

BVGer B-5959/2016 vom 21. Dezember 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5959_2016

FR: TAF B-5959/2016 du 21 décembre 2017

IT: TAF B-5959/2016 del 21 dicembre 2017

Regeste

Arbeitsvermittlung

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Weil die vorliegend angefochtene Verfügung von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde und keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Streitsache zuständig (Art. 38 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 [AVG, SR 823.11]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. 37 VGG). Sie ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

E. 2.1

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die von einem Dritten erbracht werden. Nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre ist diese Abgrenzung im Einzelfall vorzunehmen, wobei der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb massgeblich sind. Die Vertragsbezeichnung ist demgegenüber unbeachtlich (vgl. Urteil des BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5).

E. 2.2

Das Arbeitsvermittlungsgesetz bezweckt die Regelung privater Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs, die Einrichtung einer öffentlichen Arbeitsvermittlung, die zur Schaffung und Erhaltung eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts beiträgt, sowie den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen (Art. 1 Bst. a-c AVG). Der Personalverleih wird im 3. Kapitel des Arbeitsvermittlungsgesetzes und im 2. Kapitel der Verordnung über die

Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV [SR. 823.111]) geregelt. Der Arbeitnehmerschutz war denn auch der entscheidende Grund, weshalb der Gesetzgeber sich dazu entschied, neben der Arbeitsvermittlung auch den Personalverleih gesetzlich zu regeln und dafür ebenfalls eine Bewilligungspflicht einzuführen (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem revidierten Bundes-gesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985 III 580). Der Bundesrat hat den GAV Personalverleih auf den 1. Januar 2012 als allgemeinverbindlich erklärt (Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih vom 13. Dezember 2011, Art. 4; abrufbar unter: <<https://www.seco.admin.ch> > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Gesamtarbeitsverträge > Gesamtarbeitsverträge Bund > Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge > GAV Personalverleih). Das SECO ist die eidgenössische Arbeitsmarktbehörde, welche den Vollzug des Arbeitsvermittlungsgesetzes durch die Kantone überwacht und die Koordination der öffentlichen Arbeitsvermittlung unter den Kantonen fördert (Art. 31 AVG). Ebenso beaufsichtigt das SECO den Vollzug der Verordnung (Art. 62 AVV).

E. 2.3

Für die Bewilligungserteilung zur privaten Arbeitsvermittlung und zum Personalverleih auf dem Gebiet der Schweiz sind die Kantone zuständig. Diese werden durch den Sitzkanton des Vermittlungs- oder Verleihbetriebs erteilt. Im Falle der grenzüberschreitenden Tätigkeit wird zusätzlich eine eidgenössische Bewilligung des SECO benötigt (Art. 12 Abs. 2 AVG). Die Zuständigkeit hierfür liegt beim Bund (Art. 2 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 AVG). Das öffentliche Recht bezweckt mit dem Arbeitsvermittlungsgesetz den Schutz der Arbeitnehmer (vgl. Ullin Streiff/ Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., 2012, S. 120 f.).

E. 2.4

Für die Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung und Personalverleih können als Hilfskriterien die Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft (nachfolgend: SECO) herangezogen werden (abrufbar unter: http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/private_arbeitsvermittler/ > Dokumente > Weisungen AVG; nachfolgend: Weisungen und Erläuterungen AVG). Demnach lassen die folgenden Kriterien auf die Erbringung einer Arbeitsleistung in Form des Personalverleihs schliessen: a) Das Weisungs- und Kontrollrecht 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; b) die Einbindung des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht, wobei mit Material und Geräten des Einsatzbetriebs vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs gearbeitet wird; c) die Verpflichtung zur Abrechnung der geleisteten Arbeitsstunden, d.h. dass Einsatzstunden oder -monate abgerechnet werden und es keinen Festpreis für die Leistung gibt; d) der Verleiher haftet dem Einsatzbetrieb gegenüber nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers, d.h. es gibt keine Garantie für einen vertraglich vereinbarten Erfolg (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, 2003, S. 66 f.). Kein Personalverleih liegt demnach vor, wenn das Weisungsrecht nicht beim Einsatzbetrieb liegt, der Arbeitnehmer nicht mit Material und Werkzeugen des Einsatzbetriebs arbeitet, der Arbeitnehmer nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet, die

