



Nicolas Facincani

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich
www.vfs-partner.ch



Reto Picenoni

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Managing Partner, Flex Suisse AG, Zürich
<https://flexsuisse.com/>



Reto Sutter

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich
www.vfs-partner.ch

Personalverleih

Wenn eine Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmenden ausleiht

In Coronazeiten und Lockdowns hatten die einen plötzlich viel weniger und die anderen plötzlich viel mehr zu tun. In dieser Situation wurde nicht selten Personal von einer Arbeitgeberin zu einer anderen Arbeitgeberin verschoben, um dort auszuhelfen, jedoch ohne die Arbeitsverträge zu verändern. Häufig wurde dabei den Regeln des Personalverleihs nur wenig Rechnung getragen. Die Autoren zeigen im nachfolgenden Beitrag die Rechtsgrundlagen und die Stolperfallen zum Personalverleih auf und gehen insbesondere auf arbeitsrechtliche Fragestellungen ein.

Als Verleiherin gilt eine Arbeitgeberin, die ihre Arbeitnehmenden einem fremden Betrieb (dem sog. Einsatzbetrieb) zur Arbeitsleistung überlässt. Entscheidend zur Abgrenzung etwa von einem «Auftrag», der beim Kunden ausgeführt wird, ist, dass die Arbeitgeberin die wesentlichen Weisungsrechte über ihre Arbeitnehmenden an den Einsatzbetrieb abtritt. Das ist namentlich dann gegeben, wenn der Einsatzbetrieb Anweisungen über die Art der zu verrichtenden Arbeit gibt und die nötigen Hilfsmittel zur Arbeit selber auswählt. Wichtiges Kriterium kann auch sein, ob es «nur» um das Verrechnen von Einsatzstunden geht oder ob die Arbeitgeberin für die Arbeit ihrer Arbeitnehmenden auch einen gewissen Erfolg garantiert und bei Nichterreichen dieses Erfolgs auf einen Teil des vereinbarten Entgelts verzichtet oder unentgeltlich Nachbesserung leisten lässt.

1. Formen des Personalverleihs

Beabsichtigt eine Arbeitgeberin, ihre Arbeitnehmenden an Dritte zu verleihen, ist immer zu prüfen, ob der Verleih bewilligungspflichtig ist. Einschlägig ist in einem solchen Fall das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih.¹

Das AVG unterscheidet drei Formen des Personalverleihs:²

- die Temporärarbeit,
- die Leiharbeit und
- das gelegentliche Überlassen von Arbeitskräften an Dritte.

Allen Formen des Personalverleihs ist gemein, dass ein Dreiecksverhältnis zwischen Verleiherin (Arbeitgeberin), Einsatzbetrieb (sogenannte Entleiherin [«Dritte» oder «Einsatzbetrieb»]) und Arbeitnehmenden vorliegt.³

Bei der Temporärarbeit und der Leiharbeit besteht der Anstellungszweck der Arbeitneh-

menden hauptsächlich im Verleih an andere Betriebe. Beide Formen sind in der Regel bewilligungspflichtig.⁴ Nicht bewilligungspflichtig sind somit nur Situationen, in denen die Verleiherin Arbeitnehmende entweder nicht gewerbsmässig Dritten überlässt oder in denen sie Arbeitnehmende nur in der Form des «gelegentlichen» Überlassens bei Einsatzarbeiten arbeiten lässt.⁵

2. Bewilligungspflicht

Nicht jede Art der Personalüberlassung ist bewilligungspflichtig.⁶ Bewilligungspflichtig ist «nur» der gewerbsmässige Personalverleih in Form der Temporärarbeit oder der Leiharbeit innerhalb der Schweiz oder zwischen der Schweiz und dem Ausland (inbound und outbound, also sowohl aus dem Ausland in die Schweiz als auch aus der Schweiz ins Ausland).

Entsprechend gilt es, die Gewerbsmässigkeit, die Temporärarbeit und die Leiharbeit im Auge zu behalten.

2.1 Temporärarbeit

Temporärarbeit⁷ liegt vor, wenn die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmenden ausschliesslich zum Zwecke des Verleihs anstellt und selber keinen eigenen Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb führt. Der Zweck der Anstellung ist also ausschliesslich der Verleih. Der Arbeitsvertrag bezieht sich jeweils nur auf einen einzelnen Einsatz.

2.2 Leiharbeit

Bei der Leiharbeit⁸ besteht der Zweck der Anstellung des Arbeitnehmenden ebenfalls darin, ihn an Einsatzbetriebe zu verleihen. Die Arbeitgeberin hat jedoch meist auch einen eigenen Betrieb, in dem sie ihre Angestellten einsetzen kann. Der Arbeitsvertrag wird auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen.

2.3 Gewerbsmässigkeit gemäss

Art. 29 AVV

Unter Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 29 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih⁹ wird eine regelmässige und gewinnorientierte Geschäftstätigkeit verstanden.

