

Untypischer Personalverleih

1498



CHRISTOPH SENTI
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Lehrbeauftragter HSG und
ZHAW, Altstätten

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage und Fragestellung
2. Gesetzliche Grundlagen
3. Personalverleih: Ausgestaltung und Merkmale
 - 3.1 Charakteristika und Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien
 - 3.2 Die verschiedenen Kategorien des Personalverleihs
 - 3.3 Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien
 - 3.3.1 Rechtsverhältnis zwischen Verleiher (Arbeitgeber) und Arbeitnehmer
 - 3.3.2 Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher
 - 3.3.3 Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer
 - 3.4 Unterschiede zwischen Temporärarbeit und «normalem» Arbeitsvertrag
4. Anwendbarkeit und Vorschriften des AVG
 - 4.1 Anwendbarkeit des AVG
 - 4.2 Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages (Art. 19 Abs. 1 bis 3 AVG)
 - 4.3 Kündigungsfristen für unbefristete Einsätze (Art. 19 Abs. 4 AVG)
 - 4.4 Einschränkung der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 5 AVG)
 - 4.5 Anwendbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 20 AVG)
 - 4.6 Schriftlichkeit des Verleihvertrages (Art. 22 AVG)
5. Bewilligungspflicht
 - 5.1 Gewerbsmässige Tätigkeit
 - 5.1.1 Regelmässigkeit und Gewinnabsicht
 - 5.1.2 Mindestumsatz von CHF 100 000
 - 5.2 Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden
 - 5.3 Konzernverhältnisse
 - 5.4 Negative Feststellungsverfügung
6. Worauf ist in der Praxis zu achten?
 - 6.1 Vorbemerkung
 - 6.2 Erste Frage: Anwendbarkeit des AVG?

- 6.3 Zweite Frage: Vorliegen einer Bewilligungspflicht?
- 6.4 Gedanken zum Arbeitsvertrag
 - 6.4.1 Schriftlichkeit des Vertrages
 - 6.4.2 Vertragliche Vereinbarung des Anspruches auf Personalverleih
 - 6.4.3 Koordination der verschiedenen Tätigkeiten
 - 6.4.4 Abklärung und Einhaltung von GAV-Vorschriften
 - 6.4.5 Konkurrenzverbot
- 6.5 Gedanken zum Verleihvertrag
 - 6.5.1 Pflicht zum Abschluss eines schriftlichen Verleihvertrages
 - 6.5.2 Zum Inhalt des Verleihvertrages
- 6.6 Versicherungsrechtliche Situation
7. Zusammenfassung

1. Ausgangslage und Fragestellung

Das Thema dieses Aufsatzes soll vorab in Form nachfolgender Beispiele erläutert werden:

Fall 1: Personalkarussell

Drei Metallbauunternehmen aus derselben Region haben sich über die Jahre auf spezifische Nischenprodukte spezialisiert. Die Firmeninhaber kennen einander und das in den drei Unternehmen tätige Personal bestens. Gegenseitig stellt man sich je nach Arbeitsauslastung und Art des Auftrages das dafür notwendige Personal zur Verfügung und rechnet die bei den jeweils anderen Firmen geleisteten Arbeitsstunden quartalsweise zu einem vereinbarten Stundenlohn ab.

Fall 2: Universalmanager

Peter Muster ist im Handelsregister als Geschäftsführer der X1 AG eingetragen und als «Country Manager» für alle Schweizer Gesellschaften der X-Gruppe tätig. Den Lohn erhält Peter Muster von der X1 AG bezahlt, welche die von ihm geleisteten Arbeitsstunden ihren Schwestergesellschaften X2 AG und X3 GmbH in Rechnung stellt. In Bezug auf die Weisungsbefugnis ist er direkt dem Verwaltungsrat der X-Holding AB (Schweden) unterstellt.

Fall 3: Flexible Feuerwehr

Die Schreinerei S-AG beschäftigt Hans Müller zu 100 % als Schreiner in ihrer Unternehmung. Neben dieser Tätigkeit ist Hans Müller im Umfang von rund 20 % als Feuerwehrkommandant tätig. Die für die Feuerwehr zuständige Gemeinde

Die vorliegende Publikation ist eine überarbeitete und bereinigte Fassung des Aufsatzes, abgegeben am 24. Oktober 2008 an der Weiterbildungsveranstaltung «St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht», des Institutes für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen.

schliesst mit der S-AG einen Vertrag, wonach Hans Müller einen Teil seiner Tätigkeit als Feuerwehrkommandant während der Arbeitszeit und bei vollem Lohn absolvieren kann. Für die dadurch ausgefallene Arbeitsleistung erhält die S-AG von der Gemeinde eine Pauschalentschädigung von CHF 20 000.– pro Jahr.

- Diesen Beispielen ist gemeinsam, dass eine Unternehmung
- das bei ihr angestellte Personal oder einen einzelnen Arbeitnehmer
 - zur Erbringung einer Arbeitsleistung
 - einer anderen Unternehmung oder Körperschaft überlässt
 - und dafür eine Entschädigung erhält.

Wir haben vorliegend in allen drei Fällen die Problemstellung eines Personalverleihs. Als Personalverleiher gilt diejenige Unternehmung, welche als Arbeitgeberin (Verleiherin) die von ihr angestellten Arbeitnehmenden einem anderen Arbeitgeber (Einsatzbetrieb) zur Erbringung einer Arbeitsleistung überlässt¹. Auch wenn sich die Unternehmen in den erwähnten Fällen nicht als Personalverleiher oder gar als «Temporärbüro» bezeichnen würden, besteht die Möglichkeit, dass sie unter den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih fallen und diese Verleihtätigkeit bewilligungspflichtig sein kann.

Als «untypischen» Personalverleih zu bezeichnen sind die erwähnten Beispiele deshalb, weil der Personalverleih nicht mit der Absicht einer gewerbsmässigen, gewinnorientierten Tätigkeit geschieht, sondern aus einem betriebswirtschaftlichen Bedürfnis heraus entstand. Worin liegen die Probleme und Gefahren einer solchen Situation für die betreffende Unternehmung, und welches sind die vorliegend relevanten rechtlichen Rahmenbedingungen?

2. Gesetzliche Grundlagen

Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist neben dem Obligationenrecht² sicherlich das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG)³ mit den dazugehörigen Verordnungen⁴. Ebenfalls zu berücksichtigen gilt es zudem die öffentlichrechtlichen Gesetzesvorschriften, namentlich das Arbeitsgesetz⁵ mit den dazugehörigen Verordnungen.

¹ Art. 12 AVG und Art. 26 AVV; ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige; Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 37, Bern 1994, 10.

² OR, insbesondere Art. 319 ff. OR.

³ Vom 6. Oktober 1989, SR 823.11.

⁴ AVV, vom 16. Januar 1991, SR 823.111; GebV-AVG, vom 16. Januar 1991, SR 823.113.

⁵ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, ArG, SR 822.11.

