

Inhaltsverzeichnis

B

Stichwortverzeichnis

11

6.1 Art. 14 Abs. 1 AVG, Art. 37 lit. a, 39 Abs. 1 und 4 AVV**Regeste:**

Art. 14 Abs. 1 AVG, Art. 37 lit. a, 39 Abs. 1 und 4 AVV – Personen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers in einem Personalverleihunternehmen bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sind keine « Arbeitnehmer » im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV. Personalverleiher müssen eine Kautions hinterlegen. Die Alleineigentümerin eines Personalverleihunternehmens, die sich selber an Einsatzbetriebe verliehen hat, kann nach dem Konkurs ihrer Gesellschaft eigene Lohnforderungen nicht aus dieser Kautions befriedigen lassen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Firma C. AG, Zug, erhielt im Dezember 2002 die Bewilligung für den Personalverleih. Sie hinterlegte in diesem Zusammenhang beim kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Kautions über Fr. 100'000.-. Diese hinterlegte Summe haftete gestützt auf Art. 14 Abs. 1 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) für Lohnansprüche aus dem Personalverleih. Im September 2013 wurde der Konkurs über die C. AG eröffnet. Nachdem das AWA den Aufruf publizierte, allfällige offene Lohnforderungen bis zum 15. Januar 2014 einzureichen, meldeten sich drei von der C. AG verliehene Mitarbeiter, darunter auch A.B. Das AWA stellte am 16. April 2014 fest, dass A.B. als Mitglied des Verwaltungsrates bzw. Direktorin der C. AG eingetragen sei. Auch sei sie die alleinige Geschäftsinhaberin. Ihre Lohnforderung sei damit nicht privilegiert. Das AWA verfügte, dass ihre Lohnforderung nicht aus der hinterlegten Kautions bezahlt werden könne.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Mai 2014 lässt A.B. beantragen, es seien ihr die eingereichten Lohnforderungen aus der hinterlegten Kautions zu bezahlen. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, im Gesetz werde keine Unterscheidung zwischen angestelltem Firmeninhaber und Drittangestellten getroffen. Es sei dort nur von verliehenen Arbeitnehmern die Rede. Vorliegend sei sie, die Beschwerdeführerin, in einem Verleihverhältnis bei externen Auftraggebern tätig gewesen.

C. Mit Vernehmlassung vom 7. Juli 2014 beantragt das AWA die Abweisung der Beschwerde. Ergänzend zur Begründung in der angefochtenen Verfügung wird u.a. ausgeführt, da zwischen der C. AG und der Beschwerdeführerin kein Unterordnungsverhältnis bestanden habe, soll sie nicht vom Schutzgedanken des AVG profitieren können. Auch in anderen Gesetzen bzw. Rechtsgebieten entfalle eine Privilegierung eines Mitarbeitenden, der gleichzeitig eine arbeitgeberähnliche Funktion ausübe.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. (...)

3. Gemäss Art. 14 Abs. 1 AVG muss ein Verleiher zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih eine Kautionsleistung leisten. Gemäss Art. 37 lit. a der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (AVV, SR 823.111) kann die Kautionsleistung als Bürgschaft oder Garantieerklärung einer Bank oder Versicherungsgesellschaft hinterlegt werden. Artikel 39 Abs. 1 AVV bestimmt, dass im Konkurs des Verleihers die Kautionsleistung der Befriedigung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer vorbehalten bleibt. Für die Verwertung von Kautionsleistungen ist in denjenigen Fällen, wo die Kautionsleistung in Form einer Bürgschaft einer Versicherungsanstalt geleistet wurde – wie hier – das kantonale Arbeitsamt zuständig (Art. 39 Abs. 4 AVV).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei gleichzeitig Firmeninhaberin und Arbeitnehmerin des Personalverleihers C. AG gewesen. In ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmerin sei sie an andere Firmen verliehen worden. In den Gesetzen sei nur ganz allgemein von verliehenen Arbeitnehmern die Rede, namentlich werde darin nicht unterschieden, ob es sich dabei um den Firmeninhaber oder um Dritte handle. Die Beschwerdeführerin rügt somit, der Beschwerdegegner habe im angefochtenen Entscheid den Begriff «Arbeitnehmer» in Art. 39 Abs. 1 AVV falsch ausgelegt.

