



Auftrag oder Personalverleih?

Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen

CHRISTOPH SENTI

357

Wie aus dem Titel bereits erkennbar, geht es um den Unterschied zwischen Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 OR und Personalverleih nach den Vorschriften des AVG. Die richtige Qualifikation eines solchen Vertrages ist für alle Beteiligten von wesentlicher Bedeutung. Sie hat nicht nur Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der am Vertrag beteiligten Parteien, sondern kann darüber entscheiden, ob der Leistungserbringer einer Bewilligungspflicht untersteht, eine Kautions hinterlegen muss, ein allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsvertrag anwendbar ist oder sich die Vertragsparteien gar strafrechtlich relevantes Verhalten vorhalten lassen müssen.

Nach Auffassung des Autors gibt es ein zentrales Abgrenzungsmerkmal: Geht es um die Erledigung einer bestimmten Arbeitsleistung (Auftrag) oder um das Überlassen einer Person, welche bestimmte, im Voraus nicht im Detail definierte Arbeiten erledigen soll (Personalverleih)? Entsprechend ist bei der Qualifizierung eines Vertrages zu prüfen, ob der wirkliche, von den Vertragsparteien gewünschte Vertragsinhalt auf die Erledigung einer Arbeitsleistung abzielt, oder die Überlassung eines Arbeitnehmers gewollt war, weil Art, Umfang oder Dauer der zu leistenden Arbeit nicht näher definiert wurde.

Comme l'indique le titre, il s'agit de la différence entre le mandat au sens de l'art. 394 CO et la location de services selon les dispositions de la LSE. Une qualification correcte d'un tel contrat est essentielle pour toutes les personnes impliquées. Elle n'a pas seulement des conséquences sur les droits et obligations des parties au contrat, mais permet aussi de déterminer si le prestataire est soumis à autorisation, si une sûreté doit être fournie, si une convention collective de travail étendue est applicable ou si les parties au contrat peuvent se voir reprocher des comportements qui relèvent du droit pénal.

Selon l'avis de l'auteur, il existe un critère de distinction central : S'agit-il de l'exécution d'un travail précis (mandat) ou de la mise à disposition d'une personne qui doit effectuer des tâches précises qui n'ont pas été définies en détail au préalable (location de services) ? Par conséquent, il convient, pour qualifier un contrat, d'examiner si le contenu du contrat réellement voulu par les parties visait l'accomplissement d'un travail ou s'il concernait la mise à disposition d'un travailleur, le type, l'étendue ou la durée du travail à fournir n'ayant pas été défini plus en détail.

Inhaltsübersicht

1. Praktische Bedeutung
2. Personalverleih
3. Auftrag
4. Gemeinsamkeiten
 - 4.1. Grundverhältnis
 - 4.2. Weitergehende Gemeinsamkeiten
 - 4.2.1. Gemeinsamkeiten Leistungsempfänger – Arbeitnehmer
 - 4.2.2. Gemeinsamkeiten Leistungsanbieter – Arbeitnehmer
 - 4.2.3. Gemeinsamkeiten Leistungsempfänger – Leistungsanbieter
5. Unterschiede
 - 5.1. Der grundlegende Unterschied als Ausgangspunkt
 - 5.2. «Killer»-Kriterien
 - 5.3. Indizien zur Bestimmung der vereinbarten Vertragsart
 - 5.3.1. Verhältnis Leistungsanbieter – Leistungsempfänger
 - 5.3.2. Verhältnis Leistungsempfänger – Arbeitnehmer
 - 5.4. Wenig aussagekräftige Indizien
6. Gemischte Verträge?
7. Vom Auftrag zum Personalverleih
8. Personalverleih und Werkvertrag
9. Zusammenfassung

1. Praktische Bedeutung¹

Ob ein zwischen zwei Parteien abgeschlossener Vertrag als Auftragsverhältnis oder als Personalverleih zu qualifizieren ist, hat in diverser Hinsicht fundamentale Auswirkungen für sämtliche Betroffenen. Kritisch ist die Situation vor allem, wenn sich nachträglich herausstellt, dass ein als Auftragsverhältnis «gedachter» Vertrag als Personalverleih nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG)² zu qualifizieren ist. Wieso?

Erstens ist der Personalverleih bewilligungspflichtig³ und Personalverleiher sind zur Hinterlegung einer Kautions verpflichtet⁴. Die verantwortlichen Personen einer

¹ Bereinigte Fassung des Aufsatzes, abgegeben am 30. November 2012 an der Weiterbildungsveranstaltung «St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht» des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen. Zur sprachlichen Vereinfachung wurde stets die männliche Form gewählt. Die gemachten Ausführungen gelten natürlich aber nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für Arbeitnehmerinnen.

² SR 823.11.

³ Art. 12 AVG.

⁴ Art. 14 AVG.

Unternehmung, welche *faktisch* und ohne Bewilligung als Personalverleiherin auftritt, machen sich strafbar⁵. Ebenso strafbar ist, wenn der Verleiher Verträge abschliesst, welche den Formvorschriften des AVG⁶ nicht genügen⁷. Beansprucht der «Auftraggeber» die Dienste eines Verleihers in Kenntnis der Tatsache, dass letzterer keine Bewilligung besitzt, kann er mit Busse bis 40'000 Franken bestraft werden⁸.

Zweitens hat die Qualifikation eines Vertrages als Personalverleih zur Folge, dass ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag anwendbar sein kann⁹, womit die in diesem GAV statuierten Mindestvorschriften bezüglich Lohn etc. einzuhalten sind.