In Bezug auf allfällige allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge sind zwei Punkte im Auge zu behalten: Zum Einen sieht Art. 20 AVG vor, dass die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen allgemeinverbindlicher GAV des Einsatzbetriebes einzuhalten sind. Zum Anderen ist darauf hinzuweisen, dass der Verband der Personaldienstleister der Schweiz⁶ mit den Arbeitnehmerverbänden einen GAV ausgehandelt hat und an den Bundesrat das Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung eingereicht wurde⁷. Zum aktuellen Zeitpunkt wurde dieser GAV jedoch noch nicht für allgemeinverbindlich erklärt und ist entsprechend auch (noch) nicht in Kraft.

3. Personalverleih: Ausgestaltung und Merkmale

3.1 Charakteristika und Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien

Beim Personalverleih unterscheidet das Gesetz zwischen drei verschiedenen Ausprägungsformen⁸: Temporärarbeit, Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe. In allen drei Fällen liegt ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und der oder dem betreffenden Angestellten vor⁹. Betreffend die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse wird gemeinhin nachfolgende Konstellation unterstellt¹⁰, auf welche nachfolgend noch etwas näher eingegangen wird¹¹:

- Zwischen dem Verleiher (Arbeitgeber) und dem Arbeitnehmer besteht ein Arbeitsverhältnis, welches sich aus einem Rahmen- und einem Einsatzvertrag zusammensetzt.
- Zwischen dem Verleiher (Arbeitgeber) und dem Entleiher (Einsatzbetrieb) besteht ein Vertrag sui generis¹². Darin verspricht der Verleiher das zur Verfügung stellen der Arbeitskraft gegen eine entsprechende Entschädigung.

⁶ Swisstaffing, vgl. www.swisstaffing.ch.

⁷ www.swisstaffing.ch (Besucht: 16.10.2008).

⁸ Art. 27 Abs. 1 AVV.

⁹ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2005, N 127.

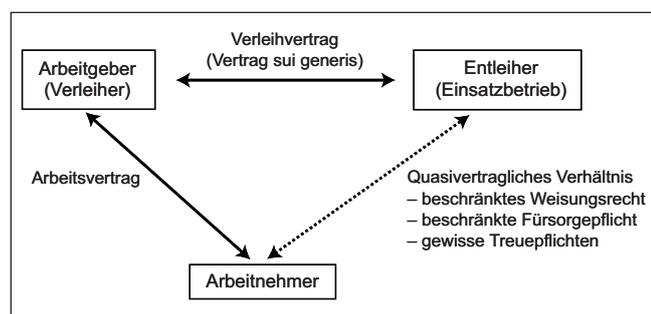
¹⁰ BGE 119 V 359; GEISER/MÜLLER (FN 9), Rz 133 ff.; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 53 ff.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. A., Zürich 2006, Art. 319 N 20 f.; BK-REHBINDER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, unterschiedliche Auflagen, Bern ab 1910, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage, Art. 319 N 16 und Art. 333 N 12; URS NEF, Temporäre Arbeit, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1971, 37 ff.; ZK-STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, unterschiedliche Auflagen, Zürich ab 1909, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage, Art. 333 N 18, RITTER (FN 1), 20 f.

¹¹ Vgl. hinten Ziff. 3.3.

¹² RITTER (FN 1), 20.

- c) Das Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher (Einsatzbetrieb) und dem Arbeitnehmer wird als quasivertragliches bezeichnet. Obwohl kein Arbeitsvertrag besteht, besitzt der Einsatzbetrieb ein Weisungsrecht und hat eine Fürsorgepflicht. Umgekehrt muss der Arbeitnehmer gewisse Treuepflichten erfüllen¹³.

Grafisch ergibt dies folgende Übersicht:



3.2 Die verschiedenen Kategorien des Personalverleihs

Das AVG mit der dazugehörigen Verordnung unterscheidet zwischen drei Formen des Personalverleihs¹⁴:

a) Temporärarbeit

Bei der Temporärarbeit beschränkt sich der Zweck und die Dauer des *Arbeitsvertrages* – also dem Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer – auf einen einzelnen Einsatz bei einem Einsatzbetrieb¹⁵.

b) Leiharbeit

Bei der Leiharbeit liegt der Zweck des *Arbeitsvertrages* (Vertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer) – ähnlich wie bei der Temporärarbeit – hauptsächlich im Überlassen des Arbeitnehmers an Einsatzbetriebe. Im Unterschied zum Temporärarbeitsvertrag ist die Dauer dieses *Arbeitsvertrages* aber nicht von den einzelnen Einsätzen bei Einsatzbetrieben abhängig¹⁶.

c) Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden

Als gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden bezeichnet der Gesetzgeber diejenigen Fälle, in welchen erstens der Zweck des *Arbeitsvertrages* (Vertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer) darin liegt, hauptsächlich unter der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers zu arbeiten. Zweitens hängt wie bei der Leiharbeit auch hier die Dauer des *Arbeitsvertrages* nicht von der Dauer des Einsatzes beim Einsatzbetrieb ab und drittens wird der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise einem Einsatzbetrieb überlassen¹⁷.

Von zentraler Bedeutung ist diese Kategorisierung des Personalverleihs deshalb, weil nur die ersten beiden Formen, nämlich die Temporärarbeit und die Leiharbeit, bewilligungspflichtig sind¹⁸.

3.3 Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien

3.3.1 Rechtsverhältnis zwischen Verleiher (Arbeitgeber) und Arbeitnehmer

Für zukünftige mögliche Einsätze schliesst der Verleiher mit dem Arbeitnehmer einen *Arbeitsvertrag* ab¹⁹. Bei der Temporärarbeit sind dies in der Regel zwei Verträge, nämlich erstens ein Rahmenvertrag, worin die allgemeinen Modalitäten vereinbart werden und zweitens ein zeitlich befristeter *Einsatzvertrag* für den konkret bevorstehenden Einsatz²⁰.

Arbeitsverträge sind grundsätzlich formfrei²¹. Beim Temporärarbeitsverhältnis hingegen verpflichtet das *Arbeitsvermittlungsgesetz* den Verleiher zum Abschluss eines schriftlichen Vertrages mit der Arbeitnehmerin²². Schriftlich zu regeln sind die Art der zu leistenden Arbeit, Arbeitsort, Beginn des Einsatzes, dessen Dauer oder die Kündigungsfrist, Arbeitszeiten, Lohn, Spesen, Sozialversicherungsabzüge, Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Unfall etc.²³.

3.3.2 Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Verleiher (Arbeitgeber) und dem Entleiher (Einsatzbetrieb) wird als *Verleihvertrag*²⁴ oder auch *Arbeitnehmerüberlassungsvertrag* bezeichnet²⁵. Rechtlich handelt es sich um einen *Vertrag sui generis*²⁶. Der Abschluss des *Verleihvertrages* hat schriftlich zu erfolgen²⁷. Weiter schreibt das *Arbeitsvermittlungsgesetz* einen bestimmten Mindestinhalt vor, namentlich die Regelung der Dauer des Einsatzes, der Kündigungsfristen, Arbeitszeiten u. a.²⁸.

¹⁸ Art. 28 AVV.

¹⁹ BGE 119 V 359 f.; GEISER/MÜLLER (FN 9), Rz 134; VISCHER (FN 10), 54; LUC THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, Diss Genf, 1987, N 182.

²⁰ BK-REHBINDER (FN 10), Art. 333 N 12; VISCHER (FN 10), 54 f.; RITTER (FN 1), 20, FN 7.

