

Legal News

August 2017

Neue Regeln für den konzerninternen Einsatz von Mitarbeitern

Im Jahr 2003 hat das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) eine Weisung erlassen, die den konzerninternen Personalverleih von den meisten eher einschränkenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) befreit. Insbesondere unterstand der Personalverleih zwischen Konzerngesellschaften nicht der Bewilligungspflicht des AVG und der Personalverleih aus dem Ausland (der durch das AVG grundsätzlich untersagt ist) war innerhalb eines Konzerns zulässig. In der Praxis hat das SECO in den letzten Jahren seine eigene Weisung aber immer restriktiver ausgelegt. Diese Praxis wurde nun in einer Weisung vom 20. Juni 2017 schriftlich festgehalten, mit dem eindeutigen Ziel, den konzerninternen Personalverleih generell einer AVG-Bewilligung zu unterstellen. Der grenzüberschreitende Personalverleih in die Schweiz bleibt nur noch in besonderen Fällen zulässig.

Marc Gugger, Rechtsanwalt, Senior Manager, Legal Services, marc.gugger@ch.ey.com

1. Abgrenzung zwischen Entsendung von Mitarbeitern und Personalverleih (Leiharbeit)

Der Hauptzweck des AVG liegt im Schutz der Arbeitnehmer. Als das SECO im Jahr 2003 seine Weisung erliess, vertrat es die Ansicht, dass die bekannten Gefahren von Leiharbeit nicht vorhanden oder wenigstens nicht so akut waren, wenn Personen innerhalb desselben Konzerns verliehen werden. Über die Jahre zeigte sich das SECO diesbezüglich immer besorgter, da die konzerninternen Einsätze immer weiter zunahm und einige Konzerne „Staffingfirmen“ gründeten, die Mitarbeiter einzig zum Zweck des Personalverleihs an Konzerngesellschaften anstellen. Aus diesem Grund hat das SECO in den letzten Jahren eine restriktivere Praxis (wie nun in der neuen Weisung festgehalten) entwickelt, bei welcher die Abgrenzung zwischen Entsendung und Personalverleih wesentlich wird: Während die blosse Entsendung von Mitarbeitern innerhalb der Schweiz oder grenzüberschreitend (ein- und ausgehend) in jedem Fall bewilligungsfrei bleibt, bedürfen der Personalverleih innerhalb der Schweiz und ins Ausland generell einer Bewilligung (vorbehaltlich bestimmter eher enger Ausnahmen). Der Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz ist grundsätzlich verboten, es sei denn, eine der in der Weisung aufgeführten Ausnahmen würde zutreffen.

In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen Entsendung und Personalverleih schwierig, da in beiden Varianten der rechtliche Arbeitgeber und damit namentlich dessen Lohnfortzahlungspflicht sowie zumindest ein Teil seiner Weisungsbefugnis (z. B. das Kündigungsrecht)

im einsetzenden Unternehmen verbleiben. Das Hauptkriterium für die Bestimmung als Entsendung ist die Weisungsbefugnis, die bei der Entsendung vollumfänglich beim rechtlichen Arbeitgeber (dem einsetzenden Unternehmen) verbleibt. Bei der Entsendung bleibt der rechtliche Arbeitgeber für die Arbeitstätigkeit des entsandten Mitarbeiters haftbar, der Mitarbeiter selber bleibt in die Organisation des rechtlichen Arbeitgebers integriert. Bei der Überprüfung dieser Kriterien ist nicht der Wortlaut des entsprechenden Entsendevertrags und der Richtlinien entscheidend, sondern die tatsächlich in der Praxis umgesetzten Arbeitsbedingungen.

Die Entsendung eines ausländischen Mitarbeiters in ein schweizerisches Konzernunternehmen wird oft als Personalverleih eingestuft, da der Mitarbeiter (i) üblicherweise den Anweisungen eines Vorgesetzten in der Schweiz untersteht und (ii) in das schweizerische Unternehmen eingegliedert wird (z. B. Zutrittsbadge, fester Arbeitsplatz, Ausstattung mit Computer, Telefon und Arbeitsmitteln, Schweizer E-Mail-Adresse und Visitenkarten, Anwendung örtlicher Arbeitsbestimmungen) und damit als (zumindest faktischer) Arbeitnehmer des Schweizer Unternehmens auftritt. Demgegenüber kann der Einsatz nur in besonderen Fällen als übliche konzerninterne Entsendung eingestuft werden, beispielsweise bei klar definierten und zum vornherein befristeten Projekteinsätzen, wenn die betreffenden Spezialisten weiterhin den Weisungen der Vorgesetzten im Heimatland unterstehen und in der Organisation des entsendenden Unternehmens integriert bleiben.