Verrechnung von Arbeitsstunden nicht im Vordergrund steht, sondern die Erreichung eines Ziels gegen ein bestimmtes Entgelt vereinbart wurde und bei Nichterreichung des Ziels eine Nachbesserung des Verleihers garantiert oder das Entgelt reduziert wird (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, a.a.O., S. 67 f.).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie eine stellensuchende Betreuungsperson mit einem zu betreuenden Senior zusammenführe und den Vertragsschluss zwischen diesen beiden initiiere. Die Vermittlungstätigkeit sei beendet, sobald ein Arbeitsvertrag zwischen der Betreuungsperson und dem zu betreuenden Senior erfolgreich abgeschlossen worden sei, wobei eine Probezeit von zwei Wochen gelte. Als Beschwerdeführerin schliesse sie keinen Arbeitsvertrag mit den von ihr vermittelten Betreuungspersonen ab. Der Arbeitsvertrag entstehe nur zwischen dem Senior oder dessen Angehörigen und der Betreuungsperson. Sie informiere zwar die Senioren über die geltenden Mindestlöhne, aber die Vertragsparteien würden selbständig den Lohn, allfällige Lohnerhöhungen, die Betreuungstage, die Arbeitszeiten und die freien Tage sowie die Art und Weise des Zusammenlebens und die vorzeitige Rückkehr der ausländischen Betreuungsperson in deren Heimatland vereinbaren. Die Arbeitsverträge seien seit Anfang 2015 ausnahmslos von den Senioren eigenhändig unterzeichnet worden, weshalb diese als Arbeitgeber gelten würden. Häufig, aber nicht immer, würden die Senioren sich für den Mindestlohn von Brutto Fr. 3'500.- entscheiden und später eine Erhöhung vornehmen. Die Beschwerdeführerin koordiniere keine Arbeitseinsätze, besitze kein Mitspracherecht und sei nicht Ansprechstelle, deshalb könne die Vorinstanz nicht behaupten, dass die Verträge in allen Details von der Beschwerdeführerin bestimmt und ausformuliert worden seien. Die Musterarbeitsverträge, welche die Beschwerdeführerin den Senioren zur Verfügung stelle, belegten weder ein Mitsprache- noch ein Mitbestimmungsrecht. Es liege kein geteiltes Weisungsrecht vor. Die Arbeitgeberposition sei nicht aufgespaltet und die Betreuungspersonen stünden in keinem Abhängigkeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin. Teil der Arbeitsvermittlung sei es abzuklären, wann jemand für einen Einsatz verfügbar sei und ob dies mit den Wünschen des Seniors übereinstimme, bevor eine Zusammenführung der Vertragsparteien stattfinde. Die Vermittlung enthalte eine Kulanfrist, weshalb die Vertragsparteien während der zweiwöchigen Probezeit vorzeitig kündigen könnten. Nur während dieses kurzen Zeitraums sei die Beschwerdeführerin Ansprechstelle für die Senioren und Betreuungspersonen. In einem solchen Fall würde dann der Arbeitsvertrag zwischen den beiden Vertragsparteien - Senior und Betreuungsperson - in der Folge aufgelöst. Der Senior habe dann zu entscheiden, ob er die Beschwerdeführerin weiterhin als Vermittlerin für eine neue Ersatzkraft behalten wolle oder ob er den Vermittlungsvertrag beenden möchte. Seien die Vermittlung einer Ersatzkraft und die Probezeit erfolgreich beendet und ein Arbeitsvertrag zwischen den beiden erfolgt, so sei die gesamte Vermittlungsgebühr fällig. Im Falle, dass der Senior die Vermittlung beende, sei lediglich eine Administrations- und Umtriebspauschale von Fr. 480.- fällig.

E. 3.2

Mit Bezug auf das Weisungsrecht bringt die Beschwerdeführerin vor, dass sie zwar im Vorfeld des Vertragsschlusses zwischen den Senioren und den Betreuungspersonen abkläre, welche Aufgaben im Haushalt übernommen werden müssen und welche Betreuung der Senior möchte. Sie habe jedoch keinen Einfluss auf die effektive Durchführung der Arbeiten und mangels Nähe sei sie auch nicht in der Lage, Anweisungen zu erteilen. Zudem

habe sie weder Einfluss auf die Leistung in zeitlicher, örtlicher oder organisatorischer Hinsicht noch auf die Arbeitsmethode oder das Verhalten im Privathaushalt. Die Weisungen erhielten die Betreuungspersonen ausschliesslich von den Senioren. Überdies stehe es ihr nicht zu, die Betreuungsperson jederzeit vom Einsatzort zurückzurufen oder zu ersetzen, denn das Weisungsrecht liege bei den Senioren als Arbeitgeber. Auch mit Bezug auf das Kündigungsrecht habe sie keine Mitsprache. Ausschliesslich die Senioren könnten gegenüber der Betreuungsperson die Kündigung aussprechen. Unbestrittenermassen wohne die Betreuungsperson während ihrer befristeten Anstellung im selben Haushalt zusammen mit einem Senior, dennoch sei nicht von einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung zu sprechen. Es sei zwar richtig, dass ihr Fragebogen die Auswahl "Überwachung in der Nacht" und "Nachtruhe für Betreuungspersonen" enthalte. Werde aber seitens der Senioren tatsächlich eine 24-Stunden-Betreuung gewünscht, so würde die Beschwerdeführerin den Auftrag ablehnen, denn sie vermittele keine Personen für Nacharbeit oder einen ständigen Bereitschaftsdienst.