²¹ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), Art. 320 N 2.

²² Art. 19 AVV.

²³ Art. 19 Abs. 2 AVV.

²⁴ Art. 22 AVV.

²⁵ VISCHER (FN 10), 53; GEISER/MÜLLER (FN 9), Rz. 135; RITTER (FN 1), 20.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL (FN 10), Art. 319 N 21; VISCHER (FN 10), 53; BK-REHBINDER (FN 10), Art. 319 N 16; GEISER/MÜLLER (FN 9), Rz 135.

²⁷ Art. 22 Abs. 1 AVV.

²⁸ Vgl. dazu Art. 22 AVV.

¹³ RITTER (FN 1), 21, 57.

¹⁴ Vgl. Art. 27 AVV.

¹⁵ Art. 27 Abs. 2 AVV.

¹⁶ Art. 27 Abs. 3 AVV.

¹⁷ Art. 27 Abs. 4 AVV.

3.3.3 Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer

Zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer besteht kein vertragliches Verhältnis²⁹. Trotzdem haben beide Parteien Rechte und Pflichten, welche sich aus dieser Art von Zusammenarbeit ergeben³⁰.

3.4 Unterschiede zwischen Temporärarbeit und «normalem» Arbeitsvertrag

Die gesetzlichen Grundlagen des Personalverleihs sind darauf ausgerichtet, diese Beschäftigungsart näher zu regeln und insbesondere die oder den Angestellten zu schützen. Ob ein Personalverleih im Sinne des AVG vorliegt, hängt nicht davon ab, ob diese Tätigkeit zum Haupt- oder Nebenzweck einer Unternehmung gehört³¹. Das Gesetz sieht lediglich vor, dass die dritte Kategorie des Personalverleihs, nämlich das gelegentliche Überlassen von Arbeitskräften an Einsatzbetriebe, von der Bewilligungspflicht ausgenommen ist³². Die administrativen und finanziellen Hürden für eine solche Bewilligung sind, insbesondere für Kleinunternehmen, nicht zu unterschätzen³³.

Bei den eingangs erwähnten Fällen liegen die Interessen der betroffenen Beteiligten anders als beim typischen Personalverleih und aufgrund der dauerhaften Beschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber fällt die Brisanz des Sozialschutzes weitgehend dahin: Im Unterschied zur Temporär- und Leiharbeit, wo die Motivation des Arbeitgebers zum Abschluss eines Arbeitsvertrages darin liegt, den Angestellten an Einsatzbetriebe verleihen zu können, liegt den vorne erwähnten Beispielen dem Arbeitsvertrag mit der Absicht zu Grunde, eine dauerhafte, unbefristete Beschäftigung mit regelmässiger Lohnzahlung anzubieten, wobei aber der Einsatzort bzw. -betrieb ein unterschiedlicher sein kann.

Worauf ist zu achten, um die wirtschaftlichen Bedürfnisse in diesen Fällen so an die gesetzlichen Rahmenbedingungen anzupassen, dass sich der administrative Aufwand minimiert, der Sozialschutz der Angestellten gewährleistet bleibt und arbeitsvertragliche Probleme, die sich aufgrund dieser Dreiecksbeziehungen ergeben können, gelöst werden?

4. Anwendbarkeit und Vorschriften des AVG

4.1 Anwendbarkeit des AVG

Wie bereits erwähnt³⁴ sind die Vorschriften des AVG unabhängig vom Unternehmenszweck anwendbar³⁵. Es spielt somit keine Rolle, ob der Verleih nur gelegentlich oder regelmässig, zum Selbstkostenpreis oder mit Gewinnabsicht und als Neben- oder als primärer Unternehmenszweck betrieben wird. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung einzig für die Frage einer allfälligen Bewilligungspflicht³⁶, nicht aber in Bezug auf die Anwendbarkeit des AVG und der dazugehörigen Verordnung. Insofern ist es in jedem Fall angebracht, kurz auf die materiellrechtlichen Bestimmungen zum Personalverleih einzugehen.

4.2 Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages (Art. 19 Abs. 1 bis 3 AVG)

Das AVG sieht – im Unterschied zum Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht³⁷ – vor, dass der Verleiher mit seinem Arbeitnehmer in der Regel einen schriftlichen Vertrag abschliessen muss³⁸. Der Vertrag ist vor der Arbeitsaufnahme zu unterzeichnen. Die Ausnahmen vom Schriftformerfordernis finden sich in der Verordnung: In Fällen zeitlicher Dringlichkeit ist auch ein nachträglicher Abschluss eines schriftlichen Vertrages auf den nächstmöglichen Zeitpunkt zulässig³⁹. Dauert der Arbeitseinsatz weniger als sechs Stunden, kann in Fällen zeitlicher Dringlichkeit vollumfänglich von der Schriftform abgesehen werden⁴⁰. Ein blosses Bestätigungsschreiben des Verleihers an den Arbeitnehmer genügt den Formvorschriften der Schriftlichkeit nicht, vielmehr bedarf es einer schriftlichen Vereinbarung⁴¹. Darin sind folgende Punkte zu regeln⁴²:

- a) die Art der zu leistenden Arbeit;
- b) der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes;
- c) die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist;
- d) die Arbeitszeiten;
- e) der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherung;
- f) die Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien;

²⁹ BGE 119 V 359, VISCHER (FN 10), 57; NEF (FN 10), 71; RITTER (FN 1), 21; THÉVENOZ (FN 19), N 358 ff.

³⁰ Vgl. dazu RITTER (FN 1), 21, VISCHER (FN 10), 57.

³¹ Art. 12 AVG; Art. 26 AVV; RITTER (FN 1), 20; Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989; Bern 2003; Download: http://www.treffpunkt-arbeit.ch/downloads/private_arbeitsvermittler/, 62 f.

³² Art. 27 f AVV.

³³ Vgl. Art. 13 f. AVG.

³⁴ Vgl. hinten Ziff. 3.4.

³⁵ Art. 12 AVG; Art. 26 AVV; RITTER (FN 1), 20, 133; SECO (FN 31), 62 f.

³⁶ Vgl. nachfolgend Ziff. 5.

³⁷ Art. 319 ff. OR.

³⁸ Art. 19 AVG.

³⁹ Art. 48 Abs. 1 AVV.

⁴⁰ Art. 48 Abs. 2 AVV.

⁴¹ RITTER (FN 1), 137, m.V.a. BGE 92 II 103. Dies dürfte insbesondere auch für die Bestätigung nach Art. 330b OR gelten.

⁴² Art. 19 Abs. 2 AVG.

g) die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen.

Die Schriftlichkeit nach Art. 19 Abs. 1 und 2 AVG ist kein Gültigkeitserfordernis für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages. Entsprechend ist bei Verletzung dieser Formvorschriften das Vertragsverhältnis nicht nichtig⁴³. Dem Gesetzgeber geht es vielmehr um die Beweis- und Schutzfunktion⁴⁴. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die fehlende Schriftlichkeit einen Verstoss gegen das AVG darstellt, welcher mit einem Bewilligungsentzug⁴⁵ oder einer Busse bis CHF 40 000.– geahndet werden kann⁴⁶.

