

Auftrag oder Personalverleih?

Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen

St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht
Freitag, 30. November 2012
Grand Casino Luzern



ADVOKATURBÜRO
FREI • STEGER • SENTI

Dr. iur. Christoph Senti
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten SG
www.9450.ch

FAA-HSG, Forschungsinstitut
für Arbeit und Arbeitsrecht
Guisanstr. 92
9010 St. Gallen
www.faa.unisg.ch

Auftrag oder Personalverleih?

Telefonat Ihres Klienten, Freitag, 16:30 Uhr:

Ich habe diese Woche einen Brief erhalten, wonach der Auftrag mit der Firma X AG als Personalverleih qualifiziert werde, und:

- festgestellt wird, dass unser Arbeitnehmer Peter Muster den gemäss aVe GAV Personalverleih verbindlichen Mindestlohn nicht erhalte;
- wir innert 10 Tagen eine Kopie der für Personalverleih notwendigen Bewilligung einreichen müssen, sowie eine Kopie des mit der Firma X AG abgeschlossenen Verleihvertrages;
- sowohl uns als auch der Firma X AG mit einem Strafverfahren wegen unbewilligtem Personalverleih gedroht wird, falls wir die Belege nicht fristgerecht einreichen.

Was ist zu tun?

Auftrag oder Personalverleih?

Aus der aktuellen Ausgabe

EX-BEAMTETE PROFITIEREN VOM FILZ

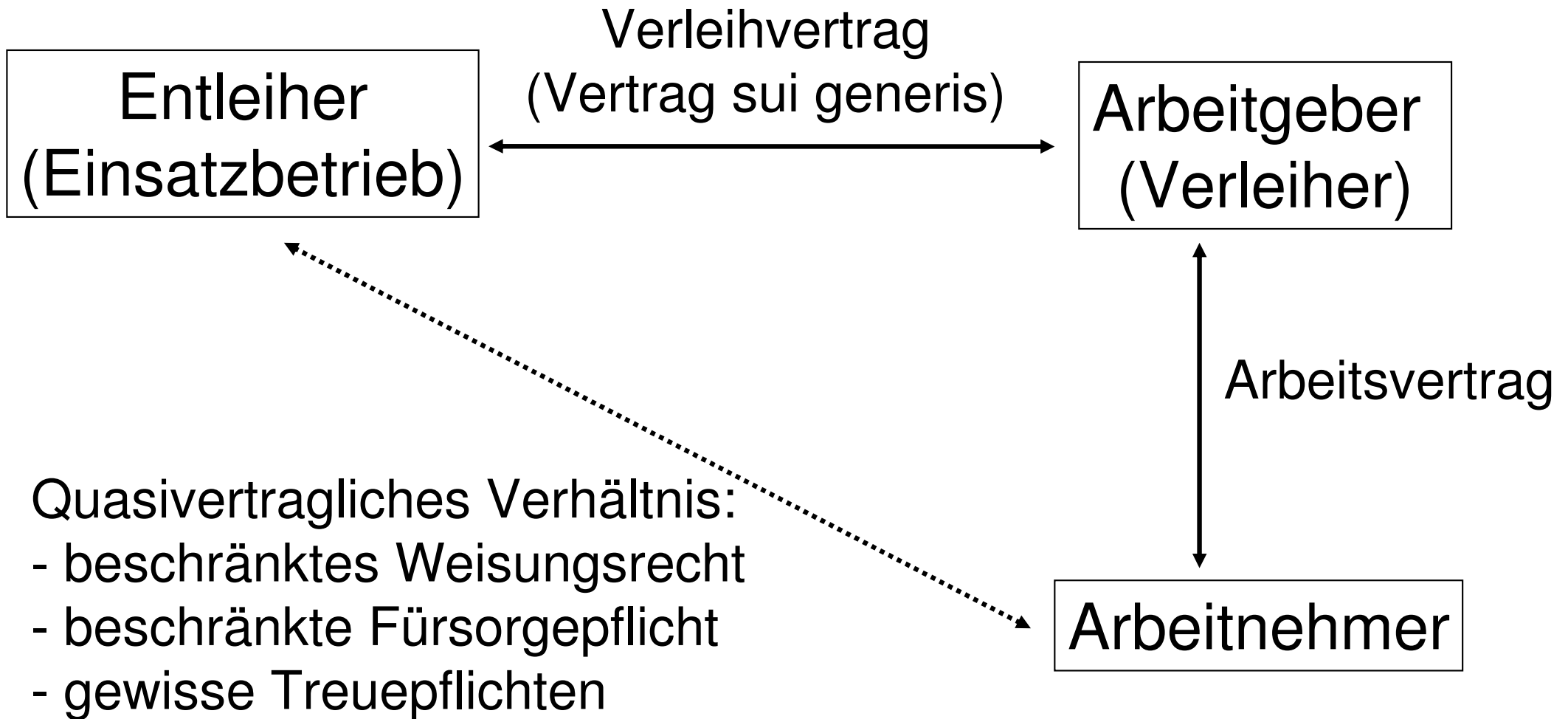
Die Sonntagszeitung zeigt erstmals mit einem Beschaffungs-Atlas, wie ehemalige Bundesangestellte an Aufträge gelangen