Drittens hat die Qualifikation des Vertrages wesentliche Auswirkungen auf die damit verbundenen Rechte und Pflichten der Parteien. Beschränkt sich die vertragliche Vereinbarung auf ein Minimum oder wurde auf einen schriftlichen Vertrag ganz verzichtet, bedeutet die Qualifizierung des Vertrages als Verleihvertrag das Dahinfallen des gesamten auftragsrechtlichen Gewährleistungsrechts¹⁰. Liegt kein Auftrag vor, richten sich die Rechte und Pflichten nicht nach Art. 394 ff. OR. Beim Personalverleih haftet der Verleiher nicht für die richtige und/oder rechtzeitige Ausführung der Arbeiten, sondern nur für die sorgfältige Auswahl des eingesetzten Arbeitnehmers¹¹. Kommt hinzu, dass ein mit dem Arbeitnehmer vereinbartes arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot ungültig sein kann, falls der Arbeitgeber nicht Beauftragter ist, sondern als Verleiher auftritt¹².

Viertens kann diese Abgrenzung auch für die öffentliche Hand Fragen aufwerfen: Nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und die dazugehörigen Abkommen¹³ ergibt sich, dass

Personalverleihverträge, im Gegensatz zu «normalen» öffentlichen Aufträgen, nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen¹⁴. Ob das Projekt einer öffentlichen Hand den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens unterliegt, entscheidet sich also nach der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertrages.

Weiter ist das Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland in die Schweiz zu erwähnen¹⁵: Schliesst eine Schweizer Unternehmung mit einem ausländischen Anbieter einen Dienstleistungsvertrag ab, welcher sich im Nachhinein als Personalverleih herausstellt, ist der gesamte Vertrag nichtig¹⁶, keine Partei ist an die vertraglich vereinbarten Pflichten gebunden, und sie macht sich ausserdem strafbar¹⁷.

Schliesslich ist die Thematik auch in steuerrechtlicher Hinsicht von eminenter Bedeutung: In einem via Internet publizierten Schreiben vom 19. November 2008 an die swissPRM nimmt das Steueramt des Kantons Zürich ausführlich zur Frage der Quellenbesteuerung bei Personalverleih Stellung¹⁸. Die Problematik liegt darin, dass Schweizer Unternehmen als quellensteuerpflichtige Verleihfirmen qualifiziert werden, wenn sie für die Ausführung einzelner Projekte auf natürliche Personen, Einzelfirmen oder sog. «Arbeitbergesellschaften»¹⁹ zurückgreifen und diese bei ihren Kunden einsetzen²⁰.

Die Abgrenzung zwischen Auftrag und Personalverleih ist nicht immer einfach. Eine meines Erachtens bemerkenswerte Entwicklung ist, dass zwischenzeitlich auch seit längerer Zeit praktizierte und allseits anerkannte Ver-

⁵ Art. 39 Abs. 1 lit. a AVG.

⁶ Vgl. Art. 19 AVG und Art. 22 AVG.

⁷ Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.

⁸ Art. 39 Abs. 2 lit. a AVG.

⁹ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, vom 13. Dezember 2011 (GAV Personalverleih).

¹⁰ Art. 398 OR.

¹¹ ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, 53 ff., 68, m. w. V.

¹² Art. 19 Abs. 5 lit. b AVG.

¹³ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB (SR 172.056.1), mit Verweis auf Anhang 1 Annex 4 des GATT-Übereinkommens, gemäss welchem Personalverleihverträge unter die CPC-Kategorie 872 fallen und damit nicht den Vorschriften der öffentlichen Ausschreibung nach BöB unterliegen.

¹⁴ Vgl. dazu das Urteil des BVerwG vom 21. Juni 2011 (B-1687/2010, E. 5.4) und die diesbezüglichen Ausführungen von MARTIN BEYELER, Personalverleih oder Informatikdienstleistung? Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2011 (B-1687/2010), Baurecht 2011, 224 ff., passim.

¹⁵ Art. 12 Abs. 2 AVG.

¹⁶ Art. 20 OR.

¹⁷ Vgl. vorne FN 5 ff.

¹⁸ Siehe: <http://www.swissprm.ch/media/pdf/QST%20Abrechnungspflicht%20bei%20zwischeneschalteten%20Unternehmen.pdf>.

¹⁹ Für die kantonale Steuerbehörde sind dies Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, beherrscht durch den darin angestellten (und als Geschäftsführer tätigen) Arbeitnehmer. Bemerkenswert ist, dass das SECO in seinen Weisungen (vgl. SECO [Staatssekretariat für Wirtschaft], Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, 1/2003, 65 f.) bei solchen Gesellschaften *gerade keinen* Durchgriff vornimmt und solche «Einmann-AGs oder -GmbHs» selbst als Personalverleiher qualifiziert!

²⁰ Vgl. dazu anschaulich: <http://www.xing.com/net/freiberufler/freiberufler-rechtsfragen-601/schweiz-wie-gehen-andere-kleinedienstleistungsunternehmen-mit-dem-de-facto-wegfall-des-klassischen-projektgeschäfts-um-36115262>.

tragsverhältnisse offenbar neu überprüft und in Zweifel gezogen werden: Gemäss Mitteilung des Spitex Verbands Schweiz vom Mai dieses Jahres erklärte das SECO, es werde derzeit geprüft, ob die hauswirtschaftlichen Leistungen der Spitex als Personalverleih im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) zu beurteilen sind²¹. Wäre dem so, wären sämtliche betroffenen Spitex-Organisationen als Personalverleiher zu qualifizieren, was eine entsprechende Bewilligungs- und Kautionspflicht zur Folge hätte²².

All dies sind Gründe, sich eingehend mit der Abgrenzung zwischen Auftrag und Personalverleih zu befassen.