4.3 Kündigungsfristen für unbefristete Einsätze (Art. 19 Abs. 4 AVG)

Die im Unterschied zum «normalen» Arbeitsverhältnis massiv kürzeren Kündigungsfristen während der ersten sechs Monate⁴⁷ gelten nur für die Kategorie der Temporärarbeit, nicht aber die Leiharbeit oder das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe⁴⁸. Bei den eingangs erwähnten Fällen⁴⁹ eines untypischen Personalverleihs verrichtet der Angestellte seine Arbeit nicht nur bei Dritten, sondern auch in der Unternehmung seines Arbeitgebers. Der Arbeitsvertrag ist zeitlich nicht auf die Dauer eines einzelnen Einsatzes beschränkt. Insofern wird bei den vorne erwähnten Fällen eines untypischen Personalverleihs keine Temporärarbeit vorliegen⁵⁰, womit auch die Kündigungsfristen nach Art. 19 Abs. 4 AVG nicht zum Tragen kommen. Wird ein Arbeitnehmer nicht nur bei Dritten, sondern auch in der eigenen Firma beschäftigt, liegt mindestens für jene Tätigkeit ausserdem gar kein Personalverleih vor und es gelten auch in diesem Fall die Kündigungsvorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts⁵¹.

4.4 Einschränkung der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 5 AVG)

Bestimmungen, die vom Arbeitnehmer Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte verlangen, sind nichtig⁵². Dasselbe gilt für Vereinbarungen, die dem Arbeitnehmer verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Arbeits-

vertrages in den Einsatzbetrieb überzutreten⁵³. Letztere Bestimmung dürfte meines Erachtens zur Folge haben, dass mit Angestellten keine nachvertraglichen Konkurrenzverbote⁵⁴ vereinbart werden können, sofern eine Beschäftigung in einer Unternehmung unterbunden werden soll, in welcher die oder der Angestellte als Leiharbeiter tätig war. Dies gilt nicht nur für den typischen Personalverleih, sondern auch für die eingangs erwähnten Fälle, insbesondere Fall 1⁵⁵.

4.5 Anwendbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 20 AVG)

Von grösserer Bedeutung und in der Praxis mit erheblichem administrativem Aufwand für Abklärung und Kontrolle verbunden ist die Vorschrift des AVG, wonach die im Einsatzbetrieb anwendbaren, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge einzuhalten sind⁵⁶, und zwar in Bezug auf:

a) Lohnbestimmungen:

Mindestlöhne, Lohnzuschläge und -zulagen, Ferienlohn, 13. Monatslohn, bezahlte Feier- und Ruhetage, Lohnfortzahlungspflichten sowie inklusive Weiterbildungs- und Vollzugskostenbeiträge⁵⁷;

b) Arbeitszeitbestimmungen:

Ordentliche Arbeitszeit, 5-Tage-Woche, Überstunden,- Nacht,- Sonntags- und Schichtarbeit, Ferien, Frei- und Feiertage, Absenzen, Ruhezeiten, Pausen etc.⁵⁸;

c) Vorschriften über den flexiblen Altersrücktritt⁵⁹.

Beim untypischen Personalverleih werden diese Bestimmungen für die Arbeitgeberin vor allem dann kompliziert, wenn sie selbst keinem oder einem anderen GAV untersteht, als der Einsatzbetrieb, in welchem der oder die Angestellten jeweils eingesetzt werden. Handelte es sich bspw. im Fall 1 um Schreiner- und Metallbaubetriebe, welche gegenseitig Personal austauschen, wären bei den entsprechenden Einsätzen die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen allgemeinverbindlicher GAV zu beachten.

⁴³ Art. 19 Abs. 3 AVG; SECO (FN 31), 92; RITTER (FN 1), 138.

⁴⁴ RITTER (FN 1), 138, SECO (FN 31), 92.

⁴⁵ Art. 16 AVG.

⁴⁶ Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.

⁴⁷ 2 Tage während der ersten 3 Monate und 7 Tage im 4. und 5. Beschäftigungsmonat.

⁴⁸ Art. 49 AVV.

⁴⁹ Vgl. vorne Ziff. 1.

⁵⁰ Vgl. zur Definition hinten Ziff. 1.

⁵¹ Art. 335b f. OR.

⁵² Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG.

⁵³ Art. 19 Abs. 5 lit. b AVG.

⁵⁴ Art. 340 ff. OR.

⁵⁵ Da der Angestellte bereits während des laufenden Arbeitsverhältnisses in einer Konkurrenzunternehmung tätig war, wäre es vermutlich aber selbst bei Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes schwerlich vorstellbar, ob überhaupt die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung des ehemaligen Arbeitgebers bestünde, was ja Gültigkeitsvoraussetzung ist (Art. 340 Abs. 2 OR).

⁵⁶ Art. 20 aVG.

⁵⁷ Vgl. zu den Details: Art. 48a Abs. 1 und Art. 48b AVV.

⁵⁸ Vgl. zu den Details: Art. 48a Abs. 2 AVV.

⁵⁹ Vgl. zu den Details: Art. 48c AVV.

4.6 Schriftlichkeit des Verleihvertrages (Art. 22 AVG)

Nicht nur der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber (Verleiher) und dem Angestellten, sondern auch der Verleihvertrag zwischen ersterem und dem Einsatzbetrieb muss schriftlich abgefasst werden⁶⁰. Im Vertrag festzuhalten sind:

- a) die Adresse des Verleihers und der Bewilligungsbehörde;
- b) die beruflichen Qualifikationen des Arbeitnehmers und die Art der Arbeit;
- c) den Arbeitsort und den Beginn des Einsatzes;
- d) die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen;
- e) die für den Arbeitnehmer geltenden Arbeitszeiten;
- f) die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen.

Wie bei der Pflicht zur schriftlichen Vereinbarung des Arbeitsvertrages⁶¹ muss auch der Verleihvertrag vor dem Arbeitseinsatz unterzeichnet werden. Dies betrifft nicht nur den Vertragsabschluss per se, sondern auch sämtliche späteren Vertragsänderungen⁶². Bei zeitlicher Dringlichkeit hat die Unterzeichnung spätestens auf den nächstmöglichen Zeitpunkt zu erfolgen⁶³. Im Unterschied zur Vorschrift betreffend die Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages⁶⁴, regelt das AVG beim Verleihvertrag nicht ausdrücklich, ob auch die Schriftform ein Gültigkeitserfordernis für den Verleihvertrag ist. VISCHER⁶⁵ und das Kantonsgericht St. Gallen⁶⁶ vertreten die Auffassung, dass auch hier das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht als Gültigkeitserfordernis, sondern nur zu Beweis- und Schutzzwecken vorgesehen ist. Demgegenüber ist die Nichtigkeit des Vertrages ausdrücklich vorgesehen, wenn der Verleihbetrieb nicht über die für den Personalverleih erforderliche Bewilligung verfügt. In diesem Fall sind die Ansprüche zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und die unerlaubte Handlung abzuwickeln⁶⁷.

Werden die Formvorschriften nicht eingehalten, führt dies – wie bei der fehlenden Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages – zur Strafbarkeit des Verleihers, welcher mit einer Busse bis zu CHF 40 000 belegt werden kann⁶⁸. Ebenfalls möglich ist ein Bewilligungsentzug⁶⁹.

