Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederazion svizra

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Weisungen und Erläuterungen

- **ZUM BUNDESGESETZ ÜBER DIE ARBEITSVERMITTLUNG UND DEN PERSONALVERLEIH (AVG)**
- **ZUR VERORDNUNG ÜBER DIE ARBEITSVERMITTLUNG UND DEN PERSONALVERLEIH (AVV)**
- **ZUR VERORDNUNG ÜBER GEBÜHREN, PROVISIONEN UND KAUTIONEN IM BEREICH DES ARBEITSVERMITTLUNGSGESETZES (GEBV-AVG)**

SECO | Vermittlung und Verleih PAVV | Publikation

Bern, Juni 2024

Die vorliegenden Weisungen und Erläuterungen wurden von Mitarbeitenden des Ressorts Vermittlung und Verleih erarbeitet.

Herausgeber: SECO – Direktion für Arbeit
Vermittlung und Verleih PAVV
Holzikofenweg 36
3003 Bern
info.pavv@seco.admin.ch

Bestellungen: BBL | Bundesamt für Bauten und Logistik, 3003 Bern
www.bundespublikationen.ch
Artikelnummer: 710.030.d

Download: unter www.arbeit.swiss
→ Arbeitsvermittler → Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih

Layout/Grafik: UNIKUM Graphic Design, Postgasse 40, 3011 Bern, www.unikum.ch

© SECO/PAVV – 2024

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Hinweis:

Diese Weisungen und Erläuterungen enthalten ausschliesslich Ausführungen, die die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih betreffen (Art. 1–22). Zu den übrigen Artikeln 24–44 werden Ausführungen gemacht, soweit sie für beide Tätigkeiten von Bedeutung sind.

Das AVG und die AVV regeln gewisse Aspekte der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs analog. Grundsätzlich wird darauf verzichtet, die entsprechenden Erläuterungen doppelt wiederzugeben und sie werden bei der Arbeitsvermittlung abgehandelt. Ausgenommen bleiben Punkte, die im Bereich des Personalverleihs anders geregelt werden. Parallele Bestimmungen finden sich insbesondere zu den folgenden Themen:

– Zweigniederlassungen (2.1.4);
– Voraussetzungen für die Bewilligung (2.2);
– Dauer und Umfang der Bewilligung (2.3);
– Entzug der Bewilligung (2.4);
– Auskunftspflicht (2.5);
– Franchising (2.8.4)

Inhaltsverzeichnis

1 DER ZWECK 19

1.1 ARTIKEL 1 AVG GESETZESZWECK 19

2 PRIVATE ARBEITSVERMITTLUNG 20

2.1 ARTIKEL 2 AVG BEWILLIGUNGSPFLICHT (ART. 1–7 AVV) 20

2.1.1 **Wer ist Vermittlerin bzw. Vermittler?** 20

2.1.1.1 Erscheinungsformen der Arbeitsvermittlung 23

2.1.1.2 Keine bewilligungspflichtige Arbeitsvermittlung nach AVG liegt in der Regel in folgenden Fällen vor: 23

2.1.1.3 Vermittlungsmöglichkeiten (Art. 1a AVV) 25

2.1.2 **Welche Vermittlungstätigkeit ist bewilligungspflichtig? (Art. 1–7 AVV)** 25

2.1.2.1 Regelmässigkeit (Art. 2 AVV) 25

2.1.2.2 Entgelt (Art. 3 AVV) 26

2.1.3 **Auslandvermittlung (Art. 5 AVV)** 26

2.1.3.1 Allgemein 26

2.1.3.2 Der Spezialfall der Vermittlung übers Internet 28

2.1.4 **Zweigniederlassungen, Betriebsstätten, Hauptsitz und Tochtergesellschaften** 28

2.1.5 **Übersicht Bewilligungspflicht** 29

2.2 ARTIKEL 3 AVG VORAUSSETZUNGEN DER BEWILLIGUNGSERTEILUNG (ART. 8–12 AVV) 30

2.2.1 **Betriebliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 1 AVG, Art. 8 AVV)** 30

2.2.1.1 Eintrag im Schweizerischen Handelsregister (Bst. a) 30

2.2.1.2 Zweckmässiges Geschäftslokal (Bst. b) 31

2.2.1.3 Kein gefährdendes Gewerbe betreiben (Bst. c) 32

2.2.2 **Persönliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 2 AVG, Art. 9 AVV)** 34

2.2.2.1 Schweizer Staatsangehörige oder ausländische Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung (Bst. a) 34

2.2.2.2 Für fachgerechte Vermittlung Gewähr bieten (Bst. b) 35

2.2.2.3 Guter Leumund (Bst. c) 36

2.2.3 **Auslandvermittlung (Art. 10 AVV)** 37

2.2.4 Bewilligungsgesuch (Art. 11 resp. 40 AVV) 38

2.3 ARTIKEL 4 AVG DAUER UND UMFANG DER BEWILLIGUNG (ART. 13 AVV) 40

2.3.1 Bewilligung 40

2.3.1.1 Bewilligungspflicht von Zweigniederlassungen und Betriebsstätten 41

2.3.2 Bewilligungsgebühr 41

2.3.3 Periodische Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 6 AVG) 42

2.3.4 Das Vorgehen bei Geschäftsübernahmen 42

2.4 ARTIKEL 5 AVG ENTZUG DER BEWILLIGUNG (ART. 15, 16 AVV) 42

2.4.1 Allgemein 42

2.4.2 Unrichtige oder irreführende Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen 43

2.4.3 Wiederholter oder schwerwiegender Verstoss gegen das AVG oder seine Ausführungsvorschriften oder gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone 44

2.4.4 Gebühren 44

2.4.5 Entzug oder Aufhebung der Bewilligung im Konkursfall 45

2.4.5.1 Entzug oder Aufhebung? 45

2.4.5.2 Zu welchem Zeitpunkt muss eingegriffen werden? 46

2.4.5.3 Verfügung oder einfache Mitteilung? 46

2.4.5.4 Welche Kosten werden erhoben? 46

2.4.5.5 Verfahren zwischen der kantonalen Behörde und dem SECO 46

2.5 ARTIKEL 6 AVG AUSKUNFTSPFLICHT (ART. 14 AVV) 47

2.6 ARTIKEL 7 AVG BESONDERE PFLICHTEN DER VERMITTLERIN BZW. DES VERMITTLERS (ART. 17–19 AVV) 47

2.6.1 Öffentliche Ausschreibung 47

2.6.2 Buchführung (Art. 17 AVV) 48

2.6.3 Arbeitsmarktbeobachtung (Art. 18 AVV) 48

2.6.4 Datenschutz (Art. 19 AVV) 48

2.6.4.1 Allgemein 48

2.6.4.2 Was ist bei der Vermittlung via Internet zu beachten? 50

2.6.4.3 Exkurs: Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) 51

2.7 ARTIKEL 8 AVG VERMITTLUNGSVERTRAG 51

2.7.1 Allgemein 51

2.7.2 Verbot der Exklusivvermittlung 52

2.7.3 Gerichtsstand 52

2.7.4 Vermittlungsvertrag bei künstlerischen oder ähnlichen Darbietungen (Art. 22 AVV) 53

2.7.5 Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit bei Künstlerinnen und Künstlern 53

2.8 ARTIKEL 9 AVG EINSCHREIBEGEBÜHR UND VERMITTLUNGSPROVISION (ART. 20–23 AVV, ART. 2–5 GEBV-AVG) 54

2.8.1 Einschreibegebühr (Art. 2 GebV-AVG) 54

2.8.2 Vermittlungsprovision (Art. 20, 21, 22, 23 AVV, Art. 3–5 GebV-AVG) 55

2.8.2.1 Provision 55

2.8.2.2 Zusätzliche Entschädigung für besonders vereinbarte Dienstleistungen 56

2.8.2.3 Was muss bei Stellenanzeigern beachtet werden? 57

2.8.2.4 Was muss insbesondere bei der Vermittlung übers Internet beachtet werden? 57

2.8.2.5 Das Entstehen der Forderung auf besondere Entschädigung und Provision 58

2.8.2.6 Provisionssätze bei künstlerischen und ähnlichen Darbietungen 59

2.8.3 Spezialfälle 59

2.8.3.1 Zusätzliche Dienstleistungen bei der Vermittlung von Models und Hostessen bzw. Hosts 59

2.8.3.2 Die Vermittlung von Sportlerinnen und Sportlern 61

2.8.3.3 Au Pair-Vermittlung 64

2.8.4 Exkurs: AVG-Bewilligung und Franchising 67

3 PERSONALVERLEIH 70

3.1 ARTIKEL 12 AVG BEWILLIGUNGSPFLICHT (ART. 26–31 AVV) 70

3.1.1 Welche Vertragsverhältnisse fallen unter das AVG? 70

3.1.1.1 Der Personalverleih durch gemeinnützige Institutionen fällt nicht unter den Tatbestand des bewilligungspflichtigen Verleihs 71

3.1.1.2 Welche Grundkonstellationen von Vertragskonstruktionen können unterschieden werden? 72

3.1.1.3 Exkurs: Wann liegt selbstständige Erwerbstätigkeit vor? 73

3.1.1.4 Welches sind die Abgrenzungskriterien zwischen Erfüllung eines Auftrages oder Werkvertrags für Arbeitgebende und Erbringung einer Arbeitsleistung (=Personalverleih)? 75

3.1.2 Erscheinungsformen des Personalverleihs (Art. 27 AVV) 77
3.1.2.1 Allgemein 77
3.1.2.2 Die Merkmale der einzelnen Erscheinungsformen 78
3.1.2.3 Welche Verleihtätigkeit ist bewilligungspflichtig? (Art. 28 Abs. 1 AVV) 79
3.1.2.4 Verleih von Inhaberinnen bzw. Inhabern oder Mitbesitzerinnen bzw. Mitbesitzern des Betriebes (Art. 28 Abs. 2 AVV) 80
3.1.2.5 Der Spezialfall ARGE (Art. 26 Abs. 4 AVV) 80
3.1.2.6 Die Spezialfälle Payrolling / Employer of Record und Portage salarial 80
3.1.2.7 Der Verleih über das Internet, Apps, Plattformen 81
3.1.3 Gewerbsmässigkeit (Art. 29 AVV) 81
3.1.3.1 Zur Gewinnabsicht 81
3.1.3.2 Zur Regelmässigkeit 82
3.1.3.3 Zum Jahresumsatz von 100 000 Franken 82
3.1.3.4 Der Gegensatz von Artikel 28 und Artikel 29 Absatz 1 AVV 82
3.1.4 Auslandverleih 82
3.1.5 Exkurs: verbotener indirekter Verleih vom Ausland in die Schweiz 83
3.1.6 Übersicht Bewilligungspflicht resp. Verleihverbot 84
3.1.7 Exkurs: Anspruch auf eine negative Feststellungsverfügung 85

3.2 ARTIKEL 13 AVG VORAUSSETZUNGEN DER BEWILLIGUNGSERTEILUNG (ART. 32–34 AVV) 86
3.2.1 Betriebliche Voraussetzungen (Art. 32 AVV) 86
3.2.1.1 Zweckeintrag im Handelsregister beim bewilligungspflichtigen konzerninternen Verleih 86
3.2.1.2 Eintragung der Revisionsstelle 86
3.2.2 Persönliche Voraussetzungen (Art. 33 AVV) 87

3.3 ARTIKEL 14 AVG KAUTION (ART. 35–39 AVV, ART. 6 GEBV-AVG) 87
3.3.1 Kautionspflicht (Art. 35 AVV) 87
3.3.2 Form der Kaution (Art. 37 AVV) 88
3.3.3 Wie ist bei der Kündigung einer Bürgschaft, einer Garantieerklärung oder einer Kautionsversicherung vorzugehen? 88
3.3.4 Was muss bei den Kautionsversicherungen für den Fall, dass der Verleihbetrieb die Prämien nicht bezahlt, unbedingt verlangt werden? 89
3.3.5 Die Freigabe der Kaution (Art. 38 AVV) 89

3.3.6 Die Verwertung der Kaution im Konkursfall (Art. 39 AVV) 90
3.3.7 Wer verwertet die Kaution? (Art. 39 Abs. 3 u. 4 AVV) 90
3.3.8 Besonderheiten bei der Verwertung von Sicherheitsleistungen der Gruppe 2 (Art. 39 Abs. 4 AVV) 92
3.3.9 Welche Lohnforderungen werden durch die Kaution gedeckt? 94
3.3.10 Für Lohnforderungen welcher Niederlassung dient die Kaution als Sicherheit? 94
3.3.11 Wie kommt das Konkursamt zur vom Verleihbetrieb hinterlegten oder durch eine Kautionsversicherung gestellten Sicherheit? 94
3.3.12 Die Verwertung der Kaution im Fall einer Aufhebung oder eines Entzugs der Verleihbewilligung 95
3.3.13 Muster Bürgschaftsverpflichtung 96

3.4 ARTIKEL 15 AVG DAUER UND UMFANG DER BEWILLIGUNG (ART. 42, 43 AVV, ART. 7 GEBV-AVG) 97
3.4.1 Gebühren (Art. 7 GebV-AVG) 97
3.4.2 Umfang (Art. 42 AVV) 97

3.5 ARTIKEL 16 AVG ENTZUG/AUFHEBUNG (ART. 44, 45 AVV) 97
3.5.1 Allgemein 97
3.5.2 Wiederholter oder schwerwiegender Verstoss gegen das AVG oder seine Ausführungsvorschriften oder gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone 97
3.5.3 Verstoss gegen zwingende Arbeitnehmendenschutzbestimmungen 98

3.6 ARTIKEL 17 AVG AUSKUNFTSPFLICHT (ART. 43 AVV) 98

3.7 ARTIKEL 18 AVG BESONDERE PFLICHTEN DES VERLEIHBETRIEBS 99
3.7.1 Datenschutzregelungen für Verleihbetriebe (Art. 18 Abs. 3 AVG und Art. 47 AVV) 99

3.8 ARTIKEL 19 AVG ARBEITSVERTRAG (ART. 48, 49 AVV) 102
3.8.1 Verhältnis AVG/OR 102
3.8.2 Schriftlichkeit (Art. 48 AVV) 102
3.8.3 Pflicht zur Annahme des Einsatzes 103
3.8.4 Der Zusammenhang von Artikel 19 Absatz 3 und Artikel 20 AVG 103
3.8.5 Regelung des Lohnes 103
3.8.6 Zusätzliche Vermietung von Wohnraum 104
3.8.7 Unentgeltliche Probearbeit 104

3.8.8 Abrechnung der Spesen 104
3.8.9 Kettenarbeitsverträge 105
3.8.10 Kündigungsfristen bei unbefristeten Einsätzen 106
3.8.11 Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Einsätzen 107
3.8.12 Berechnung der Kündigungsfrist, wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist 107
3.8.13 Die Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen 107
3.8.14 Arbeitszeiten 107
3.8.14.1 Arbeitszeiten im Einsatzvertrag als Grundlage für die Lohnzahlung 110
3.8.14.2 Zulässiges Abstellen auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport resp. Abweichen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit 111
3.8.14.3 Die Regelung von Überstundenarbeit und Überzeitarbeit 111
3.8.15 Probezeit 113
3.8.16 Ferien- und Feiertagsentschädigung 113
3.8.17 Lohn bei Verhinderung der Arbeitnehmenden an der Arbeitsleistung 114
3.8.17.1 Grundsätzliche Regelung 114
3.8.17.2 Gleichwertige andere Lösung 116
3.8.17.3 Regelung bei obligatorischer Versicherung 116
3.8.18 Unfallversicherung 117
3.8.19 Pensionskassenabzüge 118
3.8.20 Exkurs: Übersicht über die obligatorischen Sozialversicherungen für Arbeitnehmende 118
3.8.21 Familienzulagen 125
3.8.22 Lohnanspruch bei Streik 125
3.8.23 Zur Geltung von Gesamtarbeitsverträgen 125
3.8.24 Nichtige Vereinbarungen (Art. 19 Abs. 5 AVG) und Konkurrenzverbot 126
3.8.25 Die Ungültigkeit des Vertrags bei fehlender Bewilligung (Art. 19 Abs. 6 AVG) 126
3.8.26 Checkliste für die Prüfung von Arbeitsverträgen 127
3.8.27 Gerichtsstand 127
3.8.28 Muster für einen Arbeitsvertrag 128
3.8.28.1 Hinweis zur Temporärarbeit 128
3.8.28.2 Hinweis zum Vertragspunkt «Sozialleistungen» 128
3.8.28.3 Hinweis zur Leiharbeit 128
3.8.28.4 Hinweis zur gelegentlichen Überlassung 129

3.9 ARTIKEL 20 AVG ALLGEMEINVERBINDLICHE GESAMTARBEITSVERTRÄGE 129

3.9.1 Die Ziele von Artikel 20 AVG 129

3.9.2 Der Zusammenhang von Artikel 19 Absatz 3 und Artikel 20 AVG 130

3.9.3 Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen 130

3.9.3.1 Folgende ave GAV-Lohnbestimmungen sind nach Artikel 20 AVG bzw. Artikel 48a Absatz 1 AVV einzuhalten 130

3.9.3.2 Folgende ave GAV-Arbeitszeitbestimmungen sind nach Artikel 48a Absatz 2 AVV einzuhalten 131

3.9.4 Weiterbildungs- und Vollzugskostenbeiträge (Art. 48b AVV) 131

3.9.5 Flexibler Altersrücktritt (Art. 48c AVV) 131

3.9.6 Die Kontrolle der Einhaltung eines ave GAV (Art. 20 AVG und Art. 48d AVV) 132

3.9.6.1 Die Kontrolle 132

3.9.6.2 Die Folgen einer Kontrolle 133

3.9.7 Der Datenaustausch zwischen GAV-Kontrollorgan und AVG-Behörde 133

3.9.8 Die Rechenschafts- und Berichtspflicht (Art. 48e AVV) 134

3.9.9 Welcher ave GAV ist anwendbar bei Wechsel des Einsatzortes? 134

3.9.10 Exkurs: Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (GAV PV) 135

3.10 ARTIKEL 21 AVG AUSLÄNDISCHE ARBEITNEHMENDE IN DER SCHWEIZ 136

3.10.1 Welche ausländischen Arbeitnehmenden dürfen verliehen werden? 136

3.10.1.1 Der Verleih von neu zuziehenden EU/EFTA-Staatsangehörigen 137

3.10.1.2 Der Verleih von neu zuziehenden Drittstaatsangehörigen 137

3.10.2 Wann dürfen ausnahmsweise neu zuziehende Drittstaatsangehörige doch verliehen werden? 137

3.10.2.1 Ausnahmeregelung 137

3.10.2.2 Was muss in den Ausnahmefällen beachtet werden? 138

3.10.2.3 Der Verleih von Drittstaatsangehörigen, die sich bereits in der Schweiz aufhalten 138

3.10.2.4 Wer ist zuständig für die Einholung und die Erteilung der Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung bei Drittstaatsangehörigen? 138

3.10.3 Unterstellung unter die Sozialversicherungen 139

3.10.4 Exkurs: Die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und der Änderung des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih 139

3.10.4.1 Die Zulassung von Vermittlungs- und Verleihbetrieben mit Sitz in einem EU/EFTA-Mitgliedsstaat 139

3.10.4.2 Die Zulassung von EU/EFTA-Staatsangehörigen als Arbeitnehmende eines Vermittlungs- oder Verleihbetriebs 140

3.10.4.3 Auswirkung des Abkommens in Bezug auf Vermittlungs- und Verleihbetriebe 140
3.10.4.4 Der Verleih an ausländische Dienstleistungserbringende 143
3.10.4.5 Die Auswirkung des FZA auf EU/EFTA-Staatsangehörige, die in der Schweiz einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb gründen wollen 144
3.10.4.6 Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen 144
3.10.4.7 Aufgrund welcher Rechtsgrundlage wird vom EU/EFTA-Staatsangehörige anstellenden Verleihbetrieb eine eidgenössische Verleihbewilligung verlangt? 145
3.10.4.8 Welche Rechtsfolge tritt ein, wenn ein Verleihbetrieb ohne eidgenössische Verleihbewilligung EU/EFTA-Staatsangehörige anstellt? 146

3.11 ARTIKEL 22 AVG VERLEIHVERTRAG (ART. 50 AVV) 147
3.11.1 Allgemeines 147
3.11.2 Entschädigungsvereinbarungen bei Übertritt des Arbeitnehmenden in den Einsatzbetrieb (Art. 22 Abs. 2–4 AVG) 147
3.11.3 Nichtigkeit infolge fehlender Bewilligung (Art. 22 Abs. 5 AVG) 148
3.11.4 Ist die Delegation des Kündigungsrechts an den Einsatzbetrieb zulässig? 148
3.11.5 Ist der Weiterverleih oder Unterverleih zulässig? 149
3.11.6 Was ist beim konzerninternen Verleih zu beachten? 150
3.11.7 Der Unterschied zwischen verliehenen und entsandten Arbeitnehmenden 152
3.11.8 Inhouse-Niederlassungen bei Verleihbetrieben 153
3.11.9 Die Folgen bei einer Massenentlassung 153
3.11.10 Das Phänomen «Preferred suppliers» 154
3.11.11 Checkliste für die Prüfung von Verleihverträgen 155
3.11.12 Muster für einen Verleihvertrag 156
3.11.13 Übersicht über den Personalverleih 157
3.11.14 Exkurs: Betreuungs- und Hausdienste 158
3.11.15 Speziell: Die Vermittlung und der Verleih nach dem Fürstentum Liechtenstein 159

4 BEHÖRDEN 161

4.1 ARTIKEL 31 EIDGENÖSSISCHE ARBEITSMARKTBEHÖRDE 161
4.2 ARTIKEL 32 KANTONE 161
4.3 ARTIKEL 33 AVG ZUSAMMENARBEIT (ART. 56 AVV) 161

4.4 ARTIKEL 33A AVG BEARBEITEN VON PERSONENDATEN 162

4.4.1 Allgemeines 162

4.4.2 Besonders schützenswerte Personendaten 162

4.5 ARTIKEL 34 AVG SCHWEIGEPFLICHT 163

4.6 ARTIKEL 34A AVG DATENBEKANNTGABE (ART. 57 UND 57A AVV) 163

4.6.1 Allgemeines 163

4.7 ARTIKEL 34B AVG AKTENEINSICHT (ART. 58 AVV) 165

4.8 ARTIKEL 35B AVG VERZEICHNIS DER BEWILLIGTEN PRIVATEN VERMITTLUNGS- UND VERLEIHBETRIEBE (ART. 59A AVV) 166

4.9 ARTIKEL 39 AVG STRAFBESTIMMUNGEN 167

4.9.1 Vermittlung/Verleih ohne Bewilligung 167

4.9.2 Straffolgen für bewilligte Betriebe 167

4.9.3 Straffolgen für Arbeitgebende, die mit nicht bewilligten Betrieben zusammenarbeiten 167

4.9.4 Schriftlicher Vertrag 168

4.9.5 Strafverfolgung 168

4.9.6 Überblick über die Strafbestimmungen des AVG 169

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:
Höchstbeträge für Gebühren und Entgelte, die von Au-Pairs erhoben werden können 65

Tabelle 2:
Allgemeines über die obligatorischen Sozialversicherungen 119

Tabelle 3:
Beitragspflicht 120

Tabelle 4:
Beitragsschuldner 120

Tabelle 5:
Beginn der Beitragspflicht 121

Tabelle 6:
Ende der Beitragspflicht 122

Tabelle 7:
Beiträge 123

Tabelle 8:
Versicherter Lohn 124

Tabelle 9:
Übersicht über den Personalverleih 157

Tabelle 10:
Überblick über die Strafbestimmungen des AVG 169

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Bedeutung
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHI-Praxis	Zeitschrift für die Ausgleichskasse
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.10
AHVV	Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; SR 831.101
AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz); SR 142.20
ALV	Arbeitslosenversicherung
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz); SR 822.11
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
ArGV 1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ASCO	Verband Schweizerischer Konzertlokale, Cabarets, Dancings und Discotheken
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; SR 830.1
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
ave GAV	Allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag
ave GAV PV	Allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih
GAV PV	Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih
AVEG	Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311
AVG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz); SR 823.11
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz); SR 837.0

AVIV	Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung); SR 837.02
AVV	Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung); SR 823.111
BBl	Bundesblatt
BFA	Bundesamt für Ausländerfragen
BFS	Bundesamt für Statistik
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz); SR 943.02
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz); SR 152.3
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BK	Berufskrankheiten
BRB	Bundesratsbeschluss vom 29. März 2016 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrags für den Personalverleih; BBl 2016 3435
Bst.	Buchstabe
BU	Berufsunfälle
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.40
BVV 2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.441.1
bzw.	beziehungsweise
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz; SR 235.1
DSGVO	VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (europäische Datenschutz-Grundverordnung)
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation

EFTA-Abkommen	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (Änderung); SR 0.632.31
EG	Europäische Gemeinschaft
EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
EntsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz); SR 823.20
EO	Erwerbsausfallentschädigung
EOG	Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz (Erwerbsersatzgesetz); SR 834.1
EOV	Erwerbsersatzverordnung; SR 834.11
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FamZG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz); SR 836.2
FAR	flexibler Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe
ff.	fortfolgende
FLG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1952 über die Familienzulagen in der Landwirtschaft; SR 836.1
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; SR 0.142.112.681
GAV PV	Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih
GeBüV	Verordnung vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher; SR 221.431
GebV-AIG	Verordnung über die Gebühren zum Ausländer- und Integrationsgesetz (Gebührenverordnung AIG); SR 142.209
GebV-AVG	Verordnung vom 16. Januar 1991 über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (Gebührenverordnung AVG); SR 823.113

HR	Human Resources
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007; SR 221.411
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht; SR 291
IV	Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung; SR 831.20
Kap.	Kapitel
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung; SR 832.10
LAMat	Loi (cantonale genevoise) instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption ; J 5 07
MV	Militärversicherung
NAV Hauswirtschaft	Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft; SR 221.215.329.4
NBU	Nichtberufsunfälle
Niederlassungs-vertrag CH-FL	Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein, abgeschlossen am 6. Juli 1874; SR 0.142.115.141
o.ä.	oder ähnlich
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht); SR 220
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
resp.	respektive
S.	Seite
s.	siehe
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SEM	Staatssekretariat für Migration
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0

SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz; SR 741.01
usf.	und so fort
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung; SR 832.20
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung; SR 832.202
VFP	Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten, zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation; SR 142.203
vgl.	vergleiche
VUV	Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, Verordnung über die Unfallverhütung; SR 832.30
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag; SR 221.229.1
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz); SR 172.021
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; SR 142.201
VZAVG	Verzeichnis der bewilligten privaten Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihbetriebe
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
ZAK-Praxis	Zeitschrift für die Ausgleichskasse (ab 1993: AHI-Praxis)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008; SR 272

1 Der Zweck

1.1 ARTIKEL 1 AVG GESETZESZWECK

Das AVG bezweckt

- die Regelung der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs (Bst. a);
- die Einrichtung einer öffentlichen Arbeitsvermittlung, die zur Schaffung und Erhaltung des Arbeitsmarktes beiträgt (Bst. b, dieser Gesetzeszweck ist nicht Gegenstand vorliegender Weisungen und Erläuterungen);
- den Schutz der Arbeitnehmenden, welche die private oder öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen, zu gewährleisten (Bst. c).

Dieser Zweckartikel dient als allgemeine Richtschnur für die Auslegung der einzelnen nachfolgenden Artikel. Mit Buchstabe c wird in diesem Bereich die Grundlage geschaffen für eine gewerbepolizeiliche Überwachung der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs. Die durch das AVG erfolgte Festlegung von speziellen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, welche über die Regelungen zum Arbeitnehmendenschutz des Obligationenrechts (OR) hinausgehen, erlauben, für den Schutz der Stellensuchenden und Arbeitnehmenden eine Präventivwirkung zu erzielen. Es kann insbesondere auch dem infolge der Eigenheiten des Personalverleihs erhöhten Schutzbedürfnis der verliehenen Arbeitnehmenden Rechnung getragen werden.

2 Private Arbeitsvermittlung

2.1 ARTIKEL 2 AVG BEWILLIGUNGSPFLICHT (ART. 1–7 AVV)

Den Regeln des AVG untersteht, wer Arbeit vermittelt. Der Bewilligungspflicht untersteht, wer regelmässig und gegen Entgelt Arbeit vermittelt.

2.1.1 WER IST VERMITTLERIN BZW. VERMITTLER?

Vom Gesetz wird als Vermittlerin bzw. Vermittler (im Folgenden Vermittlungsbetrieb) bezeichnet, wer Stellensuchende und Arbeitgebende

a) zum Abschluss eines Arbeitsvertrags oder

b) für künstlerische und ähnliche Darbietungen

c) zusammenführt.

a) Arbeitsvertrag

Ziel der Vermittlung muss der Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen Arbeitgebenden und Stellensuchenden im Sinn von Artikel 319 ff. OR sein. Bei der Auslandvermittlung kann der Arbeitsvertrag auch auf ausländischem Recht basieren.

Keine Arbeitsvermittlung im Sinn des AVG liegt vor, wenn zwei Vertragsparteien zum Abschluss eines Werkvertrags oder Auftrags zusammengeführt werden oder Arbeitnehmende an einen Einsatzbetrieb verliehen werden, der Einsatzbetrieb selbst somit nicht zum arbeitgebenden Betrieb im Sinn des OR wird.

Die Vermittlung von Verwaltungsräten ist in der Regel eine solche im Sinn von Artikel 2 AVG. Rund drei Viertel aller VR-Delegierten stehen in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zur Gesellschaft und beziehen einen Lohn. Der Lohn als arbeitnehmende Partei stellt die hauptsächliche Form der Entschädigung eines VR-Delegierten dar (vgl. Roland Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, Tabelle 18, S. 127).

b) Künstlerische und ähnliche Darbietungen (Art. 4 AVV)

Für die Bewilligungspflicht gemäss Artikel 2 Absatz 2 AVG ist der Vertragstyp (Werkvertrag, Auftrag, Arbeitsvertrag), durch welchen die betreffende Person zu einem Auftritt verpflichtet wird, unbeachtlich. Arbeitsvermittlung im Sinn des Gesetzes liegt immer dann vor, wenn ein Veranstaltungsmanagement (oder eine Organisation, Direktion usw.) mit einer Person zusammengeführt wird, die zur Leistung einer künstlerischen oder ähnlichen Darbietung verpflichtet wird. Es spielt deshalb keine Rolle, ob die betreffende Person als selbstständig Erwerbende oder als Angestellte des Veranstaltungsmanagements arbeitet.

«Künstlerische und ähnliche Darbietungen» im Sinn des AVG sind etwa Tätigkeiten als Sängerin bzw. Sänger, Musikerin bzw. Musiker, Schauspielerin bzw. Schauspieler, Tänzerin bzw. Tänzer, Artistin bzw. Artist, Discjockey, Conférencière bzw. Conférencier, Models (Mannequins/Fotomodelle), usf.

Es ist dabei unerheblich, ob es sich um Einzel- oder Gruppenauftritte handelt.

Wissenschaftliche Vorträge oder Autorenlesungen gelten nicht als künstlerische und ähnliche Darbietungen im Sinn des AVG. Ebenso ist die Vermittlung von selbstständig erwerbenden Fotografinnen

bzw. Fotografen oder Make-up Artistinnen bzw. Artisten keine Künstlervermittlung, weil es auch hier nicht um eine künstlerische und ähnliche Darbietung geht.

Hinweis:
Models arbeiten in der Regel als selbstständig Erwerbende. Sie sind deshalb selbst für die Abrechnung ihrer Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich. In der Praxis kommt es vor, dass Modelagenturen für ihre Models diese Abrechnung übernehmen. Dabei handelt es sich jedoch noch nicht um Verleihbetriebe im Sinn von Artikel 12ff. AVG. Dies wäre erst der Fall, wenn die Agentur die Models mit Arbeitsvertrag anstellen würde. Models üben nur dann eine selbstständige Tätigkeit aus, wenn sie sich in keinem Unterordnungsverhältnis zur Kundin bzw. zum Kunden befinden. Damit dies sozialversicherungsrechtlich anerkannt ist, müssen die Models eine von der AHV-Ausgleichskasse ausgestellte Anerkennung als selbstständig Erwerbende vorweisen können. Andernfalls sind sie als Angestellte der Kundin bzw. des Kunden zu betrachten. S. 2.8.3.1.

c) Zusammenführen (Art. 1 AVV)

Arbeitsvermittlung ist eigentlich Nachweismäkelei. Sie umfasst Suche und Auswahl von möglichen Vertragsparteien und ist im Sinn des Gesetzes bereits abgeschlossen, wenn die eine Partei darauf hingewiesen wurde, dass sie mit der anderen Partei einen Arbeitsvertrag abschliessen könnte. Auch wenn in der Folge der Arbeitsvertrag nicht zustande kommt, hat die Mäklerin bzw. der Mäkler als vermittelnde Partei gehandelt. Sie oder er kann sich dem Geltungsbereich des AVG nicht mit dem Hinweis darauf entziehen, der Vertrag sei nicht abgeschlossen worden oder die Stellensuchenden hätten die Stelle beim arbeitgebenden Betrieb gar nie angetreten. Ein Anspruch auf Provision entsteht allerdings erst, wenn die Vermittlung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags geführt hat (Art. 9 Abs. 2 AVG).

Als vermittelnde Partei gilt, wer zusammenführt. Der Begriff des Zusammenführens gemäss AVG ist sehr weit gefasst. Gemeint ist ein finales Handeln, mit welchem der einen Partei die Information übermittelt wird, dass eine oder mehrere andere Parteien an einem Vertragsabschluss interessiert sind. Als Zusammenführen gilt nicht nur das Herstellen physischer Kontakte im Büro des Vermittlungsbetriebs, sondern auch die Übergabe oder Zustellung von einzelnen Adressen, Postfach-Anschriften, Chiffre-Inseraten, Telefonnummern oder kompletten Adresslisten von Interessierten. Als «Adresse» (Art. 1 Bst. d AVV) kann auch eine Chiffre bezeichnet werden. Entscheidend ist, dass mittels dieser Angaben der Kontakt zur potentiellen Vertragspartnerin bzw. zum Vertragspartner hergestellt werden kann. Ein Zusammenführen liegt insbesondere bereits vor, wenn mittels Internet-Suchmaschinen die Möglichkeit gegeben wird, dass eine stellensuchende Person ihre Personalien und eine Arbeitgeberin bzw. ein Arbeitgeber eine freie Stelle inserieren kann und so beide voneinander Kenntnis erhalten. **Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuweisung von einander entsprechenden Interessierten durch die Personen selbst, durch Mitarbeitende von Home-Page-Betreibenden oder automatisch durch ein Computersystem erfolgt.** Fällt eine Tätigkeit unter Artikel 1 AVV, so gilt die oder der Handelnde als Vermittlerin bzw. Vermittler, ungeachtet der Geschäftsbezeichnung oder des Titels, den sie bzw. er sich selber gibt (Vermittlerin bzw. Vermittler, Beraterin bzw. Berater, Headhunterin bzw. Headhunter o. ä.). Irrelevant ist auch, ob sie bzw. er diese Tätigkeit als Haupt- oder Nebenbeschäftigung ausübt.

Wichtig:

1. Ziel der Vermittlung ist der Abschluss eines Vertrags. Ein Vermittlungsbetrieb ist ausschliesslich im Vorfeld tätig und übernimmt keine Aufgaben einer Arbeitgeberin bzw. eines Arbeitgebers während der Dauer des Arbeitsvertrags. Falls der Vermittlungsbetrieb dennoch Tätigkeiten ausübt, die

über das Zusammenführen möglicher Parteien eines Arbeitsverhältnisses hinausgehen, müssen diese Dienstleistungen eine sachliche Nähe zur Vermittlung ausweisen. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Organisations-, Unternehmens- oder individuellen Laufbahnberatung (Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2018, 2C_132/2018, 4.2.2). Übernimmt der Vermittlungsbetrieb weitere Tätigkeiten wie bspw. die Lohnbuchhaltung, die Anmeldung bei den Sozialversicherungen, das Einholen der Arbeitsbewilligung, o.ä., ist er als Personalverleihbetrieb zu qualifizieren und hat die entsprechende Bewilligung einzuholen.

2. Vertragsverhandlungen gehören immer zur eigentlichen Vermittlungstätigkeit und sind keine besonders zu vereinbarende Dienstleistungen nach Artikel 9 Absatz 1 AVG. Sie können deshalb den Stellensuchenden nicht über die Provisionshöchstgrenzen hinaus zusätzlich in Rechnung gestellt werden. Vermittlungen, welche den Abschluss eines Arbeitsvertrags zum Ziel haben, sind deshalb nicht nur Nachweis-, sondern Abschlussmäkelei.

Besonderheiten:

Internetvermittlung

Grundsätzlich genügt für das Kontakthaben im Sinn von Artikel 1 Buchstabe a, b und c AVV auch der rein elektronische Kontakt über eine Internetseite.

– Betriebe, auf deren Internetseite sich Stellensuchende und Arbeitgebende eintragen können, und die vom Computersystem zusammengeführt werden, fallen unter Artikel 1 Buchstabe a AVV («nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens zusammenführen»).

– Betriebe, auf deren Internetseite Stellensuchende und Arbeitgebende die Angaben des Gegenübers einsehen können und so zusammenfinden, fallen unter Artikel 1 Buchstabe b AVV («indem er der andern Partei Adresslisten übergibt»).

– Die Betriebe fallen in beiden zuvor genannten Fällen zusätzlich unter Artikel 1 Buchstabe d AVV, weil die Internetseite als besonderes Publikationsorgan zu verstehen ist, mit welchem Handel mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebenden betrieben wird, und dieses Publikationsorgan in der Regel nicht mit einem journalistischen Hauptteil verbunden ist.

→ **Die Internetvermittlung ist somit immer auch Arbeitsvermittlung im Sinn des AVG! Dies gilt ebenso für die Arbeitsvermittlung via App.**

Nur Kontakt haben mit einer Partei

Vermittelnde Person bzw. Partei kann auch jemand sein, die nur mit einer der beiden zukünftigen Vertragsparteien Kontakt hat (Art. 1 Bst. c und d AVV).

Zuführende von Vermittlungsbetrieben

Mit Artikel 1 Buchstabe e AVV werden auch Personen erfasst, die nicht eine vollständige Vermittlungsverhandlung durchführen. Dies ist notwendig, damit es nicht zu einer Umgehung der Bewilligungspflicht kommen kann. Zudem kann nur mit einer Bewilligungspflicht sichergestellt werden, dass Stellensuchende die Provision nur einmal zu bezahlen haben.

→ **Für Vermittlungsagenturen dürfen lediglich mittels Arbeitsvertrags angestellte Personen tätig sein. Werden selbstständig Erwerbende (sog. Freelancerinnen bzw. Freelancer) für eine Vermittlungsagentur tätig, müssen sie über eine eigene Vermittlungsbewilligung verfügen.**

2.1.1.1 ERSCHEINUNGSFORMEN DER ARBEITSVERMITTLUNG

Executive Searcherinnen bzw. Searcher und Headhunterinnen bzw. Headhunter führen in der Regel zusammen (Kontakt mit beiden Parteien, Selektion).

Personal- und Unternehmensberatende führen nicht immer zusammen, da sie oftmals nur mit einer Partei Kontakt haben. Solange sie nur beraten, fallen sie nicht unter das AVG. Sobald sie aber im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit auch Parteien zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführen, gelten sie als Vermittlerin bzw. Vermittler.

Das Management von Künstlerinnen und Künstlern ist in der Regel als Vermittlerin bzw. Vermittler zu betrachten.

Ausnahmen:

1. Ist das Management in Form eines Arbeitsvertrags nach OR von der Künstlerin bzw. vom Künstler angestellt, handelt es als Hilfsperson der Künstlerin bzw. des Künstlers (die Suche einer Vertragspartei für sich selbst ist keine Vermittlung). Das auftragsrechtlich verpflichtete Management (und damit Vermittlerin oder Vermittler) verliert hingegen die Vermittlungseigenschaft nicht, wenn es auch noch den Engagementvertrag stellvertretend für die Künstlerin bzw. den Künstler abschliesst.
2. Personen, die eine ganze Veranstaltung auf eigene Rechnung und eigenes Risiko organisieren oder im Auftrag von Dritten für einen Teil oder die ganze Veranstaltung verantwortlich zeichnen und in dieser Funktion Künstlerinnen oder Künstler selber engagieren, also als Arbeitgebende/Auftraggebende auftreten, vermitteln nicht.

2.1.1.2 KEINE BEWILLIGUNGSPFLICHTIGE ARBEITSVERMITTLUNG NACH AVG LIEGT IN DER REGEL IN FOLGENDEN FÄLLEN VOR:

Nach Artikel 6 AVV bei der unentgeltlich ausgeübten Vermittlungstätigkeit von

a. Bildungsinstitutionen, die ausschliesslich Absolventinnen und Absolventen vermitteln, nachdem diese ihre Ausbildung mit einem staatlich oder durch einen repräsentativen Berufsverband anerkannten Abschluss beendet haben; und

b. Arbeitgebenden, die ihre Arbeitnehmenden vermitteln. Bewilligungspflichtig hingegen ist, wer von den Arbeitgebenden ein Entgelt fordert.

Das «unentgeltlich» bezieht sich auf die Arbeitnehmenden, d.h. von ihnen darf kein Entgelt verlangt werden.

Outplacement-Beratende haben ihrem Berufsethos entsprechend nur mit den Stellensuchenden und den ehemaligen Arbeitgebenden Kontakt, jedoch nicht mit möglichen neuen Arbeitgebenden. Üblicherweise führen daher Outplacement-Beratungsbetriebe keine Arbeitnehmenden mit Arbeitgebenden zusammen. Outplacement-Beratende erhalten in der Regel die Entschädigung unabhängig davon, ob die Bemühungen den Stellensuchenden zu einer neuen Stelle verhelfen. Deshalb liegt grundsätzlich keine bewilligungspflichtige Vermittlungstätigkeit vor.

Try and Hire wird üblicherweise von Verleihbetrieben, die ihre Arbeitnehmenden in den Dienst der Kundin bzw. des Kunden übertreten lassen, ausgeübt. Für die Entschädigung ist Artikel 22 Absatz 3 und 4 AVG massgebend. Obwohl der Verleihbetrieb dabei seine Temporärarbeitnehmenden vermittelt, braucht er in Anwendung von Artikel 6 Buchstabe b AVV neben der Verleihbewilligung keine

Vermittlungsbewilligung (s. oben, ausser es wird von den Arbeitnehmenden ein Entgelt dafür erhoben).

Die Vermittlung von Prominenten ist keine Arbeitsvermittlung im Sinn des AVG, sofern diese Personen an den Anlässen/Treffen nur anwesend sein müssen. Ebenso verhält es sich mit der Vermittlung von Escortservices. In aller Regel handelt es sich dabei bloss um das Bieten von Gesellschaft für eine vereinbarte Zeit. Erotische Dienstleistungen werden grundsätzlich weder als Arbeitsleistungen noch als künstlerische oder ähnliche Darbietungen qualifiziert und fallen deshalb ebenso wenig unter den Geltungsbereich des AVG. Nach herrschender Lehre werden erotische Dienstleistungen nicht im Rahmen eines klassischen arbeitsvertraglichen Vertragsverhältnisses erbracht; vielmehr liegt ein «arbeitsvertragsähnlicher Innominatsvertrag» vor.

Anders ist zu beurteilen, wenn die vermittelten Personen eine Arbeitsleistung, z.B. das Moderieren eines Anlasses, erbringen und dabei dem Weisungsrecht des Veranstaltungsmanagements unterstehen oder neben dem reinen Anwesendsein eine künstlerische Darbietung erbringen.

Stellenanzeiger mit einem oder ohne einen journalistischen Hauptteil

Das Herausgaben eines Publikationsorgans, das nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang steht und in welchem mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebenden Handel betrieben wird, gilt als Arbeitsvermittlung (Artikel 1 Buchstabe d AVV). Der Adressenhandel in Form spezieller Stellenanzeiger gilt somit als Vermittlung, da hier die Personalien von Stellensuchenden oder freie Stellen von Arbeitgebenden in ein Publikationsorgan aufgenommen werden, die nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang stehen. Diese Regelung gilt auch für journalistische Erzeugnisse in elektronischen Medien. Die Regeln des Datenschutzes sind dabei speziell zu beachten (vgl. auch 2.6.4). Für die Beurteilung des journalistischen Hauptteils sind folgende Punkte zu beachten:

a) Das journalistische Erzeugnis muss mengenmässig deutlich überwiegen, d.h. den Hauptzweck bilden. Es hilft einem Verlag in diesem Zusammenhang nicht, wenn er mittels Grossbuchstaben und/oder anderem Layout den journalistischen Teil im Gegensatz zu den Stelleninseraten oder Stellengesuchen aufbläht. Vielmehr muss der journalistische Teil inhaltlich überwiegen. Im Fall des Internets stellt ein Inhaltsverzeichnis des Druckerzeugnisses kein journalistisches Erzeugnis dar.

b) Arbeitsvermittlung liegt auch dann vor, wenn neben den Stelleninseraten/-gesuchen andere Arten von Inseraten, wie z.B. für Wohnungen, Liegenschaften, Autos, usw. veröffentlicht werden, ohne dass ein journalistischer Hauptteil vorliegt. D.h. auch wenn der Anteil der Arbeitsvermittlungsinserate geringer ist als der Anteil der übrigen Inserate, liegt dennoch eine Vermittlungstätigkeit vor.

c) Im Fall des Internets kann auch direkt auf die Stelleninserate Zugriff genommen werden, ohne dass eine Bewilligungspflicht bejaht werden muss, solange die Stelleninserate mit einem Hauptteil in Verbindung stehen und klar hervorgeht, dass es sich dabei um eine Unteradresse des journalistischen Hauptteils handelt. Falls hingegen die Stelleninserate sowohl bezüglich Layout und Internetadresse einen eigenständigen Auftritt haben, muss eine Bewilligungspflicht bejaht werden.

Liegt nach der genannten Beurteilung kein journalistischer Hauptteil vor, sind die Herausgebenden der Publikationsorgane als Vermittlerinnen bzw. Vermittler zu betrachten, die dem AVG unterstehen.

Beispiel:
Firmen, die im Radio oder Fernsehen Stellen anbieten oder Stellengesuche veröffentlichen, betätigen sich als Vermittlerinnen bzw. Vermittler. Das Radio oder das Fernsehen selbst sind hingegen in der Regel (ausser es handelt sich um spezielle Werbesender) keine Vermittlungsbetriebe, da ihre Tätigkeit einen journalistischen Hauptteil aufweist.

2.1.1.3 VERMITTLUNGSMÖGLICHKEITEN (ART. 1A AVV)

In Absatz 1 werden die gängigsten Medien, über welche Vermittlungshandlungen erfolgen können, aufgeführt, ohne diese jedoch abschliessend aufzuzählen. Dies ist erforderlich, wird anderenfalls darunter nur die klassische Vermittlung über ein Vermittlungsbüro oder einen Stellenanzeiger verstanden. Eine Vermittlungshandlung beschränkt sich aber nicht nur auf diese zwei Möglichkeiten.

Nach Absatz 2 ist die Vermittlung über Medien, bei denen Stellensuchende sich nicht zum Voraus über den Inhalt eine Übersicht verschaffen können, nicht bewilligungsfähig. Bei solchen Medien ist auch die Einhaltung der Gebührenverordnung nur schwer überprüfbar. So ist zum Beispiel die Vermittlung via gebührenpflichtige Telefonnummern nur bewilligungsfähig, wenn mittels geeigneter Einrichtung den Stellensuchenden vorab eine Übersicht über das Stellenangebot vermittelt wird und somit direkt auf die Angebote zugegriffen werden kann, die Telefonkosten in etwa abschätzbar sind und keine unnötigen Telefongebühren bezahlt werden müssen. Dasselbe gilt für die Internetvermittlung. Stellensuchende müssen eine Übersicht über alle Stellenangebote erhalten und direkt auf die Stellen zugreifen können. Nach dem Grundsatz des AVG sollen die Stellensuchenden vor Ausbeutung geschützt werden.

2.1.2 WELCHE VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT IST BEWILLIGUNGSPFLICHTIG? (ART. 1–7 AVV)

Bewilligungspflichtig ist das regelmässige und entgeltliche Vermitteln.

Die Voraussetzungen der Bewilligungspflicht beziehen sich auf alle drei in Artikel 2 AVG genannten Arten der Vermittlung:

a. auf die Vermittlung von Arbeitsverträgen (Art. 2 Abs. 1 AVG),

b. auf die Vermittlung von Personen für künstlerische und ähnliche Darbietungen (Art. 2 Abs. 2 AVG) und

c. auf die Auslandvermittlung (Art. 2 Abs. 3 AVG).

DIE EINZELNEN ELEMENTE:

2.1.2.1 REGELMÄSSIGKEIT (ART. 2 AVV)

Artikel 2 AVV umschreibt sowohl einen qualitativen (Bst. a) als auch einen quantitativen Tatbestand (Bst. b). Damit Regelmässigkeit vorliegt, muss einer der beiden Tatbestände vorliegen (Alternativbedingung).

Buchstabe a:

Die Bereitschaft zu vermehrtem Anbieten ist das entscheidende Kriterium für die Regelmässigkeit. Auf diese Bereitschaft lassen insbesondere das Aufführen der Vermittlungstätigkeit im Handelsregistereintrag oder entsprechende organisatorische Vorkehren, insbesondere die Veröffentlichung

von Werbeinseraten, das Drucken von entsprechendem Briefpapier oder Visitenkärtchen, oder das Betreiben einer Internetseite auf die Aufnahme der Tätigkeit schliessen. «Angeboten» wird eine Vermittlungstätigkeit aber nicht nur durch die genannten Beispiele, sondern auch durch die auf eine entsprechende Anfrage hin signalisierte Bereitschaft zum Tätigwerden. Aufgrund dieser Rechtsgrundlage sind auch professionelle ausländische Vermittlungsagenturen, die oft argumentieren, sie würden nur sporadisch in die Schweiz vermitteln, vom AVG erfasst.

Buchstabe b:

Es wird regelmässig vermittelt, wenn der Vermittlungsbetrieb innerhalb der letzten zwölf Monate in mindestens zehn Fällen aktiv geworden ist. Die einmalige Vermittlung einer Gruppe von mehreren Personen ist dabei als ein Fall zu zählen. Wird hingegen eine Person mehrmals vermittelt, liegen mehrere Vermittlungen vor.

Wichtig:

Tätigt ein Vermittlungsbetrieb innert zwölf Monaten neun Inland- und neun Auslandvermittlungen, würde dies gemäss Artikel 2 Buchstabe b AVV weder in Bezug auf die Inland- noch auf die Auslandvermittlung als regelmässige Tätigkeit gelten. Diese Lösung erscheint unbillig, da bei solch regen Vermittlungsaktivitäten doch eine klare Bereitschaft der Betreffenden zum Ausdruck kommt, in einer Mehrzahl von Fällen zu vermitteln. In diesem speziellen Fall ist deshalb auf eine Bereitschaft im Sinn von Artikel 2 Buchstabe a AVV und nicht auf die Anzahl der getätigten Vermittlungen abzustellen.

2.1.2.2 ENTGELT (ART. 3 AVV)

Ein Entgelt liegt bereits vor, wenn Aufwendungen (Spesen usw.) vergütet werden. Es spielt keine Rolle, wer das Entgelt entrichtet (Stellensuchende, Arbeitgebende oder Dritte). Entscheidend ist lediglich, dass es sich um eine Leistung handelt, für welche die Vermittlung ursächlich ist. Bei einem Internetvermittlungsbetrieb, der sich ausschliesslich über Werbebanner finanziert, liegt somit keine entgeltliche Vermittlung im Sinn des AVG vor.

2.1.3 AUSLANDVERMITTLUNG (ART. 5 AVV)

2.1.3.1 ALLGEMEIN

Unter den Begriff Auslandvermittlung gemäss AVG lassen sich vier Fälle subsumieren:

Schweiz – Ausland:

Eine arbeitsuchende Person, die sich in der Schweiz aufhält, wird an eine Arbeitsstelle im Ausland vermittelt.

Ausland – Schweiz:

Eine arbeitsuchende Person, die sich im Ausland aufhält, wird an eine Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt. Darunter fällt auch die Vermittlung einer Grenzgängerin oder eines Grenzgängers, die oder der erstmals in der Schweiz eine Berufstätigkeit aufnehmen soll.

Unter diese Kategorie fällt beispielsweise auch die Vermittlung von Cabaret-Tänzerinnen, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und für laufende Engagements über einen Ausweis L verfügen.

Aufgrund dieses Ausweises L sind sie jedoch nur kurzfristig für bestimmte Engagements auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen. Mit dem Ablauf des Ausweises sind sie aus Sicht des inländischen Arbeitsmarktes wieder so zu betrachten, wie wenn sie sich im Ausland befinden würden. **Demzufolge bedarf es bei der Vermittlung von solchen Tänzerinnen innerhalb der Schweiz einer Bewilligung zur Auslandvermittlung. Diese wird durch das SECO ausgestellt.** Aufgrund der Aufhebung des Tänzerinnen-Statuts auf den 1. Januar 2016 ist die Erwerbstätigkeit für Cabaret-Tänzerinnen, die nicht aus einem EU/EFTA-Staat stammen, nicht mehr möglich.

Ausland – Ausland:

Eine sich im Ausland aufhaltende arbeitsuchende Person wird an eine Arbeitsstelle im Ausland vermittelt. Diese Tätigkeit eines Vermittlungsbetriebs wird vom AVG nur dann erfasst, wenn sie eine ausreichende Anknüpfung zur Schweiz aufweist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Vermittlungsbetrieb seinen Sitz in der Schweiz hat und entweder mindestens ein Teil der Vermittlungshandlungen in der Schweiz vorgenommen wird oder für die vertraglichen Verpflichtungen zwischen Vermittlungsbetrieb und arbeitsuchender Person resp. Arbeitgebenden schweizerisches Recht anwendbar ist. Mit einem Sitz in der Schweiz können beide Annahmen in der Regel bejaht werden, ansonsten gäbe es für einen Betrieb keinen Grund in der Schweiz seinen Sitz zu haben und damit die entsprechende Rechtssicherheit zu geniessen. Auch ist der örtliche Aspekt heutzutage nicht mehr stark zu gewichten, da über das Internet von überall remote für einen Betrieb gearbeitet werden kann und das Resultat der Vermittlung (z.B. die Einnahmen) dennoch in der Schweiz anfallen wird.

Schweiz – Schweiz:

Eine stellensuchende Person, die sich in der Schweiz aufhält, wird an eine Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt. Diese Vermittlungsart gilt als Auslandvermittlung, wenn die arbeitsuchende Person, **die sich bereits in der Schweiz aufhält,** Ausländerin oder Ausländer ist, jedoch noch nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist. Dies trifft etwa zu auf Touristinnen bzw. Touristen, Schülerinnen bzw. Schüler, Studentinnen bzw. Studenten oder Asylbewerberinnen bzw. Asylbewerber (Art. 2 Abs. 4 AVG).

Eine Auslandvermittlung liegt auch bei Kurzaufenthalterinnen und Kurzaufenthaltern vor (Ausweis L). Denn sie sind ausschliesslich für die Dauer eines konkreten Einsatzes bzw. Arbeitsvertrags auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen. Wie am Beispiel der Cabaret-Tänzerinnen aufgezeigt, betrifft die Vermittlung von Kurzaufenthalterinnen und Kurzaufenthaltern (Ausweis L) aber den Fall Ausland-Schweiz.

Nicht als Auslandvermittlung gilt die Vermittlung von EU/EFTA Staatsangehörigen, die bereits im Besitz eines C-, B- oder G Ausweises sind. Auch Drittstaatenangehörige fallen nicht unter die Auslandvermittlung, wenn sie über einen Ausweis C oder B verfügen, der zur Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ohne Auflagen ausgestellt wurde.

Ebenso wenig fallen vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer sowie vorläufig aufgenommene Flüchtlinge mit Ausweis F unter die Auslandvermittlung, da diese zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind.

Die Nationalität der vermittelten Person spielt nur im vierten Fall (Schweiz–Schweiz) eine Rolle. In den Fällen 1–3 ist irrelevant, ob Schweizerinnen bzw. Schweizer oder Ausländerinnen bzw. Ausländer vermittelt werden.

2.1.3.2 DER SPEZIALFALL DER VERMITTLUNG ÜBERS INTERNET

Da das Internet weltweit einsehbar ist, wäre grundsätzlich jederzeit eine grenzüberschreitende Vermittlung möglich. Nicht jeder Betrieb, der über das Internet vermittelt, will jedoch grenzüberschreitend tätig werden. Bei den Internetvermittlungsagenturen wird deshalb genau gleich wie bei den übrigen Vermittlungsbetrieben auf die Selbstdeklaration bei der Gesuchseinreichung abgestellt und nicht zum Vornherein eine Auslandvermittlung angenommen. Deshalb benötigen Internetvermittlungsagenturen nicht in jedem Fall eine eidgenössische Bewilligung. Sobald sie jedoch grenzüberschreitend tätig werden, müssen sie eine eidgenössische Bewilligung einholen. Ansonsten würden sie sich des Verstosses nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe a AVG schuldig machen.

→ Nachfolgende Ausführungen gelten ebenfalls für den Personalverleih:

2.1.4 ZWEIGNIEDERLASSUNGEN, BETRIEBSSTÄTTEN, HAUPTSITZ UND TOCHTERGESELLSCHAFTEN

Je nach rechtlicher und wirtschaftlicher Struktur eines Unternehmens wird unterschieden zwischen:

- Hauptsitz
- Tochtergesellschaft
- Zweigniederlassung
- Betriebsstätte

Tochtergesellschaften sind rechtlich vom Hauptsitz unabhängige Unternehmen und immer bewilligungspflichtig.

Als Zweigniederlassungen gelten gemäss Rechtsprechung zu Artikel 935 OR Betriebe, die rechtlich zwar vom Hauptsitz abhängig sind, das heisst zur gleichen juristischen Person oder Gesellschaft gehören, wirtschaftlich jedoch eine gewisse Selbstständigkeit aufweisen und daher im Handelsregister eingetragen werden können bzw. müssen. Nicht nur rechtlich selbstständige Unternehmen (Hauptsitze, Tochtergesellschaften), sondern **auch Zweigniederlassungen sind bewilligungspflichtig.** In Bezug auf das Bewilligungsverfahren wird unterschieden zwischen Zweigniederlassungen, die nicht im gleichen Kanton wie der Hauptsitz domiziliert sind, und solchen, die im gleichen Kanton wie der Hauptsitz liegen (vgl. Ausführungen zu Art. 4 AVG in 2.3.1.1).

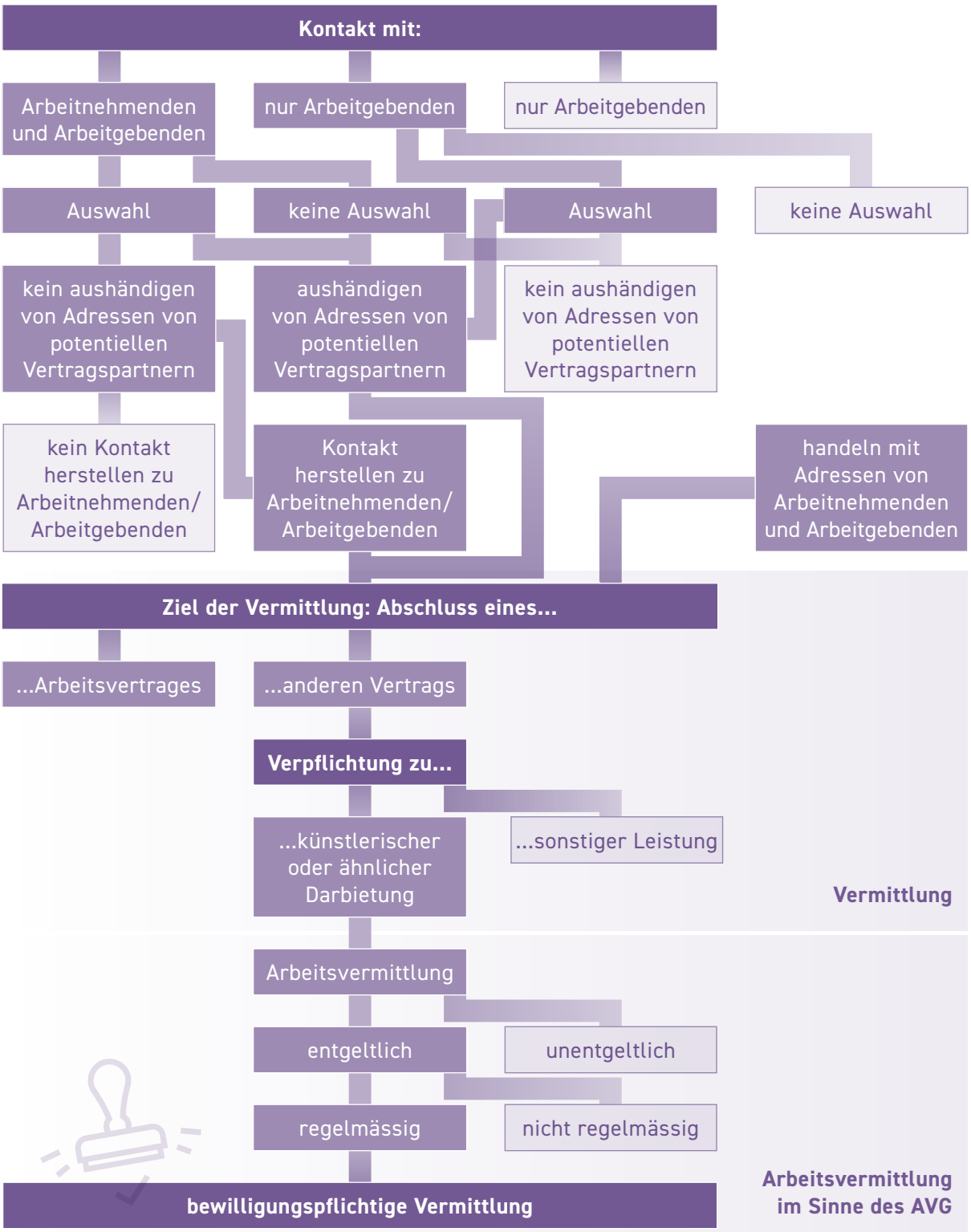
Lediglich als Betriebsstätten gelten demgegenüber Betriebsteile, welche die Kriterien einer Zweigniederlassung nach Artikel 935 OR mangels genügender wirtschaftlicher Selbstständigkeit nicht erfüllen. Betriebsstätten sind als zusätzliche Geschäftsadressen in der Bewilligung des Hauptsitzes resp. einer Zweigniederlassung als Geschäftsstelle aufzuführen. **Sie bedürfen nur dann keiner eigenen Bewilligung,** wenn sie in einem Kanton betrieben werden, in welchem sich auch der Hauptsitz oder eine Zweigniederlassung befinden.