E. 3.2.1

Als zusätzliche - separat vereinbarte und kündbare - Treuhanddienstleistungen biete die Beschwerdeführerin den Senioren bedarfsweise die Möglichkeit an, gewisse administrative Tätigkeiten bei der Abwicklung der Arbeitsverträge mit den Betreuungspersonen treuhänderisch an die Beschwerdeführerin zu übertragen. Eine Vollmacht werde für konkrete Tätigkeiten ausgestellt und betreffe gewisse Treuhanddienstleistungen, wobei der monatliche Aufwand rund 3-4 Stunden umfasse. Die Beschwerdeführerin hält zudem fest, dass sie solche Tätigkeiten stellvertretend im Namen und auf Rechnung der Senioren ausführe. Dies gelte auch für die Lohnzahlungen, welche jeweils mit dem Namen des vertretenen Seniors als Arbeitgeber erfolge. Sie erledige nicht sämtliche Arbeiten, die in Zusammenhang mit dem Betreuungseinsatz stünden, sondern der Senior entscheide, ob er diese zusätzliche Dienstleistung in Auftrag geben möchte. Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich an, dass sie ihre Website inzwischen angepasst habe, da diese nicht der gelebten Realität entsprochen habe und sie eben gerade nicht alle Tätigkeiten übernehme. Sie stelle die Treuhanddienstleistungen klar spezifiziert, transparent und separat in Rechnung. Pro Auftrag seien die Kosten separat ausgewiesen. Die Vermittlungsgebühr betrage in diesem Falle Fr. 1'260.-. Mittels Vollmacht habe die Beschwerdeführerin zu Beginn ihrer Vermittlungstätigkeit Arbeitsverträge mit dem Vermerk "i.V." oder "i.A." unterzeichnet, wobei die Senioren immer Arbeitgeber geblieben seien und der Dokumentenkopf diese auch entsprechend bezeichne habe. Die Beschwerdeführerin bekräftigt, dass es sich bei dem von der Vorinstanz bemängelten Arbeitsvertrag, welcher von der Beschwerdeführerin unterzeichnet worden war, um ein Versehen gehandelt habe. Denn das "i.V." sei versehentlich vergessen worden. Dennoch sei auch in jenem Vertrag die Seniorin selber als Arbeitgeberin bezeichnet gewesen, wobei die Beschwerdeführerin mittels Vollmacht für die Senioren unterzeichnet habe und nicht in eigenem Namen.

E. 3.2.2

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Replik vor, dass sie ihre Website angepasst habe, um dem tatsächlich gelebten Geschäftsmodell zu entsprechen. Sie habe nicht versucht, das Geschäftskonstrukt anders darzustellen. Die Formulierung im Dienstleistungsvertrag sei deshalb ungenau, damit anlässlich des Vermittlungsgesprächs klargestellt werden könne, dass immer der Senior Ansprechperson für die Betreuungsperson sei. Der Dienstleistungsvertrag sei in Kombination mit der Kostengliederung zu lesen. Im Falle,

dass die Beschwerdeführerin für Administrationsaufgaben beauftragt sei, bezahle sie auf der Basis der Vollmacht den Lohn der Betreuungsperson in Vertretung des Seniors. Im Falle, dass keine Treuhanddienstleistungen abgeschlossen würden, sei die gesamte Anstellungsadministration durch den Privathaushalt auszuführen und bedürfe folglich keiner Vollmacht. Es gebe nicht ein einziges Leistungspaket, sondern es seien individuelle Leistungen, die je nach Senior erbracht würden.

E. 3.2.3

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, dass im Zeitpunkt ihrer Gründung der künftige Tätigkeitsumfang noch nicht klar gewesen sei, weshalb im Handelsregisterauszug als Zweck die Arbeitsvermittlung und der Personalverleih erwähnt seien. Dies ändere nichts an der Qualifikation ihrer effektiven Tätigkeit, welche nicht unter den Personalverleih zu subsumieren sei. Im Übrigen habe sie das Personalverleih-Gesuch sistiert, weil sie der Auffassung sei, dass sie sich in der Arbeitsvermittlung betätige. Keineswegs wolle sie sich damit dem Gesamtarbeitsvertrag entziehen.

E. 3.3

Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, sie habe ihre Ausführungen auf der Basis des Dienstleistungsvertrags, des Muster-Arbeitsvertrags, des Fragebogens zur Erhebung des Betreuungsaufwands, der Wohnsituation, der Webseite - Stand August 2016 - sowie gestützt auf einen Arbeitsvertrag und eine Lohnabrechnung abgestützt. Im Übrigen sei es nicht von Belang, ob ihre Ausführungen auf dem Prinzip "form over substance" (formaljuristische Betrachtungsweise) oder "substance over form" (wirtschaftliche Betrachtungsweise) ausgeführt würden. Denn es gehe darum, gestützt auf die Vertragsdokumente und den Internetauftritt der Beschwerdeführerin zu entscheiden, ob sie mit ihrer Tätigkeit unter den bewilligungspflichtigen Personalverleih gemäss AVG falle.