2. Personalverleih

Der Personalverleih definiert sich wesentlich über die beteiligten Personen: Verleiher, Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb²³. Weitere notwendige Voraussetzung ist das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und dessen Arbeitnehmer²⁴, welcher gemäss Vorgaben des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG)²⁵ schriftlich abzuschliessen ist²⁶. Als «Verleiher» im Sinne des AVG gilt, wer dem Einsatzbetrieb seinen Arbeitnehmer überlässt und ihm wesentliche Weisungsbefugnisse abtritt²⁷. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb wird als Vertrag sui generis qualifiziert²⁸. Der Einsatzbetrieb steht mit dem entliehenen Arbeitnehmer in einem quasivertraglichen Verhältnis²⁹, indem ersterer de facto wie ein Arbeitgeber auftritt, obwohl das Arbeitsverhältnis de iure zum Verleiher besteht³⁰. Grafisch ergibt dies folgende, allgemein bekannte Darstellung:

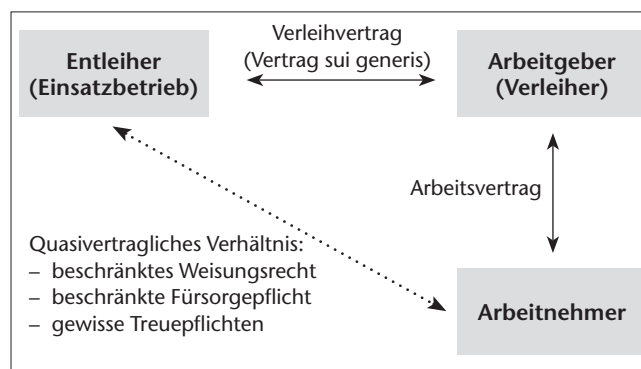


Abbildung 1: Personalverleih

Die Verordnung zum AVG erwähnt drei Arten von Personalverleih: die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe³¹. Bei der Temporärarbeit beschränkt sich Zweck und Dauer des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer auf den einzelnen Einsatz³². Demgegenüber ist der Bestand des Arbeitsvertrages bei der Leiharbeit nicht vom einzelnen Einsatz abhängig³³. Zentrales Merkmal der gelegentlichen Überlassung ist die Tatsache, dass der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise einem Einsatzbetrieb überlassen wird³⁴ und hauptsächlich unter der Weisung des Arbeitgebers arbeitet³⁵. Für eine ausführlichere Darstellung zu den einzelnen Formen des Personalverleihs sei auf die bestehende Literatur verwiesen³⁶.

3. Auftrag

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen³⁷. Im Unterschied zum Werkvertrag³⁸ schuldet der Leistungsanbieter keinen Erfolg, sondern nur eine Tätigkeit³⁹. Bedient sich der Beauftragte

²¹ Vgl. die Mitteilung vom 24. Mai 2012, abrufbar unter: http://www.spitexzh.ch/doc/SVS_-_Empfehlung.pdf.

²² Ablehnend: ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spital-externen Krankenpflege, Pflgerecht 2012, 11 ff., 16.

²³ ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 1984, 20; Art. 12 Abs. 1 AVG; Art. 26 AVV.

²⁴ RITTER (FN 23), 20; BACHMANN (FN 11), 56 f.

²⁵ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11).

²⁶ Art. 19 AVG.

²⁷ Art. 26 AVV.

²⁸ RITTER (FN 23), 20; CHRISTOPH SENTI, Untypischer Personalverleih, AJP/PJA 12/2008, 1498 ff.; vgl. dazu ausführlich BACHMANN (FN 11), 62 Fn. 23, mit Verweis auf div. Autoren, welche die Meinung vertreten, dass durch die Regelung des Verleihvertrages in Art. 22 AVG dieser zu einem Nominatvertrag wurde.

²⁹ RITTER (FN 23), 21, 57; SENTI (FN 28), 1500.

³⁰ CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP/PJA 2010, 314 ff.

³¹ Art. 27 AVV.

³² Art. 27 Abs. 2 AVV.

³³ Art. 27 Abs. 3 AVV.

³⁴ Art. 27 Abs. 4 lit. b AVV.

³⁵ Art. 27 Abs. 4 lit. a AVV.

³⁶ SECO (FN 19), 68 ff.; BACHMANN (FN 11), 53 f.; SENTI (FN 28), 1500, RITTER (FN 23), 23 ff.; DRECHSLER (FN 30), 315; DAN STREIT, La location de service, Jusletter 11. Januar 2010, Rz. 14 ff.

³⁷ Art. 394 Abs. 1 OR; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2007, OR-WEBER, Art. 394 OR N 6.

³⁸ Art. 363 ff. OR.

³⁹ «Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte ein Wirken (...)\», BSK OR-WEBER (FN 37), Art. 394 OR N 28 (im Original z.T. Fettschrift).

für die Ausführung des Auftrages einer Hilfsperson, entsteht ein ähnliches Dreiecksverhältnis wie beim Personalverleih. Die Abgrenzung wird vor allem dann relevant, wenn es sich bei dieser Hilfsperson um einen Arbeitnehmer des Beauftragten handelt:

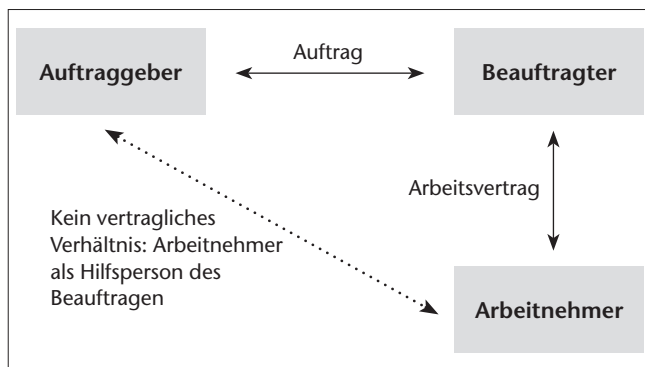


Abbildung 2: Auftragsverhältnis

4. Gemeinsamkeiten

4.1. Grundverhältnis

Aus den vorne stehenden Abbildungen wird rasch ersichtlich, dass die personelle Konstellation bei Personalverleih und bei Auftrag einige Gemeinsamkeiten aufweist: In beiden Fällen erhält der Leistungsempfänger (Auftraggeber oder Entleiher) im Ergebnis eine (Arbeits-)Leistung gegen Zahlung eines vertraglich vereinbarten Entgelts. Die vertraglich vereinbarte (Arbeits-)Leistung wird durch eine Hilfsperson (Arbeitnehmer) des Leistungsanbieters erbracht. Diese Hilfsperson pflegt die faktische Zusammenarbeit bzw. der Kontakt mit dem Leistungsempfänger und ist häufig auch Empfänger von dessen Weisungen. Grafisch ergibt sich für beide Vertragsarten dasselbe Dreiecksverhältnis:

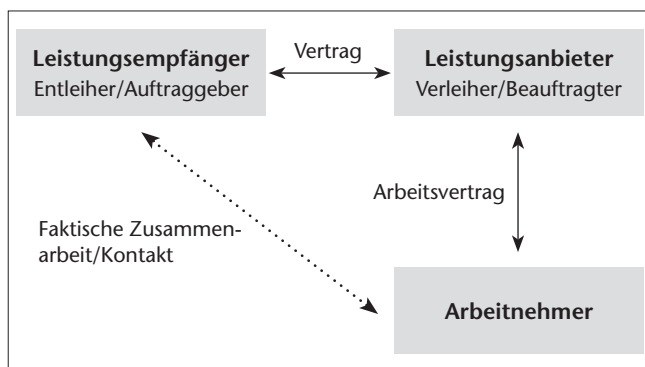


Abbildung 3: Gemeinsamkeiten Personalverleih und Auftrag

4.2. Weitergehende Gemeinsamkeiten

Je nach Art der Zusammenarbeit können sich weitere Gemeinsamkeiten ergeben, welche die Abgrenzung zwischen den beiden Vertragsarten erschweren.

4.2.1. Gemeinsamkeiten Leistungsempfänger – Arbeitnehmer

In beiden Fällen ist es der Arbeitnehmer, welche die Arbeit leistet. Geschieht dies im Betrieb des Leistungsempfängers an einem speziell für ihn eingerichteten Arbeitsplatz, könnte der Leistungsempfänger als Einsatzbetrieb gelten. Eine weitere Gemeinsamkeit ist die «faktische» Zusammenarbeit bzw. der Kontakt zwischen Leistungsempfänger und Arbeitnehmer, wobei die Abgrenzung noch schwieriger wird, wenn der Leistungsempfänger mit dem Leistungsanbieter (aus betrieblichen Gründen) vereinbart, dass bei der Ausführung des Auftrages durch die Hilfsperson bestimmte Rahmenbedingungen und Weisungen zu beachten sind⁴⁰ oder der Arbeitnehmer das Personal des Leistungsempfängers schulen oder gar führen muss und so als Vorgesetzter auftritt.

4.2.2. Gemeinsamkeiten Leistungsanbieter – Arbeitnehmer

Sowohl der Beauftragte als auch der Personalverleiher steht mit der Hilfsperson in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis. Liegt kein Arbeitsverhältnis zwischen der ausführenden Person und dem Leistungsanbieter vor, kann Personalverleih im vornherein ausgeschlossen werden⁴¹.

4.2.3. Gemeinsamkeiten Leistungsempfänger – Leistungsanbieter

Sowohl beim Personalverleih als auch beim Auftrag besteht zwischen Leistungsempfänger und Leistungsanbieter ein vertragliches Verhältnis. Ebenso ist bei beiden Vertragsverhältnissen die zu erbringende Arbeitsleistung bekannt. Beim Auftrag wird die Arbeitsleistung konkret vereinbart, aber auch beim Personalverleih muss der Leistungsanbieter wissen, welche Arbeiten der Arbeitnehmer zu verrichten hat und was die dafür notwendigen Quali-

⁴⁰ Vgl. dazu DRECHSLER (FN 30), 315 f.; BACHMANN (FN 11), 59 f.; Beispielsweise fest vorgegebene Arbeitszeiten (für Servicearbeiten an Geräten), Einhaltung von Vorschriften bezüglich Sicherheit, Hygiene, Reporting und ähnlichem, womit sich der Arbeitnehmer des Beauftragten *faktisch* wie ein Arbeitnehmer des Leistungsempfängers zu verhalten hat.

⁴¹ Vgl. hinten, Ziff. 5.2.

fikationen sind. Je wichtiger oder je spezialisierter die zu verrichtende Arbeit ist, umso grösseres Gewicht erhält die Tätigkeit des Arbeitnehmers in der vertraglichen Vereinbarung zwischen Leistungsempfänger und -anbieter. Weiter können beide Vertragsverhältnisse befristet oder unbefristet sein und bei beiden Vertragsarten kann es vorkommen, dass die geleistete Arbeit des Arbeitnehmers nach Aufwand bzw. deren Dauer abgerechnet wird.

5. Unterschiede

Worin liegen die Unterschiede zwischen diesen beiden Vertragsarten, bzw. auf welche Kriterien ist bei der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zu achten?

5.1. Der grundlegende Unterschied als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Qualifikation des Vertrages ist der übereinstimmende wirkliche Wille beider Vertragsparteien: Es gilt, diesen Parteiwillen zu ermitteln, womit zu fragen ist, *was die Parteien wirklich wollten*⁴². Die meines Erachtens absolut zentrale Frage ist: Vereinbaren Leistungsanbieter und -empfänger einen Vertrag betreffend die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, oder wurde vereinbart, dass dem Leistungsempfänger (für bestimmte Arbeiten) eine Fachkraft zur Verfügung gestellt wird⁴³? Also:

Geht es um eine bestimmte Arbeitsleistung oder geht es um das Überlassen einer Person, welche eine bestimmte Arbeitsleistung erbringen soll?

Falls die Dienstleistung wesentlicher Vertragspunkt ist, hat es den Leistungsanbieter – im Prinzip – nicht zu kümmern, wer diese Dienstleistung ausführt. Es spielt an sich nicht einmal eine Rolle, ob und welche Erfahrung und/oder Qualifikationen der ausführende Arbeitnehmer besitzt. Für den Leistungsempfänger steht die vertragsgemässe und gehörige Erledigung des Auftrages im Zentrum⁴⁴. Wird der Auftrag, aus welchen Gründen auch

immer, nicht ordentlich ausgeführt, wird der Leistungsempfänger gegenüber dem Leistungsanbieter die ihm zustehenden Mängelrechte geltend machen⁴⁵.