- Regelmässig ist eine Verleihätigkeit, wenn innerhalb von zwölf Monaten zehn oder mehr Verleihverträge mit einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden. Als Vertrag zählt dabei die Vereinbarung über einen Einsatz. Gemäss dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) wird das einmalige Verleihen einer Arbeitsgruppe von mehreren Personen als ein einziger Verleih gezählt. Wird hingegen eine Person mehrmals verliehen, liegen mehrere Fälle vor.
- Gewinnorientiert ist die Tätigkeit, wenn die Rechnungsstellung gegenüber dem Einsatzbetrieb den Betrag für die Lohnkosten, für die Lohnnebenkosten und für einen Verwaltungskostenanteil von max. 5 Prozent übersteigt. Gewerbsmässigkeit liegt auch vor, wenn mit der Verleihätigkeit ein jährlicher Umsatz von mindestens 100'000 Franken erzielt wird.¹⁰

2.4 Gelegentliches Überlassen von Arbeitskräften

Beim nur gelegentlichen Überlassen¹¹ von Arbeitnehmenden handelt es sich indessen um eine seltene, kurzfristige, nicht speziell geplante Zurverfügungstellung von Arbeitnehmenden an einen Dritten. Der Verleih von Arbeitnehmenden gehört nicht zum eigentlichen Standardangebot der Verleiherin. Es liegt also keine Regelmässigkeit hinsichtlich des Verleihs vor. Man stelle sich etwa einen Betrieb vor, der aufgrund von (vor-

übergehenden) Umsatzeinbussen nicht mehr alle Arbeitnehmenden weiter beschäftigen kann, anstatt sie jedoch zu entlassen, vorübergehend bei einem anderen, dritten Betrieb zum Einsatz bringt. Dieses gelegentliche Überlassen ist nicht bewilligungspflichtig.

Hier sind aber arbeitsrechtliche Schranken zu beachten: Nach dem Obligationenrecht kann eine Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmenden nicht zwingen, für einen Dritten zu arbeiten.¹² Dies sogar, wenn der Dritte ein Konzernunternehmen der Arbeitgeberin ist, ausser der Einsatz erfolgt noch immer in dessen Auftrag, ohne Übergang der Weisungsbefugnisse. Erfolgt aber eine temporäre Übertragung des Arbeitsverhältnisses – namentlich der Weisungsbefugnis auf einen Dritten ohne Zustimmung der Betroffenen –, können die Arbeitnehmenden die Arbeit rechtmässig verweigern. Eine Kündigung dürfte in der Regel unter solchen Umständen nicht missbräuchlich sein, wobei der Einzelfall zu prüfen ist.¹³ Aufgrund der arbeitsrechtlichen Treuepflicht kann es aber vorkommen, dass der Arbeitnehmende in Einzelfällen verpflichtet ist, seine Zustimmung zur Abtretung des Arbeitsverhältnisses zu erteilen. Dies etwa, wenn nach einem Brand eine Tätigkeit für die bisherige Arbeitgeberin gar nicht mehr möglich ist.

3. Allgemein geltende Vorschriften für die Verleiherin

3.1 Vorschriften für sämtliche Verleiherinnen

Es gibt Vorschriften, die für jede Verleiherin gelten, unabhängig davon, ob es sich um einen gewerbsmässigen und damit bewilligungspflichtigen Personalverleih handelt oder nicht.¹⁴

- Werden Arbeitsangebote öffentlich ausgeschrieben, müssen die Verleihbetriebe ihren Namen und die genaue Adresse angeben. In der Ausschreibung ist klar darauf hinzuweisen, dass die Arbeitnehmenden für den Personalverleih angestellt werden.
- Es sind spezielle Regeln bezüglich des Datenschutzes zu beachten. Daten von Stellensuchenden und offenen Stellen, die Rückschlüsse auf die Person bzw. den Einsatzbetrieb erlauben, dürfen nur mit Zustimmung der betroffenen Person weitergegeben werden. Die Archivierung dieser Daten nach Abschluss der Verleihätigkeit ist ebenfalls nur mit schriftlicher Zustimmung der betroffenen Person, welche die Zustimmung jederzeit widerrufen kann, möglich.
- Der Arbeitsvertrag zwischen der Verleiherin und Stellensuchenden muss schriftlich abgeschlossen werden. Das Gesetz nennt die schriftlich zu regelnden Fragen und legt für Temporärarbeitsverhältnisse zwingend spezielle minimale Kündigungsfristen fest.

- Spesen müssen belegbar sein. Pauschalen sind nicht zulässig. Sind sie nicht belegbar, werden sie als Lohn beurteilt.
- Vertragsbestimmungen, die es den Angestellten verunmöglichen, nach Einsatzende ein Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzbetrieb einzugehen, sind nichtig.
- Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag, sind dessen Bestimmungen über Lohn und Arbeitszeit von der Verleiherin einzuhalten.
- Der Verleihvertrag zwischen Verleih- und Einsatzbetrieb muss schriftlich abgeschlossen werden, wobei der minimale Inhalt vom Gesetz vorgegeben ist.
- Der Verleihbetrieb darf in der Schweiz nur Ausländerinnen und Ausländer anstellen, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind.

