Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
Rechtsdienst

Thurgau

Personalverleih im IT-Bereich

Als Verleiher gelten diejenigen Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer einem fremden Betrieb (dem Einsatzbetrieb) zur Arbeitsleistung überlassen (Siehe Grafik 1). Entscheidend ist dabei, dass die Arbeitgeber die wesentlichen Weisungsrechte über ihre Angestellten an den Einsatzbetrieb abtreten. Dies liegt insbesondere vor, wenn der Einsatzbetrieb Anweisungen über die Art der zu verrichtenden Arbeit gibt und die nötigen Hilfsmittel selber auswählt. Wichtiges Kriterium kann auch sein, ob nur Einsatzstunden verrechnet werden, oder ob der Arbeitgeber für die Arbeit seiner Mitarbeiter auch einen gewissen Erfolg garantiert (detailliertere Abgrenzungskriterien zwischen Auftrag und Arbeitverhältnis siehe weiter unten).

Wird ein Arbeitnehmer nur für die Dauer eines einzelnen Einsatzes eingestellt, spricht man von *Temporärarbeit*. Als *Leiharbeit* gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Zweck des Verleihs anstellt, der Arbeitsvertrag jedoch wird für eine von einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Der Zweck des Verleihs ist bereits gegeben, wenn der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag festhält, dass er den Arbeitnehmer Drittbetrieben zur Verfügung stellen *kann*. Temporärarbeit sowie Leiharbeit sind bewilligungspflichtig. Es bestehen zwingende Vorschriften u.a. über das Vertragswesen.

Eine übliche Variante besteht darin, dass eine EDV-Firma ihren Mitarbeiter dem Projektleiter des Einsatzbetriebes „zur Verfügung“ stellt und die Arbeitszeit des Mitarbeiters dem Einsatzbetrieb verrechnet. Treffen weitere Definitionen zu (siehe erster Abschnitt), deutet dies stark auf bewilligungspflichtigen Personalverleih hin. Es ist ohne Bedeutung, ob der Vertrag zwischen Arbeitgeber (Firma, Auftragnehmer) und Einsatzbetrieb (Kunde, Auftraggeber) „Werkvertrag“, „Auftrag“ oder ähnlich benannt ist.

Personalverleih mit einer Koordinationsstelle (Grafik 2)
(Unterverleihverhältnisse gem. Art. 26 Abs. 3 AVV nicht gestattet!)
Entpuppt sich ein Einsatz gemäss den obigen Kriterien als Personalverleih, ist besonders auf folgendes zu achten: Bei Projekten übergibt der Einsatzbetrieb (beispielsweise eine Bank) die Organisation der Einsätze verschiedenster Informatiker (Freelancer oder ähnliche Bezeichnungen) häufig einer externen Stelle. Diese Koordinationsstelle führt Verhandlungen mit dem Einsatzbetrieb sowie mit den Informatikern. Werden die Informatiker für den jeweiligen Einsatz von der Koordinationsstelle als Arbeitnehmer eingestellt, ist die Koordinationsstelle selbst bewilligungspflichtig. Gilt der Informatiker jedoch als selbständigerwerbend, muss erst mal abgeklärt werden, ob er Inhaber einer Gesellschaft (juristische Person) oder einer Einzelfirma, Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ist (natürliche Person/en, bei Kommanditgesellschaft mindestens eine natürliche Person).

Ist der Informatiker gleichzeitig Inhaber und Angestellter seiner eigenen GmbH oder AG (juristische Person) und verleiht neben sich selbst auch andere Arbeitskräfte, ist **die** Firma des Informatikers bewilligungspflichtig. Das Arbeitsvermittlungsgesetz kennt nur das **Verhältnis Arbeitgeber ⇒ Arbeitnehmer ⇒ Einsatzbetrieb**. Deshalb muss die

Informatikfirma gemäss Art. 22 AVG mit dem Einsatzbetrieb einen Verleihvertrag abschliessen. Das heisst, der Vertrag muss vom Einsatzbetrieb (Bank) sowie dem Arbeitgeber (Verleiher, GmbH, AG) unterschrieben sein. Es ist denkbar, dass die zentrale Anlaufstelle ebenso in diesen Vertrag integriert ist oder mit einem eigenen Vertrag Entschädigungen aus der Vermittlung des Verleihverhältnisses geregelt werden.