E. 3.3.1

Sie bringt vor, dass die Beschwerdeführerin zumindest eine gewisse Zeit lang die Arbeitsverträge stellvertretend für die Kunden unterzeichnet habe und verweist auf einen Vertrag, bei dem die Beschwerdeführerin mit "i.V." unterschrieben habe. Daraus leitet die Vorinstanz ab, dass die Verträge detailliert von der Beschwerdeführerin bestimmt und ausformuliert worden seien. Selbst wenn die Senioren aktuell die Verträge selbständig unterzeichneten, so handle es sich formal und inhaltlich um dieselben Verträge. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass die Senioren die vorgerechnete Lohnsumme der Beschwerdeführerin grundsätzlich übernehmen und die Pauschalsumme bezahlen würden. In Bezug auf den Dienstleistungsvertrag und die bestehenden Arbeitsverträge liege deshalb keine Unabhängigkeit der Senioren vor. Falls die Senioren die Löhne unabhängig von der Beschwerdeführerin bestimmen würden, wären grössere Lohnunterschiede ersichtlich und ebenso Entschädigungen für Bereitschaftsdienste, die tagsüber oder nachts geleistet worden seien. Zudem wären die Arbeitsverträge inhaltlich unterschiedlicher ausgestaltet. Es sei klar, dass die Beschwerdeführerin den Rahmen vorgebe. Ebenfalls sei ersichtlich, dass sie kein Interesse daran habe, umständliche Lohnabrechnungen und -zahlungen zu tätigen, weshalb keine Bereitschaftsdienste dokumentiert seien. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass auf vertragliche Konkretisierungen der Arbeitszeit verzichtet werde, da die einheitlichen Vertragsmuster und die fixen Monatsentschädigungen es erlaubten, die Administration schlank zu halten. Damit sei klar ein Mitspracherecht der Beschwerdeführerin vorhanden. Aus den Arbeitsverträgen sei ersichtlich, dass die Betreuungspersonen jeweils befristet, auf

maximal drei Monate, in der Regel 42 Stunden pro Woche, angestellt seien, wobei weder eine Überstundenregelung, eine Präsenzzeitregelung, Entschädigungsangaben, eine einheitliche Probezeit und Ferienansprüche noch Kündigungsregelungen vorhanden seien. Die eingereichten drei Arbeitsverträge zeigten, dass im Jahr 2015 jeweils die Lohnsumme von Fr. 3'380.- festgelegt worden sei. Im Jahr 2016 sei in zwei Verträgen eine fast gleiche Anpassung gemacht worden. Dies zeige, dass die Senioren diese Summen nicht selbständig bestimmten. Weiter sei nicht belegt, ob der dritte Vertrag mit der höheren Lohnerhöhung ohne Mitsprache der Beschwerdeführerin erfolgt sei. Gemäss der Kostengliederung der Beschwerdeführerin werde ein Grundlohn von Fr. 3'470.- festgesetzt, den der Kunde zu bezahlen habe, und gestützt darauf würden dann die effektiven Lohnkosten berechnet. Die Beschwerdeführerin übernehme damit de facto die Rolle einer Arbeitgeberin, auch wenn die Senioren die Arbeitsverträge unterzeichneten. Sie vertrete die Senioren nach der Rekrutierung der angestellten Person, was nicht mehr als Arbeitsvermittlung zu bezeichnen sei.

E. 3.3.2

Die Vorinstanz bringt zwar vor, dass bei minimalen Treuhanddienstleistungen von einem Personalverleih abgesehen werden könne. Vorliegend übernehme die Beschwerdeführerin aber grundsätzlich alle Aufgaben, die ein Personalverleiher tätige. Aufgrund der Anpassungen der Webseite und des Dienstleistungsvertrags seitens der Beschwerdeführerin vermutet die Vorinstanz, dass nachträglich das Geschäftskonstrukt der Beschwerdeführerin anders dargestellt werden sollte. Gestützt auf diese Anpassung könne der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt. So sei auf der Webseite neu vermerkt, dass der Kunde den effektiven Nettolohn selber bestimmen könne und die Unterstützung in der Administration optional angeboten werde. Ab August sei auf der Webseite der Beschwerdeführerin der folgende Text gestanden: "Wir achten darauf, dass die Chemie zwischen Ihnen und der eingesetzten Betreuerin stimmt und erledigen sämtliche mit dem Einsatz entstehenden Arbeiten. Die medizinische Versorgung koordinieren wir bei Bedarf mit Ihrem Arzt und/oder der lokalen Spitex." "Die eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte werden nach den kantonalen und schweizerischen Bestimmungen angestellt und bezahlt. Sie sind auch gegen Risiken (Krankheit, Unfall) versichert und zahlen ihre Steuern. Zusammen mit den anderen Kosten (Rekrutierung, Reisen, Ablösung, Arbeitgeberbeiträge etc.) ergeben sich für Sie, als Einzelperson oder Paar, vergleichsweise dennoch lediglich moderate Kosten. Wir machen Ihnen gerne ein Angebot." Der Dienstleistungsvertrag werde neu betitelt mit "für die Vermittlung von Arbeitskräften als Unterstützung in der Seniorenbetreuung und im Haushalt", ohne den früheren Zusatz "sowie die Übernahme der sich damit ergebenden Administration und Begleitung". Dennoch sei dieser Zusatz sinngemäss unter Ziff. 1 des Vertrags formuliert. Hinsichtlich der Laufzeit des aktuellen Dienstleistungsvertrags sei präzisiert worden, dass das Vertragsende sich im Regelfall "am Ende des letzten befristeten Arbeitsvertrages der zuletzt im Einsatz gestandenen Arbeitskraft" orientiere. Dies gelte "sowohl in den Fällen des Ablebens der betreuten Person(en), bei Krankheit oder Unfall der jeweiligen Betreuungskraft als auch bei einer sich für die Arbeitskraft als unzumutbar entwickelten Betreuungssituation". Die Vorinstanz bringt in diesem Zusammenhang vor, dass die Senioren damit verpflichtet seien, bis zum Einsatzende einen monatlichen Pauschalbetrag zu entrichten. Kündigungsmöglichkeit und Fristen seien bereits im Dienstleistungsvertrag geregelt, welcher gleichzeitig die Beschwerdeführerin als Ansprechstelle für Betreuungspersonen festlegt. Nicht belegt sei, ob Kündigungen tatsächlich durch die

