



Abteilung II
B-434/2015

Urteil vom 18. Mai 2016

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Pietro Angeli-Busi und Eva Schneeberger;
Gerichtsschreiberin Deborah Staub.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Eidgenössische Bewilligung Personalverleih.

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2013 ersuchte die A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) für ihre Zweigniederlassung in (...) (Kanton) sowohl um eine in der ganzen Schweiz gültige (kantonale) als auch um eine grenzüberschreitende (eidgenössische) Personalverleihbewilligung.

Das kantonale Arbeitsamt (...) forderte die Beschwerdeführerin am 16. Dezember 2013 auf, den Verleihvertrag zwischen der Zweigniederlassung von (...) und dem Einsatzbetrieb, den B._____ (nachfolgend: B._____), zu übermitteln. Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 erklärte die Beschwerdeführerin, es handle sich bei der Einheit von (...) um eine Zweigniederlassung und nicht um eine Tochtergesellschaft. Die Zweigniederlassung (...) sei dieselbe juristische Person wie die Beschwerdeführerin mit Hauptsitz in (...). Es sei deshalb nicht möglich, dass die Zweigniederlassung andere Verträge schliessen könne als der Hauptsitz. Die abgeschlossenen Verträge mit den B._____ seien automatisch mit den Zweigniederlassungen der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Das Arbeitsamt des Kantons (...) bewilligte in der Folge das Gesuch und erteilte der Beschwerdeführerin für die Zweigniederlassung (...) am 6. Februar 2014 eine kantonale Verleihbewilligung.

Mittels Schreibens vom 6. Februar 2014 an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, nachfolgend: Vorinstanz) äusserte das kantonale Arbeitsamt (...) Zweifel an der Gültigkeit des Personalverleihvertrags zwischen der Beschwerdeführerin und den B._____, weil dieser nur von der Hauptunternehmung in (...) abgeschlossen worden sei.

Die Vorinstanz stellte mit Schreiben an die Beschwerdeführerin am 20. März 2014 fest, dass der mit den B._____ abgeschlossene Verleihvertrag nur von der Hauptunternehmung der Beschwerdeführerin in (...) und nicht von jeder einzelnen, vom Verleih betroffenen Zweigniederlassung unterzeichnet worden sei. Aufgrund von Art. 22 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) müsse der Verleiher den Vertrag mit dem Einsatzbetrieb schriftlich abschliessen. Eine Zweigniederlassung sei gemäss dem Arbeitsvermittlungsgesetz und Art. 935 OR ausreichend unabhängig, weshalb sie als Verleiherin zu betrachten sei. Dies habe zur Folge, dass jede Zweigniederlassung eine Bewilligung für den Personalverleih besitzen müsse. Die Vorinstanz forderte die Beschwerdeführerin deshalb auf, ihr die zwischen ihren Zweig-

niederlassungen und den B._____ unterzeichneten Verträge zu übermitteln.

In ihrer Stellungnahme vom 17. April 2014 bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, dass die Zweigniederlassung (...) als Verleiherin gemäss Art. 22 AVG zu betrachten sei. Sie hielt jedoch fest, dass die von der Hauptunternehmung mit den B._____ abgeschlossenen Verträge automatisch auch für die Zweigniederlassung von (...) obligatorisch seien, weil es sich um dieselbe juristische Person handle. Aus diesem Grund seien die Voraussetzungen von Art. 22 AVG erfüllt. Die Beschwerdeführerin ersuchte deshalb um eine anfechtbare Verfügung, falls die Vorinstanz weiterhin auf den unterzeichneten Verträgen zwischen der Zweigniederlassung von (...) und den B._____ bestehen sollte.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2014 forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nochmals auf, die entsprechenden Verträge zwischen den verschiedenen Zweigniederlassungen und den B._____ unterzeichnet zu übermitteln. Insbesondere wies sie darauf hin, dass Zweigniederlassungen sowohl intern als auch extern eine gewisse wirtschaftliche Unabhängigkeit besässen, weshalb sie ermächtigt seien, Personalverleihverträge abzuschliessen, welche das Unternehmen nach aussen hin verpflichteten. Ausserdem sei ein Hauptziel des AVG der Schutz der temporären Arbeitnehmer, die sich in einem Dreiecks-Arbeitsverhältnis befänden, weshalb z.T. höhere Ansprüche gälten als jene der allgemeinen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts. Ausserdem wies sie darauf hin, dass das Verleihverhältnis ein Dreiecksverhältnis sei, bei dem nur der Arbeitgeber, der mit dem Beschäftigten einen Arbeitsvertrag geschlossen habe, diesen verleihen dürfe. Damit sei der arbeitsrechtliche Schutz im Einsatzbetrieb sichergestellt. Sollte die Zweigniederlassung den Arbeitsvertrag mit dem Beschäftigten unterzeichnen, der Hauptsitz aber den Verleihvertrag abschliessen, würde nach schweizerischem Recht ein verbotener Unterverleih vorliegen.

Mit Mahnung vom 21. August 2014 forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu einer Stellungnahme bis am 15. September 2014 auf.

Mit Stellungnahme vom 10. September 2014 bekräftigte die Beschwerdeführerin ihre dargelegte Position vom 17. April 2014. Demnach seien die von der Hauptunternehmung der Beschwerdeführerin in (...) mit den B._____ abgeschlossenen Verträge automatisch auch mit der Zweigniederlassung in (...) abgeschlossen. Die Beschwerdeführerin legte zwei

Schreiben der B._____ je vom 14. August 2014 bei, die bestätigten, dass die beiden mit den B._____ abgeschlossenen Rahmenverträge (Personalverleihvertrag für die [...] und Personalverleihvertrag für die [...]) mit allen ihren Zweigniederlassungen, insbesondere mit jenen in (...),(...) und (...), abgeschlossen worden seien (Beschwerdebeilagen 13 und 14). Die Beschwerdeführerin verlangte eine anfechtbare Verfügung, sofern diese Bestätigungen den Anforderungen der Vorinstanz nicht genügen würden.

B.

Am 28. November 2014 verfügte die Vorinstanz wie folgt:

- "1. Das Gesuch um eine eidgenössische Verleihbewilligung wird abgelehnt.
2. Es ist Ihnen verboten, grenzüberschreitende Verleih Tätigkeiten auszuüben. Wer vorsätzlich ohne die erforderliche Bewilligung Arbeit vermittelt oder Personal verleiht, wird laut Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe a AVG mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft.
3. **Eine etwaige Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung."**

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 21. Januar 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt sie, die Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2014 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei für die Zweigniederlassung in (...), die eidgenössische Bewilligung für den Personalverleih zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. Ausserdem stellt sie den Verfahrens Antrag, das vorliegende Verfahren in deutscher Sprache durchzuführen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2015 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrens Antrag auf Fortführung des Verfahrens in deutscher Sprache gut.

E.