3.2 Vorschriften für bewilligungspflichtige Verleiherinnen

Daneben müssen beim bewilligungspflichtigen Personalverleih zusätzliche Vorschriften beachtet werden:

- Die Verleiherin muss im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein.¹⁵
- Sie muss über ein zweckmässiges Geschäftslokal verfügen.¹⁶
- Sie darf neben dem Personalverleih kein anderes Gewerbe betreiben, das die Interessen von Arbeitnehmenden oder Einsatzbetrieben gefährden könnte.¹⁷
- Die für die Leitung verantwortlichen Personen müssen Schweizer oder EU/EFTA-Bürger sein oder über eine Niederlassungsbewilligung verfügen. Sie müssen für eine fachgerechte Verleihätigkeit Gewähr bieten und einen guten Leumund geniessen. In der Regel verfügen Personen über die nötigen fachlichen Fähigkeiten, wenn sie eine Berufslehre abgeschlossen oder eine gleichwertige Ausbildung absolviert haben und eine mehrjährige Berufstätigkeit nachweisen können. Zudem müssen sie eine anerkannte Vermittler- oder Verleiherausbildung oder eine mindestens dreijährige Berufserfahrung in der Arbeitsvermittlung, im Personalverleih, in der Personal-, Organisations- oder Unternehmensberatung oder im Personalwesen haben.¹⁸
- Für Auslandsverleih muss die verantwortliche Person ausserdem sicherstellen, dass im Betrieb ausreichende Kenntnisse der Verhältnisse in den entsprechenden Staaten vorhanden sind, insbesondere betreffend die gesetzlichen Regelungen über die Einreise, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und des Personalverleihs. Für den Verleih von aus dem Ausland neu zuziehenden Ausländern (der nur ausnahmsweise erlaubt ist) sind

Kenntnisse des schweizerischen Ausländerrechts erforderlich.¹⁹

- Ein Verleihbetrieb muss zur Sicherung der Lohnansprüche seiner Arbeitnehmer bei der kantonalen Bewilligungsbehörde eine Kautions von 50 000 bis zu 150 000 Franken hinterlegen.²⁰
- Die Verleiherin muss gegenüber der Bewilligungsbehörde auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte erteilen und die nötigen Unterlagen vorlegen. Über die Verleihtätigkeit ist jährlich Bericht zu erstatten.
- Die Bewilligungsbehörde muss zudem umgehend informiert werden, wenn sich im Betrieb Änderungen gegenüber Angaben im Bewilligungsgesuch ergeben (z.B. Adressänderung, Wechsel der verantwortlichen Person, Änderung der Gesellschaftsform, Kautionswechsel, Vertragsanpassungen usw.).
- Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz durch eine ausländische Verleiherin ist bis auf wenige Ausnahmen (z.B. Konzernleihe) nicht gestattet.

3.3 Art der Bewilligung

Verleiherinnen, die nur innerhalb der Schweiz Personal verleihen, benötigen eine kantonale Betriebsbewilligung. Verleihbetriebe, die von der Schweiz ins Ausland Personal verleihen oder aus dem Ausland neu zuziehende Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz verleihen, benötigen zusätzlich eine eidgenössische Bewilligung.

4. Vertragliche Beziehungen

4.1 Der Arbeitsvertrag

Die Verleiherin schliesst mit dem Arbeitnehmenden einen Arbeitsvertrag hinsichtlich der künftigen Einsätze ab. Bei der Temporärarbeit sind dies in der Regel zwei Verträge, nämlich ein Rahmenvertrag, worin die allgemeinen Modalitäten vereinbart werden, und ein Einsatzvertrag für den konkret bevorstehenden Einsatz im Einsatzbetrieb.

Grundsätzlich können Arbeitsverträge mündlich abgeschlossen werden. Bei der Leiharbeit und bei der Temporärarbeit ist die Verleiherin jedoch zum Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags mit einem vorgegebenen Mindestinhalt gezwungen.²¹ Schriftlich zu regeln sind in diesem Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmenden und der Verleiherin namentlich

- die Art der zu leistenden Arbeit;
- der Arbeitsort sowie der Beginn des Einsatzes;
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfrist;
- die Arbeitszeiten;
- der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherung;

- die Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien;
- die Termine für die Auszahlung des Lohns, der Zulagen und übrigen Leistungen.

Die Verletzung der Schriftlichkeitsvorschrift oder die Unvollständigkeit des Vertrags führen zwar nicht zur Nichtigkeit des entsprechenden Vertrags, können aber eine Busse von bis zu 40 000 Franken nach sich ziehen.²² Im Falle schwerwiegender Verstösse oder im Wiederholungsfall können Verstösse den Entzug der Betriebsbewilligung zur Folge haben.²³

Das AVG sieht zudem weitere spezielle Regelungen in Abweichung zum Obligationenrecht (OR) vor, welche es zu beachten gilt.

In der Praxis von besonderer Bedeutung ist zudem, dass der Arbeitsvertrag einem allfälligen GAV oder NAV des Einsatzbetriebs untersteht. Hierauf müssen die Verleiherinnen ein besonderes Augenmerk richten.

4.1.1 Kündigungsfristen gemäss AVG

Das AVG sieht spezielle Kündigungsfristen für den Personalverleih vor, welche von den Kündigungsfristen nach OR abweichen.