Beim Personalverleih tritt die *Ausführung* der Arbeit⁴⁶ gegenüber dem Kriterium der ausführenden *Person* in den Hintergrund: Ein Personalverleiher hat keine Arbeitsleistung zu erbringen, seine vertragliche Verpflichtung besteht einzig in der Überlassung eines geeigneten Arbeitnehmers⁴⁷. Das in der AVV vorgesehene⁴⁸ und in der Literatur⁴⁹ häufig zitierte Kriterium der Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse⁵⁰ ist meines Erachtens die *logische und zwingende Konsequenz* aus dem Umstand, dass sich der Verleihvertrag über die Ausführung der zu erbringenden Arbeitsleistung ausschweigt: Weil nicht das Arbeitsergebnis bzw. die Arbeitstätigkeit, sondern nur das Überlassen des notwendigen «Arbeitsmittels»⁵¹ vereinbart wird, muss der Leistungsempfänger dann das Recht besitzen, vor Ort über Art und Umfang der auszuführenden Arbeit zu bestimmen. Es geht somit um die Überlassung einer Arbeitskraft als «Arbeitsmittel» bzw. «Werkzeug» und weniger um die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung.

5.2. «Killer»-Kriterien

Es gibt Faktoren, welche die Frage nach Auftragsverhältnis oder Personalverleih vorweg entscheiden. Personalverleih bedingt das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen Personalverleiher und Arbeitnehmer⁵². «Kein Personalverleih im Sinne des AVG liegt demzufolge vor, wenn zwischen dem Verleiher und der Person, welche die Dienstleistung im Einsatzbetrieb erbringt, kein Arbeitsverhältnis, sondern eine andere Rechtsbeziehung besteht.»⁵³ Überträgt der Beauftragte die Ausführung des

⁴² Art. 18 OR, BSK OR-WIEGAND (FN 37), Art. 18 OR N 7 ff.

⁴³ BEYELER (FN 14), 225, Fn. 1; In diesem Sinne wohl auch DRECHSLER (FN 30), 315: «Wichtiges Kriterium kann auch sei, ob es «nur um das Verrechnen von Einsatzstunden geht, oder ob der Arbeitgeber für die Arbeit seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auch einen gewissen Erfolg garantiert (...).»

⁴⁴ Beispielsweise wird sich ein Kunde nicht darum kümmern, welche Ausbildungen und Diplome, der von der EDV-Firma gesandte Informatiker absolviert hat. Es geht dem Kunden wohl einzig darum, dass seine EDV-Probleme gelöst werden.

⁴⁵ Art. 398 OR.

⁴⁶ Dies ist nicht zu verwechseln mit der *Art* der zu erledigenden Arbeit, weil diese bestimmt, welcher Arbeitnehmer (mit welchen Qualifikationen) überhaupt in Frage kommt.

⁴⁷ Art. 12 AVG; Art. 26 AVV; LUC THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, Lausanne 1987, N 950; STREIT (FN 36), Rz. 28; BACHMANN (FN 11), 73: Die Haftung des Personalverleihers beschränkt sich auf die richtige Auswahl des verliehenen Arbeitnehmers, während für die Instruktion und Überwachung des Arbeitnehmers der Einsatzbetrieb zuständig ist.

⁴⁸ Art. 26 AVV.

⁴⁹ BACHMANN (FN 11), 59; DRECHSLER (FN 30), 315.

⁵⁰ Bzw. die Integration des Leiharbeiters in den Einsatzbetrieb.

⁵¹ Angesichts der Anschaulichkeit dieser Metapher sei die Bezeichnung eines Arbeitnehmers als «Arbeitsmittel» bzw. «Werkzeug» an dieser Stelle verziehen.

⁵² Vgl. Abbildung 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 AVG.

⁵³ BACHMANN (FN 11), 56, m. V. a. BGer 2A.425/2006, E. 3.2 und E. 4 sowie weitere Entscheide.

Auftrages an einen Subunternehmer, ist, mangels Arbeitsverhältnis zwischen Leistungsanbieter und der ausführenden Person, Personalverleih per se ausgeschlossen⁵⁴.

Umgekehrt wird wohl immer von Personalverleih auszugehen sein, wenn der Leistungsanbieter die Bewilligung zum Personalverleih besitzt⁵⁵ und seine Dienstleistung als Personalverleih anbietet. In solchen Fällen wird das Vertragsverhältnis zwischen Leistungsanbieter und -empfänger wohl keine Abgrenzungsprobleme aufwerfen und zwar nur schon deshalb nicht, weil keine Vertragspartei an einer Qualifizierung des Verleihvertrages als Auftrag interessiert sein wird⁵⁶.

Ebenfalls nicht als Personalverleih im Sinne des AVG gelten Lieferverträge mit Montagepflicht⁵⁷ oder die Miete von Fahrnissen zusammen mit dem dazugehörigen Bedienungspersonal⁵⁸. Hierbei handelt es sich um gemischte Verträge⁵⁹, wobei BACHMANN die Auffassung vertritt, dass bei Überlassungsverträgen dann Personalverleih vorliegen kann, wenn das zur Verfügung gestellte Personal nicht nur die Maschine bedienen muss, sondern zusätzlich dem Weisungsrecht des Leistungsempfängers unterstellt wird⁶⁰.

5.3. Indizien zur Bestimmung der vereinbarten Vertragsart

Wie bereits ausgeführt⁶¹ liegt meines Erachtens das zentrale Abgrenzungsmerkmal in der Antwort auf die Frage, ob es den Vertragsparteien um die Erbringung einer bestimmten *Arbeitsleistung* oder um die *Überlassung einer Person* für die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung geht. Dazu sind im konkreten Einzelfall die Rechtsbeziehung zwischen Leistungsempfänger und -anbieter einerseits sowie die Art der gelebten Zusammenarbeit zwischen Leistungsempfänger und Arbeitnehmer andererseits näher zu betrachten.