Senioren erfolgen. Ebenso wenig sei im Dienstleistungsvertrag ersichtlich, dass die separat abzurechnenden Fahrkosten ausschliesslich auf den ersten Besuch oder das Vermittlungsgespräch beschränkt seien. Alleine aus dem Dienstleistungsvertrag sei keine Differenzierung der Leistungspakete ersichtlich. Erst die Kostengliederung würde diese auführen. Da die Arbeitsverträge zum erwähnten Leistungspaket gehörten, dürfte nur in Ausnahmefällen auf das zusätzliche Dienstleistungspaket verzichtet werden.

E. 3.3.3

Die Vorinstanz bringt zudem vor, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Behauptung, dass diese Aufgaben sich nur auf den zweiwöchigen Zeitraum der Probezeit beschränken würden, nicht nachvollziehbar, sondern konstruiert sei. Denn aus dem Dienstleistungsvertrag sei ersichtlich, dass das Dreiecksverhältnis nach Vertragsabschluss fortduere und die Löhne durch die Beschwerdeführerin bezahlt würden. Die Vorinstanz stellt ausserdem fest, dass die Angaben auf der Webseite dem Inhalt des Dienstleistungsvertrags widersprechen würden, denn es sei im Vertrag nicht ersichtlich, ob der Senior den Nettolohn bestimmen und die Administrativarbeiten selber übernehmen könne. Im Übrigen könne der modifizierte Dienstleistungsvertrag nicht nur auf die Dauer der zweiwöchigen Probezeit beschränkt sein, denn ansonsten wäre die Beschwerdeführerin bei allfälligen Problemen nicht mehr Ansprechpartnerin für die Betreuungspersonen und ihr Geschäftsmodell nicht nachvollziehbar. Denn sie sei während der Arbeitseinsätze bemüht, dass die Chemie zwischen den Senioren und den Betreuungspersonen stimme.

E. 3.3.4

Aufgrund der Tatsache, dass explizit keine Vermittlungsgebühr im Dienstleistungsvertrag erwähnt sei, liege der Fokus der Tätigkeiten der Beschwerdeführerin im Gesamtangebot, d.h. inklusive Übernahme der administrativen Aufgaben. Ein Vermittler könne in Zusammenhang mit seiner Dienstleistung die Reise und den Transport organisieren, müsse aber diese Leistung klar spezifiziert, transparent und separat abrechnen. Dies sei als Unterstützung des Arbeitgebers zu sehen. Würden aber zusätzliche Aufgaben übernommen, welche zu den Arbeitgeberpflichten gehörten, so sei dies nicht mehr als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren. Vorliegend würden denn auch sämtliche Treuhanddienstleistungen angeboten, welche zu den Arbeitgeberpflichten gehörten.

E. 4

Zunächst werden nachfolgend die theoretischen Grundlagen der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs ausgeführt.

E. 4.1

Wer nach Art. 2 Abs. 1 AVG regelmässig und gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt, indem er Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt (Vermittler), benötigt eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes". Und wer "regelmässig Arbeit ins oder aus dem Ausland vermittelt (Auslandsvermittlung), benötigt zusätzlich zur kantonalen Betriebsbewilligung eine Bewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft" (Art. 2 Abs. 3 AVG). Als Vermittler gilt, wer mit Stellensuchenden und Arbeitgebern Kontakte hat und beide Parteien nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens miteinander in Verbindung bringt, oder indem er der anderen Partei Adresslisten übergibt (Art. 1 AVV). Ziel der Vermittlung muss der Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen Arbeitgeber und Stellensuchenden im Sinne von Art. 319 ff. OR sein. Ein Vermittler ist ausschliesslich im Vorfeld eines

Arbeitsverhältnisses tätig und übernimmt keine Aufgaben eines Arbeitgebers während des Arbeitsverhältnisses (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, a.a.O, S. 13 ff.).