So sieht das AVG für die Temporärarbeit bei unbefristeten Arbeitsverträgen folgende Fristen vor:

- während der ersten drei Monate: zwei (2) Arbeitstage
- vom vierten bis und mit sechstem Monat: sieben (7) Arbeitstage
- ab dem siebten Monat: die Kündigungsfristen gemäss Art. 335c OR

4.1.2 Kündigungsfristen gemäss GAVP

Unabhängig vom in der Branche des Einsatzbetriebs eventuell geltenden GAV oder NAV ist jeweils auch der GAV für Personalverleih («GAVP») zu beachten.²⁴

Verleihbetriebe, welche Inhaber einer Arbeitsverleihbewilligung nach AVG sind und deren Hauptaktivität der Personalverleih darstellt, unterstehen dem GAVP. Damit gilt für deren temporäre Arbeitnehmende automatisch der GAVP, sofern ihr Lohn nicht den maximal versicherten Verdienst nach SUVA übersteigt (Stand 2022: 148 200 Franken).

Für die Kündigung bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen gelten für die Temporärarbeit die nachfolgenden Fristen:

- während der ersten drei Monate: zwei (2) Arbeitstage
- vom vierten bis und mit sechstem Monat: sieben (7) Kalendertage
- ab dem siebten Monat: immer einen Monat, jeweils auf den gleichen Tag des darauffolgenden Monats. Die Kündigungsfrist verlängert sich mit zunehmender Einsatzdauer nicht (mehr).

4.1.3 Modalitäten der Kündigung

Die vorgenannten Kündigungsfristen nach AVG und GAVP sind teilzwingend (zum GAVP siehe Punkt 6.5). Es handelt sich dabei um Minimalfristen, welche man zwar vertraglich verlängern, aber nicht verkürzen darf.

Eine Kündigung kann jederzeit, nicht nur per Monatsende, ausgesprochen werden.

Das Recht zur Kündigung steht aufseiten der Arbeitgeberin ausschliesslich der Verleiherin, nicht aber dem Einsatzbetrieb zu.²⁵ Das gilt auch, wenn eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden soll.

Mit einem neuen Einsatz in einem neuen Einsatzbetrieb oder mit einem neuen Einsatz mit neuen Funktionen oder Aufgaben im gleichen Einsatzbetrieb beginnt – vorbehaltlich unzulässiger Kettenarbeitsverträge – eine neue Kündigungsfrist zu laufen.

In der Probezeit darf das Arbeitsverhältnis grundsätzlich auch während Krankheit, Unfall, Militär oder Schwangerschaft gekündigt werden.

4.2 Der Verleihvertrag

Die Qualifikation des Vertrags der Verleiherin mit dem Einsatzbetrieb, der sogenannte Verleihvertrag, ist nicht abschliessend geklärt; er gilt als spezieller Auftrag oder als eigenständige Vertragsart, als sogenannter Vertrag sui generis.

Im Verleihvertrag verpflichtet sich die Verleiherin, für den Einsatzbetrieb einen Arbeitnehmenden mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen, zu instruieren und dem Einsatzbetrieb zur Verfügung zu stellen. Der Einsatzbetrieb verpflichtet sich im Gegenzug zur Zahlung eines Entgelts an die Verleiherin und zur Erfüllung gewisser Arbeitgeberpflichten.

Gemäss Art. 22 AVG muss der Verleihvertrag zwingend schriftlich abgeschlossen werden und bestimmte Elemente umfassen. Dazu gehören

- die Adresse der Verleiherin und der Bewilligungsbehörde;
- die beruflichen Qualifikationen des Arbeitnehmenden und die Art der Arbeit;
- der Arbeitsort und der Beginn des Einsatzes;
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen;
- die für den Arbeitnehmenden geltenden Arbeitszeiten;
- die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen.

Die Verletzung der Schriftlichkeitsvorschrift oder die Unvollständigkeit des Vertrags hat auch hier nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, kann aber auch eine Busse bis 40 000 Franken²⁶ und bei schwerwiegenden Verstössen oder im Wiederholungsfall den Entzug der Betriebsbewilligung nach sich ziehen.²⁷

Aus dem Verleihvertrag haftet die Verleiherin nicht für die ordentliche Arbeitsleistung, sondern nur dafür, dass die von ihr zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte für die vorgesehene Arbeitsleistung generell geeignet sind. Damit der Einsatzbetrieb die ordentliche Arbeitsleistung durchsetzen kann, muss er eventuelle Ansprüche wegen mangelhafter Arbeitsleistung gegen den Arbeitnehmenden der Verleiherin abtreten oder – soweit das möglich ist – für sie geltend machen. Dabei ist eine allfällige Rückabtretung separat zu regeln. Teilweise wird in der Praxis angenommen, dass es dem Willen der Verleiherin und des Arbeitnehmenden entspreche, dass dem Einsatzbetrieb ein echtes direktes Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmenden zustehe (Art. 112 Abs. 2 OR). Gerichtlich geklärt wurde diese Frage aber – soweit ersichtlich – noch nicht endgültig. Damit ist im Einzelfall wichtig, dass bei solchen Forderungen behutsam und rechtlich professionell vorgegangen wird, um sie durchzusetzen.

4.3 Beziehung zwischen Arbeitnehmenden und dem Einsatzbetrieb

Der Einsatzbetrieb und der Arbeitnehmende schliessen keinen Arbeitsvertrag ab. Allerdings gibt es zwischen den Parteien gewisse vertragliche und quasivertragliche Rechte und Pflichten.

Der Arbeitnehmende ist zur sorgfältigen Ausübung der Arbeit, zum Gehorsam, zur Treue und Verschwiegenheit gegenüber bzw. zugunsten des Einsatzbetriebs verpflichtet.