5. Bewilligungspflicht

Unternehmen, die als Personalverleiher tätig sind, bedürfen einer Betriebsbewilligung⁷⁰. Bewilligungspflichtig ist allerdings nur die Temporär- und Leiharbeit, nicht aber das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden⁷¹. Mit der Bewilligungspflicht gekoppelt⁷² ist die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions zwischen CHF 50 000 und 100 000⁷³, welche zur Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden dienen soll⁷⁴.

In den eingangs erwähnten Fällen gehört der Tatbestand des Personalverleihs nicht zum Kerngeschäft der Unternehmung. Entsprechend stellt sich die Frage, in welchen Fällen auf eine Bewilligung verzichtet und so der damit verbundene administrative und finanzielle Aufwand vermieden werden kann.

5.1 Gewerbsmässige Tätigkeit

Der Personalverleih ist nur dann bewilligungspflichtig, wenn dieser gewerbsmässig betrieben wird⁷⁵. Wann Gewerbsmässigkeit vorliegt, erläutert die Verordnung und unterscheidet dabei zwei Fälle: Entweder muss die Absicht des Verleihers darauf ausgerichtet sein, den Arbeitnehmer *regelmässig* einem Einsatzbetrieb zu überlassen und mit dieser Tätigkeit einen *Gewinn* zu erzielen. Oder aber der Personalverleiher erzielt mit der Verleihtätigkeit einen Umsatz von jährlich mindestens CHF 100 000⁷⁶.

5.1.1 Regelmässigkeit und Gewinnabsicht

Von einem regelmässigen Personalverleih geht die Verordnung aus, sobald ein Verleiher mit Einsatzbetrieben innerhalb von 12 Monaten mehr als zehn Verleihverträge abschliesst, die einen ununterbrochenen Einsatz eines Angestellten oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden vorsieht⁷⁷. RITTER äussert sich zu dieser Bestimmung wie folgt: «Als Vertrag über einen Einsatz gilt eine Vereinbarung, die einen in sich abgeschlossenen Einsatz beim Drittbetrieb zum Gegenstand hat. Dagegen liegen bei einem planmässig unterbrochenen Einsatz (nicht bei Ferien) rechtlich mehrere Einsätze und entsprechend mehrere Verträge vor. Das einmalige Verleihen einer Arbeitsgruppe von mehreren Personen wiederum ist als *ein* Fall zu zählen. Wird hingegen eine Person mehrmals verliehen, liegen mehrere Fälle von Verleih vor. Das subjektive Element der *Bereitschaft*, in mehreren Fällen als Verleiher

⁶⁰ Art. 22 AVG. Auch diese Pflicht gilt unabhängig von einer allfälligen Bewilligungspflicht des Verleihers (SECO [FN 31], 144).

⁶¹ Vgl. Art. 19 AVG und Art. 48 AVV.

⁶² RITTER (FN 1), 155.

⁶³ Art. 50 AVV.

⁶⁴ Art. 19 Abs. 3 AVG.

⁶⁵ VISCHER (FN 10), 54, m. V. a. BBI 1985 556, 617.

⁶⁶ VZ.2007.41, vom 24.9.2007, E 3b.

⁶⁷ Art. 22 Abs. 5 OR.

⁶⁸ Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.

⁶⁹ Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG.

⁷⁰ Art. 12 AVG.

⁷¹ Art. 28 AVV.

⁷² Art. 35 AVV.

⁷³ Art. 6 GebV-AVG.

⁷⁴ Art. 14 AVG.

⁷⁵ Art. 12 Abs. 1 AVG.

⁷⁶ Art. 29 Abs. 1 AVV; SECO (FN 31), 71 f.

⁷⁷ Art. 29 Abs. 2 AVV.

tätig zu werden, darf bei Temporärarbeit und Leiharbeit vor- ausgesetzt werden.»⁷⁸ Ob ein regelmässiger Personalverleih vorliegt, hängt entscheidend von der Ausgestaltung des Verleihvertrages ab (einmaliger, dauernder Vertrag oder mehrere Einsätze). Je nach Einsatzplanung lässt sich so im Einzelfall eine Bewilligungspflicht vermeiden. In den eingangs geschilderten Fällen 1 und 3 wäre es daher vorteilhaft, einen unbefristeten Verleihvertrag zu vereinbaren, in welchem auf unbefristete Zeit wiederholte Einsätze vorgesehen sind, die in sich aber nicht als abgeschlossen zu betrachten sind und so keine planmässige Unterbrechung stattfindet.

Zur Regelmässigkeit hinzu kommt das Kriterium der Gewinnabsicht. Eine solche liegt nicht schon dann vor, wenn der Personalverleih gegen Entgelt erfolgt. Vielmehr geht es um die Absicht, über die betrieblichen Kosten hinaus zusätzlichen Ertrag zu erwirtschaften. Für eine Prüfung wird dabei auf Anhaltspunkte wie Struktur der Gesellschaft, Statuten, Gesellschaftszweck etc. verwiesen⁷⁹. Entscheidend dabei ist allerdings nur die *Gewinnabsicht*, was nicht bedeutet, dass auch effektiv ein Unternehmensgewinn resultieren muss, da eine Gewinnabsicht auch im Falle eines Jahresverlustes gegeben ist⁸⁰. Laut Weisungen des Seco ist dann von einer Gewinnabsicht auszugehen, «(...) wenn die Verrechnung der ausgeliehenen Arbeitskräfte die entsprechenden Kosten (Lohn + Lohnnebenkosten (=11 %) + Verwaltungskostenanteil von etwas 5 %) übersteigt»⁸¹.

5.1.2 Mindestumsatz von CHF 100 000

Die Definition der Gewerbmässigkeit über das Kriterium des Umsatzes wurde aus der Handelsregisterverordnung übernommen⁸². Diese Regelung beabsichtigt die Begründung einer Bewilligungspflicht für Personalverleihfirmen, die zwar jährlich weniger als zehn Verleihverträge abschliessen, aber damit trotzdem grössere Umsätze erzielen⁸³.

Für die Beurteilung des für eine Bewilligungspflicht relevanten Umsatzes darf meines Erachtens bei den eingangs erwähnten Fällen nicht auf den gesamten Umsatz der Unternehmung abgestellt werden. Vielmehr ist nur dasjenige Umsatzvolumen von Bedeutung, welches mit dem Personalverleih erzielt wurde⁸⁴.

5.2 Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden

Beschränkt sich ein Personalverleiher auf das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden, so ist eine solche Tätig-

keit selbst dann nicht bewilligungspflichtig, wenn sie gewerbmässig erfolgt⁸⁵. RITTER verweist dabei ausdrücklich auf Situationen, in welchen sich Unternehmen aus Gründen der Solidarität und des rationellen Personaleinsatzes gegenseitig mit dem zur Verfügung stellen von Angestellten aushalfen⁸⁶. Die Ausleihe von Arbeitskräften entspricht dabei nicht dem Standardangebot des Arbeitgebers, sondern dient der Überbrückung von Beschäftigungsspitzen im Einsatzbetrieb. Dieses Überlassen von Angestellten ist zudem nicht mit einer Gewinnabsicht verbunden⁸⁷. Das Seco definiert diese Fälle enger, indem es die Meinung vertritt, dass ein gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden nur in jenen Fällen vorkommen kann, wo als Folge eines wirtschaftlichen Einbruches die unternehmenseigenen Angestellten vorübergehend anderen Firmen zur Verfügung gestellt werden, um Entlassungen zu vermeiden⁸⁸.