Ist der Informatiker Inhaber einer Einzelfirma (natürliche Person), wird bei einer Kontrolle der Einsatzbetrieb zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet und beide Parteien gebüsst, sofern die Kontrollstelle zum Schluss kommt, es liege ein Arbeits- und kein Auftragsverhältnis vor. Dies kann verhindert werden, wenn sich der Informatiker entweder vom Einsatzbetrieb oder von der Koordinationsstelle für die Dauer des Einsatzes als Arbeitnehmer einstellen lässt. Stellt die Koordinationsstelle den Informatiker für die Dauer des Einsatzes ein und verleiht ihn an den Einsatzbetrieb, wird sie bewilligungspflichtig.

Generell verlangen z.B. Banken, Versicherungen oder andere Grossunternehmen bei Ausschreibungen zu Projekten, dass die Bewerber Inhaber einer Personalverleihbewilligung sind. Seit Januar 2014 haben neu auch Einzelfirmen, GmbH's oder AG's, welche nur den Inhaber oder die Mitbesitzer verleihen, bei solchen Projektausschreibungen eine Chance. Gemäss Art. 28 Abs. 2 Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV, SR 823.111) sind Betriebe, welche ausschliesslich den Inhaber oder die Mitbesitzer des Betriebs verleihen, nicht bewilligungspflichtig. Nach erfolgter Prüfung stellen die kantonalen Vollzugsstellen eine entsprechende, auf zwei Jahre begrenzte Bestätigung aus. Damit dürfen Informatiker auch ohne Bewilligung im Sinne des Personalverleihs tätig sein.

Eine Abgrenzung zwischen Auftrag und Arbeitsverhältnis ist nicht immer ganz einfach. Die Differenzierung liegt im Detail und ist manchmal von Vertrag zu Vertrag verschieden. Es steht Ihnen frei, uns Kopien eines Auftrages zur Überprüfung zukommen zu lassen.

Zwei Firmen erledigen gemeinsam einen Auftrag (Grafik 3).

Es kann vorkommen, dass die Firma XY mit ihrem Kunden einen Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen hat. Aus Arbeitsüberlastung oder aus welchen Gründen auch immer, zieht sie zur Erledigung dieses Auftrages einen Mitarbeiter des Betriebes B (juristische Person) bei. Wenn XY den Auftrag ganz oder teilweise an Betrieb B weiterleitet und keine überwachende, kontrollierende oder sonst eine Verantwortung übernimmt, kann davon ausgegangen werden, dass ein Auftrag weitergegeben oder geteilt wurde. Dabei handelt es sich nicht um Personalverleih. Beide Firmen können sich den Auftrag aufteilen. Wichtig dabei ist, dass jeder Betrieb für seine Auftragserfüllung eigenverantwortlich ist.

Sobald jedoch der Mitarbeiter des Betriebes B von XY Instruktionen und Weisungen bekommt und XY die Verantwortung betreffend Auswahl und Überwachung übernimmt, wird der Einsatz des Mitarbeiters des Betriebes B als Arbeitsleistung betrachtet. Damit

ist eine wichtige Voraussetzung der Bewilligungspflicht zum Personalverleih gegeben. Betrieb B benötigt eine Bewilligung zum Personalverleih und muss mit XY einen Verleihvertrag und mit dem Mitarbeiter einen Arbeitsvertrag eingehen, die den Bedingungen nach Art. 19 resp. Art. 22 AVG entsprechen.

Welches sind die Abgrenzungskriterien zwischen Erfüllung eines Auftrages oder Werkvertrages für den Arbeitgeber und Erbringung einer Arbeitsleistung (=Personalverleih)?