Mit Vernehmlassung vom 5. März 2015 beantragt die Vorinstanz, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Im Wesentlichen bringt sie vor, die Beschwerdeführerin stelle Arbeitsverträge durch ihre Zweigniederlassung aus. Demnach gälte die Zweigniederlassung von (...) als Vertragspartnerin für die Arbeitnehmer, weshalb diese auch als Vertragspartnerin

für den Einsatzbetrieb gelten müsse. Es sei auch aufgrund von Art. 34 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ersichtlich, dass eine Zweigniederlassung durchaus selbständig Verträge ausstellen könne bzw. müsse, um als funktions- und geschäftsfähig zu gelten. Für verliehene Arbeitnehmer gälte demnach zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers, mit welchem der Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei. Es habe deshalb nichts mit überspitztem Formalismus zu tun, wenn die Vorinstanz Verträge zwischen einer Zweigniederlassung und dem Einsatzbetrieb verlange. Der Vorinstanz gehe es "in erster Linie darum, den Zweck des AVG zu verfolgen und den Arbeitnehmerschutz zu garantieren" (Vernehmlassung vom 5. März 2015, S. 3, 2. Absatz).

F.

Mit Schreiben vom 17. März 2015 macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz sich mit keinem Wort mit den beiden von der Beschwerdeführerin eingereichten Schreiben der B._____ auseinandergesetzt habe. Auf eine weitere Replik verzichtet sie.

Auf die Begründung der Anträge der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz wird – soweit notwendig – in den Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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.

2.

Im vorliegenden Fall ersuchte die Beschwerdeführerin am 9. Oktober 2013 für ihre Zweigniederlassung in (...) um eine kantonale und eidgenössische Verleihbewilligung. Erstere erhielt sie am 6. Februar 2014. Unter anderem reichte sie dafür bei der Vorinstanz auch die entsprechenden Muster eines Arbeits- und Verleihvertrags ein, wobei im Arbeitsvertrag die Zweigniederlassung (...) als Arbeitgeberin und im Verleihvertrag der Hauptsitz als Vertragspartei aufgeführt sind. Zudem legte die Beschwerdeführerin ein Schreiben der B._____ (Einsatzbetrieb bzw. Entleiherin) bei, welches bestätigt, dass die beiden mit den B._____ abgeschlossenen Rahmenverträge (für die [...] und für die Verstärkungsteams) mit allen ihren Zweigniederlassungen, insbesondere mit jenen in (...),(...) und (...), abgeschlossen worden seien.

2.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, eine Zweigniederlassung sei rechtlich Bestandteil der Hauptniederlassung. Sie unterscheide sich insbesondere von der Tochtergesellschaft, weil sie keine eigene Rechtspersönlichkeit habe. Deshalb könne eine Zweigniederlassung keine eigenständigen Verleihverträge abschliessen und es bestehe für sie auch keine Möglichkeit, die von der Vorinstanz geforderten Verleih-Verträge zwischen dem Einsatzbetrieb (...) und der Zweigniederlassung (...) rechtlich zu erfüllen.

Die Forderung der Vorinstanz, wonach die Zweigniederlassung selbständig einen Verleihvertrag mit dem Entleiher abschliessen müsse, sei überspitzt formalistisch und verstosse gegen Art. 29 Abs. 1 BV. Zwar bestehe die Möglichkeit, die Vertretungsberechtigung von Mitarbeitern auf die Geschäftstätigkeit einer Zweigniederlassung zu beschränken, doch werde jeder so abgeschlossene Vertrag mit der Gesellschaft als solcher und nicht nur mit der Zweigniederlassung abgeschlossen. Die beiden vertretungsberechtigten Mitarbeiter der Zweigniederlassung (...) seien der Standortleiter (Herr C._____) und der Leiter Personalverleih (Herr D._____). Wie aus dem Handelsregisterauszug ersichtlich sei, habe die Beschwerdeführerin keine Mitarbeiter, deren Vertretungsberech-

tigung auf die Geschäftstätigkeit der Zweigniederlassung beschränkt sei. Die beiden genannten Personen seien bei der Hauptniederlassung der Beschwerdeführerin in (...) im Handelsregister eingetragen. Ein Verleihvertrag, den die beiden erwähnten Personen auf dem Geschäftspapier der Zweigniederlassung (...) abschliessen würden, hätte folglich dieselbe Wirkung, wie wenn er auf dem Geschäftspapier der Beschwerdeführerin mit Sitz in (...) abgeschlossen worden wäre. Beide Varianten hätten zur Folge, dass die Gesellschaft als Ganzes gebunden wäre.

Die Beschwerdeführerin bringt überdies vor, das öffentliche Recht verlange zwar, dass Zweigniederlassungen, welche in einem anderen Kanton als der Hauptsitz liegen würden, eine separate Betriebsbewilligung benötigen (Art. 12 Abs. 3 AVG). Grund dieser Regelung sei aber, den kantonalen Vollzugsbehörden den direkten Zugriff auf fehlbare Verleiher zu gewährleisten (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985 III 610). Aus der Sicht des Privatrechts sei der Arbeitgeber die Gesellschaft als Ganzes, weshalb Verträge, welche die Gesellschaft schliesse, ebenso für sämtliche Zweigniederlassungen gelten würden. Sie erfülle zudem die Vorgaben gemäss Art. 22 Abs. 1 AVG betreffend den Verleihvertrag. Arbeitgeberin sei die Beschwerdeführerin, d.h. der Hauptsitz, und nicht nur die Zweigniederlassung. Im Falle eines Rechtsstreits habe der Arbeitnehmer zwar am Standort der Zweigniederlassung einen Gerichtsstand, aber die Gegenpartei sei dennoch die Beschwerdeführerin mit Sitz in (...). Wie von den B._____ in zwei Schreiben bestätigt worden sei, sei in den Rahmenverträgen für die (...) und für die Verstärkungsteams auch die Zweigniederlassung in (...) mitumfasst. (...) werde im Anhang 2 unter Ziffer 2 des Vertrags bei der Stellung von (...) ausdrücklich als Firmenstützpunkt erwähnt. Beim Vertrag mit Bezug auf die (Projektname) sei dies aus dem bereits im kantonalen Verfahren eingereichten Angebot (Projektname) erkennbar, welches die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren zu diesem Vertrag eingereicht habe. Auf Seite 3 dieses Angebots sei nämlich ebenfalls der Standort (...) erwähnt worden. Die Vertragsparteien hätten darin klar ihren Parteiwillen geäussert, dass die Verträge auch für die Zweigniederlassung gültig seien.