a) Aufgrund einer Auslegung der Bestimmung in Art. 39 Abs. 1 AVV nach ihrem Wortlaut könnte man in der Tat zum Schluss kommen, dass damit alle Arbeitnehmer gemeint sind, die von einer Personalvermittlungsgesellschaft verliehen worden sind – ungeachtet ihrer hierarchischen Stellung bzw. eines vorhandenen Unterordnungsverhältnisses. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass Gesetzesbestimmungen zwar in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen sind und dass die rechtsanwendende Behörde an einen klaren Gesetzeswortlaut gebunden ist. Ist der Text indessen nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung (BGE 139 V 66 E. 2.2). (...)

b) (...)

c) Es ist festzustellen, dass es auch im Anwendungsbereich vom AVG und AVV triftige Gründe für die Annahme gibt, dass der in Art. 39 Abs. 1 AVV verwendete Begriff «Arbeitnehmer» nicht ganz klar ist, d.h. dass nicht nur auf eine wörtliche Begriffsauslegung abgestellt werden kann. Es stellt sich somit die Frage, ob mit «Arbeitnehmer» einfach jede bei einem Personalverleiher angestellte und von ihm an Dritte verliehene Person gemeint ist oder ob analog wie im ArG, AVIG oder im SchKG die Regelung in Art. 39 Abs. 1 AVV nur bei bestimmten Arbeitnehmern anwendbar ist. Diese Frage ist nunmehr anhand verschiedener weiterer Auslegungselemente zu klären.

