

§ 17 KZG) wurde lediglich festgehalten, dass für die wichtigsten Begriffe Legaldefinitionen in Anlehnung an die AHV-Regelung festgelegt werden sollen. In der kantonsrätlichen Sitzung vom 30. September 1982 wurde diese Feststellung nicht weiter diskutiert (Protokoll des Kantonsrates vom 30. September 1982, Ziff. 710). Auch weder in § 5 KZG noch in einer anderen Bestimmung dieses Gesetzes sind klare Anhaltspunkte dafür zu finden; die Ausnahmen zur Regel werden mit anderen Worten nirgendwo definiert. Es ist folglich festzuhalten, dass im vorliegenden Fall keineswegs eine unabhängige Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden muss.

5.4 Selbst wenn aber schliesslich dennoch unabhängig von der beitragsrechtlichen Erfassung der Entschädigungen eines Verwaltungsratsmitgliedes als unselbstständiges Erwerbseinkommen anhand der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien im Einzelnen zu prüfen wäre, ob die Tätigkeit eines Verwaltungsrates nun eher als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu gelten hätte, wäre das Ergebnis dasselbe, hat doch das Bundesgericht beispielsweise auch im Zusammenhang mit der Doppelbesteuerungsproblematik die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied verschiedener Aktiengesellschaften durchaus als unselbständig qualifiziert (BGE 121 I 259). Die Beschwerdeführerin hat demnach so oder anders gestützt auf § 5 Abs. 1 KZG im fraglichen Zeitraum Anspruch auf Kinderzulagen, sofern und soweit denn die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. September 2009

S 2009/30

Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen.

Aus dem Sachverhalt:

Die A. GmbH mit Sitz in X. hat gemäss Auszug aus dem Handelsregister unter anderem zum Zweck, Dienstleistungen im Rahmen von Unternehmensberatungen und Personalverleih vor allem in den Bereichen Informatik, Organisation und für Dienstleistungsbetriebe zu erbringen. In diesem Sinne besteht auch ein Dienstleistungs-

vertrag zwischen der B. AG, Y., und der A. GmbH, wonach die A. GmbH für die B. AG Unterhaltsarbeiten, Weiter- und Neuentwicklungen im Bereich der Informatik durchführt. Ab dem 14. Juli 2008 wurde von der A. GmbH für diese Tätigkeit deren Mitarbeiterin C. eingesetzt (Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008). Am 9. Dezember 2008 stellte die A. GmbH beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug (AWA) Antrag auf Kurzarbeit voraussichtlich für die Dauer vom 1. Januar 2009 bis 31. März 2009, da die Weiterführung einer zweiten Phase des Projekts bei der B. AG aus organisatorischen Gründen auf das zweite Quartal des Jahres 2009 habe vorschoben werden müssen. Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 erhob das AWA in Anwendung von Art. 36 Abs. 4 AVIG Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung mit der Begründung, die von der Kurzarbeit betroffene Person sei an einen Einsatzbetrieb verliehen. Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG sei ein Arbeitsausfall von Arbeitnehmern in einem Temporärarbeitsverhältnis aber nicht anrechenbar. Im Übrigen habe auch nicht glaubhaft gemacht werden können, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sei. Die dagegen erhobene Einsprache der A. GmbH vom 9. März 2009 wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 8. April 2009 ab. Am 14. Mai 2009 reichte die A. GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 18. Februar 2009 bzw. des Einspracheentscheids vom 8. April 2009 und die Bewilligung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung. Zur Begründung wurde geltend gemacht, es handle sich vorliegend nicht um ein Temporärarbeitsverhältnis, sondern um einen Werkvertrag/Dienstleistungsvertrag zwischen der A. GmbH und der B. AG. Das AWA beantragte mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2009 die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (ARV 1986 Nr. 9 S. 41 Erw. 1, 1985 Nr. 17 S. 104 Erw. 1 und 107 Erw. 1).

Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ist ein Arbeitsausfall auch insoweit nicht anrechenbar, als er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen. Weil der Temporärarbeitsnehmer nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit im Einsatzbetrieb verpflichtet ist, als ihm der Einsatzbetrieb Arbeit anbietet, entsteht bei Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein anrechenbarer Arbeitsausfall (BGE 119 V 358 f. Erw. 1 mit Hinweis auf Gerhard Gerhards, Kommentar zum AVIG, Band I, S. 436 N 102). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch die Leiharbeit einer Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen. Abgesehen davon nämlich, dass Temporärarbeit und Leiharbeit bisweilen ohnehin nur schwer voneinander abzugrenzen sind, ist auch bei der Leiharbeit der Beschäftigte nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit verpflichtet, als ihm der Einsatzbetrieb solche anbietet, weshalb beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Der Umstand, dass die Organisation für Temporärarbeit den Arbeitnehmer während Beschäftigungslücken entlohnt, ändert hieran nichts, weil der Arbeitsausfall nicht in ihrem Betrieb, sondern im Einsatzbetrieb entstanden ist. Dazu kommt, dass Temporär- und Verleiharbeitsfirmen in gleicher Weise darauf ausgerichtet sind, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen, und deshalb jederzeit mit Arbeitsausfällen zu rechnen haben. Einsatzlücken der von solchen Firmen beschäftigten Arbeitnehmer sind daher zumindest teilweise auch branchen- oder betriebsüblich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG. Da im Einzelfall kaum zuverlässig festzustellen wäre, inwieweit die Beschäftigungslücke wirtschaftlich bedingt ist und inwieweit sie sich aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ergibt, rechtfertigt es sich auch unter diesem Gesichtspunkt, das Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich dem Temporärarbeitsverhältnis gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen (BGE 119 V 362 f. Erw. 3b).

3. Streitig ist vorliegend, wie das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und C., für welche hinsichtlich ihres Einsatzes für die B. AG Kurzarbeit beantragt wurde, zu qualifizieren ist. Während sich das kantonale Amt auf den Standpunkt stellt, es liege hier zumindest Leiharbeit vor, für welche wie bei einem Temporärarbeitsverhältnis keine Kurzarbeitsentschädigung bewilligt werden könne, macht die Beschwerdeführerin ihrerseits geltend, es handle sich um einen langfristigen Dienstleistungsvertrag bzw. um einen Werkvertrag zwischen ihr und der B. AG, welcher mit einem Temporärarbeitsverhältnis nichts zu tun habe.

3.1 Wie sich aus den Unterlagen ergibt, hat die Beschwerdeführerin, welche gemäss Eintrag im Handelsregister Dienstleistungen im Rahmen von Unternehmens-

beratungen und Personalverleih vor allem in den Bereichen Informatik, Organisation und für Dienstleistungsbetriebe erbringt, unter anderem mit der B. AG am 27. November 2006 einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen, wonach sie für diese Unterhaltsarbeiten, Weiter- und Neuentwicklungen im Bereich der Informatik durchführt. Nach den Bestimmungen dieses Dienstleistungsvertrages werden Umfang und Dauer der jeweiligen Einsätze – wenn auch in gemeinsamer Planung mit der Beschwerdeführerin – grundsätzlich durch die B. AG festgelegt. Die übertragenen Aufgaben sind dabei vom Auftragnehmer zwar selbständig und nach eigenem Ermessen im Rahmen der üblichen Handhabung durchzuführen. Jedoch wird im Einzelnen auch festgelegt, dass die Dienstleistungen, soweit nicht anders vereinbart, am Domizil der B. AG erbracht werden. Ferner wird eine klare Arbeitszeit vorgegeben mit der Verpflichtung, voraussehbare Abwesenheiten mit dem Auftraggeber abzusprechen und unvorhergesehene Abwesenheiten umgehend mitzuteilen. Die Abrechnung erfolgt monatlich basierend auf einem entsprechenden Stundenrapport. Der Dienstleistungsvertrag enthält sodann Bestimmungen über die Haftung des Auftragnehmers für von seinen Mitarbeitern verursachte Schäden, über das Urheberrecht an den im Auftrag der B. AG erarbeiteten Arbeitsergebnisse, welche bei dieser verbleiben sollen, wie auch strenge Vorschriften im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht. Schliesslich enthält der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der B. AG auch Bestimmungen über ein gegenseitiges Kündigungsrecht, wonach der Vertrag – auch wenn eine langfristige Partnerschaft mit der Beschwerdeführerin und deren eingearbeiteten Mitarbeitern angestrebt wird – unter Einhaltung einer Frist von einem Monat auf das Monatsende gekündigt werden kann. Nebst diesem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der B. AG hat die Beschwerdeführerin ihrerseits mit ihren Mitarbeitern offenbar Rahmenverträge abgeschlossen, welche fallweise durch entsprechende Einsatzverträge ergänzt werden. Gemäss dem hier massgeblichen Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008 zwischen der Beschwerdeführerin und C. wird deren Einsatz bei der B. AG ab 14. Juli 2008 bis auf weiteres geregelt. Die B. AG wird dabei als «Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) der Verleihfirma» bezeichnet. Die genauen Arbeitszeiten (zu einem Stundenlohn von brutto Fr. 70.–) richten sich nach den Vorgaben der B. AG, wobei ein Arbeitspensum von 50–80% erwähnt wird. Der im Einsatzvertrag erwähnte Rahmenvertrag selbst liegt nicht bei den dem Gericht eingereichten Akten.