Externe bekommen vom Bund Visitenkarten und ein Büro

Immer häufiger kommt es vor, dass der Bund selbst die Projektmanager einmietet. Ein Amt leiht Spezialisten meist über Jahre von Firmen aus und stattet sie mit Büros und Visitenkarten des Bundes aus. Durch dieses «Body-Leasing» gibt es zunehmend Privatwirtschaftler in Beamtenverkleidung - mit einer höheren Bezahlung. Problematisch wirds, wenn Projektwissen privatisiert wird und später mit neuen Mandaten zurückgekauft werden muss.

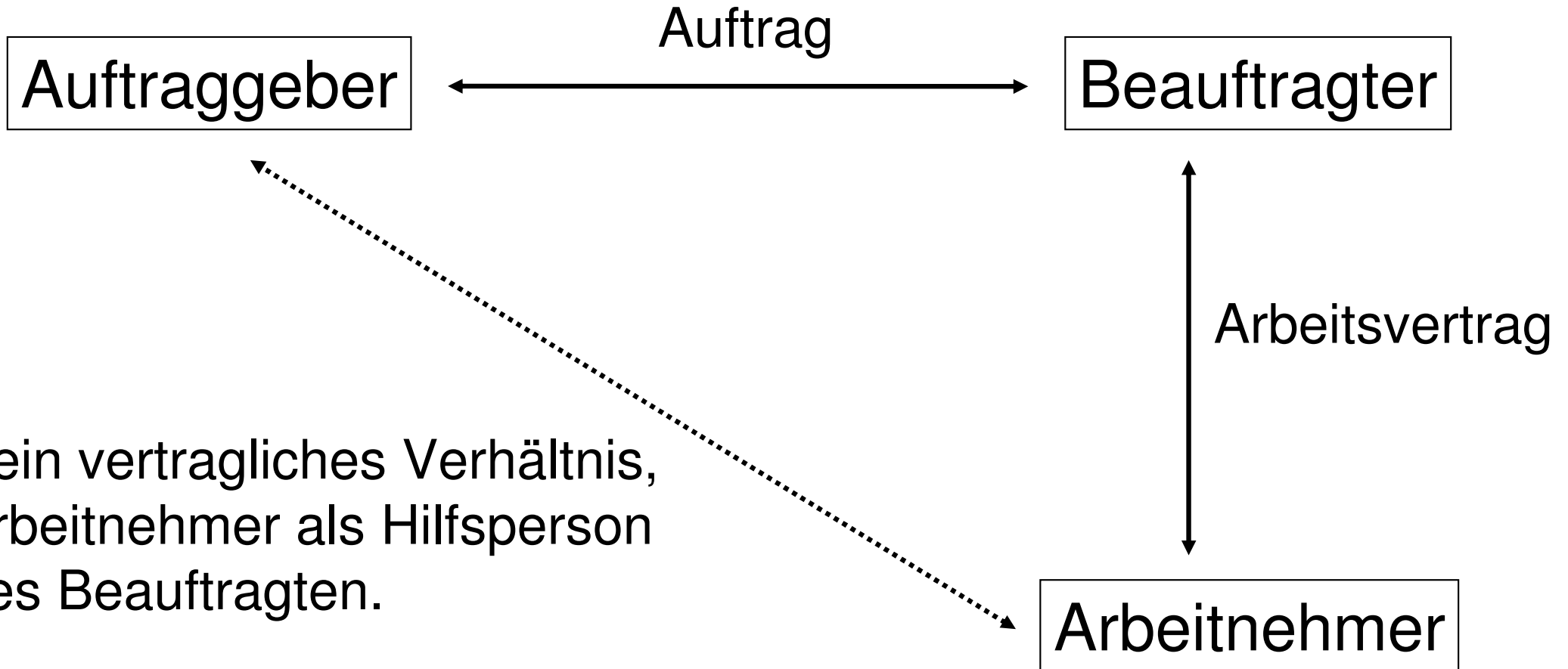
Worum geht es? (I)