Zwar könnten Mitarbeiter von Zweigniederlassungen selbständig Verträge abschliessen, doch würden solche Verträge die Gesellschaft als Ganzes binden, nicht nur die Zweigniederlassung. Wenn einerseits die Zweigniederlassung den Arbeitsvertrag unterzeichne und andererseits der Verleih-

vertrag vom Hauptsitz unterschrieben werde, handle es sich – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht um einen unerlaubten Unterverleih gemäss Art. 26 Abs. 3 AVV, denn der konzerninterne Verleih sei nach den Weisungen und Erläuterungen des SECO zum Arbeitsvermittlungsgesetz nicht der Bewilligungspflicht unterstellt (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), zur Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (GebV-AVG), S. 147, abrufbar unter:

< https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Private_Arbeitsvermittlung_und_Personalverleih.html > Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih > Dokumente > Weisungen AVG, besucht am 17. März 2016). Auch aus der Sicht des Schutzes der Arbeitnehmer übersehe die Vorinstanz, dass der Arbeitgeber des verliehenen Mitarbeiters das Unternehmen als Ganzes sei. Bei einer Zweigniederlassung habe das Unternehmen Vertreter des Arbeitgebers vor Ort, vorliegend in (...), die den persönlichen Kontakt mit den Arbeitnehmern sicherstellen und die Schutzfunktion gewährleisten würden.

2.2 Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, es sei gemäss AVG rechtlich nicht unerheblich, wer den Verleihvertrag ausstelle, ob dies der Hauptsitz oder die Zweigniederlassung sei. Unbestritten sei, dass der Hauptsitz und die Zweigniederlassung eine rechtliche Einheit bilden würden. In Bezug auf die Geschäftsfähigkeit und Möglichkeit, Verträge selbständig abzuschliessen, sei die Zweigniederlassung aber weitgehend autonom.

Nach ihr spricht Art. 12 Abs. 1 AVG klar von einem Dreiecksverhältnis, bei dem der Arbeitgeber und der Verleiher als ein und dieselbe Partei zu betrachten seien ("Arbeitgeber [Verleiher]"). Der Schutzgedanke von Art. 1 Bst. c AVG könne beim Personalverleih nur sichergestellt werden, wenn es sich beim Verleihverhältnis um ein Dreiecksverhältnis handle. Der Arbeitgeber und Verleiher hätten dieselbe Person zu sein, denn nur dann könne gewährleistet werden, dass die Arbeitnehmerinteressen beim Einsatzbetrieb wahrgenommen würden und den Fürsorgepflichten aus Art. 328 OR nachgekommen werde. Des Weiteren zeige die Formulierung in Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 AVG, dass der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer sowie der Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb geschlossen werden müssten. Eine Zweigniederlassung sei genügend unabhängig, um eine separate Bewilligung für den Personalverleih zu benötigen, weshalb sie als Arbeitgeberin und damit als Verleiherin im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes zu qualifizieren sei, die eigenständige Verleihverträge abzuschliessen habe.

Die Vorinstanz erachtet es zudem als widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, ein Vertrag, den die Gesellschaft abschliesse, gelte zugleich auch für sämtliche Zweigniederlassungen. Daraus leite sich im Gegenteil ab, dass sie ihre Arbeits- und Verleihverträge über den Hauptsitz hätte ausstellen müssen, was vorliegend aber gerade nicht zutrefte. Unter diesem Aspekt bleibe auch fraglich, weshalb sie überhaupt ein Bewilligungsgesuch für die Zweigniederlassung eingereicht habe. Die Vorinstanz bekräftigt, es sei nicht möglich, dass der Hauptsitz anstelle der Zweigniederlassung Verleihverträge mit dem Einsatzbetrieb unter Hinweis auf Art. 12 und 22 AVG abschliesse.

Im Übrigen entspreche es einer langjährigen Praxis und gelte seit 1991, d.h. seit Inkrafttreten des Arbeitsvermittlungsgesetzes, als unbestritten, dass Zweigniederlassungen, welche Arbeitsverträge abschliessen, auch für den Abschluss der Verleihverträge verantwortlich seien. Die 2400 bewilligten Betriebe mit 3218 Zweigniederlassungen seien alle in der Lage, ihre Verleihfähigkeit nach den rechtlichen Vorgaben auszuüben. Auch mit Blick auf grosse Unternehmungen, die bis zu 70 Zweigniederlassungen hätten, sei es erst recht unwahrscheinlich, dass am Hauptsitz der Überblick und damit die Verantwortung für Tausende von Arbeitsverträgen, die über die Zweigniederlassungen abgeschlossen würden, wahrgenommen werden könnten. Die Vorinstanz fürchtet um den Schutz der Arbeitnehmer, sollte die Beschwerde gutgeheissen werden, was zur Folge hätte, dass grosse Betriebe ihre Verleihverträge künftig nur noch über den Hauptsitz abfassen würden.

Es handle sich vorliegend auch nicht um einen bewilligungsfreien konzerninternen Verleih. Ein solcher wäre einzig innerhalb des Konzerns möglich, indem eine Niederlassung einer anderen Niederlassung des gleichen Konzerns Arbeitnehmer überlassen würde. Im Unterschied dazu werde beim Unter- oder Zwischenverleih ein Arbeitnehmer durch einen Betrieb angestellt und dann über einen weiteren Betrieb an einen Einsatzbetrieb verliehen. Es sei aus Art. 26 Abs. 3 AVV ersichtlich, dass das Weiterverleihen von verliehenen Arbeitnehmern (Unter- oder Zwischenverleih) nicht gestattet sei. Vorliegend beabsichtige die Beschwerdeführerin aber genau dieses nicht erlaubte Vorgehen, indem die Zweigniederlassung mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abschliesse und ihn durch den Hauptsitz als Verleiher an den Einsatzbetrieb verleihe.

2.3 Es ist nun nachfolgend zu prüfen, ob bzw. inwiefern den Argumenten der Beschwerdeführerin gefolgt werden kann, wenn sie vorbringt, ihre

Zweigniederlassung müsse bzw. könne für die Personalverleihbewilligung keine eigenständigen Verleihverträge mit dem Einsatzbetrieb (Entleiher) abschliessen. Hierfür sind zunächst die theoretischen Grundlagen des Arbeitsvermittlungsgesetzes, des Personalverleihs und dessen Bewilligungsvoraussetzungen zu erläutern.

2.3.1 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 sich der Gesetzgeber dazu entschied, neben der Arbeitsvermittlung auch den Personalverleih gesetzlich zu regeln und dafür ebenfalls eine Bewilligungspflicht einzuführen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 580).

Das SECO ist die eidgenössische Arbeitsmarktbehörde. Sie beaufsichtigt den Vollzug des Arbeitsvermittlungsgesetzes durch die Kantone und fördert die Koordination der öffentlichen Arbeitsvermittlung unter den Kantonen (Art. 31 AVG). Ebenso beaufsichtigt das SECO den Vollzug der Verordnung (Art. 62 AVV). 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. Dazu gehört auch die Regelung in Art. 34 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272), wonach für verliehene Arbeitnehmer zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers, mit welchem der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, zuständig ist. Damit werden die früher im Verleihgewerbe häufigen Auslandsgerichtsstände unterbunden (vgl. ULLIN STREIFF/ ADRIAN VON KAENEL/ ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., 2012, S. 120 f.).