Daraus folgt:

Eine Betriebsstätte setzt das Vorhandensein des Hauptsitzes oder der Zweigniederlassung im selben Kanton voraus. Mit anderen Worten ist das Führen einer Betriebsstätte in einem Kanton, in welchem weder ein Hauptsitz noch eine Zweigniederlassung derselben Unternehmung ihren Sitz haben, nicht zulässig. In diesem Fall muss entweder die Tätigkeit eingestellt oder die Betriebsstätte zu einer eintragungsfähigen Zweigniederlassung aufgewertet werden, mit der Folge, dass eine entsprechende Bewilligung einzuholen ist.

Bezüglich der Bewilligungserteilung wird auf 2.3 verwiesen.

2.1.5 ÜBERSICHT BEWILLIGUNGSPFLICHT



2.2 ARTIKEL 3 AVG VORAUSSETZUNGEN DER BEWILLIGUNGSERTEILUNG (ART. 8–12 AVV)

Die nachfolgenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch für den Personalverleih nach Artikel 13 AVG und Artikel 32–41 AVV. Abweichende Regelungen für den Personalverleih werden im entsprechenden Kapitel abgehandelt.

Die im AVG und in der AVV festgelegten Voraussetzungen müssen in ihrer Gesamtheit von allen bewilligungspflichtigen Vermittlungsbetrieben im Sinn des AVG erfüllt werden.

Ausnahmen:

Berufliche und gemeinnützige Vermittlungsinstitutionen bedürfen keines Handelsregistereintrags und sind vom Nachweis eines zweckmässigen Geschäftslokals befreit (Art. 3 Abs. 4 AVG).

2.2.1 BETRIEBLICHE VORAUSSETZUNGEN (ART. 3 ABS. 1 AVG, ART. 8 AVV)

2.2.1.1 EINTRAG IM SCHWEIZERISCHEN HANDELSREGISTER (Bst. a)

Der Betrieb muss mit seiner Firma eingetragen werden. Die Adresse muss auf den Ort der effektiven Geschäftsausübung (Adresse der Niederlassung) lauten. Allfällige ihm zugeordnete Betriebsstätten können, müssen aber nicht, eingetragen werden.

Zu beachten:

Die Bewilligung wird pro Zweigniederlassung erteilt. Da der Handelsregistereintrag eine der Bewilligungsvoraussetzungen ist, genügt nur der Eintrag des Hauptsitzes nicht, sondern muss auch jede Zweigniederlassung eingetragen werden. Gesuchstellenden, die sich diesen Anforderungen widersetzen, kann aus Sicht des AVG keine Bewilligung erteilt werden (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Mai 2016 betreffend Verleihtätigkeit durch die XY Group AG, B-434/2015).

Als Firmenzweck ist die Vermittlungstätigkeit zu nennen oder diese Tätigkeit sollte zumindest aus einem Oberbegriff sinngemäss hervorgehen. In diesem Fall kann von den Gesuchstellenden eine Selbstdeklaration verlangt werden, welche präzisiert, dass sie auch die Vermittlung ausüben.

Die in der Bewilligung als für die Leitung verantwortliche Person muss aus dem Registereintrag hervorgehen. Die Eintragungspflicht ergibt sich aus der HRegV, welche verlangt, dass die zur Vertretung berechtigten Personen zu nennen sind: Einzelunternehmen Artikel 38 Buchstabe f, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe g und Absatz 2 Buchstabe i, Aktiengesellschaft Artikel 45 Absatz 1 Buchstabe o, Kommanditaktiengesellschaft Artikel 68 Absatz 1 Buchstabe o, Gesellschaft mit beschränkter Haftung Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe q, Genossenschaft Artikel 87 Absatz 1 Buchstabe l, Stiftung Artikel 95 Absatz 1 Buchstabe j.

Gemäss Artikel 110 Absatz 1 Buchstabe e HRegV muss bei der Zweigniederlassung die Person, die zur Vertretung der Zweigniederlassung berechtigt ist, ins Handelsregister eingetragen werden, sofern ihre Zeichnungsberechtigung nicht aus dem Eintrag der Hauptniederlassung hervorgeht. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Zeichnungsberechtigung auf die Zweigniederlassung beschränkt. Eine unbeschränkte Zeichnungsberechtigung beim Hauptsitz erstreckt sich auch auf die Zweigniederlassung, weshalb ein Eintrag dort nicht vorgenommen werden kann. Wenn beim Handelsregister am Hauptsitz

kein Eintrag besteht, kann die für die Leitung verantwortliche Person in ihrer Funktion im Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragen werden. Die Zeichnungsberechtigung ist in diesem Fall auf die Zweigniederlassung beschränkt.

Werden für einzelne Dienstleistungen Marken verwendet, ist darauf zu achten, dass der Betrieb den Zweck so formuliert, dass auf eine Marke Bezug genommen wird. Ein solcher Eintrag dient der Transparenz. Gestützt auf die Firmen- und Namengebrauchspflicht (Art. 954a OR) ist gegenüber dem Publikum in der Korrespondenz, auf der Internetseite etc. und gegenüber den Vertragsparteien in den Verträgen immer die im Handelsregister eingetragene Firma vollständig und unverändert anzugeben. Logos, Geschäftsbezeichnungen und ähnliche Angaben können zusätzlich verwendet werden. Nutzt der Betrieb für seine Dienstleistungen eine Marke, ist darauf hinzuweisen, dass die alleinige Verwendung der Marke nicht zulässig ist.

Demzufolge ist bei Verwendung einer Marke immer klarzustellen, dass es sich um eine Marke der Firma XY handelt.

– Im Internetauftritt ist auf der Eingangsseite auf diesen Umstand hinzuweisen. Vor Erteilung einer Bewilligung ist dies von einem Betrieb zu verlangen.
– Im VZAVG kann die Marke als Geschäftsstelle eingetragen werden, dann erscheint dieser Markenauftritt im Verzeichnis der bewilligten Betriebe.
– Im Handelsregister ist ein entsprechender Eintrag im Zweck ebenfalls sinnvoll. Die Entscheidung hierzu wird dem Betrieb überlassen.

Mit diesen Vorkehrungen können entsprechende Nachfragen bei den AVG-Vollzugsbehörden vermieden werden.

2.2.1.2 ZWECKMÄSSIGES GESCHÄFTSLOKAL (Bst. b)

Grundsätzlich muss der Vermittlungsbetrieb zumindest über einen Büroraum zur alleinigen, vollzeitigen Benutzung verfügen und auch am Büro- und Hauseingang sowie am Briefkasten angeschrieben sein. Dies gilt auch für Co-Working Arbeitsplätze.

In einigen Branchen wickelt der Vermittlungsbetrieb seine Geschäfte nur sehr selten in seinen eigenen Räumlichkeiten ab. In diesen Fällen sind an das Geschäftslokal geringere Anforderungen zu stellen. Ein Wohnraum kann unter speziellen Umständen genügen, allerdings sollte es sich in diesem Fall um einen ausschliesslich für diese Tätigkeit reservierten Raum handeln. Vom gesuchstellenden Betrieb kann verlangt werden, dass er eine Bestätigung der Hausvermietung vorlegt, wonach ihm diese die Ausübung dieser Tätigkeit in der Wohnung gestattet. Den Kantonen wird grosse Handlungsfreiheit bei der Würdigung des Einzelfalls eingeräumt. Gesundheits-, bau- und gewerbepolizeiliche Vorschriften bleiben vorbehalten. Insbesondere sei auch an das DSG erinnert, welches in Artikel 7 verlangt, dass die Datenbearbeitung technisch und organisatorisch so auszugestalten ist, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden.

Die Bezeichnung eines **virtuellen Arbeitsraums,** auch **virtuelles Büro** genannt, als Geschäftslokal ist grundsätzlich **nicht zulässig,** denn ein virtuelles Büro ist üblicherweise bloss eine Adresse für ein Unternehmen, an welcher nicht gearbeitet wird. Eine mittels virtual Office-Adresse bei einem Anbieter von Arbeitsräumen erworbene Geschäftspräsenz kann dennoch mehr als nur eine repräsentative Adresse inklusive Firmenschild bieten. Es kann beispielsweise ein Postbearbeitungsservice in Anspruch genommen werden (Empfang von Briefen, Pakete sowie Kuriersendungen). Solche Einrichtungen

bieten zudem die Möglichkeit, Büroräumlichkeiten punktuell, bei Bedarf zu nutzen. Auf diese Weise könnten Betriebe von einem Standort aus tätig werden, ohne dass sie über ein eigenes Geschäftslokal verfügen und auf sie vor Ort ein Zugriff besteht. Ein solches Vorgehen entspricht nicht dem Willen der gesetzgebenden Gewalt und kann demnach nicht bewilligt werden. Besteht hingegen auch am Standort des virtuellen Arbeitsraums die Möglichkeit, ein komplett eingerichtetes und auf Dauer gemietetes Geschäftslokal zu beziehen, welches über eigene Anschlüsse verfügt und auch den datenschutzrechtlichen Vorgaben genügt, kann diese Art von Geschäftslokal zugelassen werden.

Nicht zulässig ist ferner die Verwendung einer c/o-Adresse. Der Vermittlungsbetrieb benötigt eine eigene Anschrift, ansonsten besteht die Gefahr, dass eine sogenannte Briefkastenfirma eröffnet wird.

2.2.1.3 KEIN GEFÄHRDENDES GEWERBE BETREIBEN (Bst. c)

Der Betrieb darf neben der Vermittlung kein «gefährdendes Gewerbe» ausüben (vgl. dazu 2.8.3.2.):

Artikel 8 Absatz 2 AVV schliesst in Bezug auf einzelne Gewerbe zwingend eine Bewilligungserteilung aus, weil das Gefährdungspotential generell als zu hoch eingestuft wird. Aufgrund von Buchstabe d dürfen Betreibende solcher Betriebe wie auch Personen, die in solchen Betrieben angestellt sind, keine Vermittlungsbewilligung erhalten.

Diese Regelung zielt insbesondere auf Eigentümerinnen und Eigentümer sowie Leiterinnen und Leiter von Cabarets, die gleichzeitig eine Vermittlungsagentur für Cabaret-Tänzerinnen führen möchten. Es kann nicht dieselbe Person einerseits für die Vermittlung von Tänzerinnen und andererseits als deren Arbeit gebender Betrieb für das Cabaret die Verantwortung übernehmen. Damit soll eine Abhängigkeit der Tänzerinnen von den Arbeitgebenden resp. vom Vermittlungsbetrieb, speziell die Einschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit, vermieden werden. Auch Miteigentümerinnen und Miteigentümer fallen unter diese Einschränkung.

Besitzt ein und dieselbe Person oder Firma ein Vergnügungslokal oder leitet dieses und möchte nun eine Vermittlungsagentur eröffnen, ist dies verboten, da die Verantwortung betrieblich, örtlich und personell nicht klar getrennt ist. Auch Mitarbeitende einer Vermittlungsagentur können nicht gleichzeitig für ein Vergnügungslokal tätig sein. Die Führung des Vermittlungsbetriebs muss an eine von der Leitung des Cabarets unabhängige Person übergeben werden. Dabei muss sichergestellt sein, dass das Cabaret überhaupt keine Beteiligung am neuen Vermittlungsbetrieb, sei es in Form einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters oder von Wertpapieren, behält und keine «Strohmänner» vorgeschoben werden. Ebenso wenig darf sich die Inhaberschaft resp. leitende Person der Vermittlungsagentur an einem Cabaret beteiligen.

Hinweis:
Auf den 1. Januar 2016 ist das Cabaret-Tänzerinnen-Statut aufgehoben worden, welches als Ausnahme für den Zugang von unqualifizierten Arbeitnehmenden aus Drittstaaten vorgesehen hatte, dass Cabaret-Tänzerinnen aus Drittstaaten bis maximal 8 Monate pro Jahr als solche tätig werden konnten.

Die genannten Einschränkungen gelten auch für die Buchstaben b (Heiratsvermittlungsinstitute, heute Partnervermittlungsbetriebe genannt) und c (Kreditinstitute) von Artikel 8 AVV.

Artikel 8 Absatz 1 AVV umschreibt die Gefährdung für Stellensuchende und Arbeitgebende abstrakt. Gestützt auf diesen Absatz können die Bewilligungsbehörden in weiteren Fällen einem Betrieb die Vermittlungstätigkeit untersagen, wenn Hinweise bestehen, dass der Betrieb im Rahmen seiner Vermittlungstätigkeit eine Verbindung zu weiteren geschäftlichen Tätigkeiten herstellen könnte, welche

die Entscheidungsfreiheit seiner Kundinnen und Kunden beeinträchtigen oder sie zusätzlich binden. So sind Handel, Dienstleistungen und Gastgewerbe grundsätzlich kein Hinderungsgrund für eine Bewilligungserteilung. Sie werden es aber möglicherweise im konkreten Einzelfall, wenn zu erwarten ist, dass ein Vermittlungsbetrieb beide Bereiche miteinander so verknüpft, dass er den Stellensuchenden oder den Arbeitgebenden neben der Vermittlung beispielsweise zugleich eine teure Wohnung verkauft oder sie verpflichtet, beim Vermittlungsbetrieb teure Konsumgüter zu kaufen. Dass eine Schule für Models Absolventinnen und Absolventen ihrer Kurse auch vermittelt, ist an sich unbedenklich. Sobald sie aber regional eine Monopolstellung einnimmt und Models nur vermittelt, nachdem sie auch die Kurse besucht haben, dürften die Models in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt sein.

Bereits vor 2014 durften Betriebe auf der Grundlage von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c AVG und Artikel 8 Absatz 1 und 2 AVV für die Vermittlung resp. Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c AVG und Artikel 32 Absatz 1 AVV für den Personalverleih keine Vermittlungs- oder Verleihtätigkeiten gegenüber Betrieben ausüben, von denen sie nicht unabhängig waren.

Mit der per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen AVV-Revision wurden auch im Sinn der Transparenz in Artikel 8 AVV neu ein Absatz 3 und in Artikel 32 AVV ein Absatz 2 eingefügt. Damit kann eine Bewilligung verweigert werden, wenn der Vermittlungs- oder Personalverleihbetrieb Stellensuchende oder Arbeitnehmende an Personen vermitteln oder verleihen will, von denen er nicht unabhängig ist.

Grundsätzlich hat das AVG mit Artikel 1 Buchstabe c den Schutz der Arbeitnehmenden, welche die private Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen, zum Zweck. Es ist nicht im Sinn dieses Schutzes, wenn der Vermittlungs- oder Personalverleihbetrieb nicht unabhängig von den Kundinnen bzw. Kunden ist, an die er vermittelt oder verleiht.

Bei der Vermittlung hat zum Beispiel auch der Vermittlungsbetrieb ein Interesse daran, für die Stellensuchenden einen möglichst hohen Lohn auszuhandeln, weil seine Provision von der Lohnhöhe abhängig ist. Ist der Vermittlungsbetrieb vom Kundenbetrieb nicht unabhängig, besteht die Gefahr, dass nicht der höchstmögliche Lohn vereinbart wird. Auch in anderer Hinsicht besteht die Gefahr, dass nicht auf alle Interessen der Stellensuchenden Rücksicht genommen wird.

Beim Personalverleih besteht auch die Gefahr, dass Einsatzbetriebe eigene oder von ihnen kontrollierte Verleihbetriebe gründen und mangels der unabhängigen Stellung des Verleihbetriebs die Interessen der Arbeitnehmenden tangiert werden können. Mittels solcher Konstellationen könnten zum Beispiel die Einsatzbetriebe davon profitieren, dass sie mit dem Einsatz von verliehenem Personal im Gegensatz zu einer ordentlichen Anstellung von eigenem Personal über das OR die kürzeren Kündigungsfristen des AVG einhalten müssten.

Deshalb kann die Zusammenarbeit zwischen Familienmitgliedern oder Personen, zwischen denen eine vertragliche Vereinbarung oder eine anderweitige Verbindung besteht, nicht zugelassen werden (z.B. in Form einer Zusammenarbeit zwischen Befreundeten, Geschäftspartnerinnen bzw. -partner oder über Mittelspersonen). Es sind aber auch andere Konstellationen denkbar, bei welchen die mangelnde Unabhängigkeit die Interessen der Stellensuchenden oder verliehenen Arbeitnehmenden, aber auch der neuen Arbeitgebenden oder Einsatzbetriebe gefährden könnte. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 23. Dezember 2021 (2C_659/2020) ein vom SECO aufgrund der wirtschaftlichen und persönlichen Verflechtungen mittels Auflage verfügtes Zusammenarbeitsverbot bestätigt. Mit dieser Praxis wird verhindert, dass ein Betrieb eine Verleihfirma gründet oder sich daran beteiligt und auf diesem Weg zu «günstigeren» Konditionen Personal an sich selbst verleihen kann. Ebenso wird sichergestellt, dass ein Vermittlungsbetrieb die Stellensuchenden zur Wahrung ihrer Interessen nicht an einen Drittbetrieb, von welchem er abhängig ist, vermitteln darf. Auf dieser Grundlage können

entsprechende Bewilligungsgesuche, wenn überhaupt, nur mit dem Vorbehalt, dass an genannte Betriebe nicht vermittelt resp. nicht verliehen werden darf, erteilt werden. Bereits erteilte Bewilligungen können entsprechend auch aufgehoben oder angepasst werden, wenn im Nachhinein entsprechende Verflechtungen und Zusammenarbeiten bekannt werden.

2.2.2 PERSÖNLICHE VORAUSSETZUNGEN (ART. 3 ABS. 2 AVG, ART. 9 AVV)

Für die Bewilligungserteilung sind nur die Qualifikationen der verantwortlichen Personen relevant. Diese müssen ihrerseits für die fachgerechte Vermittlungstätigkeit sämtlicher Mitarbeitenden Gewähr bieten. Ist die verantwortliche Person nicht in der Lage, Fehler von Mitarbeitenden zu verhindern, so zieht dies eine Sanktion gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c AVG (Bewilligungsentzug, Androhung des Entzuges) nach sich. Ein gesuchstellender Betrieb kann demnach nicht die Kenntnisse seiner Anwältin bzw. seines Anwalts oder Treuhänderin bzw. Treuhänders vorschieben.

Die Sicherstellung einer fachlich einwandfreien Vermittlungstätigkeit kann fraglich sein, wenn die für die Leitung verantwortliche Person für mehrere Betriebe gleichzeitig verantwortlich ist oder berufliche Nebenerwerbstätigkeiten ausübt. Der erhebliche Zeitaufwand für die Leitung verschiedener Betriebe oder die Art der Nebenerwerbstätigkeiten könnten die fachliche Qualität der Geschäftstätigkeit negativ beeinflussen. In diesen Fällen ist die Erfüllung dieser Bewilligungsvoraussetzung jeweils im Einzelnen zu prüfen. Als Richtwert gilt die Anwesenheit von mindestens 50 % im Betrieb. Eine für die Leitung verantwortliche Person kann also grundsätzlich nur für zwei Betriebe verantwortlich sein. Ausnahmsweise kann die Zuständigkeit für drei Betriebe zugelassen werden. Vorausgesetzt wird, dass die drei Geschäftssitze jeweils maximal 50 Kilometer voneinander entfernt liegen. Die Distanz wird mittels Google Maps berechnet. Der Fokus wird auf das Fortbewegungsmittel Auto und auf die kürzeste Wegstrecke gelegt. Die verantwortliche Person von drei Betrieben ist somit verpflichtet, in jedem Betrieb zu 33,33 % anwesend zu sein.

Die für die Leitung verantwortliche Person sollte grundsätzlich einen Arbeitsvertrag mit dem Vermittlungs- oder Verleihbetrieb vorweisen können. Ausnahmsweise kann es genügen, dass die verantwortlichen Leiter und Leiterinnen vom Betrieb für diese Funktion nicht angestellt, sondern mandatiert sind. In diesen Fällen ist den Behörden der Mandatsvertrag vorzulegen, welcher explizit auf diese Funktion hinweist. Weiter sollte aus dem Mandatsvertrag hervorgehen, dass eine langfristige Beziehung zwischen dem Betrieb und dem mandatierten Leiter oder der mandatierten Leiterin vorgesehen ist. Auch muss die Ernsthaftigkeit einer langfristigen Mandatierung aus dem Vertrag hervorgehen, ansonsten die Garantie für eine fachgerechte Vermittlungstätigkeit angezweifelt werden muss. Dies kann zum Bespiel mit einer Vereinbarung über eine stabile Entschädigung belegt werden.

2.2.2.1 SCHWEIZER STAATSANGEHÖRIGE ODER AUSLÄNDISCHE STAATSANGEHÖRIGE MIT NIEDERLASSUNGSBEWILLIGUNG (Bst. a)

Mit dem Inkrafttreten des FZA hat die Bestimmung, wonach die für die Leitung verantwortlichen Personen Schweizer Staatsangehörige oder ausländische Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung sein müssen, eine Änderung erfahren. Seither sind Staatsangehörige der EU – je nach Aufenthaltstitel – ebenfalls als verantwortliche Personen zugelassen. Dasselbe gilt für Staatsangehörige der EFTA. Weitere Ausführungen hierzu finden sich in 3.10.4.

Für ausländische Familienangehörige von EU/EFTA-Staatsangehörigen gelten – ungeachtet ihrer Nationalität – die Bestimmungen des FZA. Mit anderen Worten sind diese Personen ebenfalls zur Leitung eines Vermittlungs- oder Verleihbetriebs zugelassen.

Drittstaatsangehörige als Familienmitglieder von Schweizer Staatsangehörigen können sich nur dann auf das FZA berufen, wenn sie zusammen mit diesen aus einem Mitgliedstaat der EU oder EFTA in die Schweiz zurückkehren bzw. einreisen und somit von den Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen [vgl. BGE 129 II 249]. Reisen ausländische Staatsangehörige als Familienmitglieder von Schweizer Staatsangehörigen aus einem nicht EU/EFTA-Staat in die Schweiz ein, gelangt das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) zur Anwendung. Diese Personen können sich nicht auf das FZA berufen. Reist beispielsweise ein mit einer Schweizerin verheirateter US-Staatsangehöriger oder französischer Staatsangehöriger aus den USA in die Schweiz ein, kommt er als verantwortlicher Leiter für einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb im Sinn des AVG nicht in Frage.

2.2.2.2 FÜR FACHGERECHTE VERMITTLUNG GEWÄHR BIETEN (Bst. b)

Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b AVG sieht vor, dass nur Personen, die über gewisse Erfahrungen und Branchenkenntnisse verfügen, eine Vermittlungsbewilligung erhalten dürfen. Aufgrund von Artikel 9 AVV müssen neben einer Berufslehre oder gleichwertigen Ausbildung und der mehrjährigen Berufstätigkeit deshalb kumulativ Buchstabe a oder b erfüllt sein.

Die gesuchstellende Person muss im Besitz einer anerkannten Vermittlungs- oder Verleihausbildung sein oder eine mehrjährige Berufserfahrung in der Arbeitsvermittlung, im Personalverleih, in der Personal-, Organisations- oder Unternehmensberatung oder im Personalwesen aufweisen. Mehrjährig bedeutet mindestens 3 Jahre.

Das «insbesondere» ermöglicht im Einzelfall eine gewisse Flexibilität, falls eine gesuchstellende Person die genannten Voraussetzungen nach Buchstabe a oder b nicht vollumfänglich erfüllt, jedoch aufgrund der Gesamtumstände dennoch geeignet für eine Bewilligungserteilung erscheint. Von dieser Möglichkeit ist jedoch äusserst zurückhaltend Gebrauch zu machen.

In der Praxis kommen folgende Ausnahmen in Betracht:

- für Gesuchstellende mit Universitätsabschluss;
- für Gesuchstellende mit einer höhere Berufsbildung wie die eidgenössische Berufsprüfung und die eidgenössische höhere Fachprüfung oder mit Bildungsgängen höherer Fachschulen;
- für hochspezialisierte Fachleute, bei welchen anzunehmen ist, dass sie aufgrund ihrer Spezialkenntnisse in einer spezifischen Branche die Vermittlung ebenso gut tätigen können, wie Personen, welche die Voraussetzung nach Buchstabe a und b erfüllen;
- für Gesuchstellende, die folgende Ausbildungen absolviert haben:
  - das Modul «Arbeitsrecht» im Vorbereitungskurs zum eidgenössischen Fachausweis für HR-Fachleute;
  - das Modul «Sozialversicherungen» im Vorbereitungskurs zum eidgenössischen Fachausweis für HR-Fachleute und
  - eine Ausbildung, die mit dem Tätigkeitsbereich der verantwortlichen Person in Zusammenhang steht (HR, Vermittlung, Beratung, etc.).

    Mit Blick auf die Gesamtumstände können ausnahmsweise auch gesuchstellende Personen zugelassen werden, die sich bereit erklären, die Module zu besuchen. Die Ausbildung ist grundsätzlich frei wählbar. Die zuständige Behörde prüft, ob die gewählte Ausbildung geeignet ist.

Falls die verantwortliche Person bereits über internationale Erfahrung im Bereich Vermittlung verfügt, einzig Erfahrungen auf dem Schweizer Arbeitsmarkt fehlen, kann die zuständige Behörde von der dritten Ausbildung absehen und nur die Teilnahme an den beiden Modulen «Arbeitsrecht» und «Sozialversicherungen» verlangen. Da diese Ausbildungen nicht mit einem Diplom abgeschlossen werden können, besteht für die verantwortliche Person alternativ die Möglichkeit, die Ausbildung zur Personalassistentin bzw. zum Personalassistenten oder zur Sachbearbeiterin bzw. zum Sachbearbeiter Personalwesen zu absolvieren. Diese Lehrgänge müssen mit Zertifikat bzw. Diplom abgeschlossen werden. Die Bewilligungsverfügung enthält jeweils den Hinweis enthalten, dass die verantwortliche Person ihren Verpflichtungen nachkommen muss und die Bewilligung andernfalls entzogen werden kann.

– für Gesuchstellende, die selbst einmal einen Betrieb geführt haben, in dem sie auch mit der Personalführung (mindestens 5 Mitarbeitende) betraut waren;

– für Künstlerinnen, Künstler und Modelle, die längere Zeit in der Branche gearbeitet haben (mindestens 5 Jahre), und in dieser Zeit genügend Einblick in die Tätigkeit einer Vermittlungsagentur erhalten haben.

– Bei bestimmten Bereichen der Vermittlungstätigkeit, die sehr spezifisch sind wie beispielsweise die Vermittlung von Sportlerinnen bzw. Sportlern, Künstlerinnen bzw. Künstlern und Modellen oder die Vermittlung, bei der eine Internetplattform bereitgestellt wird, kann im Einzelfall auf die Teilnahme an den vorerwähnten Ausbildungen verzichtet werden. Die verantwortliche Person müsste in einem solchen Fall bereits einen vertieften Einblick in die Branche erhalten und somit Spezialkenntnisse erworben haben. Das ist denkbar, wenn sie beruflich in diesem Umfeld tätig war oder auf eine sportliche Karriere verweisen kann.

– Das Erfüllen der genannten Ausnahmemöglichkeiten bedeutet jedoch nicht, dass die persönlichen Voraussetzungen im Sinn von Artikel 9 Buchstabe a und b AVV bejaht werden können. Im Einzelfall kann dieser Entscheid nur in Würdigung der Gesamtumstände erfolgen.

2.2.2.3 GUTER LEUMUND (Bst. c)

Für einen **guten Leumund** ist insbesondere das Fehlen von

– Vorstrafen

– Betreibungen

– Konkursen

– Steuerschulden massgeblich.

Vorstrafen, Betreibungen, Konkurse oder Steuerschulden sind grundsätzlich insofern von Interesse, als sie die Tätigkeit der Betreffenden als verantwortliche Person in Frage stellen, das heisst einen Bezug zur Vermittlungstätigkeit haben können. So wird in aller Regel eine Verurteilung wegen eines Strassenverkehrsdelikts die Eignung für die Vermittlung nicht in Frage stellen. Wenn jedoch geringere Straftaten, auch solche aus dem SVG, mehrfach begangen wurden, kann dies ein Hinweis darauf sein, dass die gesuchstellende Person generell gesetzliche Vorschriften oder behördliche Vorgaben nicht einhalten kann oder will. In solchen Fällen können diese Einträge zu Lasten der Gesuchstellenden gewichtet werden. Es dürfen keine Verurteilungen oder finanziellen Probleme vorliegen, die mit früheren Geschäftstätigkeiten zusammenhängen, dies insbesondere, wenn dabei noch Arbeitnehmende zu Schaden gekommen sind.

Die einzureichenden Dokumente (Strafregisterauszug, Betreibungsregisterauszug, Bescheinigung über bezahlte Steuern, Leumundszeugnis, usf.) dürfen zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs maximal 6 Monate alt sein.

2.2.3 AUSLANDVERMITTLUNG (ART. 10 AVV)

An den Nachweis, ob die Bedingungen von Artikel 10 AVV erfüllt sind, dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Angaben der Gesuchstellenden genügen in der Regel. Es bleibt der Bewilligungsbehörde jedoch unbenommen, im Einzelfall (gestützt auf Art. 6 AVG) weitere Unterlagen einzufordern oder sich durch ein persönliches Gespräch vom Vorliegen der erforderlichen Kenntnisse zu überzeugen.

Der Vermittlungsbetrieb hat bei Auslandvermittlungen auch die ausländerrechtlichen Bestimmungen über Aufenthalt und Arbeitsaufnahme im entsprechenden Land zu berücksichtigen. Es werden somit in diesen Fällen höhere Anforderungen gestellt als bei der Binnenvermittlung. Die Erteilung der Bewilligung für die grenzüberschreitende Auslandsvermittlung bietet keine Gewähr dafür, dass die Vermittlungstätigkeit in jedem beliebigen Land zugelassen ist. Die Betriebe stehen somit in der Pflicht, die jeweilige ausländische Gesetzgebung zu beachten und zu befolgen.

Auslandvermittlung darf nur mit einer eidgenössischen Bewilligung zur Auslandvermittlung betrieben werden. Diese setzt einen Sitz des Unternehmens in der Schweiz voraus (Art. 3 Abs. 1 Bst. a AVG, Handelsregistereintrag).

Da die regelmässige und entgeltliche private Arbeitsvermittlung in der Schweiz bewilligungspflichtig ist, ist es einer Vermittlungsagentur mit Sitz im Ausland verwehrt, in die Schweiz hinein tätig zu sein, denn die notwendige Voraussetzung des Handelsregistereintrags (Art. 3 Abs. 1 Bst. a AVG) kann ein ausländischer Betrieb ohne Sitznahme in der Schweiz nicht erfüllen. Will eine ausländische Vermittlungsagentur dennoch in die Schweiz hinein tätig werden, muss sie mit einem bewilligten schweizerischen Vermittlungsbetrieb zusammenarbeiten oder aber einen Firmensitz in der Schweiz gründen.

Die Zusammenarbeit ist den Bewilligungsbehörden zu melden. Für die Zusammenarbeit zwischen ausländischem und inländischem Vermittlungsbetrieb gilt Folgendes:

- Bei der Wahl des bewilligten Schweizer Vermittlungsbetriebs ist darauf zu achten, dass /es sich in der Regel um einen reinen Vermittlungsbetrieb handelt. Verfügt die ausgewählte Partnerin bzw. der ausgewählte Partner ausnahmsweise auch über eine Verleihbewilligung, muss sowohl der kantonalen Behörde als auch dem SECO schriftlich bestätigt werden, dass die an den Schweizer Betrieb vermittelten Stellensuchenden an einen unabhängigen Drittbetrieb weitervermittelt werden und nicht zwecks Verleihs direkt bei der Partnerin bzw. dem Partner angestellt werden. In diesem Fall würde es sich um direkte und mithin verbotene Vermittlung aus dem Ausland handeln.
- Falls von den Stellensuchenden eine Vermittlungsprovision erhoben wird, darf diese nicht mehr als 5 % des ersten Bruttojahreslohnes betragen (Art. 3 Abs.1 GebV-AVG). Der inländische und ausländische Vermittlungsbetrieb muss sich diesen Betrag teilen.
- Alle Vermittlungshandlungen auf Schweizer Boden sind durch den Schweizer Vermittlungsbetrieb vorzunehmen. Die ausländische Vermittlungsagentur darf keinen direkten Kontakt mit den Schweizer Arbeitgebenden haben. Instruktionen der Kundin bzw. des Kunden in der Schweiz müssen über den Schweizer Vermittlungsbetrieb an die Agentur im Ausland weitergegeben werden.

– Die ausländische Vermittlungsagentur darf gestützt auf die Informationen, die sie vom Schweizer Vermittlungsbetrieb erhält, Stellenanzeigen publizieren. Diese Anzeigen müssen ausdrücklich darauf hinweisen, dass die Vermittlung in Zusammenarbeit mit einem bewilligten Schweizer Vermittlungsbetrieb erfolgt. In der Stellenanzeige ist darauf hinzuweisen, dass Stellengesuche an den bewilligten Schweizer Vermittlungsbetrieb weitergeleitet werden und dieser sie nach Schweizer Recht bearbeiten wird. Stellengesuche sind durch die ausländische Vermittlungsagentur an den Schweizer Vermittlungsbetrieb weiterzuleiten. Der Schweizer Vermittlungsbetrieb nimmt dann eine Auslese der Kandidatinnen und Kandidaten aufgrund der Anweisungen der Kundinnen bzw. Kunden vor.

Wird trotzdem direkt und damit ohne die erforderliche Bewilligung vom Ausland in die Schweiz vermittelt, kann dies Sanktionen für die ausländische Vermittlungsagentur und den mit ihr zusammenarbeitenden Arbeitgebenden nach sich ziehen (vgl. Art. 39 AVG).

Die Bewilligungspflicht setzt bekanntlich voraus, dass regelmässig und entgeltlich vermittelt wird. Für die Beurteilung des Kriteriums der «Regelmässigkeit» der ausländischen Vermittlungsagentur wird auf ihre gesamte Tätigkeit abgestellt, nicht nur auf die in die Schweiz hinein, denn es ist nicht überprüfbar, ob sie weniger als zehnmal in die Schweiz hinein tätig wird. Aus ihrem Marktauftritt, z.B. dem Internetauftritt, ist leicht erkennbar, ob es sich bei ihr um eine kommerziell tätige Agentur handelt.

2.2.4 BEWILLIGUNGSGESUCH (ART. 11 UND 40 AVV)

Gesuchsformulare für das Bewilligungsverfahren können bei der zuständigen kantonalen Behörde bezogen werden.

Für die Beurteilung eines Gesuches müssen mindestens folgende Dokumente vorliegen:

1) Ein vollständig ausgefülltes, datiertes und unterzeichnetes **Bewilligungsgesuchformular** des Betriebs.

2) Ein vollständig ausgefülltes, datiertes und unterzeichnetes **Formular betreffend die für die Leitung verantwortliche Person** (zusätzliche Verweise auf beigelegte Dokumente sind zulässig).

3) Sämtliche **Dokumente, die klar belegen,** dass die für die Leitung verantwortliche Person alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

Beispiele:

– Die Person führt im beigelegten Lebenslauf einen Universitätsabschluss auf. Die kantonale Arbeitsmarktbehörde muss eine Kopie dieses Universitätsabschlusses verlangen.

– Die Person führt im beigelegten Lebenslauf an, eine gewisse Zeit bei bestimmten Firmen in einer bestimmten Position gearbeitet zu haben. Die kantonale Arbeitsmarktbehörde muss Kopien der Arbeitszeugnisse oder Arbeitsbestätigungen anfordern.

4) Eine Kopie eines **gültigen Ausweises** der für die Leitung verantwortlichen Person: Bei Schweizer Staatsangehörigen eine Kopie der Identitätskarte oder des Passes; bei ausländischen Staatsangehörigen zudem zusätzlich eine Kopie der entsprechenden Aufenthaltsbewilligung.

5) Sämtliche von der AVG-Behörde nach Artikel 10a und 34a AVV zu prüfenden **Musterverträge** inklusive allfällige allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder andere Verträge, auf die in den Musterverträgen verwiesen wird.

6) Bei Vermittlung:

   Vermittlungsbetriebe, die von den Stellensuchenden kein Entgelt verlangen, müssen dies belegen, indem sie ihren Mustervertrag mit den Kundinnen und Kunden vorlegen, oder eine entsprechende Erklärung abgeben.

7) Bei Personalverleih:

   a. Es muss genau abgeklärt werden, ob der Betrieb beabsichtigt **Temporärarbeit und/oder Leiharbeit** zu betreiben. Die Verträge dieser beiden Verleihformen sind nicht identisch. Falls ein Betrieb den Personalverleih in beiden Formen ausüben will, müssen die entsprechenden Musterverträge vorgelegt werden.

   b. Originalurkunde der geleisteten **Kaution,** der Kanton kann dem SECO in der Folge eine Kopie davon weiterleiten.

8) Das Original eines aktuellen (maximal sechs Monate alten; ab Gesuchseinreichung beim Kanton) und öffentlich beglaubigten **Handelsregisterauszugs,** da Auszüge, die über Internet eingeholt wurden, keine Rechtswirkung entfalten und ohne Gewähr sind.

9) Das Original des aktuellen (maximal sechs Monate alten) **Strafregisterauszugs** der für die Leitung verantwortlichen Person.

10) Das Original des aktuellen (maximal sechs Monate alten) **Betreibungsregisterauszugs** der für die Leitung verantwortlichen Person. Der Auszug muss Auskunft über das laufende und über die zwei vergangenen Jahre geben. Sollte die für die Leitung verantwortliche Person innerhalb dieser Zeitspanne neu zugezogen sein, so ist auch die Auskunft des Betreibungsamts des früheren Wohnsitzes einzufordern.

11) Eine schriftliche Auskunft der Wohnsitzgemeinde der für die Leitung verantwortlichen Person über die **Bezahlung der Steuerrechnungen** der letzten zwei Jahre.

12) Das Original des aktuellen (maximal sechs Monate alten) **Leumundszeugnisses** der für die Leitung verantwortlichen Person. Da nicht mehr alle Kantone das Leumundszeugnis kennen, liegt es im Ermessen der kantonalen AVG-Behörde, ob sie dieses Zeugnis verlangen will.

13) Ein Dokument (Mietvertrag o.ä.), welches belegt, dass der Betrieb über ein **zweckmässiges Geschäftslokal** verfügt und er dort seine Tätigkeit ausüben darf.

Die Kantone dürfen die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung / zum Personalverleih nur erteilen, wenn sie vorgängig Einsicht in die erwähnten Dokumente nehmen konnten. Nur so kann geprüft werden, ob die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung erfüllt sind.

Falls neben der kantonalen Bewilligung auch eine eidgenössische Bewilligung beantragt wird, hat die zuständige kantonale Arbeitsmarktbehörde dem SECO das diesbezügliche Gesuch mit allen aufgeführten Dokumenten weiterzureichen (dies gilt auch für Bewilligungsänderungen). **Unvollständige Gesuche können nicht bearbeitet werden.** Zusätzlich wird die kantonale Behörde angewiesen, dem SECO zusammen mit dem Gesuch folgende Dokumente einzureichen:

1. Kantonale **Verfügung(en)** betreffend die Erteilung der Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung / zum Personalverleih.

2. **Bewilligung(en)** zur privaten Arbeitsvermittlung / zum Personalverleih des kantonalen Arbeitsamts.

2.3 ARTIKEL 4 AVG DAUER UND UMFANG DER BEWILLIGUNG (ART. 13 AVV)

Die nachfolgenden Ausführungen gelten immer auch für den Personalverleih nach Artikel 15 AVG und Artikel 42 AVV, ausser es wird im Kapitel zu Artikel 15 AVG speziell erwähnt.

2.3.1 BEWILLIGUNG

Die Bewilligung wird auf den Betrieb ausgestellt. Sie wird unbefristet erteilt. Eine Befristung ist laut dem klaren Willen der gesetzgebenden Gewalt (Art. 4 Abs. 1 AVG) nicht möglich.

Als «Betrieb» gilt die juristische oder natürliche Person oder die Gesellschaft, in deren Namen die Vermittlungstätigkeit ausgeübt wird.

Die kantonale Bewilligung berechtigt zur Vermittlung in allen Branchen in der ganzen Schweiz.

Die eidgenössische Bewilligung berechtigt zur Auslandvermittlung in allen Branchen. Sie kann auf gewisse Staaten begrenzt werden.

Örtliche oder sachliche Einschränkungen des Geltungsbereichs können gemacht werden. Angaben im Gesuchformular über Berufe und Branchen, auf die sich die Vermittlungstätigkeit bezieht, dienen einerseits der Festlegung des Tätigkeitsbereichs in der Bewilligung, andererseits der Erstellung des Verzeichnisses der bewilligten Vermittlungs- und Verleihbetriebe. Eine Ausdehnung führt auch immer zu einer Änderung der Bewilligung, was gebührenpflichtig ist.

Durch die Bewilligungserteilung werden Rechte erteilt und Pflichten auferlegt, weshalb die Bewilligung in der Form einer Verfügung erlassen ist. Dies gilt sowohl für die erstmalige Bewilligungserteilung wie auch für jede Änderung der Bewilligung.

Die Bewilligungsbehörde stellt zwei Dokumente aus:

– einerseits eine **Verfügung;**

– anderseits eine **Bewilligungsurkunde.**

In der Verfügung kann für die meisten Angaben auf die Urkunde als integrierenden Bestandteil verwiesen werden. Sie hat auf jeden Fall eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten.

Die Bewilligungsurkunde hat Publizitätscharakter. Artikel 13 AVV enthält eine Aufzählung der Angaben, welche die Urkunde mindestens enthalten muss. Es steht den Kantonen frei, weitere Angaben darin aufzuführen. So kann beispielsweise eine Marke, die eine Dienstleistung des Betriebs bezeichnet, auf der Bewilligungsurkunde festgehalten werden.

Eine Publikation der Bewilligungsurkunde auf der Webseite des Betriebs ist nicht gestattet, da die Gefahr eines Missbrauchs der Abbildungen besteht. Stattdessen empfiehlt das SECO, auf der Webseite auf das Verzeichnis der bewilligten privaten Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihbetriebe (VZAVG) hinzuweisen, in welchem alle in der Schweiz bewilligten Betriebe zu finden sind: http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis.

2.3.1.1 BEWILLIGUNGSPFLICHT VON ZWEIGNIEDERLASSUNGEN UND BETRIEBSSTÄTTEN

Liegt die Zweigniederlassung in einem anderen Kanton als der Hauptsitz, hat sie im normalen Verfahren eine Bewilligung zu beantragen. Zweigniederlassungen erhalten stets eine eigene Bewilligung. Ab Datum der Bewilligungserteilung, welches im VZAVG ersichtlich ist, darf sie ihre Vermittlungstätigkeit aufnehmen (die Bewilligung hat konstitutiven Charakter).

Liegen Hauptsitz und Zweigniederlassung in demselben Kanton, so gelten einige administrative Vereinfachungen (Art. 2 Abs. 5 AVG). In diesem Fall darf die Zweigniederlassung ihre Geschäftstätigkeit aufnehmen, sobald sie der zuständigen Bewilligungsbehörde gemeldet worden ist. Die Bewilligung wird nach Eingang der Meldung bei der zuständigen Behörde in einem normalen Bewilligungsverfahren erteilt. In diesem Fall hat die Bewilligung lediglich deklaratorischen Charakter. Sind bei der Zweigniederlassung die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt, setzt ihr die Behörde eine Frist zur Behebung der Mängel. Verstreicht die Frist unbenutzt, wird die Bewilligung verweigert und die Einstellung der Vermittlungstätigkeit verfügt. Meldepflichtig ist der Hauptsitz. Adressatin bzw. Adressat der Bewilligungsverfügung ist die Zweigniederlassung.

Betriebsstätten erhalten keine eigene Bewilligung, sondern werden auf der Urkunde der Haupt- oder Zweigniederlassung, zu der sie rechtlich gehören, als Geschäftsstelle aufgeführt. Sie dürfen ihre Geschäftstätigkeit erst aufnehmen, wenn die im gleichen Kanton liegende verantwortliche Haupt- oder Zweigniederlassung der zuständigen kantonalen Behörde die Eröffnung der Betriebsstätte gemeldet hat. Der Betrieb, auf deren Bewilligung die «andere Adresse» aufgeführt ist, haftet für die gesetzeskonforme Vermittlungstätigkeit seiner Betriebsstätte.

Zu beachten:

Änderungen bezüglich der Sachverhalte, die für den Fortbestand der Bewilligungsvoraussetzungen massgebend sein können, sind gemäss Artikel 14 AVV der zuständigen kantonalen Behörde sofort mitzuteilen. Da die behördlich genehmigten Verträge in der Praxis als Bewilligungsvoraussetzung gelten, sind auch Vertragsanpassungen der kantonalen Behörde zwecks Prüfung vorzulegen (Art. 10a AVV).

Für die Definition der Zweigniederlassung und der Betriebsstätte wird auf 2.1.4. verwiesen.

2.3.2 BEWILLIGUNGSGEBÜHR

In Artikel 1 der GebV-AVG sind die Gebühren, die Betriebe für die Bewilligung bezahlen müssen, geregelt. Die Gebühren sind je nach Aufwand, den die Behörden betreiben mussten, abgestuft. Wie der geleistete Aufwand zu berechnen ist, liegt im Ermessen der jeweiligen Vollzugsbehörde. Sie ist bei der Festlegung der Gebühren innerhalb der in der GebV-AVG angegebenen Bandbreite frei.

Für Arbeitsvermittlungsstellen gemeinnütziger Institutionen gilt, dass in Härtefällen die Gebühren entweder herabgesetzt oder gänzlich erlassen werden können. Die Verordnung verzichtet darauf auszuführen, was unter Härtefällen zu verstehen ist, bzw. enthält keine Angaben darüber, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit die Gebühr herabgesetzt oder weggelassen werden kann. Der Gebührenherabsetzungs- bzw. erlasstatbestand ist insbesondere dann erfüllt, wenn die Begleichung der vollen Bewilligungsgebühr zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Institution führen würde. Massgebend hierfür sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Notlage oder die grosse Härte muss im Rahmen des Begehrens ausgewiesen und belegt sein. Die Behörden entscheiden dann nach freiem Ermessen.

Es kommt vor, dass Betriebe ein Bewilligungsverfahren einleiten und das Gesuch noch vor Bewilligungserteilung zurückziehen. Oder sie reagieren nicht auf behördliche Schreiben, und das Bewilligungsverfahren kann nicht zu Ende geführt werden. Haben die Behörden in solchen Fällen bereits Arbeiten vorgenommen, kann gestützt auf Absatz 4 von Artikel 1 GebV-AVG der Aufwand bis zur maximalen Höhe der Bewilligungsgebühr in Rechnung gestellt werden.

2.3.3 PERIODISCHE ÜBERPRÜFUNG DER BEWILLIGUNGSVORAUSSETZUNGEN (ART. 6 AVG)

Die Bewilligung wird unbefristet erteilt. Die Bewilligungsbehörden können im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht überprüfen (periodisch, gelegentlich oder auf speziellen Anlass hin), ob die Bewilligungsvoraussetzungen noch erfüllt sind. Die Kompetenz solche Überprüfungen vorzunehmen, ergibt sich aus Artikel 6 AVG. Gemäss dieser Bestimmung ist der Vermittlungsbetrieb verpflichtet, den Bewilligungsbehörden auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

2.3.4 DAS VORGEHEN BEI GESCHÄFTSÜBERNAHMEN

Bei den AVG-Bewilligungen handelt es sich um Polizeibewilligungen, die im Einzelfall per Verfügung erteilt werden. Grundsätzlich bestehen für die Übertragbarkeit von solchen Bewilligungen folgende Regelungen:

– personenbezogene Bewilligungen: sind nicht übertragbar (Bsp.: Führerschein);

– sachbezogene Bewilligungen: sind übertragbar (Bsp.: Fahrzeugausweis)

In der Praxis bedeutet dies bei personenbezogenen Bewilligungen regelmässig, dass das absorbierende Unternehmen über alle Bewilligungen, die für den Betrieb des Geschäfts des absorbierten Unternehmens notwendig waren, verfügen muss. Die Bewilligungen des übertragenden Unternehmens fallen dahin.

Da es sich bei den AVG-Bewilligungen um personenbezogene Bewilligungen handelt, die im Einzelfall auf eine bestimmte Firma mit einer für die Leitung bestimmten Person erteilt werden, sind sie nicht übertragbar.

Solche Geschäftsübergänge sind deshalb als Neubewilligungen zu behandeln. Das absorbierende Unternehmen muss somit ein Gesuch für eine neue Bewilligung einreichen.

2.4 ARTIKEL 5 AVG ENTZUG DER BEWILLIGUNG (ART. 15, 16 AVV)

Die nachfolgenden Ausführungen gelten grundsätzlich immer auch für den Personalverleih nach Artikel 16 AVG und Artikel 44 und 45 AVV. Abweichungen werden im Kapitel zu Artikel 16 AVG speziell erwähnt.

2.4.1 ALLGEMEIN

Unter den Begriff «Vermittler» im Sinn von Artikel 5 ff. AVG fallen der Betrieb selbst, die für die Vermittlung verantwortlichen Leiterinnen und Leiter sowie alle mit der Vermittlung betrauten Personen.

Artikel 5 Absatz 2 AVG bezieht sich nur auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c AVG. Das hat zur Folge, dass in Fällen von Buchstabe c stets eine Frist anzusetzen ist, innert welcher der Vermittlungsbetrieb den rechtmässigen Zustand wiederherstellen muss.

Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips kann grundsätzlich auch in den Fällen von Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a und b AVG vor einem Entzug eine Wiederherstellungsfrist angesetzt werden.

Dies ist in den meisten Fällen sogar sinnvoll, damit ein Gericht in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren den Entzug aufgrund des fehlenden rechtlichen Gehörs nicht aufhebt.

Handelt es sich aber um gravierende Mängel, die eine sofortige behördliche Intervention erfordern, oder um Mängel, die gar nicht heilen können, so kann auf eine Fristansetzung verzichtet werden (Art. 15 Abs. 1 Bst. a AVV).

Ebenfalls besteht die Möglichkeit, in solchen Fällen für die Wiederaufnahme der Vermittlungstätigkeit eine Wartefrist bis zu zwei Jahren zu verfügen. Die Wartefrist kann gegen den Betrieb, gegen die für die Leitung verantwortliche Person und gegen wirtschaftliche Berechtigte ausgesprochen werden (Art. 15 Abs. 1 Bst. b AVV). Damit kann verhindert werden, dass eine für die Leitung verantwortliche Person oder eine wirtschaftlich berechtigte Person nach dem Entzug einfach für einen neuen Betrieb ein Gesuch stellt. Manchmal wird auch versucht, für den neuen Betrieb eine andere Person als für die Leitung verantwortlich zu nennen, obwohl die bisherige für die Leitung verantwortliche Person am neuen Betrieb beteiligt ist.

Der Entzug der kantonalen Bewilligung hat zwingend den Entzug der Bewilligung zur Auslandvermittlung (eidgenössische Bewilligung) zur Folge, da das Vorhandensein einer kantonalen Bewilligung eine unabdingbare Voraussetzung für die eidgenössische Bewilligung bildet. Das SECO erlässt jeweils eine eigene Verfügung.

Wird die Bewilligung zur Auslandvermittlung entzogen, prüft die kantonale Bewilligungsbehörde nach eigenem Ermessen, ob der Sachverhalt auch einen Entzug der kantonalen Bewilligung notwendig macht.

Nach Artikel 16 AVV wird die Bewilligung aufgehoben, wenn der Betrieb ein entsprechendes Begehren stellt (Abs. 1 Bst. a) oder seine Tätigkeit eingestellt hat (Abs. 1 Bst. b). Letzteres kann angenommen werden, wenn der Betrieb während eines Kalenderjahres keine Vermittlung getätigt hat (Abs. 2).

2.4.2 UNRICHTIGE ODER IRREFÜHRENDE ANGABEN ODER VERSCHWEIGEN WESENTLICHER TATSACHEN

Dieser Tatbestand erfüllt eine für die Leitung verantwortliche Person namentlich dann, wenn:

- sie sich Arbeitszeugnisse von Arbeitgebenden (das kann auch ein Familienmitglied sein, welches einen entsprechenden Betrieb führt) ausstellen lässt, bei welchen sie gar nicht gearbeitet hat, um ihre fehlende Berufserfahrung vorzutäuschen;
- sie sich in den Arbeitszeugnissen falsche Arbeitspensen ausstellen lässt;
- sie Betreibungsregisterauszüge fälscht, bzw. Einträge löscht;
- sie Ausbildungsnachweise, Fachausweise, Diplome, Urkunden usf. fälscht.

In den meisten solchen Fällen erfüllen diese Personen gleichzeitig einen Straftatbestand nach StGB, wie beispielsweise Urkundenfälschung oder Betrug, was somit auch zu einer Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden führen und durch die Behörde zur Anzeige gebracht werden kann, bzw. muss, da es sich um ein Offizialdelikt handeln kann.

Ein Betrieb steht insbesondere dann in der Verantwortung, wenn er:

– fehlerhafte Angaben im Bewilligungsgesuch macht, um Mängel zu vertuschen;

– der Behörde verschweigt, dass er neben der Arbeitsvermittlungsagentur einen Vergnügungs- und Unterhaltungsbetrieb, eine Heiratsvermittlung oder ein Kreditinstitut betreibt.

2.4.3 WIEDERHOLTER ODER SCHWERWIEGENDER VERSTOSS GEGEN DAS AVG ODER SEINE AUSFÜHRUNGSVORSCHRIFTEN ODER GEGEN DIE AUSLÄNDERRECHTLICHEN ZULASSUNGSVORSCHRIFTEN DES BUNDES ODER DER KANTONE

Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe. b AVG verschafft der Bewilligungsbehörde die Rechtsgrundlage, einem Betrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung die Bewilligung zu entziehen.

Verstösse gegen das AVG und seine Ausführungsbestimmungen können z.B. sein:

– Verstoss gegen das Arbeitsrecht oder gegen GAV-Bestimmungen;

– Nichtbezahlung von Sozialabgaben;

– Benützung eines nicht AVG-konformen Vermittlungsvertrags;

– Verletzung der Vorschriften über die Vermittlungsprovision und die Einschreibgebühr;

– Verletzung der Auskunftspflicht;

– Betätigung der Auslandvermittlung ohne im Besitz einer eidgenössischen Bewilligung zu sein.

2.4.4 GEBÜHREN

Die Gebührenverordnung zum AVG sieht nur eine Gebühr vor für die Erteilung und Änderung einer Bewilligung sowie für Bewilligungsgesuche, die zurückgezogen oder nicht weiterverfolgt werden und bezüglich der die Bewilligungsbehörde bereits Arbeiten vorgenommen hat.

Die Aufhebung oder der Entzug einer Bewilligung oder die Ablehnung einer Bewilligungserteilung können der zuständigen Behörde je nach Fall ebenfalls einen erheblichen Aufwand bereiten. Im Abgaberecht gelten jedoch sehr strenge Anforderungen an das Legalitätsprinzip. Für den Entzug oder die Aufhebung einer Bewilligung, aber auch für einen negativen Bewilligungsentscheid kann eine Gebühr demnach nur verlangt werden, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht. Eine solche Grundlage fehlt im AVG.

Eine Gebührenerhebung ist umso mehr nicht gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass:

– die Behörde ihrer vom Gesetz übertragenen Kontrollaufgabe nachkommt;

– damit der Zweck des Gesetzes – Schutz der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmenden – berücksichtigt wird;

– die Öffentlichkeit, der diese Dienstleistung indirekt zu Gute kommt, mittels Steuern dafür aufkommt.

Das AVG delegiert die Festsetzung der Bewilligungsgebühren an den Bundesrat (Art. 4 und Art. 15 AVG). Die GebV-AVG ist deshalb als abschliessende Regelung auszulegen, die den Kantonen keine Kompetenzen für eine selbstständige und weiterführende Gebührenerhebung einräumt.

2.4.5 ENTZUG ODER AUFHEBUNG DER BEWILLIGUNG IM KONKURSFALL

Je nach Umständen **kann** oder **muss** der Konkurs Konsequenzen hinsichtlich der Bewilligung zur Ausübung der Arbeitsvermittlung (oder des Personalverleihs) haben. Der fakultative oder obligatorische Charakter des Einschreitens der Behörde bestimmt sich von Fall zu Fall. Folgende Fälle sind denkbar:

a. Handelt es sich um eine **juristische Person,** die im Handelsregister nach Abschluss eines Konkursverfahrens gelöscht wird (Art. 159a Abs. 1 Bst. b HRegV), existiert das Unternehmen nicht mehr und die Betriebsbewilligung verliert ihre Grundlage.

b. Falls gegen eine **Einzelfirma** ein Konkursverfahren durchgeführt worden ist, verliert ihre Betriebsbewilligung die Existenzgrundlage lediglich, wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird. Die Löschung im Register erfolgt im Prinzip nur, wenn die Firma den Geschäftsbetrieb eingestellt hat (Art. 159a Abs. 1 Bst. a HRegV). Vorbehalten bleibt die Löschung von Amtes wegen bei Geschäftsaufgabe oder -übergabe an eine Dritte bzw. einen Dritten oder infolge Todes der Inhaberin bzw. des Inhabers (Art. 39 Abs. 1 und 2 HRegV).

c. Wird der **Konkurs widerrufen,** hat dies auf die Betriebsbewilligung grundsätzlich keinen Einfluss.

d. Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und innert zwei Jahren nach der Publikation der Eintragung im Handelsregister kein begründeter Einspruch erhoben, wird die juristische Person von Amtes wegen gelöscht und die Betriebsbewilligung verliert wie im Fall a. ihre Grundlage.

e. **Verlangt niemand den Konkurs,** kommt es weder zu einer Konkurseröffnung noch zu einer Einstellung der Tätigkeit von Amtes wegen. Eine mögliche Hürde bezüglich der Eröffnung eines Konkursverfahrens bilden der hohe zu leistende Kostenvorschuss, die fehlende Aussicht auf Deckung der Forderungen oder Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nicht bekannt sind. In diesen Fällen werden im Prinzip die Vermittlungs- und Verleihbewilligungen nicht in Frage gestellt.

2.4.5.1 ENTZUG ODER AUFHEBUNG?

a) **Aufhebung**
Gemäss Artikel 16 und 45 AVV **muss** die Bewilligung aufgehoben werden, wenn die zuständige Behörde von der **Einstellung der Geschäftstätigkeit nach Abschluss eines Konkursverfahrens** Kenntnis erhält. Zu einer Aufhebung der Bewilligung kommt es jedoch nicht, wenn eine Einzelfirma auch nach dem Konkursverfahren ihre Geschäftstätigkeit weiterführt (was gesetzlich möglich ist) oder wenn die Firma nach Widerruf oder Einstellung des Konkurses nicht aufgelöst worden ist.

b) **Entzug**
Die Bewilligung **muss** in jedem Fall in Anwendung von Artikel 5 Absatz. 1 Buchstaben a und b oder Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a und b AVG entzogen werden, wenn die Inhaberin bzw. der Inhaber einer Einzelfirma – selbst bei fortgeführter Tätigkeit nach einem Konkurs –, **wiederholt und in schwerwiegender Weise gegen das AVG, die Arbeitsvermittlungsverordnung oder gegen ausländerrechtliche Zulassungsvorschriften verstossen hat.**

Die Bewilligung **kann** auch entzogen werden, wenn die Firmeninhaberin bzw. der Firmeninhaber offensichtlich **nicht mehr in der Lage** ist, die Vermittlungsaktivitäten (oder Verleihaktivitäten) **fachgerecht** auszuüben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn im Rahmen der Tätigkeit straffälliges Verhalten auftritt. Die gleichen Grundsätze gelten für die Inhaberin bzw. den Inhaber einer Gesellschaft, deren Firma im Handelsregister nicht gelöscht wurde.

Die oder der Betroffene muss dabei in jedem Fall angehört werden, da es sich beim Entzug um eine formelle Verfügung handelt, die den allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsverfahrens unterliegt.

Im **Konkursfall kommt es nicht zwangsläufig zum Entzug,** da der Konkurs nicht in jedem Fall mit einem schlechten Leumund gleichzusetzen ist. Die Kantone verfügen in diesem Fall über ein gewisses Ermessen und können die näheren Umstände in jedem Einzelfall in die Beurteilung mit einbeziehen.

Wiederherstellungsfrist: Wenn gewisse Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nicht mehr erfüllt sind, kann die Behörde anstelle eines Bewilligungsentzugs der Bewilligungsinhaberin bzw. dem Bewilligungsinhaber eine Frist zur Wiederherstellung im Sinn von Artikel 5 Absatz. 2 und Artikel 16 Absatz. 2 AVG einräumen.