Personalverleih

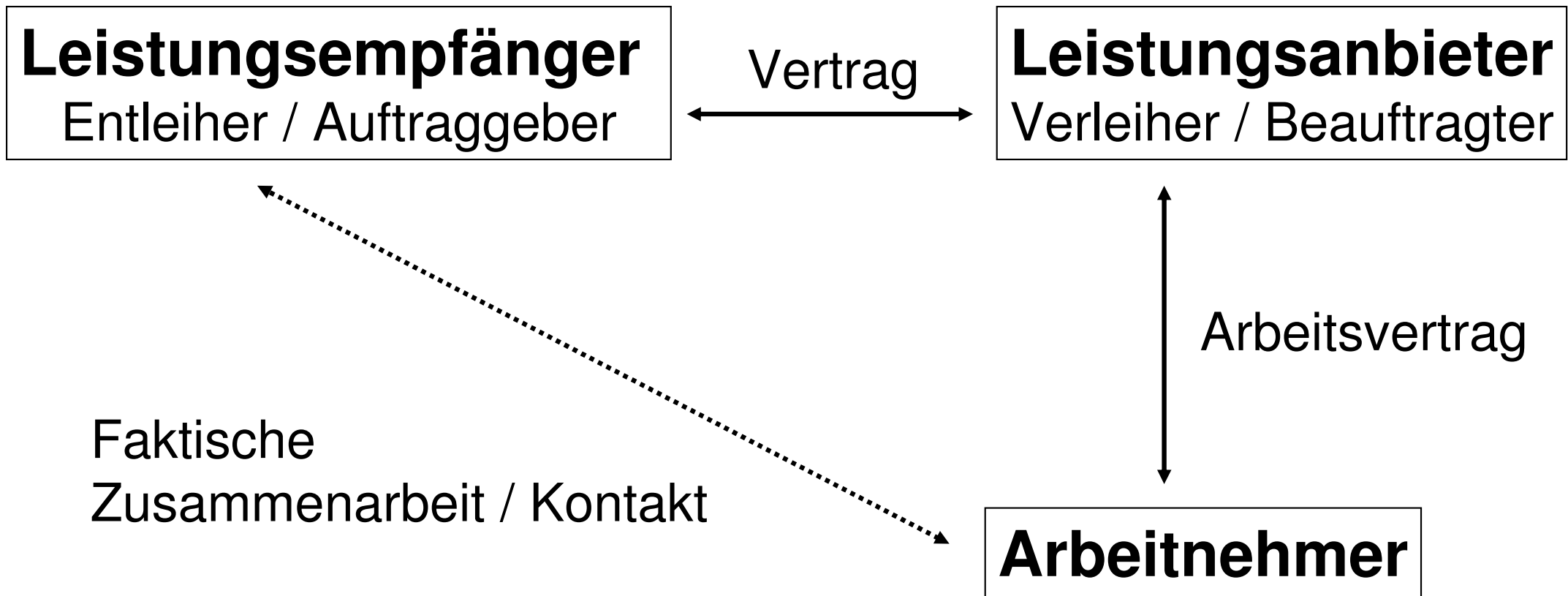


Worum geht es? (II)

Auftrag



Worum geht es? (III)