2. Bewilligungspflicht

Gemäss bisheriger SECO-Weisung war der konzerninterne Personalverleih auch im grenzüberschreitenden Kontext bewilligungsfrei und uneingeschränkt zulässig. Mit der neuen Praxis lässt das SECO den konzerninternen Personalverleih nur noch ausnahmsweise bewilligungsfrei zu, sofern:

- ▶ es sich um einen Einzelfall handelt,
- ▶ der zeitlich begrenzt ist und
- ▶ der ausschliesslich den Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht fördert oder dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns dient.

Weiter behalten die beiden nachfolgenden gesetzlichen Ausnahmen von der Bewilligungspflicht für den konzerninternen Personalverleih und die Leiharbeit zwischen unabhängigen Parteien ihre Gültigkeit:

- ▶ Der Arbeitgeber verleiht Mitarbeiter nur gelegentlich. Aufgrund der bisherigen strengen Praxis der Behörden trifft diese Ausnahme im konzerninternen Verhältnis nur höchst selten zu, da der Einsatz von Mitarbeitern bei anderen Konzerngesellschaften oft gängige Praxis ist und nicht bloss kurzfristig, sondern für längere Zeiträume erfolgt. Diese Ausnahme ist vor allem auf Arbeitgeber ausgerichtet, die Mitarbeiter in Zeiten geringer Geschäftstätigkeit (z.B. Bauunternehmen) ausleihen oder in anderen vergleichbaren Ausnahmesituationen (z.B. grenzüberschreitenden Restrukturierungen).
- ▶ Der Personalverleih wird nicht gewerbmässig vorgenommen. Der Personalverleih wird als gewerbmässig eingestuft, wenn die Einsätze (i) die Grenze von zehn Einsätzen (von Einzelpersonen oder Gruppen von Mitarbeitern) innerhalb von zwölf Monaten überschreiten und mit Gewinnabsicht vorgenommen werden oder (ii) einen Umsatz von mehr als CHF 100'000.- generieren. Da konzerninterne Einsätze allgemein zu Selbstkosten oder in Einhaltung des Prinzips der Marktüblichkeit zu Selbstkosten mit einem gewissen Zuschlag erfolgen, wird diese Ausnahme nur selten zur Anwendung kommen.

In jedem Fall bleibt der „Weiterverleih“ von Mitarbeitern (d.h. der Verleih einer Person, die bereits zum nun einsetzenden Unternehmen verliehen worden ist) absolut verboten.

3. Verbotener Personalverleih aus dem Ausland

Der Wortlaut des AVG verbietet den Personalverleih aus dem Ausland. Allerdings wurde der Personalverleih zwischen Konzerngesellschaften gemäss bisheriger Weisung des SECO grundsätzlich ausgenommen. Die neue Weisung hebt diese allgemeine Aus-

nahme auf; vielmehr wird der eingehende konzerninterne Personalverleih nur zugelassen, wenn eine der vorstehend dargestellten Ausnahmen zutrifft. Darüber hinaus ist es nicht möglich, für den Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz eine Bewilligung zu erhalten. Wenn also der Einsatz nicht als reine Entsendung eingestuft werden kann, muss entweder der Einsatz so gestaltet werden, dass eine der spezifischen Ausnahmen Anwendung findet oder der ausländische Mitarbeiter muss vor Ort durch die schweizerische Konzerngesellschaft angestellt werden.