Die Pflichten des Einsatzbetriebs gegenüber dem Arbeitnehmenden ergeben sich primär aus dem Verleihvertrag. Die Fürsorgepflicht, welche das Weisungsrecht nach sich zieht, geht auf den Einsatzbetrieb über und ergibt sich aus der tatsächlichen Eingliederung des Arbeitnehmenden in den Einsatzbetrieb.

Der Einsatzbetrieb hingegen ist nicht zur Einhaltung der finanziellen Verpflichtungen, die aus der Fürsorgepflicht fließen (Lohnfortzahlungspflicht, Beiträge an die Personalvorsorge), verpflichtet. Diese obliegen und verbleiben alleine bei der Verleiherin. Ebenso besteht in der Regel kein direkter Lohnanspruch des Arbeitnehmenden gegenüber dem Einsatzbetrieb.

Der spezifischen gerichtlichen Beurteilung bedurfte die Frage, wem das Arbeitsergebnis während der Dauer der Ausleihe zusteht – der Verleiherin oder dem Einsatzbetrieb. Sie steht dem Einsatzbetrieb zu.²⁸

5. Abgrenzung eines Auftrags zum Personalverleih

Für die Abgrenzung zwischen dem Personalverleih und dem einfachen Auftrag können die nachfolgenden Kriterien herangezogen werden:

- Wem kommen die Weisungs- und Kontrollrechte zu und wo besteht das Unterordnungsverhältnis?²⁹
- Werden Einsatzstunden in Rechnung gestellt?
- Wie wird der Arbeitnehmende in die Arbeitsorganisation des Leistungsempfängers (Dritten) eingebunden?
- Werden Hilfsmittel des Leistungsempfängers zur Leistungserbringung verwendet?
- Wer trägt das Risiko, wenn der Arbeitnehmende nicht die gewünschte Leistung erbringt?

5.1 Weisungs- und Kontrollrechte bzw. Unterordnungsverhältnis

Wenn das Weisungs- und Kontrollrecht als wesentliches Merkmal für die Erbringung einer Arbeitsleistung beim Einsatzbetrieb liegt, wobei insbesondere Weisungskompetenzen hinsichtlich der Art³⁰ der zu verrichtenden Arbeit und der Wahl der Hilfsmittel dazugehören, lässt dies nach Ansicht des SECO auf das Vorliegen von Personalverleih schliessen.³¹ Ferner hält das SECO fest, dass die Voraussetzung der Übertragung des Weisungs- und Kontrollrechts bereits erfüllt sein kann, wenn sich die Verleiherin und der Einsatzbetrieb das Weisungsrecht teilen.³²

Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht geht die Weisungsbefugnis beim Personalverleih denn auch deutlich weiter als bei einem Auftragsverhältnis. Zwar hat auch der Auftraggeber gemäss Art. 397 Abs. 1 OR ein Weisungsrecht gegenüber dem Auftragnehmer, jedoch bezieht sich dieses lediglich auf die konkrete Besorgung des übertragenen Geschäfts.³³

5.2 Verrechnung von Einsatzstunden

Ein weiteres Kriterium für das Vorliegen von Personalverleih ist gemäss dem SECO die Verpflichtung zur Abrechnung der geleisteten Arbeitsstunden. Dies bedeutet, dass Einsatzstunden, -tage, -wochen oder -monate des Arbeitnehmenden durch die Verleiherin abgerechnet werden; hingegen gibt es keinen Festpreis für die Leistung.³⁴ E contrario kann die Vereinbarung eines Kostendachs bzw. eines Maximalpreises – wenn nach der vom Arbeitnehmenden geleisteten Arbeitszeit durch die Verleiherin abgerechnet wird – ein Indiz gegen den Personalverleih darstellen. Auch die Lehre sieht die Berechnung der Vergütung durch die Verleiherin nach der vom Arbeitnehmenden geleisteten Arbeitszeit und unabhängig vom Eintritt eines bestimmten Arbeitserfolgs als Indiz für das Vorliegen von Personalverleih an. Allerdings ist dieses Kriterium zu relativieren: Denn in gewissen Branchen (z.B. IT-Branche) ist eine Abrechnung nach der geleisteten Arbeitszeit gängig. Diesfalls muss eine Abrechnung der effektiven Arbeitszeit (ohne Kostendach) möglich sein, ohne dass direkt das Vorliegen von Personalverleih bejaht wird.

5.3 Einbindung in die Arbeitsorganisation und der Verwendung von Hilfsmitteln des Leistungsempfängers

Das SECO erachtet das Kriterium der Einbindung des Arbeitnehmenden in die Organisation des Einsatzbetriebs als erfüllt, wenn der Arbeitnehmende vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs und mit Werkzeug, Material oder Geräten des Einsatzbetriebs arbeitet. Demnach liegt gemäss dem SECO kein Personalverleih vor, wenn der Arbeitnehmende seine Arbeitsleistung nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Einsatzzeiten des Einsatzbetriebs erbringt.³⁵

Auch das Bundesverwaltungsgericht führt im Entscheid BVGer B-1687/2010 aus, dass der ausgeliehene Arbeitnehmende beim Personalverleih – im Unterschied zu auftragsrechtlichen Vertragsverhältnissen – typischerweise im Betrieb des Einsatzbetriebs tätig ist.³⁶