Arten des Personalverleih

Art. 27 AVG	Temporär- arbeit	Leiharbeit	gelegentliches Überlassen
Zweck Arbeitsvertrag	Tätigkeit im Einsatzbetrieb	Hauptsächlich Tätigkeit im Einsatzbetrieb	Hauptsächlich Tätigkeit beim Arbeitgeber (Verleiher)
Dauer Arbeitsvertrag	Auf Einsatz beschränkt	Vom einzelnen Einsatz unabhängig	Vom einzelnen Einsatz unabhängig
Tätigkeit Arbeitnehmer	Ausschliesslich Einsatzbetrieb	Ausschliesslich Einsatzbetrieb	Ausnahmsweise Einsatzbetrieb

(Mögliche) Gemeinsamkeiten (I)

Leistungsempfänger - Arbeitnehmer

- Arbeitnehmer erbringt Arbeitsleistung;
- Faktische Zusammenarbeit Leistungsempfänger - Arbeitnehmer;
- Arbeitnehmer wird in Betrieb des Leistungsempfängers eingebunden:
 - arbeitet im Betrieb des Leistungsempfängers;
 - an/mit dessen Systemen, Werkzeugen etc.;
 - hat Kontakt mit Mitarbeitenden des Betriebes;
 -

(Mögliche) Gemeinsamkeiten (II)

Leistungserbringer - Arbeitnehmer

- Leistungserbringer und Arbeitnehmer stehen in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis mit entsprechenden Rechten und Pflichten.

(Mögliche) Gemeinsamkeiten (III)

Leistungserbringer - Leistungsempfänger

- Vertragliches Verhältnis;
- Zu leistende Arbeit ist bekannt (\neq vereinbart), woraus sich die dazu nötigen Qualifikationen des Arbeitnehmers ergeben;
- Dauer des Vertragsverhältnisses kann bestimmt oder unbestimmt sein;
- Abrechnung der erbrachten Leistung in Abhängigkeit vom Arbeitsaufwand (bspw. Stundensatz).

Unterschiede (I)

Auftrag

Art. 394 OR: Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

=> **Besorgung einer Arbeitsleistung.**

Personalverleih

Art. 26 AVV: Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt.

=> **Überlassen eines Arbeitnehmers mit Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse.**

Unterschiede (II)

Auftrag: Besorgung einer Arbeitsleistung

=> Gegenstand, Art, Umfang der Arbeitsleistung ist vertraglich definiert und vereinbart. Konkretisierungen oder Änderungen erfolgen somit zwischen Leistungserbringer und Leistungsanbieter und bedingen unter Umständen eine Vertragsänderung.

Personalverleih: Überlassen eines Arbeitnehmers

=> Gegenstand, Art, Umfang der Arbeitsleistung ist **nicht** vertraglich definiert. Leistungserbringer stellt nur die Person (quasi das „Arbeitsinstrument“) zur Verfügung und übergibt Leistungsempfänger das Recht, die Arbeitsleistung zu bestimmen.

Die entscheidenden Fragen

1. Was wollten die Vertragsparteien wirklich, bzw. was wurde effektiv gelebt (Art. 18 OR)?
2. Betrifft die vertragliche Vereinbarung:
 - => die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung
 - oder
 - => das Überlassen einer Person, welche eine bestimmte Arbeitsleistung erbringen soll?

Killer-Kriterien

Kriterien, welche Auftrag oder Personalverleih in der Regel ausschliessen:

- Kein Auftragsverhältnis, wenn Leistungsanbieter seine Leistung als bewilligter Personalverleiher anbietet;
- Kein Personalverleih, ohne arbeitsvertragliches Verhältnis zwischen Leistungsanbieter und dessen Hilfsperson (bspw. weil letzteres eine Gesellschaft ist);
- In der Regel kein Personalverleih bei gemischten Verträgen (Bspw. Vermietung Fahrnis mit Personal; Kauf mit Montagepflicht).

Arbeitsleistung oder Überlassen von Personal? (I)

Wenn:

- die Arbeitsleistung im Vertrag definiert wird;
- es keine Rolle spielt, wer diese Arbeitsleistung erbringt (Leistungsempfänger bestimmt Arbeitnehmer oder tauscht diesen während der Ausführung aus);
- der Arbeitnehmer die Arbeiten selbständig oder nach Weisung des Leistungsanbieters ausführt;
- für den Leistungsempfänger nur das Arbeitsergebnis, nicht aber die Ausführung von Bedeutung ist;
- der Leistungsempfänger gegenüber dem Leistungserbringer mangelhafte oder verspätete Erfüllung geltend machen kann;

.... handelt es sich vermutlich um einen **Auftrag**.