2.3.2 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". Bewilligungspflichtig ist der Personalverleih nur in der 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).

2.3.3 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). Somit setzt der Personalverleih das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Für den international grenzüberschreitenden Personalverleih ist neben der kantonalen auch eine Betriebsbewilligung des SECO notwendig (Art. 12 Abs. 2 AVG). Zweigniederlassungen, die in einem anderen Kanton liegen als der Hauptsitz, brauchen eine Betriebsbewilligung (Art. 12 Abs. 3 AVG).

Da die Verfahren und Bewilligungsbehörden sich nach kantonalem Recht bestimmen, muss für jede Zweigniederlassung eine separate und damit zusätzliche Betriebsbewilligung eingeholt werden. Das Erfordernis einer eigenständigen Bewilligung für eine Zweigniederlassung ergibt sich aus Art. 12 AVG und Art. 35 AVV. Art. 40 AVV verweist in Abs. 3 darauf, dass ein Bewilligungsgesuch schriftlich bei der kantonalen Stelle einzureichen ist und das SECO als Aufsichtsbehörde den Kantonen Formulare für die Bewilligungsgesuche zur Verfügung stellt (Art. 40 Abs. 2 AVV). Damit wird

eine formale und materielle Vereinheitlichung sichergestellt. Für die Bewilligungsvoraussetzungen verweist die Botschaft des Bundesrats mit Bezug auf Art. 13 AVG auf die Erläuterungen zu Art. 3 AVG, da dieselben Voraussetzungen sowohl beim Personalverleih als auch bei der privaten Arbeitsvermittlung verlangt werden (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 610). Demnach gilt die Bewilligung jeweils für den "Betrieb", wobei dieser keine juristische Person sein muss (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 598). Daraus folgt, dass Zweigniederlassungen deshalb immer eine eigene Bewilligung benötigen. Liegen sie in einem anderen Kanton als der Hauptsitz, muss die Bewilligung entsprechend vor der Aufnahme der Tätigkeit vorliegen (vgl. FAQ's AVG, abrufbar unter: <http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/private_arbeitsvermittler/> > FAQ > Frage Nr. 10, besucht am 25. Januar 2016).

Die Zweigniederlassung ist zwar – im Unterschied zu einer Tochtergesellschaft – keine juristische Person, aber ein Geschäftsbetrieb im Sinne des Art. 13 AVG (vgl. CONRADIN CRAMER, Zweigniederlassungen in der Schweiz, in: Daniel Daeniker/Dieter Dubs/Rudolf Tschäni/Hans-Ueli Vogt/Rolf Watter/Jean-Baptiste Zufferey [Hrsg]; Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2015, S. 243 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2012, Rz. 12 zu § 24). Aus diesem Grund braucht die Zweigniederlassung in (...) unbestrittenermassen eine eigene Betriebsbewilligung.

Die Personalverleihbewilligung wird erteilt, sofern der Betrieb im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, über ein zweckmässiges Geschäftslokal verfügt und kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Arbeitnehmern oder Einsatzbetrieben gefährden könnte (Art. 13 Abs. 1 AVG und Art. 32 ff. AVV). Ausserdem müssen die für die Leitung verantwortlichen Personen Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein, für eine fachgerechte Verleihtätigkeit Gewähr bieten und einen guten Leumund aufweisen (Art. 13 Abs. 2 AVG). Der Verleiher hat gegenüber der Bewilligungsbehörde eine Auskunftspflicht und muss auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte erteilen und die notwendigen Unterlagen vorlegen (Art. 17 AVG). Unter anderem muss der Bewilligungsbehörde je ein Muster eines Arbeits- und Verleihvertrags vorgelegt werden (Art. 34a AVV). Die Bewilligung für den Personalverleih ist eine Polizeierlaubnis, weshalb der Gesuchsteller bei Erfüllung der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung hat (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, N 2523 ff.).

2.3.4 Gemäss dem schweizerischen Arbeitsrecht untersteht der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Bestimmungen von Art. 319 ff. OR, wobei die Vorschriften des Arbeitsvermittlungsgesetzes und der Arbeitsvermittlungsverordnung zusätzlich zur Anwendung kommen. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AVG gehen dem Obligationenrecht vor (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 92; NATHALIE STOFFEL, Arbeitsmarkt: Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih, in: Giovanni Biaggini/ Isabelle Häner/ Urs Saxer/ Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 756).

Im Unterschied zum Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht verlangt das AVG, dass der Verleiher mit seinem Arbeitnehmer in der Regel einen schriftlichen Vertrag abschliessen muss, wovon höchstens bei zeitlicher Dringlichkeit ganz oder vorübergehend abgesehen werden kann (Art. 19 AVG und Art. 48 AVV). Gemäss Art. 22 AVG wird die Schriftlichkeit ebenso beim Verleihvertrag, der zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb abgeschlossen wird, verlangt.

Falls es sich beim Arbeitsvertrag um einen Rahmen- und Einsatzvertrag handelt, müssen beide Verträge zusammen die entsprechenden schriftlichen Abreden enthalten. Die Schriftlichkeit ist kein Gültigkeitserfordernis für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags, weshalb auch bei Verletzung dieser Formvorschrift das Vertragsverhältnis nicht nichtig ist. Diese Bestimmung hat vielmehr eine Beweis- und Schutzfunktion. Allerdings kann die mangelnde Schriftlichkeit – und damit der Verstoss gegen das Arbeitsvermittlungsgesetz – zu einem Bewilligungsentzug oder zu einer Busse führen (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 92).

Zum Abschluss gültiger Arbeitsverträge ist eine öffentlich-rechtliche Betriebsbewilligung notwendig (Art. 12 ff. AVG). Andernfalls werden der Arbeitsvertrag ungültig und der Verleihvertrag nichtig (Art. 19 Abs. 6 und Art. 22 Abs. 5 AVG). Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht erlaubt (Art. 12 Abs. 2, 2. Satz AVG). Der Verleiher ist verpflichtet, der Bewilligungsbehörde auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die nötigen Unterlagen vorzulegen (Art. 17 AVG). Mit der Bewilligungspflicht verbunden ist die Hinterlegung einer Kautions, die der Absicherung von Lohnansprüchen dienen soll (Art. 14 Abs. 1 AVG; Art. 35 AVV).

3.

Die Vorinstanz leitet aus Art. 12 Abs. 1 und 3 AVG ab, dass der Bewilli-

gungsträger gleichzeitig auch Arbeitgeber und Verleiher sein müsse. Zunächst ist deshalb zu klären, inwiefern die Zweigniederlassung Arbeitgeberin sein kann. Deshalb wird nachfolgend insbesondere auch auf die Rechtsnatur einer Zweigniederlassung eingegangen.