5.4 Gefahrentragung für Schlechterfüllung

Das SECO führt in den Weisungen aus, dass die Verleiherin gegenüber dem Einsatzbetrieb nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmenden haftet.³⁷ Darüber hinaus garantiert sie keinen vertraglich vereinbarten Erfolg. Dies bedeutet, dass die Verleiherin bei Nichterreichen der Ziele des Einsatzbetriebs keine Gewährleistungspflicht trifft und sie keine Nachbesserung oder Minderung schuldet.³⁸

Die Haftung fällt im Personalverleih und bei auftragsrechtlichen Vertragsverhältnissen unterschiedlich aus. Die Verleiherin haftet gegenüber dem Einsatzbetrieb nicht für die ordentliche Arbeitsleistung, sondern nur für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmenden. Demgegenüber haftet ein Auftragnehmer für sorgfältige Ausführung des Auftrags nach dem Massstab von Art. 398 Abs. 1 OR.³⁹ Damit ist massgeblich, ob die Leistungserbringerin für die Qualität der Leistungen oder für das Arbeitsergebnis ihrer überlassenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen einzustehen hat oder nicht. Hat sie dafür einzustehen, stellt dies ein Indiz gegen das Vorliegen von Personalverleih dar. Allerdings erscheint es nach Ansicht des Bundesgerichts – in Anbetracht der umstrittenen Grundlagen und Folgen der Haftung – unsachlich, das Rechtsverhältnis allein gestützt auf die Haftungsbestimmungen zu qualifizieren. Demnach kann ein Personalverleihverhältnis nicht alleine aufgrund von vereinbarten auftragsähnlichen Haftungsbedingungen ausgeschlossen werden.⁴⁰

Seit dem 1. Januar 2012 verfügt die Schweiz über den allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag des Personalverleihs (GAVP). Am 1. Juli 2021 ist die aktuelle revidierte Fassung, gültig bis am 31. Dezember 2023, in Kraft getreten.

6. GAVP

6.1 Geltungsbereich

Der GAVP gilt für die ganze Schweiz, d.h., er ist anwendbar, wenn der effektive Arbeitsort des verliehenen Arbeitnehmenden in der Schweiz liegt. Fraglich ist allenfalls, ob bereits ein Sitz der Verleiherin oder des Einsatzbetriebs in der Schweiz die Anwendbarkeit des GAVP nach sich zieht.

Der GAVP gilt grundsätzlich für Betriebe, die (1) Inhaber einer Arbeitsverleihbewilligung nach AVG sind und (2) deren Hauptaktivität der Personalverleih ist.

Für Arbeitnehmende mit Löhnen über dem maximal versicherten Verdienst nach SUVA (derzeit 148'200 Franken) und Arbeitnehmende, die bei Engpässen in landwirtschaftliche Betriebe verliehen werden, ist der GAVP nicht allgemein verbindlich. Ohnehin gilt er nur für verliehene Arbeitnehmende, also nicht für Arbeitnehmende, die für die Verleiherin selber arbeiten, etwa deren Administratoren.

Der GAVP gilt ergänzend, teilweise gewisse Regelungen ersetzend, auch für Einsatzbetriebe, die einem (anderen) GAV unterstehen. Der GAVP definiert die Ausnahmen für bestimmte Betriebe. Kommt es zu Kollisionen zwischen dem GAVP und einem anderen anwendbaren GAV, muss anhand der Kollisionsregeln der beiden GAV entschieden werden, welcher GAV im Einzelnen den Vorrang erhält. Die Praxis hat hierzu auch Kollisionsregeln erarbeitet.

6.2 Inhalt des GAVP

Der GAVP regelt viele wichtige Punkte des Arbeitsverhältnisses zwischen dem verliehenen Arbeitnehmenden und seinen Betrieben, d.h. dem Verleihbetrieb einerseits und dem Einsatzbetrieb andererseits. Diese sind insbesondere:

- Fixierte Mindestlöhne, je nach Ausbildungsniveau und Region.
- Die Mindestlöhne werden in der Deutschschweiz und in der Romandie stufenweise erhöht.
- 13. Monatslohn für alle Einsätze.
- Die Berechnungsart für die Berechnung des Bruttolohns ist für alle Unternehmen festgelegt, die keinem anderen GAV als dem GAVP unterstellt sind.
- Ferien werden aufgrund der Summe von Grundlohn und Feiertagen berechnet.
- Die reguläre Arbeitszeit beträgt 42 Wochenstunden.
- Die Entlohnung von Überstunden und Überzeit sowie Ferien- und Feiertagsentschädigungen sind klar definiert.
- Für die Weiterbildung von verliehenen Arbeitnehmenden wurde ein Fonds gegründet.
- Die Regelungen der beruflichen Vorsorge wurden für alle verliehenen Arbeitnehmenden vereinheitlicht.