5.3.1. Verhältnis Leistungsanbieter – Leistungsempfänger

Der notwendige Inhalt des schriftlich abzuschliessenden Verleihvertrages ergibt sich aus Art. 22 AVG: Zu erwähnen und damit Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sind u.a. die berufliche Qualifikation des Arbeitnehmers, Arbeitsort, Beginn und Dauer des Einsatzes, die Kündigungsfristen, die für den Arbeitnehmer gültigen Arbeitszeiten sowie die daraus resultierenden Kosten inkl. Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen⁶². All diese Merkmale betreffen nicht die Modalitäten der zu erbringenden Arbeitsleistung, sondern nur persönliche Merkmale des Arbeitnehmers und die Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit. Dies ist beim Auftrag anders: «Hauptgegenstand des Auftrages ist regelmässig ein positiver Leistungsinhalt (...) auf ein Tun, und zwar eine Tat- oder Rechtshandlung oder beides miteinander (...)»⁶³. Vereinbaren Leistungsempfänger und -anbieter einen Auftrag, liegt das Schwergewicht der Vereinbarung in der zu erbringenden (Arbeits-)Leistung selbst⁶⁴. Folgende vertragliche Regelungen sprechen daher *für* das Vorliegen eines Auftrages und damit gegen einen Verleihvertrag:

- a) Ausführliche, detaillierte Beschreibung der zu leistenden Tätigkeit, sowohl in Bezug auf Gegenstand der Arbeit als auch Fristen etc.⁶⁵;
- b) soweit der Leistungsanbieter bei der Ausführung des Auftrages nicht autonom ist: ihm übertragene Kompetenzen oder gar Vollmachten für die Ausführung, welche er dann im Rahmen seines Weisungsrechts an den Arbeitnehmer weitergibt⁶⁶;
- c) Gewährleistungsregelungen bei Schlechterfüllung des Auftrages⁶⁷;

⁵⁴ BACHMANN (FN 11), 56 und 61; SECO (FN 19), 63.

⁵⁵ Art. 13 AVG.

⁵⁶ Denkbar wäre höchstens, dass der Leistungsempfänger – beispielsweise aufgrund haftungsrechtlicher Überlegungen oder aus welchen Gründen auch immer – an einem Auftragsverhältnis interessiert wäre. Eine solche «Umqualifizierung» dürfte aber nur in extremen Ausnahmefällen erfolgreich sein.

⁵⁷ BACHMANN (FN 11), 62; STREIT (FN 36), Rz. 27.

⁵⁸ BACHMANN (FN 11), 62; STREIT (FN 36), Rz. 27.

⁵⁹ Kaufvertrag/Auftrag, Mietvertrag/Auftrag.

⁶⁰ BACHMANN (FN 11), 62 f. Dies hätte wohl sehr spannende Rechtsfragen zur Folge, weil sich damit womöglich die Haftung des Leistungsanbieters für die ordentliche Vertragserfüllung wesentlich verändert.

⁶¹ Vgl. vorne, Ziff. 5.1.

⁶² Vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b bis f AVG.

⁶³ BSK OR-WEBER (FN 37), Art. 394 OR N 6, im Original teilw. Fettdruck.

⁶⁴ Wohlgermerkt bedingt dies keine schriftliche Vereinbarung. Der zwischen den Parteien vereinbarte Vertrag kann auch mündlich vereinbart sein, womit im Streitfall auf die Aussagen der Parteien und die Begleitumstände (Schriftverkehr, Verhalten, Unterlagen etc.) abzustellen ist, um den konkret gewollten Vertragsinhalt zu eruieren.

⁶⁵ Beim Verleihvertrag ist zwar auch die «Art der Arbeit» festzuhalten (Art. 22 Abs. 1 lit. b AVG), was wohl aber nicht im Sinne eines detaillierten Leistungskataloges zu verstehen sein wird.

⁶⁶ Das Weisungsrecht bleibt also beim Leistungsanbieter, wobei dieser aber nur dann von seinem Weisungsrecht Gebrauch machen kann, wenn er auch weiss, wie der Auftrag auszuführen ist.

⁶⁷ BVerwG, Urteil B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, E. 5.6. Dies ist meines Erachtens ein zentrales Merkmal, welches deutlich zum Ausdruck bringt, dass der Leistungsanbieter für die richtige Aus-

- d) Entschädigung des Leistungsanbieters unabhängig vom Umfang des zu leistenden Arbeitspensums des Arbeitnehmers⁶⁸.

5.3.2. Verhältnis Leistungsempfänger – Arbeitnehmer

5.3.2.1. Indizien für Weisungsbefugnisse des Leistungsempfängers

Je weniger die zu leistende Arbeit zwischen Leistungsempfänger und -anbieter vertraglich definiert wird, umso mehr ist der Leistungsempfänger darauf angewiesen, Weisungen für die Ausführung der Arbeit zu erteilen: Er hat dem Arbeitnehmer zu erklären, welche Arbeit wie, wann und wo zu erledigen ist⁶⁹. Aus der fehlenden Spezifizierung der Arbeitsleistung im Vertrag zwischen Leistungsanbieter und -empfänger ergibt sich die Notwendigkeit, letzterem «wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer»⁷⁰ abzutreten. Verschiedene Autoren betrachten dieses Kriterium als zentrales Abgrenzungsmerkmal⁷¹. Je nach Ausmass der Integration bzw. Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Leistungsempfängers handelt es sich um ein Auftragsverhältnis oder um Personalverleih. Meines Erachtens ist die Eingliederung in den Betrieb als solche insofern ein unpräzises Kriterium, als zusätzlich zu prüfen ist, ob diese freiwillig erfolgt oder der Arbeitnehmer dazu *verpflichtet* ist. So erwähnt beispielsweise BACHMANN einen zur Verfügung gestellten Arbeitsplatz, Büroraum oder Computer im Betrieb des Leistungsempfängers als Indizien für das Vorliegen von Personalverleih⁷². Dies ist meines Erachtens nur dann richtig, wenn damit die *Weisung* verbunden ist, die Arbeiten im Betrieb selbst (und nicht irgendwo) auszuführen. Es ist also darauf zu achten, ob sich die einzelnen Indizien aus einer Weisungsgewalt des Leistungsempfängers heraus oder nur aus praktischen Gründen

ergeben. Auf eine Weisungsbefugnis lassen aber diverse andere, bei BACHMANN zitierte Indizien schliessen⁷³:

- a) Rapportpflicht des Arbeitnehmers gegenüber vorgesetzten Personen;
- b) Recht des Leistungsempfängers zur Erteilung von (Fach-)Anweisungen, wann⁷⁴, wie oder wo die Arbeiten auszuführen sind;
- c) Recht des Leistungsanbieters zur Bestimmung, mit welchen Arbeitsmitteln die Arbeiten auszuführen sind;
- d) Kontrollrecht des Leistungsempfängers gegenüber dem Arbeitnehmer bezüglich der geleisteten Arbeit.