E. 4.2

Unter Personalverleih ist das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und Arbeitnehmer zu verstehen. Dabei "stellt der Arbeitgeber (Temporärorganisation, Regiebetrieb, Verleiher) von ihm angestellte Arbeitnehmer anderen Arbeitgebern (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig für Arbeitsleistungen zur Verfügung" (Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 565). Zwischen Verleiher und Arbeitnehmer sowie zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb (Entleiher) bestehen Verträge, nicht aber zwischen Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 565). Personalverleih und Verleihtätigkeit sind definiert als das Überlassen eines Arbeitnehmers an einen Einsatzbetrieb, wobei der Verleiher (Arbeitgeber) dem Einsatzbetrieb "wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt" (Art. 26 AVV). Gemäss Art. 27 AVV umfasst der Personalverleih "die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe". Die Bewilligungspflicht des Personalverleihs ist in Art. 12 ff. AVG geregelt: "Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, benötigen eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes" (Art. 12 Abs. 1 AVG). Bewilligungspflichtig ist nur die Form der Temporär- und Leiharbeit (Art. 28 AVV). Mit der Bewilligung verbunden ist die Hinterlegung einer Kautions, die der Sicherstellung von Lohnansprüchen der vom Verleihbetrieb angestellten Arbeitnehmer dient (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 590).

E. 4.2.1

Eine gewisse Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion findet beim Personalverleih statt, bei dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für bestimmte Zeit einem Dritten (sog. Einsatzbetrieb bzw. Entleiher) zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Die Delegation eines Weisungsrechts ist ein wesentliches Element des Personalverleihs. Diese betrifft das Weisungsrecht für die konkrete Arbeitsausführung. Daneben behält der Verleiher seine Weisungskompetenz. Weisungsbefugnisse gelten dann als abgetreten bzw. überlassen, wenn es der Einsatzbetrieb ist, der den Arbeitnehmer über Art und Umfang der zu verrichtenden Arbeit vor Ort instruiert und ihm die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt. Aufgrund seiner konkreten Stellung als Arbeitgeber während des Verleihs obliegen dem Einsatzbetrieb Überwachungs- und Fürsorgepflichten. Trotz Überlassung der Weisungsbefugnisse besteht das Arbeitsverhältnis ausschliesslich zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer. Zwischen Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb (sog. Entleiher) besteht kein Vertrag. Der Verleiher trägt die Verantwortung für die Auswahl des für den Einsatz am besten geeigneten Arbeitnehmers (vgl. Thomas Geiser/ Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., S. 65 ff.; Stoffel, a.a.O., S. 745).

E. 4.3

Das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin ist die Seniorenbetreuungs- und Haushaltsunterstützung in einem Privathaushalt. Auch private Betreuungs- und Hausdienste können grundsätzlich vom AVG erfasst werden. Je nach Auftrag handelt es sich um Dienstleistungen, welche Pflege und Betreuung kranker und alter Menschen, Reinigungs- und allgemeine Haushaltsarbeiten, Kinderbetreuung und Familieneinsätze oder Haustier- und Wohnungsbetreuung während Abwesenheiten beinhalten. Dabei müssen die konkreten

Tätigkeiten im Einsatzbetrieb genau betrachtet werden. Das Verleihverhältnis charakterisiert sich durch die Abtretung des wesentlichen Weisungsrechts vom juristischen Arbeitgeber an den faktischen gemäss Art. 12 AVG i.V.m. Art. 26 AVV. Ausschlaggebend ist demnach die Funktion des Einsatzbetriebs und nicht dessen juristische Form. Da auch Privathaushalte Arbeitgeberfunktionen ausüben können, sind auch sie grundsätzlich als Einsatzbetriebe gemäss Art. 12 AVG zu betrachten. Ob eine Betreuungsorganisation unter das AVG fällt, ist aufgrund der vertraglichen Beziehungen und der konkreten Tätigkeiten im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Es handelt sich insbesondere dann um eine bewilligungspflichtige Tätigkeit, wenn a) die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, d.h. der Privathaushalt, das Weisungsrecht ausübt, b) der Begriff der "Gewerbmässigkeit" gegeben ist, d.h. Regelmässigkeit und Gewinnabsicht vorliegen, und c) der Privathaushalt, als Nutzniesser der Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb bzw. Arbeitgeber bezeichnet werden kann (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, a.a.O., S. 153 f.). Demgegenüber ist die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, a.a.O., S.153 f.). Im vorliegenden Fall sieht sich die Beschwerdeführerin zwar lediglich als Vermittlerin zwischen einer Betreuungsperson und dem Senior. Sie schliesst dabei mit dem Senior einen Dienstleistungsvertrag für die Vermittlung einer Betreuungsperson ab. Sie "koordiniert die befristeten Arbeitseinsätze, den Abschluss der Arbeitsverträge sowie im unterstützenden Sinne das Ausführen der sich daraus ergebenden Abrechnungen und den Verkehr mit Ämtern und weiteren im Geschäftsablauf involvierten Stellen. Des Weiteren kann bedarfsweise Beratung bei Infrastrukturfragen und Hilfe bei allfällig entstehenden Problemen angeboten werden. Die Beauftragte ist Kontakt- und Ansprechstelle für die Kundschaft und die Arbeitskräfte während der gesamten Vertragsdauer" (Beschwerdebeilage 8: Dienstleistungsvertrag, Ziff. 1).