2.4.5.2 ZU WELCHEM ZEITPUNKT MUSS EINGEGRIFFEN WERDEN?

Ist die Bewilligung **aufzuheben,** darf die Behörde nicht einschreiten, bevor die Einzelfirma oder die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wird. Hat die Behörde Kenntnis von einer Konkurseröffnung, muss sie den Fall bis zum Ausgang des Verfahrens pendent halten. Bevor sie die Aufhebung der Bewilligung verfügt, muss sie sich sowohl beim zuständigen Konkursamt wie auch beim Handelsregisteramt informieren. Da die Aufhebung primär einen feststellenden Charakter hat, gilt sie auch, wenn sie infolge Geschäftsschliessung nicht mehr zugestellt werden kann.

Sofern die Bewilligung **entzogen** werden kann oder muss, greift die Behörde ein, sobald sie Kenntnis von der Eröffnung des Konkursverfahrens hat und prüft, ob die Voraussetzungen für den Entzug erfüllt sind beziehungsweise ob es sinnvoll ist, der Geschäftsführung eine Wiederherstellungsfrist anzusetzen.

2.4.5.3 VERFÜGUNG ODER EINFACHE MITTEILUNG?

Da es sich bei der **Aufhebung** der Bewilligung um ein Vorgehen mit feststellendem Charakter handelt, genügt eine **Mitteilung.** Hat ein Unternehmen oder eine Gesellschaft die Geschäftstätigkeit eingestellt oder aufgehört zu existieren, ist der Erlass einer formellen Verfügung nicht erforderlich.

Im Fall eines **Entzugs** muss eine **formell anfechtbare Verfügung** mit Rechtsmittelbelehrung erlassen werden, denn es handelt sich um einen konstitutiven Akt, mit welchem den Betroffenen Rechte eingeräumt oder Pflichten auferlegt werden.

Die **Wiederherstellungsfrist** kann sowohl mit einer Verfügung als auch in Form einer blossen Mitteilung angesetzt werden, wobei diese Mitteilung folgenden Hinweis beinhalten muss: «Auf Verlangen der empfangsberechtigten Person wird ihr innert zehn Tagen der Inhalt der vorliegenden Mitteilung in Form einer anfechtbaren Verfügung eröffnet».

2.4.5.4 WELCHE KOSTEN WERDEN ERHOBEN?

Sowohl bei der **Aufhebung** wie auch beim **Entzug** der Bewilligung (mit oder ohne Fristansetzung) handelt die Behörde von Amtes wegen und nicht auf Verlangen der Bewilligungsinhaberin bzw. des Bewilligungsinhabers. Aus diesem Grund dürfen auch **keine Kosten** auferlegt werden.

2.4.5.5 VERFAHREN ZWISCHEN DER KANTONALEN BEHÖRDE UND DEM SECO

Die kantonale Behörde ist im Prinzip informiert über die Eröffnung eines Konkurses. Allenfalls entscheidet sie erst nach Rücksprache mit dem **SECO** über die Massnahmen, die in Bezug auf die

kantonale Bewilligung zu ergreifen sind. Sie informiert danach das SECO über das Vorgehen. Sofern das Unternehmen oder die Gesellschaft eine eidgenössische Bewilligung besitzt, folgt das SECO hinsichtlich der eidgenössischen Bewilligung der kantonalen Behörde in den getroffenen Massnahmen. Das Vorgehen ist von den beiden Behörden zu koordinieren.

2.5 ARTIKEL 6 AVG AUSKUNFTSPFLICHT (ART. 14 AVV)

Die Auskunftspflicht des Vermittlungsbetriebs gemäss Artikel 6 AVG besteht sowohl vor als auch nach der Bewilligungserteilung, ebenso anlässlich der Überprüfung des weiteren Bestandes der Bewilligungsvoraussetzungen. Diese Bestimmung findet im Übrigen auch auf nicht bewilligte Betriebe Anwendung. Wenn beispielsweise der Verdacht besteht, dass ein Betrieb ohne gültige Bewilligung Arbeit vermittelt, müssen die Behörden zur Klärung des Sachverhalts Auskünfte und Unterlagen einfordern können.

Wo Gesetz oder Verordnung nichts Anderes bestimmen, gelten die Artikel 7 bis 10 des Gesetzes für sämtliche Vermittlungsbetriebe.

– Für alle Vermittlungsbetriebe gelten die Artikel 17, 19, 20, 21, 22, 23 AVV.
– Für bewilligungspflichtige Vermittlungsbetriebe gilt Artikel 18 AVV.

Nach Artikel 14 AVV muss der Vermittlungsbetrieb Änderungen gegenüber den Angaben im Bewilligungsgesuch beziehungsweise in der Meldung seiner Zweigniederlassung unverzüglich der zuständigen kantonalen AVG-Behörde melden.

Es ist sinnvoll, den Betrieb in der Bewilligungsverfügung bereits auf die Pflicht, Änderungen unverzüglich der Bewilligungsbehörde mitzuteilen, hinzuweisen und für die Widerhandlung gegen diese Pflicht den Entzug anzudrohen.

2.6 ARTIKEL 7 AVG BESONDERE PFLICHTEN DER VERMITTLERIN BZW. DES VERMITTLERS (ART. 17–19 AVV)

Die nachfolgenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch für den Personalverleih nach Artikel 18 AVG und Artikel 47 AVV. Besonderheiten, welche nur den Personalverleih betreffen, werden im Kapitel zu Artikel 18 AVG aufgeführt.

2.6.1 ÖFFENTLICHE AUSSCHREIBUNG

Vermittlungsbetriebe dürfen nicht anonym inserieren. Sie müssen ihren Namen und die genaue Adresse im Inserat angeben (Art. 7 Abs. 1 AVG).

Die Ausschreibungen des Vermittlungsbetriebs müssen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Ein fiktives Arbeitsangebot ist nicht zulässig. Wer nur Interessierte für seine Kartei sucht, muss dies im Inserat erkenntlich machen. Insbesondere muss ersichtlich sein, ob es um die Besetzung einer Stelle bei einem Unternehmen (Vermittlung) geht, oder ob jemand beim ausschreibenden Betrieb eingestellt und dann einem Drittbetrieb zur Verfügung gestellt werden soll (Verleih).

Konsequenz:

Chiffre-Inserate können nur von Stellensuchenden oder Arbeitgebenden selbst stammen. Dem Vermittlungsbetrieb steht es frei, im Namen seiner Auftraggebenden zu inserieren.

2.6.2 BUCHFÜHRUNG (ART. 17 AVV)

Artikel 17 AVV stellt die Kontrolle der Einschreibegebühren und Vermittlungsprovisionen sicher.

2.6.3 ARBEITSMARKTBEOBACHTUNG (ART. 18 AVV)

Es ist möglich, dass einzelne Vermittlungsbetriebe, insbesondere Herausgeberinnen und Herausgeber von Stellenanzeigern oder Internetvermittlungsagenturen, keine Kenntnisse darüber haben, wie viele Vermittlungen aufgrund ihrer Vermittlungshandlung zu Stande gekommen sind. Sie haben dies im Statistikbogen entsprechend zu vermerken und in den entsprechenden Rubriken eine Null auszuweisen.

2.6.4 DATENSCHUTZ (ART. 19 AVV)

2.6.4.1 ALLGEMEIN

Gemäss Artikel 7 Absatz 3 AVG darf der Vermittlungsbetrieb Daten über Stellensuchende und offene Stellen nur bearbeiten, soweit und solange sie für die Vermittlung erforderlich sind. Er hat diese Daten geheim zu halten. Auf Grund dieser Bestimmung können Vermittlungsbetriebe von Stellensuchenden all jene Informationen anfordern, die sie für unbedingt erforderlich erachten und die im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Vermittlungsaufgabe stehen. Artikel 19 AVV konkretisiert die gesetzliche Norm von Artikel 7 Absatz 3 AVG und differenziert zwischen Fällen, für deren Bearbeitung der Daten über Stellensuchende und offene Stellen grundsätzlich die Zustimmung der Betroffenen vorliegen muss (Art. 19 Abs. 1 AVV) und Fällen, welche keiner Zustimmung der Betroffenen erforderlich machen (Art. 19 Abs. 2 AVV).

Ebenso können sich Vermittlungsbetriebe nach dem Gesundheitszustand, einer allfälligen Schwangerschaft sowie nach Vorstrafen erkundigen, soweit dies für die erfolgreiche Durchführung des Vermittlungsauftrags, der von den Stellensuchenden erteilt wurde, unbedingt erforderlich ist.

Generell wird der Datenschutz durch das DSG geregelt. Auf das Arbeitsverhältnis und die Personalrekrutierung findet zudem Artikel 328b OR Anwendung.

Allgemeine Grundsätze des DSG:

- Rechtmässigkeitsprinzip, Artikel 6 Absatz 1 DSG: Personendaten dürfen nur rechtmässig erhoben werden.
- Verhältnismässigkeitsprinzip, Artikel 6 Absatz 2 DSG: Jede Bearbeitung von personenbezogenen Daten tangiert die Persönlichkeit. Es muss deshalb dafür gesorgt werden, dass der Eingriff in die Privatsphäre nur in begrenztem Umfang erfolgt. Aus diesem Grund darf die mit der Datenerhebung betraute Person nur jene Daten bearbeiten, die für sie unbedingt erforderlich sind und die mit der Erfüllung ihrer Aufgaben in direktem Zusammenhang stehen.
- Treu und Glauben, Artikel 6 Absatz 2 DSG: Die Bearbeitung der Daten hat nach dem Prinzip von Treu und Glauben zu erfolgen. Dies bedeutet, dass die Datenbearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein muss. Eine Missachtung dieses Prinzips liegt vor, wenn eine Person überhaupt nicht

oder falsch über Art und Zweck der Bearbeitung informiert wurde. Von absichtlicher Täuschung spricht man insbesondere bei heimlicher Datenbeschaffung, unbefugtem Mithören beim Telefonieren sowie bei Datenbeschaffung ohne Wissen der betroffenen Person durch Programmmanipulation.

– **Zweck,** Artikel 6 Absatz 3 DSG: Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.

– **Vorliegen der Einwilligung,** Artikel 6 Absatz 6 DSG: Ist für die Bearbeitung von Personendaten die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, so ist diese Einwilligung erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt. Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen (Art. 6 Abs. 7 DSG).

Die Beschaffung, Auswertung und Weitergabe von Daten (= Hauptaktivitäten des Vermittlungsbetriebs) sind im Rahmen der geltenden Normen zulässig, soweit sie nicht zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung des Betroffenen führen. Entsprechend sind auch die Datenschutzbestimmungen des AVG ausgestattet.

Daten von Stellensuchenden und offenen Stellen, welche Rückschlüsse auf die Person resp. die Arbeitgebenden erlauben, dürfen nur mit Zustimmung der Betroffenen bearbeitet werden.

Als Bearbeitung gilt in der Terminologie des DSG nach Artikel 5 Buchstabe d «jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten».

Referenzen dürfen nur bei Personen eingeholt werden, deren Befragung die Betroffenen ausdrücklich bewilligt haben. Eine generelle Zustimmung der Betroffenen zu der Befragung nicht individuell bezeichneter Referenten genügt nicht.

Für die Weitergabe der Daten innerhalb der gleichen Geschäftsniederlassung und an einen beschränkten Kreis von potentiellen Arbeitgebenden/Stellensuchenden bedarf es keiner speziellen Zustimmung, denn diese ist im Vermittlungsauftrag stillschweigend enthalten. Jede darüberhinausgehende Weitergabe bedarf einer ausdrücklichen Zustimmung.

Die Datenübermittlung ins Ausland hat den Vorgaben von Artikel 16 DSG zu genügen. Artikel 16 Absatz 1 DSG besagt, dass Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden dürfen, wenn der Bundesrat festgestellt hat, dass die Gesetzgebung des betreffenden Staates oder das internationale Organ einen angemessenen Schutz gewährleistet.

Liegt kein Entscheid des Bundesrates nach Artikel 16 Absatz 1 DSG vor, so dürfen Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn ein geeigneter Datenschutz gemäss Absatz 2 der genannten Bestimmung gewährleistet wird. Entsprechende Informationen können dem Anhang 1 der DSV entnommen werden.

Das Schriftlichkeitserfordernis von Artikel 19 Absatz 4 AVV gilt auch dann, wenn der Vermittlungsauftrag selbst nicht in schriftlicher Form ergeht. Gestützt auf diese Bestimmung muss der Vermittlungsbetrieb stets darauf bedacht sein, dass er das Einverständnis für die Datenbearbeitung in jedem Fall schriftlich erhalten hat. Ein blosser Mausklick per Internet genügt nicht.

Die genannten Regeln bezüglich des Zustimmungserfordernisses gelten auch im Fall der Firmenübernahme: Wechselt der Vermittlungsbetrieb die Hand, müssen die Betroffenen explizit darauf aufmerksam

gemacht werden. Für jedes Dossier aus der Vermittlungstätigkeit muss gemäss AVG und AVV die Zustimmung der Betroffenen zur Weiterbearbeitung durch die neue Firmeninhaberin bzw. den neuen Firmeninhaber vorliegen.

Als Grenze der erlaubten Datenbeschaffung gilt das Verhältnismässigkeitsgebot. Der Vermittlungsbetrieb darf lediglich Daten sammeln, die für eine erfolgreiche Vermittlung nützlich sind.

Allgemeine Grundsätze des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis: Artikel 328b OR
Dieser Artikel gewährleistet den Datenschutz im Arbeitsverhältnis sowie bei der Personalrekrutierung [für weitergehende Ausführungen s. Art. 18 AVG].

Bei Fragen, die von Vermittlungsbetrieben gestellt werden dürfen, darf nicht von Artikel 328b OR ausgegangen werden, denn der Vermittlungsbetrieb nimmt nicht die Stellung von Arbeitgebenden ein. Er ist an die Stellensuchenden durch einen Vermittlungsvertrag gebunden, wobei die Vertragspunkte generell im Sinn eines Mäklervertrags gemäss Artikel 412 ff OR geregelt sind. Um zu verhindern, dass die in Artikel 328b OR aufgestellten Grundsätze durch die Arbeitgebenden umgangen werden, dürfen Daten vom Vermittlungsbetrieb nur dann an zukünftige Arbeitgebende weitergeleitet werden, wenn den in Artikel 328b OR aufgestellten Grundsätzen Rechnung getragen wird.

2.6.4.2 WAS IST BEI DER VERMITTLUNG VIA INTERNET ZU BEACHTEN?

Die Anmeldung der Stellensuchenden zur Vermittlung, welche in der Regel eine Reihe von persönlichen Daten enthält, ist eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte einer natürlichen Person erlaubt und somit ein resp. Profiling nach Artikel 5 Buchstabe f DSG darstellt. Im Fall des Zugangs zu diesen Daten durch Unberechtigte sind schwerwiegende Persönlichkeitsverletzungen möglich.

Ein Vermittlungsbetrieb, der über das Internet vermittelt, muss aus Gründen des Datenschutzes folgende Punkte beachten:

- Die Personendaten sind durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen zu schützen (Art. 7 DSG). Konkret dürfen keine Unberechtigten eine Verknüpfung zwischen Namen, Adresse und den übrigen Daten erstellen können.
- Betriebsintern sind beim Vermittlungsbetrieb die Personen, die eine Verknüpfung durchführen können, auf das für die Arbeitserfüllung notwendige Minimum zu beschränken.
- Die Anmeldungen sind an einem sicheren Ort zu lagern.
- Der Vermittlungsbetrieb hat sich über die Richtigkeit der Daten in der Anmeldung zu vergewissern (Art. 6 Abs. 5 DSG).
- Die Anmeldungen, sofern sie in Papierform erfolgen, sind nach der EDV-mässigen Erfassung der Daten, und nachdem ihre Richtigkeit überprüft worden ist, zu vernichten.
- Die Daten dürfen nicht länger als sechs Monate aufbewahrt werden, damit nicht ein nicht mehr aktuelles Persönlichkeitsbild einer Person bearbeitet wird.

Unter Umständen müssen auch kantonale Datenschutzbestimmungen eingehalten werden.

Die Internetvermittlungsagentur ist durch die kantonale AVG-Behörde auf die genannten Punkte des Datenschutzes in geeigneter Form hinzuweisen.

2.6.4.3 EXKURS: EUROPÄISCHE DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG (DSGVO)

Die DSGVO ist am 25. Mai 2018 in Kraft getreten.

Sie hat auf eine Vielzahl von Schweizer Unternehmen direkte Auswirkungen.

Die DSGVO fördert den Schutz der Betroffenen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und den freien Verkehr solcher Daten (Art. 1 Abs. 1 DSGVO).

- Die Begriffsbestimmungen zu personenbezogenen Daten, Verantwortlichen oder der Verarbeitung sind unmittelbar und abschliessend in Artikel 4 DSGVO festgehalten.
- Die Anwendbarkeit der DSGVO auf Schweizer Unternehmen ergibt sich jeweils im Einzelfall aus Artikel 3 und 27 DSGVO.
- Die Rechte der betroffenen Personen sind in den Artikeln 12 bis 23 DSGVO festgelegt. Sie setzen sich zusammen aus Verfahrensvorschriften für die Kommunikation mit den Betroffenen (Art. 12 DSGVO), Informationspflichten gegenüber den Betroffenen (Art. 13 und 14 DSGVO) sowie insbesondere dem Recht auf Auskunft (Art. 15 DSGVO), Berichtigung (Art. 16 DSGVO) und Löschung (Art. 17 DSGVO).
- Die Anforderungen an die Bearbeitung der Daten sind in Artikel 28 DSGVO festgelegt.
- Der Datentransfer personenbezogener Daten aus den EU-Mitgliedstaaten in die Schweiz ist gestützt auf den Beschluss der Europäischen Kommission über ein angemessenes Schutzniveau zulässig (Art. 44 und 45 DSGVO).

2.7 ARTIKEL 8 AVG VERMITTLUNGSVERTRAG

2.7.1 ALLGEMEIN

Die im Rahmen eines Vermittlungsvertrags vereinbarten Leistungen der Parteien fallen in der Regel unter die Bestimmungen des Mäklervertrags gemäss Artikel 412 ff. OR. Die Vorschriften des AVG zum Vermittlungsvertrag gehen dem OR vor.

Nach Sinn und Zweck dieses Artikels ist ein schriftlicher Vertrag mit den Stellensuchenden nur erforderlich, wenn diese dem Vermittlungsbetrieb den Auftrag zur Stellensuche erteilen, jedoch nicht, wenn sie lediglich auf ein Stellenangebot des Vermittlungsbetriebs reagieren. Das Schrifterfordernis gilt nur für Vermittlungsverhältnisse, bei denen die Stellensuchenden ein Entgelt zu bezahlen haben. In erster Linie sollen mit dieser Bestimmung die Stellensuchenden vor nicht gesetzkonformer Behandlung, insbesondere durch überhöhte Provisionen, geschützt werden. Vermittlungsbetriebe, die von Stellensuchenden kein Entgelt verlangen, müssen dies im Bewilligungsverfahren dadurch belegen, dass sie ihren Mustervertrag mit ihren Kundinnen und Kunden vorlegen, woraus ersichtlich ist, dass nur diese ein Entgelt zu entrichten haben, oder indem sie ihrem Gesuch eine diesbezügliche schriftliche Erklärung beilegen. Die herkömmliche private Arbeitsvermittlung ist für die Stellensuchenden üblicherweise kostenlos. Das Schriftlichkeitserfordernis ist somit hauptsächlich für die Vermittlung von Künstlerinnen und Künstlern oder Sportlerinnen und Sportlern von Bedeutung.

Im Gegensatz zum Verleih muss bei der Vermittlung der Vertrag im Fall der Entgeltlichkeit immer vor Beginn der Vermittlungstätigkeit schriftlich vorliegen. **Einzig die unentgeltliche Vermittlung bedarf keines schriftlichen Vertrags.**

Punkto Schriftlichkeitserfordernis sieht das AVG keine Ausnahmen vor. Allfällige von diesen Bestimmungen abweichende Branchenusanzen sind unerheblich.

Falls der Vermittlungsvertrag für die Stellensuchenden entgeltlich ist, muss er schon vor der Vermittlungstätigkeit formgültig, das heisst schriftlich und unterschrieben, vorliegen, damit er nach Artikel 8 Absatz 1 AVG und Artikel 11 Absatz 2 sowie 13 OR gültig ist und daraus Ansprüche abgeleitet werden können.

2.7.2 VERBOT DER EXKLUSIVVERMITTLUNG

Nach Artikel 8 Absatz 2 AVG sind Bestimmungen nichtig, welche die Stellensuchenden

a. hindern, sich an einen anderen Vermittlungsbetrieb zu wenden;

b. verpflichten, die Vermittlungsgebühr erneut zu entrichten, wenn sie ohne die Hilfe des Vermittlungsbetriebs weitere Arbeitsverträge mit demselben Betrieb abschliessen.

Buchstabe a soll sicherstellen, dass die Stellensuchenden sich jederzeit an einen anderen Vermittlungsbetrieb wenden können. In diesem Sinn müssen Vermittlungsverträge, die eine Geltungsdauer vorsehen, folgende Bestimmung aufweisen:

Beide Parteien haben ein jederzeitiges, frist- und vorbehaltloses Kündigungsrecht.

Buchstabe b zielt insbesondere auf den Bereich der Künstlerinnen und Künstler, bei welchem sich Vermittlungen an bestimmte Kundinnen und Kunden innert kurzer Zeit häufen können. Damit soll ausgeschlossen werden, dass eine Künstlerin oder ein Künstler nur noch über das Management von Kundinnen und Kunden engagiert werden kann. Aber auch bei der Vermittlung von Arbeitsverhältnissen kommt diese Bestimmung zum Zug. Sollte ein Vermittlungsbetrieb in einem Vermittlungsvertrag seine Vermittlungsbemühungen absichern wollen, kann folgender Wortlaut als AVG-konform erachtet werden:

Die Agentur hat Anspruch auf die Vermittlungsprovision, falls aufgrund ihrer Bemühungen ein Vertrag zwischen den Stellensuchenden (der Künstlerin oder dem Künstler) und den Arbeitgebenden zu Stande kommt. Von einem erfolgreichen Bemühen kann längstens bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Zusammenführung der beiden Parteien ausgegangen werden. Sollten die Parteien durch Dritte zusammengeführt worden sein, ist keine Provision geschuldet.

Im Fall der Vermittlung von Künstlerinnen und Künstlern ist folgende Ergänzung zusätzlich möglich:

Sollte infolge Annullierung und Verschiebung des Vertrags später ein neuer Vertrag zu Stande kommen, gilt die Provision ebenfalls als geschuldet. Dies gilt auch für den Fall von Verlängerungen des Engagements.

2.7.3 GERICHTSSTAND

Für Streitigkeiten, die sich aus der privaten Arbeitsvermittlung ergeben, ist Artikel 34 Absatz 2 ZPO massgebend. Dieser lautet wie folgt:

Für Klagen einer stellensuchenden Person, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz stützt, ist zusätzlich (damit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei gemeint) das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig.

Die Bewilligungsbehörde achtet darauf, dass die Vermittlungsbetriebe diese Formulierung in ihre Verträge aufnehmen.

Gemäss Artikel 35 ZPO gilt, dass auf den Gerichtsstand nach Artikel 34 ZPO nicht im Voraus oder durch Einlassung verzichtet werden kann.

Artikel 34 ZPO ist auch für den Personalverleih massgebend.

Falls die Stellensuchenden Wohnsitz im Ausland haben:

Hier kommen das Internationale Privatrecht und Staatsverträge zur Anwendung. In der Regel wird gegen die Stellensuchenden mit Wohnsitz im Ausland nur an ihren jeweiligen Wohnsitzen geklagt werden können.

2.7.4 VERMITTLUNGSVERTRAG BEI KÜNSTLERISCHEN ODER ÄHNLICHEN DARBIETUNGEN (ART. 22 AVV)

Auch im Bereich der Vermittlung von Künstlerinnen und Künstlern ist der Vermittlungsvertrag zwischen Künstlerinnen und Künstlern und Vermittlungsagentur schriftlich abzuschliessen. Nach heute gängiger Praxis legen die Vermittlungsagenturen den Parteien in der Regel einen Engagementvertrag vor, der zugleich den eigenen Anspruch auf Provision enthält. Damit werden Elemente eines Arbeits- und Vermittlungsvertrags in einem Vertragswerk kombiniert. Diese Praxis kann nur dann den Anforderungen des AVG genügen, wenn bei einem derart ausgestalteten Engagementvertrag die Agentur als dritte Vertragspartei auftritt. Ist dies nicht der Fall, muss ein separater schriftlicher Vermittlungsvertrag abgeschlossen werden.

Werden ganze Gruppen vermittelt, hat die Vermittlungsagentur den Vermittlungsvertrag in analoger Anwendung des Artikel 22 AVV so zu gestalten, dass daraus ersichtlich ist, wie viel die ganze Gruppe netto ausbezahlt erhält.

Für die Besonderheiten bei der Vermittlung von Models, Hosts und Hostessen siehe auch 2.8.3.1.

Wichtig:

Cabaret-Tänzerinnen dürfen ausschliesslich mit dem durch das SEM und dem SECO genehmigten ASCO-Vertrag vermittelt werden. Seit dem 1. Januar 2016 gibt es das Cabaret-Tänzerinnen-Statut nicht mehr (s. auch 2.2.1.3.).

2.7.5 ABGRENZUNG ZWISCHEN SELBSTSTÄNDIGER UND UNSELBSTSTÄNDIGER ERWERBSTÄTIGKEIT BEI KÜNSTLERINNEN UND KÜNSTLERN

Mangels eines spezifischen Unternehmensrisikos steht die Prüfung der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit bei dieser Abgrenzung im Vordergrund. Werden Künstlerinnen und Künstler im Rahmen einer Veranstaltung für eine Reihe von Proben und Aufführungen zu einem festen Ansatz verpflichtet und sind sie nicht am geschäftlichen Erfolg der Veranstaltung beteiligt (insbesondere dann, wenn sie verpflichtet sind, in den Räumen des Unternehmens während einer längeren, zum Voraus festgelegten Zeitdauer zu bestimmten Stunden und gegen ein bestimmtes Entgelt entsprechend den örtlichen Anforderungen Darbietungen zu liefern, der Hausordnung in jeder Beziehung Folge zu leisten und sich auch den geltenden Garderobevorschriften zu unterziehen), so liegt eine derart ausgeprägte arbeitsorganisatorische Unterordnung vor, dass von einer unselbstständigen

Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Folglich gehören Entschädigungen an Musikerinnen und Musiker, die als Mitglieder eines Orchesters, eines Ensembles, eines Zirkus oder allein tätig sind, zum massgebenden Lohn für die Abzüge der Sozialversicherungen, unabhängig davon, ob diese Tätigkeit im Haupt- oder im Nebenberuf ausgeübt wird.

Das Entgelt an Musikerinnen bzw. Musiker, Künstlerinnen bzw. Künstler sowie Artistinnen bzw. Artisten, wie Dirigentinnen bzw. Dirigenten, Orchestermusikerinnen und -musiker, Instrumentalsolistinnen und -solisten, Sängerinnen bzw. Sänger, Tänzerinnen bzw. Tänzer, Schauspielerinnen bzw. Schauspieler, Conférencières bzw. Conférenciers, die einzeln oder in Ensembles an besonderen Anlässen (Konzerte, Liederabende, Festwochen, Vereinsanlässe, Hochzeitsgesellschaften) mitwirken, gehört hingegen zum Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, auch wenn der Anlass nicht von ihnen selbst veranstaltet wird.

Daneben wird die Unterscheidung auch danach getroffen, inwieweit die Persönlichkeit der Künstlerin bzw. des Künstlers für die jeweilige Veranstaltung im Vordergrund steht. Bei selbstständig erwerbenden Künstlerinnen und Künstlern steht ihre Persönlichkeit immer im Vordergrund.

Nach der Gerichtspraxis wird im Fall von einzelnen Auftritten oder Darbietungen eher auf selbstständige, bei langfristigen Engagements eher auf unselbstständige Erwerbstätigkeit geschlossen.

Bei unselbstständigen Engagements muss immer geprüft werden, wer die Rolle der Arbeitgebenden einnimmt. Übernimmt die Agentur gleichzeitig auch die Lohnzahlung und ist sie für die Abführung der Sozialversicherungsprämien zuständig, so handelt sie nicht bloss als Vermittlungsagentur, sondern gleichzeitig auch als Arbeit gebende Partei und mithin als Personalverleihbetrieb.

2.8 ARTIKEL 9 AVG EINSCHREIBEGEBÜHR UND VERMITTLUNGSPROVISION (ART. 20–23 AVV, ART. 2–5 GEBV-AVG)

2.8.1 EINSCHREIBEGEBÜHR (ART. 2 GEBV-AVG)

Die Einschreibegebühr darf von den Stellensuchenden jeweils nur einmal pro Vermittlungsauftrag erhoben werden (Abs. 1).

Nach Absatz 2 darf die Höchstgrenze auch nicht überschritten werden, wenn der Vermittlungsbetrieb das Stellenprofil der Stellensuchenden in einem besonderen Publikationsorgan platziert, welches er selber veröffentlicht. Oft werden durch die Vermittlungsbetriebe Stellensuchinserate in Zeitungen, im Internet und in anderen geeigneten Medien platziert, um für ihre Stellensuchenden eine Stelle zu finden. Die Inserierungskosten (nicht jedoch der Aufwand für das Verfassen oder Layouten des Inserats, diese Tätigkeit erfolgt im Rahmen der normalen Vermittlungstätigkeit) können, falls dies mit den Stellensuchenden so vereinbart wird, in Rechnung gestellt werden. Die Stellensuchenden hätten, falls sie das Inserat selbst platzieren, diese Kosten auch zu tragen. Hingegen dürfen den Stellensuchenden keine Kosten für das Inserieren, sondern ausschliesslich die Einschreibegebühren in Rechnung gestellt werden, falls das Publikationsorgan vom Vermittlungsbetrieb selbst veröffentlicht wird. Dies wird im Artikel 2 Absatz 2 GebV-AVG explizit so vorgeschrieben. Damit wird der Gefahr begegnet, dass ein solcher Vermittlungsbetrieb Stellensuchende nur dazu überredet, ein Stelleninserat zu schalten, weil er daran interessiert ist, seinen Verdienst über das Publikationsorgan zu erzielen, ohne dass mit dem Inserat jedoch für die Stellensuchenden die Chance einer Vermittlung erhöht wird.

Nach Artikel 2 Absatz 3 GebV-AVG gilt ein Vermittlungsauftrag frühestens nach sechs Monaten als erloschen, falls er keinen Erfolg zeitigt. Ein Vermittlungsbetrieb darf den Stellensuchenden also nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt Rechnung für einen erneuten Auftrag stellen. Damit soll verhindert werden, dass der Vermittlungsbetrieb, falls er das Publikationsorgan selbst herausgibt, mit einer kürzeren Vertragsdauer von z.B. einem Monat die Vorschrift über die Gebührenhöchstgrenze umgehen kann.

Artikel 2 Absatz 4 GebV-AVG stellt sicher, dass es zu keiner Umgehung der Gebührenvorschriften kommt, falls mehrere Vermittlungsbetriebe zusammenarbeiten.

2.8.2 VERMITTLUNGSPROVISION (ART. 20, 21, 22, 23 AVV, ART. 3–5 GEBV-AVG)

2.8.2.1 PROVISION

Die folgenden Ausführungen betreffen nur die Provision zu Lasten von Stellensuchenden. Gegenüber den Arbeitgebenden ist der Vermittlungsbetrieb grundsätzlich frei, was sein Entgelt anbelangt.

Die Vermittlungsprovision zu Lasten der Stellensuchenden wird in Prozenten des Bruttolohns beziehungsweise der Bruttogage der vermittelten Personen berechnet.

Es ist zulässig, die Mehrwertsteuer auf den Provisionen über die Höchstgrenzen hinaus auf die Stellensuchenden zu überwälzen.

Zum Bruttolohn zählen:

– der effektiv ausbezahlte Lohn;

– die Arbeitnehmendenbeiträge der Sozialversicherungen;

– die Abzüge für Kost und Logis usw.

Die Arbeitgebendenbeiträge der Sozialversicherungen gehören nicht zum Bruttolohn.

Bei unbefristeten Arbeitsverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen von mindestens einem Jahr stellt stets das Jahressalär die Bemessungsgrösse dar, auch wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf eines Jahres aufgelöst wird. Es ist zum Teil üblich, dass der Vermittlungsbetrieb den Arbeitgebenden einen Teil der Vermittlungsprovision zurückerstattet, sofern das Arbeitsverhältnis innert einer bestimmten Frist aufgelöst wird. Solche Usanzen und allfälligen Abreden werden durch das AVG nicht berührt. Bei befristeten unterjährigen Arbeitsverträgen ist der effektiv vereinbarte Bruttolohn massgeblich. Dasselbe gilt bei der Vermittlung von Personen für künstlerische und ähnliche Darbietungen. Steht bereits vor Stellenantritt fest, dass es sich um ein befristetes und sehr kurzes Arbeitsverhältnis (beispielsweise unter einem Monat) handelt, dürfen maximal 5 Prozent des gesamten Lohnes als Provision verlangt werden. Eine fiktive Lohnberechnung auf ein Jahr ist in solchen Fällen unzulässig.

Mit anderen Worten kann bei Anstellungen, die länger als ein Jahr dauern, maximal 5 Prozent des ersten Jahreslohns als Provision in Rechnung gestellt werden. Diese Höchstgrenze gilt auch für den Bereich der Künstlerinnen und Künstler. Dort sind nur bei kürzeren Engagements höhere Provisionen zulässig. Die Obergrenze ist in jedem Fall die Summe, die 5 Prozent eines Jahresengagements entspricht.

Im Bereich der Vermittlung von Künstlerinnen und Künstlern soll mit der Minimalprovision von 80 Franken sichergestellt werden, dass auch unbekanntere Künstlerinnen und Künstler vermittlungsfähig bleiben.

Die Vermittlungsprovision deckt dem Vermittlungsbetrieb die Kosten für den ordentlichen und zweckmässigen Aufwand einer fachgerechten Vermittlung. Neben der Vermittlungsprovision darf er von Stellensuchenden eine zusätzliche Entschädigung für spezielle Dienstleistungen verlangen, sofern sie besonders vereinbart wurden.

Die Vertragsverhandlungen bis hin zum Abschluss des Arbeitsvertrags gehören zur normalen Vermittlungstätigkeit und sind mit der Provision abgegolten. Sie können nicht als besonders vereinbarte Dienstleistung in Rechnung gestellt werden.

2.8.2.2 ZUSÄTZLICHE ENTSCHÄDIGUNG FÜR BESONDERS VEREINBARTE DIENSTLEISTUNGEN

Die bundesrätliche Botschaft vom 27. November 1985 zum AVG äussert sich auf Seite 50 wie folgt zur Vereinbarung von besonderen Dienstleistungen im Sinn von Artikel 9 Absatz 1 AVG: «Im Hinblick auf schwierigere Vermittlungsfälle ist die Möglichkeit solcher Vereinbarungen notwendig; dem Vermittlungsbetrieb soll nicht ein ausserordentlich hohes Geschäftsrisiko aufgebürdet werden, das er durch sehr hohe Vermittlungsprovisionen ausgleichen müsste». Dieser Artikel gab in den eidgenössischen Räten keinen Anlass zu Diskussionen. Die gesetzgebenden Räte wollten die Möglichkeit der unmittelbaren Verrechnung von besonderen Dienstleistungen somit nur für schwierige Vermittlungsfälle vorsehen, bei welchen für den Vermittlungsbetrieb von Anfang an ersichtlich ist, dass eine Vermittlung der Stellensuchenden nur mit der Hilfe von ausserordentlichen Mitteln wie etwa einem graphologischen Gutachten oder eines psychologischen Fachtests Erfolgschancen hat. Nur die Kosten für ausserordentliche Dienstleistungen, die sich aufgrund der Person oder des Berufes oder der Wünsche der potentiellen Arbeitgebenden aufdrängen, und die der Vermittlungsbetrieb in der Regel extern «einkaufen» muss, wollten die gesetzgebenden Räte somit nicht dem Vermittlungsbetrieb aufbürden.

Aufgrund dieser Ausführungen kann nur ausnahmsweise auf eine besonders vereinbarte Dienstleistung geschlossen werden. **Auf jeden Fall jedoch muss die besondere Dienstleistung über die normale Vermittlungstätigkeit hinausgehen.** Akzeptiert werden könnten z.B.:

- einen Einblick gewähren in einen Stellenanzeiger;
- ein psychologischer Fachtest;
- ein spezieller Eignungstest;
- die Analyse der Arbeitsmarktfähigkeit der Stellensuchenden;
- das Verschaffen von Zusatzinformationen über den Arbeitsmarkt;
- die Instruktion hinsichtlich der Abfassung von Bewerbungsschreiben;
- die Instruktion über die Absolvierung von Bewerbungsgesprächen, usw.

Wichtig:

Nach Artikel 20 Absatz 3 AVV dürfen die **Entschädigungen grundsätzlich nicht in Form von Pauschalsummen** festgelegt werden, sondern es muss für die Stellensuchenden ersichtlich sein, wie viel sie für die einzelne Dienstleistung zu bezahlen haben. Deshalb dürfen **nur die effektiven Kosten** der besonders vereinbarten Dienstleistungen (mit Ausnahme des Einblicks gewähren in einen Stellenanzeiger, s. 2.8.2.3) in Rechnung gestellt werden. Der Vermittlungsbetrieb darf also mit diesen Dienstleistungen nicht seine Provision aufbessern.

In diesem Kontext ist immer auch Artikel 8 AVV zu beachten. Die zusätzlich vereinbarten Dienstleistungen dürfen somit nicht im Widerspruch zu dieser Bestimmung sein, welche besagt, dass die Vermittlungstätigkeit nicht mit weiteren Geschäften verbunden werden darf, welche die Stellensuchenden oder die Arbeitgebenden in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen oder infolge der Übernahme anderer Verpflichtungen in eine zusätzliche Abhängigkeit vom Vermittlungsbetrieb bringen. Als Beispiel kann das Anbieten von Weiterbildungsmassnahmen genannt werden, wenn der Vermittlungsbetrieb seine Vermittlungsaktivität vom Besuch eines einschlägigen Kurses abhängig macht.

Gibt ein Vermittlungsbetrieb ein **Stelleninserat** für Stellensuchende bei einer Zeitung oder einem Stellenanzeiger auf, können die Insertionskosten in Rechnung gestellt werden. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass der Vermittlungsbetrieb und die Herausgeberin bzw. der Herausgeber nicht zusammenarbeiten oder der Vermittlungsbetrieb nicht an der Zeitung resp. dem Stellenanzeiger beteiligt ist, weil ansonsten die Provisions- und Gebührenvorschriften umgangen werden können (s. 2.8.1.).

2.8.2.3 WAS MUSS BEI STELLENANZEIGERN BEACHTET WERDEN?

Die Veröffentlichung eines Stellenanzeigers, der nicht über einen journalistischen Hauptteil verfügt (s. 2.1.1.1), stellt eine Vermittlungstätigkeit im Sinn des Gesetzes dar.

Hinsichtlich des Preises des Publikationsorgans ist der Vermittlungsbetrieb jedoch nicht der Gebührenverordnung unterstellt. Die Kundschaft des Stellenanzeigers wendet sich nicht an einen Vermittlungsbetrieb, damit sie vermittelt wird, sondern will sich lediglich einen Überblick über den Stellenmarkt verschaffen. In diesem Sinn gilt hinsichtlich des Kaufpreises die Bestimmung über die Einschreibegebühr nicht, da hier gar keine Einschreibung stattfindet.

Für einen Stellenanzeiger **darf deshalb grundsätzlich ein marktkonformer Preis verlangt werden,** der auch einen Gewinn beinhalten kann.

Wichtig:

Aufgrund des Schutzgedankens des AVG müssen dennoch **gewisse Voraussetzungen** erfüllt sein, damit den Herausgebenden des Stellenanzeigers eine Vermittlungsbewilligung erteilt werden kann:

- der Inhalt des Anzeigers muss für die Stellensuchenden **von vornherein ersichtlich sein;**
- die **Inhaltsangaben** müssen **der Wahrheit entsprechen,** d.h. es dürfen keine Phantasieangebote gemacht werden;
- es muss sichergestellt sein, dass die Stellensuchenden **direkt auf die konkreten Stelleninserate Zugriff** haben und somit die **Kosten abschätzen können,** d.h. sie dürfen vom System nicht hingehalten und bloss über Umwege zu den einschlägigen Angaben geführt werden.

2.8.2.4 WAS MUSS INSBESONDERE BEI DER VERMITTLUNG ÜBERS INTERNET BEACHTET WERDEN?

1. Die Verbindung von Platzierung des Profils der Stellensuchenden mit anderen Leistungen

Grundsätzlich ist dies zulässig. Die Stellensuchenden dürfen jedoch nicht gezwungen werden, nur das gesamte Leistungspaket in Anspruch nehmen zu können, wenn dieses mehr als 45 Franken kostet. Sonst würde die Vorschrift der maximal zulässigen Einschreibegebühr umgangen.

Die **Stellensuchenden müssen jederzeit die Möglichkeit haben, nur die Platzierung des Profils für maximal 45 Franken in Auftrag geben zu können.** Der Vermittlungsbetrieb hat jedoch die Möglichkeit, die besonderen Dienstleistungen neben der Profil-Platzierung zusätzlich in Rechnung zu stellen (s. nächster Punkt).

2. Falls ein Vermittlungsbetrieb verschiedene Leistungspakete anbietet

Es ist denkbar, dass ein Vermittlungsbetrieb verschiedene Leistungspakete anbieten will. Z.B. ein Grundpaket mit einer Internet-Platzierung des Profils der Stellensuchenden während zweier Monate für 45 Franken und ein erweitertes Paket, welches eine Internet-Platzierung von sechs Monaten und verschiedene besonders vereinbarte Dienstleistungen umfasst, für 200 Franken. Ein solches Projekt kann wegen der unterschiedlichen Dauer der Internet-Platzierung nicht bewilligt werden. Das Angebot des Grundpakets darf sich nicht vom Angebot des erweiterten Pakets ohne zusätzliche Dienstleistungen unter-scheiden, d.h. es muss, was die Profil-Platzierung anbelangt, genau gleich attraktiv sein. Ansonsten könnten die Stellensuchenden gezwungen sein, das teurere Paket zu wählen, weil sie primär an einer möglichst langen Präsenz des Profils interessiert sind. Damit würde jedoch der Schutzzweck des Gesetzes, der eine maximale Einschreibegebühr vorsieht, umgangen. Vorliegend müssten deshalb die Zeiträume der Internet-Platzierung bei beiden Leistungspaketen gleich lang sein.

3. Mindestmass der Zeitdauer einer Internet-Platzierung des Profils von Stellensuchenden

Grundsätzlich willigt ein Vermittlungsbetrieb mit seiner Beauftragung durch die Stellensuchenden ein, auf unbestimmte Zeit für diese tätig zu werden. Falls ein Vermittlungsbetrieb nur die Einschreibegebühr entgegennimmt, jedoch nicht für die Stellensuchenden tätig wird oder höchstens für ein paar Tage, verstösst er gegen das Prinzip von Treu und Glauben. Im Sinn der Gleichbehandlung muss auch bei der Internet-Platzierung des Profils der Stellensuchenden eine gewisse Mindestdauer des Vermittelns verlangt werden. Gemäss langjähriger Praxis gilt eine Dauer von einem Monat als Mindestvoraussetzung, bei einer kürzeren Internet-Platzierung wird gegen Treu und Glauben verstossen. Projekte mit kürzeren Internet-Platzierungen als **einen Monat** können deshalb nicht bewilligt werden.

Wenn eine Befristung der Platzierung vorgesehen ist, muss jedoch gleichzeitig auch Artikel 2 Absatz 3 GebV-AVG beachtet werden. D.h. es ist möglich, dass eine Platzierung für einen Monat mit 45 Franken in Rechnung gestellt wird. Ein neuer kostenpflichtiger Platzierungsauftrag darf jedoch frühestens nach sechs Monaten erfolgen, ausser der erste Auftrag war erfolgreich.

2.8.2.5 DAS ENTSTEHEN DER FORDERUNG AUF BESONDERE ENTSCHÄDIGUNG UND PROVISION

Die Forderung der Entschädigung für zusätzlich vereinbarte Dienstleistungen entsteht mit dem Erbringen der vereinbarten Leistung und ist **unabhängig vom Vermittlungserfolg** geschuldet (Art. 413 Abs. 3 OR). Darauf sollte hingewiesen werden.

Der Anspruch auf die Vermittlungsprovision dagegen entsteht erst, **wenn die Vermittlung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags geführt hat.** Eine anderslautende Vereinbarung ist nichtig. Artikel 9 Absatz 2 AVG hat als Schutznorm zugunsten der Stellensuchenden zwingenden Charakter.

Die Höhe der Provision wird aufgrund des im Arbeitsvertrag vereinbarten Einkommens berechnet. **Sollten die Stellensuchenden danach die Stelle nicht antreten oder den Arbeitsvertrag in zeitlicher Hinsicht nur teilweise erfüllen, gilt die aufgrund des vermittelten Arbeitsvertrags berechnete Provision dennoch als geschuldet.**

Bei der Auslandvermittlung schulden die Stellensuchenden nach Artikel 9 Absatz 3 AVG die Provision erst, wenn sie von den Behörden des Landes, in das sie vermittelt werden, die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erhalten haben. Sollte die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit nicht ausgestellt werden, darf der Vermittlungsbetrieb jedoch nach Artikel 21 AVV die Hälfte der entstandenen Auslagen und der nachgewiesenen Aufwendungen und die ganze festgelegte Entschädigung für besonders vereinbarte Dienstleistungen in Rechnung stellen. Im Einzelfall können sich die Stellensuchenden durch schriftliche Abrede verpflichten, mehr als die Hälfte der entstandenen Auslagen und der nachgewiesenen Aufwendungen zu bezahlen. Dadurch darf der Betrag der zulässigen Provision aber nicht überschritten werden.

2.8.2.6 PROVISIONSSÄTZE BEI KÜNSTLERISCHEN UND ÄHNLICHEN DARBIETUNGEN

Nach Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 GebV-AVG unterscheiden sich im Künstlerbereich die Provisionssätze zu Lasten von Models von den Provisionssätzen der anderen künstlerisch tätigen Personen. Die Absätze 2, 3 und 4 von Artikel 4 GebV-AVG gelten jedoch für alle Fälle der Vermittlung sowohl von Personen für künstlerische und ähnliche Darbietungen als auch für die Vermittlung von Fotomodellen und Mannequins.

Im Bereich der Vermittlung von Künstlerinnen und Künstlern darf die Provision zu Lasten der Stellensuchenden nur bei der Vermittlung ins Ausland um höchstens die Hälfte erhöht werden, falls die inländische Agentur mit einer ausländischen Agentur zusammenarbeiten muss. Die Künstlerin bzw. der Künstler darf von der ausländischen Agentur nicht zusätzlich zur Kasse gebeten werden. Artikel 4 Absatz 4 GebV-AVG erlaubt nur eine Erhöhung für die Vermittlung ins Ausland, nicht jedoch für die Vermittlung aus dem Ausland.

2.8.3 SPEZIALFÄLLE

2.8.3.1 ZUSÄTZLICHE DIENSTLEISTUNGEN BEI DER VERMITTLUNG VON MODELS UND HOSTESSEN BZW. HOSTS

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der Frage, welche Dienstleistungen, namentlich in Bezug auf die Abrechnung der Sozialversicherungen erbracht werden können, ohne dass hierfür zusätzlich eine Personalverleihbewilligung erforderlich ist. Zentral dabei ist die Unterscheidung zwischen unselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit unter Würdigung der konkreten Umstände im Einzelfall und nicht aufgrund der Rechtsnatur oder der Bezeichnung des Vertrags zwischen den Vertragsparteien.

Models:

Models sind Personen, die zu Werbezwecken für die Aufnahme von Fotos oder Filmen eingesetzt oder für Veranstaltungen (z.B. Modeschauen) gebucht werden um mit ihrer Präsenz Produkte zu bewerben (Mode, Schmuck, Parfum, technische Geräte, Sportgeräte, usw.).

Hosts bzw. Hostessen:

Hosts. bzw. Hostessen sind Personen, welche für die Bewerbung von Produkten wie zum Beispiel Zigaretten in Bars oder Restaurants, Nahrungsmitteln oder anderen Produkten des täglichen Bedarfs in Ladengeschäften oder Fahrzeugen an Automobilsalons eingesetzt werden. Diese Personen werden den Kundinnen bzw. Kunden für diese Promotionstätigkeiten zur Verfügung gestellt. Die Kundschaft versieht sie in der Regel mit Arbeitskleidung, Werbematerial und Produkteinformationen, allenfalls instruiert sie die Hosts bzw. Hostessen auch.

Vermittlung:

Falls eine Agentur sich darauf beschränkt, Models oder Hosts bzw. Hostessen mit Kundinnen und Kunden zusammen zu führen und letztere diese Personen engagieren und für sie die Sozialversicherungen abrechnen, handelt es sich um eine Vermittlung.

Personalverleih:

Personalverleih liegt vor, wenn die Agentur die Models oder Hosts bzw. Hostessen selber anstellt, diese an Kundinnen und Kunden verleiht, indem die Agentur das Weisungsrecht abtritt. Es kann sich aber auch schon um Personalverleih handeln, wenn die Agentur für die Models oder Hosts bzw. Hostessen sämtliche Besorgungen bei den Sozialversicherungen vornimmt und diese nicht wie selbstständig Erwerbende, sondern wie Arbeitnehmende abrechnet. Auch in diesem Fall ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen und die Einsätze müssen als Personalverleih qualifiziert werden. In diesen Fällen benötigt die Agentur eine Personalverleihbewilligung.

Hinweis für die Tätigkeit von Models:

Models üben nur dann eine selbstständige Tätigkeit aus, wenn sie sich in keinem Unterordnungsverhältnis zu der Kundin bzw. zum Kunden befinden. Damit dies sozialversicherungsrechtlich anerkannt ist, müssen Models eine Anerkennung als selbstständig Erwerbende durch eine AHV-Ausgleichskasse vorweisen können. Andernfalls sind Models als Angestellte der Kundin bzw. des Kunden zu betrachten.

Daraus ergibt sich für Agenturen, die für Models Dienstleistungen erbringen Folgendes:

1. Agenturen, die Kundinnen bzw. Kunden mit Models zusammenführen, welche von einer AHV-Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbende anerkannt sind, betreiben Vermittlung im Sinn des AVG und müssen im Besitz einer Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung sein. Sie dürfen in diesem Fall für die Models im Sinn einer Erbringung einer Dienstleistung auch die Einzahlung der Sozialversichersicherungsbeiträge übernehmen.
2. Agenturen, die Kundinnen bzw. Kunden mit Models zusammenführen, welche nicht als selbstständig Erwerbende anerkannt sind, betreiben ebenfalls Vermittlung im Sinn des AVG und müssen im Besitz einer Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung sein. Sie dürfen für die Models die Einzahlung der Sozialversicherungen nicht übernehmen. Diese Aufgabe obliegt den Kundinnen und Kunden als Arbeitgebende der Models.
3. Agenturen, die ungeachtet der Tatsache, dass das Model keine Anerkennung als selbstständig Erwerbende vorlegen kann, für dieses die Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge übernehmen, werden infolgedessen als deren Arbeitgebende betrachtet. Diese Agenturen müssen deshalb im Besitz einer Verleihbewilligung sein und mit den Models Arbeitsverträge abschliessen.

Hinweis für die Tätigkeit der Hostessen und Hosts:

Falls die Agentur das alleinige Weisungsrecht gegenüber den Hostessen und Hosts behält und für die Promotionstätigkeit die alleinige Verantwortung trägt, handelt es sich mit grösster Wahrscheinlichkeit um die Erbringung eines Auftrages. Indizien hierfür können sein, dass die Agentur das gesamte Werbekonzept erarbeitet und die Bewerbung des Produkts mit Personal erbringt, das nur ihr unterstellt ist.

Daraus ergibt sich:

Da die Tätigkeit der Hostessen bzw. Hosts im Rahmen eines Auftrags erbracht wird, das Weisungsrecht somit nicht auf die Kundinnen bzw. Kunden übergeht, ist die Agentur nicht als verleihender Betrieb im Sinn des AVG zu qualifizieren und benötigt keine entsprechende Bewilligung.

2.8.3.2 DIE VERMITTLUNG VON SPORTLERINNEN UND SPORTLERN

1. Verweis auf das AVG

Im Vertragstext ist auf das AVG als Rechtsgrundlage hinzuweisen.

2. Keine Exklusivvermittlung möglich

Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a AVG sind Vereinbarungen, welche die Stellensuchenden hindern, sich an einen anderen Vermittlungsbetrieb zu wenden, nichtig. Es kann zwar vorgesehen werden, dass der Vermittlungsbetrieb für eine bestimmte Zeit ausschliesslich für die Sportlerin bzw. den Sportler im Rahmen der Vermittlung tätig ist. Es ist jedoch zwingend immer folgende Regelung anzubringen:

Beide Parteien haben ein jederzeitiges, frist- und vorbehaltsloses Kündigungsrecht.

3. Maximal zulässige Provision, wenn die Sportlerin bzw. der Sportler die Provision entrichten muss

Nach Artikel 3 Absatz 1 GebV-AVG darf die Vermittlungsprovision gegenüber der Sportlerin bzw. dem Sportler höchstens 5 % des ersten Brutto-Jahreslohnes betragen. Deshalb ist folgendes festzuhalten: «Die Vermittlerin bzw. der Vermittler erhält eine Kommission in der Höhe von 5 % des ersten Brutto-Jahresgehaltes, welcher die Sportlerin oder der Sportler aufgrund des vom Vermittlungsbetrieb ausgehandelten Arbeitsvertrags verdienen wird». Selbstverständlich muss sich diese Regelung auch in allfälligen weiteren Provisionsbestimmungen finden, die sich z.B. auf Einnahmen aus Prämien, Werbeauftritten, Sponsoring, usf. beziehen.

4. Entschädigung von besonders vereinbarten Dienstleistungen

Grundsätzlich ist es möglich zu vereinbaren, dass der Vermittlungsbetrieb zusätzliche Dienstleistungen erbringt (Art. 9 Abs. 1 AVG). Nach Artikel 20 Absatz 3 AVV darf die Entschädigung für solche Dienstleistungen nicht in der Form von Pauschalsummen oder Lohnprozenten erfolgen (s. auch 2.8.2.2.). In der Regel wird hier ein Stundenhonorar in Rechnung gestellt.

5. Vereinbarung von besonderen Dienstleistungen im Rahmen eines Managementvertrags

Wie sieht es aus, wenn mit der Sportlerin bzw. dem Sportler ein Managementvertrag abge-schlossen wird, der eine Gesamtberatung und eine jährlich wiederkehrende Provisionspflicht vorsieht?

Grundsätzlich darf ein Vermittlungsbetrieb seine Vermittlungstätigkeit nicht mit einem anderen Gewerbe verbinden, das die Interessen von Stellensuchenden und Arbeitgebenden gefährden könnte, insbesondere sie damit in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen oder sie in eine zusätzliche Abhängigkeit führen würde (Art. 3 Abs. 1 Bst. c AVG und Art. 8 Abs. 1 AVV). Einem Vermittlungsbetrieb ist die Erbringung von zusätzlichen Dienstleistungen im Rahmen eines Managementvertrags deshalb nur unter den nachgenannten Voraussetzungen möglich.

2

Aus dem Vertrag mit der Sportlerin bzw. dem Sportler muss hervorgehen, dass entweder ein reiner Vermittlungsvertrag oder ein Managementvertrag (inklusive Vermittlung) abgeschlossen wird. Insbesondere muss für die Sportlerin bzw. den Sportler die Wahl, welchen Typ sie oder er wählen will, offen sein und es darf nicht festgehalten werden, dass es sich ausschliesslich um einen Managementvertrag handelt. Deshalb sollte hier sinngemäss folgender Wortlaut eingebaut werden.

Mit dem vorliegenden Vertrag hat die Sportlerin bzw. der Sportler die Möglichkeit,

- *entweder einen reinen Vermittlungsvertrag im Sinn von Artikel 8 Arbeitsvermittlungsgesetz abzuschliessen, für welchen bei einer erfolgreichen Vermittlung eines Arbeitsvertrags mit einem Club (darunter fällt sowohl ein Vertrag mit einem neuen Club wie auch ein neuer Vertrag mit dem bisherigen Club) maximal 5 % des ersten Bruttojahreseinkommens verlangt werden darf (Variante A),*
- *oder einen Managementvertrag, mit welchem neben der Vermittlungstätigkeit zusätzliche Dienstleistungen angeboten werden, für welche ein Prozentsatz von ... % des Bruttojahreseinkommens zu bezahlen ist (Variante B). In dieser Fee ist die Vermittlungsprovision von 5 % des ersten Jahressalärs inklusive. Diese Managementfee ist jährlich zu bezahlen und ist geschuldet bis zum Ablauf der Kündigungsfrist dieses Vertrags. Das Management verpflichtet sich im Fall der Variante B, für die Sportlerin bzw. den Sportler folgende zusätzliche Dienstleistungen zu erbringen (die nachfolgende Aufzählung ist ein Beispiel und auch nicht abschliessend):*
  - *Betreuung und Beratung bezüglich Spieltechnik, Trainings und Taktik, Beratung und Vermittlung bezüglich Zusatztrainings;*
  - *Betreuung und Beratung bei persönlichen Schwierigkeiten mit Trainerinnen bzw. Trainern oder Clubverantwortlichen;*
  - *Betreuung und Beratung bei familiären oder medizinischen Problemen*
  - *Hilfe bei Wohnungssuche, -bezug oder -aufgabe;*
  - *Betreuung und Beratung für Anmeldungen bei Behörden oder Versicherungen*
  - *Versicherungsberatung und -betreuung;*
  - *Vorsorgeberatung;*
  - *Finanzplanung und Hilfe bei Umsetzung;*
  - *Steuerberatung, Erstellen der Steuererklärung;*
  - *.....*
  - *.....*
  - *.....*

Obengenannte Dienstleistungen sind durch die Vermittlungs- resp. Managementfee abgegolten. Die allfällige Inanspruchnahme von Drittpersonen (z.B. Personaltrainerinnen bzw. -trainer, Mentalcoach, Ernährungsberaterinnen bzw. -berater) hat die Sportlerin bzw. der Sportler zu bezahlen.

2

Damit für die Sportlerin bzw. den Sportler tatsächlich eine freie Auswahl garantiert ist, muss im Vertrag vorgesehen werden, dass in einem Anhang eine Wahl mit sinngemässem Wortlaut bestätigt werden kann:

Der Sportlerin bzw. dem Sportler wurde vom Management ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, das Management einzig für die Vermittlungstätigkeit zu beauftragen (Variante A). Die Sportlerin bzw. der Sportler bestätigt durch ihre bzw. seine Unterschrift auf Anhang 1, für welche Variante sie bzw. er ihr bzw. sein Einverständnis gegeben hat.

In einem separaten Anhang:

Anhang 1

Die Sportlerin bzw. der Sportler bestätigt hiermit ausdrücklich, dass ihr bzw. ihm vom Management die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich entweder für eine reine Vermittlungstätigkeit (Variante A) oder für eine Gesamtberatung inkl. Vermittlung (Variante B) entscheiden zu können. Die Sportlerin bzw. der Sportler hat zur Kenntnis genommen, dass die Entschädigung für die Gesamtberatung auch für die Dauer nach dem ersten Vertragsjahr jährlich geschuldet ist.

Die Sportlerin bzw. der Sportler bestätigt mit ihrer bzw. seiner Unterschrift, sich für die Variante .... entschieden zu haben.

Ort, Datum:

.....

Die Sportlerin bzw. der Sportler oder die gesetzliche Vertreterin bzw. der gesetzliche Vertreter:

.....

Mit diesen Vorgaben zur Ausgestaltung des Mustervertrags kann sichergestellt werden, dass auch die Interessen der Sportlerin bzw. des Sportlers gewahrt bleiben und kein Verstoss gegen Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c AVG und Artikel 8 Absatz 1 AVV vorliegt. Es ist bekannt, dass viele Personen Verträge unterschreiben, ohne deren genauen Inhalte zu lesen und damit zu kennen. Mit der Unterschrift unter den Anhang 1 besteht eine deutlich höhere Gewähr dafür, dass der Sportlerin bzw. dem Sportler die Möglichkeit eingeräumt wurde, nur eine Vermittlungstätigkeit in Anspruch zu nehmen, und dass bewusst die Gesamtberatung gewählt wurde, die mit einer jährlich wiederkehrenden Provisionspflicht verbunden ist.

Da gemäss Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a AVG Vereinbarungen nichtig sind, die Stellensuchende daran hindern, sich an einen anderen Vermittlungsbetrieb zu wenden, darf die Managementfee nur bis zu einer allfälligen Kündigung des Managementvertrags pro rata temporis erhoben werden. Keinesfalls darf deshalb eine Entschädigung für eine Vertragsdauer nach erfolgter Kündigung verlangt werden. Sonst würde zudem auch ein Verstoss gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a und b AVV vorliegen.

Wichtig:

Die Vertragsverhandlungen bis hin zum Abschluss eines neuen Vertrags gehören zur Vermittlungstätigkeit und dürfen deshalb nicht gesondert als zusätzlich vereinbarte Dienstleistung in Rechnung gestellt werden.

