiher, aber in unterschiedlichen Einsatzbetrieben

Wäre von Beginn an klar, dass der Mitarbeitende mit allen Einsätzen für mehr als drei Monate beschäftigt wird, ist er von Beginn an BVG-pflichtig. Werden die Einsätze nacheinander vereinbart, beginnt die Pflicht mit Beginn des vierten Arbeitsmonats (14. Woche), hier per 5.7.2021.

Mehrere Arbeitsverhältnisse innerhalb von 12 Monaten bei demselben Verleiher (Arbeitgeber) werden zusammengezählt, auch wenn die Einsätze bei unterschiedlichen Einsatzbetrieben absolviert werden und nicht direkt aufeinander folgen.

Gemäss GAV Personalverleih sind Arbeitnehmende mit Unterstützungspflicht gegenüber Kindern immer ab dem ersten Tag zu versichern. Alle anderen Arbeitnehmenden haben, auch ohne unter das gesetzliche Obligatorium zu fallen, die Möglichkeit, sich freiwillig der beruflichen Vorsorge des Arbeitgebers anzuschliessen.

Fazit

In allen eingangs erwähnten Beispielen dürfte vermutlich keine Bewilligungspflicht bestehen. Dennoch sollten die Arbeitsbedingungen nicht nur zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb, sondern auch mit dem Arbeitnehmenden geklärt werden. Zudem sollte der steuerliche Aspekt nicht ausser Acht gelassen werden, insbesondere wenn der Leistungsaustausch zwischen nahestehenden Personen stattfindet.

Auch wenn die Tätigkeit nicht unter die Bewilligungspflicht fällt, ist sicherzustellen, dass die Versicherungsdeckung des Arbeitgebers die Tätigkeit beim Einsatzbetrieb abdeckt. Andernfalls riskiert der Arbeitgeber, für die Leistungen zu haften, die der Arbeitnehmende von der Versicherung erhalten hätte.

DOWNLOAD ALS PDF

DRUCKEN ODER TEILEN

Weitere Artikel und Publikationen finden Sie über das obenstehende Suchfeld oder im Menü unter «Themen».

Sichern Sie sich Ihren Wissensvorsprung und abonnieren Sie die BDO News und Einblicke.

Ansprechpartner



MYRIAM MINNIG ▶

Leiterin Treuhand, Leiterin Fachgruppe
Sozialversicherung und Vorsorge
Luzern



FLANDRINA HELBLING ▶

lic. iur. Rechtsanwältin, Mediatorin UMCH, Mitglied
Fachgruppe Nachfolge- und Nachlassplanung
Aarau