- Es besteht eine Krankentaggeld-Versicherungspflicht, welche bei befristeten Einsätzen mit einer Höchstdauer von 13 Wochen 60 Tage abdecken muss und 720 Tage bei allen anderen Einsätzen.⁴¹
- Die im GAV festgelegten Berufsbeiträge belaufen sich auf 1,0 Prozent des Bruttolohns, hiervon entfallen 0,3 Prozent auf den Arbeitgeber und 0,7 Prozent auf den Arbeitnehmer. Sie fließen in die Weiterbildungsförderung, den Sozialfonds und den Vollzug des GAVP.
- Die Grenze zur zuschlagspflichtigen Tagesüberzeit steigt von 9 auf 9 Stunden und 30 Minuten. Allerdings bleibt die Grenze zur zuschlagspflichtigen Wochenüberzeit bei 45 Stunden. Damit kann eine gewisse Flexibilisierung der Tagesarbeitszeit erreicht werden.

6.3 Beschäftigungsdauer (Art. 5 GAVP)

Für Leistungen, die von der Dauer der Beschäftigung des verliehenen Arbeitnehmenden abhängen, werden alle Einsätze, die innerhalb von zwölf Monaten bei demselben Verleihbetrieb geleistet werden, zusammengezählt. Dabei gelten 22 entlohnte Arbeits-, Ferien- und Feier-, Krankheits- und Unfalltage als ein Monat. Diese Regelung gilt nicht für die Probezeit und die Kündigungsfristen. Diese Regelung ist insbesondere von Bedeutung bei der Entschädigungspflicht von auf einen Arbeitstag fallenden Feiertagen, für die Leistungen der Krankentaggeldversicherung und bei der Versicherungspflicht bei der beruflichen Vorsorge.

6.4 Probezeit (Art. 10 GAVP)

Bei einem unbefristeten Einsatzvertrag, sofern er ein neues Arbeitsverhältnis begründet, gelten die ersten drei Monate als Probezeit. Beim befristeten Arbeitsverhältnis gelten die ersten zwei Drittel, längstens jedoch drei Monate als Probezeit. Sie kann verkürzt oder wegbedungen werden.

6.5 Kündigungsfristen (Art. 11 GAVP)

Die Kündigungsfristen des GAVP gelten nur für die Temporärarbeiter. Bei den übrigen Verleihformen gelten die arbeitsrechtlichen Kündigungsfristen nach OR oder dem OR vorgehenden Regelungen.

Während der Probezeit gilt nach dem GAVP für Temporärarbeiter eine Kündigungsfrist von zwei Arbeitstagen. Diese Kündigungsfrist gilt wohl auch bei befristeten Einsätzen.

Bei unbefristeten Einsätzen von Temporärarbeitern betragen die Kündigungsfristen während der ersten drei Monate zwei Arbeitstage und vom vierten bis und mit dem sechsten Monat sieben Tage. Ab dem siebten Monat gilt eine einmonatige Frist mit Kündigungstermin auf den gleichen Tag des Folgemonats (vgl. auch die Regelungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes).

6.6 Arbeitszeit (Art. 12 GAVP)

Der GAVP sieht eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 42 Stunden vor, wobei die 43. bis und mit 45. Wochenstunde als Überstunden gelten, die zuschlagsfrei zu bezahlen oder mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren sind. Überstunden liegen jedoch auch bereits dann vor, wenn mit dem verliehenen Arbeitnehmenden einzelvertraglich eine wöchentliche Normalarbeitszeit von weniger als 42 Stunden vereinbart wurde und er im Vergleich zu dieser Normalarbeitszeit zusätzliche Stunden arbeitet. Die Arbeitszeit über 9,5 Stunden pro Tag bzw. über 45 Stunden pro Woche gilt als Tages- bzw. Wochenüberzeit und wird an Werktagen mit einem Lohnzuschlag von 25 Prozent und an Sonntagen mit einem Zuschlag von 50 Prozent (jeweils Basislohn + Anteil 13. Monatslohn) ausbezahlt. Tages- und Wochenüberzeit werden nicht kumuliert. Es gilt jeweils die höhere Anzahl Stunden pro Woche.

6.7 Ferien (Art. 13 GAVP)

Der Ferienanspruch gemäss GAVP beträgt grundsätzlich 20 Arbeitstage; bis zum zurückgelegten 20. Altersjahr sowie ab dem vollendeten 50. Altersjahr haben die verliehenen Arbeitnehmer einen Ferienanspruch von 25 Tagen.

Für die Berechnung des Ferienlohns werden die (üblichen) Sätze von 8,33 Prozent für 20 Ferientage und von 10,6 Prozent für 25 Ferientage herangezogen. Bei der Berechnung des Ferienlohns sind variable Lohnbestandteile, wie namentlich Provisionen, Umsatzbeteiligungen usw., ebenso einzubeziehen wie regelmässig ausgerichtete Zuschläge für Sonntags- oder Nachtarbeit und dergleichen. Bei schwankendem Einkommen ist auf den Durchschnittslohn während einer angemessenen Referenzperiode abzustellen.

Die Auszahlung des Ferienlohns darf für maximal dreimonatige, einmalige Arbeitsverhältnisse direkt mit dem Lohn erfolgen, muss aber auf der Lohnabrechnung separat ausgewiesen werden. Die Auszahlung des Ferienlohns für alle übrigen Arbeitsverhältnisse darf nur bei Bezug der Ferien oder bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen, sofern der Bezug innerhalb der Kündigungsfrist nicht möglich oder gesetzlich nicht erlaubt ist.

Das laufende Ferienguthaben ist auf den Lohnabrechnungen auszuweisen. ■

¹ AVG [SR 823.11].