Gerichtstandklausel

Oft sehen Vermittlungsverträge mit Sportlerinnen und Sportlern eine Verbandsgerichtsbarkeitsklausel vor. Nach Artikel 35 ZPO kann auf den zwingenden Gerichtsstand von Artikel 34 Absatz 2 ZPO nicht im Voraus verzichtet werden. Dieser sieht für Klagen der Stellensuchenden einen zusätzlichen Gerichtsstand am Sitz des Vermittlungsbetriebs vor. Darauf sollte im Vermittlungsvertrag hingewiesen werden.

AIG

Für alle Fragen im Zusammenhang mit der Zulassung von und den Anstellungsbedingungen für ausländische Berufssportler und Berufssportlerinnen ist auf Bundesebene das SEM zuständig.

Verbandsrecht

Im Sportrecht kommt oft Verbandsrecht zur Anwendung. Dieses findet vor dem staatlichen Richter nur dann Berücksichtigung, soweit das staatliche Recht für eine autonome Regelung Raum lässt bzw. den Verbandsvorschriften keine zwingend zu beachtenden staatlichen Rechtsnormen entgegenstehen (BGE 132 III 285 ff. vom 20.12.2005). Somit können im Verbandsrecht bspw. strengere Provisionshöchstsätze vorgesehen werden als es das AVG kennt oder es darf für die Zulassung als Vermittler das Bestehen einer Prüfung verlangt werden.

2.8.3.3 AU PAIR-VERMITTLUNG

Die Au-Pair-Vermittlungstätigkeit wird in der Schweiz hauptsächlich von gemeinnützigen Institutionen ausgeübt, es gibt jedoch auch einige gewerbsmässige.

1. Bewilligungspflichtig

Die entgeltliche und regelmässige Vermittlungstätigkeit von Au-Pairs fällt gemäss Artikel 2 AVG unter den Tatbestand der privaten Arbeitsvermittlung und ist bewilligungspflichtig. Dies gilt auch für gemeinnützige Institutionen, sofern sie gegen Entgelt vermitteln.

2. Höchstgebühren für die einzelnen Leistungsarten

Die strikte Anwendung des Gebührentarifs gemäss AVG erweist sich im Bereich der Au-Pair- Vermittlungstätigkeit nicht als vernünftig. Um eine seriöse und effiziente Vermittlungstätigkeit gewährleisten zu können, müssen die Au-Pair-Vermittlungsstellen, ob gemeinnützig oder nicht, eine Reihe von «spezifischen» Leistungen erbringen, die den ordentlichen Gebührenrahmen überschreiten. Aufgrund langjähriger Praxis im Au-Pair-Bereich gilt folgende Gebührenaufstellung:

a) Einschreibegebühr

b) Vermittlungsprovision

c) Entschädigung von besonders vereinbarten Dienstleistungen

Tabelle 1:

Höchstbeträge für Gebühren und Entgelte, die von Au-Pairs erhoben werden können

Höchstbeträge für Gebühren	
a) Einschreibegebühr (Eintragung):	**45 Franken**
b) Vermittlungsprovision: Bis maximal	**773 Franken**

Berechnung: max. 5 % der durchschnittlichen, jährlichen Entlöhnung von Au-Pairs inkl. Naturallohn (zwischen 150 und 200 Franken pro Woche, freie Kost und Logis, Gratisflüge, usw.).

Folgende Leistungen müssen garantiert und darin enthalten sein:

– Dossierbereitstellung;

– Eigentliche Vermittlung;

– Abschluss und Unterschrift des Vermittlungsvertrags.

c) Weitere Dienstleistungen	
Schulung und Vorbereitung	72 Franken
Interview	60 Franken
Sprach- und Situationstest	60 Franken
Spesen, Material, Telefon, Fax, usw.	25 Franken
Total bis max.	**217 Franken**
Total der zulässigen Kosten: höchstens	**1035 Franken**

Grundsätzlich können Au-Pair Vermittlungsbetriebe nur eine Bewilligung erhalten, wenn sie die obigen Höchstbeträge bezüglich der Au-Pairs beachten und einhalten.

Die Höchstbeträge entsprechen dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise vom März 2023. Sie können periodisch jeweils der Teuerung angepasst werden.

Wichtig:

Das SECO ist grundsätzlich für Fragen im Zusammenhang mit der Vermittlung von Au-Pairs zuständig. Für alle Fragen im Zusammenhang mit der Zulassung von und den Anstellungsbedingungen für Au-Pairs ist auf Bundesebene das SEM zuständig.

Hinweise zur Zulassung und den Anstellungsbedingungen aufgrund des AIG:

1. Zum einen wird nach VZAE in Artikel 48 für Au-Pairs aus Drittstaaten die Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen an gewisse Voraussetzungen geknüpft, so z.B. Alter 18–25 Jahre, Tätigkeit maximal 30 Stunden pro Woche, nur leichte Haushaltsarbeiten und Kinderbetreuung, angemessene Entschädigung, eigenes Zimmer bei Gastfamilie, Besuch eines Sprachkurses in der Landessprache des Aufenthaltsortes. Au-Pairs aus Drittstaaten können nur für einen einjährigen

Aufenthalt mit einer nicht verlängerbaren Kurzaufenthaltsbewilligung zugelassen werden. Es besteht kein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Bewilligung für einen Aufenthalt zur Erwerbstätigkeit. Die Kantone sehen zudem Formulare vor, die die Gastfamilien hinsichtlich der Umstände (insbesondere der Arbeitszeit, Familiensprache, Betreuung, Anzahl Kinder etc.) ausfüllen müssen. Die Kantone überprüfen in der Folge diese Formulare. Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe j AIG sieht vor, dass Au-Pair-Angestellten aus Drittstaaten nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt werden kann, wenn diese durch eine nach AVG bewilligte Organisation vermittelt werden. Weiterführende Informationen sind in 4.4.10 der Weisungen AIG zu finden.

2. Zum andern werden aufgrund der «stand still-Klausel» von Artikel 13 FZA auf Au-Pairs aus EU-/EFTA-Ländern die Vorgaben hinsichtlich des Alters und der Vermittlung durch eine nach AVG bewilligten Organisation nicht angewendet. Diese Au-Pairs kommen bezüglich des Alters in den Genuss der früheren grosszügigeren Limite von 17–30 Jahren. Der Aufenthalt eines Au-Pairs aus einem EU/EFTA-Staat kann auf maximal zwei Jahre verlängert werden. Es ist keine Vermittlung durch eine in der Schweiz anerkannte Vermittlungsorganisation notwendig. Das bedeutet, dass Familien bei der Suche eines Au-Pairs aus einem EU/EFTA-Staat nicht zwingend mit einer bewilligten Vermittlungsorganisation in Kontakt treten müssen, sondern auch selber rekrutieren können. Alle anderen Vorgaben der VZAE werden jedoch auf Au-Pairs aus EU-/EFTA-Ländern aufgrund des Europäischen Übereinkommens über die Au-Pair-Beschäftigung ebenfalls angewandt.

3. Weiter kennen die einzelnen Kantone für das Engagement von Au-Pairs Musterverträge, die z.B. eine minimale Lohnhöhe, aber auch Höchstarbeitszeiten vorsehen können. Zudem bestehen in den meisten Kantonen Normalarbeitsverträge für Hausangestellte und Au-pairs. Diese Vorgaben gelten unabhängig von der Herkunft der Au-Pairs (CH, EU/EFTA, Drittstaat). Es sollte sich hier also keine unterschiedliche Behandlung ergeben.

4. Hinsichtlich Sozialversicherungen und Krankenkasse sollte es zwischen den verschiedenen Staatsangehörigen keine unterschiedliche Behandlung ergeben. Für EU/EFTA-Angehörige kann es aber ausnahmsweise möglich sein, dass sie ihre Sozialversicherung und ihre Krankenkasse im Heimatstaat weiterführen dürfen.

5. Die Kosten für die Gebühr der Aufenthaltsbewilligung richten sich grundsätzlich nach den kantonalen Ansätzen. Die Gebührenverordnung zum AIG sieht in Artikel 8 Absatz 4 Buchstabe a eine Gebühr von max. 65 Franken für EU/EFTA-Angehörige vor. Gegenüber Au-Pairs aus Drittstaaten beträgt die Höchstgebühr für die Erteilung oder Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung 95 Franken (Art. 8 Abs. 1 Bst. b GebV-AIG). Die Gebühren für die Arbeitsmarktprüfung bei den kantonalen Arbeitsämtern werden kantonal geregelt.

Hinweis zu Anbieterinnen und Anbietern von Sprachkursen im Ausland, die gleichzeitig auch Jobs, Praktika, Arbeitsprogramme, Au-Pair-Stellen oder ähnliches (Demi-Pair) offerieren:

Wenn Schweizer Sprachschulen gegen Entgelt ihre Kundinnen und Kunden mit den ausländischen Arbeitgebenden, mit denen sie in Kontakt stehen, direkt zusammenführen, bzw. den Partnerschulen zuführen, welche eine geeignete Arbeit und Arbeitgebende suchen, betätigen sie sich als Vermittlungsbetrieb und sind bewilligungspflichtig.

2.8.4 EXKURS: AVG-BEWILLIGUNG UND FRANCHISING

Franchising ist eine «Geschäftsheirat» zwischen einem bestehenden Unternehmen (Franchisegeber) und der Inhaberin bzw. dem Inhaber eines neuen Unternehmens (Franchisenehmende).

Gegen Entgelt (Eintritts- und laufende Gebühren, häufig auch Marketingabgaben) wird den Franchisenehmenden von den Franchisegebenden ein komplettes Geschäftskonzept zur Verfügung gestellt. Die Investitionen für die Geschäftsstelle tragen die Franchisenehmenden. Das eigentliche Franchisepaket bilden spezifische Produkte oder Dienstleistungen, eine erprobte Marketingkonzeption, Marke und Know-how sowie laufendes Coaching und Weiterentwicklung des Geschäftskonzepts durch die Franchisegebenden. Typisch ist das einheitliche Erscheinungsbild gegen aussen.

Ein gutes Beispiel des Franchisings ist die Hamburger-Kette McDonalds. Das Publikum hat den Eindruck, alle Geschäfte gehören zur gleichen Gesellschaft. Dabei werden viele der Geschäfte von selbstständigen Unternehmerinnen und Unternehmern nach dem Konzept und unter der Geschäftsbezeichnung von McDonalds geführt.

Im Fall von Vermittlung bzw. Personalverleih bedeutet dies zum Beispiel, dass Franchisenehmende damit das Recht erhalten, von Franchisegebenden ein Betriebs- und Marketingkonzept, ihre Geschäftsbezeichnungen oder Firmen als Bestandteil der eigenen Firmen und die Warenzeichen zu verwenden. Im Weiteren können die Franchisenehmenden auch weitere Schutzrechte übernehmen. Möglicherweise werden sie in der Vermittlungs- und/oder Verleihtätigkeit geschult und erhalten sie Musterverträge von den Franchisegebenden.

Die Franchisenehmenden verpflichten sich dabei, gegen Entgelt die Vermittlungs- oder Verleihtätigkeit nach dem von den Franchisegebenden entwickelten Konzept auf eigene Rechnung zu tätigen. Es ist denkbar, dass es mehrere Franchisenehmende gibt. Oft wird ihnen dabei das Recht eingeräumt, in einem bestimmten Gebiet tätig zu werden.

Da die Franchisenehmenden dabei als Selbstständigerwerbende auf eigenes Risiko und eigene Rechnung tätig werden, bedeutet dies, dass sie immer selbst eine Vermittlungs- und/oder Verleihbewilligung benötigen. Im «Package» kann das Recht der Bewilligung nie übertragen werden. In der Regel wollen Franchisenehmende aber im Geschäftsverkehr mit den Franchisegebenden in Verbindung gebracht werden. Wegen der strafrechtlich sanktionierten Firmengebrauchspflicht dürfen Franchisenehmende nicht ohne Angabe der eigenen Firma einzig unter der Firma der Franchisegebenden oder unter deren Geschäftsbezeichnung auftreten. In der Praxis werden daher Franchisenehmende ihre Firmen so wählen, dass klar zum Ausdruck kommt, dass es sich um Partnerfirmen der Franchisegebenden handelt (Fall 1). Manchmal wird im «Package» sogar vereinbart, dass die Franchisenehmenden sich in Büroräumlichkeiten der Franchisegebenden einmieten (Fall 2). Somit würde der Betrieb nicht nur eine auf ein Partnerschaftsverhältnis hindeutende Firma, sondern auch dieselbe Adresse wie derjenige der Franchisegebenden haben, d.h. unter derselben Adresse würden sogar zwei oder mehrere Betriebe mit aufeinander abgestimmten Firmen bestehen. Es kann aber auch vorkommen, dass die Franchisenehmenden nur das Konzept, nicht aber Elemente der Firma oder der Geschäftsbezeichnung der Franchisegebenden übernehmen (Fall 3). Schliesslich gibt es auch Fälle, in welchen Franchisenehmende die Verträge im Namen der Franchisegebenden abschliessen und auch das Inkasso übernehmen. Der Erlös fliesst jedoch nach Abzug der Franchisegebühr in die Kasse der Franchisenehmenden (Fall 4). In diesem Fall betätigen sich Franchisenehmende im Sinn von Artikel 1 Buchstabe e AVV. Sie führen den Franchisegebenden, die selber über eine Bewilligung verfügen, Stellensuchende zu. Sie benötigen in diesem Fall eine Vermittlungsbewilligung.

2

Nach dem Handelsregisterrecht sind Franchisenehmende grundsätzlich verpflichtet, so gegen aussen im Geschäftsleben aufzutreten, wie sie im Handelsregister eingetragen sind. Falls sie die gleiche Geschäftsbezeichnung wie die Franchisegebenden benützen, müssen sie zusätzlich ihre eingetragene Firma angeben.

Für die Bewilligungserteilung und den Handelsregistereintrag der Franchisenehmenden bedeutet dies folgendes:

Ausgangslage

Franchisegebende: Muster & Partner AG, Musterstrasse 44, 9999 Musterhausen

Franchisenehmende: Petra Nehmerin bzw. Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Fall 1

Franchisenehmende treten als Partnerfirmen der Franchisegebenden auf. Die Bewilligung wird in diesem Fall lauten auf:

Betrieb: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Franchisenehmende der Muster & Partner AG, Beispielweg 33, 1111 Beispielen.

Verantwortliche Personen: Petra Nehmerin und Peter Nehmer (für Tätigkeiten im Rahmen des Franchisevertrags).

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen, im Zweck wird eingetragen Personalverleih als Franchisenehmende der Muster & Partner AG unter der Verwendung der Marke Muster & Partner AG.

Fall 2

Franchisenehmende haben sich an der Adresse der Franchisegebenden eingemietet. Die Bewilligung lautet auf:

Betrieb: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Franchisenehmende der Muster & Partner AG, Musterstrasse 44, 9999 Musterhausen.

Verantwortliche Personen: Petra Nehmerin und Peter Nehmer (für Tätigkeiten im Rahmen des Franchisevertrags)

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Musterstrasse 44, 9999 Musterhausen, im Zweck wird eingetragen Personalverleih als Franchisenehmende der Muster & Partner AG unter der Verwendung der Marke Muster & Partner AG.

In den Fällen 1 und 2 sollte aus dem Internetauftritt hervorgehen, dass die Betriebe als Franchisenehmende der Franchisegebenden tätig werden. Ansonsten liegt ein Verstoss gegen Artikel 7 Absatz 1 und 18 Absatz 1 AVG vor.

Fall 3

Treten Franchisenehmende nicht als Partnerfirmen der Franchisegebenden auf (kein Hinweis auf die Firma oder Geschäftsbezeichnung der Franchisegebenden), sondern unabhängig, lautet die Bewilligung in diesem Fall auf:

Betrieb: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Verantwortliche Personen: Petra Nehmerin und Peter Nehmer

Für die Fälle, in welchen beim Franchising das Recht zur Verwendung der Firma bzw. der Geschäftsbezeichnung der Franchisegebenden nicht übertragen wird, ändert sich im Vergleich zum normalen Verfahren also nichts.

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Fall 4

Der Vertragsabschluss und das Inkasso bei den Stellensuchenden und Arbeitgebenden wird von den Franchisegebenden ausgeführt. Die Franchisenehmenden führen nur Stellensuchende oder Arbeitgebende zu. Es liegt ein Fall von Artikel 1 Buchstabe e AVV vor, d.h. auch die Franchisenehmenden benötigen eine Bewilligung. Diese lautet in diesem Fall auf:

Betrieb: Petra Nehmerin und Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Verantwortliche Personen: Petra Nehmerin und Peter Nehmer

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen.

Es kann vorkommen, dass alle Franchisenehmenden mit den gleichen Verträgen operieren. In diesem Fall wird sich die Gesuchbehandlung vereinfachen. In der Regel kann diesem Umstand Rechnung getragen werden, indem in diesen Fällen den Gesuchstellenden nur das Minimum der möglichen Bewilligungsgebühr belastet wird. Bei bereits bestehenden Franchiseverhältnissen, in welchen eine Bewilligung bereits vorhanden ist, ist es auch möglich, die neuen Gesuche als Änderung resp. Erweiterung einer bestehenden Bewilligung zu behandeln.

Die Ausführungen in 2.8.4. gelten analog auch bei Partner-Modellen, bei welchen mittels Vertrag einer Partnerin oder einem Partner ermöglicht wird, ein Geschäftskonzept (evtl. mit dem Auftritt unter einem gemeinsamen Namen) gegen die Entrichtung einer Gebühr zu übernehmen.

3 Personalverleih

3.1 ARTIKEL 12 AVG BEWILLIGUNGSPFLICHT (ART. 26–31 AVV)

3.1.1 WELCHE VERTRAGSVERHÄLTNISSE FALLEN UNTER DAS AVG?

Beim Personalverleih überlässt ein Betrieb (Verleihbetrieb) von ihm angestellte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Dritten (Einsatzbetrieb) für die Erbringung von Arbeitsleistungen. Somit bedingt der Personalverleih das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Beim Personalverleih handelt es sich stets um ein Dreiecksverhältnis mit den folgenden Beteiligten:

– **Arbeit gebender Betrieb (Verleihbetrieb)**

  Der Arbeit gebende Betrieb ist zugleich der Verleihbetrieb. Dieser tritt das wesentliche Weisungsrecht ganz oder zu grossen Teilen an Dritte (Einsatzbetriebe) ab. Das Arbeitsverhältnis hingegen bleibt bestehen. Er haftet dem Einsatzbetrieb nur für die korrekte Auswahl der Arbeitnehmenden. Ein vertraglich vereinbarter Erfolg wird nicht garantiert.

– **Arbeitnehmende**

  Die verliehenen Arbeitnehmenden behalten ihren Arbeitsvertrag beim Verleihbetrieb aufrecht. Zu den Dritten, bzw. zum Einsatzbetrieb, stehen sie in keinerlei vertraglicher Beziehung, sie unterstehen bloss deren bzw. dessen Weisungsgewalt in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher, sachlicher und zum Teil auch örtlicher Hinsicht.

– **Dritte bzw. Einsatzbetrieb**

  Die verliehenen Arbeitnehmenden werden bei den Dritten eingebunden. Sie unterstehen deren Weisungs- und Kontrollrecht. Die Dritten stellen üblicherweise die notwendigen Mittel zur Erfüllung der Arbeit bereit und tragen somit selbst die Gefahr für die Arbeitsleistung (Schlechterfüllung).

> **Hinweis:**
> Unter die Begriffe Dritte oder Einsatzbetriebe fallen sowohl Unternehmen als auch Private, bzw. Privathaushalte. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 in Erwägung 4.4 festgehalten, dass für die Qualifikation als Einsatzbetrieb bzw. Dritte im Sinn des AVG entscheidend ist, ob dem Privathaushalt wesentliche Weisungsbefugnisse wie Arbeitgebenden gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmenden zustehen, d.h., ob ein Subordinationsverhältnis besteht.

Die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Verträgen (wie z.B. dem Auftrag, dem Werkvertrag oder einem gemischten Vertrag), die auch alle eine Arbeitsleistung zum Inhalt haben, welche bei einem Einsatzbetrieb erfolgen kann, ist nicht immer einfach. Die Bezeichnung des Vertrags durch die Vertragsparteien ist dabei nicht entscheidend.

Die Abgrenzung erfolgt im Einzelfall gestützt auf den Vertragsinhalt, den Stellenbeschrieb und die konkreten Arbeitsumstände beim Einsatzbetrieb. Nur die Erfüllung eines Arbeitsvertrags in Form des Personalverleihs, d.h. die Erbringung einer Arbeitsleistung beim Einsatzbetrieb durch die verliehenen Arbeitnehmenden, fällt unter das AVG.

Das Überlassen von Arbeitnehmende an Dritte muss eine bestimmte Qualität aufweisen, damit ein Verleihverhältnis vorliegt.

Das Kriterium des Überlassens, welches das Verleihverhältnis kennzeichnet, setzt kumulativ voraus, dass

– ein Betrieb **wesentliche Weisungsbefugnisse** über seine eigenen Arbeitnehmenden an einen anderen Betrieb **abtritt** und

– das **Arbeitsverhältnis** zwischen den Arbeitnehmenden und dem die Weisungsbefugnisse abtretenden Betrieb **bestehen bleibt.**

Ein **wichtiges Kriterium** kann auch sein, ob es «nur» um das **Verrechnen von Einsatzstunden** geht, oder ob der Betrieb für die Arbeit seiner Arbeitnehmenden auch einen gewissen Erfolg garantiert und beim Nichterreichen dieses Erfolgs auf einen Teil des vereinbarten Entgelts verzichtet oder gratis Nachbesserung leisten lässt.

3.1.1.1 DER PERSONALVERLEIH DURCH GEMEINNÜTZIGE INSTITUTIONEN FÄLLT NICHT UNTER DEN TATBESTAND DES BEWILLIGUNGSPFLICHTIGEN VERLEIHS

Bewilligungspflichtig ist der gewerbsmässige Personalverleih, also derjenige, welcher mit der Absicht betrieben wird, einen Gewinn zu erzielen. Gewerbsmässig verleiht ein Betrieb somit seine Arbeitnehmende, wenn er damit kommerzielle Ziele verfolgt. Gemeinnützige Betriebe, bzw. Institutionen, verfolgen grundsätzlich keine wirtschaftlichen Ziele und benötigen deshalb keine Personalverleihbewilligung. Gemeinnützigkeit wird angenommen, wenn der Kreis der Adressatinnen und Adressaten offen ist und der Zweck im Allgemeininteresse liegt, so beispielsweise bei Tätigkeiten in karitativen, humanitären, gesundheitsfördernden, erzieherischen, wissenschaftlichen und kulturellen Bereichen. Daneben gilt, dass die gemeinnützige Institution, damit sie als solche gilt, uneigennützig handelt, bzw. keine eigenen Interessen verfolgt. Ein Allgemeininteresse wird demnach nicht angenommen, wenn nach räumlichen und beruflichen Merkmalen der Kreis der Betroffenen dauernd nur klein sein kann.

Gemeinnützige Betriebe verfolgen als Ganzes keine wirtschaftlichen Gewinnziele. In der Regel werden sie durch staatliche Behörden beaufsichtigt oder arbeiten in Begleitung der Sozialpartnerinnen bzw. -partner oder mit ihnen zusammen. Vielfach führen gemeinnützige Institutionen einen Leistungsauftrag der öffentlichen Hand aus und sind verpflichtet, die Erbringung ihrer Dienstleistung sicher zu stellen.

Ob eine Institution als gemeinnützige Institution tätig und mithin bewilligungsbefreit ist, muss im Einzelfall geprüft werden.

Entscheidend kann sein, dass der Betrieb durch die Steuerbehörden als gemeinnützig nach Artikel 56 Buchstabe g DBG anerkannt und deshalb steuerbefreit ist. Es ist deshalb sinnvoll, diesen Nachweis einzuholen.

Indizien für eine gemeinnützige Tätigkeit sind weiter:

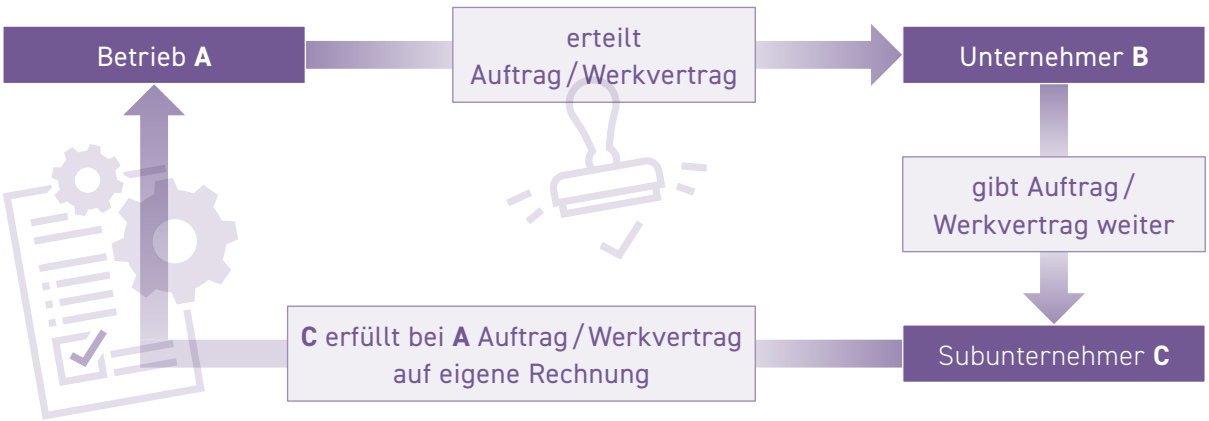
- Die Institution strebt keinen Profit an;
- die Betriebskosten werden überwiegend durch Versicherungsleistungen, Subventionen oder durch andere Geldmittel oder Spenden gedeckt;
- sie arbeitet mit der öffentlichen Hand zusammen und untersteht üblicherweise deren Aufsicht;
- sie erbringt ihre Dienstleistung im Rahmen eines Leistungsauftrags der öffentlichen Hand;
- die Tätigkeit erfolgt in Begleitung der Sozialpartnerin bzw. des Sozialpartners.

Hinweis:
Auch eine Aktiengesellschaft kann gemeinnützig tätig sein, wenn sie mit ihren Statuten darauf hinweist, dass sie auf die Ausschüttung von Dividenden oder Tantiemen verzichtet.

3.1.1.2 WELCHE GRUNDKONSTELLATIONEN VON VERTRAGSKONSTRUKTIONEN KÖNNEN UNTERSCHIEDEN WERDEN?

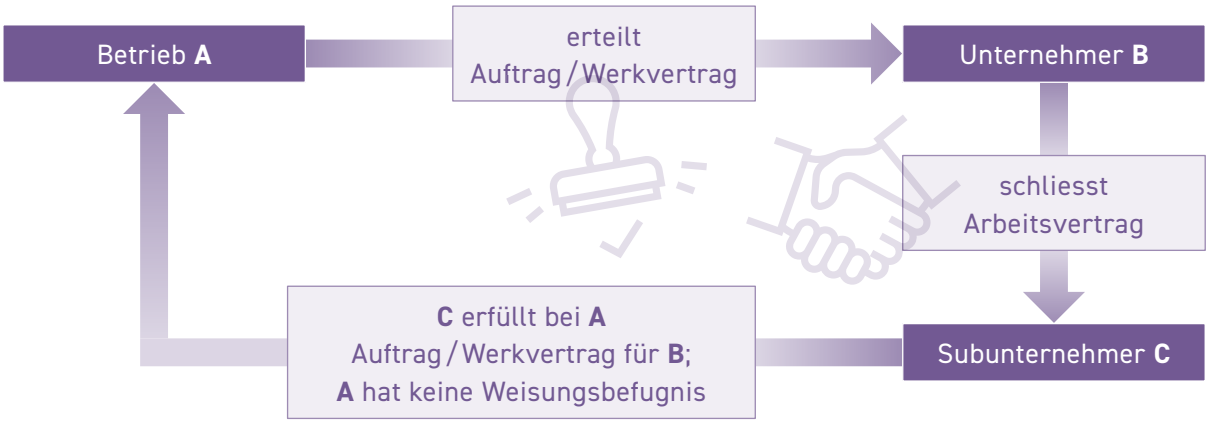
a) Die Weitergabe eines Auftrages/Werkvertrags

Zwischen dem Betrieb A und einem Unternehmen B wird ein Auftrag oder Werkvertrag abgeschlossen, welchen das Unternehmen B ganz oder zum Teil an einen Drittbetrieb (Subunternehmen C) weitergibt. Das Subunternehmen ist hier **selbstständig erwerbend** und übernimmt einen Auftrag oder Werkvertrag. Es liegt somit **kein Personalverleih** vor.



b) Die Erledigung eines Auftrags/Werkvertrags durch eine angestellte Person

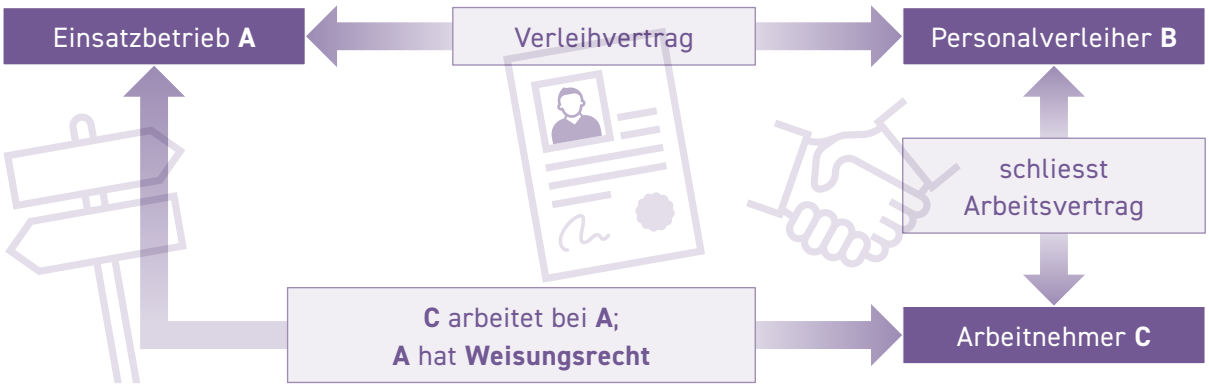
Das Unternehmen B beschäftigt eine Arbeitnehmerin bzw. einen Arbeitnehmer, die bzw. der im Betrieb A einen Auftrag/Werkvertrag ausführt. Der **Betrieb A** hat gegenüber der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer **keine Weisungsbefugnis** und die reine Verrechnung von Einsatzstunden steht auch nicht im Vordergrund. Es liegt **kein Personalverleih** vor. Es handelt sich um einen externen Beschäftigungseinsatz, ergo um einen **Auftrag oder Werkvertrag.**



Die Grundkonstellationen a) und b) fallen nicht unter das AVG. Solche Einsätze sind in der Regel mit der Erfüllung des Auftrags/Werkvertrags beendet.

c) Der Verleih einer Angestellten oder eines Angestellten (Personalverleih)

Arbeitnehmende C des Verleihbetriebes B arbeiten im Einsatzbetrieb A, **wie wenn sie deren eigene Arbeitnehmende wären;** der Einsatzbetrieb hat ihnen gegenüber ein **Weisungsrecht.**



3.1.1.3 EXKURS: WANN LIEGT SELBSTSTÄNDIGE ERWERBSTÄTIGKEIT VOR?

Um von einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (z.B. als Subunternehmen in der in 3.1.1.2 unter a) genannten Konstellation) ausgehen zu können, müssen mehrere Kriterien kumulativ erfüllt sein, insbesondere:

a) Kein Unterordnungsverhältnis zwischen den Vertragsparteien;

b) Übernahme des Unternehmerrisikos durch das Subunternehmen;

c) Suche und Akquisition von Aufträgen und Arbeiten des Subunternehmens für sich selbst;

d) Übernahme der generellen mit dem Unternehmen zusammenhängenden Kosten;

e) wirtschaftliche und organisatorische Unabhängigkeit zwischen den Vertragsparteien.

Das Bestehen eines **Unterordnungsverhältnisses** ist ein zentrales Unterscheidungskriterium. Falls eine solche Unterordnung die Vertragsbeziehung der Parteien charakterisiert, hat die der anderen untergeordneten Partei nicht den Status von selbstständig Erwerbenden, sondern denjenigen von Arbeitnehmenden. In diesem Fall führen die Arbeitnehmenden ihre Aufgaben nach den von den Arbeitgebenden erteilten Weisungen aus. Sie verfügen bei der Ausführung der Arbeiten nicht über eine grosse Unabhängigkeit, wie dies bei Unternehmen oder Beauftragten der Fall wäre.

Für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit wird auch auf BGE 119 V 161 verwiesen, welcher die verschiedenen Abgrenzungskriterien gut erläutert.

Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Kriterien bezüglich einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erfüllt sind. **Auf blosse Erklärungen der betreffenden Firma oder Person kann nicht abgestellt werden.** In der Regel ergeben sich aufgrund der Arbeitsverträge der eingesetzten Arbeitnehmenden und dem Vertrag mit den Kundinnen bzw. den Kunden klare Anhaltspunkte für eine Beurteilung.

Wer entscheidet, ob eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt?

Die Frage muss auf jeden Fall im Zusammenhang mit der Beitragserhebung der verschiedenen Sozialversicherungen SUVA, AHV, IV, EO, ALV und BVG beantwortet werden, da auf selbstständig erwerbstätige Personen andere Beitragssätze angewendet werden (u.a. Art. 8 AHVG).

Es sind also die in der Sozialversicherung zuständigen Instanzen, die über das Vorhandensein einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit entscheiden. In den vorliegenden Fällen sind dies die Ausgleichskasse, welcher die Vertragsparteien angehören, und die SUVA.

Wenn sich eine Person als selbstständig deklariert, besteht ein wirksames Mittel zur Kontrolle in der Abklärung, ob sie von den Sozialversicherungen als solche anerkannt wird.

Personalverleih von selbstständig Erwerbstätigen ist nicht möglich, Personalverleih setzt immer einen Arbeitsvertrag voraus.

Eine Person, die eine als selbstständig geltende Erwerbstätigkeit ausübt, kann ihre Dienste nicht im Sinn des AVG an einen Dritten verleihen, da sie nicht den Status einer arbeitnehmenden Person besitzt. Wenn eine selbstständig erwerbende Person ihre Dienste gegenüber einer Unternehmung erbringt, kann sich die daraus entstehende Rechtsbeziehung nicht aus dem AVG, sondern nur aus dem Vertragsrecht, das heisst aus dem OR ergeben. Die selbstständig erwerbende Person wird also Partei eines Werkvertrags, Auftrags oder eines Innominatvertrags.

Aufgrund des Sachverhalts, der sich nach Überprüfung der obgenannten Kriterien ergibt, ist es auch möglich, dass ihr Status als selbstständig erwerbende Person verneint werden muss, sie demnach als arbeitnehmende Person zu betrachten ist und von der Unternehmung angestellt werden muss.

Hinweis auf das Ausländerrecht

EU-/EFTA-Staatsangehörige haben das Recht, in der Schweiz einer selbstständigen Arbeit nachzugehen. Sie müssen jedoch bestimmte Voraussetzungen erfüllen und bei der zuständigen Arbeitsmarktbehörde die

notwendigen Unterlagen einreichen. Angehörigen aus Drittstaaten kann eine Bewilligung zu einem selbstständigen Erwerb erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen von Artikel 19 AIG kumulativ erfüllen.

3.1.1.4 WELCHES SIND DIE ABGRENZUNGSKRITERIEN ZWISCHEN ERFÜLLUNG EINES AUFTRAGES ODER WERKVERTRAGS FÜR ARBEITGEBENDE UND ERBRINGUNG EINER ARBEITSLEISTUNG (=PERSONALVERLEIH)?

Folgende Abgrenzungskriterien lassen auf die **Erbringung einer Arbeitsleistung in Form von Personalverleih** schliessen:

- **Unterordnungsverhältnis:** das **Weisungs-** und Kontroll**recht** als ein wesentliches Merkmal für die Erbringung einer Arbeitsleistung liegt **beim Einsatzbetrieb.** Diese Voraussetzung kann auch bereits erfüllt sein, wenn sich der Verleih- und Einsatzbetrieb das Weisungsrecht teilen. Ein durch den Einsatzbetrieb ausgeübtes Weisungsrecht kann ebenso vorliegen, wenn zwar in einer Aufgabenplanung einzelne zu verrichtende Dienstleistungen vereinbart werden, im Einsatzbetrieb diese Dienstleistungen jedoch durch jemanden täglich konkretisiert werden. So z.B. bei der Betreuung, wenn die betreute Person wünschen kann, was gekocht wird, wie sie eingekleidet wird, wohin der Ausflug geht, was gespielt wird, was am TV geschaut wird. Die Äusserung solcher Wünsche ist qualitativ höher zu werden als die Vereinbarung der zu erbringenden Dienstleistungen in einer Aufgabenplanung.
- **Einbindung der Arbeitnehmenden in den Einsatzbetrieb** in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht. Das heisst, es wird mit Werkzeug, Material, Geräten des Einsatzbetriebs und vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs gearbeitet. Auch zeitlich sehr kurze Einbindungen von wenigen Stunden können in Form des Verleihs erfolgen, ansonsten macht Artikel 48 Absatz 2 AVV keinen Sinn.
- Verpflichtung zur **Abrechnung der geleisteten Arbeitsstunden.** Das heisst, es werden Einsatzstunden, -wochen, -monate abgerechnet, es gibt also keinen Festpreis für die Leistung.
- **Tragen der Gefahr für die Arbeitsleistung** (Schlechterfüllung) **durch den Einsatzbetrieb** (d.h. der Verleihbetrieb haftet dem Einsatzbetrieb gegenüber nur für die gute Auswahl der Arbeitnehmenden). Der Verleihbetrieb garantiert keinen vertraglich vereinbarten Erfolg (hinsichtlich Qualität oder Vollendung des Produktes bis zu einem bestimmten Datum). Bei Nichterreichen dieses Ziels muss er z.B. keine gratis Nachbesserung leisten oder den vereinbarten Preis reduzieren. Ein Auftrag endet üblicherweise durch Kündigung ohne Fristansetzung oder durch Erreichen des Ziels, beispielsweise beim Arzt- oder Anwaltsbesuch.
- Der Verleihbetrieb haftet nicht für fahrlässige oder vorsätzliche Schäden, die seine Arbeitnehmenden verursachen, sei es beim Einsatzbetrieb, sei es im Rahmen der Tätigkeit für den Einsatzbetrieb gegenüber Dritten.
- Im Vertrag werden Kündigungsfristen vereinbart.
- Es wird ein Pflichtenheft geführt.
- Es bestehen Regelungen über Kompensation von Überstunden, Ferien, Feiertagen usf.

Es sind je nach Einzelfall noch weitere Kriterien denkbar (s. z.B. das Urteil des EVG vom 30.12.1992 in der AHI-Praxis 1/1993; Bundesamt für Sozialversicherungen, 3003 Bern).

3

Wichtig:

Die Dauer des Einsatzes und die Art der Arbeitsleistung spielen für die Einordnung als Verleihverhältnis keine Rolle.

Es ist zu unterscheiden:

Ein Betrieb, der seine Maurerequipe in einem fremden Betrieb einsetzt, um sie dort in eigener Kompetenz und mit eigenem Werkzeug Arbeiten ausführen zu lassen, tritt dem fremden Betrieb keine wesentlichen Weisungsbefugnisse ab. Dieser Betrieb hat gegenüber den bei ihm eingesetzten Arbeitskräften nur das Weisungsrecht, das ihm als Hausherr zusteht (Regelung über Türöffnungen, Sicherheitsbestimmungen usw.). Die Arbeitnehmenden handeln somit in Erfüllung eines vom Arbeit gebenden Betrieb übernommenen Auftrags oder Werkvertrags.

Wesentliche Weisungsbefugnisse werden dagegen an den Einsatzbetrieb abgetreten, wenn die bei ihm eingesetzten Arbeitnehmenden nach seinen Instruktionen und mit seinem Werkzeug arbeiten. In diesen Fällen liegt Personalverleih vor.

Zur Abgrenzung von personenbezogenen Dienstleistungen im Rahmen eines Auftrags:

Bei diesen liegen in der Regel nicht gleichzeitig mehrere Elemente, die für einen Personalverleih sprechen, vor. Zum Beispiel bei einem Essen in einem Restaurant kann man zwar auch Wünsche anbringen, aber es fehlt an der persönlichen Einbindung, und es gibt einen Fixpreis. Zudem gibt es bei einer Schlechterfüllung einen Ersatz der Leistung oder einen Preisnachlass. Je mehr Kriterien, die für einen Personalverleih sprechen, erfüllt sind, desto eher liegt ein Personalverleih vor.

Bei den allermeisten Aufträgen fehlt zudem den Auftraggebenden das entsprechende Knowhow für die Ausführung (so z.B. bei den Arbeiten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, Bauleuten, Treuhänderinnen und Treuhändern, etc.,). Hingegen ist dies bei der Betreuung nicht der Fall. Hier haben die betreuten Personen immer noch das Knowhow für die Erbringung der Dienstleistungen und können entsprechend Wünsche und Forderungen äussern. Die betreuten Personen müssen die versprochenen Leistungen nicht einfach über sich ergehen lassen.

Hinweise für die Praxis:

Ob Personalverleih vorliegt, lässt sich insbesondere aufgrund der Verträge prüfen, die das Unternehmen mit den Arbeitnehmenden einerseits und mit dem Einsatzbetrieb andererseits geschlossen hat. Kein Personalverleih liegt vor, wenn:

- das Weisungsrecht nicht beim Einsatzbetrieb liegt;
- die Arbeitnehmenden nicht mit Werkzeug, Material, Geräten des Einsatzbetriebs arbeiten;
- die Arbeitnehmenden nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeiten;
- die Verrechnung von Arbeitsstunden nicht im Vordergrund steht, sondern die Erreichung eines klaren Ziels gegen ein bestimmtes Entgelt zwischen Unternehmen und Einsatzbetrieb vereinbart wurde; und
- bei Nichterreichung dieses Ziels das Unternehmen dem Einsatzbetrieb gratis Nachbesserung garantiert oder das Entgelt reduziert wird;
- keine Regeln über Kompensation von Überstunden, Ferien, Feiertagen usf. bestehen;

– die bei den Kundinnen bzw. beim Kunden geltenden Arbeitszeiten nicht zwingend eingehalten werden;

– keine Kündigungsfristen geregelt werden.

Die Abgrenzungsfrage ändert sich auch nicht durch den Umstand, dass sich die zur Verfügung gestellte Person als selbstständig beurteilt, oder von der zur Verfügung stellenden Person dergestalt beurteilt wird. Kommen solche Personen bei den Dritten nur für die Verrechnung von Arbeitsstunden zum Einsatz, ist dies ausschliesslich in der Form des Personalverleihs möglich, wozu diese Personen von den zur Verfügung Stellenden mittels Arbeitsvertrag nach OR angestellt werden müssen.

Hinweis:
Bei Dienstleistungen, die für die Kundin bzw. den Kunden online erbracht werden, können Kriterien wie der Arbeitsort, das Zurverfügungstellen von Werkzeug oder Material, nicht für die Abgrenzung herangezogen werden. In diesen Fällen sind andere Kriterien (etwa die Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, die Regelung des Weisungsrechts oder die Frage nach dem Tragen eines Inkassorisikos, das Handeln auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung, die Verlusttragung, die Frage, wer die Aufträge beschafft, usw.) massgebend für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit.

3.1.2 ERSCHEINUNGSFORMEN DES PERSONALVERLEIHS (ART. 27 AVV)

3.1.2.1 ALLGEMEIN

Den Personalverleih (= Überlassen von Arbeitskräften) im Sinn des Gesetzes gibt es in drei Erscheinungsformen:

- Temporärarbeit;
- Leiharbeit (oft auch Regiearbeit genannt);
- gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe.

Folgende Elemente sind für alle drei Formen charakteristisch:

– Der Verleihbetrieb stellt Arbeitnehmende an und überlässt sie Einsatzbetrieben zur Arbeitsleistung. Dabei kann vorerst offenbleiben, ob dieses Überlassen an Dritte Haupt- oder Nebenzweck der Anstellung ist.

– Der Einsatzbetrieb wird rechtlich nicht Arbeit gebender Betrieb der verliehenen Arbeitnehmenden, besitzt ihnen gegenüber jedoch wesentliche Weisungsrechte sowie Überwachungs- und Sorgfaltspflichten.

Wichtig:

Die drei Kategorien von Artikel 27 AVV sind als Anhaltspunkte zu betrachten. Eine genaue Qualifizierung hat auf Grund der Gesamtumstände zu erfolgen.

3.1.2.2 DIE MERKMALE DER EINZELNEN ERSCHEINUNGSFORMEN

a) Gelegentliches Überlassen

Typisch für diese Verleihform ist das kurzfristige, nicht speziell geplante zur Verfügung stellen von Arbeitnehmenden bei einer sich gerade bietenden Gelegenheit. Die Ausleihe von Arbeitnehmenden ist kein Standardangebot der Arbeitgebenden, sie dient vielmehr dem Überbrücken von Beschäftigungsspitzen in Einsatzbetrieben respektive von Beschäftigungslücken in den eigenen Betrieben.

Das gelegentliche Überlassen ist in der Regel nicht darauf ausgerichtet Profit abzuwerfen, ein allfälliger Gewinn ist nicht die Hauptmotivation.

Das Arbeitsverhältnis entspricht einer normalen Anstellung. Der Arbeitsvertrag enthält keine Besonderheiten hinsichtlich Einsätzen in Drittbetrieben.

Hauptanwendungsfall:

Falls ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Einbruch erleidet und Angestellte vorübergehend bei anderen Unternehmen zum Einsatz bringen will, damit diese nicht entlassen werden müssen. Typisches Beispiel hierfür findet sich in der Landwirtschaft. Zwei Betriebe haben saisonal bedingt Erntehelferinnen und -helfer aufgeboten, wobei ein Betrieb durch ein Unwetter einen Totalschaden erleidet. Er kann im Rahmen des gelegentlichen Überlassens seine nunmehr vergeblich eingestellten Erntehelferinnen und -helfer anderen Betrieben zur Verfügung stellen.

b) Leiharbeit

Zweck der Anstellung der Arbeitnehmenden ist hauptsächlich der Verleih an Einsatzbetriebe. Der Verleihbetrieb betreibt jedoch häufig neben dem Verleihgeschäft auch eine eigene Betriebsstätte, in welcher die Arbeitnehmenden vorübergehend oder sogar regelmässig zum Einsatz kommen können. Unternehmen, die Arbeitnehmende grundsätzlich für den Einsatz im eigenen Betrieb anstellen, bei denen aber die Möglichkeit besteht, dass sie auch Dritten zur Verfügung gestellt werden können, fallen in der Regel auch in diese Kategorie, da dieses zur Verfügung stellen für gewöhnlich darauf ausgerichtet ist, einen Gewinn zu erzielen. Sie bedürfen deshalb ebenfalls einer Verleihbewilligung.

Der Arbeitsvertrag zwischen Verleihbetrieb und Arbeitnehmenden wird auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen.

Die Arbeitnehmenden haben Anspruch darauf, beschäftigt zu werden, womit das Risiko für fehlende Einsätze grundsätzlich beim Arbeit gebenden Betrieb liegt. Fehlen Einsätze, so kommen die Arbeitgebenden in Annahmeverzug und bleiben gemäss Artikel 324 OR lohnzahlungspflichtig. Dem Anspruch der Arbeitnehmenden auf Beschäftigung steht die Pflicht gegenüber, die ihnen zugewiesenen Einsätze zu übernehmen.

Der Begriff «Regiearbeit», den die Botschaft von 27. November 1985 zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih verwendet und der aus praktischen Gründen in der französischen Übersetzung beigezogen wurde, ist kein rechtlicher, sondern ein praktischer Begriff. Er umschreibt die Berechnungsart der Vergütung einer Leistung und ist unabhängig von der rechtlichen Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses. Der Begriff Regiearbeit wird in der Regel im Bau- und Montagegewerbe verwendet. Die in der Botschaft als Regiearbeit bezeichnete Tätigkeit (Botschaft S. 10) meint die hier «Leiharbeit» genannte Erscheinung. Die Leiharbeit zielt in der Regel auf Gewinn ab.

c) Temporärarbeit

Zweck der Anstellung ist bei der Temporärarbeit ausschliesslich der Verleih.

In der Praxis schliessen Arbeitgebende (Verleihfirmen) mit Arbeitnehmenden zunächst einen Rahmenarbeitsvertrag ab, in welchem die allgemeinen Arbeitsbedingungen für die einzelnen Arbeitseinsätze vereinbart werden.

In der Folge schliessen die Arbeitgebenden mit den Arbeitnehmenden für jeden einzelnen Arbeitseinsatz in einem Einsatzbetrieb einen Einsatzvertrag (Arbeitsvertrag) ab.

Der Rahmenarbeitsvertrag tritt erst durch die Unterzeichnung des konkreten Einsatzvertrags in Kraft. Somit entsteht erst durch den Einsatzvertrag ein Arbeitsverhältnis (Verleihbetrieb/Arbeitnehmende) zu den im Rahmenvertrag und im Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen. Der Rahmenarbeitsvertrag begründet weder eine Pflicht der Arbeitgebenden, einen Einsatz anzubieten, noch eine Pflicht der Arbeitnehmenden einen angebotenen Einsatz anzunehmen. Jeder neue Einsatz erfordert den Abschluss eines neuen Einsatzvertrags (neuer Arbeitsvertrag).

Der Arbeitsvertrag bezieht sich jeweils nur auf einen einzigen Einsatz. Ist dieser beendet, besteht zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr.

Die Arbeitnehmenden haben keinen Anspruch auf Zuweisung eines weiteren Einsatzes und dürfen ihrerseits jeden angebotenen Einsatz ablehnen. Das Risiko für fehlende Einsätze liegt beim Arbeitnehmenden.

Auch diese Form des Verleihs ist profitorientiert.

Der Temporärbetrieb führt keinen eigenen Produktionsbetrieb.

Wer als Arbeit gebender Betrieb eine feste Anstellung vornimmt, kann nicht durch vertragliche Abreden das Einsatzrisiko auf Arbeitnehmende abwälzen, er bleibt lohnzahlungspflichtig. Das Bundesgericht lehnte es ausdrücklich ab, zwischen zwei Einsätzen Arbeitnehmenden Arbeitslosenentschädigung auszurichten, da sich aus einem unbefristeten, von einzelnen Einsätzen unabhängigen Arbeitsvertrag für die Zeitspanne zwischen zwei Einsätzen klar eine Lohnzahlungspflicht des Arbeit gebenden Betriebs ergebe (BGE 108 V 95).

Für einen Einsatzbetrieb ist es irrelevant, in welcher Form sein Vertragspartner Verleih betreibt. Der Verleihvertrag ist in allen Fällen derselbe. Die Unterschiede liegen ausschliesslich im Verhältnis Verleihbetrieb – Arbeitnehmende.

Mischformen dieser drei Erscheinungsformen sind nicht möglich.

3.1.2.3 WELCHE VERLEIHTÄTIGKEIT IST BEWILLIGUNGSPFLICHTIG? (ART. 28 ABS. 1 AVV)

Bewilligungspflichtig sind Betriebe, die gewerbsmässig Arbeitnehmende überlassen im Rahmen von

- Temporärarbeit oder
- Leiharbeit.

Nicht bewilligungspflichtig sind demnach Betriebe, die

- nicht gewerbsmässig Arbeitnehmende überlassen oder
- Arbeitnehmende in der Form des gelegentlichen Überlassens bei Einsatzbetrieben arbeiten lassen.

3.1.2.4 VERLEIH VON INHABERINNEN BZW. INHABERN ODER MITBESITZERINNEN BZW. MITBESITZERN DES BETRIEBES (ART. 28 ABS. 2 AVV)

Ausgenommen von der Bewilligungspflicht sind ausschliesslich kleine Betriebe mit maximal fünf Personen, die gleichzeitig in der Geschäftsführung oder im Verwaltungsrat amten und sich selber verleihen.

Nur bei Kleinbetrieben kann sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmenden, die verliehen werden, sowohl finanziell als auch persönlich namhaft am Unternehmen beteiligt sind und kein Schutzbedürfnis gegenüber dem Betrieb mehr besteht. Bei Betrieben mit zahlreichen Angestellten bestünde hingegen die Gefahr, dass diese ihre Mitarbeitenden bei Bedarf verleihen, und ihnen Beteiligungen beispielsweise in Form von Aktien anbieten und dadurch der Bewilligungspflicht entgehen.

Als Inhaberin oder Inhaber einer Einzelfirma gilt die geschäftsführende Unternehmerin oder der geschäftsführende Unternehmer. Sie oder er ist im Handelsregister als Inhaberin oder Inhaber namentlich aufgeführt. Bei der Ein-Personen-Aktiengesellschaft handelt es sich um die Alleinaktionärin, eine natürliche Person, die als Inhaberin zu bezeichnen ist. Als vertretungsberechtigte Person ist sie im Handelsregister eingetragen.

Ein-Personengesellschaften sind auch in Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich. Inhaberin oder Inhaber ist die alleinige Stammanteilhalterin oder der alleinige Stammanteilhalter. Als Gesellschafterin bzw. Gesellschafter, die oder der das Stammkapital einlegt, geht sie oder er ebenfalls aus dem Handelsregister hervor.

Der Begriff der Mitbesitzerin bzw. des Mitbesitzers ist auslegungsbedürftig. Für den Befreiungsfall gelten kumulativ folgende Kriterien: Die Personen sind nebst der Geschäftsleitung am Aktien- bzw. Stammkapital beteiligt. Die Quote beträgt grundsätzlich mindestens 20 Prozent.

Betriebe, die Artikel 28 Absatz 2 AVV erfüllen, können ohne Bewilligung ihre Verleihtätigkeit aufnehmen. Bedarf der Betrieb aufgrund einer konkreten Rechtslage einer Bestätigung zur Bewilligungsbefreiung, klärt die kantonale Vollzugsstelle ab, ob die Betriebe die Voraussetzungen erfüllen. Eine allfällige Bestätigung gilt zeitlich begrenzt für zwei Jahre und setzt voraus, dass Beteiligung und Betriebsgrösse unverändert bleiben. Betriebe, die nebst den Inhaberinnen bzw. Inhabern oder Mitbesitzerinnen bzw. Mitbesitzern noch weitere Arbeitnehmende verleihen, fallen nicht unter den Anwendungsfall von Artikel 28 Absatz 2 AVV. Weitere Ausführungen hierzu finden sich in der Weisung 2014/1; Erläuterungen zu Artikel 28 Absatz 2 Arbeitsvermittlungsverordnung.

Auf Vereine ist diese Bestimmung nicht anwendbar. Vereinsmitglieder können weder Inhaberin bzw. Inhaber noch Mitbesitzerin bzw. Mitbesitzer sein. Vielmehr haben alle Mitglieder das gleiche Stimmrecht und die Vereinsbeschlüsse werden von der Vereinsversammlung gefasst.

3.1.2.5 DER SPEZIALFALL DER ARBEITSGEMEINSCHAFT (ART. 26 ABS. 4 AVV)

Firmen, die an einer Arbeitsgemeinschaft, ARGE, auch Bauherrenkonsortium genannt, beteiligt sind, und dieser ihr Personal zur Verfügung stellen, unterstehen nicht dem AVG. Das Überlassen von Arbeitnehmenden an eine ARGE beinhaltet keine vollständige Abtretung der wesentlichen Weisungsbefugnisse an das Konsortium.

3.1.2.6 DIE SPEZIALFÄLLE PAYROLLING / EMPLOYER OF RECORD UND PORTAGE SALARIAL

Beim Payrolling wie auch beim Employer of Record-Business will der erste Betrieb die Arbeitskraft einer Arbeit nehmenden Person in Anspruch nehmen, sie jedoch nicht selber anstellen. Er lässt sie von einem zweiten Betrieb anstellen und sich zur Verfügung stellen. Der erste Betrieb übt dabei ein

Weisungsrecht über die Arbeitnehmenden aus. Der zweite Betrieb übernimmt die Funktion des Arbeit gebenden Betriebs wie die Lohnauszahlung, die Abrechnung und Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen, im Fall von ausländischen Arbeitnehmenden die Anmeldung bei Ausländer- und Steuerbehörden. Ein solches Vorgehen ist als Personalverleih zu beurteilen, der erste Betrieb ist der Einsatzbetrieb, der zweite Betrieb der Verleihbetrieb. Dieser benötigt dazu in der Regel eine Verleihbewilligung, weil er dieses zur Verfügung stellen meistens gewerbsmässig nach Artikel 29 AVV ausübt.

Portage salarial (auf Deutsch auch Lohnträgerschaft genannt) ist ein Phänomen, das aus Frankreich stammt und in der Schweiz vor allem in der Westschweiz verbreitet ist. Hier geht es grundsätzlich um Selbstständigerwerbende, die bei einer Kundin oder einem Kunden zum Einsatz kommen, die aber gegenüber den Sozialversicherungs- und Steuerbehörden nicht als solche abrechnen wollen. Sie lassen sich zu diesem Zweck durch einen Portage salarial Betrieb anstellen und erbringen für diesen in der Folge bei der Kundin bzw. beim Kunden eine Dienstleistung. Wenn die Kundin bzw. der Kunde über diese Person kein Weisungsrecht ausüben kann, weil es sich um eine ausgewiesene Fachkraft handelt, die ohne Anweisungen tätig wird und für die Ausübung des Weisungsrechts auch das Know-how fehlt, liegt kein Personalverleih vor. Die Person gilt als Selbstständigerwerbende und wird auch von den Sozialversicherungen als solche behandelt. Falls die Person trotzdem im Sinn von Artikel 26 Absatz 1 bis 3 AVV in den Betrieb eingebunden wird und die Kundin bzw. der Kunde über sie ein Weisungsrecht ausübt, liegt Personalverleih vor und die Person gilt als Arbeit nehmend. Falls mit der Portage salarial – Tätigkeit die Gewerbsmässigkeit nach Artikel 29 AVV erfüllt wird, benötigt dieser Betrieb eine Verleihbewilligung.

3.1.2.7 DER VERLEIH ÜBER DAS INTERNET, APPS, PLATTFORMEN

Es ist möglich, dass auch über das Internet, über Apps, oder über Plattformen Personal verliehen wird. Die Prüfung, ob es sich dabei tatsächlich um Verleih handelt, geschieht nach den in 3.1.1.4 genannten Kriterien. Bezüglich der Internetvermittlung vgl. auch 2.1.1 c) und 2.1.3.2.

3.1.3 GEWERBSMÄSSIGKEIT (ART. 29 AVV)

Die Gewerbsmässigkeit muss bejaht werden, wenn ein Betrieb folgende Voraussetzungen erfüllt (Art. 29 Abs. 1 AVV):

– Es werden Einsatzbetrieben regelmässig Arbeitnehmende mit der Absicht überlassen, Gewinn zu erzielen (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht müssen kumulativ vorliegen); oder

– mit der Verleihtätigkeit wird ein jährlicher Umsatz von 100 000 Franken erzielt.

Für das Erreichen der Umsatzgrenze ist der Totalbetrag massgebend, den der Einsatzbetrieb dem Verleihbetrieb innerhalb eines Jahres entrichtet. Ist die Umsatzgrenze erreicht, muss nicht geprüft werden, ob eine Gewinnabsicht vorliegt; sie darf vermutet werden.

3.1.3.1 ZUR GEWINNABSICHT

Es lässt sich nicht in jedem Fall sofort und zweifelsfrei feststellen, ob ein Betrieb mit Gewinnabsicht verleiht. Entsprechende Hinweise können Struktur, Gesellschaftsform, Statuten oder Gesellschaftsvertrag des Unternehmens geben. Massgeblich ist die Gewinnabsicht. Sie kann auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen Verluste macht.

Gewinnstrebigkeit muss angenommen werden, wenn die Verrechnung der ausgeliehenen Arbeitskräfte die entsprechenden Kosten (Lohn + Lohnnebenkosten (=100 %) + Verwaltungskostenanteil von etwa 5 %) übersteigt.

3.1.3.2 ZUR REGELMÄSSIGKEIT

Massgeblich für die Beurteilung, ob ein Verleihbetrieb seine Tätigkeit regelmässig ausübt, ist die Häufigkeit, mit der er Verleihverträge abschliesst. Diese Häufigkeit ist nur bei der Leih- und Temporärarbeit relevant, da das gelegentliche Überlassen von Arbeitskräften nie bewilligungspflichtig ist. Erst wenn das gelegentliche Überlassen zum Standardangebot des Verleihbetriebs wird, stellt sich die Frage der Bewilligungspflicht, denn dann kann es sich um Leiharbeit handeln (auch wenn dies in den Arbeitsverträgen nicht zum Ausdruck kommt).

Die Regelmässigkeit ist zu bejahen, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV). Als Vertrag über einen Einsatz gilt eine Vereinbarung, die einen in sich abgeschlossenen Einsatz beim Einsatzbetrieb beinhaltet. Das einmalige Verleihen einer Arbeitsgruppe von mehreren Personen ist als ein Fall zu zählen. Wird hingegen eine Person mehrmals verliehen, liegen mehrere Fälle von Verleih vor.

3.1.3.3 ZUM JAHRESUMSATZ VON 100 000 FRANKEN

Diese Definition wurde mit der Revision von 1999 eingeführt und stützte sich auf den Gewerbsmässigkeitsbegriff der HRegV (Art. 36 HRegV, seit 1. Januar 2021 aufgehoben). Sie trägt der Tatsache Rechnung, dass einzelne Verleihfirmen auch grosse Umsätze mit weniger als zehn Verleihverhältnissen pro Jahr erzielen können und diese sinnvollerweise ebenfalls der Bewilligungspflicht zu unterstellen sind. Beim Jahresumsatz handelt es sich um denjenigen, der in einem Geschäftsjahr – und nicht in einem Kalenderjahr – erzielt wird.

