



CH-3003 Bern, SECO, PAVV

An die kantonalen

- **Arbeitsämter**
- **AVG-Verantwortlichen**

Referenz:/Aktenzeichen: 330 – Weisung_2014_Bewilligungsbefreiung bei Inhabern und Mitbesitzern
Sachbearbeiter/in: gre/veh/elm
Bern, 11. Dezember 2014

Keine Bewilligungspflicht für Betriebe, die ausschliesslich Inhaber oder Mitbesitzer verleihen

Weisung 2014/1; Erläuterungen zu Artikel 28 Absatz 2 Arbeitsvermittlungsverordnung

Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren

Am 1. Januar 2014 ist Artikel 28 Absatz 2 Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV¹, in Kraft getreten, gemäss welchem keine Bewilligungspflicht mehr für Betriebe besteht, welche ausschliesslich den Inhaber oder die Mitbesitzer des Betriebs verleihen.

Ursprünglich waren Ein-Personenbetriebe der Bewilligungspflicht unterstellt. Einzelne Kantone vertraten aber bereits in den letzten Jahren die Ansicht, Besitzer von Ein-Personengesellschaften, die sich selber verleihen, bedürften keines besonderen Schutzes des Arbeitsvermittlungsgesetzes, AVG². Es fehlte somit Schweiz weit an einer einheitlichen Vollzugspraxis und die rechtsgleiche Behandlung der Rechtsadressaten war nicht mehr gewährleistet.

In der Anhörung wurde vorgeschlagen, dass Betriebe mit wenigen Personen, die gleichzeitig als Geschäftsführer amten und sich selber verleihen, ebenfalls von der Bewilligungspflicht ausgenommen werden, weil für diese Personen auch kein Schutzbedürfnis bestehe.

¹ Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVV, SR 823.111

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVG, SR 823.11

Die neue Bestimmung, die eine grosse Mehrheit sowohl der Kantone als auch der Verbände in der Anhörung befürwortet hat, befreit nun diejenigen Betriebe von der Bewilligungspflicht, welche ausschliesslich Inhaber oder Mitbesitzer verleihen.

Die Bestimmung erfasst sowohl Ein-Personengesellschaften als auch Gesellschaften mit mehreren Personen, die sich selber verleihen.

Bei der Anwendung der Bestimmung zeigen sich Unklarheiten. Insbesondere sind die Begriffe des Inhabers und Mitbesitzers auslegungsbedürftig. Nachfolgend wird zunächst auf die Beteiligung des Arbeitnehmers am Betrieb näher eingegangen.

1. Beteiligung im Allgemeinen

Eine Bewilligungsbefreiung ist nur dann gerechtfertigt, wenn mangels eines Schutzbedürfnisses des Arbeitnehmers auf die Prüfung der AVG-Schutzbestimmungen verzichtet werden kann. Das setzt voraus, dass die Person, die als Arbeitnehmerin tätig ist, die Geschäfte des Betriebs weitreichend beeinflussen kann und damit auch die Stellung einer Arbeitgeberin einnimmt.

Das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers nimmt grundsätzlich ab bzw. seine Einflussnahme auf die Arbeitgeberseite zu,

- je grösser seine Beteiligung am Gesellschaftskapital ist
- je enger und persönlicher seine Beziehungen zu den weiteren Beteiligten sind, was eine Gesellschaft mit wenigen Personen voraussetzt und
- wenn er Einsitz in die Geschäftsleitung nimmt.

Demzufolge muss der Arbeitnehmer, der verliehen wird, sowohl finanziell wie auch persönlich namhaft am Unternehmen beteiligt sein. Ist seine Beteiligung namhaft, gilt er als Inhaber oder Mitbesitzer (vgl. dazu nachfolgende Ausführungen).

2. Inhaber und Mitbesitzer des Betriebs im Besonderen

Wie sich die Inhaberschaft und Mitbesitzeigenschaft in den verschiedenen Gesellschaftsformen verhält, wird nachfolgend aufgezeigt:

Inhaber

Als Inhaber einer Einzelfirma gilt der *geschäftsführende Unternehmer*. Er ist im Handelsregister als Inhaber namentlich aufgeführt.