5.4. Wenig aussagekräftige Indizien

Der Umkehrschluss aus den soeben gemachten Ausführungen ergibt, dass alle Indizien, welche sich nicht aus einer Weisungsbefugnis des Leistungsempfängers heraus ergeben, an sich für die Abgrenzung der Vertragsart nicht aussagekräftig sind. Dazu gehören meines Erachtens sämtliche Merkmale, welche die Folge einer Weisung des Leistungsanbieters an seinen Arbeitnehmer sind⁷⁵ oder sich aus praktischen bzw. naheliegenden Gründen ergeben und deshalb freiwillig umgesetzt werden. Zu nennen sind beispielsweise:

- a) Tätigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb des Leistungsempfängers;
- b) Überlassen von Büroschlüssel oder Zutrittsbadge für den Betrieb des Leistungsempfängers, beispielsweise damit der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit unabhängig von den betrieblichen Arbeitszeiten frei einteilen kann;
- c) Tätigkeit des Arbeitnehmers während den üblichen Bürozeiten des Leistungsempfängers, beispielsweise weil er auf den Austausch mit Mitarbeitern des Leistungsempfängers angewiesen ist;
- d) Geheimhaltungs-, Rapportierungs-, Abrechnungs- oder Informationspflichten, welche dem Arbeitnehmer als Hilfsperson des Leistungsanbieters von letzterem auferlegt wurden;
- e) persönliche Anforderungen an den Arbeitnehmer, welche sich aus betrieblichen Gründen ergeben, aber nicht unbedingt mit der Ausführung der Arbeiten zu tun haben⁷⁶.

führung des Auftrages eintreten soll und nicht nur die richtige Auswahl des zur Verfügung gestellten Arbeitnehmers.

⁶⁸ Abrechnung nach Zeit (beispielsweise pro Monat), in Form einer Pauschale, eines Fixpreises, als Provision oder in Abhängigkeit des Erfolges, Entschädigung nach Aufwand, aber mit Kostendach etc.

⁶⁹ Art der Arbeit, Ort, Zeit und Art und Weise der Ausführung, etc.

⁷⁰ Art. 26 AVV.

⁷¹ Vgl. BACHMANN (FN 11), 59, mit weiteren Verweisen; SECO (FN 19), 63; DRECHSLER (FN 30), 315; BEYELER (FN 14), 225, Fn. 1.

⁷² BACHMANN (FN 11), 59 f., mit Verweis auf: BGE 91 II 291 ff.; BGE 98 II 288 ff.; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 51; ZK-STAEHELIN, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, 3. A., Zürich 1996, Art. 333 OR N 21.

⁷³ Vgl. BACHMANN (FN 11), 59 f., mit weiteren Verweisen.

⁷⁴ Fixe Arbeitszeiten, Pikett-, Nacht-, Schichtdienste, Anordnung von Überstundenarbeit etc.

⁷⁵ Der Leistungsanbieter ist nach Art. 101 OR auch für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen durch seine Hilfspersonen gegenüber dem Leistungsempfänger verantwortlich.

⁷⁶ Beispielsweise Nachweise bezüglich der persönlichen Integrität des Arbeitnehmers bei Sicherheitsbetrieben (Strafregisterauszug

Wohlgemerkt sind diese Indizien nur dann irrelevant für die Vertragsabgrenzung, wenn sie sich nicht aus einer Weisungsbefugnis des Leistungsempfängers heraus ergeben, sondern vom Leistungsanbieter angeordnet wurden oder sich schlicht und einfach für die Ausführung des Auftrages aus praktischen Gründen anbieten.

Während beim Personalverleih das Überlassen einer bestimmten Arbeitskraft vereinbart wird, ist der Leistungsanbieter beim Auftrag nur zur weisungsgemässen Ausführung des Auftrages verpflichtet. Ist somit das Recht des Leistungsanbieters, die Arbeitnehmer selbst zu bestimmen oder gar diese während der laufenden Arbeiten auszuwechseln, ein Indiz für das Vorliegen eines Vertrages? Dies könnte sein, es ist allerdings zu beachten, dass sich offenbar auch ein Personalverleiher das Recht vorbehalten kann, verliehene Personen ohne Zustimmung des Einsatzbetriebes auszuwechseln⁷⁷.

6. Gemischte Verträge?

Eine weitere, spannende Thematik streift BACHMANN in seinem Aufsatz⁷⁸: Soweit ersichtlich geht er bei Überlassungsverträgen von einem gemischten Vertragsverhältnis, bestehend aus Mietvertrag und Verleihvertrag, aus, wenn der Mieter ermächtigt wurde, neben blossen Zielanweisungen auch Fachanweisungen zur konkreten Bedienung des Mietgegenstandes zu erteilen. Dies wirft die Frage auf, ob auch gemischte Verträge denkbar sind, bestehend aus Auftrag, Werk- oder Mietvertrag einerseits und einem Verleihvertrag andererseits.

Aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit sind keine Gründe ersichtlich, weshalb dies nicht möglich sein sollte. Ein Risiko liegt meines Erachtens allerdings darin, dass die Annahme gemischter Verträge darauf hinauslaufen kann, dass die Gerichte in praktisch jedem Einzelfall immer ein Element des Personalverleihs entdecken, um den Vertrag anschliessend den Vorschriften des AVG zu unterstellen⁷⁹. Diese Problematik ist insofern nicht neu, als im allgemeinen Vertragsrecht AMSTUTZ/SCHLUEP⁸⁰ da-

etc.) oder Nachweise bezüglich Ausbildungszertifikate, welche sich aus Vorgaben der Qualitätssicherung im Betrieb ergeben.

⁷⁷ RITTER (FN 23), 155.

⁷⁸ BACHMANN (FN 11), 62 f.

⁷⁹ Spannend beispielsweise die im Urteil 4A_61/2012 durch das Bundesgericht geschützte Vertragsauslegung der Vorinstanz, wonach ein Chefarztvertrag als Innominatkontrakt qualifiziert wurde, bestehend aus auftragsrechtlichen und mietrechtlichen Elementen sowie Elementen des Personalverleihs (BGE 4A_61/2012 E. 2.2).

⁸⁰ BSK OR-AMSTUTZ/SCHLUEP (FN 37), Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 7.

rauf hinweisen, dass bei der Rechtsanwendung gemischte Verträge von typischen Verträgen mit Beimischung zu unterscheiden sind, bei welchen dem atypischen Element lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt und das «Recht des Typus der Hauptleistung» den ganzen Vertrag regiert. Die Problematik gemischter Verleihverträge lässt sich in zivilrechtlicher Hinsicht also anhand der allgemeinen Vertragslehre offenbar lösen.

Verbleibt dann aber die Frage, ob ein Unternehmen, dessen Hauptgeschäft in der Überlassung von Baumaschinen mit dem dazugehörigen ausgebildeten Personal liegt, auch dann als bewilligungspflichtiger Personalverleiher gilt, wenn aufgrund besonderer Weisungsbefugnisse des Mieters (womöglich nur in einzelnen Fällen) ein gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt.

7. Vom Auftrag zum Personalverleih

Bis anhin beschränkten sich vorliegende Ausführungen auf eine statische Betrachtung des Vertragsverhältnisses. Bedürfnisse der Vertragsparteien können sich mit der Zeit ändern und einvernehmliche Vertragsänderungen sind jederzeit möglich. Entsprechend besteht auch die Möglichkeit, dass ursprünglich vereinbarte Auftragsverhältnisse als Folge einer an die Bedürfnisse angepassten Vertragspraxis später zum Personalverleih mutieren. Dies kann sich insbesondere daraus ergeben, dass die beauftragte Firma vor Ort einen Arbeitnehmer einsetzt, welcher im Laufe der Zeit immer stärker in die Unternehmung des Leistungsempfängers integriert und dessen Weisungen unterstellt wird. Insofern ist bei der Analyse des Vertragsverhältnisses sowohl darauf zu achten, welche Vertragspraxis gelebt wird *als auch* ob, bzw. wie sich diese Vertragspraxis im Laufe der Zeit verändert hat.

8. Personalverleih und Werkvertrag

Der Unterschied zwischen Auftrag und Werkvertrag liegt darin, dass bei ersterem lediglich eine Tätigkeit, beim Werkvertrag aber ein Erfolg geschuldet ist⁸¹. Es ist durchaus denkbar, dass sich vermeintliche Werkverträge im Nachhinein als Personalverleih herausstellen. Meines Erachtens aber dürfte das objektive Vertragsmerkmal des

⁸¹ BSK OR-WEBER (FN 37), Art. 394 OR N 28: «Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte ein Wirken (...).» (im Original teilweise Fettdruck).

Leistungserfolges die Abgrenzung gegenüber einem Verleihvertrag nicht unwesentlich erleichtern: Schuldet der Leistungsanbieter gemäss vertraglicher Vereinbarung einen Erfolg und nicht nur ein Wirken, so dürfte regelmässig kein (oder mindestens kein typischer) Personalverleih vorliegen. Bei letzterem haftet der Verleiher nämlich nicht für das Ergebnis, sondern lediglich für die sorgfältige Auswahl des zur Verfügung gestellten Arbeitnehmers⁸². Im Übrigen aber gelten die vorliegend gemachten Ausführungen zur Vertragsabgrenzung meines Erachtens sinngemäss auch für den Werkvertrag.

9. Zusammenfassung

Die Abgrenzung von Aufträgen einerseits und Verleihverträgen andererseits kann sich im konkreten Einzelfall als ein kniffliges Problem erweisen. Zentrales Abgrenzungskriterium dabei ist, ob der Kern des Vertrages die Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung betrifft oder das Überlassen einer Person, welche eine bestimmte Arbeitsleistung erbringen soll. So einfach sich diese Unterscheidung anhört, so schwierig wird die Abgrenzung im konkreten Einzelfall sein. Gerade in solchen Fällen spielt die zwischen den Parteien gelebte Vertragspraxis eine absolut zentrale Rolle, weil viele wesentliche Aspekte, sofern überhaupt ein schriftlicher Vertrag vereinbart wurde, darin nicht geregelt sind.

Dass die zivilrechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses massive Auswirkungen auf andere, meist öffentlichrechtliche Rechtsgebiete hat, erleichtert die Situation überhaupt nicht. Steuer- oder Bewilligungs- und andere Behörden verfolgen nicht selten andere Ziele und sind nicht immer an einer neutralen und objektiven zivilrechtlichen Qualifikation interessiert. Meines Erachtens abzulehnen ist die Auffassung des SECO, wonach zugunsten des Arbeitnehmerschutzes im Zweifelsfall von einem Personalverleih auszugehen sei⁸³. Immerhin besteht die Möglichkeit, zur Verbesserung der Rechtssicherheit und Vermeidung eines strafbaren Verhaltens von der zuständigen Behörde eine negative Feststellungsverfügung zu verlangen⁸⁴.

⁸² BACHMANN (FN 11), 68, m. w. V.

⁸³ SECO (FN 19), 67; gleicher Meinung mit guter Begründung DRECHSLER (FN 30), 316.

⁸⁴ SECO (FN 19), 75.