3.1.3.4 DER GEGENSATZ VON ARTIKEL 28 UND ARTIKEL 29 ABSATZ 1 AVV

Grundsätzlich ist bei einem Jahresumsatz von 100 000 Franken von einer Bewilligungspflicht auszugehen. Nur falls es sich bei der Verleihtätigkeit um ein gelegentliches Überlassen handelt, ist eine Bewilligungspflicht zu verneinen. Dabei darf die Verleihtätigkeit nicht zum Angebot des Unternehmens gehören und nur ausnahmsweise erfolgen. In der Praxis ist beispielsweise der Fall denkbar, dass ein Unternehmen bei einem wirtschaftlichen Einbruch es vorzieht, seine Angestellten vorübergehend einem anderen Unternehmen zur Verfügung zu stellen, als sie entlassen zu müssen.

3.1.4 AUSLANDVERLEIH

Verleihbetriebe mit Sitz in der Schweiz, die Personen an Einsatzbetriebe im Ausland verleihen, oder die neu zuziehende Personen aus dem Ausland (s. auch 3.10) in der Schweiz verleihen, benötigen neben der kantonalen Bewilligung (die zum Verleih innerhalb der ganzen Schweiz berechtigt) zusätzlich eine Bewilligung zum Auslandverleih. Diese Bewilligung erteilt das SECO – Direktion für Arbeit.

Kein Verleih vom Ausland in die Schweiz liegt vor, wenn ein Verleihbetrieb mit Sitz in der Schweiz ausländische Grenzgängerinnen und Grenzgänger, die bereits in der Schweiz gearbeitet haben und somit auf dem Schweizer Arbeitsmarkt zugelassen sind, einem Einsatzbetrieb in der Schweiz überlässt.

Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz durch einen Verleihbetrieb mit Sitz im Ausland ist gemäss Artikel 12 Absatz 2 in fine AVG nicht zulässig. Die gesetzgebende Gewalt wollte den grenzüberschreitenden Verleih vom Ausland in die Schweiz verbieten, weil ausländische Verleihbetriebe hinsichtlich ihrer gesetzeskonformen Tätigkeit nur ungenügend kontrolliert werden können.

3.1.5 EXKURS: VERBOTENER INDIREKTER VERLEIH VOM AUSLAND IN DIE SCHWEIZ

Artikel 22 Absatz 3 Anhang I FZA hält fest, dass die Vertragsbestimmungen zur erleichterten Dienstleistungserbringung bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Tätigkeiten von Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen unberührt lassen. Daraus folgt, dass der direkte Personalverleih vom Ausland in die Schweiz gemäss Artikel 12 Absatz 2 AVG nach wie vor verboten ist. Die Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz, die der Entsendebetrieb von einem Personalverleihbetrieb im Rahmen eines Verleihvertrags bzw. eines Personalüberlassungsvertrags entliehen hat, ist ebenso wenig zulässig (indirekter Personalverleih).

Ein entsendender Betrieb kann im Rahmen des EntsG kontrolliert und bei Verstössen sanktioniert werden. Vom Entsendebetrieb entliehene Arbeitnehmende stehen zu diesem jedoch in keinerlei vertraglichen Beziehungen und somit könnten die dahinterstehenden Arbeitgebenden, die ihre Arbeitnehmenden dem Entsendebetrieb zur Verfügung gestellt haben, auf die Einhaltung der einschlägigen Schutzbestimmungen ebenso wenig kontrolliert werden, wie wenn sie ihre Arbeitnehmende direkt ins Ausland verleihen würden. Ein Verbot für diesen Tatbestand ergibt sich aus dem FZA und dem EntsG. Darüber hinaus lässt es sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf das FZA herleiten.

Gemäss Artikel 17 Buchstabe b ii Anhang I FZA sind Beschränkungen der Einreise und des Aufenthalts hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen für Arbeitnehmende eines Dienstleistungserbringers, die in den regulären Arbeitsmarkt einer Vertragspartei integriert sind, untersagt. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass Arbeitgebende nur mit ihren eigenen Arbeitnehmenden und nicht mit entliehenen in einem anderen Vertragsstaat eine Dienstleistung erbringen können. Artikel 1 EntsG spricht klar von Arbeitnehmer/innen, die ein Arbeit gebender Betrieb mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet. Aufgrund des Wortlauts sind sowohl nach dem FZA als auch dem EntsG nur eigene Mitarbeitende erfasst. Somit ist der Einsatz von ausgeliehenem Personal im Rahmen einer Dienstleistungserbringung nicht zugelassen.

Um der Umgehung des Verbots von Artikel 12 Absatz 2 AVG entgegen zu wirken, ist vorgenannter Artikel 17 Buchstabe b ii Anhang I FZA beizuziehen, wonach nur von Dienstleistungserbringenden selber angestellte Arbeitnehmende (und nicht Personen, die von einem Verleihbetrieb ausgeliehen sind) entsandt werden können. Arbeitnehmende gelten als entsandt, wenn sie vom Dienstleistungserbringungsunternehmen (Unternehmen mit Sitz in einem Vertragsstaat) im Rahmen des arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnisses zur Erbringung von Dienstleistungen (Ausführung von Aufträgen und Werkverträgen) gegenüber einem oder mehreren Dienstleistungsempfangsunternehmen (natürliche oder juristische Person) in einen anderen Vertragsstaat geschickt werden.

Gemäss Urteil Lawrie/Blum, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 03.07.1986 – Slg. 1986, S. 2121 handelt es sich bei Arbeitnehmenden um Personen, die während einer bestimmten Zeit für andere nach deren Weisungen Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten. Ganz offensichtlich müssen diese beiden Kriterien kumulativ erfüllt sein, damit die Arbeitnehmendeneigenschaft bejaht werden kann. Dass beim Verleih Arbeitnehmende Arbeit in einem Drittbetrieb nach dessen Weisungen leisten, ist offensichtlich. Die Vergütung, also den Lohn, erhalten sie nach wie vor vom Verleihbetrieb, d.h. vom Arbeit gebenden Betrieb, und nicht vom Drittbetrieb, bzw. dem

Betrieb, in dem sie nach dessen Weisungen ihre Leistungen erbringen. Dieses Kriterium des Arbeitnehmendenbegriffs können in einem Drittbetrieb eingesetzte Leiharbeitnehmende somit nicht erfüllen. Sie stehen in keinem Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb und sind somit im Rahmen des FZA nicht entsendefähig.

Hinweis:
siehe auch 3.10.4.4.

3.1.6 ÜBERSICHT BEWILLIGUNGSPFLICHT RESP. VERLEIHVERBOT

Verleihbetrieb mit Sitz in der Schweiz			
Der Verleihbetrieb **rekrutiert** Arbeitnehmende **im Ausland**		Der Verleihbetrieb **rekrutiert** Arbeitnehmende **in der Schweiz**	
Einsatzort in der Schweiz	**Einsatzort im Ausland**	**Einsatzort in der Schweiz**	**Einsatzort im Ausland**
Bedarf **kant. und eidg. Bewilligung** nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG. **Für den Einsatz der Arbeitnehmenden sind Art. 21 AVG und die Vorgaben des FZA zu beachten.**	Bedarf **kant. und eidg. Bewilligung** nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG.	Bedarf **kant. Bewilligung** nach Art. 12 Abs. 1 AVG.	Bedarf **kant. und eidg. Bewilligung** nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG.

Verleihbetrieb mit Sitz im Ausland			
Der Verleihbetrieb **rekrutiert** Arbeitnehmende **im Ausland**		Der Verleihbetrieb **rekrutiert** Arbeitnehmende **in der Schweiz**	
Einsatzort in der Schweiz	**Einsatzort im Ausland**	**Einsatzort in der Schweiz**	**Einsatzort im Ausland**
Verleih nach Art. 12 Abs. 2, **2. Satz** AVG, verboten.	Verleih ist nicht dem schweizerischen Recht unterstellt	Verleih nach Art. 12 Abs. 2, **2. Satz** AVG verboten.	Benötigt eigentlich kant. und eidg. Bewilligung nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG. Kann jedoch Bewilligung wegen Sitz im Ausland und damit der Unmöglichkeit des Handelsregistereintrags nicht erhalten. **Darf sich deshalb in der Schweiz nicht betätigen.**

Hinweis:
Als Einsatzort im Sinn des AVG ist der Sitz der Kundin bzw. des Kunden zu verstehen. Daran ändert sich nichts, wenn die Arbeitnehmenden online im Ausland arbeiten.

3.1.7 EXKURS: ANSPRUCH AUF EINE NEGATIVE FESTSTELLUNGSVERFÜGUNG

Es gibt Firmen, die von den Vollzugsbehörden des AVG eine Feststellungsverfügung darüber verlangen, dass sie keine bewilligungspflichtige Tätigkeit gemäss AVG ausüben (insbesondere im Bereich Personalverleih, Auftragsrecht, Werkvertrag usw.). Diese Ausführungen gelten auch für die Vermittlungstätigkeit.

Voraussetzung:

Der Erlass einer Verfügung setzt einen sogenannt individuellkonkreten Sachverhalt voraus, für den eine rechtsverbindliche Anordnung im Einzelfall getroffen wird. Das heisst, die Feststellung der Behörde kann sich nur auf eine konkrete Rechtslage beziehen (z.B. die Einsatzfirma verlangt für den Vertragsabschluss mit dem Verleihbetrieb Klarheit bezüglich dessen Bewilligungspflicht. Der Verleihbetrieb kann nun über seine Tätigkeit in diesem konkreten Fall eine Feststellungsverfügung verlangen). Die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen kann dagegen nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein.

Wann muss die Behörde auf ein Feststellungsbegehren eintreten?

Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt bei der Gesuchstellerin bzw. beim Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dieses schutzwürdige Interesse ist dann zu bejahen, wenn für die betroffene Partei rechtlich oder tatsächlich wesentliche Folgen von dieser Verfügung abhängen. Artikel 39 AVG belegt Einsatzbetriebe mit einer Busse, die wissentlich mit nicht bewilligten (aber bewilligungspflichtigen) Verleihbetrieben zusammenarbeiten. Da sich Einsatzbetriebe in diesem Punkt absichern wollen, kann für einen Verleihbetrieb eine behördliche Feststellung für seine Geschäftstätigkeit entscheidend sein. Das Risiko, eine mögliche Geschäftspartnerin oder einen Geschäftspartner aufgrund einer unklaren Rechtslage zu verlieren, ist ein genügendes schutzwürdiges Interesse eines Verleihbetriebs, um die Arbeitsmarktbehörde zum Eintreten auf das Feststellungsbegehren zu verpflichten.

Eine Feststellungsverfügung muss die Behörde somit auf jeden Fall erlassen, wenn

- der Verleihbetrieb das Begehren im Zusammenhang mit einem konkreten Fall stellt und
- wenn für den Verleihbetrieb wesentliche Folgen von dieser Verfügung abhängen (insbesondere wirtschaftliche Nachteile).

Ersucht eine Gesuchstellerin bzw. ein Gesuchsteller dagegen die Behörde ganz allgemein um eine Beurteilung ihrer bzw. seiner Tätigkeit im Hinblick auf die Bewilligungspflicht, ist einerseits der Sachverhalt zu wenig konkret und anderseits auch das schutzwürdige Interesse nicht so erheblich, dass die Behörde auf ein Feststellungsbegehren eintreten muss. Solche Anfragen sind deshalb mit einer einfachen schriftlichen Mitteilung oder per E-Mail zu beantworten.

3.2 ARTIKEL 13 AVG VORAUSSETZUNGEN DER BEWILLIGUNGSERTEILUNG (ART. 32–34 AVV)

3.2.1 BETRIEBLICHE VORAUSSETZUNGEN (ART. 32 AVV)

Artikel 32 AVV enthält – im Gegensatz zur analogen Bestimmung in Artikel 8 Absatz 2 AVV für die private Arbeitsvermittlung – keine Aufzählung von «gefährdenden Gewerben». Ebenso wie bei der Vermittlung ist vorgesehen, dass die Bewilligung verweigert werden kann, wenn der Verleihbetrieb mit Personen und Unternehmen zusammenarbeitet, von denen er nicht unabhängig ist (vgl. 2.2.1). Der Entscheid, ob ein Fall von Artikel 32 AVV vorliegt, ist in jedem konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände durch die zuständige kantonale Vollzugsstelle zu treffen.

Bei der Leiharbeit (und beim gelegentlichen Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe) kann der Verleihbetrieb in Konkurrenz zum Einsatzbetrieb stehen, da er häufig in derselben Branche tätig ist. Diese Konkurrenzsituation ist jedoch nicht als Gefährdung der Interessen des Einsatzbetriebs im Sinn von Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c AVG zu verstehen.

3.2.1.1 ZWECKEINTRAG IM HANDELSREGISTER BEIM BEWILLIGUNGSPFLICHTIGEN KONZERNINTERNEN VERLEIH

Wie unter Artikel 13 AVG festgehalten, muss der Verleih aus dem Zweckeintrag im Handelsregister hervorgehen, zumindest sinngemäss.

Holt eine Konzerngesellschaft die Bewilligung ein, um den Personalverleih innerhalb des Konzerns in der Form der Leiharbeit auszuüben, kann auf eine entsprechende Präzisierung, dass Verleih ausgeübt wird, im Handelsregister verzichtet werden. Der Personalverleih ist in diesen Fällen grundsätzlich nicht beabsichtigt, sondern erfolgt als Notwendigkeit und ist demnach als marginales Nebengeschäft zu betrachten.

3.2.1.2 EINTRAGUNG DER REVISIONSSTELLE

In der Regel müssen Verleihbetriebe, die in der Form einer AG oder GmbH konstituiert sind, nach den Vorgaben des OR eine Revisionsstelle haben. Sie können sich nicht auf ein Opting-out nach Artikel 62 HRegV und Artikel 727a Absatz 2 resp. 818 OR berufen, da sie meistens mehr als zehn Vollzeitstellen aufweisen. Sowohl das eidgenössische Amt für das Handelsregister, EHRA als auch die eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, RAB, teilen die Ansicht, dass verliehene Arbeitnehmende für die Berechnung der Vollzeitstellen zu den Inhouse-Angestellten mitzuzählen sind und aus der bundesrätlichen Botschaft zum Revisionsrecht ist ersichtlich, dass mit dem Opting-out nur Kleinbetriebe mit drei bis fünf Angestellten angesprochen werden sollten.

Zu den Inhouse-Angestellten sind somit immer auch die verliehenen Arbeitskräfte zu zählen. Die temporären Einsätze der verliehenen Mitarbeitenden sind dabei zusammen zu rechnen. Anhand der gemeldeten Einsatzstunden kann bei bereits bewilligten Betrieben auf die Anzahl Vollzeitstellen bezüglich der verliehenen Arbeitskräfte geschlossen werden. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden ergeben sich insgesamt circa 2’100 Stunden pro Vollzeitstelle. Mit einer Jahresarbeitszeit aller Mitarbeitenden (alle Mitarbeitenden inklusive Vorgesetzten in der Administration plus die verliehenen Arbeitskräfte) von über 21’000 Stunden ist somit die Grenze von zehn Vollzeitstellen bereits überschritten. Höchstens zu Beginn einer Verleihtätigkeit oder bei kleinen Betrieben, die nur wenige Teilzeitmitarbeitende zum Einsatz bringen, ist es denkbar, dass ein Betrieb diese Grenze nicht überschreitet.

Bei Betrieben, die sich weigern, eine Revisionsstelle einzutragen, ist das kantonale Handelsregisteramt darum zu ersuchen, diese Betriebe zur Wahl und Eintragung einer Revisionsstelle aufzufordern, damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt wird. Nach Artikel 157 HRegV sind die Handelsregisterämter zu einer periodischen Prüfung verpflichtet.

Eine Einzelfirma ist kein Betrieb im Sinn des OR. Das bedeutet, dass die OR-Bestimmungen die Pflicht eine Revisionsstelle auszuweisen betreffend, für Einzelfirmen nicht anwendbar sind und diese somit keine Revisionsstelle benennen müssen.

3.2.2 PERSÖNLICHE VORAUSSETZUNGEN (ART. 33 AVV)

Diese sind grundsätzlich dieselben wie bei der Vermittlung s. dazu 2.2.2.

3.3 ARTIKEL 14 AVG KAUTION (ART. 35–39 AVV, ART. 6 GEBV-AVG)

Die Leistung der Kaution ist eine Voraussetzung für die Bewilligungserteilung.

3.3.1 KAUTIONSPFLICHT (ART. 35 AVV)

Jeder bewilligungspflichtige Verleihbetrieb ist kautionspflichtig und muss, sofern es sich um eine rechtlich selbstständige Firma handelt, die Kaution selber hinterlegen. Demgegenüber kann ein Hauptsitz für seine Zweigniederlassungen die Kaution durch die Hinterlegung der Höchstkaution (1 Mio. Franken nach Art. 6 Abs. 4 GebV-AVG) leisten, da diese zur gleichen juristischen Person oder zur gleichen Gesellschaft gehören und Forderungen aus demselben Haftungssubstrat befriedigt werden. Diese Hinterlegung am Hauptsitz ist aber nur möglich, wenn der Hauptsitz selber im Besitz einer Verleihbewilligung ist (Art. 6 Abs. 4 GebV-AVG: «Die Höchstkaution, die ein Hauptsitz für sich und seine Zweigniederlassungen hinterlegen kann, …»).

Allfällige Lizenz- oder Franchiseverträge zwischen rechtlich voneinander unabhängigen Firmen berechtigen nicht zur Hinterlegung der Kaution für die Vertragspartnerin bzw. den Vertragspartner.

Einem Betrieb, der keine oder eine nicht genügend hohe Kaution leisten will, darf keine Bewilligung erteilt werden (Art. 35 Abs. 2 AVV). Die Bewilligungsbehörde erlässt in dem Fall eine ablehnende Verfügung.

Nach Artikel 6 Absatz 2 GebV-AVG erhöht sich die Kaution um 50 000 Franken auf 100 000 Franken, wenn der Verleihbetrieb im abgelaufenen Kalenderjahr Arbeitnehmende für mehr als 60 000 Einsatzstunden verliehen hat. Die Anpassung der Kaution an den Geschäftsumfang erfolgt aufgrund der jährlichen Meldung des Umfangs der Verleihtätigkeit. Einem Betrieb, der die Erhöhung nicht vornehmen will, ist die Bewilligung zu entziehen.

Falls ein Verleihbetrieb im abgelaufenen Jahr (erstes Jahr) für mehr als 60 000 Einsatzstunden verliehen hat, muss nach dem Wortlaut von Artikel 6 Absatz 2 GebV-AVG die Kaution zwingend erhöht werden. Daran ändert auch nichts, falls der Verleihbetrieb für das kommende Jahr (zweites Jahr) mit einem Ertragseinbruch rechnet, mit dem er diesen Grenzwert wieder unterschreiten würde.

Nach Artikel 38 Absatz 1 AVV kann die Kaution im Fall eines Entzugs oder einer Aufhebung in der Regel frühestens nach dem Ablauf eines Jahres freigegeben werden. Dieser Grundsatz ist auch zu beachten, falls die Verleihtätigkeit unter den Schwellenwert von Artikel 6 Absatz 2 GebV-AVG sinkt

und der Verleihbetrieb nicht mehr eine Kaution von zusätzlich 50 000 Franken leisten muss. Falls am Ende des zweiten Jahres festgestellt wird, dass in diesem Jahr die Einsatzstunden tatsächlich weniger als 60 000 betrugen, bleibt somit die Kaution auch im Folgejahr (drittes Jahr) auf 100 000 Franken stehen. Erst wenn im dritten Jahr die 60 000 Einsatzstunden nicht erreicht würden, kann die Kaution gesenkt werden. Es besteht somit für eine Beurteilung der Frage einer Senkung ein Beobachtungszeitraum von insgesamt zwei Jahren (zweites und drittes Jahr).

Nach Artikel 6 Absatz 3 GebV-AVG erhöht sich die Kaution um 50 000 Franken auf 100 000 Franken, wenn der Verleihbetrieb zusätzlich ins Ausland verleiht. Die Kaution für den Auslandverleih ist höher als diejenige für den Binnenverleih, da ein grösseres Risiko im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr besteht. Einem Betrieb, der diese zusätzliche Kaution nicht leisten will, wird keine eidgenössische Bewilligung erteilt.

Die Hinterlegung der Kaution, auch derjenigen für den Auslandverleih, erfolgt bei der kantonalen Bewilligungsbehörde.

3.3.2 FORM DER KAUTION (ART. 37 AVV)

Die Kaution kann nur in den in Artikel 37 AVV aufgelisteten Formen hinterlegt werden (abschliessende Aufzählung!). Als Bürginnen bzw. Bürgen oder Garantinnen bzw. Garanten können nur Banken oder Versicherungen auftreten.

Grundsätzlich schliesst das Gesetz eine ausländische Kautionsstellerin bzw. einen ausländischen Kautionssteller nicht aus. Aus Gründen der Praktikabilität sollten jedoch nur inländische Kautionsstellerinnen bzw. Kautionssteller akzeptiert werden.

Es wird empfohlen, nur unbefristete Kautionen zu akzeptieren (Ausnahmen sind Kassenobligationen, deren Laufzeit befristet ist).

Falls der Verleihbetrieb seinen Sitz oder seinen Namen oder seine Rechtsform und damit seine Bewilligung ändert, wird empfohlen, auch die Kautionsurkunde auf den neuen Sitz oder den neuen Namen oder die neue Rechtsform ändern zu lassen, um allfälligen Rechtsstreitigkeiten bereits vorzubeugen. Dabei muss aber sichergestellt werden, dass damit auch Forderungen für den bisherigen Sitz oder Namen sowie für die bisherige Rechtsform gedeckt bleiben.

In Fällen von Bürgschaften wird empfohlen, nur Kautionen zu akzeptieren, die nach dem Muster am Ende dieses Kapitels zu Artikel 14 AVG erstellt worden sind. Garantieerklärungen und Kautionsversicherungen sollten mit gleichem Inhalt abgefasst werden.

3.3.3 WIE IST BEI DER KÜNDIGUNG EINER BÜRGSCHAFT, EINER GARANTIEERKLÄRUNG ODER EINER KAUTIONSVERSICHERUNG VORZUGEHEN?

Alle sind in der Regel unbefristet, aber kündbar. Die Kündigung hat zur Folge, dass nur noch die Forderungen, die vor Ablauf der Kündigungsfrist entstehen, gedeckt sind. Damit werden auch die Bewilligungsvoraussetzungen nur noch bis zu diesem Zeitpunkt erfüllt, und dem Verleihbetrieb ist gemäss Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe c AVG die Bewilligung zu entziehen. Absatz 2 der gleichen Bestimmung sieht vor, dass dem Verleihbetrieb vor dem Entzug eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu setzen ist. Er soll die Chance erhalten, eine neue Kautionsgeberin bzw. einen neuen Kautionsgeber zu finden.

Vorgehen der Behörde im Fall der Kündigung:

– Die Bewilligungsbehörde teilt dem Verleihbetrieb mit, dass ihm, falls er nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Sicherheit beibringen kann, die Bewilligung auf diesen Zeitpunkt hin entzogen wird.

– In dieser Verfügung ist einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, da durch die Kündigung eine Bewilligungsvoraussetzung nicht mehr erfüllt ist und die Geschäftstätigkeit ohne hinterlegte Kaution für die Arbeitnehmenden ein beträchtliches Risiko bedeutet.

– Mit diesem Vorgehen soll sichergestellt werden, dass der Verleihbetrieb seine Geschäftstätigkeit auch dann mit Wirksamkeit der Kündigung einstellen muss, wenn das Verfahren zu diesem Zeitpunkt noch hängig ist.

3.3.4 WAS MUSS BEI DEN KAUTIONSVERSICHERUNGEN FÜR DEN FALL, DASS DER VERLEIHBETRIEB DIE PRÄMIEN NICHT BEZAHLT, UNBEDINGT VERLANGT WERDEN?

Es dürfen nur Kautionsversicherungen zugelassen werden, in denen für den Fall, dass der Verleihbetrieb die Prämien nicht bezahlt und das Versicherungsunternehmen deswegen die Versicherung kündigt, die Versicherungsleistung im Schadensfall für die Dauer von einem Jahr (analog zu Art. 38 AVV) ab Kündigung vertraglich zugesichert bleibt. Ansonsten kann dem Verleihbetrieb keine Verleihbewilligung erteilt werden.

3.3.5 DIE FREIGABE DER KAUTION (ART. 38 AVV)

Die Kaution wird frühestens nach Ablauf eines Jahres seit dem Entzug oder der Aufhebung der Bewilligung freigegeben. Sofern in diesem Zeitpunkt noch Lohnforderungen von verliehenen Arbeitnehmenden hängig sind, bleibt sie im entsprechenden Umfang bestehen, bis die Forderungen erfüllt oder erloschen sind.

Bestehen noch Lohnforderungen und ist der Betrieb nicht in Konkurs gefallen, sondern ist die Bewilligung aufgehoben oder entzogen worden (z.B., weil der Betrieb seine Tätigkeit eingestellt oder schwerwiegend gegen das Gesetz verstossen hat), wird die Kaution zur Deckung dieser Forderungen verwendet (Art. 39 Abs. 1bis AVV). Falls die zuständige kantonale Amtsstelle Kenntnis von solchen offenen Forderungen erhält, informiert sie die Öffentlichkeit im Amtsblatt oder in allfällig anderen einschlägigen Publikationen über die Möglichkeit, solche Forderungen geltend zu machen und durch die Kaution decken zu lassen. Nach der Prüfung der Berechtigung dieser Lohnforderungen macht es gegenüber der Kautionsbürgin bzw. dem Kautionsbürgen oder dem Versicherungsunternehmen die Bezahlung des noch offenen Betrags bis maximal zur Höhe der Kaution mittels Verfügung und allfälliger Betreibung geltend.

Wichtig:

Eine gekündigte Kaution kann grundsätzlich in analoger Anwendung von Artikel 38 AVV frühestens nach Ablauf eines Jahres freigegeben, d.h. die Kautionsurkunde zurückerstattet werden.

Der Betrieb hat jedoch die Möglichkeit, zusammen mit der neuen Kautionsgeberin bzw. dem neuen Kautionsgeber in der Kautionsurkunde vorzusehen, dass die neue Kaution ausdrücklich rückwirkend bis:

– zum Datum der ersten Erteilung der Verleihbewilligung, oder

– zum Datum der Gründung der Gesellschaft, oder

– fünf Jahre vor Stellung der neuen Kaution (die fünf Jahre entsprechen der Verjährungsfrist für Forderung aus Arbeitsverhältnissen von Arbeitnehmenden nach Artikel 128 OR)

zur Deckung von Lohnforderungen von durch den Betrieb verliehenen Arbeitnehmenden dient.

In diesem Fall darf die alte Kaution ohne Abwarten der einjährigen Wartefrist freigegeben werden.

Dieses Vorgehen geht jedoch im Fall eines Kantonswechsels bei einer Barkaution aus Praktikabilitätsüberlegungen nicht. Hier bleibt die ursprüngliche Kaution für ein Jahr blockiert und muss der Betrieb im neuen Kanton eine neue Kaution stellen.

3.3.6 DIE VERWERTUNG DER KAUTION IM KONKURSFALL (ART. 39 AVV)

Die Kaution kann im Fall eines eröffneten Konkurses beansprucht werden (Art. 39 Abs. 1 AVV). Sie darf jedoch nicht zur Überbrückung von Zahlungsschwierigkeiten herangezogen werden, da dies eine Besserstellung der Leiharbeitnehmenden gegenüber anderen Arbeitnehmenden bedeuten würde. Falls die Bewilligung aufgehoben oder entzogen worden ist und noch Lohnforderungen von verliehenen Arbeitnehmenden offen sind, kann die Kaution gemäss Artikel 39 Absatz 1bis AVV ebenfalls verwertet werden.

3.3.7 WER VERWERTET DIE KAUTION? (ART. 39 ABS. 3 U. 4 AVV)

Gemäss Artikel 37 Buchstabe a–d AVV sind für die Kautionsleistung mehrere Möglichkeiten vorgesehen, welche wesensmässig in zwei Hauptgruppen unterteilt werden können:

– Gruppe 1: Die Hinterlegung von Kassenobligationen (Bst. c.) und Barmitteln (Bst. d.) sowie die Kautionsversicherung (Bst. b.). Diese Sicherheiten stammen aus dem Vermögen des Verleihbetriebs.

– Gruppe 2: Die Bürgschaft und die Garantieerklärung einer Bank oder Versicherungsanstalt (Bst. a.) sowie die von Dritten für den Verleihbetrieb hinterlegten Sicherheiten der Gruppe 1. Diese Sicherheiten müssen erst im Konkursfall von den Dritten geleistet werden. Die Sicherheiten der Gruppe 2 sind der Regelfall für die Kautionsleistung.

Die Unterscheidung ist praktisch bedeutsam: Die Sicherheiten der Gruppe 1 bilden im Konkursfalle nämlich Bestandteile der Aktivmasse. Bürgschaften und Garantien von Dritten hingegen betreffen die Aktivmasse grundsätzlich nicht. Das Schicksal der Kaution ist deshalb im Konkurs des Verleihbetriebs je nach Gruppenzugehörigkeit anders:

1. Die Verteilung und Verwertung der Kautionsleistungen der Gruppe 1 obliegt gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht dem Konkursamt, da diese Sicherheiten zur Aktivmasse gehören. Dabei sind jedoch Artikel 14 AVG und Artikel 39 AVV zu beachten: Die Kaution bleibt vorab der Befriedigung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden vorbehalten. Erst ein Überschuss fällt in die allgemeine Masse. Für die Kostenliquidation der Gruppe 1 gilt Artikel 262 Absatz 2 SchKG: Aus der Kaution dürfen – in Analogie zum Pfand – die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung selbstverständlich liquidiert werden. Sie darf jedoch nicht vorab für die Deckung der gesamten Verfahrenskosten des Konkurses verwendet werden. Dies kann erst mit einem allfälligen Überschuss geschehen. Auch wenn für die gesamte Konkursabwicklung zu wenig Aktiven vorhanden sind, ist das Konkursamt dennoch gehalten, wenigstens die Kaution zu verwerten und die Forderungen der verliehenen Arbeitnehmenden soweit wie möglich zu befriedigen.

2. Die Sicherheitsleistungen der Kautionen der Gruppe 2 fliessen nicht in die Konkursmasse, sondern an den Berechtigten (d.h. zwecks Verteilung vorab an die kantonale Amtsstelle). Nach dem Wortlaut der Bürgschaftsverpflichtungen und Bankgarantien wird der gesamte Kautionsbetrag mit der Konkurseröffnung fällig. Er ist von der Bank oder Versicherung vollumfänglich an die zuständige kantonale Amtsstelle zur Deckung der gesicherten Forderungen zu überweisen. Die kantonale Amtsstelle publiziert den Konkurs des Verleihbetriebs und die Aufforderung an die verliehenen Arbeitnehmenden, ihre Lohnansprüche geltend zu machen (der Publikationsbedarf ist erfüllt, wenn das Konkursamt im Konkursverfahren bereits einen Schuldenruf erlassen hat und dem kantonalen Arbeitsamt anschliessend die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden mitteilt). Danach leitet die kantonale Amtsstelle das Geld an die letztlich begünstigten Arbeitnehmenden (verliehene Arbeitnehmende, die noch offene Lohnforderungen haben) weiter. Es ist auch möglich, dass die verliehenen Arbeitnehmenden bereits durch die Arbeitslosenversicherung im Rahmen der Insolvenzentschädigung (Art. 51 ff. AVIG; nach Art. 52 Abs. 1 AVIG für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses) bezahlt worden sind. In diesem Fall kann die kantonale Amtsstelle die Regressansprüche der Arbeitslosenkassen aufnehmen und der Bürgin bzw. dem Bürgen in Rechnung stellen (unter Berücksichtigung von Art. 39 Abs. 2 AVV, d.h. erst nachdem die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden erfüllt worden sind, die keine Insolvenzentschädigung geltend gemacht haben). Ist die Bürgschafts- oder Garantieverpflichtung höher als nötig, so wird die oder der Bürge oder die Garantin bzw. der Garant im Rahmen des Überschusses frei. Anders als bei der Gruppe 1 profitiert die allgemeine Konkursmasse somit nicht von einer allenfalls zu hohen Kaution. Sobald das Geld an die Arbeitnehmenden weitergeleitet worden ist, tritt (subrogiert) die Bürgin bzw. der Bürge oder die Garantin bzw. der Garant in die Rechtsposition der Lohngläubigerin bzw. des Lohngläubigers und kann ihre bzw. seine Forderungen im Konkurs des Verleihbetriebs eingeben.

Hinweis zur Subrogation

Bei der Bürgschaft findet mit der Leistung der Bürgin bzw. des Bürgen eine Legalzession gestützt auf Artikel 507 Absatz 1 OR statt. Der Vorteil besteht dabei insbesondere darin, dass das Erstklassprivileg gemäss Artikel 219 SchKG gestützt auf Artikel 170 Absatz 1 OR auf die Bürgin bzw. den Bürgen übergeht. Eine Anmeldung der Forderung im Konkurs ist nur notwendig, wenn dies noch nicht geschehen ist, andernfalls sollte das Konkursamt aber zumindest über den Wechsel der Gläubigerin bzw. des Gläubigers informiert werden (Art. 167 OR). Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Artikel 507 Absatz 1 OR ist allerdings, dass eine gültige Bürgschaft im Sinn des OR vorliegt.

Komplizierter ist die Situation bei einer reinen Garantieerklärung: Hier kann eine Subrogation nur stattfinden, wenn die Voraussetzungen von Artikel 110 OR erfüllt sind. Da es in diesen Fällen wohl regelmässig an einer verpfändeten Sache fehlen wird, kommt nur Ziffer 2 der Bestimmung in Betracht. Danach findet die Legalzession statt, sobald die Schuldnerin bzw. der Schuldner, d.h. hier die Konkursitin bzw. der Konkursit der Gläubigerin bzw. dem Gläubiger, d.h. den Arbeitnehmenden oder der Sozialversicherungsanstalt, vor der Erfüllung anzeigt, dass die Garantin bzw. der Garant an die Stelle der Gläubigerin bzw. des Gläubigers treten soll. Auch hier findet anschliessend ein Übergang der Vorzugsrechte gemäss Artikel 170 Absatz 1 OR statt. Sofern keine entsprechende Anzeige stattfindet, kommt es auch nicht zu einer Subrogation. Es besteht allenfalls ein vertraglicher Rückforderungsanspruch, der allerdings nicht von den Vorzügen von Artikel 170 Artikel 1 OR profitieren kann.

3.3.8 BESONDERHEITEN BEI DER VERWERTUNG VON SICHERHEITSLEISTUNGEN DER GRUPPE 2 (ART. 39 ABS. 4 AVV)

Hinweis:
Diese Ausführungen gelten ausschliesslich für die Gruppe 2.

Grundsätzlich verfolgt die kantonale AVG-Behörde die Publikationen der Konkurseröffnungen im Amtsblatt und prüft, ob ein Verleihbetrieb davon betroffen ist. Wenn das der Fall ist, macht sie dem Konkursamt Meldung, dass für die Sicherung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden eine Kaution zur Verfügung steht. Die verliehenen Arbeitnehmenden selbst geben beim Konkursamt aufgrund des Schuldenrufes im Sinn von Artikel 232 SchKG ihre offenen Lohnforderungen ein. Es ist nicht nötig, dass die kantonale AVG-Behörde selbst auch noch die Konkurseröffnung publiziert. Falls es dies dennoch tut, sind die verliehenen Arbeitnehmenden darauf hinzuweisen, dass sie ihre Lohnforderungen beim Konkursamt eingeben. In der Praxis müssen danach folgende zwei Situationen auseinandergehalten werden.

Situation 1

In diesem Fall sind genügend Aktiven vorhanden, so dass das Konkursamt das Konkursverfahren durchführen kann.

Situation 2

Diesfalls sind nicht genügend Aktiven vorhanden, weshalb das Konkursamt das Konkursverfahren im Sinn von Artikel 230 SchKG einstellt.

Je nach Situation ändern nun die Aufgaben der kantonalen AVG-Behörde hinsichtlich der Verwertung der Kaution

Situation 1

Das Konkursamt erstellt in der Folge ein Kollokationsplan und legt ihn auf (Art. 247 ff. SchKG). Nach Ablauf der Beschwerde- und Klagefrist steht rechtskräftig fest, dass der Verleihbetrieb den verliehenen Arbeitnehmenden eine bestimmte Lohnsumme schuldet. Dies gibt das Konkursamt der kantonalen AVG-Behörde bekannt. Gestützt darauf macht diese beim Kaution stellenden Betrieb die Kaution im Rahmen der festgestellten Lohnforderungen geltend. Falls der Kaution stellende Betrieb die Kaution nicht bezahlen will, muss gegen ihn die Betreibung eingeleitet werden. Weil die Forderung aufgrund des Kollokationsplans rechtskräftig ist, hat im Fall einer Bürgschaft eine Einrede nach Artikel 502 OR wenig Chancen auf Erfolg. Sobald die kantonale AVG-Behörde die Kaution erhalten hat, befriedigt sie daraus die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden. Einen allfälligen Überschuss erstattet sie dem Kaution stellenden Betrieb zurück. In der Höhe der gezahlten Lohnforderungen rückt der Kaution stellende Betrieb im Konkurs an die Stelle der verliehenen Arbeitnehmenden. Darüber orientiert die kantonale AVG-Behörde das Konkursamt. Sollten die verliehenen Arbeitnehmenden aus der Kaution nicht vollständig befriedigt werden können, verbleiben sie mit ihren Restforderungen im Konkursverfahren. Auch in diesem Fall orientiert die kantonale AVG-Behörde das Konkursamt über die Restforderungen. Damit Doppelzahlungen vermieden werden, ist die gegenseitige Absprache zwischen Konkursamt und kantonaler AVG-Behörde unerlässlich (analog dem Verfahren bei der Insolvenzentschädigung AVIG).

Situation 2

Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. Die kantonale AVG-Behörde erfährt von der Einstellung aus der Publikation. Es ist jedoch anzustreben, dass zwischen den Ämtern eine gute Zusammenarbeit herrscht und somit das Konkursamt die kantonale AVG-Behörde von sich aus über die Konkurseinstellung informiert. Trotz der Einstellung des Konkurses hat die kantonale AVG-Behörde die Kaution geltend zu machen und zu verwerten. Dazu überprüft sie, ob die Lohnforderungen, welche die verliehenen Arbeitnehmenden diesfalls direkt bei der kantonalen AVG-Behörde eingeben können, berechtigt sind. Danach teilt sie dem Kaution stellenden Betrieb mit, welche Lohnforderungen sie als berechtigt anerkennt und mittels Kaution befriedigen will. Gleichzeitig fordert sie ihn auf, die Kaution binnen bestimmter Frist zu leisten. Im Verzugs- oder Bestreitungsfall erlässt die kantonale AVG-Behörde eine formelle Verfügung, die es – nach Ablauf der Beschwerdefrist oder allfälligem rechtskräftigem Abschluss des Beschwerdeverfahrens – durch Betreibung vollstreckt. Mit der Kaution befriedigt die kantonale AVG-Behörde die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden. Einen allfälligen Überschuss erstattet sie dem Kaution stellenden Betrieb zurück.

Die Rolle der kantonalen AVG-Behörde in der Situation 1 ist einfacher. Sie muss nur sicherstellen, dass das Konkursamt über die Kaution orientiert wird und ihr mitteilt, welche Lohnforderungen gemäss Kollokationsplan verbindlich sind. In diesem Umfang kann die kantonale AVG-Behörde die Kaution vom Kaution stellenden Betrieb verlangen (nötigenfalls durch Verfügung und anschliessende Betreibung), die Verwertung durchführen und über den Ausgang das Konkursamt informieren. Die «Hauptarbeit» leistet jedoch das Konkursamt. In der Situation 2 hingegen muss die kantonale AVG-Behörde die gesicherten Lohnforderungen selber feststellen und dies dem Kaution stellenden Betrieb gegebenenfalls mittels Verfügung eröffnen. Erst danach (sowie nach einer allfällig nötigen Betreibung) kann sie die Verwertung der Kaution vornehmen.

Problem:

Wie verhält sich die kantonale AVG-Behörde, falls ein Zivilprozess hängig ist, in dem die Schuldnerin bzw. der Schuldner Partei und eine Lohnforderung Gegenstand des Prozesses ist?

In der Situation 1 wird ein solcher Zivilprozess nach Artikel 207 SchKG eingestellt, bis sich die Konkursorgane (Gläubigerversammlung, Konkursverwaltung) über die Fortführung ausgesprochen haben. Entschliessen sie sich, den Prozess weiterzuführen, so muss – wie bei einem Kollokationsprozess – sein Ausgang abgewartet werden. Im anderen Fall, also wenn die Konkursorgane auf die Fortsetzung des Prozesses verzichten (und sich auch kein Abtretungsgläubiger bzw. keine Abtretungsgläubigerin nach Artikel 260 SchKG findet), so gilt der streitige Anspruch (vorliegend die im Streit liegende Lohnforderung) als anerkannt. Dann kann die kantonale AVG-Behörde wie oben beschrieben mittels Verfügung usw. die Leistung der Kaution durch die Bürgin bzw. den Bürgen erwirken.

Die Situation 2 spielt sich ab der Konkurseinstellung ausserhalb des SchKG ab. Eine Einstellung nach Artikel 207 SchKG gibt es somit nicht (mehr). Falls die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden Gegenstand des Zivilprozesses sind, sollte die kantonale AVG-Behörde den Ausgang des Prozesses und damit die gerichtliche Prüfung der Rechtmässigkeit der Forderungen abwarten. In einem solchen Fall wird aber die Einjahresfrist von Artikel 38 AVV um die Dauer des Prozesses verlängert. In allen anderen möglichen Fällen handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand als Lohnforderungen. Die kantonale AVG-Behörde kann somit die Feststellung der Berechtigung der Lohnforderungen und die Verwertung der Kaution analog den oben beschriebenen Schritten mittels Verfügung und allfälliger Betreibung sofort an die Hand nehmen.

3.3.9 WELCHE LOHNFORDERUNGEN WERDEN DURCH DIE KAUTION GEDECKT?

Grundsätzlich sind die Sozialversicherungsbeiträge, die den Arbeitnehmenden von den Arbeitgebenden vom Lohn abgezogen und bei der Versicherungseinrichtung eingezahlt werden, auch Lohnbestandteile. Die Ansprüche der Arbeitnehmenden gegenüber den Sozialversicherungen gelten jedoch bereits als gesichert, sobald der Verleihbetrieb die Beiträge vom Lohn abgezogen hat und die Arbeitnehmenden dies (z.B. mittels Arbeitsvertrag, Lohnausweis, usw.) belegen können (vgl. Art. 30ter Abs. 2 AHVG). Deshalb ist es nicht nötig, solche nicht eingezahlten Beiträge aus der Kaution zu decken. Die Versicherungen können die Ausfälle gegenüber den säumigen Verleihbetrieben im Konkursverfahren geltend machen. Ihre Forderungen können nicht direkt aus der Kaution befriedigt werden.

Demzufolge sind aus der Kaution nur der Nettolohn und allfällige Spesen-, Gratifikationsansprüche, usw., jedoch nicht allfällige Ansprüche der Sozialversicherungsanstalten zu decken.

Selbstverständlich können, falls sie geltend gemacht werden, 5 % **Verzugszins** ebenfalls aus der Kaution befriedigt werden. Dies ergibt sich aus Artikel 104 Absatz 1 OR: Ist der Schuldner bzw. die Schuldnerin mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er bzw. sie Verzugszins zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen. Die Verzugsfolgen sind auf die Nichtbezahlung des Lohnes durch den Kaution nehmenden Betrieb zurückzuführen und können durch die Kaution sichergestellt werden.

3.3.10 FÜR LOHNFORDERUNGEN WELCHER NIEDERLASSUNG DIENT DIE KAUTION ALS SICHERHEIT?

Der Konkursfall kann gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nur bei einem Hauptsitz eintreten. Die Zweigniederlassung bildet keinen selbstständigen Betreibungsort (Art. 46 SchKG). Aufgrund ihrer rechtlichen Abhängigkeit vom Hauptsitz fällt sie zusammen mit dem Hauptsitz in Konkurs (einzige Ausnahme: falls die Hauptniederlassung ausländisch ist, kann auch eine Zweigniederlassung selbstständig in Konkurs gehen; Art. 50 Abs. 1 SchKG).

Im Fall der **Gruppe 1** wird nicht nur die vom Hauptsitz, sondern auch die von jeder Zweigniederlassung hinterlegte Kaution mit der Konkurseröffnung fällig. Die von einer Zweigniederlassung hinterlegte Kaution fällt in die Aktivmasse der Gesamtunternehmung und kann, nach Befriedigung der von der Zweigniederlassung verliehenen Arbeitnehmenden, zur Deckung aller Schulden der Unternehmung, also **auch zur Deckung von Lohnforderungen aus anderen Niederlassungen,** verwendet werden. Der Konkurs wird vom Konkursamt am Hauptsitz der Unternehmung durchgeführt. Es informiert die kantonale AVG-Behörde am Sitz der Zweigniederlassung, welche ihm die von der Zweigniederlassung hinterlegte Sicherheit überweist.

Im Fall der **Gruppe 2** werden auch alle Lohnforderungen der einzelnen Niederlassungen bei Konkurseröffnung fällig. Die Kaution einer einzelnen Niederlassung kann jedoch **nur zur Deckung derer eigenen Lohnschulden** verwendet werden, da sich die oder der Dritte in der Regel nur für die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmenden der Zweigniederlassung verpflichtet hat. Aus ihr können somit nicht Lohnausstände von anderen Niederlassungen befriedigt werden.

3.3.11 WIE KOMMT DAS KONKURSAMT ZUR VOM VERLEIHBETRIEB HINTERLEGTEN ODER DURCH EINE KAUTIONSVERSICHERUNG GESTELLTEN SICHERHEIT?

Gläubigerinnen bzw. Gläubiger der gesicherten Forderung sind die verliehenen Arbeitnehmenden. Die kantonale AVG-Behörde kann in ihrem Namen bei Fälligkeit der Leistung die hinterlegten Wertitel oder Barmittel sowie die Ansprüche aus der Kautionsversicherung in den Konkurs einbringen. Die kantonale AVG-Behörde informiert sich dazu im Amtsblatt oder in allfälligen anderen einschlägigen

Publikationen über eröffnete Konkurse und informiert das Konkursamt am Hauptsitz der Verleihfirma über die der Konkursmasse zustehenden Sicherheiten. Sie stellt dabei sicher, dass das Konkursamt vorab die Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden decken wird.

Es bleibt den Kantonen unbenommen, zwischen den zuständigen Behörden (kantonale AVG-Behörde, Konkursämter) einen geregelten Informationsaustausch zu organisieren. Im Zusammenhang mit der Verwertung von Kautionen der Gruppe 2 wird insbesondere ein regelmässiger Informationsaustausch zwischen den Betreibungsämtern und der kantonalen AVG-Behörde wichtig sein. Nur so kann zum Beispiel sichergestellt werden, dass der säumige Verleihbetrieb die Forderungen von verliehenen Arbeitnehmenden vor Konkurseinstellung anerkennt und allfällige Lohnforderungen damit erhärtet sind.

3.3.12 DIE VERWERTUNG DER KAUTION IM FALL EINER AUFHEBUNG ODER EINES ENTZUGS DER VERLEIHBEWILLIGUNG

Wie unter 3.3.6. ausgeführt, kann nach Artikel 39 Absatz 1bis AVV die Kaution nach Entzug oder Aufhebung der Verleihbewilligung ebenfalls verwertet werden, wenn noch offene Lohnforderungen von verliehenen Arbeitnehmenden bestehen.

Zur Abklärung, ob offene Lohnforderungen bestehen, sollte die kantonale Bewilligungsbehörde einen aktuellen Betreibungsregisterauszug über den Betrieb einfordern und im Amtsblatt einen Schuldenruf veröffentlichen. Es kann auch eine entsprechende Meldung auf der Internetseite der Behörde publiziert werden. Betroffene Arbeitnehmende sind darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit besteht, offene Lohnforderungen einzureichen. Ebenfalls können diese darum gebeten werden, eine entsprechende Nachricht an Arbeitskolleginnen und -kollegen in den sozialen Medien (z.B. Facebook, WhatsApp usf.) zu übermitteln. Diese Massnahme kann die behördliche Mitteilung ergänzen, aber nicht ersetzen.

3.3.13 MUSTER BÜRGSCHAFTSVERPFLICHTUNG

Bürgschaftsverpflichtung

Gestützt auf Art. 14 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG), Art. 35 bis 39 der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) vom 16. Januar 1991 und Art. 6 der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (GebV-AVG) vom 16. Januar 1991 ist der Personalverleihbetrieb zur Leistung einer Kaution zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih bis zum Betrag von

Fr. ..... verpflichtet.

Name des Verleihbetriebs und Adresse

.....

Die Unterzeichnende erklärt, gegenüber (Nennung der kantonalen Behörde inkl. Adresse) die Kautionsstellung zu übernehmen und dafür als Bürgin bis zum Höchstbetrag von

Fr. .....

(in Worten: .....) zu haften.

Diese Bürgschaft ist unbefristet. Sie kann im Sinn von Art. 510 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), OR, mittels schriftlicher Erklärung an den Kanton unter Einhaltung einer Frist von 4 Monaten gekündigt werden. Durch diese Kündigung wird die Unterzeichnende nicht von ihrer Verpflichtung entbunden, Forderungen, die vor Ablauf der Kündigungsfrist entstanden sind, sicherzustellen. Die Bürgschaft wird mit der Konkurseröffnung fällig. Sie wird ebenfalls fällig, wenn die Bewilligung für den Personalverleih entzogen oder aufgehoben worden ist und noch offene Lohnforderungen von verliehenen Arbeitnehmenden bestehen.

Nach Erlöschen der Bewilligung und nach Ablauf der Kündigungsfrist der Bürgschaftsverpflichtung haftet die Bürgin für Forderungen, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, während mindestens eines Jahres weiter (Art. 38 AVV).

Gerichtsstand ist in jedem Fall der Sitz der die Sicherstellung verlangenden Amtsstelle; die Bürgschaftsverpflichtung untersteht schweizerischem Recht.

Ort und Datum	*Unterschrift (Bank oder Versicherung)*
.....	.....

3.4 ARTIKEL 15 AVG DAUER UND UMFANG DER BEWILLIGUNG (ART. 42, 43 AVV, ART. 7 GEBV-AVG)

3.4.1 GEBÜHREN (ART. 7 GEBV-AVG)

Beim Verleih entsteht durch die Kautionsverwaltung und die Beurteilung umfangreicher Verträge im Verhältnis zur Vermittlung ein gewisser Mehraufwand. Dieser kann bei der Festsetzung der Bewilligungsgebühren berücksichtigt werden.

Wird mit einem Gesuch sowohl eine Bewilligung für die Vermittlung als auch eine für den Verleih beantragt, ist die Zeitersparnis bei der Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen beim Festlegen der Gebühr zu berücksichtigen.

3.4.2 UMFANG (ART. 42 AVV)

Örtliche oder sachliche Einschränkungen des Geltungsbereichs können gemacht werden. Angaben im Gesuchsformular über Berufe und Branchen, auf die sich die Verleihtätigkeit bezieht, dienen einerseits der Festlegung des Tätigkeitsbereichs in der Bewilligung, andererseits der Erstellung des Verzeichnisses der bewilligten Vermittlungs- und Verleihbetriebe. Eine Ausdehnung führt auch immer zu einer Änderung der Bewilligung, was gebührenpflichtig ist.

3.5 ARTIKEL 16 AVG ENTZUG/AUFHEBUNG (ART. 44, 45 AVV)

3.5.1 ALLGEMEIN

Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b AVG verschafft der Bewilligungsbehörde die Rechtsgrundlage, einem Verleihbetrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung (s. nachfolgend) die Bewilligung wieder zu entziehen. Diesbezüglich wird grundsätzlich auf die Ausführungen im Kapitel zu Artikel 5 AVG verwiesen. Im Personalverleih besteht jedoch die Besonderheit, dass die Bewilligung auch zu entziehen ist, falls nicht nur in schwerwiegender Weise gegen zwingende Vorschriften des AVG oder seiner Ausführungsbestimmungen sowie die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes und der Kantone verstossen wird, sondern auch, falls dies gegen Vorschriften des Arbeitnehmendenschutzes geschieht. Dies gilt sowohl für schweizerische als auch für ausländische Arbeitnehmendenschutzbestimmungen, falls Arbeitnehmende ins Ausland verliehen werden. Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b AVG umfasst somit auch den Verstoss gegen im Ausland geltende Schutzbestimmungen.

3.5.2 WIEDERHOLTER ODER SCHWERWIEGENDER VERSTOSS GEGEN DAS AVG ODER SEINE AUSFÜHRUNGSVORSCHRIFTEN ODER GEGEN DIE AUSLÄNDERRECHTLICHEN ZULASSUNGSVORSCHRIFTEN DES BUNDES ODER DER KANTONE

Verstösse gegen das AVG und seine Ausführungsbestimmungen können z.B. sein:

– Benützung eines nicht AVG-konformen Arbeits- oder Verleihvertrags;

– Verletzung der Kautionsvorschriften;

– Verletzung der Auskunftspflicht;

– Betätigung des Auslandverleihs ohne im Besitz einer eidgenössischen Bewilligung zu sein.

Ein Verstoss gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften kann insbesondere die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ohne die Einholung der nötigen Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung darstellen.

3.5.3 VERSTOSS GEGEN ZWINGENDE ARBEITNEHMENDENSCHUTZBESTIMMUNGEN

Die Bewilligungsbehörde muss Verstösse gegen Vorschriften des Arbeitsrechts ahnden. Deshalb ordnet Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b AVG bei wiederholtem Verstoss gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmendenschutzes den Bewilligungsentzug an. Als zwingende Vorschriften des Arbeitnehmendenschutzes werden in der Botschaft zum revidierten AVG (BBl 1985 II 556) insbesondere die Vorschriften des Arbeitsgesetzes, die unabdingbaren Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts sowie die Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes genannt.

Solche Verstösse können z.B. sein:

– Missachtung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften;

– ungerechtfertigte Verrechnung von Lohnforderungen;

– Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge;

– Missachtung von Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen;

– Missachtung der Bestimmungen des ave GAV PV.

3.6 ARTIKEL 17 AVG AUSKUNFTSPFLICHT (ART. 43 AVV)

Die Auskunftspflicht des Verleihbetriebs gemäss Artikel 17 AVG besteht sowohl vor als auch nach der Bewilligungserteilung. Anlässlich der Überprüfung des weiteren Bestandes der Bewilligungsvoraussetzungen ist der Verleihbetrieb ebenso zur Auskunft verpflichtet.

Der Begriff «Beteiligte» im zweiten Absatz ist weit auszulegen, um den Behörden eine umfassende Abklärung zu ermöglichen. «Beteiligte» (beispielsweise Einsatzbetriebe) müssen nur Auskunft geben, brauchen jedoch keine Einsicht in ihre Unterlagen zu gewähren.

Die Artikel 18 bis 22 AVG und die Artikel 46 bis 50 AVV gelten grundsätzlich auch für nicht bewilligungspflichtige Verleihbetriebe, sofern sich aus Gesetz oder Verordnungen nichts anderes ergibt. Sie gelten im Übrigen auch für ausländische Betriebe, soweit sie Arbeitnehmende in die Schweiz verleihen dürfen (z.B. im Rahmen eines konzerninternen Verleihs).

Seit dem 1. April 2006 ist Artikel 17 AVG mit einem dritten Absatz ergänzt worden. Der Verleihbetrieb muss, dieser Bestimmung zufolge, in den Bereichen mit einem allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag dem zuständigen paritätischen Organ alle erforderlichen Unterlagen zur Kontrolle der Einhaltung der ortsüblichen Arbeitsbedingungen vorlegen. In Bereichen ohne allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag gilt die Auskunftspflicht gegenüber der zuständigen kantonalen tripartiten Kommission.

Weiterführende Informationen zu diesem Absatz sind im Zusammenhang mit Artikel 20 AVG zu finden.

Nach Artikel 43 AVV muss der Verleihbetrieb Änderungen gegenüber den Angaben im Bewilligungsgesuch beziehungsweise der Meldung seiner Zweigniederlassung unverzüglich der zuständigen kantonalen AVG-Behörde mitteilen.

Es ist sinnvoll, in der Bewilligungsverfügung bereits auf die Pflicht, Änderungen unverzüglich der Bewilligungsbehörde mitzuteilen, hinzuweisen und für die Widerhandlung gegen diese Pflicht den Entzug anzudrohen.

3.7 ARTIKEL 18 AVG BESONDERE PFLICHTEN DES VERLEIHBETRIEBS

3.7.1 DATENSCHUTZREGELUNGEN FÜR VERLEIHBETRIEBE (ART. 18 ABS. 3 AVG UND ART. 47 AVV)

Gemäss Artikel 18 Absatz 3 AVG darf der Verleihbetrieb Daten über Arbeitnehmende nur bearbeiten und an Einsatzbetriebe weitergeben, soweit und solange sie für den Verleih erforderlich sind. Jede darüberhinausgehende Bearbeitung oder Weitergabe dieser Daten bedarf der ausdrücklichen Zustimmung der Arbeitnehmenden. Der entsprechende Verordnungsartikel legt fest, in welchen Fällen eine Zustimmung zur Bearbeitung der Daten erforderlich ist (Art. 47 Abs. 1 AVV) und in welchen Fällen die Zustimmung nicht notwendig ist (Art. 47 Abs. 2 AVV).

Nach Beendigung der Geschäftsbeziehungen darf der Verleihbetrieb Daten nur bearbeiten, wenn die Betroffenen dazu ihre Zustimmung geben.

Der Verleihbetrieb darf Verträge und Lohnabrechnungen zur Beweisführung in allfälligen arbeits(vertrags)rechtlichen Streitigkeiten oder betreffend die Einhaltung von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen aufbewahren. Die übrigen Personalakten sind jedoch nach Beendigung des Einsatzes und anschliessender Abrechnung mit dem Einsatzbetrieb zu vernichten. Eine weitergehende Archivierung ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Arbeitnehmenden ihre ausdrückliche Zustimmung gegeben haben oder die Akten für die genannte Beweisführung relevant sind. Ergibt sich aus dem Verleihverhältnis eine rechtliche Auseinandersetzung, so wird der Verleihbetrieb bis zu deren Abschluss die Personalakten weiterhin beiziehen dürfen. Der Sinn von Artikel 18 Absatz 3 AVG liegt nicht darin, es den verliehenen Arbeitnehmenden zu ermöglichen, durch eine Verweigerung ihrer Zustimmung die prozessualen Chancen ihrer ehemaligen Arbeitgebenden einzuschränken.

Der Verleihbetrieb, der gleichzeitig auch Arbeit gebender Betrieb ist, hat zusätzlich zu den Datenschutzvorgaben nach AVG auch Artikel 328b OR zu beachten. Dieser Artikel gewährleistet den Datenschutz im Arbeitsverhältnis sowie in der Personalrekrutierung. Er hat folgenden Wortlaut:

«Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. September 2020».

Der Verweis auf das DSG bezieht sich insbesondere auf die Anwendung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen wie Richtigkeit und Sicherheit der Daten (Art. 6 und 8 DSG) sowie Auskunftsrecht (Art. 25 DSG). Hinsichtlich der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis werden Persönlichkeitsverletzungen und Rechtfertigungsgründe (Art. 30 und 31 DSG) differenziert beurteilt. Artikel 328b OR schränkt in stärkerem Mass als Artikel 30 und 31 DSG den Zugriff auf Informationen ein, zu deren Bearbeitung die Arbeitgebenden berechtigt sind. Es darf keinesfalls zum Nachteil der Arbeitnehmenden von Artikel 328b OR abgewichen werden, selbst wenn diese ihre Einwilligung dazu geben würden. Es handelt sich bei Artikel 328b OR um eine Norm, die im Sinn von Artikel 362 OR relativ

zwingend ist und vertraglich nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden darf.

Im Bereich des Arbeitsvertragsrechts hat die gesetzgebende Gewalt die unrechtmässige Datenbearbeitung allgemein umschrieben. Als rechtmässig gilt die Bearbeitung von Daten in folgenden zwei Fällen: Daten über Arbeitnehmende dürfen bearbeitet werden, soweit

– sie deren Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen
– soweit dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

Eignung:

Der Begriff Eignung lässt eine breite Interpretation zu. Er fasst die Fähigkeiten der Stellenbewerbenden zusammen und kann je nach Situation die Persönlichkeit der Lohnempfängerinnen und Lohnempfänger sowie deren Weltanschauung oder Ziele beinhalten.

Die für die Durchführung erforderlichen Informationen:

Zu den Informationen, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind, gehören vor allem jene Daten, die die Arbeitgebenden benötigen, um ihren rechtlichen bzw. vertraglichen Verpflichtungen gegenüber verschiedenen Behörden wie Sozialversicherungen, Arbeitsinspektoraten, Migrationsämtern, usw., nachkommen zu können.