Arbeitsleistung oder Überlassen von Personal? (II)

Wenn:

- die Person wichtig ist, welche die Arbeiten ausführen soll (insb. Qualifikationen, Erfahrung etc.);
- es den Leistungsanbieter nicht zu kümmern hat, was genau zu machen ist und bis wann der Arbeitnehmer fertig sein muss;
- der Leistungsanbieter dem Arbeitnehmer Anweisungen erteilt, wie die Arbeiten auszuführen sind, weil vertraglich nichts vereinbart wurde;

.... handelt es sich um vermutlich um **Personalverleih**.

Arbeitsleistung oder Überlassen von Personal? (III)

Fragen:

- Interessieren den Leistungsempfänger die persönlichen Qualifikationsmerkmale des ausführenden Arbeitnehmers?
- Sind die zu leistenden Arbeiten für den Leistungsanbieter von Bedeutung?
- Kümmert sich der Leistungsanbieter um die Ausführung der Arbeiten?
- Hat der Leistungsanbieter für die Qualität der Arbeit oder die termingerechte Ausführung einzustehen?

An sich untaugliche Indizien

- Tätigkeit im Betrieb des Leistungsempfängers;
- Überlassen von Büroschlüssel, Badge etc. für freien Zugang zum Betrieb des Leistungsempfängers;
- Tätigkeit während der (üblichen) Bürozeiten des Leistungsempfängers;
- Geheimhaltungs-, Rapportierungs-, Abrechnungspflichten etc.;
- Persönliche Anforderungen an Arbeitnehmer als Folge betrieblicher Bedürfnisse wie Integrität (Strafregisterauszug), QS-Vorschriften (Ausbildungen) etc.;

..... sofern aus organisatorischen Gründen und nicht als Folge des Weisungsrechts des Leistungsempfängers.

=> Hierarchische oder andere (insb. organisatorische) Gründe?

Spannende Fragen

Vertragsmutation: Bedeutsam ist nicht nur der effektiv gelebte Status quo, sondern auch die Entwicklung des vertraglichen Verhältnisses und dessen praktische Umsetzung: Ein Auftrag kann zum Personalverleih mutieren!

Ist der Abschluss von **gemischten Verträgen** möglich (bspw. Mietvertrag/Personalverleih oder gar Auftrag/Personalverleih)?
Ja: BGE 4A_61/2012 E 2.2: „Chefarztvertrag“ als Innominatkontrakt mit miet- und auftragsrechtlichen Elementen sowie Elementen des Personalverleihs.
=> Bewilligungspflicht als Personalverleiher?

Die Qualifikation ist nicht immer einfach....

Praxis der Schweiz. Steuerkonferenz betr. Quellensteuern:

In Bezug auf die – in der Vergangenheit v. a. in der Informatik-Branche häufig aufgetretene – Konstellation, dass die Verleihfirma einen „Dienstleistungsvertrag“ mit einer (i.d.R. vom verliehenen Arbeitnehmer beherrschten) AG oder GmbH abgeschlossen hat, gilt, dass die verliehene Person (i.d.R. der Geschäftsführer der AG oder GmbH) als **Arbeitnehmer der Verleihfirma** zu betrachten ist. Dieser Grundsatz wird in Bezug auf die Frage der Quellenbesteuerung ab 1. Januar 2008 konsequent durchgesetzt. Dementsprechend unterliegen die **gesamten Entschädigungen**, welche

Weisungen des seco:

Die Gründer resp. Inhaber einer Gesellschaft, die bei der Gesellschaft angestellt sind und deshalb als Arbeitnehmer betrachtet werden, besitzen – wenn sie die Leitung des Betriebs übernehmen – den Status von «quasi»-Selbständigen. Soll die Gesellschaft die Dienste dieser Personen (z.B. im Fall von **Einmann-AGs oder -GmbHs**) gewerbsmässig auch Drittbetrieben anbieten, muss sie trotzdem die notwendige Verleihbewilligung einholen Dies ist schon alleine

Fragen?

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!