Folgende Abgrenzungskriterien lassen auf die **Erbringung einer Arbeitsleistung** in Form des **Personalverleihs** schliessen:

- **Unterordnungsverhältnis:**
  das **Weisungs-** und Kontroll**recht** als wesentliches Merkmal für die Erbringung einer Arbeitsleistung liegt beim Einsatzbetrieb (dazu gehören insbesondere Weisungskompetenzen hinsichtlich der Art der zu verrichtenden Arbeit und der Wahl der Hilfsmittel). Diese Voraussetzung kann auch bereits erfüllt sein, wenn sich Verleiher und Einsatzbetrieb das Weisungsrecht teilen.

- **Einbindung des Arbeitnehmers** in **den Einsatzbetrieb**
  in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht. Das heisst, es wird mit Werkzeug, Material, Geräten des Einsatzbetriebs und vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs gearbeitet.

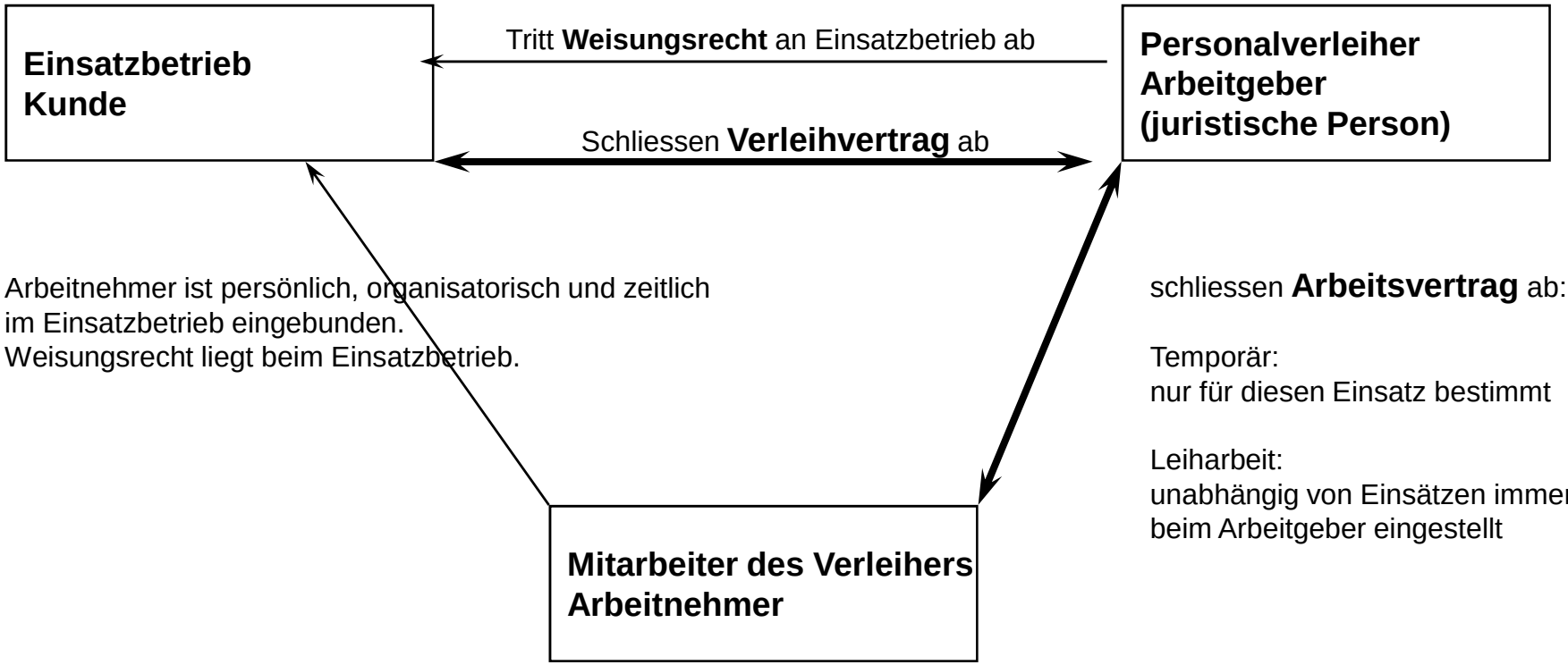
- die Verpflichtung zur **Abrechnung der geleisteten Arbeitsstunden.**
  Das heisst, es werden Einsatzstunden, -wochen, -monate abgerechnet, es gibt also keinen Festpreis resp. Plafonds für die Leistung.