3.1 Unter Zweigniederlassung ist "ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt" (BGE 117 II 85, E. 3).

Das öffentliche Recht knüpft vielfach an solche Zweigbetriebe an. Demgegenüber interessiert sich das Privatrecht grundsätzlich nicht für die geographische Ausdehnung eines Unternehmens, sondern es stellt auf die Gesellschaft als juristische Person ab. Die Hauptniederlassung ist massgeblich für die Begründung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse. Während immer klar war, dass Zweigniederlassungen, welche nicht als Tochterunternehmen verselbständigt sind, keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, sieht das Obligationenrecht vor, dass Betriebe als Zweigniederlassungen in das Handelsregister eingetragen werden können und damit zur Rechtseinheit im handelsregisterrechtlichen Sinne werden (Art. 2 Bst. a Ziff. 14 HregV; vgl. CONRADIN CRAMER, a.a.O., S. 243 ff.). Mit der handelsregisterlichen Eintragung wird der interessierten Öffentlichkeit und insbesondere den Vertragspartnern signalisiert, dass die Gesellschaft ihre dezentrale Betriebseinheit als Zweigniederlassung anerkennt und auch bereit ist, sich am Ort der Zweigniederlassung ins Recht fassen zu lassen (vgl. CRAMER, a.a.O., S. 243 ff.).

Gemäss Rechtsprechung begründen Art. 641 und 935 OR eine Pflicht zur Eintragung dezentraler Betriebseinheiten einer juristischen Person als Zweigniederlassungen im Handelsregister (vgl. CRAMER, a.a.O., S. 248 m.w.H.; BSK OR II-Schenker, Art. 641 N 3; BSK OR II-Eckert, Art. 935 N 1). Sie muss an ihrem Standort in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 935 OR). Obwohl die Eintragung nur deklaratorische Bedeutung hat, ist sie dennoch an die allgemeinen Rechtswirkungen handelsregisterlicher Eintragungen geknüpft. Durch diese rechtliche Abhängigkeit und durch das Fehlen eigener Rechtspersönlichkeit – und der damit fehlenden Parteifähigkeit – unterscheidet sich die Zweigniederlassung insbesondere von der Tochtergesellschaft (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2012, Rz. 12 zu § 24). Am Ort der Zweigniederlassung befindet sich ein besonderer

Gerichtsstand, der kumulativ zum Gerichtsstand am Hauptsitz besteht (Art. 12 ZPO). Partei bei Klagen am Ort der Zweigniederlassung ist allerdings die Gesellschaft, und nicht die Niederlassung (vgl. BGE 120 III 13 E. 1a). Die Zweigniederlassung gilt hingegen als Erfüllungsort für Verträge, die im Bereich ihrer Geschäftstätigkeit abgeschlossen wurden; sie gilt als "Wohnsitz" im Sinne von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 OR (vgl. MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, a.a.O., Rz. 26 zu § 24).

Folglich kann die Zweigniederlassung zwar konkrete Arbeitgeberin, d.h. direkte Vorgesetzte am Betriebsort des Arbeitnehmers sein und sich am Ort der Zweigniederlassung ins Recht fassen lassen, aber sie ist – mangels Rechtspersönlichkeit – nicht Partei bei Klagen am Niederlassungs-ort. Ein Arbeitgeber handelt häufig durch Organe und Stellvertreter, die für ihn arbeitsvertragliche Rechte ausüben und Pflichten erfüllen (vgl. WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, 2000, S. 30).

3.2 Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergibt sich gemäss Art. 19 und 22 AVG, dass der "Verleiher" den Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer schliesst und dass der "Verleiher" den Verleihvertrag mit dem Einsatzbetrieb schliesst. Dies entspricht der Konzeption des Art. 12 Abs. 1 AVG, welcher davon ausgeht, dass der Arbeitgeber immer auch Verleiher sein muss. Alleine aus diesen Bestimmungen kann geschlossen werden, dass der Arbeitgeber gleichzeitig der Verleiher sein muss.

Aus Art. 12 Abs. 1 AVG lässt sich ableiten, dass immer nur Arbeitgeber als Personalverleiher im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes auftreten können. Demzufolge liegt kein Personalverleih gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz vor, wenn zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer kein Arbeitsverhältnis, sondern eine andere Rechtsbeziehung besteht (vgl. ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, S. 53 ff., 56).

In Art. 12 Abs. 3 AVG ist freilich weder von Arbeitgeber noch von Verleiher die Rede, sondern es wird ausschliesslich verlangt, dass "Zweigniederlassungen", die in einem anderen Kanton als der Hauptsitz liegen, eine Betriebsbewilligung benötigen. Diese Bestimmung ist deshalb für den spezifischen Fall gedacht, bei dem von einer Zweigniederlassung aus Personal verliehen werden soll (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 1985 III 610 und SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 21 ff.).

4.

Als nächstes sind die Stellung des Arbeitgebers und seine Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer beim Personalverleih zu untersuchen.

4.1 Die Rechtsstellung des Arbeitgebers ist – ausser durch den Anspruch auf die Arbeitsleistung und die Lohnzahlungspflicht – auch durch die Fürsorgepflicht und das Weisungsrecht charakterisiert. Weist ein Arbeitgeber eine mehr oder weniger komplexe Struktur auf, handelt er durch Organe und Stellvertreter, die für ihn arbeitsvertragliche Rechte ausüben und Pflichten erfüllen. Dies gilt auch für das Weisungsrecht (vgl. WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, 2000, S. 30).

Die Arbeitsleistung und das Weisungsrecht können verschiedenen Personen zustehen, wenn der Inhaber eines Betriebs, der Träger des Rechts auf Arbeitsleistung ist, und der Leiter des Betriebs, dem gegenüber die Befolgungspflicht besteht, auseinander fallen. Im Gegensatz zum Inhaber eines Betriebs kann dessen Leiter nämlich nur eine handlungsfähige natürliche Person sein. In diesen Fällen steht die Arbeitgeberfunktion zwei verschiedenen Personen zu, so dass im Einzelfall zwischen dem Arbeitgeber als Träger des Anspruchs auf Arbeitsleistung, dem abstrakten Arbeitgeber, und dem Träger des Weisungsrechts, dem konkreten Arbeitgeber, unterschieden werden muss (sog. funktioneller Arbeitgeberbegriff). Konkreter Arbeitgeber ist nur der Träger der obersten Weisungsgewalt des betreffenden Betriebs, nicht derjenige, dem lediglich die Ausübung des Weisungsrechts in bestimmtem Umfang übertragen ist (sog. Vorgesetzter). Leitende Angestellte und Filialleiter sind demnach keine Arbeitgeber, wohl aber geschäftsführende Organe juristischer Personen (vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, § 4 N 21).

4.2 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. Die Delegation 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 wäh-

rend 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). Ausserdem ist der Verleiher gemäss Art. 328 OR verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Demnach wird ein allfällig persönlichkeitsverletzendes Verhalten des Einsatzbetriebs dem Verleiher nach Art. 101 OR zugerechnet, auch wenn kein Subordinationsverhältnis zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb vorliegt (vgl. BGer, Urteil 6B.512/2010 vom 26. Oktober 2010, E. 2.2.1.1).