c/aa) Bei der historischen Auslegung wird die Entstehungsgeschichte der Norm zur Ermittlung ihres Sinngehalts herangezogen. Der Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985 ist zu entnehmen, dass die Kautionsregelung in Art. 14 Abs. 1 AVG von Anfang an geplant war. Der Bundesrat argumentierte dabei mit einem Wesensmerkmal eines Personalverleihunternehmens. Dieses müsse von Beginn an relativ viele Arbeitnehmer anstellen, welche überdies häufig wechselten. Das zur Sicherung der Ansprüche der Belegschaft notwendige Kapital werde vom Personalverleiher aber nicht verlangt. Verfüge dieser nicht über einen Kapitalstock, müsse er die Löhne der Arbeitnehmer ständig mit Geldern aus zurückliegenden Einsätzen bezahlen. Trete in der Kette eine Verzögerung ein, könnten die Lohnansprüche der Arbeitnehmer erheblich gefährdet sein. Ein weiterer Grund für eine Kautionsbestimmung bestehe darin, dass sie einem unüberlegten Einstieg in das Verleihgeschäft vorbeuge. Zwar hätten Kritiker im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht, dass die Forderungen der Arbeitnehmer beim Konkurs des Verleihers bereits durch die im neuen Arbeitslosenversicherungsgesetz vorgesehene Insolvenzenschädigung gedeckt würden. Es sei jedoch stossend, das für die Branche typische erhöhte Risiko der Zahlungsunfähigkeit allein durch eine von den Sozialpartnern getragene Sozialversicherung zu decken (BBl 1985 50, S. 610 f.). Etwas weiter vorne äusserte sich der Bundesrat zum Grund der im Gesetz vorgesehenen Bewilligungspflicht, wie folgt: Die Vorlage habe in erster Linie den Schutz des im Personalverleih tätigen Arbeitnehmers im Auge, unabhängig davon, ob er als Regie- oder Temporärarbeiter unter dem Weisungsrecht eines Dritten Arbeit leisten müsse (BBl 1985 50, S. 609). Aufgrund dieser Argumentation ist davon auszugehen, dass dem Bundesrat mit Art. 14 Abs. 1 AVG eine sozialpolitisch motivierte Bestimmung vorschwebte. Er wollte verhindern, dass das dem Personalverleihgeschäft innewohnende erhöhte Betriebsrisiko übermässig auf die Arbeitnehmer des Personalverleihunternehmens und auf die Sozialversicherungsträger abgewälzt wird. Vieles spricht dafür, dass der Bundesrat dabei auf den Schutz von Arbeitnehmern abzielte, die über keine massgeblichen Entscheidungsbefugnisse bei ihrem Arbeitgeber verfügen, und den Schutz nicht auch auf Arbeitnehmer mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung und mit massgeblichen Einflussmöglichkeiten auf den Geschäftsgang ausdehnen wollte. Angesichts der sozialpolitischen Motivation der Regelung wäre die zweite Variante sehr ungewöhnlich und somit erklärungsbedürftig gewesen. Der Umstand, dass der Bundesrat hierzu in der Botschaft keine Ausführungen machte, ist somit als Indiz dafür zu werten, dass ihm die erste Konstellation vorschwebte. (...) Der Bundesrat meinte aber immerhin ausdrücklich, dass es stossend wäre, wenn die Sozialpartner, d.h. die Allgemeinheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, im Konkursfall für das erhöhte Zahlungsunfähigkeitsrisiko in der Personalverleihbranche aufkommen müssten. Es ist wohl nicht falsch anzunehmen, dass es dem Bundesrat somit erst recht stossend vorgekommen wäre, wenn die in einem Verleihunternehmen angestellten Arbeitnehmer, die keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit haben, ihre Lohnansprüche im Konkursfall aus der hinterlegten Kautionsbestimmung nicht vollständig befriedigen können, weil der für den Geschäftsgang verantwortliche Unternehmer einen Teil dieser Kautionsbestimmung für sich beanspruchen kann. Die Kautionspflicht für Personalverleiher erwies sich in der parlamentarischen Debatte im Übrigen offenbar als mehrheitsfähig. Jedenfalls gelangte die vom Bundesrat vorgeschla-

gene Textvariante für Art. 14 AVG materiell nahezu unverändert ins Gesetz, wie ein Vergleich zwischen der in der Botschaft vorgeschlagenen Textvariante und dem definitiven Text in der Amtlichen Sammlung zeigt (BBl 1985 50, S. 647; AS 1991 I, S. 396). Namentlich war das Parlament auch mit dem gesetzgeberischen Konzept in Art. 14 Abs. 2 AVG einverstanden, wonach die Regelung der weiteren Einzelheiten an den Bundesrat delegiert wurde. Die Verordnung zum AVG trat gleichzeitig mit dem Gesetz am 1. Januar 1991 in Kraft, wobei die Kautionsverwertungsbestimmung in Art. 39 Abs. 1 AVV, welche den hier auszulegenden Begriff «Arbeitnehmer» enthält, seit diesem Datum nicht mehr geändert wurde. Nach dem Gesagten ist daher davon auszugehen, dass das Parlament die Überlegungen des Bundesrates mittrug. Der historische Gesetzgeber erachtete Art. 39 Abs. 1 AVV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 AVG im Wesentlichen als sozialpolitisch motivierte Regelung, mit der die Lohnforderungen der von einem Personalverleihunternehmen verliehenen Arbeitnehmer besser geschützt werden sollten. Der historische Gesetzgeber hatte dabei aber die Lohnforderungen der Arbeitnehmer im Auge, die beim Personalverleiher über keinen unternehmerischen Einfluss verfügen. (...)