- **Tragen der Gefahr für die Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) durch den Einsatzbetrieb**
  d.h. der Verleiher haftet dem Einsatzbetrieb gegenüber nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers. Der Verleiher garantiert jedoch nicht einen gewissen Erfolg (hinsichtlich Qualität oder Vollendung des Produktes bis zu einem bestimmten Datum) und leistet bei Nichterreichen keine z.B. gratis Nachbesserung oder reduziert nicht den vereinbarten Preis. Der Verleiher haftet auch nicht für fahrlässige oder vorsätzliche Schäden, die sein Arbeitnehmer verursacht, sei es beim Einsatzbetrieb, sei es im Rahmen der Tätigkeit für den Einsatzbetrieb gegenüber Dritten.

Wichtig:
Die Dauer des Einsatzes und die Art der Arbeitsleistung spielen für die Einordnung als Verleihverhältnis keine Rolle.

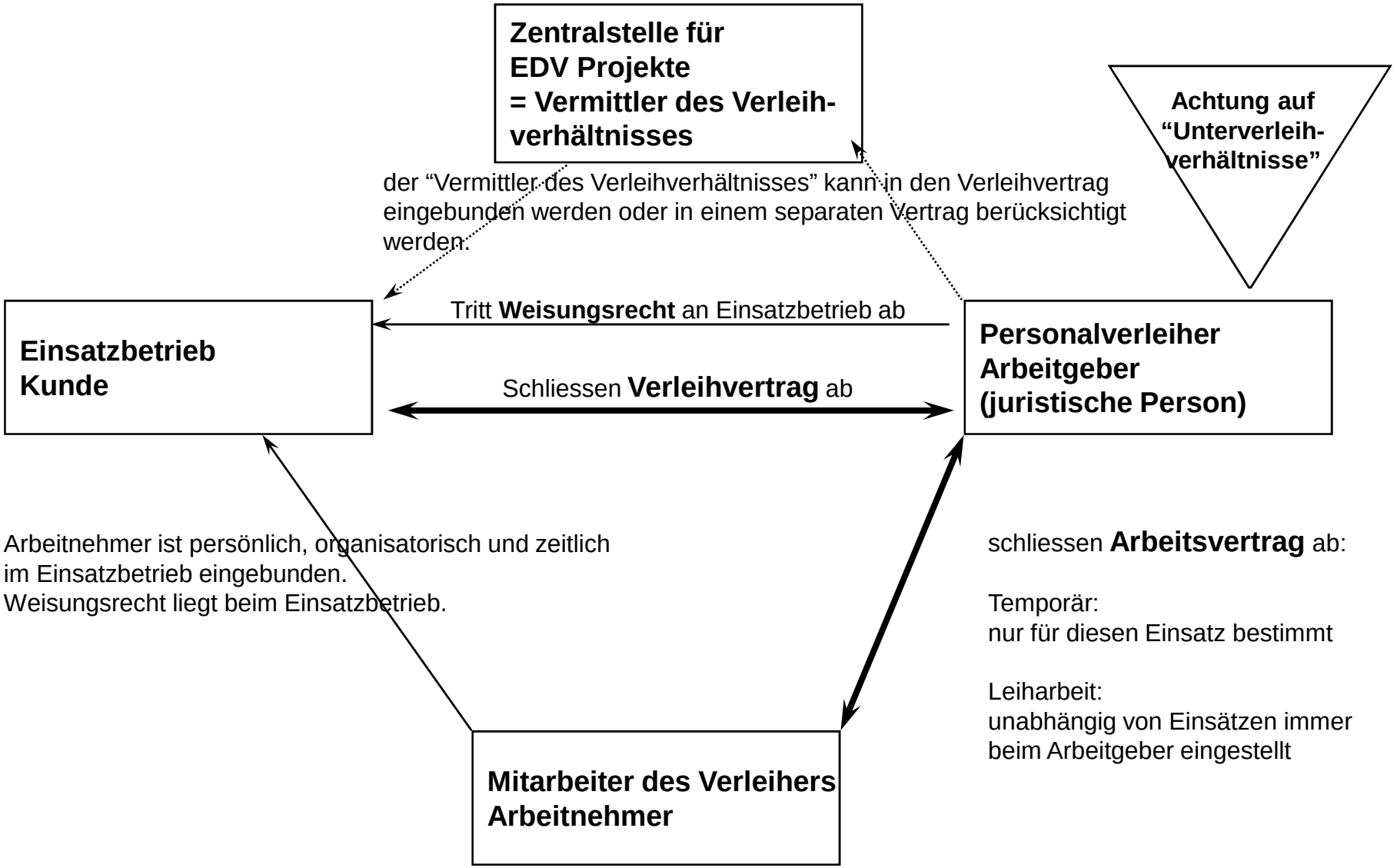
Thurgau
Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
Rechtsdienst
Grafik 1