3.2 Es kann vorliegend offen bleiben, ob es sich beim Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und C. im Hinblick auf deren Einsatz bei der B. AG nun um ein Temporärarbeitsverhältnis im engeren Sinne oder aber um ein Leiharbeitsverhältnis handelt. Dass es sich aber zumindest um die eine oder andere Art des Personalverleihs im Sinne des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den

Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) handelt, erscheint aufgrund der aufgeführten Aktenlage offensichtlich. Abgesehen davon, dass sich die Beschwerdeführerin, deren Zweck gemäss Handelsregistereintrag ja namentlich auch der Personalverleih im Informatikbereich darstellt, im Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008 selbst als Verleihfirma und die B. AG als Einsatzbetrieb bezeichnet, war es klarerweise die B. AG, welche Umfang und Dauer der jeweiligen Einsätze vorgab, indem sie die nach jeweiligem Stundenaufwand abzugeltenden Mitarbeiter der Beschwerdeführerin je nach Bedarf mehr oder weniger einsetzen konnte. Der jeweilige bei der B. AG eingesetzte Mitarbeiter hatte sich auch umfassend in deren Arbeitsorganisation einzufügen, indem als Arbeitsort das Domizil der B. AG zu deren üblichen Arbeitszeiten bei einem Arbeitspensum von 50–80% in ganzen Tagen pro Woche vorgegeben war. Diese Art des zusätzlichen Einsatzes externen Personals je nach Bedarf ergibt sich denn auch klar aus einer bei den Akten liegenden Email der B. AG vom 10. März 2009 an die Beschwerdeführerin, mit welcher diese mitteilte, dass sie derzeit aufgrund von Budgetkürzungen die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin nur in geringerem Ausmass einsetzen könne. Nicht entscheidend ist, dass der Einsatz grundsätzlich unbefristet vorgesehen war, kennt doch namentlich auch das AVG beispielsweise mit Art. 19 Abs. 4 Kündigungsbestimmungen im Hinblick auf unbefristete Einsätze. Der Umstand, dass zwischen der Beschwerdeführerin und C. lediglich ein Rahmenvertrag besteht und der konkrete Einsatz bei der B. AG mit einem separaten Einsatzvertrag geregelt wurde, wobei der Arbeitsumfang wie bereits dargelegt von der B. AG vorgegeben und die geleistete Arbeit im Stundenlohn abgegolten wurde, scheint schliesslich nicht nur für die Qualifizierung als Leiharbeit zu sprechen, sondern allenfalls sogar für das Vorliegen eines Temporärarbeitsverhältnisses im engeren Sinne. Wie es sich damit verhält, braucht aber – wie bereits erwähnt – aufgrund der analogen Behandlung dieser beiden Arbeitsformen im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG nicht weiter geklärt zu werden. Jedenfalls nicht glaubhaft erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach es sich um einen reinen Dienstleistungsvertrag bzw. um einen Werkvertrag zwischen ihr und der B. AG handle und sie gegenüber ihren Mitarbeitern voll weisungsberechtigt und vor Ort für die Detailplanung verantwortlich gewesen sei. Eine solche Arbeitsorganisation lässt der vorhandenen Aktenlage nicht entnehmen.

3.3 Handelt es sich nach dem Gesagten also jedenfalls um ein Konstrukt des Personalverleihs, sei dies nun im Sinne eines Temporär- oder aber eines Leiharbeitsverhältnisses, so hat die Beschwerdeführerin nach den dargelegten rechtlichen Vorgaben für den ab 1. Januar 2009 geltend gemachten Arbeitsausfall ihrer Mitarbeiterin C. keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Verfügung

des AWA vom 18. Februar 2009 bzw. der Einspracheentscheid vom 8. April 2009 sind demnach nicht zu beanstanden, sodass sich die Beschwerde als unberechtigt erweist und dementsprechend abgewiesen werden muss.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. August 2009
S 2009/62