4. Lokalanstellung als Ausweg

Wie oben erwähnt, kann eine Lokalanstellung mit einem lokalen Arbeitsvertrag bei einer Schweizer (Konzern-)Gesellschaft eine Lösung sein, sofern der Einsatz aus dem Ausland nicht als Entsendung eingestuft werden kann und keine Ausnahme von der Bewilligungspflicht vorliegt. Dabei entsteht administrativer Mehraufwand (z. B. doppelte Eintritts- und Austrittsprozesse in beiden beteiligten Unternehmen), und oft treten Schwierigkeiten im Bereich des Immigrationsrechts auf, zumindest wenn das örtliche Arbeitsamt nicht auf das in vielen Kantonen zur Anwendung gelangende vereinfachte Immigrationsverfahren betreffend konzerninternen Transfer von Führungskräften und Spezialisten zurückgreifen kann.

Es ist wichtig, jeweils auch die sozialversicherungsrechtlichen (z. B. Wechsel der Sozialversicherungspflicht in die Schweiz) und steuerrechtlichen Folgen sowohl für Unternehmen wie auch Arbeitnehmer (z.B. persönliche Steuerpflicht in der Schweiz, Transferpreise zwischen beteiligten Konzerngesellschaften) zu berücksichtigen.

5. Fazit

Die neue Weisung des SECO geht viel weiter als es auf den ersten Blick scheint. Die Praxis wird zeigen, wie streng die wenigen Ausnahmen tatsächlich ausgelegt und gehandhabt werden müssen. In jedem Fall untersteht der konzerninterne Personalverleih neuen Bestimmungen, so dass Unternehmen, die regelmässig Mitarbeiter zu Konzerngesellschaften entsenden, ihre gegenwärtigen Tätigkeiten bezüglich deren Vereinbarkeit mit der Praxis des SECO überprüfen müssen. In vielen Fällen muss eine Bewilligung für Einsätze innerhalb der Schweiz oder ins Ausland eingeholt werden (insbesondere im Fall von Staffingfirmen schweizerischer Konzerne) bzw. müssen die betreffenden Verträge und Richtlinien überprüft werden, damit die Einsätze als Entsendungen eingestuft werden. Im Fall grenzüberschreitender Einsätze aus dem Ausland muss entweder eine Entsendung oder eine Lokalanstellung durchgeführt werden, es sei denn, es liege eine der in der Weisung des SECO oder im Gesetz vorgesehene Ausnahme vor.

Die globale EY-Organisation im Überblick

Die globale EY-Organisation ist eine Marktführerin in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Transaktionsberatung und Managementberatung. Wir fördern mit unserer Erfahrung, unserem Wissen und unseren Dienstleistungen weltweit die Zuversicht und die Vertrauensbildung in die Finanzmärkte und die Volkswirtschaften. Für diese Herausforderung sind wir dank gut ausgebildeter Mitarbeitender, starker Teams sowie ausgezeichneter Services und Kundenbeziehungen bestens gerüstet. «Building a better working world»: Unser globales Versprechen ist es, gewinnbringend den Fortschritt voranzutreiben - für unsere Mitarbeitenden, unsere Kunden und die Gesellschaft.

Die globale EY-Organisation besteht aus den Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig und haftet nicht für das Handeln und Unterlassen der jeweils anderen Mitgliedsunternehmen. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Kunden. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website: www.ey.com.

Die EY-Organisation ist in der Schweiz durch die Ernst & Young AG, Basel, an zehn Standorten sowie in Liechtenstein durch die Ernst & Young AG, Vaduz, vertreten. «EY» und «wir» beziehen sich in dieser Publikation auf die Ernst & Young AG, Basel, ein Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited.

Legal News: Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

Abonnemente/Adressänderungen
www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal

© 2017
Ernst & Young AG

All Rights Reserved.

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht. Obwohl sie mit grösstmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann sie nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Es besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Es liegt am Leser zu bestimmen, ob und inwiefern die zur Verfügung gestellte Information im konkreten Fall relevant ist. Jegliche Haftung seitens der Ernst & Young AG und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen. Bei jedem spezifischen Anliegen empfehlen wir den Beizug eines geeigneten Beraters.

www.ey.com/ch

Kontakte Legal

Basel: Maja Krapf
maja.krapf@ch.ey.com

Bern: Jürg Strebel
juerg.strebel@ch.ey.com

Genf: Aurélien Muller
aurelien.muller@ch.ey.com

Zürich: Oliver Blum
oliver.blum@ch.ey.com