Verhältnisse im Personalverleih

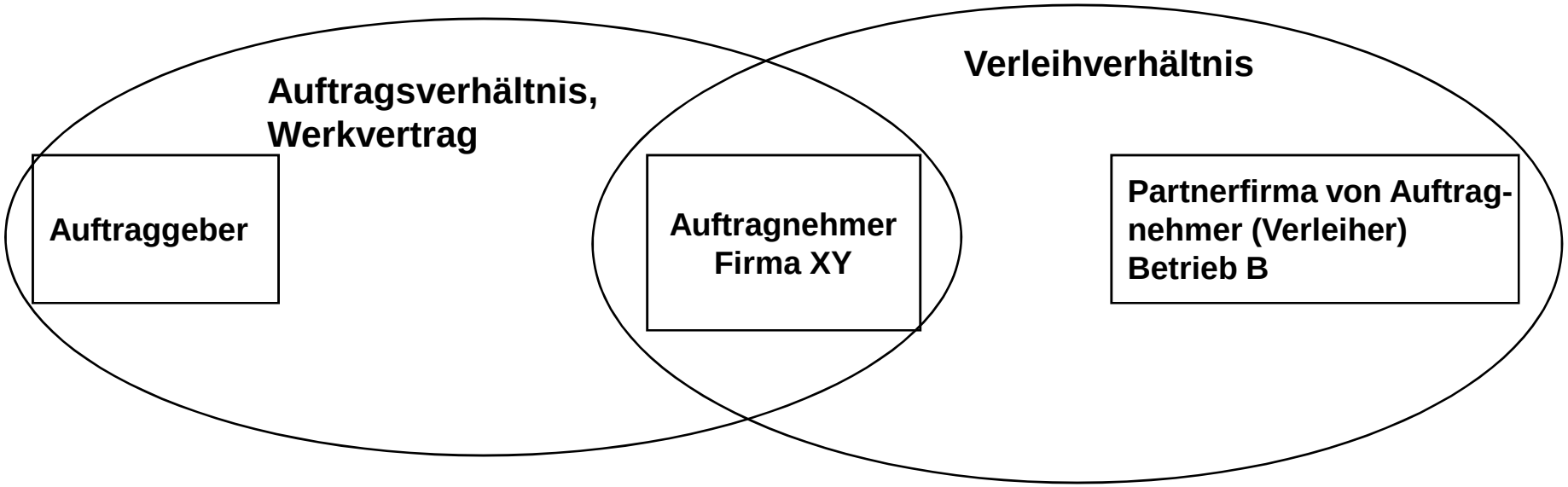


Personalverleih unter Einbezug einer Zentralstelle

Thurgau
Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
Rechtsdienst
Grafik 2



Zwei Firmen erledigen einen Auftrag des Auftraggebers

Thurgau
Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
Rechtsdienst
Grafik 3

Die Firma XY ist Auftragnehmer. Da sie den Auftrag nicht alleine bewältigen kann, nimmt sie die Hilfe eines Partnerbetriebes in Anspruch. Das Weisungs- und Kontrollrecht des Mitarbeiters der Partnerfirma liegt bei Firma XY, obwohl der MA teilweise beim Auftraggeber arbeitet. Somit handelt es sich hier um ein Verleihverhältnis zwischen Partnerfirma und Auftragnehmer.