c/bb) Bei einer systematischen Auslegung wird der Sinngehalt einer Norm aus dem Zusammenhang, in dem die Norm steht, ermittelt. Von Interesse ist hier namentlich das Zusammenspiel von Art. 39 Abs. 1 AVV mit Art. 39 Abs. 2 AVV. Gemäss der letzterwähnten Bestimmung sind aus der Kautions Regressansprüche der Arbeitslosenversicherung erst dann zu befriedigen, wenn alle Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer erfüllt sind, die nicht durch die Insolvenzenschädigung der Arbeitslosenversicherung gedeckt werden. Der Verordnungsgeber sieht bei der Verwertung der Kautions mit Blick auf Ansprüche, die sich aus dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) ergeben, somit eine Kaskadenregelung vor: Zuerst hat im Konkursfall des Personalverleihers die Arbeitslosenversicherung die offenen Lohnforderungen der Arbeitnehmer über die Insolvenzenschädigung zu decken. Soweit danach noch immer berechnigte Lohnforderungen der verliehenen Mitarbeiter bestehen, können diese auf die Kautions zurückgreifen. Wird die Kautions dabei nicht vollständig verwertet, lässt sich die Arbeitslosenversicherung ihre Regressansprüche aufgrund der geleisteten Insolvenzenschädigung (vgl. Art. 54 AVIG) aus der Kautions befriedigen. Damit weist die Kaskadenbestimmung in Art. 39 Abs. 2 AVV einen engen Konnex zum fünften Kapitel im AVIG auf, in dem es um die Insolvenzenschädigung geht. Wie bereits erwähnt, haben angestellte Betriebsinhaber wie auch Mitarbeiter, deren Stellung sich derjenigen des Betriebsinhabers annähert, aufgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung, da sie von einer Insolvenz des Arbeitgebers nicht überrascht werden und keinen besonderen Lohnschutz benötigen (...). Es würde nun aber dem Kaskadensystem von Art. 39 Abs. 2 AVV und der Intention des AVIG diametral entgegenlaufen, wenn die in Art. 51 Abs. 2 AVIG genannten Personen aufgrund einer nur wörtlichen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AVV im Konkursfall des Verleihers ihre offenen Lohnforderungen dennoch privilegiert befriedigen könnten. Anhand des Normengefüges drängt sich vielmehr der gegenteilige Schluss auf: Im Konkursfall des Personalverleihers sollen die zur genannten Gruppe gehörenden Personen ihre ausstehenden Löhne im Vergleich zu den übrigen Mitarbeitern erst mit letzter Priorität erhalten. Eine systematische Auslegung ergibt somit, dass sich die Verwertung der Kautions wegen der in Art. 39 Abs. 2

AVV angelegten Kaskadenordnung widerspruchsfrei nur so durchführen lässt, wenn sie zuerst zu Gunsten der übrigen Mitarbeiter (d.h. der nicht unter Art. 51 Abs. 2 AVIG zu subsumierenden Mitarbeiter) und dann zu Gunsten der in die Ansprüche dieser Mitarbeiter eintretenden Arbeitslosenkasse erfolgt. Die Mitarbeiter im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AVIG können hingegen nicht auf die Kautions zurückgreifen und müssen ihre Lohnforderungen im Konkursverfahren eingeben.

c/cc) Bei einer teleologische Auslegung wird nach Sinn und Zweck der Regelung gefragt. Der Beschwerdegegner trägt in diesem Zusammenhang vor, das AVG sei als Arbeitnehmerschutzgesetz konzipiert worden, da es immer wieder vorgekommen sei, dass über Personalverleiher der Konkurs eröffnet worden sei und die Arbeitnehmer ihre Löhne nicht mehr erhalten hätten. Deshalb sei auch die Kautionspflicht eingeführt worden. Diese Ansicht ist zutreffend. Bereits anhand der historischen und systematischen Auslegung wurde klar, dass die Bestimmungen im AVG zum Personalverleihgeschäft in erster Linie den Schutz des Arbeitnehmers bezwecken und ausserdem einen qualitativen Minimalstandard in der Branche sicherstellen wollen. Der Sinn und Zweck der hier zu analysierenden Regelung in Art. 39 Abs. 1 AVV ist sogar ausgesprochen vom Gedanken getragen, dass die verliehenen Arbeitnehmer ihre Lohnansprüche im Konkursfall nicht verlieren sollen. Dieser Schutzgedanke würde indessen unterlaufen, wenn verliehene Arbeitnehmer, die keinen Einfluss auf den Geschäftsgang des Personalverleihers haben, im Konkurs der Verleihfirma Teile ihres noch nicht ausbezahlten Lohnes nur deshalb nicht erhalten, weil der Firmeninhaber oder andere Personen im Betrieb mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung ebenfalls auf diese Kautions zugreifen können.