Bei der Ein-Personen-Aktiengesellschaft handelt es sich um die *Alleinaktionärin*, eine natürliche Person, die als Inhaberin zu bezeichnen ist. Als vertretungsberechtigte Person ist sie im Handelsregister eingetragen.

Ein-Personengesellschaften sind auch in Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich. Inhaber ist der *alleinige Stammanteilhalter*. Als Gesellschafter, der das Stammkapital einlegt, geht er ebenfalls aus dem Handelsregister hervor.

Mitbesitzer

Beteiligung an einer Aktiengesellschaft (AG)

Aus der Anzahl und dem Nennwert der vom Aktionär gezeichneten Aktien im Verhältnis zum gesamten Aktienkapital ergibt sich seine Beteiligungsquote. Grundsätzlich bemisst sich das Stimmrecht des Aktionärs an der Kapitalbeteiligung. Von diesem Grundsatz kann jedoch statutarisch abgewichen werden.

Von diesem Grundsatz ausgehend und unter dem Aspekt, dass bei einer kleinen Aktiengesellschaft anzunehmen ist, dass die Aktionäre untereinander persönlich verbunden sind, gelten für den Befreiungsfall kumulativ folgende Kriterien:

- Die *Beteiligungsquote* des verliehenen Arbeitnehmers am Aktienkapital beträgt als Richtgrösse *mindestens 20 Prozent*. Eine Unterschreitung der Richtgrösse kann gerechtfertigt sein, wenn die verstärkte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien zum Tragen kommt. Folglich sind am Betrieb grundsätzlich nicht mehr als fünf Personen beteiligt.
- Die verliehene Person ist *ein Mitglied des Verwaltungsrates* oder ihr wurde *die Geschäftsführung übertragen*. Sie ist im Handelsregister eingetragen.

Bei Einhaltung dieser Kriterien wird von einer namhaften finanziellen und persönlichen Beteiligung ausgegangen. Der verliehene Arbeitnehmer ist ein Mitbesitzer im Sinne von Artikel 28 Absatz 2 AVV.

Beteiligung an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die Rechte und Pflichten innerhalb einer GmbH bemessen sich grundsätzlich nach der Kapitaleinlage. Von diesem Grundsatz kann statutarisch jedoch abgewichen werden. Die Gesellschafter sind unter Angabe der Anzahl und des Nennwerts ihrer Stammanteile im Handelsregister aufgeführt. Auch hier gehen wir vom Grundsatz aus, dass die Kapitaleinlage für die Rechte und Pflichten massgebend ist.

Für den Befreiungsfall sind folgende Kriterien kumulativ zu erfüllen:

- Es wird eine *Kapitalbeteiligung des verliehenen Arbeitnehmers von minimal 20 Prozent* vorausgesetzt. Diese Angabe gilt als Richtgrösse. Wird statutarisch festgelegt, dass Stammanteile mit einem geringeren Nennwert eine erhöhte Stimmkraft erhalten, kann die Richtgrösse unterschritten werden. Grundsätzlich ist die Anzahl der Gesellschafter *auf maximal fünf Personen* begrenzt.
- Die verliehene Person ist *Geschäftsführerin* und folglich im Handelsregister eingetragen.

Der verliehene Arbeitnehmer gilt somit als Mitbesitzer im Sinne von Artikel 28 Absatz 2 AVV.

Andere Gesellschaftsformen wie beispielsweise Kollektivgesellschaften kommen in der Vollzugspraxis sehr selten vor. Stellt sich die Frage zur Bewilligungsbefreiung im konkreten Fall, ist die Gesellschaft einzelfallgerecht und analog zu behandeln.

3. Bescheinigung durch die kantonalen Vollzugsstellen/Arbeitsämter

Betriebe können ohne Bewilligung aktiv sein, wenn sie davon ausgehen dürfen, Artikel 28 Absatz 2 AVV zu erfüllen. Für Dienstleistungsempfänger, die sich nicht mit der Strafandrohung von Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe a AVG konfrontiert sehen wollen, kann diese Tatsache unbefriedigend sein. Es besteht demnach seitens vom Dienstleistungsempfänger, aber auch dem Betrieb in Zusammenhang mit einem konkreten Fall, wie namentlich bei einem Ausschreibungsverfahren, ein Interesse an Klärung der Frage, ob der Betrieb von der Bewilligungspflicht befreit ist. Dieses Interesse ist auch gegeben, wenn ein bisher bewilligter Betrieb die Freigabe der Kautionswünscht.