Geht man von dieser an sich engen Begriffsdefinition aus, gilt jede Art von Personalverleih nicht als ein «gelegentliches Überlassen», sobald ein wiederholter, wenn auch nur sporadischer und unregelmässiger Einsatz *geplant* ist. Ob sich in den vorne erwähnten Fällen, wo Arbeitnehmende in Form eines unbefristeten Arbeitsvertrages im eigenen Betrieb angestellt sind, ein Schutz in Form einer Bewilligungspflicht aufdrängt, darf meines Erachtens bezweifelt werden.

5.3 Konzernverhältnisse

«Der konzerninterne Verleih zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft, oder zwischen zwei Tochtergesellschaften oder zwischen Zweigniederlassungen ist nicht der Bewilligungspflicht unterstellt, sogar wenn es sich um das zur Verfügung stellen von Personal zwischen zwei rechtlich unabhängigen Unternehmen handelt.»⁸⁹ Diese aus praktischer Sicht nachvollziehbare Ausnahme ist meines Erachtens insofern erstaunlich, als im Gesetz keine diesbezügliche Grundlage zu finden ist. Begründet wird diese Ausnahme damit, dass konzernintern angestellte Arbeitnehmende nicht den verleihtypischen Gefahren ausgesetzt sind und nicht als fremde Arbeitnehmer wahrgenommen werden⁹⁰.

Wenn mit Berufung auf die Wahrnehmung als «fremde Arbeitnehmer» eine Ausnahme geschaffen werden soll, ergäbe sich eine solche Gesetzesinterpretation meines Erachtens daraus, dass es sich nicht um ein Überlassen von Arbeitnehmenden an *Dritte* handelt⁹¹. Richtigerweise aber stünde dann eine Bewilligungspflicht deshalb nicht zur Diskussion, weil überhaupt kein Personalverleih vorliegt und das AVG gar

⁷⁸ RITTER (FN 1), 115.

⁷⁹ RITTER (FN 1), 115; SECO (FN 31), 71.

⁸⁰ RITTER (FN 1), 115.

⁸¹ SECO (FN 31), 71.

⁸² Art. 36 HregV, SECO (FN 31), 72.

⁸³ SECO (FN 31), 72.

⁸⁴ In Fall 3 also bspw. CHF 20 000.

⁸⁵ Art. 28 AVV; SECO (FN 31), 72 Ziff. 4.

⁸⁶ RITTER (FN 1), 23, m. V. a. BGE 48 II 109 u.a.

⁸⁷ RITTER (FN 1), 23 f.

⁸⁸ SECO (FN 31), 72.

⁸⁹ SECO (FN 31), 147.

⁹⁰ SECO (FN 31), 147.

⁹¹ Vgl. dazu den Wortlaut in Art. 12 Abs. 1 AVG.

nicht anwendbar wäre. So weit geht das Seco jedoch nicht, wenn es ausführt, dass der Arbeitnehmer nicht von einer ausländischen Tochter- oder Muttergesellschaft aus in der Schweiz eingesetzt werden darf, weil sonst ein unzulässiger Personalverleih aus dem Ausland vorläge⁹².

5.4 Negative Feststellungsverfügung

Bestehen Zweifel, ob das zur Verfügung Stellen von Personal an eine andere Unternehmung als bewilligungspflichtiger Personalverleih gilt, besteht die Möglichkeit, bei der zuständigen Behörde um eine negative Feststellungsverfügung zu ersuchen⁹³. Dies setzt jedoch voraus, dass der Verleiher das Gesuch im Hinblick auf einen konkreten Fall stellt (keine Beurteilung abstrakter Rechtsfragen) und ein Verzicht auf die Abklärung der Bewilligungspflicht für ihn wesentliche wirtschaftliche Folgen haben könnte (schutzwürdige Interessen)⁹⁴. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, lässt sich die Frage einer Bewilligungspflicht verbindlich in Form einer Verfügung klären, was unter dem Aspekt der Rechtssicherheit sicherlich zu begrüssen ist.

6. Worauf ist in der Praxis zu achten?

6.1 Vorbemerkung

Im nachfolgenden Teil werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Punkte erwähnt, die es beim untypischen Personalverleih zu beachten gilt. Ausgangspunkt für die nachfolgenden Ausführungen sind zum einen die Vorschriften des AVG und zum anderen die Besonderheiten, dies sich daraus ergeben, dass ein Angestellter nicht nur im eigenen, sondern auch in einem oder mehreren anderen Betrieben tätig ist.

Es ist aber zu betonen, dass immer die konkreten Verhältnisse und Bedürfnisse der Vertragsparteien im Einzelfall zu betrachten sind. Die Absicht der nachfolgenden Ausführungen liegt also weniger in der Vorgabe einer Checkliste, als vielmehr einer Anregung, sich bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages Gedanken über die Besonderheiten und den damit verbundenen Regelungsbedarf zu machen. Entsprechend kurz sind denn auch die diesbezüglichen Ausführungen oder vorgeschlagenen Lösungsansätze.

6.2 Erste Frage: Anwendbarkeit des AVG?

Die Vorschriften des AVG kommen nur dann zum Tragen, wenn ein Personalverleih vorliegt. In einem ersten Schritt ist also zu prüfen, ob eine Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer

einem Einsatzbetrieb überlässt, indem erstere dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt⁹⁵. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Frage, ob zwischen dem «Verleiher» und dem «Arbeitnehmer» überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Ist dies nicht der Fall, liegt kein Personalverleih vor, weil kein «Arbeitnehmer» überlassen wird⁹⁶. Insbesondere im Zusammenhang mit der Erteilung von Aufträgen oder Werkverträgen an Dritte, welche diese in den Räumlichkeiten des Auftraggebers oder Bestellers ausführen, ist diese Abgrenzung von Bedeutung⁹⁷.

Fällt der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des AVG, hat dies für den Arbeitgeber bzw. Verleiher vor allem zwei Konsequenzen: Erstens ist die Frage einer Bewilligungspflicht zu prüfen, da im Unterlassungsfalle nicht nur die abgeschlossenen Verträge nichtig sind⁹⁸, sondern auch strafrechtliche Sanktionen (Busse bis zu CHF 100 000) die Folge sein können⁹⁹. Zweitens führt die Anwendbarkeit dazu, dass die materiellrechtlichen Bestimmungen des AVG als *lex specialis* den allgemeinen Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts (OR) vorgehen¹⁰⁰.

6.3 Zweite Frage: Vorliegen einer Bewilligungspflicht?

Eine Bewilligungspflicht liegt vor, wenn der Arbeitgeber als gewerbmässiger Personalverleiher zu betrachten ist, und seine Tätigkeit über das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden hinaus geht¹⁰¹. Von einer Bewilligungspflicht ausgenommen ist der Personalverleih innerhalb des Konzerns oder der Verleih an eine Zweigniederlassung¹⁰². In diesen Fällen ist jedoch darauf zu achten, dass keine ausländische Unternehmung als «Verleiher» auftritt, weil dann ein unzulässiger Personalverleih vom Ausland in die Schweiz vorläge¹⁰³.