Die Art der Anstellung bestimmt somit, wie weit der Schutz der Arbeitnehmenden geht. Wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die einen geringen persönlichen Einsatz verlangt, werden die Arbeitgebenden lediglich in begrenztem Rahmen Informationen einholen können. Diese werden sich vor allem auf die Ausbildung sowie auf die berufliche Erfahrung der betroffenen Person beschränken. Falls die Ausführung der Aufgaben hingegen ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt, wird berechtigterweise das Interesse der Arbeitgebenden an einer umfassenden Information grösser sein. Sollte es sich um eine Tätigkeit bzw. Position handeln, die die Fähigkeit verlangt, Initiativen ergreifen oder Befehle erteilen zu können, dürfen sich Arbeitgebende umfassender, insbesondere über die Freizeitbeschäftigungen der Arbeitnehmenden informieren, weil sich dadurch auf deren Bereitschaft zur Anstrengung sowie auf deren Offenheit gegenüber neuen Herausforderungen Schlüsse ziehen lassen. Wenn von Arbeitnehmenden erwartet wird, dass sie die angestrebten Ideale der Arbeitgebenden teilen, um eine gute Arbeitsleistung erbringen zu können, wird dies die Privatsphäre der Lohnempfängerinnen und Lohnempfänger weiter einschränken. Eine Partei darf sich bspw. nach den politischen Anschauungen einer Bewerberin oder eines Bewerbers für das Amt der ständigen Sekretärin oder des ständigen Sekretärs erkundigen.

Fragen nach dem Gesundheitszustand: In Anwendung von Artikel 328b OR gehören Informationen über den Gesundheitszustand von Stellenbewerbenden oder von Lohnempfängerinnen und Lohnempfängern zu den Daten, die vertraulich behandelt werden müssen. Die Datenbeschaffung gilt als rechtmässig, soweit sie sich auf die Tauglichkeit der betroffenen Person für die vorgesehene Arbeit bezieht. Arbeitgebende dürfen daher eine ärztliche Untersuchung verlangen, damit die Tauglichkeit für die zu besetzende Stelle beurteilt werden kann. Die untersuchende Ärztin bzw. der untersuchende Arzt wird ausschliesslich über die Eignung für die Arbeitsstelle Auskunft geben. Bei mangelnder Eignung wird die Ärztin bzw. der Arzt den Arbeitgebenden den Grund nicht bekannt geben.

Fragen nach einer Schwangerschaft: Sofern keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorliegen, sind bei der Besetzung einer Stelle im Bewerbungs- oder Beförderungsverfahren keine Angaben zu erheben, die sich auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder eine allfällige Schwangerschaft beziehen. Die Befragung nach der Familiensituation und -planung, etwa nach Heiratsabsichten, Nachwuchsplänen,

einer bestehenden oder demnächst geplanten Schwangerschaft, usw., ist nur zulässig, wenn sie bei der Anstellung objektiv von Belang ist (bspw., weil am Arbeitsort eine Gesundheitsgefahr für die Schwangere oder ihr ungeborenes Kind besteht oder eine Schwangere zur Erbringung der Arbeitsleistung untauglich wäre, etwa bei einer Anstellung als Tänzerin oder als Model).

Fragen nach Vorstrafen / Verurteilung: Eine allgemeine Befragung der Bewerbenden nach Vorstrafen geht zu weit. Die Möglichkeit, derartige Informationen einzuholen, hängt von den Umständen sowie von der Tatsache ab, ob die Einträge bereits gelöscht wurden oder noch immer im Strafregister einsehbar sind. Auszüge aus dem Strafregister können nur dann verlangt werden, wenn die darin enthaltenen Informationen für den Abschluss sowie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses absolut erforderlich sind.

a) **Aus dem Strafregister gelöschte Verurteilungen:** Den Arbeitnehmenden steht es zu, für alle bereits gelöschten Einträge im Strafregister das Recht auf Vergessen geltend zu machen.

b) **Im Strafregister eingetragene Verurteilungen:** Die Arbeitgebenden dürfen nur über Einträge im Strafregister Auskunft verlangen, die sich auf die Eignung des Arbeitsverhältnisses beziehen.

Fragen nach Betreibungen: jede Person kann sich bei einem Betreibungsamt nach laufenden Betreibungen gegen eine andere Person erkundigen, sofern sie ein berechtigtes, d.h. ein spezielles sowie aktuelles Interesse geltend machen kann (Art. 8a SchKG). Ein solches Interesse ist dann glaubhaft gemacht, wenn jemand im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags Informationen über eine bestimmte Person einholen möchte. Das Beschaffen von Informationen durch Arbeitgebende ist zulässig, sofern es die Eignung der Arbeitnehmenden für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dies kann der Fall sein, wenn die betroffene Person mit Dingen und Werten in Kontakt kommt, die sie zu entwenden versucht sein könnte, um die eigene Situation zu bereinigen. In zahlreichen Fällen beeinträchtigt das Vorhandensein von Betreibungen kaum die Eignung der Lohnempfängerinnen oder der Lohnempfänger für das Arbeitsverhältnis.

Zum Verhältnis zwischen Artikel 18 Absatz 3 AVG und Artikel 328b OR:

Wendet sich eine Stellen suchende Person an einen Verleihbetrieb für einen ganz bestimmten Einsatz, stehen die beiden Parteien in einer vorvertraglichen Beziehung und Artikel 328b OR findet Anwendung.

Keine Anwendung findet Artikel 328b OR dann, wenn die Stellen suchende Person dem Verleihbetrieb den Auftrag erteilt, ihr irgendeine Stelle zu vermitteln und ihr mitteilt, dass sie jedes Arbeitsangebot, unabhängig von ihrer Ausbildung oder beruflichen Erfahrung anzunehmen bereit ist. In diesem Fall sind die für private Vermittlungsbetriebe geltenden Grundsätze einzuhalten. Die Stellen suchende Person steht in diesem Stadium nicht in einer vorvertraglichen Beziehung zum Verleihbetrieb, sondern ist an diesen durch einen Mäklervertrag im Sinn von Artikel 412 OR gebunden.

Nützliche Informationen zur Bearbeitung durch private Personen finden sich im «Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich», publiziert vom EDÖB

Aktenaufbewahrung

Grundsätzlich bestehen für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse keine besonderen gesetzlichen Vorschriften über die Aufbewahrung von Personalakten. Massgebend ist in erster Linie Artikel 328b OR. Das DSG ist selbstverständlich ebenfalls anwendbar. Weitere gesetzliche Bestimmungen, aus welchen sich Pflichten zur Aktenaufbewahrung ableiten lassen sind namentlich die folgenden: Artikel 127 und 128 OR; Artikel 328b und 330a OR; Artikel 958f OR und Artikel 1 Absatz 3 der Geschäftsbücher-

verordnung, GeBüV; diverse Melde- und Abrechnungspflichten bei den Sozialversicherungen sowie quellensteuerrechtliche Vorgaben.

Zu unterscheiden ist die Aufbewahrung von Personalakten während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Je nach Datenkategorie gilt eine andere Aufbewahrungsdauer. Für den Regelfall empfiehlt sich eine Dauer von fünf Jahren, die in Ausnahmefällen – bspw., wenn es ein Gesetz vorsieht – auf zehn Jahre verlängert werden kann.

Während des Arbeitsverhältnisses können relativ viele Informationen aufbewahrt werden. Sobald die aufbewahrten Daten nicht mehr benötigt werden, sind sie bereits während des Arbeitsverhältnisses zu vernichten. Massgebend ist das Verhältnismässigkeitsprinzip. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dürfen nur diejenigen Daten aufbewahrt werden, die weiterhin erforderlich sind. Hierzu gehören Daten, die auf Grund einer gesetzlichen Pflicht aufbewahrt werden müssen und Daten, deren Aufbewahrung im Interesse der Arbeitnehmenden liegen, wie bspw. Unterlagen, die benötigt werden, um ein Zeugnis auszustellen. Es kann sich auch um Daten handeln, die sozialversicherungsrechtliche Relevanz aufweisen oder aus denen sich rechtliche Ansprüche ableiten lassen. Daten können auch im Hinblick auf hängige Rechtsstreitigkeiten aufbewahrt werden, soweit Arbeitgebende sie dazu benötigen.

Ein Wechsel von Papierakten auf elektronische Akten ist grundsätzlich zulässig, sofern die Grundsätze des DSG – insbesondere hinsichtlich der Datensicherheit und der Vertraulichkeit – gewahrt bleiben. Auch muss das elektronische Aufbewahrungssystem die Datensicherheit von eingescannten Dokumenten garantieren, damit deren Beweiskraft nicht geschmälert wird. Die eingescannten Dokumente müssen auf Anfrage hin jederzeit in lesbarer Form vorgelegt werden können.

Vgl. hierzu die Ausführungen des EDÖB im Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich.

3.8 ARTIKEL 19 AVG ARBEITSVERTRAG (ART. 48, 49 AVV)

3.8.1 VERHÄLTNIS AVG/OR

Der Arbeitsvertrag, den ein Verleihbetrieb mit Arbeitnehmenden abschliessen muss, untersteht grundsätzlich den Bestimmungen von Artikel 319 ff. OR über das Arbeitsvertragsrecht und auch dem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (ave GAV PV), sofern der verleihende Betrieb dem Geltungsbereich desselben gemäss Artikel 2 ave GAV PV untersteht (s. 3.9.10). Dazu kommen die Gesetzesvorschriften von Artikel 19 AVG sowie der entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der AVV. Die arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen des AVG gehen denjenigen des OR vor.

3.8.2 SCHRIFTLICHKEIT (ART. 48 AVV)

Arbeitnehmende können ihre Interessen nur sicher wahren, wenn sie vor ihrem Einsatz über einen schriftlichen Arbeitsvertrag verfügen. Artikel 48 AVV regelt abschliessend die zulässigen Ausnahmen.

Verstösst der Verleihbetrieb gegen dieses gesetzliche Schriftlichkeitserfordernis, kann die Bewilligungsbehörde Sanktionen gemäss Artikel 16 AVG ergreifen, weil der Verleih nicht mehr fachgerecht erfolgt. Zusätzlich macht sich der Verleihbetrieb nach Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe c AVG strafbar. Zivilrechtlich hat die Schriftlichkeit des Vertrags nicht die Bedeutung eines Gültigkeitserfordernisses,

sondern nur Beweis- und Schutzfunktion. Fehlt eine schriftliche Vereinbarung, kommen die Regeln von Artikel 19 Absatz 3 AVG zur Anwendung.

Artikel 19 AVG schreibt vor, welche Punkte im Arbeitsvertrag schriftlich geregelt werden müssen. Setzt sich dieser aus Rahmen- und Einsatzvertrag zusammen, müssen beide Verträge zusammen die entsprechenden schriftlichen Abreden enthalten.

Wenn, wie im Fall des Personalverleihs, gesetzlich für Verträge die Schriftform vorgeschrieben ist, müssen die Verträge auch eigenhändig unterschrieben werden (Art. 11 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 OR). Mit dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur vom 19. Dezember 2003 wurde auf den 1. Januar 2005 im OR Artikel 14 Absatz 2bis eingeführt. Seither ist der eigenhändigen Unterschrift die qualifizierte elektronische Signatur gleichgestellt, die aber auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin bzw. eines anerkannten Anbieters von Zertifizierungsdiensten beruhen muss. Andere digitale Unterschriften sind nach der geltenden Rechtslage nicht zugelassen.

3.8.3 PFLICHT ZUR ANNAHME DES EINSATZES

Temporärarbeitsverträge werden in der Regel befristet und immer nur für einen Einsatz abgeschlossen. Im Rahmenarbeitsvertrag werden nur die Punkte geregelt, die für alle Einsätze zur Anwendung gelangen sollen. Die Umstände des konkreten Einsatzes werden dann im Einsatzvertrag zusätzlich vereinbart. Das Arbeitsverhältnis bezieht sich somit nur auf einen Einsatz. Da das Arbeitsverhältnis nach einem Einsatz beendet ist, müssen die Arbeitnehmenden für einen neuen Einsatz ihr Einverständnis geben. Sie können also jeden angebotenen Einsatz ablehnen.

Leiharbeitsverträge werden in der Regel auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Die Art der Arbeit, welche die Arbeitnehmenden zu leisten haben, wird im Leiharbeitsvertrag geregelt. Die Arbeitnehmenden haben Anspruch auf Beschäftigung und Lohn, das Risiko für fehlende Einsätze trägt somit grundsätzlich der Verleihbetrieb. Diesem Anspruch steht die Pflicht der Arbeitnehmenden gegenüber, die ihnen zugewiesenen Einsätze anzunehmen. Im Leiharbeitsvertrag wird generell darauf hingewiesen, dass die Arbeitnehmenden an verschiedene Betriebe verliehen werden sollen. Oft betreibt der Verleihbetrieb eine eigene Betriebsstätte, in welcher die Arbeitnehmenden auch zum Einsatz gelangen können. Damit auch dem Formerfordernis von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b AVG entsprochen werden kann, muss für den einzelnen Einsatzort ein Zusatz zum Leiharbeitsvertrag erstellt werden, der jedoch nur der verleihende Betrieb zu unterschreiben hat und der den Arbeitnehmenden abgegeben wird.

3.8.4 DER ZUSAMMENHANG VON ARTIKEL 19 ABSATZ 3 UND ARTIKEL 20 AVG

Besteht zwischen den Parteien kein schriftlicher Arbeitsvertrag, geht – sofern der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag (ave GAV) untersteht – Artikel 20 Artikel 19 Absatz 3 AVG vor. Der Verleihbetrieb hat in diesen Fällen gegenüber seinen Arbeitnehmenden die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des ave GAV einzuhalten.

3.8.5 REGELUNG DES LOHNES

Bruttolohn, Sozialabzüge mit Prozentangaben und Nettolohn sollten aus dem Arbeitsvertrag ersichtlich sein. Mindestens muss verlangt werden, dass der Bruttolohn geregelt ist, alle Sozialabzüge aufgeführt sind und spätestens aus der Lohnabrechnung der Nettolohn hervorgeht.

Nach Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe g AVG sind die Termine für Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen im Vertrag zu regeln und zwar möglichst genau. Nach Artikel 323 Absatz 1 OR ist der Lohn Ende jeden Monates auszurichten, ausser es sind kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt. In der AVG-Vollzugspraxis wird eine Zahlung bis zum 5. Tag des Folgemonats akzeptiert. In der Regel wird der Lohn mit Zulagen auf ein Konto der Bank oder von PostFinance mit fest vereinbartem Zahlungstermin überwiesen werden. Auf die Zahlungsart ist im Vertrag hinzuweisen.

Kost und Logis gelten als Naturallohn. Diese Lohnart ist vertraglich festzuhalten. Der Naturallohn setzt sich aus der Summe der tatsächlich eingenommenen Mahlzeiten sowie den tatsächlich verbrachten Nächten zusammen. In Artikel 11 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV, sind die Ansätze geregelt.

3.8.6 ZUSÄTZLICHE VERMIETUNG VON WOHNRAUM

Vermieten Verleihbetriebe ihrem Personal Wohnraum, so darf weder der Mietzins noch das Entgelt für allfällige Schäden beim Verlassen des Mietobjektes vom Lohn der Arbeitnehmende und der Mieterin bzw. des Mieters abgezogen werden. Das ergibt sich aus Artikel 19 Absatz 5 Buchstabe a AVG, wonach vertragliche Vereinbarungen, die von den Arbeitnehmenden Lohnrückbehalte verlangen, nichtig sind. Aus diesem Grund ist das Mietverhältnis in einem eigenständigen Vertrag und mit einer vom Arbeitsverhältnis unabhängigen Dauer zu vereinbaren. Kündigungsfristen und -termine sind nach Mietrecht zu regeln. Der Verleihbetrieb darf gestützt auf Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c AVG für die Vermittlung der Wohnung keine Vermittlungsgebühr erheben.

3.8.7 UNENTGELTLICHE PROBEARBEIT

Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es grundsätzlich möglich, unentgeltliche Probearbeit zu vereinbaren. Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe e AVG sieht hingegen vor, dass der Lohn vor Arbeitsantritt zu regeln ist. Daraus folgt, dass es im Verleih keinen Platz für unentgeltliche Probearbeit gibt. Auch gilt es zu bedenken, dass bei der Temporärarbeit die Einsatzdauer im Vergleich zu einer Festanstellung in der Regel kurz ist und somit ein Missverhältnis zwischen der Dauer der unentgeltlichen Probearbeit und der gesamten Einsatzdauer bestünde.

3.8.8 ABRECHNUNG DER SPESEN

Grundsätzlich sind bei der Abrechnung der Spesen keine Pauschalen möglich. Ausnahmsweise können jedoch Pauschalspesen zugelassen werden, wenn die Steuerbehörde eine entsprechende Genehmigung erteilt hat.

In der Regel gelten Entschädigungen für den Arbeitsweg und die Verpflegung am Arbeitsort (= Einsatzort) nicht als Spesen, sondern als Lohnbestandteil. Nur falls die verliehenen Arbeitnehmenden einen wechselnden Arbeitsort haben, also vom Einsatzbetrieb aus unterschiedliche Arbeitsorte aufsuchen müssen, werden Entschädigungen für diese Fahrten (zwischen Einsatzbetrieb und auswärtigen Arbeitsorten) sowie für Verpflegung (die nicht am Ort des Einsatzbetriebs oder am Wohnort eingenommen wird) als Spesen akzeptiert. Diese Regelung gilt pro Arbeitsvertrag. Höhe und Art werden in der Regel im Einsatzvertrag geregelt. Vorbehältlich von ave GAV Abmachungen sind alle Spesen nachzuweisen.

3.8.9 KETTENARBEITSVERTRÄGE

Sich ablösende, aneinander gereihte befristete Arbeitsverträge werden Kettenarbeitsverträge genannt. Durch das Aneinanderreihen von befristeten Arbeitsverträgen können verschiedene Schutzbestimmungen, die zu Gunsten der Arbeitnehmenden erlassen worden sind, umgangen werden (Kündigungsfristen, Kündigungsschutzbestimmungen gemäss Artikel 336c OR, sozialversicherungsrechtliche Vorschriften). Lehre und Gerichtspraxis lassen deshalb solche Kettenarbeitsverträge zur Gesetzesumgehung nicht zu. Das Verbot von Kettenarbeitsverträgen gilt auch für die Verleiharbeitsverhältnisse.

In der Lehre wird eine Umdeutung mehrerer aufeinander folgenden Verträge in einen einzigen Vertrag befürwortet, wenn die Arbeitseinsätze ohne jeglichen Unterbruch aufeinander folgen und ein solcher lediglich aus der Inanspruchnahme eines Rechts (Ferien, Krankheit oder Unfall), der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (Militärdienst) oder auch daraus resultiert, dass bei einer temporären Anstellung naturgemäss einige beschäftigungslose Tage oder gar Wochen auftreten können.

Die Rechtsprechung hat sich in dieser Hinsicht jedoch sehr zurückhaltend gezeigt. Die gesetzgebende Gewalt wollte den Erfordernissen temporärer Arbeit Rechnung tragen, indem sie ihr, mit Rücksicht auf ihre Eigenart und das besondere Bedürfnis nach einer, auch im Interesse der Arbeitnehmenden selbst liegenden anpassungsfähigen Regelung, eine spezielle gesetzliche Behandlung einräumte.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beginnt daher in der Regel, vorbehältlich einer abweichenden Vereinbarung, mit jedem Arbeitseinsatz eine neue Probezeit zu laufen (BGE 117 V 248). Dies insbesondere, wenn es sich um Verhältnisse handelt, in welchen die Arbeitnehmenden sehr unregelmässig und mit teilweise langen Unterbrüchen für dieselben Arbeitgebenden gearbeitet haben, erst recht, wenn die Arbeitnehmenden während Unterbrüchen noch für andere temporäre Betriebe tätig geworden sind.

Verbotene Kettenarbeit ist somit zu bejahen, wenn die Arbeitnehmenden die gleiche Arbeit in der gleichen Funktion bei denselben Einsatzbetrieben ausüben und der Arbeitsunterbruch nur kurz gewesen ist (einige Tage oder Wochen) oder das Resultat der Inanspruchnahme eines Rechts (Ferien, Krankheit, Unfall) oder der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (Militär- oder anderer Dienst) ist. Auf eine Umgehungsabsicht und somit auf verbotene Kettenarbeit ist immer dann zu schliessen, wenn kein wirtschaftlich vernünftiger Grund und auch kein sonstiges schutzwürdiges Interesse der Arbeitgebenden oder Arbeitnehmenden an der Befristung des Arbeitsvertrags erkennbar sind.

Liegt zwischen den Einsätzen ein Unterbruch von maximal der nachfolgend aufgeführten Dauer vor (ausgenommen Unterbruch infolge Unfall und Krankheit), empfiehlt das SECO, von einer Weiterführung des Vertrags auszugehen und die einzelnen Einsatzzeiten zusammenzuzählen.

Dauer des kumulierten Einsatzes:	Unterbruch:
– bis zu 3 Monate:	2 Wochen
– vom 4. bis zum 6. Monat:	3 Wochen
– ab dem 7. Monat:	5 Wochen

Die Problematik der Kettenarbeitsverträge stellt sich besonders bei der Bestimmung der Dauer der Kündigungsfrist (s. 3.8.10), der Festsetzung einer Probezeit (s. 3.8.15) oder der Berechtigung auf Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung (s. 3.8.17) sowie der Festlegung der Sozialversicherungsabzüge (s. 3.8.20).

3.8.10 KÜNDIGUNGSFRISTEN BEI UNBEFRISTETEN EINSÄTZEN

Kündigungsfristen sind schriftlich zu vereinbaren, die Kündigung ist jedoch formfrei gültig und kann auch mündlich ausgesprochen werden. Aus Beweisgründen ist die mündliche Kündigung jedoch nicht zu empfehlen. In einem solchen Fall müsste zumindest eine Zeugin bzw. ein Zeuge beigezogen werden.

Erster bis sechster Dienstmonat einer ununterbrochenen Anstellung:

Für die Dauer der ersten sechs Monate einer ununterbrochenen Anstellung sind die Fristen nach AVG massgeblich.

Artikel 19 Absatz 4 Buchstabe a AVG:

Während der ersten drei Monate der ununterbrochenen Anstellung muss die Kündigung mit einer Frist von mindestens zwei Tagen erfolgen. In der langjährigen und unbestrittenen Vollzugspraxis werden für diese Frist ausschliesslich zwei Arbeitstage akzeptiert (vgl. 3.8.12).

Artikel 19 Absatz 4 Buchstabe b AVG:

In der Zeit vom vierten bis und mit dem sechsten Monat der ununterbrochenen Anstellung muss mit einer Frist von mindestens sieben Tagen gekündigt werden.

Diese gesetzlichen Minimalfristen können vertraglich verlängert, jedoch nicht verkürzt werden.

Die Fristen des AVG gelten nur für den Personalverleih in der Form der Temporärarbeit (Art. 49 AVV).

Ab siebtem Dienstmonat:

Ab dem siebten Dienstmonat einer ununterbrochenen Anstellung enthält das AVG keine speziellen Kündigungsfristen mehr, weshalb die Kündigungsfristen nach Artikel 335c Absatz 1 OR gelten:

Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und danach mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

Nach Artikel 335c Absatz 2 OR dürfen diese Fristen durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden. Falls dies nicht der Fall ist, sind die Kündigungsfristen nach Artikel 335c OR immer in Monaten anzugeben, d.h. in den Musterverträgen werden Fristen von z.B. 30 Tagen nicht zugelassen.

Nach Gesetz fällt der Ablauf der Kündigungsfrist immer auf das Ende eines Kalendermonats. Diese Bestimmung ist jedoch formfrei abänderbar. Falls aber nichts anderes vereinbart wird, kann immer nur auf das Monatsende gekündigt werden.

Wichtig:

Einsatzverträge, die für die Beschäftigungsdauer Formulierungen enthalten wie «bis auf Weiteres, nach Bedürfnis der Kundinnen und Kunden, nach Auftragslage», gelten als unbefristet.

Bezüglich der Dauer ist auf die Monate abzustellen, nicht auf die zusammen gezählten Einsatzstunden. Verträge, die z.B. anstelle von drei Monaten auf 540 Stunden abstellen, können nicht genehmigt

werden. Ansonsten könnte die kurze Kündigungsfrist von 2 Arbeitstagen bei Teilzeitarbeit eventuell weit über drei Monate hinaus gelten. Dies war nicht die Absicht der gesetzgebenden Behörde.

3.8.11 KÜNDIGUNGSMÖGLICHKEIT BEI BEFRISTETEN EINSÄTZEN

Befristete Arbeitsverträge enden grundsätzlich automatisch mit Ablauf der Einsatzdauer.

Es ist jedoch zulässig, auch bei befristeten Arbeitsverträgen vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten vorzusehen. In diesem Fall müssen die Minimalkündigungsfristen nach Artikel 19 Absatz 4 AVG respektiert werden.

Die Kündigungsfristen gemäss Artikel 19 Absatz 4 AVG beziehen sich grundsätzlich auf einen einzelnen Einsatz, da mit jedem Einsatz ein neuer Arbeitsvertrag entsteht. Von dieser Grundregel ist jedoch in jenen Fällen ausnahmsweise abzuweichen, in denen ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wäre (s. 3.8.9).

3.8.12 BERECHNUNG DER KÜNDIGUNGSFRIST, WENN DIE FRIST NACH TAGEN BESTIMMT IST

Wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, läuft sie am letzten Tag ab, wobei der Tag, an dem die Kündigung der Gegenpartei zugeht, nicht mitgerechnet wird. Arbeitsfreie Tage sind grundsätzlich mitzuzählen. Bei der **zweitägigen Frist** können jedoch die **arbeitsfreien Tage** (z.B. übers Wochenende) **nicht** an die Kündigungsfrist **angerechnet** werden, ausser die Branche kennt gar keine arbeitsfreien Tage.

3.8.13 DIE VERLÄNGERUNG VON BEFRISTETEN ARBEITSVERTRÄGEN

Es ist grundsätzlich erlaubt, bei Vertragsende eine Verlängerung vorzusehen. Diese Verlängerung kann entweder befristet oder unbefristet sein. Die Verlängerung ist aber nach Artikel 12 OR, Artikel 19 Absatz 1 und Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe c AVG immer in einem schriftlichen Vertragszusatz oder in einem neuen Vertrag festzuhalten. Nicht zulässig ist es, bei einem befristeten Vertrag vorzusehen, dass er bei einer stillschweigenden Weiterführung als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt. Ansonsten würden für die Arbeitnehmenden Unklarheiten bezüglich der wirklichen Vertragsdauer bestehen und könnten sich im Streitfall Beweisprobleme ergeben. Es wird auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3381/2008 vom 11. März 2009 in der Sache XY SA gegen SECO verwiesen. Zu beachten bleibt zudem das Kettenarbeitsverbot (s. 3.8.9).

3.8.14 ARBEITSZEITEN

Nach Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d AVG ist der Verleihbetrieb verpflichtet, im Arbeitsvertrag die Arbeitszeiten schriftlich zu regeln. Es kann nicht auf diejenigen des Einsatzbetriebs verwiesen werden, sondern die Arbeitnehmenden müssen vor Arbeitsbeginn wissen, wie viele Arbeitsstunden sie leisten müssen, damit sie gestützt darauf ihren Lohn berechnen können. Auch nach der Informationspflicht der Arbeitgebenden gemäss Artikel 330b Absatz 1 Buchstabe e OR müssen diese bis spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über die wöchentliche Arbeitszeit informieren, wenn das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen wurde.

Es darf nicht auf eine Regelung der Arbeitszeit verzichtet werden mit dem Argument, dass sich in solchen Fällen nach Artikel 19 Absatz 3 AVG die Arbeitszeit aus den orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen ergeben würde.

3

Gründe für eine explizite Arbeitszeitregelung sind:

- Erstens verlangt Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d AVG explizit die schriftliche Regelung der Arbeitszeit.
- Zweitens besteht eine Sanktionsnorm für den Fall, dass die Arbeitszeit nicht schriftlich vereinbart wird. Nach Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe c AVG wird, wer als Verleihbetrieb vorsätzlich die wesentlichen Vertragsinhalte nicht schriftlich oder nicht vollständig mitteilt (Art. 19 AVG), mit einer Busse bis zu 40 000 Franken bestraft. Die Arbeitgebenden haben also nicht die Wahl, sondern müssen die wesentlichen Vertragsinhalte schriftlich vereinbaren. Ansonsten würde die Strafbestimmung keinen Sinn machen.
- Drittens dient Artikel 19 Absatz 3 AVG nur als Auffangtatbestand für den Fall, dass die Erfordernisse hinsichtlich Form und Inhalt nicht erfüllt werden, dies in erster Linie zum Schutz der Arbeitnehmenden: «Die Schriftform soll nicht massgebend sein für das Zustandekommen des Vertrags, sondern hat nur Beweis- und Schutzfunktion. Es wäre unsinnig, bei Nichteinhaltung dieser Formvorschrift den Arbeitsvertrag als ungültig zu betrachten, weil dadurch der gewünschte Schutzzweck dieses Artikels in das Gegenteil verkehrt würde. So müssten nämlich Arbeitnehmer unvermittelt ihre Arbeit einstellen, wenn der Formfehler festgestellt würde,» so die Botschaft zum revidierten AVG vom 27. November 1985 auf S. 613 (BBl 1985 III 556). Die Bestimmung ist nicht als Rechtfertigung zu verstehen, die Formvorschriften nicht einzuhalten.
- Viertens ist insbesondere bei Temporärarbeitenden auch ein Abstellen auf eine Orts- und Berufsüblichkeit in Bezug auf die Arbeitszeit schwierig, weil diese oft ja gerade nur teilzeitlich oder für kurze Einsätze eingesetzt werden.
- Fünftens hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-3381/2008 vom 11. März 2009 festgehalten, dass Arbeitnehmende klarerweise Anspruch darauf haben, in Form eines schriftlichen Dokuments Kenntnis von den wesentlichen Vertragsinhalten zu erhalten (5.4.2) und die gesetzgebende Gewalt nur die Ausnahmen zulassen wollte, die der Bundesrat auf Verordnungsstufe in Artikel 48 AVV regelt (5.5).

→ **Im Arbeitsvertrag müssen die Arbeitszeiten deshalb geregelt sein, damit die Arbeitnehmenden klar erkennen können, in welchem Umfang sie ihre Dienste zur Verfügung stellen und mit welchem Verdienst sie rechnen dürfen.**

Folgende Varianten **sind** gemäss langjähriger Vollzugspraxis **zulässig** (nicht abschliessend):

– Anzahl der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit, beispielsweise «42 Std./Woche» oder «8,4 Std./Tag».
– Angabe mittels eines Zeitplans wie beispielsweise «08h00 bis 12h00 und 13h00 bis 17h30».
– «Im Durchschnitt 42 Std./Woche» ist zulässig, nicht aber «ungefähr 42 Std./Woche im Durchschnitt», dies wäre zu ungenau.
– «Arbeitszeiten gemäss Arbeitszeitenreglement des Einsatzbetriebs, welches Sie in der Beilage erhalten».
– Namentlich für die Spitex Branche kann eine Formel mit folgendem Inhalt als zulässig erachtet werden: «Arbeitszeiten gemäss Monatsplanung des Einsatzbetriebs, welches Sie in der Beilage erhalten».

– Untersteht der Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag und die verliehenen Arbeitnehmenden werden von diesem erfasst, ist auch folgende Regelung möglich: «Arbeitszeiten gemäss allgemein verbindlich erklärtem und geltendem Gesamtarbeitsvertrag… (Name/Branche)». Es ist auch zulässig, im Einzelfall einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitszeit gemäss GAV zu vereinbaren, z.B. «80 % gemäss Arbeitszeit GAV xy». Als Beispiel kann eine solche Regelung in dem der AVG-Bewilligungsbehörde zur Prüfung vorgelegten Mustervertrag genehmigt werden. Es geht aber nicht, dass ein Verleihbetrieb diesen Mustervertrag auf alle Arbeitsverhältnisse zum Einsatz bringt. Denn es ist nicht glaubhaft, dass alle Einsätze nur ein Pensum von 80 % umfassen werden. Denkbar hingegen ist, dass für einen Einsatz mehrere Arbeitnehmende bloss ein Teilzeitpensum von beispielsweise 80 % leisten.

– Bei unbefristeten oder befristeten überjährigen Anstellungen können auch Jahresarbeitszeit- oder Jahresarbeitsteilzeitmodelle möglich sein. Solche Vereinbarungen sind aufgrund von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d AVG immer vertraglich hinreichend zu präzisieren.

– Bandbreitenmodelle im Sinn von echter Arbeit auf Abruf sind in Einzelfällen möglich. Diese müssen für den konkreten Einsatz realistisch sein. In der Regel dürften Bandbreitenmodelle zwischen 80 % und 100 %, bzw. 34 Std/Woche bis zu 42 Std/Woche glaubhaft sein. Teilzeitbandbreitenmodelle sind auch möglich, wie zum Beispiel 60 % bis 80 %, bzw. 26 Std/Woche bis zu 34 Std/Woche.

– Im Sinn von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d AVG und wie oben beispielhaft ausgeführt, muss im Arbeitsvertrag die Bandbreite der Arbeitszeit, welche zu leisten ist, festgelegt werden. Dabei ist immer die genannte minimale Arbeitszeit und die allfällig darüber hinaus geleistete Arbeitszeit mit dem vereinbarten Stundenlohn zu entschädigen (s. 3.8.14.2). Für die Zeit in der Bandbreite, in welcher die Arbeitnehmenden nicht arbeiten können, weil sie der Einsatzbetrieb nach Hause schickt, muss ihnen analog der Arbeit auf Abruf zusätzlich eine Entschädigung bezahlt werden. Eine solche Regelung kann wie folgt lauten: «Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mindestens 34 Std./Woche und auf maximal 42 Std./Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 34 Std./Woche werden grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit ab 34 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche wird eine Entschädigung von xx.yy Franken geleistet. Die Entschädigung von Arbeitszeit über 42 Std/Woche richtet sich nach der Vereinbarung bezüglich Überstunden und Überzeit.»

– Im Rahmen der zuvor genannten Punkte ist auch die Vereinbarung von Teilzeitarbeit zulässig. Es muss ein gewisser Prozentsatz festgelegt werden und die Arbeitstage, an denen das entsprechende Pensum gearbeitet wird, geregelt und klar ausgewiesen werden. Zum Beispiel: «Montag, 14h00 bis 18h00, Mittwoch 08h00 bis 12h00 und 14h00 bis 18h00, entspricht einem 30 % Teilzeitpensum bei einer 40h-Woche». Auf diese Weise ist es den Arbeitnehmenden möglich, ihre übrige Zeit zu organisieren und beispielsweise weitere Anstellungen einzugehen.

– Musterverträge, welche unechte Arbeit auf Abruf vorsehen, können nicht genehmigt werden. Im Gegensatz zum normalen Arbeitsverhältnis handelt es sich beim Verleih um ein Dreiparteienverhältnis. In der Praxis ist es für den Einsatzbetrieb nicht praktikabel, wenn der ausgeliehene Arbeitnehmende eigenmächtig nicht zur Arbeit kommt oder seine Tätigkeit einstellt. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass mit einer solchen Regelung das Arbeitgeberrisiko von Artikel 324 OR auf die Arbeitnehmenden abgewälzt wird, indem sie je nach Auftragslage oder Situation vor Ort jederzeit nach Hause geschickt werden können und für die entgangene Arbeitszeit keinen Lohn erhalten. Mit einem solchen Vorgehen wird das gesetzliche Erfordernis von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d, die Regelung der Arbeitszeiten, nicht erfüllt. Der Arbeitnehmende als wirtschaftlich

gesehen schwächste Partei in diesem Dreiecksverhältnis ist zudem hinsichtlich des Zustandekommens eines konkreten Arbeitseinsatzes vom Gutdünken des Verleihers und/oder des Einsatzbetriebs abhängig.

Nicht zulässig sind hingegen z.B. folgende Formulierungen:

– «Gemäss Normalarbeitszeit des Einsatzbetriebs». Die Normalarbeitszeit ist im Arbeitsvertrag mit den Tages-, Wochen- oder Monatsstunden ausdrücklich zu nennen, ansonsten wird die Vorgabe von Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe d AVG nicht erfüllt.

– «Gemäss Weisung des Einsatzbetriebs». Die Regelung der Arbeitszeit ist ein wesentliches Vertragselement, das zwischen den eigentlichen Vertragspartnerinnen und -partnern vor Vertragsbeginn schriftlich zu vereinbaren ist. Die Regelung kann deshalb nicht an eine Stellvertreterin bzw. einen Stellvertreter, hier den Einsatzbetrieb delegiert werden. Die Arbeitnehmenden stehen zum Drittbetrieb, in welchen sie eingesetzt werden, in keiner vertraglichen Beziehung und können diesem gegenüber Rechte aus dem Arbeitsvertrag nicht geltend machen.

– Nicht zulässig ist folgende oder eine ähnlich lautende Klausel: «Ich bestätige hiermit, dass Abweichungen von der im ob genannten Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitszeit aus privaten Gründen, die ich selber zu verantworten habe, und auf meinen expliziten Wunsch hin, entstanden sind. Diese Bestätigung erfolgt aus freiem Willen und ich verzichte hiermit ausdrücklich auf die rechtliche Geltendmachung von Annahmeverzug im Sinn von Artikel 324 OR.»

Solche oder ähnliche Regelungen können nicht zugelassen werden, weil die Gefahr besteht, dass die Arbeitnehmenden im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Lohnauszahlung dazu angehalten werden, eine solche Erklärung zu unterschreiben und sie die Erklärung nur unterschreiben, weil befürchtet werden muss, keine oder eine verspätete Lohnauszahlung zu erhalten.

3.8.14.1 ARBEITSZEITEN IM EINSATZVERTRAG ALS GRUNDLAGE FÜR DIE LOHNZAHLUNG

Die Arbeitszeiten, die im Einsatzvertrag geregelt sind, bilden grundsätzlich die Grundlage für die Lohnzahlung. Den Arbeitnehmenden muss es möglich sein, anhand der im Vertrag geregelten Arbeitszeiten ihr Einkommen, das sie bei diesem konkreten Einsatz erzielen, berechnen zu können. Oft finden sich in den Rahmenarbeits- und Einsatzverträgen Klauseln, wonach der Stunden – oder Arbeitsrapport als Basis für die Lohnzahlung dient. Dies ist grundsätzlich zulässig, da der Verleihbetrieb zu seinen verliehenen Arbeitnehmenden während eines Einsatzes keine Beziehung hat, und wissen muss, wie viele Stunden effektiv gearbeitet wurden und wie viel Lohn er somit zu bezahlen hat. In der Praxis wird die im Einsatzbetrieb effektiv geleistete Arbeitszeit daher regelmässig mit dem Stunden- bzw. dem Arbeitsrapport belegt. Es ist in diesem Zusammenhang aber Folgendes zu beachten:

Gemäss zwingendem Artikel 324 OR, der zuungunsten der Arbeitnehmenden nicht abgeändert werden darf, bleibt der Arbeit gebende Betrieb (Verleihbetrieb) grundsätzlich zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn er, selbst ohne Verschulden, mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät, ohne dass die Arbeitnehmenden zur Nachleistung von Arbeit verpflichtet sind. Wenn im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag vereinbart wird, dass die Arbeitnehmenden 40 Stunden pro Woche einen Einsatz in einem Drittbetrieb leisten, haben sie grundsätzlich Anspruch auf 40 Stundenlöhne pro Woche, davon ausgehend, dass Stundenlohn vereinbart wurde. Mit der Unterzeichnung des Einsatzvertrags bieten die Arbeitnehmenden nämlich ihre Dienste in diesem Umfang an und der Verleihbetrieb, welcher den Vertrag ebenfalls unterzeichnet hat, ist somit verpflichtet, im Umfang der vereinbarten Arbeitszeiten die Arbeitsleistung anzunehmen.

Weicht nun der Stunden- bzw. Arbeitsrapport von den im Einsatzvertrag vereinbarten Stunden nach unten ab, ist der Verleihbetrieb gemäss vorgenannter zwingenden Gesetzesbestimmung grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmenden im Umfang von den im Einsatzvertrag vereinbarten 40 Stunden zu entlohnen und es darf nicht einfach auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden. Das Risiko, dass der Einsatzbetrieb nicht im vereinbarten Umfang Arbeit anbieten kann, geht auf den Verleihbetrieb über, weil es dieser ist, der mit dem Arbeitnehmenden die arbeitsvertragsrechtliche Beziehung pflegt und gehalten ist, die zwingenden Bestimmungen von Artikel 319 ff OR zu befolgen.

3.8.14.2 ZULÄSSIGES ABSTELLEN AUF DEN STUNDEN- BZW. ARBEITSRAPPORT RESP. ABWEICHEN VON DER VERTRAGLICH VEREINBARTEN ARBEITSZEIT

In der Praxis kann es toleriert werden, dass die täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeiten schwanken, solange im Mittel monatlich oder bei kurzen Einsätzen wöchentlich mindestens die vereinbarte Arbeitszeit geleistet und entschädigt wird. In diesem Sinn kann auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden.

Abweichungen der Arbeitszeit von 5 % können im Einzelfall gerechtfertigt sein. Es kann aber nicht toleriert werden, wenn in der Folge alle Arbeitnehmenden 5 % weniger arbeiten und eine entsprechende Lohnreduktion in Kauf nehmen müssen.

Auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport kann auch dann abgestellt werden, wenn die Nichtleistung der vereinbarten Arbeitszeit im Verschulden der Arbeitnehmenden (unentschuldigtes Fernbleiben oder Verlassen der Arbeitsstelle) liegt.

Schliesslich dienen die Angaben in den Stunden- bzw. Arbeitsrapporten ebenfalls dazu, allfällige Überstunden oder Überzeiten abzurechnen, die durchschnittlich vereinbarten Arbeitszeiten gemäss Arbeitsvertrag nachzuweisen und die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes sicherzustellen.

In diesem Zusammenhang ist eine Formulierung mit folgendem Inhalt gültig: «Die temporäre Mitarbeiterin bzw. der temporäre Mitarbeiter hat Anspruch auf den Lohn der gemäss Arbeitszeitvereinbarung im Einsatzvertrag vereinbart wurde. Sie bzw. er hat wöchentlich einen vom Einsatzbetrieb unterschriebenen Stundenrapport zu erstellen und der Musterstaff unverzüglich einzureichen. Weichen die tatsächlich geleisteten Stunden von den vereinbarten Arbeitsstunden ab, wird nur die nachgewiesene Arbeitszeit vergütet, es sei denn, die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter kann nachweisen, dass die Annahme ihrer bzw. seiner Arbeitsleistung durch den Einsatzbetrieb verweigert wurde. Über solche Vorfälle ist die Musterstaff unverzüglich zu informieren.»

3.8.14.3 DIE REGELUNG VON ÜBERSTUNDENARBEIT UND ÜBERZEITARBEIT

Nach Artikel 321c Absatz 1 OR sind Arbeitnehmende zur Leistung von Überstundenarbeit verpflichtet, soweit sie diese zu leisten vermögen und ihnen nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Nach Artikel 321c Absatz 2 OR kann Arbeit gebende Betrieb mit dem Einverständnis der Arbeitnehmenden vorsehen, dass die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer auszugleichen ist. Ist keine Kompensation durch Freizeit vorgesehen und wurde nichts anderes vereinbart und sehen auch Normalarbeitsvertrag und Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes vor, so muss der Arbeit gebende Betrieb nach Artikel 321c Absatz 3 OR den Arbeitnehmenden die Überstundenarbeit mit einem Zuschlag von mindestens einem Viertel entschädigen.

Danach kann im Einzel-, im Normal- und im Gesamtarbeitsvertrag eine Vergütung der Überstunden auch wegbedungen oder der Zuschlag unter 25 % herabgesetzt werden.

Von der Überstundenarbeit nach OR ist die **Überzeitarbeit** nach ArG zu unterscheiden. Artikel 9 ArG sieht folgende **wöchentliche Höchstarbeitszeit** vor:

a) **45 Stunden** für Arbeitnehmende in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels;

b) **50 Stunden** für die übrigen Arbeitnehmenden.

Diese wöchentliche Höchstarbeitszeit darf ausnahmsweise überschritten werden (s. Art. 12 ArG sowie Art. 22 ff. ArGV 1), nach Artikel 12 Absatz 2 ArGV 1 im **Kalenderjahr** jedoch nicht mehr betragen als: **170 Stunden** für Arbeitnehmende mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden; **140 Stunden** für Arbeitnehmende mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.

Nach Artikel 13 Absatz 1 ArG ist den Arbeitnehmenden für die Überzeitarbeit grundsätzlich ein Lohnzuschlag von wenigstens 25 % auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und anderen Angestellten mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels (also nicht den Arbeitnehmenden in industriellen Betrieben) jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.

Nach Artikel 13 Absatz 2 ArG kann im Einverständnis mit den Arbeitnehmenden vorgesehen werden, dass anstelle des Zuschlags die Überzeitarbeit innerhalb eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen ist.

Hinweise zu den Vorschriften nach Arbeitsgesetz (ArG)

Für die Einholung von Bewilligungen zur Nachtarbeit nach Artikel 17 ArG ist der Einsatzbetrieb zuständig. Ebenso gilt dies für die Bewilligung zur Sonntagsarbeit nach Artikel 19 ArG.

Für die Prüfung, ob Arbeitnehmende zur Nachtarbeit fähig sind, ist aber der Verleihbetrieb zuständig. Ihn trifft auch die Pflicht der medizinischen Untersuchung nach Artikel 17c ArG.

Was die Entschädigung der Nachtarbeit mit Lohnzuschlag von 25 % nach Artikel 17b Absatz 1 ArG oder durch Zeit nach Artikel 17b Absatz 2 ArG betrifft, ist der Verleihbetrieb verantwortlich, dass diese geleistet wird. Dies gilt ebenso für den Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit von 50 Prozent nach Artikel 19 Absatz 3 ArG.

Falls Arbeitnehmende mehrere Einsätze von 25 oder mehr Nächten pro Jahr erbringen müssen, kann die Kompensation von 10 % der Zeit nach Artikel 17b Absatz 2 ArG ab dem ersten Einsatz erfolgen. Falls erst im Laufe des Jahres ersichtlich ist, dass Arbeitnehmende 25 oder mehr Nächte arbeiten müssen, darf erst ab der 25. Nacht die Zeitgutschrift geleistet werden.

Falls Arbeitnehmende zuerst für eine gewisse Zeitdauer in einem ersten Einsatzbetrieb und danach für eine gewisse Zeitdauer in einem zweiten Einsatzbetrieb tätig sind, obliegt es dem Verleihbetrieb, dass die Vorgaben des ArG eingehalten werden (z.B. hinsichtlich Wechsel von Tag- und Nacharbeit oder der Einhaltung des freien Sonntags oder der Ersatzruhe).

3.8.15 PROBEZEIT

Das AVG enthält keine Spezialvorschriften über die Probezeit, weshalb hier allgemeines Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung kommt:

Gemäss Artikel 335b OR gilt der erste Monat eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Probezeit. Sie kann durch schriftliche Abrede bis zu drei Monaten verlängert werden. Während der Probezeit kann jederzeit mit einer Kündigungsfrist von 7 Tagen gekündigt werden, wobei durch schriftliche Vereinbarung oder GAV eine Verkürzung oder Verlängerung der Kündigungsfrist möglich ist. Aufgrund der zwingenden Kündigungsfristen des AVG gilt im temporären Arbeitsverhältnis jedoch auch während der Probezeit eine Minimalkündigungsfrist von 2 Arbeitstagen (s. Prof. Manfred A. Rehbinder, Kommentiertes Arbeitsvermittlungsgesetz, S. 64, Zürich 1992).

Eine Probezeit sollte ausdrücklich vereinbart werden, weil im Streitfall ein Gericht unter Umständen gerade wegen dem vorübergehenden Charakter des temporären Arbeitsverhältnisses annehmen könnte, dass die Parteien die Probezeit stillschweigend wegbedungen haben.

Die Vereinbarung einer Probezeit ist auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen zulässig. Aufgrund des Zwecks der Probezeit, sich kennen zu lernen, muss diese kürzer währen als die vorgesehene Dauer des Einsatzes. Maximaldauer der Probezeit ist 3 Monate. Ist das Arbeitsverhältnis befristet, muss die Dauer der Befristung 3 Monate überschreiten, falls eine Probezeit von 3 Monaten vereinbart werden soll. Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis kann hingegen in jedem Fall eine Probezeit von maximal 3 Monaten vorgesehen werden, weil in diesen Fällen von einer länger dauernden Bindung als 3 Monate ausgegangen wird.

Eine weitere praktische Folge der Probezeit: Während dieser Zeit bleiben die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen (Art. 336c und d OR) ausgeschaltet.

Die Probezeit wird zwischen Verleihbetrieb und Arbeitnehmenden vereinbart und beginnt, wenn der Arbeitsvertrag abgeschlossen ist und die Arbeitnehmenden die Stelle beim Einsatzbetrieb antreten.

Die Vereinbarung einer neuen Probezeit rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitnehmenden den Einsatzbetrieb wechseln oder im gleichen Einsatzbetrieb eine neue Funktion ausüben. Eine weitere Probezeit bei einem gleichartigen neuen Arbeitseinsatz im bisherigen Einsatzbetrieb hingegen, wäre rechtlich nicht zulässig, da die Parteien sich schon kennen und auch die Arbeitsbedingungen bereits bekannt sind sowie insbesondere die Arbeitnehmenden mit ihrem Einsatz bewiesen haben, dass sie die Leistung erbringen (Kettenarbeitsverbot).

3.8.16 FERIEN- UND FEIERTAGSENTSCHÄDIGUNG

Die Abgeltung von Ferienansprüchen durch Lohnzusätze während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist gemäss einer zwingenden Bestimmung des Obligationenrechts (Art. 329d OR) nicht zulässig. Laut Bundesgericht (BGE 129 III 493, S. 495) ist eine Abgeltung jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn die Arbeitsverhältnisse von sehr kurzer Dauer (in der Regel bis maximal 3 Monate) sind oder sehr unregelmässige Arbeitszeiten aufweisen, was insbesondere bei Teilzeit- oder Temporärarbeitsverhältnissen der Fall sein kann. Absolvieren Arbeitnehmende jedoch regelmässige Einsätze oder solche von längerer Dauer, ist eine finanzielle Abgeltung der Ferienansprüche nicht zulässig.

Die Ferienentschädigung ist sowohl im Arbeitsvertrag als auch in der Lohnabrechnung als solche auszuweisen.

Feiertage richten sich mit Ausnahme des 1. Augusts (Art. 110 Abs. 3 BV und Verordnung über den Bundesfeiertag vom 30. Mai 1994) nach den kantonalen Vorschriften, die für den Einsatzbetrieb gelten.

Der Verzicht der gesetzgebenden Gewalt, für die Feiertage eine Lohnzahlungspflicht festzulegen, bedeutet, dass Akkordlohnarbeitenden, Stunden- und Taglohnempfängerinnen und -empfängern die Feiertage nicht entschädigt werden. Teilweise sehen allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge nach Ablauf von 13 Wochen einen Anspruch auf die Entschädigung für den Lohnausfall vor für alle einem Sonntag gleichgestellten offiziellen Feiertage, die auf einen Werktag fallen.

3.8.17 LOHN BEI VERHINDERUNG DER ARBEITNEHMENDEN AN DER ARBEITSLEISTUNG

Die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung sind auch auf den Verleih anwendbar.

3.8.17.1 GRUNDSÄTZLICHE REGELUNG

Artikel 324a OR

[1] Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausüben eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenen Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

[2] Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag, oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeiten verabredet, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

[3] Bei Schwangerschaft und Niederkunft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

[4] Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

Massgeblich für die Berechnung der Lohnzahlungspflicht des Arbeit gebenden Betriebs bei Verhinderung der Arbeitnehmenden gemäss Artikel 324a OR ist die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Dieses ist nicht in jedem Fall identisch mit der Dauer eines Einsatzes. Als ein Arbeitsverhältnis gelten einzelne Einsätze der Arbeitnehmenden, wenn

- die Einsätze unmittelbar aufeinander folgen;
- der Unterbruch zwischen den Einsätzen nur auf die Ausübung eines Rechts (Ferien, Krankheit, Unfall) oder einer gesetzlichen Pflicht zurückzuführen ist;
- zwischen den einzelnen Einsätzen lediglich die sich aus der Natur des temporären Arbeitsverhältnisses ergebenden beschäftigungslosen Tage (oder Wochen) liegen.

Siehe auch 3.8.9 über die Kettenarbeitsverträge.

In der Praxis arbeiten die Gerichte für die Berechnung der Lohnfortzahlungspflicht mit Skalen. Die bekannteste ist die Berner Skala.

3

Die Berner Skala regelt die Lohnfortzahlung wie folgt:

Berner Skala	
Dauer des Arbeitsverhältnisses:	**Lohnanspruch:**
im 1. Jahr (über 3 Monate)	3 Wochen
im 2. Jahr	1 Monat
im 3. und 4. Jahr	2 Monate
im 5. bis 9. Jahr	3 Monate
im 10. bis 14. Jahr	4 Monate
im 15. bis 19. Jahr	5 Monate
im 20. bis 25. Jahr	6 Monate

Sie findet in sämtlichen – ausser den unten erwähnten – Kantonen Anwendung.

Die Basler Skala, die in Basel-Stadt und Basel-Landschaft angewendet wird, regelt die Lohnfortzahlung folgendermassen:

Basler Skala	
Dauer des Arbeitsverhältnisses:	**Lohnanspruch:**
im 1. Jahr (über 3 Monate)	3 Wochen
im 2. und 3. Jahr	2 Monate
vom 4. und 10. Jahr	3 Monate
vom 11. bis 15. Jahr	4 Monate
vom 16. bis 20. Jahr	5 Monate
ab 21. Jahr	6 Monate

Die Zürcher Skala, die in den Kantonen Zürich, Schaffhausen und Thurgau angewendet wird, regelt die Lohnfortzahlung wie folgt:

Zürcher Skala	
Dauer des Arbeitsverhältnisses:	**Lohnanspruch:**
im 1. Jahr (über 3 Monate)	3 Wochen
im 2. Jahr	8 Wochen
im 3. Jahr	9 Wochen
im 4. Jahr	10 Wochen usw. (nach oben offen)

3.8.17.2 GLEICHWERTIGE ANDERE LÖSUNG

Nach Artikel 324a Absatz 1 OR trifft die Arbeitgebenden grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht in der Lohnhöhe von 100 % für eine beschränkte Zeit. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann von den gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden, wenn sie für die Arbeitnehmenden mindestens gleichwertig ist. Grosszügigere Lösungen finden sich teilweise in allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen.

Ob Gleichwertigkeit vorliegt, entscheidet sich unter Würdigung aller Umstände, es kommt also auf die Gesamtheit der Leistungen an. So können Karenztage erlaubt sein, wenn dafür bei längerdauernder Krankheit wesentlich mehr geleistet wird, als das OR vorschreibt. Es ist den Parteien freigestellt, die Arbeitnehmenden gegenüber dem Gesetz schlechter zu stellen, wenn sie dafür bei langer Verhinderung in grösserem Masse zusätzliche Leistungen erhalten. So kann eine Lösung mit einer Taggeldversicherung gleichwertig sein, wenn die Arbeitnehmenden zwar einen tieferen Lohnausfall als 100 %, aber für eine längere Zeit bekommen, und damit ihren Unterhalt decken können.

In der Praxis wurde von Gerichten eine Lohnfortzahlung von 80 % während 720 Tagen und drei Karenztagen bei hälftiger Beteiligung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers an der Lohnfortzahlungsversicherung als gleichwertig akzeptiert.

Verleihbetriebe, die dem ave GAV PV unterstellt sind, haben ihre Arbeitnehmenden obligatorisch für ein Krankentaggeld bei einer Krankenkasse oder einer Versicherungsgesellschaft zu versichern. Die Leistungen betragen mindestens 80 Prozent des durchschnittlichen Lohns. Es kann eine Wartefrist von höchstens zwei Karenztagen vorgesehen werden.

Kommt der ave GAV PV nicht zur Anwendung, bleibt der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung grundsätzlich freiwillig. Die Arbeitgebenden können somit frei wählen, ob sie eine solche Versicherung nach dem KVG oder dem VVG abschliessen wollen. Je nachdem kommt für den Wechsel aus der kollektiven Versicherung in die Einzelversicherung der Versicherungsanstalt die Dreimonatsfrist nach Artikel 71 Absatz 2 KVG zur Anwendung, oder die Frist kann frei vereinbart werden, falls eine Taggeldversicherung nach VVG abgeschlossen wird.

3.8.17.3 REGELUNG BEI OBLIGATORISCHER VERSICHERUNG

Artikel 324b OR

[1] Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken.

[2] Sind die Versicherungsleistungen geringer, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten.

[3] Werden die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt, so hat der Arbeitgeber für diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohnes zu entrichten.

Unter diesen Artikel fallen die obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG, die EO bei Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst sowie die MV, jedoch nicht die IV. Die Leistung der obligatorischen Versicherung tritt an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden. Ist die Auszahlung der

Versicherung geringer als 80 %, so müssen die Arbeitgebenden die Differenz bis 80 % für die beschränkte Zeit nach Artikel 324a Absatz 1 OR nachzahlen.

Die SUVA erbringt in der Regel 80 % des versicherten Lohnes. Hingegen sind die Leistungen bei der EO oft tiefer. In der Praxis ist es üblich, den Arbeitnehmenden den vollen Lohn oder 80 % desselben sofort auszubezahlen, im Gegenzug erhalten die Arbeitgebenden die Leistung der EO für sich.

Die SUVA bezahlt erst vom dritten Tag nach dem Unfalltag an Taggeld. Infolge von Absatz 3 von Artikel 324b OR müssen die Arbeitgebenden für diese Karenztage 80 % des Lohnes bezahlen.

Hinweis:
Nach Artikel 3 der kantonalen LAMat sind Arbeitnehmerinnen von Arbeitgebenden mit Sitz im Kanton Genf diesem Gesetz unterstellt, falls sie auch der AHV unterstellt sind. Bei Betrieben, welche in mehreren Kantonen tätig sind, wird dabei darauf abgestellt, ob der Arbeitsvertrag mit der Arbeitnehmerin durch die Niederlassung im Kanton Genf abgeschlossen worden ist. Verleihbetriebe im Kanton Genf müssen deshalb für diese Mutterschaftsversicherung in der Lohnabrechnung Abzüge vorsehen.

3.8.18 UNFALLVERSICHERUNG

Nach Artikel 66 Absatz 1 Buchstabe o UVG in Verbindung mit Artikel 85 UVV müssen Temporär- und Leiharbeitsbetriebe ihre Arbeitnehmenden (die im Betrieb arbeitenden sowie die verliehenen) zwingend bei der SUVA obligatorisch gegen Unfall versichern, weil sonst ein durchgehender Versicherungsschutz beim gleichen Versicherungsunternehmen nicht möglich ist.

Damit die gesetzlich vorgesehene Versicherungsunterstellung sichergestellt ist, müssen die kantonalen AVG-Stellen von den erteilten Verleihbewilligungen jeweils eine Kopie an die SUVA-Agentur ihres Kantons weiterleiten. Sobald die SUVA die Bewilligungskopie erhält, wird sie den betreffenden Betrieb kontaktieren und die notwendigen Abklärungen durchführen. Konsequenterweise sind auch alle Verfügungen betreffend Bewilligungsänderungen, -aufhebungen, und -entzüge an dieselbe Stelle der SUVA zu übermitteln. An die Verleihbetriebe kann im Sinn einer Information das dem Rundschreiben 2004/21 beigelegte Merkblatt nach wie vor abgegeben werden, mit dem Hinweis, dass die Bewilligungserteilung automatisch der SUVA mitgeteilt wird.

Im Rahmen der Abklärung der SUVA-Unterstellung kann es vorkommen, dass Verleihbetriebe sich weigern, der SUVA gegenüber Angaben über ihre Verleihtätigkeit zu machen. In solchen Fällen kontaktiert die SUVA jeweils die kantonalen AVG-Vollzugsstellen und bittet diese, ihr die Statistikangaben über die Anzahl der geleisteten Einsatzstunden eines Betriebs zu liefern. Nach Artikel 34a Absatz 2 Buchstabe b AVG in Verbindung mit Artikel 32 Absatz 1 Buchstabe c ATSG besteht eine Rechtsgrundlage für eine solche Datenbekanntgabe an die SUVA.

Nach Artikel 13 Absatz 1 UVV sind Teilzeitbeschäftigte, deren wöchentliche Arbeitszeit mindestens 8 Stunden beträgt, auch gegen Nichtberufsunfälle versichert. Falls solche Personen diesen Wert nicht erreichen, gelten Unfälle auf dem Arbeitsweg nach Artikel 13 Absatz 2 UVV als Berufsunfälle.

Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten trägt der Arbeit gebende Betrieb (Art. 91 Abs. 1 UVG).

Die Prämie für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle gehen zulasten der Arbeitnehmenden. Abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmenden bleiben vorbehalten (Art. 91 Abs. 2 UVG).

Unfallverhütung

Nach Artikel 82 UVG ist die Unfallverhütung Aufgabe des Arbeit gebenden Betriebs. Aber nach Artikel 10 VUV hat der Einsatzbetrieb hinsichtlich der Arbeitssicherheit gegenüber den ausgeliehenen Arbeitnehmenden die gleichen Pflichten wie gegenüber den eigenen Arbeitnehmenden.

3.8.19 PENSIONSKASSENABZÜGE

Arbeitnehmende, die das 17. Altersjahr vollendet haben und bei einem Arbeit gebenden Betrieb einen Jahreslohn von mehr als 22'050 Franken (ab 2023) beziehen, unterstehen der obligatorischen Versicherung (Art. 2 Abs. 1 BVG). Arbeitnehmende mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten sind jedoch von der obligatorischen Versicherung ausgenommen (Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2).

Wird der Einsatz auf länger als drei Monate abgeschlossen, gilt die Versicherung nicht erst ab dem vierten Monat (Art. 10 Abs. 1 BVG), sondern beginnt mit dem Antritt des Arbeitsverhältnisses, d.h. mit dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis anfängt oder erstmals Lohnanspruch besteht, in jedem Fall aber im Zeitpunkt, in dem die Arbeitnehmenden sich auf den Weg zur Arbeit begeben (Art. 6 Abs. 1 BVV 2). Wird ein kürzer befristetes Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert, so gilt die Versicherung ab dem Zeitpunkt, in dem die Verlängerung vereinbart wurde (Art. 1k Bst. a BVV 2).