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerin klärt im Vorfeld des Arbeitsvertrags ab, welche Bedürfnisse der Senior hat und sucht eine entsprechende Betreuungsperson. Ein befristeter Arbeitsvertrag wird schliesslich formell zwischen dem Senior und der Betreuungsperson geschlossen, wobei die Beschwerdeführerin den Vertrag initiiert. Die Beschwerdeführerin betont, dass nach dem Abschluss des Dienstleistungsvertrags während einer zweiwöchigen Probezeit die Betreuungsperson oder der Senior die Anstellung kündigen könne. Ohne Ersatz-Betreuung endet der Dienstleistungsvertrag automatisch nach zwei Wochen. Wünscht der Senior weitere Treuhanddienstleistungen, wird die Beschwerdeführerin mittels Vollmacht die gewünschten Zusatzdienstleistungen übernehmen. Damit ist sie ermächtigt "alle dazu notwendigen Arbeiten sowie den Verkehr mit den Ämtern (Sozialkosten-Abrechnungen, Quellen-Steuern, Versicherungen etc.) stellvertretend und in seinem/ihrem Interesse zu übernehmen" (Beschwerdebeilage 8: Vollmacht). Die von der Beschwerdeführerin beigelegte Kostengliederung für die Vermittlung und für treuhänderische Übernahme der Anstellungs-Administration führt die gesetzlich geregelten Mindestlohnkosten für Haushalt- und Betreuungskraft auf. Die Beschwerdeführerin erklärt, dass diese Kostengliederung zusammen mit dem Dienstleistungsvertrag zu lesen sei. Auf Seite 2 der Kostengliederung sind denn auch die Arbeitskraftvermittlungskosten separat aufgelistet und die dazugehörigen Dienstleistungen. Als separater Punkt mit Hinweis auf

die Notwendigkeit einer Vollmacht, werden weitere administrative Arbeiten aufgelistet und pauschal mit Fr. 350.- angeboten (vgl. Beschwerdebeilage 9: Kostengliederung).

E. 4.4

Es folgt die Prüfung der Kriterien, welche die Arbeitsleistung in der Form des Personalverleihs ausmachen. Dabei werden insbesondere die Inhalte der Verträge - Arbeits- und Dienstleistungsvertrag - sowie die Umschreibung der konkreten Tätigkeiten im Einsatzbetrieb angeschaut.

E. 4.4.1

Gemäss dem vorliegenden Geschäftsmodell liegt das Weisungs- und Kontrollrecht klar am Einsatzort. Der Senior oder dessen Angehörige weisen die Betreuungsperson an, was zu erledigen ist. Die Einbindung der Betreuungsperson ist in organisatorischer, zeitlicher und persönlicher Hinsicht beim Einsatzbetrieb. Dort werden ihr auch die entsprechenden Hilfsmittel, Geräte und Materialien zur Verfügung gestellt, um die Arbeit zu verrichten. Dies ist grundsätzlich unbestritten. Strittig ist hingegen die faktische Arbeitgeberfunktion. Obschon der Arbeitsvertrag formell den Senior als Arbeitgeber festhält, muss vorliegend geprüft werden, ob das Geschäftsmodell auch faktisch zum gleichen Ergebnis führt. Ausschlaggebend ist daher die Funktion des Einsatzbetriebs. Die Beschwerdeführerin ermöglicht es Senioren, in ihrem Privathaushalt Unterstützung zu erhalten, und sie sucht dafür geeignete Betreuungspersonen, die mittels befristeter Anstellung in der Schweiz arbeiten. Grundsätzlich soll das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin eine Erleichterung sein für Senioren und deren Angehörige, weshalb auch weitere administrative Dienstleistungen angeboten werden. Die Beschwerdeführerin klärt im Vorfeld des Arbeitsvertrags die jeweiligen Bedürfnisse ab und sucht eine passende Betreuungsperson, mit der ein Arbeitsvertrag geschlossen werden kann. Mit ihrer Koordination der Arbeitseinsätze und des Arbeitsvertragsabschlusses sowie mit dem Ausführen der sich daraus ergebenden Abrechnungen und mit dem Verkehr mit Ämtern und weiteren im Geschäftsablauf involvierten Stellen erledigt die Beschwerdeführerin spezifische Tätigkeiten, die ein Arbeitgeber ausführt. Sie gibt somit nicht nur den möglichen Vertragsrahmen vor, sondern auch weitere administrative Arbeiten werden nach Bedarf von ihr erledigt. Diese treuhänderischen Dienste werden mittels Vollmacht des Seniors ausgeführt. Es ist aber die Beschwerdeführerin selber, welche diese Tätigkeiten anbietet, und folglich geht ihre Funktion weiter, als jene einer blossen Vermittlungstätigkeit.