6.4 Gedanken zum Arbeitsvertrag

Worauf ist bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer zu achten?

⁹⁵ Art. 26 AVV.

⁹⁶ Art. 12 AVG, SECO (FN 31), 62 Ziff. 1.

⁹⁷ Vgl. SECO (FN 31), 63 f. Vgl. zu den Fällen der Entsendung von Arbeitskräften: SECO (FN 31), 148.

⁹⁸ Auf den Arbeitsvertrag kommen die Vorschriften des OR über die Folgen des ungültigen Arbeitsvertrages zur Anwendung (Art. 19 Abs. 6 AVG m. V. A. Art. 320 Abs. 23 OR); Der Verleihvertrag ist nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung und/oder ungerechtfertigten Bereicherung abzuwickeln (Art. 22 Abs. 5 AVG).

⁹⁹ Art. 39 Abs. 1 lit. a AVG.

¹⁰⁰ RITTER (FN 1), 65.

¹⁰¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 5.2.

¹⁰² SECO (FN 31), 147.

¹⁰³ Art. 12 Abs. 2 AVG; SECO (FN 31), 147.

⁹² Art. 12 Abs. 2 AVG; SECO (FN 31), 147.

⁹³ SECO (FN 31), 75.

⁹⁴ SECO (FN 31), 75.

6.4.1 Schriftlichkeit des Vertrages

Sicherlich vorweg zu erwähnen ist die Pflicht zum Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages. Der zu vereinbarende, minimale Inhalt ergibt sich aus Gesetz und Verordnung¹⁰⁴. Da der Arbeitnehmer nicht nur im Einsatzbetrieb, sondern auch in der eigenen Unternehmung arbeitet, bietet es sich natürlich an, einen umfassenden schriftlichen Arbeitsvertrag zu vereinbaren und nicht nur die Aspekte des Personalverleihs zu regeln.

6.4.2 Vertragliche Vereinbarung des Anspruches auf Personalverleih

Wünscht der Arbeitgeber, seinen Angestellten an Drittfirmen auszuleihen, ist dieses Recht zugunsten des Arbeitgebers im Einzelarbeitsvertrag sicherlich zu vereinbaren. Inwieweit Häufigkeit, Dauer und die Namen möglicher Einsatzbetriebe ebenfalls im Einzelarbeitsvertrag zu erwähnen sind, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalles. Verwendet die Unternehmung standardisierte Arbeitsverträge und beschränkt sich der Personalverleih auf einige wenige Angestellte, so ist die Regelung auch im Rahmen einer schriftlichen Zusatzvereinbarung denkbar.

6.4.3 Koordination der verschiedenen Tätigkeiten

Arbeitet ein Angestellter sowohl im Betrieb des Arbeitgebers als auch in anderen Unternehmen (als Leiharbeiter), sind die beiden Arbeitsverhältnisse zu koordinieren. Ob die Koordination im Einzelfall erfolgen oder im Vertrag schriftlich geregelt werden soll, hängt von der konkreten Problemstellung ab. Zu denken sind dabei an Aspekte wie:

a) *Arbeitszeit, Feiertage, Ferienansprüche etc.*

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn in den verschiedenen Unternehmen verschiedene Arbeitszeiten gelten: Beträgt die zu leistende Arbeitszeit in Betrieb A täglich 8 Stunden (40 Stunden pro Woche), in Betrieb B aber 9 Stunden (45 Stunden pro Woche), kann dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Beispielsweise können durch die längere Arbeitszeit im Einsatzbetrieb für den Arbeitgeber Überstundenforderungen entstehen oder Abgrenzungsprobleme bei der abstrakten Berechnung der zu leistenden Arbeitszeit auftreten: zu leistende, wöchentliche Arbeitszeit, anrechenbare Stunden bei Lohnfortzahlung infolge Arbeitsverhinderung, Berechnung des Ferienlohnes oder des Stundenlohnes für die Auszahlung von Zulagen oder Zuschlägen, und ähnliches.

Ebenso ergibt sich Regelungsbedarf im Hinblick auf vertraglich vereinbarte oder durch den Arbeitgeber angeordnete Feiertage, Festtagsbrücken, oder Ferienbezüge, welche mit

den Wünschen des Einsatzbetriebs in Konflikt geraten können.

b) *Anordnung und/oder Kompensation von Überstunden/Überzeit, Ferien etc.*

Da beim Verleihvertrag eine gewisse Aufspaltung bzw. Übertragung des Weisungsrechts vom Arbeitgeber auf bzw. an den Einsatzbetrieb erfolgt, sind Anordnungen, die sich über die konkrete Arbeitszeit hinaus auswirken, abzustimmen.

c) *Einhaltung öffentlichrechtlicher Arbeitszeitvorschriften*

Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass bei Mehrfachbeschäftigung die Vorschriften des Arbeitsgesetzes *insgesamt* einzuhalten sind¹⁰⁵. Dadurch können Einschränkungen für den Arbeitgeber resultieren, bspw. weil die Dauer des Pikettdienstes ausgeschöpft oder erfolgte Sonntagsarbeit kompensiert werden muss.

d) *Spesen und Auslagen, insbesondere in Bezug auf den Arbeitsort*

Während die Weg- oder Fahrtkosten des Arbeitnehmers von zu Hause an den Arbeitsplatz nicht als entschädigungspflichtige Auslagen gelten, sind ihm arbeitsbedingte Weg- und Fahrtkosten zu ersetzen¹⁰⁶. Im Arbeitsvertrag zu klären ist demnach, welche Auslagen durch den Arbeitgeber übernommen werden und welche durch den Angestellten selber zu tragen sind. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die Auslagen für den Weg zum Einsatzbetrieb, sondern auch die dafür notwendige Zeit: Gilt der (längere) Weg des Arbeitnehmers vom Wohnort zum Einsatzbetrieb als Arbeitszeit?

e) *Treue- und Verschwiegenheitspflichten*

Sind aufgrund der Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber für den Angestellten Interessenkonflikte denkbar? Gibt es ein Problem im Zusammenhang mit Geheimhaltungspflichten? Solche Probleme werden vermutlich umso mehr auftauchen, je ähnlicher sich die beiden Unternehmen (Verleiher und Einsatzbetrieb) sind.

f) *Informationspflichten des Arbeitnehmers an den Einsatzbetrieb*

Häufig hat der Arbeitnehmer mit dem Einsatzbetrieb einen engeren persönlichen Kontakt als der Arbeitgeber selbst. Insofern kann es sinnvoll sein, allfällige Informationspflichten des Arbeitnehmers in den Arbeitsvertrag aufzunehmen (gegenseitige Absprache betreffend allfällige Einsätze oder direkte Information an den Einsatzbetrieb bei Arbeitsverhinderungen).

¹⁰⁴ Art. 19 AVG, Art. 48 ff. AVV.

¹⁰⁵ GEISER/VON KAENEL/WYLER (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, ARG-VON KAENEL, Art. 9 N 42, Bern 2005.

¹⁰⁶ Art. 327a f. OR.