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist Ausfluss der engen Beziehung, welche der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber schafft. Mit dieser Bestimmung wird der Persönlichkeitsschutz von Art. 27 ff. ZGB für das Arbeitsvertragsrecht konkretisiert, nicht aber erweitert. Die Schutzpflichten des öffentlichen Rechts, insbesondere des Arbeits- und Unfallversicherungsgesetzes, sind in das Privatrecht überführt worden. Die Schutzverpflichtungen des öffentlichen Rechts bestehen neben den Pflichten von Art. 328 OR, decken sich mit diesen aber weitgehend. Art. 328 OR ist relativ zwingend ausgestaltet, weshalb zwischen den Parteien nur zugunsten des Arbeitnehmers weiter gehende Schutzvorkehrungen vereinbart werden können (vgl. STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., S. 508 ff.).

Der Arbeitnehmerschutz war denn auch der entscheidende Grund, weshalb der Gesetzgeber den Personalverleih gesetzlich regelte und grundsätzlich eine Bewilligungspflicht einführte. Die Botschaft des Bundesrats zur Revision des AVG führte dazu Folgendes aus: "Die Arbeitsmarktbehörden stellen immer wieder fest, dass Unternehmensgründer, welche ursprünglich eine Vermittlungstätigkeit aufnehmen wollten, zur Umgehung der Bewilligungspflicht auf den Personalverleih umsteigen. So brauchen sie keinerlei gesetzlichen Anforderungen zu genügen; selbst ein schlechter Leumund, Insolvenz oder mangelnde Kenntnis von Buchführung stehen einer Gründung nicht im Wege. Auswüchse kommen deshalb immer wieder vor (Betrieb eines Personalverleihs in ungeeignetem Privatlokal; Arbeitnehmer nicht gegen Krankheit versichert; ungerechtfertigte Lohnabzüge; ungerechtfertigte Konventionalstrafen; Verleih von Schwarzarbeit; Gerichtsstandsklauseln mit Gerichtsstand im Ausland; "Personalver-

leih" durch eine Peep-Show-Gesellschaft usw.)" (Botschaft, a.a.O., BBl 1985 II 567).

4.3 Als Zwischenfazit kann deshalb festgehalten werden, dass es sich beim Hauptsitz und der Zweigniederlassung unbestrittenermassen um eine rechtliche Einheit handelt. Dennoch verfügt die Zweigniederlassung, wie ausgeführt, über eine "gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit".

Jede Zweigniederlassung ist zudem durch einen oder mehrere ihrer Mitarbeiter regelmässig rechtsgeschäftlich tätig. Der Abschluss von Rechtsgeschäften gehört zur ordentlichen Aktivität der Zweigniederlassung. Abgeschlossen werden die Rechtsgeschäfte im Namen und auf Rechnung des Geschäftsinhabers, der die Zweigniederlassung betreibt, unter Umständen auch im Namen des Geschäftsinhabers, aber auf Rechnung Dritter, für welche der Geschäftsinhaber tätig ist (Art. 425 OR), jedoch nicht im Namen und auf Rechnung der Zweigniederlassung selbst, da diese nicht rechtsfähig ist (vgl. GAUCH, a.a.O., S. 147). Dies setzt voraus, dass mindestens ein Mitarbeiter der Zweigniederlassung zum Abschluss von Rechtsgeschäften bevollmächtigt ist. Mindestens "ihr Leiter muss nach aussen Rechtsgeschäfte abschliessen [...] können" (BGE 68 I 113).

Bei Gesellschaftsstrukturen mit Hauptgesellschaft und Zweigniederlassung gilt für die Vertretungsberechtigung schliesslich Folgendes: Eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf die Hauptniederlassung kann im Handelsregister eingetragen werden (Art. 718 a Abs. 2 OR). Die volle Zeichnungsberechtigung einer natürlichen Person bei der Hauptniederlassung gilt automatisch auch für die Zweigniederlassung. Eine separate Eintragung bei der Zweigniederlassung ist weder erforderlich noch zulässig. Der Eintrag bei der Hauptniederlassung erfasst die Zweigniederlassung in gleicher Form (Art. 110 Abs. 1 lit. e HRegV; vgl. ROLAND MÜLLER, Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, 2010, S. 206 ff.). Vorliegend besteht keine Beschränkung gemäss Art. 718 a Abs. 2 OR, sondern es liegt eine volle Zeichnungsberechtigung vor. Folglich dürfen der Standortleiter (Herr C._____) und der Leiter Personalverleih (...) (Herr D._____) rechtsgültig für die Zweigniederlassung handeln, da die Vertretungsmacht sich von der Hauptniederlassung auf die Zweigniederlassung erstreckt. Ein Vertrag kommt damit rechtsgültig zustande. Die Zweigniederlassung (...) kann demnach selbständig Verträge schliessen.

5.

Aus Art. 34 Abs. 2 ZPO ist – wie bereits die Vorinstanz vorbringt – ersichtlich, dass die Zweigniederlassung selbständig Verträge schliessen können muss, um funktions- und geschäftsfähig zu sein.

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin bzw. der Hauptsitz zwar als abstrakte Arbeitgeberin anzusehen, aber dennoch kann die Zweigniederlassung stellvertretend für den Hauptsitz Verträge schliessen und in dem Sinne konkrete Arbeitgeberin mit entsprechendem Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer sein.

5.1 Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Muster-Arbeitsvertrag bestätigt denn auch, dass die Zweigniederlassung als konkrete Arbeitgeberin auftritt. Wenn nun aber die Beschwerdeführerin im Verleihvertrag den Hauptsitz als Vertragspartei aufführt, so umgeht sie das gesetzgeberisch gewollte Dreiecksverhältnis beim Personalverleih. Soll nämlich die Bewilligungsträgerin und damit "Verleiherin" die Zweigniederlassung sein, so müssen der Arbeits- und Verleihvertrag auch mit ihr geschlossen werden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wäre auch die vom Gesetzgeber vorgesehene Zugriffsmöglichkeit der einzelnen Kantone vereitelt, wenn die Zweigniederlassung vollkommen von der Hauptunternehmung abhängig wäre. Unbestrittenermassen können Mitarbeiter der Zweigniederlassung selbständig Verträge schliessen. Gemäss Beschwerdeführerin binden solche Verträge aber korrekterweise die Gesellschaft als Ganzes und nicht nur die Zweigniederlassung. Dies hätte bei einem Rechtsstreit zur Folge, dass die Beschwerdeführerin (Hauptsitz) als Partei auftreten müsste.

Im Übrigen sind Rahmenverträge mit den entsprechenden Arbeits- oder Verleihverträgen zusammen auf die gesetzlichen vorausgesetzten Kriterien hin zu prüfen (Art. 19 Abs. 2 und 22 Abs. 2 AVG). Diese Prüfung ist Aufgabe der Bewilligungsbehörde und damit der Vorinstanz.