Die Beschwerdeführerin entgegnet, bei der vom Beschwerdegegner vertretenen Gesetzesauslegung werde der Firmeninhaber dafür bestraft, wenn er seine eigenen Lohnansprüche hinten anstellt, um eine Firma retten zu können. Es kommt gewiss nicht selten vor, dass sich Firmeninhaber in einer schwierigen Geschäftsphase bewusst keinen Lohn auszahlen lassen, um einen Betrieb retten zu können. Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihrer Argumentation aber, dass es nicht Sinn und Zweck von Art. 39 Abs. 1 AVV ist, ein Verhalten des Personalverleihers zu fördern, damit dieser den Konkurs seines Betriebes möglichst vermeidet, sondern dass diese Regelung die verliehenen Arbeitnehmer schützen soll, nachdem der Konkurs eingetreten ist.

c/dd) Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass im Vergleich zu einer wörtlichen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AVV andere Auslegungsmethoden zu einem engeren Verständnis des Begriffes «Arbeitnehmer» führen. Da die fragliche Regelung den Schutz der verliehenen Arbeitnehmer im Konkurs des Personalverleihers bezweckt, sollen unter den in Art. 39 Abs. 1 AVV erwähnten «Arbeitnehmern» nur solche Personen verstanden werden, die auch wirklich schutzbedürftig sind. (...) Somit ist zum Schluss zu kommen, dass als «Arbeitnehmer» im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV grundsätzlich beim Verleihunternehmen angestellte und von diesem vermittelte Personen gelten. Ausgenommen davon sind aber Personen, welche die

Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Dazu gehören Gesellschafter, finanziell am Betrieb beteiligte Personen, Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums und die Ehegatten aller zuvor genannten Personen.

5. [Subsumtion: Die Beschwerdeführerin ist Alleineigentümerin der C. AG mit Einzelunterschriftsberechtigung. Seit Gründung der Gesellschaft ist sie als Direktorin bzw. einziges Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen. Unbestritten ist auch, dass sie vor Konkursöffnung Angestellte der C. AG war und an Einsatzbetriebe verliehen wurde. Sie konnte zu jeder Zeit alleine sämtliche relevanten Entscheide in der Unternehmung treffen und über die Verwendung der Einnahmen aus dem Personalverleih bestimmen. Trotz Arbeitsvertrag hat zu keiner Zeit ein Unterordnungsverhältnis zu ihrer Arbeitgeberin bestanden.]

Die Beschwerdeführerin ist daher im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AVIG sowohl als Gesellschafterin, als finanziell am Betrieb beteiligte Person und als Mitglied eines obersten Entscheidungsgremiums anzusehen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers mitbestimmt hat. Sie hat nach dem Konkurs der Gesellschaft keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung und nach dem in Erwägung 4 c/dd Gesagten kann sie auch nicht vom Privileg profitieren, dass ihre Lohnforderungen durch eine Kautio im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 AVG gedeckt sind.

6. (...)

7. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. August 2014 V 2014 / 64

B

Stichwortverzeichnis

B Stichwortverzeichnis

Arbeitnehmer, 5

Auslegung, 5

Personalverleih, 5