Die Arbeitgeberin demgegenüber ist für eine korrekte Abrechnung der Einsätze und die Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften des Arbeitsgesetzes auf Informationen aus dem Einsatzbetrieb angewiesen. Auch diesbezüglich bietet es sich womöglich an, dem Arbeitnehmer (mit Hilfe eines vorgegebenen Formulars) gewisse Rapportierungspflichten aufzuerlegen.

6.4.4 Abklärung und Einhaltung von GAV-Vorschriften

Art. 20 AVG sieht zwingend vor, dass allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge in Bezug auf Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einzuhalten sind. Was alles unter diese Bestimmungen fällt, ergibt sich etwas konkreter aus den dazugehörigen Verordnungsbestimmungen¹⁰⁷. Zudem ist auf ein Urteil des Bundesgerichts hinzuweisen, wonach auch die Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrags zur Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung nach Art. 324a OR unter die Lohnbestimmungen nach Art. 20 AVG fallen, inklusive der diesbezüglichen Versicherungspflicht¹⁰⁸. Ebenso einzuhalten sind allfällige Vorschriften betreffend einem vorzeitigen Altersrücktritt¹⁰⁹.

6.4.5 Konkurrenzverbot

Einem vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbot¹¹⁰ steht Art. 19 Abs. 5 lit. b AVG in jedem Fall dann entgegen, wenn verhindert werden soll, dass der Leiharbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsvertrages zum Einsatzbetrieb hinüberwechselt.

6.5 Gedanken zum Verleihvertrag

6.5.1 Pflicht zum Abschluss eines schriftlichen Verleihvertrages

Art. 22 AVG schreibt vor, dass der Verleihvertrag schriftlich zu sein hat. Diese Formvorschrift wird in der Regel insofern unproblematisch sein, als es ohnehin Sinn macht, ein solches Vertragsverhältnis mittels schriftlicher Vereinbarung zu regeln. Zu beachten ist allerdings, dass nicht nur der Vertrag selbst, sondern auch alle Änderungen schriftlich zu erfolgen haben¹¹¹.

6.5.2 Zum Inhalt des Verleihvertrages

Der zwingende Minimalinhalt des Verleihvertrages ergibt sich aus Art. 22 AVG. Beim untypischen Personalverleih

kann sich aber weiterer Regelungsbedarf ergeben, da der Arbeitnehmer ja nicht nur im Einsatzbetrieb, sondern auch in der Unternehmung des Verleihers tätig ist.

a) Konkret bestimmter Arbeitnehmer

Im Verleihvertrag verpflichtet sich der Arbeitgeber, den zu entleihenden Angestellten mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen¹¹². Beim untypischen Personalverleih geht es nicht selten um einen konkret bestimmten Angestellten, der für eine spezifische Dienstleistung zur Verfügung stehen soll. Insofern macht es Sinn, den Leiharbeitnehmer persönlich zu bestimmen. Ein solch individualisierter Personalverleih hat aber weitere, zu beachtende Konsequenzen für Verleiher und Einsatzbetrieb: Bei Arbeitsverhinderung oder -unterbrüchen infolge Krankheit, Unfall, Ferien, etc. führt dies zu einem definitiven Ausfall auch beim Einsatzbetrieb, ohne dass dieser ein Recht hätte, auf Ersatzkräfte des Personalverleihers zurückzugreifen.

b) Koordination und Information

Wie verhält es sich mit der Rapportierung der geleisteten Arbeitszeiten und Pausen? Welche Informationen benötigen Verleiher und Einsatzbetrieb, um bspw. die Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften des Arbeitsgesetzes gewährleisten zu können? Wer ist in welchem Umfang zur Anordnung von Überstundenarbeit berechtigt? Wie verhält es sich mit der Anordnung von Ferien oder Feiertagsbrücken? Wer bestimmt Häufigkeit und Dauer der Einsätze im Einsatzbetrieb?

c) Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers

Wünscht der Arbeitgeber, dass auch der Einsatzbetrieb das Risiko der Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit, Unfall oder anderen Gründen nach Art. 324a/b OR zu übernehmen hat, ist dies vertraglich zu regeln.

d) Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder des Verleihvertrages

Welche Konsequenzen hat eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages mit dem Arbeitnehmer in Bezug auf den Verleihvertrag? Ist der Einsatzbetrieb zur Kündigung des Arbeitsvertrages, abgeschlossen zwischen Verleiher und Arbeitnehmer, berechtigt?

6.6 Versicherungsrechtliche Situation

Ein besonderes Augenmerk ist beim untypischen Personalverleih den Versicherungen zu widmen: Es ist zu prüfen, welche Auswirkungen eine – womöglich branchenfremde Tätigkeit¹¹³ – auf die Unfall- oder Krankentaggeldversicherung hat. Führt der Personalverleih zu einer anderen Risiko-

¹⁰⁷ Vgl. Art. 48a ff. AVV.

¹⁰⁸ Vgl. dazu: BGE 124 III 126.

¹⁰⁹ Art. 20 Abs. 3 AVG; Art. 48c AVV.

¹¹⁰ Art. 340 OR.

¹¹¹ RITTER (FN 1), 155.

¹¹² VISCHER (FN 10), 53, m. V. a. BGE 117 II 248.

¹¹³ Vgl. Fall 3, vorne Ziff. 1.

einstufung bei der Unfallversicherung? Ist die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Einsatzbetrieb durch die Krankentaggeldversicherung des Verleihers abgedeckt? Beschränkt sich die Deckung der Haftpflichtversicherung des Einsatzbetriebes auf Schäden, die durch Arbeitnehmende verursacht wurden?

7. Zusammenfassung

Untypischer Personalverleih wirft diverse rechtliche Fragen und Probleme auf. Obwohl solche Verleihverhältnisse für die unternehmerische Praxis ein echtes Bedürfnis abdecken, ergeben sich vor allem aufgrund der Vorschriften des AVG erheblicher Regelungsbedarf und die Pflicht zum Abschluss schriftlicher Verträge. Neben der Frage, wie die Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten im konkreten Einzelfall geregelt werden soll, gilt es vor allem abzuklären, ob der geplante Verleih zu einer Bewilligungspflicht führt, was für den Arbeitgeber erhebliche administrative und finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Les entreprises de travail temporaire bien connues ne sont pas les seules à pratiquer la location de services. La LSE s'applique également aux situations dans lesquelles les entreprises se mettent mutuellement à disposition certains collaborateurs (définis individuellement), que ce soit pour des activités spécifiques ou pour rendre l'emploi du personnel plus flexible.

Comme il existe généralement un rapport de travail ordinaire de durée indéterminée avec l'employeur et que les engagements ne représentent qu'une faible partie de toute l'activité, la question de la protection sociale du travailleur intérimaire n'arrive pas au premier plan. Mais la mise à disposition d'un collaborateur à une autre entreprise est tout de même régie par les dispositions de la LSE et peut par conséquent être soumise à autorisation et à l'obligation de fournir des sûretés, en plus des prescriptions de forme à observer pour le contrat de travail individuel et le contrat de location de services. L'article examine en détail les conditions et les conséquences de l'obligation de disposer d'une autorisation et aborde certains aspects qui doivent être pris en compte d'un point de vue pratique lors de l'élaboration de contrats de travail individuel et de location de services.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)