5.2 Als weiteres Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Zweigniederlassung (...) im Handelsregister des Kantons (...) eingetragen ist. Aufgrund des ausdrücklichen Bewilligungsgesuchs für die Zweigniederlassung ist ersichtlich, dass künftig von (...) aus Personal verliehen werden soll. Die Bewilligungsträgerin soll demnach die Zweigniederlassung (...) sein.

In den Unterlagen, die das SECO für die eidgenössische Bewilligungerteilung prüfen muss, befindet sich unter anderem ein Muster-Arbeitsvertrag, aus welchem hervorgeht, dass die Zweigniederlassung (...) als Arbeitgeberin aufgeführt wird. Im Gegensatz dazu führt der beigelegte Muster-Verleihvertrag ausdrücklich den Hauptsitz der Beschwerdeführerin als Vertragspartei auf.

Neben diesen beiden Musterverträgen existieren noch zwei Rahmenverträge, nämlich die Projekte (...) und (...), welche jeweils zwischen der Beschwerdeführerin (Hauptsitz) und den B._____ (Einsatzbetrieb bzw. Entleiher) abgeschlossen worden sind. Die B._____ bestätigen, dass die beiden Rahmenverträge mit allen Zweigniederlassungen, insbesondere auch mit (...), abgeschlossen worden seien (vgl. Beschwerdebeilage 13 und 14). Im Rahmenvertrag "Personalverleihvertrag über die Stellung von (...)" vom 18. Februar 2011 (vgl. Beschwerdebeilage 7) wird als Verleiherin der Hauptsitz in (...) aufgeführt. Der Rahmenvertrag "(...)" vom 30. April 2013 regelt den Personalverleih, wobei die Beschwerdeführerin (Hauptsitz) leihweise Arbeitskräfte zur Verfügung stellt (vgl. Beschwerdebeilage 8: Vertrag betreffend (Projektname) vom 30. April 2013). Das zusätzliche Dokument "Angebot: Projekt (...)" vom 3. September 2012 führt als Firmenstandorte u.a. auch (...) auf (vgl. Beschwerdebeilage 16, Ziff. 4.2.1). Gemäss diesem Dokument hat die Beschwerdeführerin für jede Region ihren Ansprechpartner. Dieser wird unterstützt durch die zentrale Dispositionsstelle in (...), womit über sämtliche Ressourcen der Beschwerdeführerin verfügt werden kann (vgl. Beschwerdebeilage 16, Ziff. 4.3.2.2). Die regionale Organisation ist demnach wie folgt aufgeteilt: Region (...), Region (...), Region (...), Region (...), (Organisationseinheit) und (Organisationseinheit). Überdies führt das Dokument in Ziff. 4.3.2.3 auf, über welche kantonalen Personalverleihbewilligungen die Beschwerdeführerin verfüge:

"- Kanton (...) (Standorte [...],[...],[...] und [...])

- Kanton (...) (Standort [...])

- Kanton (...) (Standort [...]), Bestätigung des laufenden Verfahrens."

Es ist nun fraglich, weshalb die Standorte (...) (Kanton) und (...) (Kanton) in der ersten Zeile unter Kanton (...) aufgeführt werden. Kopien von Personalverleihbewilligungsdokumenten sind in den Akten nicht ersichtlich. Allerdings ist nachgewiesen, dass für die Zweigniederlassung (...) seit dem 6. Februar 2014 eine kantonale Verleihbewilligung vorliegt.

Die Bestätigungsschreiben der (...), wonach die Rahmenverträge u.a. auch für (...) abgeschlossen worden seien, können die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vervollständigen. Denn falls es sich beim Arbeitsvertrag um einen Rahmen- und Einsatzvertrag handelt, müssen beide Verträge zusammen die entsprechenden schriftlichen Abreden enthalten (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 92).

Soll der Personalverleih von einer bestimmten Zweigniederlassung – wie vorliegend (...) – aus geschehen, so ist diese Niederlassung organisatorisch betroffen und der Verleih fällt in ihren Aufgabenbereich. Es erscheint deshalb als vom Gesetz vorgegeben, die zum Geschäftsbereich eines vom Hauptsitz getrennten Geschäftsbetriebs einer Zweigniederlassung gehörende Verbindlichkeiten als bei der betreffenden Zweigstelle befindlich anzusehen. Die Zweigniederlassung soll künftig Bewilligungsträgerin sein. Folglich soll die Zweigniederlassung "Verleiherin" im Sinne von Art. 19 und 22 AVG sein, womit sie gesetzlich verpflichtet ist, sowohl den Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer als auch den Verleihvertrag mit dem Einsatzbetrieb (Entleiher) abzuschliessen (Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 AVG).

6.

Des Weiteren ist streitig, ob es sich vorliegend um einen sog. Unter- oder Zwischenverleih handelt oder ob allenfalls ein konzerninterner grenzüberschreitender Verleih vorliegen könnte.

6.1 Die Arbeitsvermittlungsverordnung beschreibt den Personalverleih wie folgt: "Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt" (Art. 26 Abs. 1 AVV).

Der Unter- oder Zwischenverleih, bei welchem ein Betrieb zwischen Verleiher und Arbeitnehmer geschoben wird und die Arbeitnehmer weiterverliehen werden, sind aufgrund der grösseren Kontrollschwierigkeiten und der Gefahren, welche solche Konstellationen für die Arbeitnehmer mit sich bringen können, grundsätzlich nicht zulässig (Art. 26 Abs. 3 AVV; vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 745).

6.2 Für Betriebe, die Unterverleihverhältnisse eingehen möchten, gibt es gemäss Art. 26 Abs. 3 AVV zwei rechtlich zulässige Möglichkeiten, wenn:

"a. der erste Betrieb für die Dauer des Einsatzes das Arbeitsverhältnis an den zweiten Betrieb abtritt, der zweite Betrieb Arbeitgeber wird, im Besitz

einer Verleihbewilligung ist und den Arbeitnehmer dem dritten Betrieb überlässt; oder

b. der erste Betrieb Arbeitgeber bleibt und mit dem dritten Betrieb einen Verleihvertrag abschliesst und der zweite Betrieb das Verleihverhältnis nur vermittelt."

Die Erläuterungen des SECO betonen zwar das Verbot in Art. 26 Abs. 3 AVV und den damit verbundenen Schutz der verliehenen Arbeitnehmer, erwähnen aber gleichzeitig auch die rechtlich zulässigen "Umgebungsmöglichkeiten" (vgl. SECO, Erläuterungen zur Revision AVV/GebV-AVG, S. 4 f., abrufbar unter: http://www.treffpunkt-arbeit.ch/publikationen/private_arbeitsvermittler/), besucht am: 25. Januar 2016). Folglich sind diese beiden Varianten als – eng auszulegende – Ausnahmen zu verstehen.