Nach Artikel 1k Buchstabe b BVV 2 sind Arbeitnehmende von Verleihbetrieben ebenfalls der Versicherung zu unterstellen, wenn mehrere aufeinanderfolgende Einsätze, die bei verschiedenen Einsatzbetrieben erfolgen können, zusammen drei Monate übersteigen und zwischen den Einsätzen kein Unterbruch vorliegt, der drei Monate übersteigt. In diesem Fall ist der Arbeitnehmende ab Beginn des insgesamt vierten Arbeitsmonats versichert; wird jedoch vor dem ersten Arbeitsantritt vereinbart, dass die Anstellungs- oder Einsatzdauer insgesamt drei Monate übersteigt, so ist der Arbeitnehmende ab Beginn des Arbeitsverhältnisses versichert.

Zu beachten ist, dass aufgrund von Artikel 31 Absatz 3 ave GAV PV Betriebe, die diesem unterstellt sind, alle Einsätze, die innerhalb von zwölf Monaten bei ihnen geleistet werden, zusammenzählen müssen, unabhängig davon, wie lange die Unterbrüche zwischen den Einsätzen gewesen sind. Die ave GAV PV-Regelung ist somit für die Arbeitnehmenden günstiger als die Regelung der BVV 2. Für den Versicherungsbeginn sind die Vorgaben von Artikel 31 Absatz 2 ave GAV PV zu beachten.

3.8.20 EXKURS: ÜBERSICHT ÜBER DIE OBLIGATORISCHEN SOZIALVERSICHERUNGEN FÜR ARBEITNEHMENDE

Vorbemerkung: Die nachfolgende Übersicht gibt hinsichtlich Fristen, Lohnhöhe, usw. die geltenden Ansätze wieder (Stand:1.1.2023). Anpassungen der rechtlichen Grundlagen sind immer möglich.

Tabelle 2: Allgemeines über die obligatorischen Sozialversicherungen	
AHVG / IVG / EOG	
BVG	
UVG	Die obligatorische Versicherung umfasst: → Für Arbeitnehmende, die mind. 8 Stunden pro Woche arbeiten: • Berufsunfälle (BU), • Berufskrankheiten (BK) und • Nichtberufsunfälle (NBU). (Art. 6, 7, 8, 9 UVG; Art. 13 Abs. 1 UVV) → Für Arbeitnehmende, die weniger als 8 Stunden pro Woche arbeiten: • Nur BU u. BK, nicht aber NBU. • Unfälle auf dem Arbeitsweg gelten dann aber als Berufsunfälle. (Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 UVG; Art. 13 Abs. 2 UVV) → Arbeitnehmende von Temporär- und Leiharbeitsbetrieben sind bei der SUVA obligatorisch zu versichern. (Art. 66 Abs. 1 Bst. o UVG)
AVIG	
KVG	Obligatorische Krankenpflegeversicherung (Art. 3–66 KVG) → Sie besteht unabhängig vom Abschluss eines Arbeitsvertrags. → Der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber obliegt weder Beitragsschuld noch Beitragspflicht. → Die Krankenkassenprämien sind lohnunabhängig. → Der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber obliegt die Pflicht, die Arbeitnehmenden schriftlich aufzufordern, das Ende des Arbeitsverhältnisses oder das Ausscheiden aus der NBU-Versicherung nach dem UVG seinem Krankenversicherer zu melden (Art. 10 Abs. 1 KVG). Freiwillige Taggeldversicherung (Art. 67–77 KVG) Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber kann für Arbeitnehmende eine Taggeldversicherung als Kollektivversicherung nach KVG abschliessen (soziale Taggeldversicherung), um ihre bzw. seine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht aus Art. 324a OR gleichwertig zu regeln. Sie bzw. er kann mit dem gleichen Ziel auch eine Taggeldversicherung nach dem Versicherungsvertragsgesetz abschliessen. Aber auch hier müssen die Pflichten nach Art. 324a OR erfüllt sein. Gemäss ave GAV PV muss eine solche Taggeldversicherung abgeschlossen werden.

Tabelle 3: Beitragspflicht	
AHVG / IVG / EOG	• Arbeitnehmende • Arbeitgebende • Ausnahmen: Befreiung von Beitragspflicht bei Arbeitnehmenden bis zum 31. Dez. des Jahres, an dem sie das 17. Altersjahr zurückgelegt haben. (Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a, 12 Abs. 2 AHVG; Art. 2 IVG; Art. 27 EOG)
BVG	• Arbeitnehmende • Arbeitgebende (Art. 66 Abs. 1 BVG)
UVG	• BU u. BK: Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber • NBU: Arbeitnehmende, aber nur für den Fall, dass er mindestens 8 Stunden pro Woche arbeitet (abweichende Vereinbarung mit den Arbeitgebenden zu Gunsten der Arbeitnehmenden jedoch möglich). (Art. 91 Abs. 1 u. 2 UVG)
AVIG	• Arbeitnehmende • Arbeitgebende (Art. 2 Abs. 1 AVIG)
KVG	Obl. Krankenpflegeversicherung: Versicherte Personen (Arbeitnehmende) (Art. 61 KVG)

Tabelle 4: Beitragsschuldner	
AHVG / IVG / EOG	Arbeitgebende (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 3 Abs. 2 IVG; Art. 27 Abs. 3 EOG)
BVG	Arbeitgebende (Art. 66 Abs. 2 BVG)
UVG	• BU u. BK: Arbeitgebende • NBU: Arbeitgebende, wenn die Arbeitnehmenden mindestens 8 Stunden pro Woche arbeiten (der Beitrag kann den Arbeitnehmenden vom Lohn abgezogen werden). (Art. 91 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 UVG; Art. 13 Abs. 2 UVV)
AVIG	Arbeitgebende (Art. 5 Abs. 1 AVIG)
KVG	Obl. Krankenpflegeversicherung: Versicherte Personen (Arbeitnehmende) (Art. 61 KVG)

Tabelle 5: Beginn der Beitragspflicht	
AHVG / IVG / EOG	Erwerbstätige ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres. (Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG; Art. 2 IVG; Art. 27 Abs. 1 EOG) Beginn: Ab dem ersten Arbeitstag, bei Lehrlingen ab dem 1. Januar des Jahres, an dem sie ihr 18. Altersjahr vollenden. (Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG).
BVG	Bei Antritt des Arbeitsverhältnisses, falls der Jahreslohn der Arbeitnehmenden mehr als 22 050 Franken (Mindestlohn) beträgt: • Für Tod/Invalidität ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres. • Für Alter ab dem 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres. (Art. 7 Abs. 1; Art. 10 Abs. 1 BVG) Voraussetzung: Arbeitsverhältnis ist unbefristet oder über drei Monate befristet. (Art. 1j Abs. 1 Bst. b BVV 2).
UVG	Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 1, Art. 91 UVG) Beginn: Am Tag des vereinbarten Arbeitsantrittes, in jedem Fall aber im Zeitpunkt, da sich die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer auf den Weg zur Arbeit begibt. (Art. 3 Abs. 1 UVG).
AVIG	Erwerbstätige ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres. (Art. 2 Abs. 1 Bst. a AVIG; Art. 3 Abs.1 u. 2 Bst. a AHVG) Beginn: Ab dem ersten Arbeitstag, bei Lehrlingen ab dem 1. Januar des Jahres, in welchem sie ihr 18. Altersjahr vollenden. (Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG).
KVG	Obl. Krankenpflegeversicherung • 3 Monate nach der Wohnsitznahme in der Schweiz. • Person, ohne Wohnsitz in der Schweiz, wenn: a. Sie sich längere Zeit in der Schweiz aufhält oder in der Schweiz tätig ist. b. Im Ausland von Arbeitgebenden mit einem Sitz in der Schweiz beschäftigt werden. (Art. 3 Abs. 1 u. 3 KVG)

Tabelle 6: Ende der Beitragspflicht	
AHVG / IVG / EOG	Grundsätzlich bei Beendigung der Erwerbstätigkeit, oder bei Nichterwerbstätigkeit im Zeitpunkt in dem der Anspruch auf eine Altersrente entsteht (am Ende des Monats, in dem das Rentenalter erreicht wird. (Art. 3 Abs. 1 AHVG; Art. 2 IVG; Art. 27 Abs. 1 EOG)
BVG	Auflösung des Arbeitsverhältnisses. • Zeitpunkt, an dem Anspruch auf Altersleistung entsteht. • Wenn der Mindestlohn unterschritten wird. Ausnahme: Sinkt der Jahreslohn vorübergehend wegen Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft oder aus ähnlichen Gründen, so behält der bisherige koordinierte Lohn mindestens solange Gültigkeit, als die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers nach Art. 324a OR bestehen würde oder ein Mutterschaftsurlaub nach Art. 329f OR dauert. Die versicherte Person kann jedoch die Herabsetzung des koordinierten Lohnes verlangen. (Art. 10 Abs. 2, Art. 8 Abs. 3 BVG)
UVG	Ende des Lohnanspruchs (Art. 3 Abs. 2 UVG, Art. 7 UVV)
AVIG	• Einstellung der unselbstständigen Tätigkeit. • Am Ende des Monats, in dem das Rentenalter erreicht wird. (Art. 2 Abs. 2 Bst. c, Art. 2 Abs. 2 Bst. a-e AVIG)
KVG	• Einstellung der unselbstständigen Tätigkeit. • Am Ende des Monats, in dem das Rentenalter erreicht wird. (Art. 5 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 KVG)

Tabelle 7: Beiträge	
AHVG / IVG / EOG	**AHV:** Arbeitgebende und Arbeitnehmende hälftig 8.7 %. (Art. 5 Abs. 1, Art. 13 AHVG) **IV:** Arbeitgebende und Arbeitnehmende hälftig 1.4 %. (Art. 3 Abs. 1 IVG) **EO:** Arbeitnehmende und Arbeitgebende hälftig 0,5 %. (Art. 27 Abs. 2 EOG; Art. 36 Abs. 1 EOV) Zurzeit beträgt der Beitragssatz AHV / IV / EO somit total 10.6 %. Die Arbeitgebenden ziehen die Hälfte des Beitrags (5,3 %) vom Lohn der Arbeitnehmenden ab und überweisen ihn zusammen mit ihrem Anteil (5,3 %) an die Ausgleichskasse.
BVG	Beiträge in Prozenten regelmässig abgestuft nach Alterskategorie von der Vorsorgeeinrichtung reglementarisch festgesetzt, wobei die Arbeitgebenden mindestens die Hälfte der gesamten Beiträge der Arbeitnehmenden zu übernehmen haben. (Art. 16 u. 66 Abs. 1 BVG)
UVG	Die Prämien werden von den Versicherungsunternehmen in Promille des versicherten Verdienstes festgesetzt. (Art. 92 Abs. 1 UVG)
AVIG	2,2 % des massgebenden Lohnes bis 148 200 Franken von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden hälftig getragen. (Art. 3 AVIG)

Tabelle 8: Versicherter Lohn	
AHVG / IVG / EOG	• Gesamter Bar- und Naturallohn. • Ausnahme: Beiträge aus massgebendem Lohn, der je 2 300 Franken im Kalenderjahr nicht übersteigt, werden nur auf Verlangen erhoben. (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs.1 u. 2 AHVG; Art. 7, Art. 34d AHVV; Art. 3 IVG; Art. 27 EOG)
BVG	Teil des Jahreslohnes zwischen 25 725 Franken und 88 200 Franken (koordinierter Lohn). Darüber hinaus überobligatorische Versicherung. Beträgt der koordinierte Lohn weniger als 3 555 Franken im Jahr, so muss er auf diesen Betrag aufgerundet werden. (Art. 8 Abs. 1 u. 2 BVG; Art. 5 BVV 2)
UVG	Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes beträgt 148 200 Franken pro Jahr bzw. 406 Franken pro Tag (versicherter Verdienst). (Art.15 UVG; Art. 22 UVV)
AVIG	Jahresplafonds: 148 200 Franken. Tagesplafonds: 406 Franken. (Art. 3 Abs.1, Art. 23 AVIG; Art. 15 UVG; Art. 22 UVV)

3.8.21 FAMILIENZULAGEN

Nach dem Familienzulagengesetz (FamZG) wird den Arbeitnehmenden pro Kind und pro Monat eine Mindestzulage ausgerichtet. Es wird zwischen einer Kinderzulage von mindestens 200 Franken für Kinder bis 16 Jahre und einer Ausbildungszulage von mindestens 250 Franken für Kinder in Ausbildung von 16 bis 25 Jahre differenziert.

Die Kantone können die Ansätze erhöhen sowie Geburts- und Adoptionszulagen einführen.

Für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft gilt eine Sonderregelung. Auf diese Arbeitskräfte ist das Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG) anwendbar.

Es obliegt den Arbeitgebenden, sich bei der zuständigen kantonalen Familienausgleichskasse über die Beitragspflicht und Beitragsschuld, Beginn und Ende der Beitragspflicht sowie der Beiträge zu informieren.

3.8.22 LOHNANSPRUCH BEI STREIK

Gegenüber streikendem Temporärpersonal entfällt die Lohnzahlungspflicht, da dieses seine arbeitsvertragsrechtlichen Pflichten verletzt. Mit anderen Worten werden streikende Temporärarbeitnehmende gleichbehandelt wie das streikende eigene Personal des Einsatzbetriebs.

Liegt bei leistungsbereiten Temporärangestellten ein Annahmeverzug durch den Verleihbetrieb vor? Ein Lohnanspruch der Temporärangestellten besteht nur gegenüber dem Verleihbetrieb als Arbeit gebender Betrieb. Der Verleihbetrieb haftet gestützt auf Lehre und Rechtsprechung auch für Verhinderungen, die unverschuldet und im weitesten Sinn der Risikosphäre des Arbeit gebenden Betriebs zuzuordnen sind. Streik kommt in der Schweiz zwar selten vor, ist aber denkbar und muss seitens des Verleihbetriebs in Kauf genommen werden. Angesichts dessen, dass das Bundesgericht unter bestimmten Bedingungen eine Lohnzahlungspflicht bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall bejaht hatte, muss der Verleihbetrieb die finanziellen Konsequenzen aus einem Streik im Einsatzbetrieb in Bezug auf die Temporärmitarbeitenden ebenfalls tragen (BGE 114 V 336 in JAR 1989 S. 257, E.5). Der vor der Arbeitsaufnahme abzuschliessende Einsatzvertrag regelt die Dauer eines befristeten Einsatzes und/oder die Kündigungsfrist. Bei befristeten Einsätzen besteht die Lohnzahlungspflicht des Verleihbetriebs als Arbeit gebender Betrieb im Streikfall somit bis zum Ablauf der befristeten Dauer des Einsatzes bzw. bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

3.8.23 ZUR GELTUNG VON GESAMTARBEITSVERTRÄGEN

Ave GAV gelten grundsätzlich für alle Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, hinsichtlich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen auch für Verleihbetriebe, die Arbeitnehmende in Branchen verleihen, die einem solchen ave GAV unterstellt sind. Weitergehend wird auf das Kapitel zu Artikel 20 AVG verwiesen.

Ave GAV gelten nach Artikel 357 Absatz 1 OR nur für die Beteiligten. Das sind:

– die Mitglieder der GAV-Parteien,

– durch formellen Anschluss nach Artikel 356c Absatz 1 OR oder durch Ausdehnungsklausel den Mitgliedern gleichgestellte Aussenseiterinnen und Aussenseiter.

3.8.24 NICHTIGE VEREINBARUNGEN (ART. 19 ABS. 5 AVG) UND KONKURRENZVERBOT

Nach Artikel 19 Absatz 5 Buchstabe a AVG sind Vereinbarungen nichtig, die von den Arbeitnehmenden Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte verlangen. Gestützt auf diese Vorschrift wird in der Praxis Verleihbetrieben, die ihren Arbeitnehmenden Wohnungen vermieten, untersagt, die Mieten direkt vom Lohn abzuziehen. Entsprechende Bestimmungen im Arbeitsvertrag sind nichtig. Zugelassen wird die Nebentätigkeit der Vermietung von Wohnungen nur, wenn der Mietvertrag unabhängig vom Arbeitsvertrag ist und die Miete nicht vom Lohn abgezogen wird.

Ebenfalls sind nach Artikel 19 Absatz 5 Buchstabe b AVG Vereinbarungen nichtig, die es den Arbeitnehmenden verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Arbeitsvertrags in den Einsatzbetrieb überzutreten. Es ist somit zulässig, ein Übertritt in den Einsatzbetrieb während der Dauer des Arbeitsvertrags auszuschliessen.

Innerhalb der Grenzen von Artikel 340 ff OR kann gegenüber verliehenen Arbeitnehmenden ein Konkurrenzverbot, wonach sie über einen anderen Verleihbetrieb beim bisherigen Einsatzbetrieb nicht arbeiten dürfen, auferlegt werden. Dieses ist nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu beschränken, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ausgeschlossen ist. Ein gültiges Konkurrenzverbot setzt voraus, dass

– der neue Arbeit gebende Betrieb in einer Wettbewerbssituation zum alten Arbeit gebenden Betrieb steht (Art. 340 Abs. 1 OR),

– die Arbeitnehmenden im Verlauf ihrer Tätigkeit besonderen Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse erhalten haben, und

– deren Verwendung beim neuen Arbeit gebenden Betrieb den früheren erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

Während die erste Voraussetzung beim Personalverleih in der Regel erfüllt ist, werden die beiden anderen Voraussetzungen bei einem Wechsel zu einem anderen Verleihbetrieb oft nicht vorliegen. Der Verleihbetrieb darf die Arbeitnehmenden nicht nur aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten oder den hohen Rekrutierungskosten an sich binden. Falls ein entsprechendes Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag vorgesehen ist, wird nach der langjährigen Vollzugspraxis auch immer verlangt, dass der Vorbehalt von Artikel 340 ff. OR ebenfalls wiedergegeben wird.

3.8.25 DIE UNGÜLTIGKEIT DES VERTRAGS BEI FEHLENDER BEWILLIGUNG (ART. 19 ABS. 6 AVG)

Nach Artikel 19 Absatz 6 AVG ist der Arbeitsvertrag ungültig, wenn er mit einem Verleihbetrieb abgeschlossen wird, der nicht im Besitz der erforderlichen Bewilligung ist. Damit soll der Verleihbetrieb keine Arbeitsleistung einfordern dürfen, wenn ihm die Bewilligung fehlt. Verwiesen wird dabei für die Ungültigkeitsfolgen auf Artikel 320 Absatz 3 OR. Danach sind die Arbeitnehmenden geschützt, die im berechtigten Vertrauen auf eine Entlohnung Arbeit leisten. Diese quasivertragliche Wirkung gilt aber nur solange, bis der Vertrag wegen Ungültigkeit aufgehoben wird. Die gutgläubigen Leiharbeitnehmenden haben danach die Möglichkeit, auf Ersatz des Schadens zu klagen. Der Schaden entspricht hier regelmässig dem für den gesamten Einsatz versprochenen Lohn abzüglich des Betrags, den sie durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen haben.

3.8.26 CHECKLISTE FÜR DIE PRÜFUNG VON ARBEITSVERTRÄGEN

Folgende Punkte sind bei der Gesuchsprüfung immer zu berücksichtigen. Sie können insbesondere bei der Temporärarbeit in unterschiedlichen Vertragsbestandteilen geregelt sein (z.B. die Punkte, die nur für den konkreten Einsatz Gültigkeit haben, im sog. Einsatzvertrag, und die weiteren Punkte, die immer Gültigkeit haben, im sog. Rahmenarbeitsvertrag).

Nach Artikel 19 Absatz 2 AVG sind folgende Punkte immer zu regeln:

- die Art der zu leistenden Arbeit;
- der Arbeitsort;
- der Beginn der Arbeit;
- die Dauer des Einsatzes oder/und die Kündigungsfristen;
- die Arbeitszeiten (durchschnittlicher Umfang);
- der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherungen in Prozenten;
- die Leistung bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien;
- die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen.

Die vorgenannten Punkte sind im Vertragstext immer festzuhalten. Für diese Punkte darf nicht auf separate Dokumente (in Papierform oder elektronisch hinterlegt) verwiesen werden.

3.8.27 GERICHTSSTAND

Gemäss Artikel 34 Absatz 1 ZPO gilt, dass für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig ist.

Absatz 2 dieser Bestimmung hält fest, dass für Klagen einer stellensuchenden Person sowie einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das AVG stützen, zusätzlich das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, zuständig ist.

Das bedeutet, dass für Klagen der Arbeitgebenden das Gericht am Ort des Wohnsitzes der Arbeitnehmenden (Art. 34 Abs. 1 ZPO) und **auch das Gericht am Ort, an dem die Arbeitnehmenden gewöhnlich ihre Arbeit verrichten,** also das Gericht des **Einsatzortes** (Art. 34 Abs. 1 ZPO) zuständig sind. **Hingegen kann der Verleihbetrieb nicht an seinem Geschäftssitz klagen.**

Aufgrund der gemachten Ausführungen können sinngemäss folgende Formulierungen als Hinweis auf Gerichtsstände in den Verträgen zugelassen werden:

Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder am Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Zusätzlich ist für verliehene Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihbetriebs, mit welchem der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, zuständig (Art. 34 Abs. 2 ZPO). Auf diese Gerichtsstände kann die arbeitnehmende Partei zum Voraus nicht verzichten (Art. 35 Abs. 1 Bst. d ZPO).

Falls die Arbeitnehmenden Wohnsitz im Ausland haben:

In diesem Fall kommen das Internationale Privatrecht und Staatsverträge zur Anwendung. In der Regel werden hier zwei Gerichtsstände zur Auswahl stehen. Gemäss Artikel 115 Absatz 1 IPRG muss gegen die Arbeitnehmenden entweder an ihrem Wohnsitz im Ausland oder am Gericht des Ortes, wo sie gewöhnlich ihre Arbeit verrichten, geklagt werden. Das bedeutet, dass gegen Arbeitnehmende, die gewöhnlich bei einem Einsatzbetrieb in der Schweiz arbeiten, an diesem Ort geklagt werden kann.

3.8.28 MUSTER FÜR EINEN ARBEITSVERTRAG

Musterverträge für den temporären Arbeitsvertrag, den Einsatzvertrag, den Leiharbeitsvertrag und den Zusatz zum Leiharbeitsvertrag finden sich im Internet unter www.arbeit.swiss.

Es handelt sich dabei um Muster, die möglichst viele Anwendungsfälle abdecken sollen. Im Einzelfall kann es sein, dass aufgrund rechtlicher Vorgaben von diesen Mustern abzuweichen ist.

Zulässig ist ebenfalls, einzelne Punkte, die im Musterrahmenarbeitsvertrag geregelt werden, im Einsatzvertrag zu regeln, namentlich, wenn sie von Einsatz zu Einsatz variieren können.

Wichtig:

Die Musterverträge sind nicht geeignet, um Betreuungsverhältnisse vertraglich zu regeln. Dies gilt insbesondere für Betriebe, deren Personal in Privathaushalten tätig ist und gleichzeitig vor Ort wohnt (s. 3.11.14).

3.8.28.1 HINWEIS ZUR TEMPORÄRARBEIT

Entsprechend dem vorübergehenden Charakter des temporären Arbeitsvertrags ist es empfehlenswert, zunächst einen sogenannten Rahmenarbeitsvertrag abzuschliessen, der die Arbeitsbedingungen für die daraus folgenden Arbeitseinsätze regelt. Die Einsatzverträge werden vor dem jeweiligen Einsatz abgeschlossen. Erst mit dem Abschluss des Einsatzvertrags kommt der temporäre Arbeitsvertrag (der sich aus Rahmenarbeitsvertrag und Einsatzvertrag zusammensetzt) zwischen dem Verleihbetrieb und der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer zustande.

3.8.28.2 HINWEIS ZUM VERTRAGSPUNKT «SOZIALLEISTUNGEN»

Bei Unfall, Krankheit, Militär- und Zivilschutz, sowie Schwangerschaft und Niederkunft sind im Mustervertrag lediglich die Minimalleistungen geregelt. Es empfiehlt sich, für den Krankheitsfall sowie bei Schwangerschaft und Niederkunft eine entsprechende Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Betriebe, die dem ave GAV PV unterstellt sind, sind zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung verpflichtet (Art. 29 ave GAV PV, s. Exkurs zum Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih, im Anschluss an Art. 20 AVG). Die Prämien können maximal zu 50 Prozent auf die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer abgewälzt werden.

3.8.28.3 HINWEIS ZUR LEIHARBEIT

Der Arbeitsvertrag wird auf eine von einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Die Arbeitnehmenden haben während der Vertragsdauer Anspruch auf Arbeit und Lohn, womit das Risiko für fehlende Einsätze beim Verleihbetrieb liegt. Der Zweck der Anstellung ist der Verleih an Einsatz-

betriebe. Die Arbeitnehmenden haben die Pflicht, ihnen zugewiesene Einsätze anzunehmen. Falls solche existieren, ist ein Einsatz in eigenen Betriebsstätten des Verleihbetriebs nicht ausgeschlossen. Diese Art des Verleihs wird oft, vor allem im Bau- und Montagegewerbe, als Regiearbeit bezeichnet.

3.8.28.4 HINWEIS ZUR GELEGENTLICHEN ÜBERLASSUNG

Der Einsatzvertrag kann ein Zusatz zum bestehenden Arbeitsvertrag sein. Er muss jedoch AVG-konform sein. Mit dem Einsatzvertrag können auch Bestimmungen des Arbeitsvertrags, die nicht AVG-konform sind, für die Dauer der Überlassung ausser Kraft gesetzt werden. Dies gilt insbesondere für ein allfälliges Konkurrenzverbot.

3.9 ARTIKEL 20 AVG ALLGEMEINVERBINDLICHE GESAMTARBEITSVERTRÄGE

3.9.1 DIE ZIELE VON ARTIKEL 20 AVG

Artikel 20 Absatz 1 AVG **verpflichtet den Verleihbetrieb,** gegenüber den Arbeitnehmenden die **Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen** (s. 3.9.3) eines ave GAV **einzuhalten,** wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Der Verleihbetrieb muss jedoch keinen ave GAV beachten, dem sich der Einsatzbetrieb freiwillig unterstellt hat.

Sieht der ave GAV einen **obligatorischen Beitrag an Weiterbildungs- und Vollzugskosten** vor, so gelten die entsprechenden Bestimmungen nach Artikel 20 Absatz 1 AVG auch für den Verleihbetrieb, wobei die Beiträge anteilsmässig nach Massgabe der Dauer des Einsatzes zu leisten sind. Sämtliche Verleihbetriebe, die dem GAV Personalverleih unterstellt sind, haben jedoch die Weiterbildungs- und Vollzugskostenbeiträge des GAV Personalverleih anstelle derjenigen des ave GAV, denen der Einsatzbetrieb untersteht, zu entrichten (s. auch SECO Information vom 23. Juli 2012 https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege/Personalverleih.html).

Untersteht ein Einsatzbetrieb einem ave GAV, der den **flexiblen Altersrücktritt** regelt, muss nach Artikel 20 Absatz 3 AVG der Verleihbetrieb gegenüber den Arbeitnehmenden diese Regelung ebenfalls einhalten.

Die darüberhinausgehenden Bestimmungen eines ave GAV sind für die im Einsatzbetrieb arbeitenden, verliehenen Arbeitnehmenden nicht anwendbar.

Unterliegen nur Teile des Einsatzbetriebs einem ave GAV, so hat der Verleihbetrieb diesen nur einzuhalten, wenn die Arbeitnehmenden in einen entsprechenden Betriebsteil verliehen werden.

Oft wird für die Geltung der ave GAV nach Berufsklassen unterschieden. Dies ist in der Regel wenig problematisch, stellen die GAV doch jeweils genaue Kriterien auf und muss die auszuführende Arbeit sowohl im Arbeits- wie auch im Verleihvertrag explizit definiert werden.

Als ave GAV gelten GAV, die der Bundesrat (für die ganze Schweiz oder mehrere Kantone) oder die ein Regierungsrat (für einen einzelnen Kanton) allgemeinverbindlich erklärt. Im letzteren Fall ist für die Inkraftsetzung eine Genehmigung des WBF nötig.

Wichtig:

Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für die Einhaltung des ave GAV PV (s. dazu auch Exkurs in 3.9.10). Der Wortlaut von Artikel 20 AVG betrifft nach dem Wortlaut nur die ave GAV, denen der Einsatzbetrieb untersteht. Aufgrund des Sinns und Zwecks von Artikel 20 AVG und dem Ziel des AVG, dem Arbeitnehmendenschutz, ist diese Regelung analog aber ebenso auf den ave GAV PV anzuwenden (falls der Verleihbetrieb diesem GAV untersteht). Dies bedeutet, dass bei wiederholten oder schwerwiegenden Verstössen gegen Artikel 20 AVG nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe b AVG auch ein Bewilligungsentzug möglich ist.

3.9.2 DER ZUSAMMENHANG VON ARTIKEL 19 ABSATZ 3 UND ARTIKEL 20 AVG

Sofern ein ave GAV für den Einsatzbetrieb besteht, ist der Verleihbetrieb auf jeden Fall verpflichtet, dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einzuhalten. Sollten die für die Arbeitnehmenden im zwingend vorgeschriebenen schriftlichen Einzelarbeitsvertrag günstiger sein, gehen diese Bestimmungen vor. Fehlt ein schriftlicher Einzelarbeitsvertrag, gehen für die Arbeitnehmenden günstigere mündliche Vereinbarungen oder günstigere orts- und berufsübliche Arbeitsbedingungen dem ave GAV jedoch in jedem Fall vor («Günstigkeitsprinzip»).

3.9.3 DIE LOHN- UND ARBEITSZEITBESTIMMUNGEN

3.9.3.1 FOLGENDE AVE GAV-LOHNBESTIMMUNGEN SIND NACH ARTIKEL 20 AVG BZW. ARTIKEL 48A ABSATZ 1 AVV EINZUHALTEN

Der Mindestlohn pro Stunde, Monat oder Akkordleistung, inkl. ave Erhöhungen der Mindest- und Effektivlöhne (bei ave GAV, die keinen Mindestlohn kennen, ist der Betriebsdurchschnittslohn einzuhalten);

Zu beachten ist:

1. Nur falls der ave GAV keinen Mindestlohn enthält, ist der Betriebsdurchschnittslohn einzuhalten.
2. Der ave GAV-Mindestlohn muss ohne Berücksichtigung eventueller Pauschalspesen eingehalten werden.
3. Über den Mindestlohn hinaus vergütete Spesen sind grundsätzlich in ihrer tatsächlichen Höhe zu berücksichtigen, sofern sie belegt werden können. Für temporäres Personal, das im Einsatzbetrieb (z.B. Büro, Werkstatt) arbeitet, fallen grundsätzlich keine Spesen an und es werden entsprechende Entschädigungen zum massgebenden Lohn hinzugezählt. Unkostenersatz wird ausschliesslich für Arbeitnehmende akzeptiert, die nicht am Ort des Einsatzbetriebs arbeiten, und zwar nur für die Fahrtkosten vom Einsatzbetrieb zum auswärtigen Arbeitsort sowie für die nicht am Ort des Einsatzbetriebs eingenommene Verpflegung.

Wichtig:

Die Mindestlöhne dürfen keinesfalls mittels Pauschalspesen unterschritten werden. Lohn und Spesen sind begrifflich klar auseinander zu halten. Das eine ist ein Entgelt für eine Arbeitsleistung, das andere eine Abgeltung von Unkosten. Eine Vermischung hätte für die einzelnen Arbeitnehmenden Kürzungen der Sozialleistungen zur Folge. Lohnbestimmungen sind Regelungen über:

- die Spesen;
- die Lohnzuschläge für Überstunden-, Schicht-, Akkord-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit;
- Erschwerniszuschläge;
- der Ferienlohn pro rata temporis;
- der 13. Monatslohn pro rata temporis;
- die bezahlten Feier- und Ruhetage;
- die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitsleistung, insbesondere infolge Krankheit, Unfall, Invalidität, Militär, Zivilschutz, Zivildienst, Schlechtwetter, Heirat, Geburt, Todesfall, Umzug, Pflege eines kranken Familienangehörigen (Art. 324a OR);
- der Prämienanteil an der Krankentaggeldversicherung im Sinn von Artikel 324a Absatz 4 OR.

Nicht im Lohnbegriff von Artikel 20 AVG beinhaltet sind hingegen GAV-Bestimmungen über die berufliche Vorsorge (2. Säule).

3.9.3.2 FOLGENDE AVE GAV-ARBEITSZEITBESTIMMUNGEN SIND NACH ARTIKEL 48A ABSATZ 2 AVV EINZUHALTEN

- die ordentliche Arbeitszeit;
- die 5-Tage-Woche;
- die Überstunden-, Nacht-, Sonntags- und Schichtarbeit;
- die Ferien-, Frei- und Feiertage;
- die Absenzen;
- die Ruhezeiten und Pausen;
- die Reise- und Wartezeiten.

3.9.4 WEITERBILDUNGS- UND VOLLZUGSKOSTENBEITRÄGE (ART. 48B AVV)

Sieht ein ave GAV einen Beitrag an Weiterbildungs- und Vollzugskosten vor, so entsteht eine Beitragspflicht ab dem ersten Arbeitstag.

Die Beiträge sind entsprechend der ave GAV-Regelung einzubezahlen und zu verwenden.

Verliehene Arbeitnehmende haben wie normale Branchenarbeitnehmende Anspruch auf:

- Besuch von Weiterbildungsveranstaltungen, die mit Hilfe der Beiträge angeboten werden.
- Zugang zu weiteren Leistungen, die aus dem Beitrag finanziert werden.

3.9.5 FLEXIBLER ALTERSRÜCKTRITT (ART. 48C AVV)

Sieht ein ave GAV eine Beitragspflicht für die Regelung des flexiblen Altersrücktritts vor, so entsteht die Beitragspflicht ab dem ersten Arbeitsvertrag für die Zeit, in der Arbeitnehmende im Geltungsbereich des GAV zum Einsatz kommen.

Ausgenommen bleiben Arbeitnehmende, die:

– das 28. Altersjahr noch nicht vollendet haben;
– sich in Ausbildung befinden, die nicht zu einem Beruf im Geltungsbereich des GAV führt; und
– deren Einsatz auf maximal drei Monate befristet ist.

Wichtig:

Diese Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein, damit ein Ausnahmefall vorliegt. Die Beiträge werden entsprechend der GAV-Regelung einbezahlt und verwendet.

3.9.6 DIE KONTROLLE DER EINHALTUNG EINES AVE GAV (ART. 20 AVG UND ART. 48D AVV)

3.9.6.1 DIE KONTROLLE

Die Kontrolle der Einhaltung von Artikel 20 AVG obliegt den in den ave GAV vorgesehenen Kontrollorganen. Für die Kontrolle von Verleihbetrieben ist jedoch nach Artikel 32 GAV Personalverleih grundsätzlich die Schweizerische Paritätische Berufskommission Personalverleih (SPKP) zuständig. Sie kann nach Artikel 34 GAV Personalverleih die Kontrollkompetenz an das jeweilige Branchenvollzugsorgan eines andern ave GAV delegieren.

Die GAV-Kontrollorgane müssen bei Kontrollen den Verleihbetrieb gleich behandeln wie brancheninterne Arbeitgebende. Die Kontrolle ist dem Verleihbetrieb in einem vernünftigen Zeitrahmen (z.B. etwa 3 Wochen) voranzukündigen (Art. 48d Abs. 2 AVV).

Dabei sollten die Personen, welche die Kontrolle durchführen werden, dem Verleihbetrieb bekannt gegeben werden. Auch sollte angegeben werden, auf welchen ave GAV die Kontrolle sich beziehen wird. Anlässlich der Kontrolle sollten sich die Kontrolleurinnen und Kontrolleure ausweisen können (durch Ankündigungsschreiben der Kontrolle, durch Visitenkarten der Sozialpartner).

Die Kontrollierenden sind der Schweigepflicht von Artikel 34 AVG unterstellt.

Falls für die Kontrolle durch das GAV-Kontrollorgan ein Treuhandbüro oder andere Personen (z.B. eine Rechtsanwältin bzw. ein Rechtsanwalt) beauftragt werden, dürfen diese dem GAV-Kontrollorgan die Namen der verliehenen Arbeitnehmenden bekannt geben. Diese Kontrollstellen sind ebenfalls der Schweigepflicht nach Artikel 34 AVG unterstellt.

Die Verleihbetriebe müssen die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen erst ab Datum der Inkraftsetzung der AVE einhalten (d.h. es gibt keine Rückwirkung auf das Datum des GAV-Vertragsschlusses).

Massgebend für die Geltung der Bestimmungen, Ansätze, usw. des GAV ist grundsätzlich der Einsatzort, nicht der Sitz des Verleihbetriebs.

Damit die Verleihbetriebe, die in verschiedenen Branchen mit verschiedenen ave GAV aktiv sind, nicht unverhältnismässig oft kontrolliert werden, wird empfohlen, dass sich die GAV-Kontrollorgane und die Verleihbetriebe absprechen und die Kontrollen koordinieren.

Wichtig:

Aufgrund von Artikel 48d Absatz 4 AVV kann ein Verleihbetrieb bei der für die AVE zuständigen kantonalen Behörde die Kontrolle durch ein besonderes, von den GAV-Parteien unabhängiges Kontrollorgan

verlangen. Artikel 6 AVEG gilt sinngemäss. Die zuständige kantonale Behörde bestimmt Gegenstand und Umfang der Kontrolle nach Anhörung der GAV-Parteien und des Verleihbetriebs. In einem solchen Fall gehen die Kontrollkosten jedoch in der Regel zu Lasten des Verleihbetriebs, und dies auch, wenn keine Verfehlungen festgestellt werden.

Problemfall:

Was ist zu tun, falls der Verleihbetrieb keine Kontrollen durch ein ave GAV-Kontrollorgan zulässt oder auch nicht eine Kontrolle durch ein unabhängiges Kontrollorgan beantragt?

Ohne entsprechende Kontrollmöglichkeit kann der Verleihbetrieb keine Gewähr mehr dafür bieten, dass er eine fachgerechte Verleihtätigkeit im Sinn von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b AVG ausübt. Dies ist jedoch eine Bewilligungsvoraussetzung.

Nach Artikel 16 Absatz 2 AVG setzt die kantonale Behörde mittels Verfügung eine Frist, innerhalb welcher eine Kontrolle durch das ave-GAV-Kontrollorgan zuzulassen ist oder die Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan geltend gemacht werden muss. Falls der Verleihbetrieb weiterhin eine Kontrolle verweigert, und auch keine Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan beantragt, aber auch nicht gegen die erlassene Verfügung Beschwerde führt, kann ihm in der Folge die Verleihbewilligung nach Artikel 16 AVG entzogen werden.

3.9.6.2 DIE FOLGEN EINER KONTROLLE

Die GAV-Kontrollorgane sind nach Artikel 20 Absatz 2 AVG berechtigt, wenn sie nicht bloss geringfügige Verfehlungen feststellen:

– nach Massgabe des GAV eine Konventionalstrafe aufzuerlegen;

– die Kontrollkosten ganz oder teilweise aufzuerlegen.

Die ave-GAV-Kontrollorgane sind verpflichtet, dem kantonalen Arbeitsamt nicht geringfügige Verstösse eines Verleihbetriebs zu melden. Der kantonalen AVG-Behörde ist es in der Folge vorbehalten, das Ergreifen von Verwaltungssanktionen ins Auge zu fassen.

Selbstverständlich bleibt es den GAV-Kontrollorganen unbenommen, gegen einen fehlbaren Verleihbetrieb Strafanzeige zu erheben (bezüglich Strafkatalog s. Art. 39 AVG).

3.9.7 DER DATENAUSTAUSCH ZWISCHEN GAV-KONTROLLORGAN UND AVG-BEHÖRDE

Nach Artikel 20 Absatz 2 AVG muss das GAV-Kontrollorgan, wenn nicht geringfügige Verstösse festgestellt wurden, dem kantonalen Arbeitsamt darüber Meldung erstatten.

Umgekehrt ergibt sich für die AVG-Behörden weder aus dem AVG (Art. 34a) noch aus dem DSG eine Pflicht, Daten über Verleihbetriebe automatisch und systematisch an die GAV-Kontrollorgane bekannt zu geben.

Nach den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen muss auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten werden: Es darf nur bekannt gegeben werden, was für die Aufgabenerfüllung der GAV-Kontrollorgane notwendig ist.

Zusätzlich dürfen besonders schützenswerte Personendaten, wie beispielsweise der angedrohte Bewilligungsentzug, nicht bekannt gegeben werden, da hierfür keine gesetzliche Grundlage besteht.

Dies wäre nur zulässig, wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder sie ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

Fazit: Die AVG-Behörden dürfen somit bloss in Einzelfällen und auf Anfrage hin Daten an die GAV-Kontrollorgane bekannt geben, wenn es für deren Kontrollen erforderlich und üblich ist und es sich dabei nicht um besonders schützenswerte Daten handelt.

3.9.8 DIE RECHENSCHAFTS- UND BERICHTSPFLICHT (ART. 48E AVV)

Die paritätischen Organe des ave-GAV müssen gegenüber dem SECO jederzeit Rechenschaft leisten bezüglich:

- der Weiterbildung von verliehenen Arbeitnehmenden;
- der Anwendung von Vorruhestandsregelungen auf verliehene Arbeitnehmende;
- der Verhängung von Kontrollkosten und Konventionalstrafen gegenüber fehlbaren Verleihbetrieben.

Sie haben dem SECO diesbezüglich jährlich Bericht zu erstatten. Den Verbänden der Verleihbranche sind diese Berichte offen zu legen.

3.9.9 WELCHER AVE GAV IST ANWENDBAR BEI WECHSEL DES EINSATZORTES?

Regelfall:

Grundsätzlich ist derjenige ave GAV anwendbar, der am Einsatzort (=Arbeitsort) gilt. Da der Einsatzort (=Arbeitsort) sowohl im Arbeitsvertrag als auch im Verleihvertrag schriftlich festgehalten werden muss (Art. 19 Abs. 2 Bst. b und Art. 22 Abs. 1 Bst. c AVG), sollte dies in der Praxis kein grosses Problem darstellen. Der Sitz des Verleihbetriebs hat für die Frage, welcher ave GAV anwendbar ist, keine Bedeutung. Der Sitz des Einsatzbetriebs ist ebenfalls nicht relevant, da dies zu folgenden unbefriedigenden Resultaten führen würde:

Erstens gäbe es so eine Ungleichbehandlung gegenüber den aus dem Ausland in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden. Für diese gilt der am Ort der Arbeitsleistung gültige ave GAV.

Zweitens könnte, wenn nur am Arbeitsort, nicht aber am Ort des Einsatzbetriebs ein ave GAV besteht, dieser nicht auf die verliehenen Arbeitnehmenden angewendet werden.

Welcher ave GAV gilt, wenn die Arbeitnehmenden den Arbeitsort wiederholt in rascher Folge wechseln?

Es kann vorkommen, wie z.B. in der Region Basel, dass aufgrund der zahlreichen kantonalen ave GAV auf engstem geografischem Raum Arbeitnehmende bei einem mehrmaligen raschen Wechsel des Arbeitsorts (z.B. wenn sie für einen Malerbetrieb tätig sind, der an mehreren Orten kurze Aufträge erledigt) in den Anwendungsbereich von mehreren ave GAV fallen.

a. Es gibt einen Hauptarbeitsort

Zu denken ist etwa an den Fall einer Leiharbeitnehmerin bzw. eines Leiharbeitnehmers, die bzw. der für eine bestimmte Baustelle vorgesehen ist, jedoch vom Einsatzbetrieb tage- oder stundenweise an einem anderen Arbeitsort eingesetzt wird. Dieser Fall ist vergleichbar mit einer Entsendung, wobei der Arbeitsort an der Hauptbaustelle als Herkunftsort zu betrachten ist. Diesfalls gilt, was für Entsendungen

innerhalb der Schweiz seit dem revidierten BGBM Praxis ist: nur wenn am Entsendeort (dem anderen Arbeitsort) ein ave GAV existiert, der deutlich höhere Mindeststandards enthält als derjenige am Herkunftsort (Hauptarbeitsort), gilt das Vorortsprinzip. Das bedeutet, dass der ave GAV am Entsendeort nur insoweit zu beachten ist, als er z.B. deutlich höhere Mindestlöhne oder vorteilhaftere Arbeitszeitbestimmungen enthält, als der ave GAV am Herkunftsort. Hinsichtlich der Bestimmungen über Beiträge für Vollzug, Weiterbildung und FAR gilt im Fall einer solchen Entsendung aber in jedem Fall der ave GAV am Herkunftsort (Hauptarbeitsort).

b. Es gibt keinen Hauptarbeitsort

Wenn es nicht möglich ist, bei entliehenen Arbeitnehmenden, die vom Einsatzbetrieb an verschiedenen Orten mit jeweils anderen ave GAV eingesetzt werden, einen Hauptarbeitsort zu bezeichnen, so ist der erste im Vertrag aufgeführte Arbeitsort zur Bestimmung des anwendbaren ave GAV massgebend.

Fallbeispiel:

Der Einsatzbetrieb hat seinen Sitz in Basel-Stadt, die Leiharbeitnehmenden kommen hauptsächlich im Kanton Basel-Landschaft zum Einsatz, vereinzelt arbeiten sie auch im Kanton Aargau.

Hier ist grundsätzlich der ave GAV im Kanton BL anwendbar, da der Einsatzbetrieb die Leiharbeitnehmenden hauptsächlich dort einsetzt. Nur wenn der im Kanton AG geltende ave GAV für die Arbeitnehmenden deutlich bessere Bedingungen (insbesondere deutlich höhere Mindestlöhne oder deutlich vorteilhaftere Arbeitszeitbestimmungen) enthalten würde, müsste den Leiharbeitnehmenden für die Zeit des Einsatzes im Kanton AG z.B. der für diesen Kanton gültige Mindestlohn bezahlt werden.

Diese Regel gilt auch für den Fall, dass die Arbeitnehmenden zwischenzeitlich in einem Gebiet ohne ave GAV zum Einsatz kommen. Auch für diese Zeit bleibt der ave GAV BL anwendbar.

Umgekehrt würde z.B., falls der Kanton BL keinen ave GAV kennt, der Kanton AG aber schon, dieser GAV während den Einsätzen im Kanton AG auf die verliehenen Arbeitnehmenden anzuwenden sein, da er für sie zwangsläufig deutlich besser ist.

3.9.10 EXKURS: GESAMTARBEITSVERTRAG PERSONALVERLEIH (GAV PV)

Der Bundesrat hat am 13. Dezember 2011 den GAV PV allgemein verbindlich erklärt. Seither wurde die AVE mehrmals geändert und verlängert. Mit dem Beschluss vom 29. März 2016 wurde der Geltungsbereich der AVE geändert.

Betrieblicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung

Die AVE gilt für alle Betriebe, die:

a. Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Verleihbewilligung sind und

b. deren Hauptaktivität der Personalverleih ist.

Für die Bestimmung der Hauptaktivität wird in der Praxis auf den Handelsregistereintrag abgestellt. Geht die Haupttätigkeit daraus nicht eindeutig hervor, oder bestehen diesbezüglich Zweifel wird das Erscheinungsbild der Firmenwebseite herangezogen. Ergibt sich darauf immer noch kein eindeutiges Resultat, kann die Paritätische Kommission für den ave GAV PV eine Unterstellungskontrolle anordnen.

Persönlicher Geltungsbereich

Ausgenommen sind Arbeitnehmende mit Löhnen über dem maximal versicherten Verdienst nach SUVA (148 200 Franken) und Arbeitnehmende, die in der Landwirtschaft bei Engpässen verliehen werden (Art. 2 Abs. 3 BRB vom 29. März 2016).

Die Geltung des ave GAV PV, falls für den Einsatzbetrieb ein anderer GAV gilt (gemäss Art. 3 ave GAV PV)

Grundsatz

Der ave GAV PV gilt auch dort, wo für den Einsatzbetrieb ein anderer GAV oder ein ave GAV gilt (Abs. 1).

Aber:

- Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen nach Artikel 20 AVG und Artikel 48a AVV von im Einsatzbetrieb geltenden ave GAV, oder nicht ave GAV gemäss Anhang 1 des ave GAV PV gehen dabei den entsprechenden Bestimmungen des ave GAV PV vor. Dies gilt ebenso für Bestimmungen über den flexiblen Altersrücktritt in einem ave GAV (Art. 3, Abs. 1 ave GAV PV).
- Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung, berufliche Vorsorge und Beiträge für Vollzug und Weiterbildung eines andern ave GAV gehen dem ave GAV PV nur vor, wenn sie für die Arbeitnehmenden gleichwertig oder besser sind (Art. 3, Abs. 2 ave GAV PV). Ansonsten gilt der ave GAV PV (bezüglich Weiterbildungs- und Vollzugskosten s. auch 3.9.1, zweiter Absatz).
- In Einsatzbetrieben mit nicht ave GAV, die nicht im Anhang 1 des ave GAV PV aufgelistet sind, gelten vollumfänglich die Bestimmungen des ave GAV PV (Art. 3, Abs. 3 erster Satz ave GAV PV).
- Für Betriebe der chemisch-pharmazeutischen Industrie, der Maschinenindustrie, der grafischen Industrie, der Uhrenindustrie, der Nahrungs- und Genussmittelindustrie sowie für Betriebe des öffentlichen Verkehrs sind die Mindestlohnbestimmungen des ave GAV PV ausgenommen, weil in diesen Branchen die orts- und berufsüblichen Löhne höher sind (Art. 3, Abs. 3 ave GAV PV).
- Bezüglich Kontrollen s. auch 3.9.6.1, erster Absatz.

Die Wortlaute der verschiedenen BRB über die AVE des GAV PV und der ave GAV PV selber finden sich auf der SECO-Seite.

3.10 ARTIKEL 21 AVG AUSLÄNDISCHE ARBEITNEHMENDE IN DER SCHWEIZ

3.10.1 WELCHE AUSLÄNDISCHEN ARBEITNEHMENDEN DÜRFEN VERLIEHEN WERDEN?

Nach Artikel 21 AVG darf ein Verleihbetrieb in der Schweiz nur Ausländerinnen und Ausländer anstellen, welche zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind.

Bei der Anstellung von neu zuziehenden ausländischen Arbeitnehmenden durch einen Verleihbetrieb ist zwischen Arbeitskräften aus den EU-/EFTA-Staaten und Drittstaaten zu unterscheiden.

3.10.1.1 DER VERLEIH VON NEU ZUZIEHENDEN EU/EFTA-STAATSANGEHÖRIGEN

Der Verleih von EU/EFTA-Staatsangehörigen wurde in der gemeinsamen Weisung von SECO und SEM vom 1. Juli 2008 über die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und der Änderung des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih zum ersten Mal geregelt und wird in 3.10.4 behandelt.

3.10.1.2 DER VERLEIH VON NEU ZUZIEHENDEN DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN

Drittstaatsangehörige dürfen grundsätzlich nur verliehen werden, wenn diese sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit sowie zum Berufs- und Stellenwechsel gemäss Artikel 21 AVG berechtigt sind. Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligungen sind in der Regel nicht zum Stellenwechsel berechtigt, dieser ist bewilligungspflichtig und kann nur unter gewissen Voraussetzungen erfolgen (Art. 55 VZAE).

Im Grundsatz gilt demnach, dass Drittstaatsangehörige nicht zum Personalverleih in die Schweiz einreisen dürfen und den Verleihbetrieben für neu zuziehende Drittstaatsangehörige auch keine erstmaligen Arbeitsbewilligungen für Einsätze bei Einsatzbetrieben erteilt werden.

3.10.2 WANN DÜRFEN AUSNAHMSWEISE NEU ZUZIEHENDE DRITTSTAATSANGEHÖRIGE DOCH VERLIEHEN WERDEN?

3.10.2.1 AUSNAHMEREGELUNG

Bei neu zuziehenden Drittstaatsangehörigen kann in begründeten Fällen ausnahmsweise dann vom Grundsatz gemäss 3.10.1.2 abgewichen werden, wenn dies arbeitsmarktlich als zweckmässig erscheint. Dazu müssen die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen nach Artikel 83 VZAE erfüllt sein.

a) Arbeitsmarktliche Voraussetzungen

Aufgrund von Artikel 83 VZAE müssen auch für die Einsätze im Personalverleih die allgemeinen arbeitsmarktlichen Voraussetzungen von Artikel 18 bis 26 AIG erfüllt sein: gesamtwirtschaftliches Interesse, Vorrang der inländischen und EU/EFTA Arbeitnehmenden, orts- und berufsübliche Arbeitsbedingungen, persönliche Voraussetzungen wie berufliche Qualifikationen und die Voraussetzung einer bedarfsgerechten Wohnung. Zu diesem Zweck klärt die zuständige kantonale Behörde ab, ob die notwendigen Suchbemühungen erfolgt sind, die offene Stelle mit inländischen Bewerbern bzw. solchen aus EU/EFTA-Staaten zu besetzen.

Einsätze im Rahmen eines Personalverleihs können ausschliesslich mit Kurzaufenthaltsbewilligungen bis vier Monate gemäss Artikel 19 Absatz 4 Buchstabe a VZAE geregelt werden. Bei voraussehbar länger dauernden Projekten, respektive ausserordentlichen Aufgaben, ist auch eine Regelung mit einer kontingentierten Kurzaufenthaltsbewilligungen nach Artikel 19 Absatz 1 VZAE möglich (Zweistufiges Zustimmungsverfahren Kanton-Bund).

Massgebend sind daneben die Bestimmungen über die Verleihtätigkeit im AVG (Art. 18–22). Es muss insbesondere ein schriftlicher Arbeitsvertrag, dessen Inhalt die Anforderungen von Artikel 19 AVG sowie die Bestimmungen des Obligationenrechts und der Zivilprozessordnung erfüllt, und ein schriftlicher Verleihvertrag gemäss Artikel 22 AVG vorliegen. Untersteht ein Einsatzbetrieb einem ave GAV, muss der Verleihbetrieb gegenüber den Arbeitnehmenden die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV einhalten. Erfüllt der Verleihbetrieb und seine Arbeitnehmenden die Voraussetzungen des ave GAV PV, kommen diese Bestimmungen zur Anwendung, ausser die Regelungen im Arbeitsvertrag sind für die Arbeitnehmenden günstiger.

b) Besondere Umstände

Für eine Ausnahmebewilligung bei der Einreise zum Personalverleih muss die Gesuchstellerin bzw. der Gesuchsteller zusätzlich nachweisen:

1. das besondere wirtschaftliche bzw. betriebliche Interesse an der vorübergehenden Beschäftigung der neu zuziehenden Drittstaatsangehörigen in einem bestimmten Projekt; und
2. die besonderen Umstände, die einen Personalverleih für ein bestimmtes Projekt notwendig machen (d.h. es ist klar und ausführlich anzugeben, wieso eine befristete Anstellung durch den Einsatzbetrieb selbst nicht möglich ist).

3.10.2.2 WAS MUSS IN DEN AUSNAHMEFÄLLEN BEACHTET WERDEN?

In der Regel handelt es sich dabei um befristete Projekte. Deshalb muss zwischen dem Verleihbetrieb und der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag vorliegen, der die gesamte Projektdauer abdeckt.

Informationen zu Sonderfällen wie dem Wechsel des Projekts oder des Verleihbetriebs etc. sind in 4.8.4.3.3 der Weisungen AIG zu finden. Auskünfte hierzu erteilt das SEM bzw. die kantonale Arbeitsmarktbehörde.

3.10.2.3 DER VERLEIH VON DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN, DIE SICH BEREITS IN DER SCHWEIZ AUFHALTEN

Ein Verleihbetrieb darf Drittstaatenangehörige in der Schweiz grundsätzlich nur anstellen, wenn diese sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit sowie zum Berufs- und Stellenwechsel berechtigt sind. Kurzaufenthalterinnen und Kurzaufenthalter sind in der Regel nicht zum Stellenwechsel berechtigt.

Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer sowie vorläufig aufgenommene Flüchtlinge (Ausweis F) können bewilligungsfrei verliehen werden. Die Erwerbstätigkeit muss jedoch bei der zuständigen kantonalen Amtsstelle gemeldet werden (Art. 85a AIG). Asylsuchende (Ausweis N) und Schutzbedürftige (Ausweis S) können nur verliehen werden, wenn die Voraussetzungen für eine Erwerbstätigkeit erfüllt und die zuständige kantonale Behörde dazu die Bewilligung erteilt hat. Jeder Verleiheinsatz muss neu bewilligt werden. Die Bestimmungen zur Erwerbstätigkeit von Personen aus dem Asylbereich sind in 4.8.5 der Weisungen AIG zu finden.

Verleihbetriebe, welche den ausländerrechtlichen Bestimmungen zuwiderhandeln, machen sich nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 3 AVG, sowie Artikel 116 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 117 Absatz 1 AIG strafbar.

3.10.2.4 WER IST ZUSTÄNDIG FÜR DIE EINHOLUNG UND DIE ERTEILUNG DER ARBEITS- UND AUFENTHALTSBEWILLIGUNG BEI DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN?

Das Gesuch um Erteilung einer Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung wird in der Regel vom Verleihbetrieb (Arbeit gebender Betrieb) im Auftrag des Einsatzbetriebs eingereicht. Für den arbeitsmarktlichen Vorentscheid ist derjenige Kanton zuständig, in welchem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Weicht der Einsatzkanton vom Sitzkanton des Verleihbetriebs ab, so ist für die arbeitsmarktliche Prüfung der Einsatzkanton zuständig. Die Verfügung der Arbeitsmarktbehörde nennt sowohl den Verleih- wie auch den Einsatzbetrieb; sie wird der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller zugestellt. Die Zusicherung

der Aufenthaltsbewilligung (bzw. das Visum bei visumpflichtigen Personen) sowie der Ausländerausweis werden von der Ausländerbehörde des zukünftigen Wohnsitzkantons der Arbeitnehmenden ausgestellt. Im Ausländerausweis wird der Einsatzbetrieb als Arbeit gebender Betrieb aufgeführt.

Es wird auf 4.8.4.3 und insbesondere 4.8.4.4 der Weisungen AIG, 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, verwiesen.

3.10.3 UNTERSTELLUNG UNTER DIE SOZIALVERSICHERUNGEN

Das Schweizer Sozialversicherungsrecht ist nicht immer anwendbar auf Arbeitnehmende, die grenzüberschreitend tätig sind. In der Schweiz sind die AHV-Ausgleichskassen bezüglich des Entscheids der Unterstellung unter das Sozialversicherungsrecht für alle Branchen zuständig.

3.10.4 EXKURS: DIE FOLGEN DES ABKOMMENS ÜBER DEN FREIEN PERSONENVERKEHR MIT DER EU UND DER ÄNDERUNG DES EFTA-ABKOMMENS AUF VERMITTLUNG UND VERLEIH

Dieser Exkurs behandelt die Folgen des FZA und des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih. Er findet Anwendung auf:

- Staatsangehörige der EU: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Malta und Zypern.
- Staatsangehörige von Kroatien, welches am 1. Juli 2013 der EU beigetreten ist. Das FZA wurde am 1. Januar 2017 auf Kroatien ausgedehnt. Die Übergangsphase gegenüber Kroatien läuft bis Ende 2026 (siehe auch 3.10.4.2).
- Staatsangehörige der EFTA: Norwegen, Island und Liechtenstein.
- Das FZA ist seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr auf das Vereinigte Königreich (UK) anwendbar. Die Rechte von Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs, welche diese gestützt auf das FZA bis am 31. Dezember 2020 erworben haben, bleiben durch das Abkommen vom 25. Februar 2019 über die erworbenen Rechte der Bürgerinnen und Bürger geschützt. Nur diese britischen Staatsangehörigen mit erworbenen Rechten sind EU/EFTA-Staatsangehörigen gleichzusetzen.

3.10.4.1 DIE ZULASSUNG VON VERMITTLUNGS- UND VERLEIHBETRIEBEN MIT SITZ IN EINEM EU/EFTA-MITGLIEDSSTAAT

Im FZA ist auch eine Teilliberalisierung des Dienstleistungsverkehrs vorgesehen. Die private Arbeitsvermittlung und der Personalverleih wurden jedoch explizit ausgeschlossen (Art. 22 Abs. 3, Anhang I FZA). Somit können sich Vermittlungs- und Verleihbetriebe aus der EU/EFTA grundsätzlich in der Schweiz weiterhin nicht frei betätigen. Der Personalverleih aus dem Ausland bleibt damit gemäss Artikel 12 Absatz 2 AVG verboten.

Wichtig:

Adressaten von Artikel 22 Absatz 3 Anhang I FZA sind jedoch nur die Vermittlungs- und Verleihbetriebe im EU/EFTA-Raum, die Arbeitnehmende in die Schweiz vermitteln oder verleihen

wollen. EU/ EFTA-Staatsangehörigen kann gestützt darauf – auch für die erstmalige Zulassung zum Arbeitsmarkt – die Zulassung auf den inländischen Arbeitsmarkt, d.h. die Anstellung bei einem in der Schweiz ansässigen Verleihbetrieb, nicht verwehrt werden. Deren Zulassung richtet sich nach den nachfolgenden Ausführungen.

3.10.4.2 DIE ZULASSUNG VON EU/EFTA-STAATSANGEHÖRIGEN ALS ARBEITNEHMENDE EINES VERMITTLUNGS- ODER VERLEIHBETRIEBS

Grundsätzliches:

Gemäss FZA dürfen EU/EFTA-Arbeitnehmende gegenüber Schweizer Arbeitnehmenden vorbehältlich der Übergangsbestimmungen (Art. 10 FZA) hinsichtlich der Lebens-, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht diskriminiert werden.