E. 4.4.2

Zwischenzeitlich und unbestrittenermassen sind die Webseite (...) sowie der Dienstleistungsvertrag seitens der Beschwerdeführerin geändert worden. In Ziff. 3 des aktuellen Dienstleistungsvertrags ermächtigt ein Senior die Beschwerdeführerin, "in seinem Namen und Interesse sowie im Rahmen der vereinbarten Kosten alle notwendigen Geschäfte zu tätigen". Dies zeigt, dass die Senioren nicht unabhängig sind und die Beschwerdeführerin mehr als nur ein Mitspracherecht hat. Da der Dienstleistungsvertrag keinen Fixpreis festlegt, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich das Gesamtangebot inklusive Treuhanddienstleistungen seitens der Senioren genutzt wird. Das Geschäftsmodell ist schliesslich darauf ausgerichtet die Senioren von sämtlichen administrativen Tätigkeiten zu entlasten. Das Dienstleistungsangebot zeigt zudem, dass ein ständiger direkter Kontakt zwischen den Betreuungspersonen und der Beschwerdeführerin bestehe muss, denn die kurzen Einsätze, Folgeeinsätze sowie die Organisation der An- und Abreise etc. würden

nichts anderes erlauben, weshalb sie zweifellos Kontakt- und Anlaufstelle für die Betreuungspersonen ist, und zwar ab Beginn des Einsatzes, während des Einsatzes und auch danach aufgrund der Folgeeinsätze. Überdies haben Kündigungen Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin, die beispielsweise die Rückreise und Ersatzkraft organisieren muss. Es ist deshalb klar, dass entsprechende Absprachen nötig sind und entsprechende Arbeitseinsätze koordiniert werden müssen.

E. 4.4.2.1

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist denn auch gewerbsmässig, d.h. es ist mit ihrem Dienstleistungsangebot sowohl von einer Regelmässigkeit als auch einer Gewinnabsicht auszugehen. E contrario ist vorliegend von einem Personalverleih auszugehen (vgl. Weisungen und Erläuterungen AVG, a.a.O., S. 67 f.). Das Angebot der Beschwerdeführerin geht weit über die Vermittlungstätigkeit hinaus. Im nicht-medizinischen Bereich ist zu beachten, dass grundsätzlich kein Auftragsverhältnis in Frage kommt, da der Senior immer Weisungen erteilt, weshalb auf ein Personalverleihverhältnis zu schliessen ist (vgl. BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 und 2C_534/2014 vom 26. November 2014). Es ist gerade der Sinne des Personalverleihs, dass der Senior vor Ort der Betreuungsperson Anweisungen erteilt. Beim Personalverleih genügt deshalb, wenn der Verleiher die Arbeitnehmer über die Art der zu leistenden Arbeit, den Arbeitsort, den Beginn des Einsatzes sowie die Arbeitszeiten instruiert. Die Beschwerdeführerin unterschreibt formaljuristisch keine Arbeitsverträge. Sie legt die Arbeitsverträge pro forma den Senioren zur Unterschrift vor und regelt mit einer separaten Vollmacht die übrigen treuhänderischen Tätigkeiten für die private Haushalts- und Betreuungshilfe. Auch Lohnzahlungen können ihrerseits ausgelöst werden. Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, zielt dieses Konzept darauf ab, den Arbeitsvertragsabschluss zwischen der Beschwerdeführerin und den Betreuungspersonen zu verhindern und damit Art. 12 AVG zu umgehen. Formaljuristisch besteht zwar kein Arbeitsverhältnis, aber angesichts der konkreten Ausgestaltung der Dienstleistungen muss vorliegend von einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion ausgegangen werden. Zwar sind die Senioren vertragliche Arbeitgeber, aber faktisch ist es die Beschwerdeführerin. Sie weist grundsätzlich die Betreuungspersonen zur Arbeitsleistung beim Senior an, verfasst die Arbeitsverträge und übt gleichzeitig stellvertretend für diese Senioren Arbeitgeberpflichten aus. Wie z.B. die Lohnabrechnung und Lohnzahlung sowie alle weiteren notwendigen Geschäfte, die sich aus einem Arbeitsverhältnis ergeben. Mit Ausnahme des Arbeitsvertragsabschlusses betätigt sich die Beschwerdeführerin wie eine Personalverleiherin.

E. 4.4.2.2

Zudem ist es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin einerseits behauptet, die Arbeitszeiten legten die Vertragsparteien fest, und andererseits gegenüber dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich erklärt, "eine Arbeitszeiterfassung bei einem solchen Arbeitsverhältnis sei nicht realistisch".

E. 4.5

Die Bewilligungspflicht für den Personalverleih wurde eingeführt, um der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion Rechnung zu tragen. Im konkreten Fall handelt es sich nicht mehr um ein herkömmliches Arbeitsverhältnis mit zwei Parteien. Die Arbeitskraft ist in einem Abhängigkeitsverhältnis zum einen zum Kunden, der die wesentlichen Weisungen erteilt, aber mit Ausnahme dieser

Fachanweisungen alle anderen Verpflichtungen eines Arbeitgebers delegiert, und zum andern zur Beschwerdeführerin, die nach der Rekrutierung diese Arbeitskräfte den Kunden mit vorbereiteten Arbeitsverträgen zuführt und in diesem Sinn auch anweist und schliesslich wesentliche Pflichten eines Arbeitgebers übernimmt. Fest steht, um die tatsächlichen Umstände abzubilden, müsste die Beschwerdeführerin die Arbeitsverträge im eigenen Namen unterzeichnen. Mit diesem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin kann die Bewilligungspflicht des Personalverleihs immer umgangen und damit den Arbeitnehmern ihre Schutzrechte genommen werden. Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als vollumfänglich unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden auf Fr. 2'000.- festgelegt und nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.