² Art. 27 AVV.

³ Vgl. auch: Looser Fabian, Der Personalverleih, Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Diss., Basel 2015, Rz. 61 ff.

⁴ Art. 28 Abs. 1 AVV; vgl. auch: Ritter Andreas, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Diss., Bern 1994, S. 116 f.

⁵ Vgl. Drechsler Christian, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in: AJP 2010, S. 317 ff.

⁶ Nicht bewilligungspflichtig sind nach Art. 28 Abs. 2 AVV «Betriebe, die ausschliesslich den Inhaber oder die Mitbesitzer des Betriebs verleihen». Wer als Mitbesitzer

- gilt, siehe Gersbach Christian/Gross Marcel, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 16.
- ⁷ Art. 27 Abs. 2 AVV.
- ⁸ Art. 27 Abs. 3 AVV.
- ⁹ AVV [SR 823.111].
- ¹⁰ SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 18. Oktober 1989, zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 16. Januar 1991, Bern 2003, S. 71 (nachfolgend SECO, Weisungen).
- ¹¹ Vgl. Art. 27 Abs. 4 AVV.
- ¹² Art. 333 Abs. 4 OR. Siehe hierzu auch Facincani Nicolas/Sutter Reto, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto, Arbeitsvertrag, Art. 333 N 85 ff.
- ¹³ Art. 336 ff. OR.
- ¹⁴ Aber nicht im Rahmen von Art. 27 Abs. 4 AVV (gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden). Hier ist das Arbeitsrecht anwendbar. Hier werden Arbeitnehmer nicht für den Verleih angestellt. Sollen die Arbeitnehmenden zum Zwecke des Verleihs angestellt werden, liegt entweder ein Fall von Temporärarbeit oder von Leiharbeit vor.
- ¹⁵ Art. 13 Abs. 1 lit. a AVG.
- ¹⁶ Art. 13 Abs. 1 lit. b AVG.
- ¹⁷ Art. 13 Abs. 1 lit. c AVG und Art 32 AVV.
- ¹⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. a–c AVG; Art. 33 AVV.
- ¹⁹ Art. 13 Abs. 3 AVG.
- ²⁰ Zweck: Sicherung der Lohnansprüche, Art. 14 Abs. 1 AVG.
- ²¹ Art. 19 AVG.
- ²² Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.
- ²³ Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG.
- ²⁴ Zum GAV Personalverleih siehe insbesondere Punkt 6 unten.
- ²⁵ Basler Kommentar zum OR, Portmann Wolfgang, Art. 319 N 23; Bachmann Roland, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zu Verleih mit Auslandsberührung, in: Arbeitsrecht 2010, S. 70.
- ²⁶ Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.
- ²⁷ Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG.
- ²⁸ Urteil des Obergerichts Luzern vom 26. Juni 2007 im Jahr 2008.
- ²⁹ Vgl. auch Kull Michael, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, in: AJP 2013, S. 1485 ff.
- ³⁰ Kull Michael, Personalverleih oder Auftrag?, in: AJP 2016, S. 781: Hierzu gehört auch der Umfang des Weisungsrechts sowie einsatzbetriebliche Organisation der Arbeitsleistung.
- ³¹ SECO, Weisungen, S. 66.
- ³² Vgl. auch BGER 2C_543/2014, E. 2.5 ff., E. 4.1.; BGER 2C_356/2012, E. 3.5. Insbesondere wird in der Lehre kritisiert, dass die genannten Voraussetzungen vorwiegend in der Betreuungs- und Hausdienstbranche Anwendung finden (siehe hierzu: Kull Michael, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, in: AJP 2013, S. 1490). Hauptsächlich wird mit dem erhöhten Schutzbedürfnis argumentiert (siehe hierzu: Pärli Kurt, Urteil des BGER 2C_543/2014 vom 26. November 2014, Pfliegerrecht 2015, S. 118).
- ³³ BVGer B-1687/2010, E. 5.3.3.
- ³⁴ SECO, Weisungen, S. 66.
- ³⁵ SECO, Weisungen, S. 66f. Andere Meinung: Senti Christoph, Auftrag oder Personalverleih? Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen, in: AJP 2013, S. 363, wonach «die Eingliederung in den Betrieb als solche ein unpräzises Kriterium» darstellt, da zu prüfen wäre, ob der Arbeitnehmer dazu verpflichtet wurde.
- ³⁶ BVGer B-1687/2010, E. 5.3.3.
- ³⁷ Hier wird von der cura in eligendo gesprochen. Sie haftet zudem für die Instruktion des Arbeitnehmenden, die vereinbarungsgemässe Überlassung des Arbeitnehmenden sowie die Einräumung von Weisungsbefugnissen gegenüber diesem (Looser Fabian, Der Personalverleih: Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Diss., Basel 2015, Rz. 882).
- ³⁸ SECO, Weisungen, S. 66f. Wird auch damit begründet, dass im Auftragsverhältnis ein positiver Leistungsinhalt Gegenstand der Vereinbarung ist (Basler Kommentar OR I-Weber, Art. 394 N 6 OR).
- ³⁹ Vgl. auch: BVGer B-1687/2010, E. 5.3.4.
- ⁴⁰ BGER 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 5.3.
- ⁴¹ Siehe hierzu etwa BGER 4A_237/2020 vom 25. Juni 2020.