Verlangt ein Betrieb in Bezug auf eine konkrete Rechtslage eine Bestätigung, dass er gestützt auf Artikel 28 Absatz 2 AVV von der Bewilligungspflicht ausgenommen ist, hat die kantonale Vollzugsstelle abzuklären, ob der oder die zu verleihenden Mitarbeiter die vorher genannten Kriterien erfüllen und als Inhaber bzw. Mitbesitzer betrachtet werden können. Der Betrieb ist verpflichtet, den Nachweis bezüglich Kapitalbeteiligung, Geschäftsführung des verliehenen Arbeitnehmers sowie Betriebsgrösse zu erbringen und alle hierzu notwendigen Unterlagen wie beispielsweise Handelsregister-, Aktienregisterauszug und Statuten vorzulegen. Sind die Voraussetzungen für eine Befreiung gegeben, ist dies dem Betrieb im zu bejahenden Fall zu bestätigen.

Die Bestätigung kann in Form einer Verfügung erfolgen. Sie ist auf zwei Jahre befristet. Änderungen in Bezug auf die Beteiligung des verliehenen Arbeitnehmers und Betriebsgrösse führen dazu, dass die Bestätigung ihre Gültigkeit schon vor Fristablauf verliert. Wir empfehlen im Dispositiv der Verfügung oder in der Bestätigung folgende Formulierungen zu verwenden:

Das kantonale Arbeitsamt bestätigt, dass der Betrieb XY ausschliesslich den Inhaber oder die Mitbesitzer im Sinne von Artikel 28 Absatz 2 der Arbeitsvermittlungsverordnung verleiht und demnach nicht bewilligungspflichtig ist.

Diese Bestätigung zur Bewilligungsbefreiung des Betriebes gilt zeitlich begrenzt für zwei Jahre und setzt voraus, dass die personelle sowie finanzielle Beteiligung des verliehenen Arbeitnehmers und die Betriebsgrösse in diesen zwei Jahren unverändert bleiben.

4. Kautions bisher bewilligter Betriebe

Betrieben, die bis anhin über eine Bewilligung verfügt haben, nun aber eine Bestätigung der Vollzugsstelle erhalten, dass sie im Sinne von Artikel 28 Absatz 2 AVV nicht bewilligungspflichtig sind, kann die Kautions sofort freigegeben werden.

Es ist nicht nötig, dass die Frist nach Artikel 38 Absatz 1 AVV abgewartet wird, da die Notwendigkeit eines Arbeitnehmerschutzes für diese Betriebe entfällt.

5. Jahresumsatz

Betriebe, die nebst Inhaber oder Mitbesitzern noch weitere Arbeitnehmer verleihen, fallen nicht unter den Anwendungsfall von Artikel 28 Absatz 2 AVV. Bei der Klärung der Frage, ob die Umsatzschränke von Artikel 29 AVV erreicht wird und damit Gewerbsmässigkeit vorliegt, darf der vom Inhaber und den Mitbesitzern erzielte Umsatz nicht in Abzug gebracht werden. Der Gesamtumsatz ist zu berücksichtigen, da das „Lohnrisiko“ des Inhabers bzw. Mitbesitzers auch das Lohnrisiko des normalen Arbeitnehmers beeinflusst, wenn der Einsatzbetrieb den Inhaber bzw. die Mitbesitzer nicht entschädigt.

6. Eintrag im VZAVG

Betriebe, denen die Bewilligungsbefreiung bestätigt wird, sind zur Information der AVG-Behörden im VZAVG zu erfassen. Wir ersuchen die Vollzugsstellen zudem, dem SECO jeweils eine Kopie des Bestätigungsschreibens bzw. der Verfügung zuzustellen. So kann das SECO Bundesbetriebe oder bundesnahe Unternehmen informieren, die bei Ausschreibungen häufig um Auskunft ersuchen, ob ein Verleihbetrieb bewilligungspflichtig ist.

Wir danken Ihnen bestens für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Staatssekretariat für Wirtschaft



Peter Gasser

Leiter Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen

- Version in französischer und italienischer Sprache verfügbar
- Wird auf www.treffpunkt-arbeit.ch publiziert