Gemäss Wortlaut des Art. 26 Abs. 3 AVV ist die Rede davon, dass ein Arbeitsverhältnis von Betrieb 1 an Betrieb 2 "abgetreten" wird. Der Arbeitsvertrag bleibt demnach unverändert bestehen. Allerdings wird in den Erläuterungen zur Revision AVV/GebV-AVG von "Sistierung" und von "neuem Arbeitsvertrag" gesprochen: Gemäss SECO übernimmt der zweite Betrieb für die Dauer des Einsatzes vom ersten Betrieb die Arbeitgeberposition. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag mit dem eigentlichen Arbeitgeber wird sistiert, wobei der zweite Betrieb als Verleiher im Besitz der Personalverleihbewilligung sein und den Arbeitnehmer an den dritten Betrieb verleihen muss (vgl. SECO, Erläuterungen zur Revision AVV/ GebV-AVG, a.a.O., S. 4f.).

Gemäss der Art. 26 Abs. 3 Bst. a AVV benötigt der erste Betrieb aufgrund von Art. 6 Bst. b AVV, wonach die unentgeltlich ausgeübte Vermittlungstätigkeit von Arbeitgebern, die ihre Arbeitnehmer vermitteln, nicht bewilligungspflichtig ist, keine Personalverleihbewilligung. Der Grund hierfür ist, dass der erste Betrieb seine eigenen Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber zusammenführt. Der zweite Betrieb braucht jedoch eine entsprechende Bewilligung (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen zum AVG, a.a.O., S. 146 ff.).

Daraus ist ersichtlich, dass die Erläuterungen des SECO nicht mit dem Gesetzeswortlaut übereinstimmen bzw. ihm widersprechen. Es kann für den vorliegenden Fall aber offen bleiben, ob der Arbeitsvertrag nur "abgetreten" wird oder auch eine Sistierung möglich wäre. Festzuhalten ist im-

merhin, dass der zweite Betrieb – als neuer Arbeitgeber – eine Personalverleihbewilligung benötigt.

6.3 Im Gegensatz zum Verbot des Unter- oder Zwischenverleihs ist der konzerninterne grenzüberschreitende Verleih jedoch erlaubt. Diese Konstellation ist zwar aus praktischer Sicht nachvollziehbar, aber gesetzlich nicht geregelt (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen zum AVG, a.a.O., S. 73 und 147).

Der konzerninterne Verleih zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft oder zwischen zwei Tochtergesellschaften oder zwischen Zweigniederlassungen ist nicht der Bewilligungspflicht unterstellt, selbst wenn es sich um das Zurverfügungstellen von Personal zwischen zwei rechtlich unabhängigen Unternehmen handelt. Die Arbeitnehmer sind bei dieser Konstellation nicht den verleihtypischen Gefahren ausgesetzt. Sie werden in der Regel auch nicht als "fremde" Arbeitnehmer wahrgenommen, weshalb daraus keine Schlechterbehandlung folgt. Typisch für den konzerninternen Verleih sind vielmehr die Ermöglichung von Auslandeinsätzen mit entsprechender Auslanderfahrung, was ebenfalls keine typische Verleihtätigkeit ist (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen, a.a.O., S. 147). Wenn sich das SECO mit dieser Ausnahme des konzerninternen Verleihs nun auf die Wahrnehmung von "fremden" Arbeitnehmern beruft, so würde eine solche Gesetzesinterpretation bedeuten, dass es sich gemäss Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 AVG nicht um ein Überlassen an "Dritte" handeln würde. Dann läge aber gar kein "Personalverleih" vor (vgl. CHRISTOPH SENTI, Personalverleih, AJP 2008, S. 1504, Ziff. 5.3).

Gemäss Praxis der Vorinstanz ist der konzerninterne Verleih aber ein Ausnahmefall und ausschliesslich dem Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht oder dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns vorbehalten.

6.4 Als letztes Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass gemäss Art. 26 Abs. 3 Bst. a AVV der Weiterverleih in dieser Form nur ausnahmsweise rechtlich zulässig ist. Würde die Zweigniederlassung (Betrieb 1) ihrem Hauptsitz (Betrieb 2) für die Dauer des Einsatzes ein Arbeitsverhältnis "abtreten", könnte dieser die Arbeitnehmer anschliessend einem Dritten überlassen (Art. 26 Abs. 3 Bst. a AVV). Vorausgesetzt wird allerdings, dass der Hauptsitz über eine Personalverleihbewilligung verfügt. Gemäss den vorliegenden Akten scheint der Hauptsitz (...) zumindest über eine kantonale Bewilligung zu verfügen (vgl. Beschwerdebeilage 16, Ziff.

4.3.2.2). Bewilligungskopien oder Informationen über eidgenössische Bewilligungen sind jedoch nicht ersichtlich und liegen dem Gericht auch nicht vor.

Der Vorinstanz kann gefolgt werden, wenn sie vorbringt, dass das Weiterverleihen von verliehenen Arbeitnehmern nicht gestattet sei (sog. Unter- oder Zwischenverleih). Denn ein solches Vorgehen würde den Arbeitnehmerschutzinteressen des temporären Arbeitnehmers zuwiderlaufen und damit auch dem Hauptzweck des Arbeitsvermittlungsgesetzes. Die Gefahren, welche für die Arbeitnehmer entstünden, sowie die Kontrollschwierigkeiten lassen solche Konstellationen grundsätzlich nicht zu.

Zu erwähnen ist aber immerhin, dass im Falle einer solchen Ausnahmevariante, welche bereits im Fremdverhältnis (Betrieb 1 tritt Arbeitsverhältnis an Betrieb 2 ab) möglich ist, erst recht im Verhältnis von Hauptsitz und Zweigniederlassung möglich sein müsste (Art. 26 Abs. 3 Bst. a AVV). Denn bei dieser Konstellation handelt es sich rechtlich um dieselbe juristische Person.

6.5 Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Zweigniederlassung (...) eine eigene Bewilligung benötigt, und zwar als künftige Bewilligungsträgerin für den Personalverleih. Als "Verleiherin" muss sie gemäss Art. 19 und 22 AVG sowohl die Arbeitsverträge als auch die Verleihverträge abschliessen. Von überspitztem Formalismus – wie es die Beschwerdeführerin vorbringt – kann keine Rede sein, wenn der Zweck des Arbeitsvermittlungsgesetzes verfolgt und damit der Arbeitnehmerschutz gewährleistet wird. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Dem grundsätzlichen Verbot des Unter- oder Zwischenverleihs wird gefolgt und damit dem gesetzlichen Schutz der Arbeitnehmer Rechnung getragen. Auch der absolute Ausnahmefall eines konzerninternen Verleihs kann vorliegend ausgeschlossen werden, weil dies nur in absoluten Ausnahmefällen von der Vorinstanz bewilligt wird (z.B. Ermöglichung von Auslandsaufenthalt).

7.

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. (...) 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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. (...) werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Deborah Staub

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu

enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. Mai 2016