EU/EFTA-Staatsangehörige dürfen gemäss den folgenden Bestimmungen angestellt werden:

EU/EFTA-Staatsangehörige

– EU/EFTA-Staatsangehörige, die eine Anstellung in der Schweiz vorweisen können, erhalten einen Aufenthaltstitel. Die Aufenthaltsbewilligung B und die Kurzaufenthaltsbewilligung L berechtigen EU/EFTA-Staatsangehörige grundsätzlich zum Stellen- und Berufswechsel und sind in der gesamten Schweiz gültig (berufliche und geographische Mobilität). Es gilt somit grundsätzlich die volle Personenfreizügigkeit. In Bezug auf die Kurzaufenthaltsbewilligungen L bestehen jedoch Einschränkungen (s. 3.10.4.3. c).

Kroatien

– Für kroatische Staatsangehörige gelten bis 2026 Übergangsbestimmungen (Art. 10 FZA). Falls die Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Bundesrat die Ventilklausel bis Ende 2026 aktivieren. Im Rahmen der Ventilklausel würden für die Zulassung von kroatischen Erwerbstätigen in der Schweiz Kontingente für Kurzaufenthaltsbewilligungen (Ausweis L EU/EFTA) und Aufenthaltsbewilligungen (Ausweis B EU/EFTA) gelten. Während der Ventilklausel können neu einreisende kroatische Staatsangehörige nur verliehen werden unter der Voraussetzung, dass Kontingente zur Verfügung stehen. Ist die Ventilklausel anwendbar, so ist vor Beginn der Erwerbstätigkeit ein arbeitsmarktlicher Entscheid für Bewilligungen notwendig, sofern diese der Kontingentierung unterliegen.

– Wird die Ventilklausel hingegen nicht angerufen, so sind kroatische Staatsangehörige den übrigen EU/EFTA-Staatsangehörigen vollständig gleichgestellt.

3.10.4.3 AUSWIRKUNG DES ABKOMMENS IN BEZUG AUF VERMITTLUNGS- UND VERLEIHBETRIEBE

a) Zulassung von neu zuziehenden EU/EFTA-Staatsangehörigen, die um eine Aufenthaltsbewilligung ersuchen müssen.

Nach Artikel 4 FZA haben Arbeitnehmende aus dem EU/EFTA-Raum Anspruch auf eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen nach Artikel 10 FZA sowie Anhang I FZA. Für EU/EFTA-Staatsangehörige genügt der Nachweis einer Anstellung in der Schweiz, um den nötigen Aufenthaltstitel (Aufenthaltsbewilligung) zu erhalten. Für kroatische Staatsangehörige siehe 3.10.4.2.

b) Bedeutung des Abkommens für Artikel 21 AVG

Nach Artikel 21 AVG darf ein Verleihbetrieb in der Schweiz nur Ausländerinnen und Ausländer anstellen, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind. Ausnahmen sind jedoch möglich, wenn besondere wirtschaftliche Gründe dies rechtfertigen.

Aufgrund des FZA haben alle EU/EFTA-Staatsangehörige freien Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt. Alle EU/EFTA-Staatsangehörige erfüllen grundsätzlich die Voraussetzung der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und zum Berufs- und Stellenwechsel nach Artikel 21 AVG. Für kroatische Staatsangehörige siehe 3.10.4.2.

c) Arten von EU/EFTA-Bewilligungen

- Ausweis C EU/EFTA (Niederlassungsbewilligung)

  Das FZA sieht dafür keine Bestimmungen vor. Die Erteilung richtet sich deshalb weiterhin nach AIG und den bilateralen Niederlassungsvereinbarungen der Schweiz. Die Niederlassungsbewilligung EU/EFTA ist unbefristet und darf nicht an Bedingungen geknüpft werden.

- Ausweis B EU/EFTA (Aufenthaltsbewilligung)

  Diese hat eine Gültigkeitsdauer von 5 Jahren und wird bei überjährigen oder unbefristeten Arbeitsverträgen erteilt. Die Inhaberinnen und Inhaber sind zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt.

- Ausweis L EU/EFTA (Kurzaufenthaltsbewilligung)

  Diese wird für Arbeitsverträge erteilt, die mindestens 3 Monate und höchstens 1 Jahr (364 Tage) dauern. Die Inhaberinnen und Inhaber sind nur innerhalb der Gültigkeitsdauer der Bewilligung zum Verleih zugelassen. Bei Verlängerung des Einsatzes muss die Bewilligung erneuert oder verlängert werden.

  Wichtig:

  – Ein Verleihbetrieb, der EU-/EFTA-Staatsangehörige, die über einen Ausweis L EU/EFTA verfügen, verleihen will, benötigt in jedem Fall eine eidgenössische Bewilligung.

  – Ebenfalls als grenzüberschreitender Verleih, der eine eidgenössische Verleihbewilligung erforderlich macht, gilt der Verleih von EU/EFTA-Staatsangehörigen, die bereits im Besitz einer Kurzaufenthaltsbewilligung L EU/EFTA sind. Zwar haben solche EU/EFTA-Staatsangehörige grundsätzlich einen Anspruch auf Verlängerung ihres Ausweises L bis max. 364 Tage, dennoch wird der ursprüngliche Ausweis nur für die Dauer des Einsatzes resp. Arbeitsvertrags ausgestellt. Somit sind diese EU/EFTA-Staatsangehörigen nur für diese Dauer auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen. Falls der Ausweis verlängert werden soll, sind diese EU/EFTA-Staatsangehörigen somit wieder so zu betrachten, wie wenn sie sich im Ausland befinden und für die Verlängerung noch nicht auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind.

  – Ob es sich beim fraglichen Arbeit gebenden Betrieb um einen Verleihbetrieb handelt, kann in der Regel anhand des Internetauftritts und des Handelsregistereintrags des Arbeit gebenden Betriebs ermittelt werden. Auch aus den eingereichten Verträgen lässt sich ein Verleihverhältnis in aller Regel eruieren.

– In der vom SECO geführten Datenbank VZAVG http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis sind sämtliche bewilligten Personalverleihbetriebe enthalten. Auf dieser Seite kann mit einigen wenigen Klicks ausfindig gemacht werden, ob der Verleihbetrieb über die erforderlichen Bewilligungen verfügt. Ein Betrieb verfügt über eine eidgenössische Verleihbewilligung, wenn im Verzeichnis auf seiner Seite der Hinweis «CH-Ausl.-CH» erscheint.

– Sollte sich herausstellen, dass es sich um einen Verleihbetrieb handelt, der nicht im Besitz einer eidgenössischen Bewilligung ist, darf die Aufenthaltsbewilligung nicht erteilt werden und die kantonale AVG-Vollzugsstelle oder das SECO ist zu informieren.

- Ausweis G EU/EFTA (Grenzgängerbewilligung)

  Grenzgängerinnen und Grenzgänger der EU/EFTA-Mitgliedstaaten geniessen die vollumfängliche geographische Mobilität und unterstehen somit nicht mehr der Grenzzonenregelung.

d) Wie ist die Regelung für EU/EFTA-Staatsangehörige, die maximal drei Monate in der Schweiz arbeiten werden?

Arbeitnehmende mit EU/EFTA-Staatsangehörigkeit, die einen Arbeitsvertrag mit einer Dauer bis zu drei Monaten vorlegen können, benötigen keine Aufenthaltsbewilligung. Für diese Personen besteht aber eine Meldepflicht. Bei einer Verlängerung des Vertrags gelten die Bestimmungen von Anhang 3 Meldung und Bewilligung der Weisungen zur Verordnung über den freien Personenverkehr, VFP.

Die Meldung, die in jedem Fall vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit zu erfolgen hat, kann online auf der SEM-Homepage vorgenommen werden. Die Meldung der Arbeitnehmenden hat durch den Arbeit gebenden Betrieb in der Schweiz zu erfolgen. Als Arbeitsort ist in der Meldung der übliche Einsatzort anzugeben.

Wichtig:

Auch der Verleih und die Vermittlung von Personen, die nur der Meldepflicht unterstehen, gilt als grenzüberschreitender Verleih bzw. Auslandsvermittlung, für welche der Betrieb eine eidgenössische Bewilligung benötigt.

e) Besonderheit für Personen, die als verantwortliche Personen bewilligt werden

Im Fall von verantwortlichen Personen muss grundsätzlich ein unbefristetes oder mindestens langfristiges Arbeitsverhältnis vorausgesetzt werden, damit ein fachgerechtes Funktionieren des Betriebs im Sinn von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b und 13 Absatz 2 Buchstabe b AVG gewährleistet werden kann. Somit können Personen mit einem Ausweis L (Kurzaufenthalt) nicht als verantwortliche Personen bewilligt werden. Personen mit einem Ausweis G EU/EFTA (Grenzgänger), die fünf Jahre gültig ist, können als verantwortliche Personen grundsätzlich zugelassen werden. Wollen sie jedoch bloss eine Einzelunternehmung gründen, sind sie nicht zu bewilligen, denn eine Einzelunternehmung kann weder betreibungsrechtlich noch strafrechtlich ins Recht gefasst werden.

Es gilt weiter zu beachten, dass die Ehefrau, der Ehemann und die Kinder von EU/EFTA-Staatsangehörigen, die im Rahmen des Familiennachzugs eingereist sind, unabhängig von ihrer Nationalität das Recht haben, in der ganzen Schweiz und in der Branche ihrer Wahl einer Arbeit nachzugehen oder sich selbstständig zu machen. Artikel 4 FZA sieht vor, dass das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit vorbehaltlich von Artikel 10 FZA (Übergangsbestimmungen)

nach Massgabe des Anhangs I FZA eingeräumt wird. Keinen Anspruch auf eine Arbeitsbewilligung haben hingegen die im Familiennachzug eingereisten Angehörigen in aufsteigender Linie (Eltern und Grosseltern).

Daraus folgt, dass Personen, die unabhängig von ihrer Nationalität von ihrem Recht auf Familiennachzug Gebrauch machen und in die Schweiz einreisen, dazu berechtigt sind, einer Arbeit nachzugehen oder sich selbstständig zu machen. Diese Personen sind ebenfalls als verantwortliche Personen zuzulassen.

f) Wer muss das Gesuch für die Aufenthaltsbewilligung einreichen?

- EU/EFTA-Mitgliedstaaten

  Mit dem Wegfall der arbeitsmarktlichen Kontrollen genügt für EU/EFTA-Staatsangehörige die Vorlage einer Arbeitsbescheinigung des Arbeit gebenden Betriebs zur Einreichung des Gesuchs (Art. 6 Abs. 3 Bst. b Anhang I FZA). Die Behördenorganisation und die Verfahrensabläufe sind Angelegenheit der Kantone.

  Bei Abweisung des Gesuches steht den Arbeitnehmenden der Rechtsweg offen. Alle Kantone verfügen grundsätzlich nach ihren jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetzen über einen kantonalen Instanzenzug. Soweit ein Anspruch auf ein im FZA geregeltes Aufenthaltsrecht besteht, ist auch eine Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht und eine öffentlich-rechtliche Beschwerde an das Bundesgericht möglich.

- Kroatien

  Aufgrund der Übergangsbestimmungen können kroatische Staatsangehörige in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen, auch im Verleih, sofern keine inländischen Arbeitnehmende verfügbar sind, die orts- und branchenüblichen Arbeits- und Lohnbedingungen eingehalten werden und die Kontingente nicht ausgeschöpft sind.

  Damit diese drei Bedingungen im Fall eines Einsatzes auch tatsächlich kontrolliert werden können, muss der Verleihbetrieb (Arbeit gebender Betrieb) den Antrag auf Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung stellen. Die zuständige Behörde wird die Einhaltung des Inländervorrangs und der üblichen Arbeits- und Lohnbedingungen nur kontrollieren können, wenn das für den Einsatz verantwortliche Unternehmen zu diesem Zeitpunkt bekannt ist.

  Nach Erhalt der Bewilligung sind die EU-Staatsangehörigen im Rahmen der jeweiligen Bewilligung zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt (die Daueraufenthalter während fünf Jahren und die Kurzaufenthalter während maximal 364 Tagen). Für kroatische Staatsangehörige siehe 3.10.4.2.

3.10.4.4 DER VERLEIH AN AUSLÄNDISCHE DIENSTLEISTUNGSERBRINGENDE

Das FZA und das EntsG erlauben nur die Dienstleistungserbringung mittels eigenen Arbeitnehmenden. Der Einsatz von entliehenen Arbeitnehmenden ist somit nicht erlaubt. Ein ausländisches Unternehmen, welches in der Schweiz eine Dienstleistung in Form eines Auftrages, Werkvertrags o.ä. erbringt, dazu jedoch nicht über genügend eigene Arbeitskräfte verfügt, darf das fehlende Personal nicht bei einem ausländischen oder inländischen Verleihbetrieb entleihen.

Dies gilt auch für den Fall, dass die Arbeitnehmenden von einem Verleihbetrieb aus dem Fürstentum Liechtenstein entliehen werden, der grundsätzlich im Besitz der Verleihbewilligung für die Schweiz ist. In dieser Konstellation handelt es sich nicht um einen direkten Verleih in die Schweiz durch den liechtensteinischen Verleihbetrieb, sondern um eine Entsendung von fremden Mitarbeitenden, die vom Freizügigkeitsabkommen und dem Entsendegesetz nicht erfasst sind.

Verboten ist insbesondere der Verleih an ausländische Dienstleistungserbringende, um damit die 90-Tage-Beschränkung im FZA zu umgehen. Es ist nicht zulässig, Entsandte aus der EU nach Ablauf der 90-Tage durch einen Verleihbetrieb in der Schweiz anzustellen und an Dienstleistungserbringende aus der EU/EFTA zu entleihen, um dieselbe Arbeit weiterzuführen. Deshalb kommen grundsätzlich die beiden Verfahren (Meldung und Bewilligung) für die gleiche Person nicht gleichzeitig oder aufeinanderfolgend im selben Kalenderjahr zur Anwendung (siehe Anhang 3 Meldung und Bewilligung der VFP).

3.10.4.5 DIE AUSWIRKUNG DES FZA AUF EU/EFTA-STAATSANGEHÖRIGE, DIE IN DER SCHWEIZ EINEN VERMITTLUNGS- ODER VERLEIHBETRIEB GRÜNDEN WOLLEN

EU/EFTA-Staatsangehörige können in der Schweiz einen Vermittlungs- und Verleihbetrieb gründen. Der Nationalitätenvorbehalt in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a und 13 Absatz 2 Buchstabe a AVG ist gegenüber EU/EFTA-Staatsangehörigen aufgehoben.

Können solche Personen den zuständigen Behörden nachweisen, dass sie sich zum Zweck der selbstständigen Tätigkeit niedergelassen haben oder sich niederlassen wollen, erhalten sie eine Aufenthaltsbewilligung B EU/EFTA oder, sofern sie ihren Wohnsitz im Ausland beibehalten, eine Grenzgängerbewilligung G EU/EFTA, die beide fünf Jahre gültig sind.

Damit sie den Nachweis in Bezug auf eine selbstständige Vermittlungs- oder/und Verleihtätigkeit erbringen können, bedürfen sie einer Vermittlungs- oder Verleihbewilligung. Im Rahmen des Gesuchsverfahrens für eine solche Bewilligung müssen sie nachweisen, dass sie genau gleich wie eine Inländerin oder ein Inländer die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, insbesondere die persönlichen Voraussetzungen nach Artikel 3 Absatz 2 oder 13 Absatz 2 AVG. Damit sie für eine fachgerechte Vermittlung oder einen fachgerechten Verleih Gewähr bieten können, müssen insbesondere auch die Voraussetzungen von Artikel 9 und 33 AVV erfüllt sein. Die in diesen Artikeln geforderte mehrjährige Berufserfahrung muss dabei einen Bezug zum schweizerischen Vermittlungs- oder Verleihrecht oder zum schweizerischen Arbeitsmarkt aufweisen. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

Für den Verleih von selbstständig Erwerbenden sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese nach der Praxis zu Artikel 12 AVG einen solchen Betrieb zwar selbst führen dürfen, sich selbst jedoch nur verleihen können, falls sie eine Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit gründen, mit welcher sie einen Arbeitsvertrag abschliessen.

3.10.4.6 MASSNAHMEN ZUR VERHINDERUNG VON MISSBRÄUCHEN

Für einen ausgewogenen Arbeitsmarkt in der Schweiz ist es bedeutend, dass die Bestimmungen über den Schutz der Arbeitnehmenden für alle gleich gelten, unabhängig von deren Herkunft und der Dauer ihrer Beschäftigung in der Schweiz. Um diesen Schutz sicherzustellen und einem Lohndumping vorzubeugen, hat das Parlament flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit beschlossen, vorerst zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA und später auch bei seiner Erweiterung.

Im Jahr 2002 wurden drei Massnahmen beschlossen: die Bestimmung minimaler Arbeits- und Lohnbedingungen für entsandte Arbeitskräfte, d.h. Personen, die von Unternehmen mit Sitz im Ausland für

einen begrenzten Zeitraum zum Arbeiten in die Schweiz entsandt werden; die Möglichkeit, in Fällen von Missbräuchen, die in GAV enthaltenen Bestimmungen über Lohn und Arbeitszeit unter erleichterten Voraussetzungen allgemeinverbindlich zu erklären; die Möglichkeit Minimallöhne mittels Normalarbeitsverträgen festzulegen. Zur Umsetzung der flankierenden Massnahmen haben sowohl Bund als auch Kantone sogenannte tripartite Kommissionen ins Leben gerufen. Diese setzen sich zusammen aus Vertreterinnen und Vertretern von Bund bzw. der Kantone, Arbeitnehmenden- und Arbeitgebendenorganisationen. Ihre Aufgabe ist es, den Arbeitsmarkt zu beobachten, Lohndumping festzustellen und den zuständigen politischen Behörden entsprechende Gegenmassnahmen vorzuschlagen.

Mit der Ausdehnung des Übereinkommens wurden auch neue Massnahmen ergriffen betreffend die Ausführung und Umsetzung des EntsG, die Verpflichtung der Kantone, über eine genügende Anzahl Inspektorinnen und Inspektoren zu verfügen, die Ausdehnung bestimmter Bestimmungen der GAV auf die Arbeitsvermittlungsunternehmen, die weitere Vereinfachung der Bedingungen für die Ausdehnung der Gesamtarbeitsverträge, die Verpflichtung der Arbeitgebebenden, den Arbeitnehmenden schriftlich über die wichtigsten Punkte des Arbeitsvertrags zu informieren, sowie die Möglichkeit des Bundesamtes für Statistik, den tripartiten Kommissionen bestimmte Informationen zu übermitteln.

Die im Rahmen des Personalverleihs abgeschlossenen Einsatzverträge sind in der Regel zeitlich befristet und von unterjähriger Dauer. Das kann in seltenen Fällen auch bei kurzfristigen Leiharbeitsverträgen vorkommen. Geht aus dem Gesuch hervor, dass der Verleihbetrieb seine Arbeitnehmenden für eine erstmalige Gültigkeitsdauer von maximal drei Monaten verleihen will, findet zunächst das Meldeverfahren Anwendung. Wenn der Verleihbetrieb seine Arbeitnehmenden für mehr als drei Monate und maximal für ein Jahr verleihen will, dürfen die zuständigen kantonalen Behörden keine Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B EU/EFTA) erteilen. Den Arbeitnehmenden darf nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung (Ausweis L EU/EFTA) begrenzt auf die Gültigkeitsdauer ihrer Einsätze ausgestellt werden (siehe Rundschreiben des SECO und des SEM vom 4. März 2011 zur Umsetzung des Massnahmenpakets vom 24. Februar 2010).

Massgebend für die Wahl des zu befolgenden Verfahrens ist somit die Gültigkeitsdauer des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleihbetrieb und den Arbeitnehmenden. Die tatsächliche Dauer des Arbeitsvertrags ergibt sich immer aus dem konkreten Einsatzvertrag und nicht aus dem Rahmenarbeitsvertrag.

3.10.4.7 AUFGRUND WELCHER RECHTSGRUNDLAGE WIRD VOM EU/EFTA-STAATSANGEHÖRIGE ANSTELLENDEN VERLEIHBETRIEB EINE EIDGENÖSSISCHE VERLEIHBEWILLIGUNG VERLANGT?

Personalverleihbetriebe, welche sich grenzüberschreitend betätigen wollen, benötigen eine eidgenössische Bewilligung, und zwar nicht nur für den Verleih ins Ausland, sondern auch vom Ausland in die Schweiz, worunter die Rekrutierung von Ausländerinnen und Ausländer im Ausland zum Zweck des Verleihs in der Schweiz verstanden wird. Diese Regelung besteht seit vielen Jahren.

Bei der Erarbeitung der gesetzlichen Grundlagen ist die gesetzgebende Gewalt seinerzeit davon ausgegangen, dass grundsätzlich nur der grenzüberschreitende Verleih in Richtung Ausland erlaubt sein soll. In der umgekehrten Richtung ging sie davon aus, dass dies nur sehr begrenzt möglich sein werde, nämlich nur in den Fällen, in welchen den ausländischen Arbeitnehmenden der Stellen- und Berufswechsel im Sinn von Artikel 21 AVG erlaubt würde. Artikel 21 AVG lag dabei die Auffassung zugrunde, dass ausländische Personen grundsätzlich nicht zum Personalverleih in die Schweiz einreisen dürfen (s. Botschaft zum revidierten AVG vom 27. November 1985, AS 85.069, S. 61).

In der Praxis erfolgte seit Inkrafttreten der Revision auf den 1. Juli 1991 zugunsten der Verleihbetriebe und strenggenommen in Abweichung der gesetzlichen Bestimmungen und den Absichten

der gesetzgebenden Gewalt eine gewisse Öffnung des Verleihs vom Ausland in die Schweiz. Verlangt wurde aber immer, dass Verleihbetriebe, die im Ausland Arbeitnehmende zum Verleih in der Schweiz rekrutieren wollen, zusätzlich eine Auslandverleihbewilligung beantragen müssen. Diese Regelung gründet auf der Botschaft zum revidierten AVG. Darin findet sich auf Seite 54 folgender Wortlaut: «Absatz 2 verlangt für den Personalverleih ins Ausland neben der kantonalen Bewilligung zusätzlich eine Bewilligung des Bundes. Diese Regelung ergibt sich aus denselben Gründen, die schon bei der privaten Arbeitsvermittlung genannt wurden (vgl. Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3).» Und diese Erläuterungen lauten auf Seite 42 wie folgt: «Die Absätze 3 und 4 regeln die Auslandvermittlung. Als solche gelten alle Vermittlungsformen nach den Absätzen 1 und 2, wenn die Tätigkeit entweder grenzüberschreitend ist oder in die Schweiz eingereiste Ausländerinnen und Ausländer erfasst, die – im Unterschied zu Aufenthalterinnen und Aufenthaltern und Niedergelassenen – nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind.»

Demnach werden seit jeher Personalverleihbetriebe, die grenzüberschreitend tätig werden wollen, gleichbehandelt wie private Arbeitsvermittlungsbetriebe, die grenzüberschreitend tätig sind. Entgegen des unklaren Wortlauts von Artikel 12 Absatz 2 des Gesetzes selbst, wurde für die grenzüberschreitende Verleihtätigkeit deshalb immer auch eine eidgenössische Bewilligung gefordert. Ebenfalls wird von solchen Personalverleihbetrieben entgegen des unklaren Wortlauts von Artikel 6 GebV-AVG immer verlangt, dass sie ebenso wie Betriebe, die Personal ins Ausland verleihen, die Kaution um 50 000 Franken erhöhen müssen. Die Kaution für den Auslandverleih muss höher sein, als diejenige für den Binnenverleih, da ein grösseres Risiko im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr besteht. Eine Andersbehandlung von Betrieben, die Personal im Ausland zum Zweck des Verleihs in der Schweiz rekrutieren, zu Betrieben, die Personal ins Ausland verleihen, würde keinen Sinn ergeben.

Wichtig:

Als Verleih und Vermittlung von neuzuziehenden Ausländerinnen und Ausländern und somit grenzüberschreitenden Verleih und Auslandsvermittlung, für welche neben der kantonalen auch eine eidgenössische Bewilligung nötig ist, gilt auch der Verleih bzw. die Vermittlung von EU/EFTA-Staatsangehörigen, die für weniger als drei Monate angestellt werden und die demnach keine Aufenthaltsbewilligung benötigen, sondern für die nur eine Meldepflicht besteht.

Ebenfalls als grenzüberschreitender Verleih und Auslandsvermittlung, die eine eidgenössische Bewilligung erforderlich machen, gelten der Verleih und die Vermittlung von EU/EFTA-Staatsangehörigen, die bereits im Besitz eines Ausweises L EU/EFTA sind. Zwar haben solche EU/EFTA-Staatsangehörigen grundsätzlich einen Anspruch auf Verlängerung ihres Ausweises L bis maximal 364 Tage, dennoch wird die ursprüngliche Bewilligung nur für die Dauer des Einsatzes resp. Arbeitsvertrags erteilt und somit sind diese EU/EFTA-Staatsangehörigen nur für diese Dauer auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen. Falls die Bewilligung verlängert werden soll, sind sie somit wieder so zu betrachten, wie wenn sie sich im Ausland befinden und für die Verlängerung noch nicht auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind. Somit benötigen Verleih- und Vermittlungsbetriebe, die solche Perso-nen für die Verlängerungsdauer anstellen oder vermitteln wollen, neben der kantonalen auch eine eidgenössische Bewilligung.

3.10.4.8 WELCHE RECHTSFOLGE TRITT EIN, WENN EIN VERLEIHBETRIEB OHNE EIDGENÖSSISCHE VERLEIHBEWILLIGUNG EU/EFTA-STAATSANGEHÖRIGE ANSTELLT?

Verleihbetriebe, die neu zuziehende Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz verleihen wollen, benötigen eine eidgenössische Verleihbewilligung, welche durch das SECO erteilt wird. Falls ein Verleihbetrieb diese Bewilligung nicht besitzt, ist nach Artikel 19 Absatz 6 AVG der Arbeitsvertrag ungültig. Da in einem solchen Fall kein gültiges Arbeitsverhältnis im Sinn von Artikel 6 Anhang I des FZA

zustande gekommen ist, darf den Arbeitnehmenden durch die zuständigen Migrationsbehörden auch keine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden.

Die Kantone stellen sicher, dass die zuständigen kantonalen Behörden im Fall des Personalverleihs vor Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bei der AVG-Behörde abklären, ob der fragliche Verleihbetrieb überhaupt im Besitz einer eidgenössischen Verleihbewilligung ist.

3.11 ARTIKEL 22 AVG VERLEIHVERTRAG (ART. 50 AVV)

3.11.1 ALLGEMEINES

Der schriftliche Verleihvertrag muss grundsätzlich vor der Arbeitsaufnahme vorliegen. Einzige Ausnahme bildet die zeitliche Dringlichkeit der Arbeitsaufnahme, welche einen schriftlichen Vertragsschluss nicht mehr zulässt. In diesem Fall ist der Vertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt schriftlich abzufassen.

Der Verleihvertrag muss von beiden Parteien (Verleih- und Einsatzbetrieb) unterzeichnet werden. Es genügt nicht, dass der Verleihbetrieb dem Einsatzbetrieb die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eine Einsatzbestätigung lediglich zur Kenntnis zukommen lässt. Artikel 22 Absatz 1 AVG verlangt vielmehr, dass der vollständige Vertrag gegengezeichnet wird. Dabei können allgemeine Geschäftsbedingungen einen Bestandteil des Vertrags bilden.

Es braucht nicht pro eingesetzte Person einen Verleihvertrag, der den Bedarf des Einsatzbetriebs nach Dauer und Umfang konkretisiert. Werden innerhalb des vertraglich definierten Rahmens Arbeitnehmende ausgewechselt, ist kein neuer Vertrag abzuschliessen.

Die Pflicht, einen Verleihvertrag abzuschliessen, gilt für jeden Verleihbetrieb unabhängig von seiner Bewilligungspflicht. Das heisst, Verleihverträge sind grundsätzlich nicht nur beim gewerbsmässigen Verleih, sondern auch beim gelegentlichen Überlassen von Arbeitskräften abzuschliessen. Diese Form von Personalverleih kann im Fall von Firmen auftreten, die es bei vorübergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten vorziehen, Arbeitnehmende, die sie im Moment nicht mehr beschäftigen können, zwischenzeitlich einer anderen Firma zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, um so Kurzarbeit oder Entlassungen zu vermeiden.

Jede Zweigniederlassung, die eine Verleihtätigkeit ausübt und zu diesem Zweck Arbeitnehmende anstellt, muss selber mit dem Einsatzbetrieb einen Verleihvertrag abschliessen. Der Verleihvertrag darf nicht durch den Hauptsitz abgeschlossen werden (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Mai 2016 im Fall XY AG gegen SECO, B-434/2015).

3.11.2 ENTSCHÄDIGUNGSVEREINBARUNGEN BEI ÜBERTRITT DES ARBEITNEHMENDEN IN DEN EINSATZBETRIEB (ART. 22 ABS. 2–4 AVG)

Artikel 22 Absatz 2 AVG verbietet Vereinbarungen, die den Einsatzbetrieb daran hindern, nach Ablauf des Verleihvertrags mit den verliehenen Arbeitnehmenden einen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Diese Norm entspricht dem in Artikel 19 Absatz 5 AVG statuierten Grundsatz der Nichtigkeit von Vereinbarungen, welche das wirtschaftliche Fortkommen der Arbeitnehmenden nach Ablauf des Verleihvertrags verhindern.

Dem Verleihbetrieb steht hingegen die Möglichkeit offen, vom Einsatzbetrieb eine Entschädigung zu verlangen, wenn der Einsatz weniger als drei Monate gedauert hat und die Arbeitnehmenden innert weniger als drei Monaten nach Einsatzende in den Einsatzbetrieb übertreten. In diesem Fall

sieht Artikel 22 Absatz 3 AVG eine Entschädigung vor. Dadurch soll der Verleihbetrieb für die erbrachten Dienste entschädigt werden. Die Entschädigung darf der Verleihbetrieb jedoch nur vom Einsatzbetrieb und keinesfalls von den Arbeitnehmenden verlangen. Als Entschädigung ist maximal der Betrag geschuldet, den der Einsatzbetrieb dem Verleihbetrieb bei einem dreimonatigen Einsatz für Verwaltungsaufwand und Gewinn bezahlt hätte. Das bereits geleistete Entgelt für Verwaltungsaufwand und Gewinn muss angerechnet werden (Art. 22 Abs. 4 AVG). Eine derartige Entschädigung kann nur im zeitlich vorgegebenen Rahmen geltend gemacht werden. Hat der Einsatz länger als drei Monate gedauert oder liegt der Einsatz länger als drei Monate zurück, kann keine Entschädigung mehr verlangt werden.

Zu beachten ist, dass die gesetzgebende Gewalt abschliessend geregelt hat. Anders gesagt sind keine zusätzlichen über die in Artikel 22 AVG vorgesehenen Regelungen zulässig. Somit bleibt eine Entschädigung ausgeschlossen, wenn Arbeitnehmende sich von einem anderen Verleihbetrieb anstellen lassen und von letzterem in denselben Einsatzbetrieb entliehen werden.

3.11.3 NICHTIGKEIT INFOLGE FEHLENDER BEWILLIGUNG (ART. 22 ABS. 5 AVG)

Nach Artikel 22 Absatz 5 AVG ist ein Verleihvertrag, der durch einen Verleihbetrieb abgeschlossen wird, der nicht über die erforderliche Bewilligung verfügt, nichtig. Damit soll verhindert werden, dass ein Verleihbetrieb die Erfüllung des Verleihvertrags durchsetzen kann. Nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) hat er nur Anspruch auf Rückzahlung des an den Arbeitnehmenden bezahlten Lohns und der entsprechenden Sozialabgaben, nicht aber des Verwaltungsaufwandes und des Gewinns. Umgekehrt soll sich auch der Einsatzbetrieb nicht auf den Verleihvertrag berufen können, wenn ihm bekannt war, dass der Verleihbetrieb keine Verleihbewilligung besitzt. Hat er die Kosten des Einsatzes bereits beglichen, so kann er die nicht geschuldeten Beiträge vom Verleihbetrieb zurückfordern. Zudem ist die Geltendmachung von Schadenersatz nicht ausgeschlossen.

3.11.4 IST DIE DELEGATION DES KÜNDIGUNGSRECHTS AN DEN EINSATZBETRIEB ZULÄSSIG?

Grundsätzlich geht beim Verleih das Weisungsrecht auf den Einsatzbetrieb über. Damit verbunden ist aber keinesfalls die Befugnis, den verliehenen Arbeitnehmenden zu kündigen. Dieses Recht verbleibt beim Verleihbetrieb als Arbeit gebende Partei.

Es ist jedoch zulässig, dass der Verleihbetrieb den Einsatzbetrieb bevollmächtigt, in seinem Namen den Arbeitnehmenden zu kündigen. Nach dem Stellvertretungsrecht (Art. 32 ff. OR) ist eine solche Vollmacht ausser bei vertretungsfeindlichen Rechtshandlungen, bei welchen eine Stellvertretung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, nicht verboten, da für das Schuldrecht der Grundsatz der Vertretungsfreundlichkeit gilt.

Falls ein solches Vorgehen gewählt wird, muss der Verleihbetrieb dem Einsatzbetrieb eine ausdrückliche Vollmacht ausstellen, aufgrund welcher der Einsatzbetrieb gegenüber den Arbeitnehmenden im Namen des Verleihbetriebs die Kündigung aussprechen darf. Diese Vollmachterklärung kann Bestandteil des Verleihvertrags sein.

Falls dem Einsatzbetrieb eine solche Vollmacht ausgestellt wird, bleiben die Kündigungsschutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmenden bestehen. Die generellen Bestimmungen über die Kündigung (Art. 335–335c OR) sowie die Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung (Art. 336–336b OR) und über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) ebenso wie über die ungerechtfertigte Entlassung (Art. 337c OR) müssen beachtet werden. Ein Fehlverhalten des Einsatzbetriebs muss

sich der Verleihbetrieb somit anrechnen lassen. Weil er dadurch vom Verhalten des Einsatzbetriebs abhängig wird, kann eine Delegation des Kündigungsrechts an den Einsatzbetrieb grundsätzlich nicht empfohlen werden.

Da die Kündigung gegenüber den Arbeitnehmenden ausgesprochen wird, sind diese über eine Kündigungsdelegation in Kenntnis zu setzen. Im Arbeitsvertrag ist ein entsprechender Hinweis vorzusehen.

3.11.5 IST DER WEITERVERLEIH ODER UNTERVERLEIH ZULÄSSIG?

Der Wortlaut des Gesetzes behandelt den Personalverleih grundsätzlich als ein Dreiecksverhältnis. Rechtlich ist der Verleih denn auch nur im Rahmen eines Dreieckverhältnisses zulässig. Ein dazwischen geschobener Betrieb kann nicht als Verleihbetrieb im Sinn des Gesetzes auftreten, weil er zu den betroffenen Arbeitnehmenden in keinem arbeitsvertraglichen Verhältnis steht. Auch sprechen die gesetzlichen Vorgaben gegen den Unter- oder Zwischenverleih. Der Verleihbetrieb muss nach Artikel 19 Absatz 2 AVG mit den Arbeitnehmenden zwingend schriftlich im Arbeitsvertrag vor Arbeitsaufnahme regeln, welche Art der Arbeit sie zu leisten haben, an welchem Arbeitsort die Arbeit zu leisten ist, oder welche Arbeitszeiten gelten.

Schon die Kontrolle der normalen Personalverleihkonstellation ist schwierig, weshalb eine Bewilligungspflicht für diese Tätigkeit besteht. Ein Unter- oder Zwischenverleih würde die Kontrolle zusätzlich erschweren oder sogar verunmöglichen.

Wenn Arbeitnehmende in Unkenntnis der gesetzlichen Ausgangslage über weitere Ecken (Unterverleih oder Zwischenverleih genannt) verliehen werden, erhöhen sich für sie die Gefahren exponentiell. Arbeitnehmende können zu Schaden kommen, weil sie wegen der Dis-tanz zum eigentlichen Arbeit gebenden Betrieb nicht merken, wenn dieser zahlungsunfähig wird und sie danach ihre Lohnforderungen gegenüber niemanden mehr geltend machen können.

Bei solchen Mehreckkonstellationen steigt zudem die Gefahr, dass entgegen dem Verbot von Artikel 12 Absatz 2 AVG durch die dazwischen geschaltete Verleihgesellschaft illegal in die Schweiz hinein verliehen wird.

Mit Artikel 26 Absatz 3 AVV wird deshalb der Unter- oder Zwischenverleih im Wortlaut verboten und der Schutz der verliehenen Arbeitnehmenden damit verbessert. Rechtlich zulässig sind aber folgende Vorgehen:

1. der erste Betrieb tritt für die Dauer des Einsatzes das Arbeitsverhältnis an den zweiten Betrieb ab, der zweite Betrieb wird Arbeit gebender Betrieb, muss im Besitz einer Verleihbewilligung sein und überlässt die Arbeitnehmenden dem dritten Betrieb (Art. 26 Abs. 3 Bst. a AVV) oder
2. der erste Betrieb bleibt Arbeit gebender Betrieb und der zweite Betrieb «vermittelt» ein Verleihverhältnis, das heisst, der Verleihvertrag wird zwischen dem ersten Betrieb und dem Einsatzbetrieb abgeschlossen (Art. 26 Abs. 3 Bst b AVV).

Im ersten Fall benötigt der erste Betrieb aufgrund von Artikel 6 Buchstabe b AVV keine Vermittlungsbewilligung, weil er seine eigenen Arbeitnehmenden mit einem Arbeit gebenden Betrieb zusammenführt. Der zweite Betrieb hingegen bedarf einer Verleihbewilligung.

Im zweiten Fall benötigt der erste Betrieb eine Verleihbewilligung. Der zweite Betrieb übt keine dem AVG unterstellte Tätigkeit aus, es handelt sich nicht um eine Vermittlung im Sinn des AVG. Deshalb bedarf er keiner Vermittlungsbewilligung.

Wichtig:

Verbotener Weiterverleih liegt auch vor, wenn im Sinn von Artikel 26 Absatz 3 Buchstabe b AVV ein ausländischer Verleihbetrieb oder ein inländischer Vermittlungsbetrieb an einen bewilligten inländischen Verleihbetrieb vermittelt, sie aber am Einsatz der Arbeitskraft während der ganzen Einsatzdauer weiterhin mitverdienen. Denn eine Vermittlung im Sinn des AVG ist abgeschlossen, wenn sie zu einer Festanstellung führt. Dafür wird der Vermittlungsbetrieb mit einer bestimmten Summe entschädigt, welche auch ratenweise bezahlt werden darf. Der Vermittlungsbetrieb darf aber nicht weiter am Einsatz der Arbeitskraft, die in der Folge verliehen wird, mitverdienen. Ansonsten würde es sich neben dem faktischen verbotenen Weiterverleih im ersten Fall auch um eine verbotene Direktvermittlung resp. um einen verbotenen Direktverleih aus dem Ausland handeln. Im zweiten Fall würde der Vermittlungsbetrieb gegen die Pflicht, im Besitz einer Verleihbewilligung zu sein, verstossen und durch diese Zusammenarbeit diese Pflicht umgehen.

3.11.6 WAS IST BEIM KONZERNINTERNEN VERLEIH ZU BEACHTEN?

Eine generelle Befreiung von der Bewilligungspflicht beim Personalverleih innerhalb eines Konzerns war nie beabsichtigt. Hierzu fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. Nachfolgend wird dargelegt, wie der Personalverleih im Konzernverhältnis zu beurteilen ist und in welchen Einzelfällen von einer Bewilligungspflicht abgesehen werden kann.

Konzern

Das schweizerische Recht kennt keine Regelung des Konzernrechts. Jede einzelne Konzerngesellschaft wird grundsätzlich als ein rechtlich selbstständiges Gebilde mit eigenen Organen behandelt, welche die Geschäfte im Interesse der Gesellschaft und nicht des Konzerns, anderer Gesellschaften oder der sie beherrschenden Anteilsinhaberinnen oder -inhaber zu tätigen haben. Rechtsgeschäfte zwischen solchen Gesellschaften sind deshalb zu den gleichen Bedingungen abzuwickeln, wie sie auch mit aussenstehenden Dritten vereinbart würden (vgl. auch BGE 138 II 57, E. 4.1.).

Regelung des konzerninternen Personalverleihs im AVG

Das AVG beinhaltet keine spezifischen Regelungen zum konzerninternen Personalverleih. Die Bewilligungspflicht ist nach den üblichen Kriterien zu beurteilen. Eine Bewilligungspflicht ist im Grundsatz auch bei Verleihverhältnissen innerhalb des Konzerns gegeben.

Verleihtypische Aspekte

Das dem Personalverleih zugrundeliegende Dreiparteienverhältnis führt zu einer Aufspaltung der Funktion der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers. Der Arbeit gebende Betrieb (Verleihbetrieb) überlässt seine Arbeitnehmenden Dritten (Einsatzbetrieb) zur Arbeitsleistung. Die Dritten verfügen gegenüber den verliehenen Arbeitnehmenden über wesentliche Weisungsbefugnisse und übernehmen Überwachungs- und Fürsorgepflichten. Die Dritten sind faktische Arbeitgeberinnen bzw. Arbeitgeber, rechtlich jedoch nicht. Die verliehenen Arbeitnehmenden sind im Vergleich zu den Festangestellten im Einsatzbetrieb in der Regel weniger gut integriert. Eine Schlechterstellung kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Die Arbeitnehmenden müssen sich unter Umständen gegenüber zwei Parteien, dem Einsatzbetrieb und dem Arbeit gebenden Betrieb, durchsetzen. Die Distanz zum Arbeit gebenden Betrieb kann bspw. dazu führen, dass die Arbeitnehmenden keine Kenntnis von dessen Unterkapitalisierung erfahren und nicht rechtzeitig notwendige Massnahmen ergreifen können.

3

Bewilligungsfreier konzerninterner Personalverleih – Ausnahmetatbestand

Im Sinn eines Ausnahmetatbestands kann der Personalverleih innerhalb des Konzerns bewilligungsfrei zugelassen werden, wenn es sich um einen Einzelfall handelt und ausschliesslich den Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht fördert, dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns dient oder gelegentlich im Sinn des AVG (Art. 12 AVG i.V.m. Art. 27 Abs. 4 AVV) vorkommt. Die nachfolgend aufgeführten Kriterien können gemäss langjähriger Vollzugspraxis ein Indiz für einen bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleih sein:

– Die Arbeitnehmenden werden hauptsächlich zur Arbeitsleistung in der einen Gesellschaft des Konzerns angestellt. Der Personalverleih an eine andere Gesellschaft des Konzerns ist grundsätzlich nicht beabsichtigt und erfolgt lediglich im Einzelfall.

– Der Personalverleih gehört nicht zum Hauptzweck der verleihenden Gesellschaft.

– Der Personalverleih ist zeitlich begrenzt.

– Der Personalverleih erfolgt gelegentlich. Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber kann z.B. einen Auftragseinbruch überbrücken und der Einsatzbetrieb einen kurzfristigen Bedarf an zusätzlichem Personal konzernintern abdecken.

– Im Vordergrund stehen der Erwerb von Erfahrung und/oder die Aneignung/Weitergabe spezifischer Kenntnisse und Wissens.

– Die Arbeitnehmenden haben die Möglichkeit einen Auslandsaufenthalt oder eine Berufserfahrung in einer anderen Konzerneinheit zu machen.

– Es findet ein Know-how-Transfer innerhalb des Konzerns statt, indem bspw. eine neue Software im ganzen Konzern implementiert oder Arbeitnehmende an einer neuen Maschine eingeschult werden.

Grenzüberschreitender bewilligungsfreier konzerninterner Personalverleih

Spielt sich ein grenzüberschreitender Personalverleih innerhalb des oben erläuterten Rahmens ab, kann dieser – entgegen der gesetzlichen Bestimmung von Artikel 12 Absatz 2 AVG – ebenfalls bewilligungsfrei zugelassen werden.

Verbotener Weiterverleih

Auch beim konzerninternen bewilligungsfreien Personalverleih muss sichergestellt sein, dass dieser sich bloss innerhalb des Konzerns abspielt und kein verbotener Weiterverleih nach Artikel 26 Absatz 3 AVV ausgeübt wird.

Bewilligungspflichtiger konzerninterner Personalverleih – Regelfall

Jeglicher über den oben beschriebenen Ausnahmetatbestand hinausgehende Personalverleih ist stets bewilligungspflichtig. Dies gilt insbesondere für die eigens innerhalb des Konzerns kreierten Gesellschaften, die anderen Konzerngesellschaften Personal überlassen (sogenannte «Staffingfirmen»). In diesen Fällen liegt Gewerbsmässigkeit im Sinn des AVG vor und es bestehen dieselben dem Dreiparteienverhältnis inhärenten Gefahren wie bei den übrigen Personalverleihgesellschaften. Den betroffenen verliehenen Arbeitnehmenden ist der von der gesetzgebenden Gewalt gewollte Schutz zu gewähren, weshalb dieser gewerbsmässig betriebene konzerninterne Personalverleih der Bewilligungspflicht nach AVG unterstellt ist. Bei diesem ist davon auszugehen, dass die in der Form der Leiharbeit verliehenen Arbeitnehmenden auf unbestimmte oder längerfristige Dauer angestellt sind.

Darin unterscheidet sich der bewilligungspflichtige konzerninterne Personalverleih von dem Artikel13 Absatz 1 Buchstabe c AVG i.V.m. Artikel 32 Absatz 2 AVV zugrundeliegenden Sachverhalt. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung soll die Benachteiligung des zwischen Konzerngesellschaften kurzfristig in der Form der Temporärarbeit verliehenen Arbeitnehmenden verhindert werden (kürzere Kündigungsfrist während der ersten drei Monate, verzögerte Aufnahme in die Pensionskasse, usw.).

Hinweise:
Die Erfüllung reiner Berichterstattungspflichten innerhalb des Konzerns, im Rahmen welcher Konzerngesellschaften der Konzernmutter über ihre Geschäftstätigkeit rapportieren, stellt keine Verleihtätigkeit dar.

Ebenfalls kein Verleih liegt vor, wenn gewisse Dienstleistungen an eine Konzerngesellschaft ausgelagert werden, zum Beispiel die Wahrnehmung der weltweiten Einkaufstätigkeit durch eine Gesellschaft für die anderen Konzerngesellschaften. Hier erhält die eine Konzerngesellschaft den Auftrag, für die anderen Konzerngesellschaften die Einkäufe zu tätigen, allenfalls mit gewissen Preisvorgaben, sie ist jedoch ansonsten keinem Weisungsrecht unterstellt.

Das AVG im Verhältnis zum EntsG

Im grenzüberschreitenden Kontext führen Konzerne manchmal an, dass mit Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b EntsG der grenzüberschreitende konzerninterne Personalverleih erlaubt sei. Sie berufen sich dabei auf den Wortlaut, der besagt, dass unter das EntsG auch Arbeitgeberinnnen und Arbeitgeber mit Sitz im Ausland fallen, die ihre Arbeitnehmenden in die Schweiz entsenden, damit diese hier für einen bestimmten Zeitraum «in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers gehört.» Aus der Botschaft und den Materialien zum EntsG kann entnommen werden, dass die gesetzgebende Gewalt auch für das EntsG ausdrücklich festhielt, dass das AVG mit seinem Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz nach Artikel 12 Absatz 2 AVG vorbehalten bleibe. Mit Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b EntsG wollte die gesetzgebende Gewalt einzig festlegen, dass auch in diesem Fall eine Entsendung vorliegt und damit das EntsG beachtet werden muss, wenn Arbeitnehmende innerhalb eines Konzerns zum Einsatz gebracht werden. Auch in diesen Fällen verbleibt das Weisungsrecht über die eingesetzten Arbeitnehmenden wie bei der Entsendung nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a EntsG beim entsendenden Betrieb als Arbeit gebender Betrieb und somit liegt kein Personalverleih vor.

Auch mit der Berufung auf das EntsG können die Regelungen des AVG nicht umgangen werden und der konzerninterne Personalverleih darf ausnahmsweise nur dann zugelassen werden, wenn die zuvor beschriebenen Umstände vorliegen.

3.11.7 DER UNTERSCHIED ZWISCHEN VERLIEHENEN UND ENTSANDTEN ARBEITNEHMENDEN

Verliehene Arbeitnehmende arbeiten in der Regel unter dem Weisungsrecht der Kundin bzw. des Kunden. Der Verleihbetrieb hat keinen Einfluss auf ihr Arbeitserzeugnis.

Entsandte Arbeitnehmende arbeiten weiterhin unter dem Weisungsrecht ihrer Arbeitgeberin bzw. ihres Arbeitgebers im Ausland und erfüllen für diese bzw. diesen bei der Kundin bzw. dem Kunden einen Auftrag, Werkvertrag oder einen Vertrag sui generis. Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber zeichnet für das Arbeitserzeugnis verantwortlich.

Das EntsG findet nur auf entsandte, nicht jedoch auf verliehene Arbeitskräfte Anwendung. Verleihbetriebe können sich daher nicht auf Artikel1 Absatz 1 Buchstabe b EntsG berufen. Die gesetzgebende Gewalt hat im Rahmen der Verabschiedung des EntsG ausdrücklich festgehalten, dass das AVG mit seinem Verbot des Verleihs vom Ausland in die Schweiz nach Artikel 12 Absatz 2 AVG vorbehalten bleibe.

3.11.8 INHOUSE-NIEDERLASSUNGEN BEI VERLEIHBETRIEBEN

Es kommt vermehrt vor, dass Verleihbetriebe beim Einsatzbetrieb ein sogenanntes On-Site Management betreiben, d.h. entweder vor Ort Personalberaterinnen und Personalberater beschäftigen oder eigentliche Inhouse-Standorte beim Einsatzbetrieb unterhalten um die temporären Mitarbeitenden und die Kundinnen und Kunden vor Ort besser betreuen zu können.

Wann ist ein solcher «Inhouse-Standort» bzw. eine «On-site Management-Tätigkeit» bewilligungspflichtig und unter welchen Voraussetzungen nicht?

Grundsätzlich müssen jeweils die Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Es gelten dabei folgende Regeln:

– Wenn der «Inhouse-Standort» einer bewilligten Zweigniederlassung, die im gleichen Kanton liegt, hierarchisch untergeordnet ist und für diese vor Ort unterstützende Arbeiten erbringt (z.B. Mitarbeitende vor Ort betreut, aber nicht eigenständig Arbeits- und Veleihverträge abschliesst), ist der «Inhouse-Standort» als Betriebsstätte in der Bewilligung der Zweigniederlassung aufzunehmen und benötigt keine eigene Bewilligung.

– Wenn der «Inhouse-Standort» hingegen keiner Zweigniederlassung hierarchisch untergeordnet ist und die Verleihtätigkeit von dieser unabhängig erbringt, d.h. Mitarbeitende selber rekrutiert und mit Kundinnen und Kunden Verleihverträge abschliesst, betätigt sich der «Inhouse-Standort» wie eine Zweigniederlassung und benötigt als solche eine eigene Verleihbewilligung.

– Ein «Inhouse-Standort», der zwar nur wie eine untergeordnete Betriebsstätte agiert, aber seinen Standort nicht im gleichen Kanton wie die bewilligte Zweigniederlassung hat, muss zu einer eintragungsfähigen Zweigniederlassung aufgewertet werden und um eine eigenständige Bewilligung ersuchen.

3.11.9 DIE FOLGEN BEI EINER MASSENENTLASSUNG

Grundsätzlich sind die Regelung der Massenentlassung nach Artikel 335d ff. OR resp. die Meldepflicht bei Entlassung und Betriebsschliessung nach Artikel 29 AVG zu beachten.

Artikel 335d ff OR definiert die Massenentlassung und damit einhergehend die Pflichten, die der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber auferlegt werden.

Nach Artikel 335d OR liegt eine Massenentlassung vor, wenn innert 30 Tagen eine bestimmte Anzahl von Kündigungen gemessen an den im Regelfall beschäftigten Arbeitnehmenden ausgesprochen wird (1. mindestens zehn Kündigungen bei mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmenden, 2. mindestens 10 % betroffen bei mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmenden, 3. mindestens 30 Arbeitnehmende betroffen bei mindestens 300 Arbeitnehmenden).

Nach Artikel 335f Absatz 1 und 2 OR müssen die Arbeitgebenden vorgängig die Arbeitnehmendenvertretungen oder die Arbeiterschaft informieren und ihnen die Möglichkeit einräumen, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können. Nach Artikel 335f Absatz 3 OR müssen die Arbeitgebenden dabei den Grund

für die Massenentlassung, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmenden, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmenden und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, nennen und dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Meldung zustellen (Abs. 4).

In der Folge müssen die Arbeitgebenden nach Artikel 335g Absatz 1 OR dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung anzeigen und der Arbeitnehmendenvertretung oder den Arbeitnehmenden eine Kopie dieser Anzeige zustellen. In dieser Anzeige müssen die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmendenvertretung oder der Arbeitnehmenden und alle zweckdienlichen Angaben zur Massenentlassung enthalten sein. Mit der Anzeige beginnt die Sperrfrist von Artikel 335g Absatz 4 OR zu laufen: Arbeitsverhältnisse enden erst 30 Tage nach der Anzeige, ausser die Kündigung wird nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst auf einen späteren Zeitpunkt wirksam.

Mit der OR-Regelung beabsichtigt die gesetzgebende Gewalt, dass für die betroffenen Arbeitnehmenden Zeit gewonnen wird und Voraussetzungen geschaffen werden können, damit, soweit das möglich ist, solche Entlassungen eingeschränkt oder überhaupt vermieden werden und namentlich für eine anderweitige Unterbringung der betroffenen Arbeitnehmenden nach Möglichkeiten Sorge getragen werden kann. Oft führt dies zu einer Sozialplanlösung.

Aufgrund von Artikel 29 AVG besteht für die Arbeitgebenden **zusätzlich** eine **öffentlich-rechtliche Meldepflicht hinsichtlich Entlassungen und Betriebsschliessungen.** Diese Meldung hat ebenfalls beim zuständigen Arbeitsamt zu erfolgen. Artikel 53 AVV besagt, dass die Meldung ab mindestens zehn betroffenen Arbeitnehmenden zu erfolgen hat (Abs. 1). Nach Absatz 2 kann die Meldepflicht auf sechs Arbeitnehmende gesenkt werden. Gewisse Kantone haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Absatz 3 hält fest, welche Angaben zu melden sind: Anzahl, Geschlecht und Herkunft der betroffenen Arbeitnehmenden, den Grund der Betriebsschliessung, bei Entlassungen den Arbeitsbereich der betroffenen Arbeitnehmenden sowie den Zeitpunkt der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen.

Grundsätzlich sehen weder das OR noch das AVG Ausnahmen für gewisse Branchen vor und somit sind alle dem Privatrecht unterstehenden Arbeitsverhältnisse diesen Pflichten unterstellt. Aufgrund von Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 98/59/EG, welche der OR-Regelung zugrunde liegt, sind bezüglich der Massenentlassung einzig die Seeleute ausgenommen.

Damit sind auch die Personalverleihbetriebe grundsätzlich diesen beiden Regelungen unterstellt. Dies gilt zumindest für alle Arbeitsverhältnisse, die entweder befristet sind oder über sechs Monate andauern.

Temporäre Arbeitsverhältnisse können jedoch für die ersten sechs Anstellungsmonate ausgenommen werden, wenn für sie für diese Zeit die im Vergleich zum OR kürzeren Kündigungsfristen nach Artikel 19 Absatz 4 AVG gelten. Mit diesen kurzen Kündigungsfristen wollte die gesetzgebende Gewalt vorsehen, dass solche temporären Anstellungen kurzfristig entsprechend den Bedürfnissen der Wirtschaft aufgehoben werden können. Es wäre unsinnig, auf diese Verhältnisse die gesetzlichen Pflichten zur Massentlassung resp. zur Meldepflicht hinsichtlich Entlassungen und Betriebsschliessungen anzuwenden. Bezüglich aller andern Anstellungsverhältnisse müssen sich aber auch die Personalverleihbetriebe an die gesetzlichen Vorgaben halten.

3.11.10 DAS PHÄNOMEN «PREFERRED SUPPLIERS»

In den vergangenen Jahren sind Grossunternehmen vereinzelt dazu übergegangen, Verleiheinsätze nur noch über bestimmte, ausgewählte Verleihbetriebe, sog. «Preferred Suppliers», einzukaufen. Aus Sicht des AVG muss sichergestellt sein, dass es zu keinem verbotenen Weiterverleih nach Artikel 26 Absatz 3 AVV kommt.

3

Solange bei der Zusammenarbeit mit einem «Preferred Supplier» im Sinn von Artikel 26 Absatz 3 Buchstabe a AVV das Arbeitsverhältnis auf diesen übergeht und er in der Folge die Arbeitnehmenden an den Einsatzbetrieb verleiht, der ursprüngliche Arbeit gebender Betrieb das Arbeitsverhältnis also an den «Preferred Supplier» abtritt, liegt kein verbotener Weiterverleih vor. Wenn der ursprüngliche Betrieb nach Artikel 26 Absatz 3 Buchstabe b AVV Arbeit gebender Betrieb bleibt und die Arbeitnehmenden selber an den Einsatzbetrieb verleiht, der Preferred Supplier dieses Verleihverhältnis somit nur vermittelt, liegt ebenfalls kein verbotener Weiterverleih vor.

Im ersten Fall (Bst. a) muss der «Preferred Supplier» im Besitz der Verleihbewilligung sein. Dies ist nur möglich, wenn er in der Schweiz seinen Sitz hat und über diesen den Verleih abwickelt, womit auch gewährleistet ist, dass die verschiedenen Rechtsvorgaben der Schweiz eingehalten sind. Ein Verleih vom Ausland in die Schweiz ist nach Artikel 12 Absatz 2 AVG verboten.

Im zweiten Fall (Bst. b) ist es wichtig, dass der «Preferred Supplier» nur administrative Dienstleistungen erbringt, jedoch nicht anstelle des bewilligten Schweizer Verleihbetriebs oder des Einsatzbetriebs Arbeits- oder Verleihverträge unterzeichnet und Funktionen des Verleih- oder des Einsatzbetriebs übernimmt. Wenn er nur das Verleihverhältnis vermittelt, ist das keine Arbeitsvermittlung im Sinn des Gesetzes. In diesem Fall benötigt der «Preferred Supplier» keine Vermittlungsbewilligung. Anders ist es, wenn er dem Einsatzbetrieb behilflich ist, eine Arbeitskraft zu finden, diese dann aber über den Verleihbetrieb zum Einsatz gebracht wird. Hier benötigt der «Preferred Supplier» eine Vermittlungsbewilligung, wenn dies regelmässig und gegen Entgelt geschieht.

3.11.11 CHECKLISTE FÜR DIE PRÜFUNG VON VERLEIHVERTRÄGEN

Folgende Elemente sind bei der Gesucheinreichung immer zu prüfen. Sie können in unterschiedlichen Vertragsbestandteilen geregelt sein (z.B. Elemente, die nur für den konkreten Einsatz Gültigkeit haben, sind im eigentlichen Verleihvertrag festzulegen; Elemente, welche immer Gültigkeit haben, sind in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festzuhalten).

Nach Artikel 22 Absatz 1 AVG müssen im Verleihvertrag immer enthalten sein:

- die Adresse des Verleihbetriebs und der Bewilligungsbehörde (Kanton und gegebenenfalls SECO);
- die berufliche Qualifikation der Arbeitsnehmenden und die Art der Arbeit;
- der Arbeitsort und der Beginn des Einsatzes;
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen;
- die für die Arbeitnehmenden geltenden Arbeitszeiten;
- die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen.

Nach Artikel 22 Absatz 2 AVG sind Vereinbarungen nichtig:

- die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen, nach Ende des Einsatzes mit den Arbeitnehmenden einen Arbeitsvertrag abzuschliessen (s. 3.11.2).

Hinweis:
Für die Einhaltung der Arbeitnehmendenschutzbestimmungen ist nach der Praxis zum Arbeitsgesetz der Betrieb verantwortlich, der Arbeitnehmende beschäftigt. Dabei wird nur darauf abgestellt, ob eine Person beim Betrieb tatsächlich in einem Unterordnungsverhältnis arbeitet. Unwichtig ist, ob zwischen ihnen eine vertragliche Beziehung besteht. Verantwortlich ist also der tatsächliche Arbeit gebende Betrieb, nicht der vertragliche. Demzufolge ist für die Einhaltung der Arbeitnehmendenschutzbestimmungen bei verliehenen Arbeitnehmenden grundsätzlich der Einsatzbetrieb verantwortlich. Es ist sinnvoll, an diese Regelung in einer Bestimmung des Verleihvertrags zu erinnern, damit der Einsatzbetrieb sich dieser Verantwortung bewusst ist.

3.11.12 MUSTER FÜR EINEN VERLEIHVERTRAG

Ein Mustervertrag findet sich im Internet unter www.arbeit.swiss.

3.11.13 ÜBERSICHT ÜBER DEN PERSONALVERLEIH

Tabelle 9: Übersicht über den Personalverleih

	gelegentliches Überlassen	Leiharbeit		Temporärarbeit	
		gewerbsmässig	nicht gewerbsmässig	gewerbsmässig	nicht gewerbsmässig
Bewilligungspflicht für Verleihbetrieb:	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein
massgebliche AVG-Artikel					
Artikel 18 Absatz 1 (öffentliche Ausschreibung von Arbeitsangeboten)	Nein	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 18 Absatz 2 (Arbeitsmarktbeobachtung)	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein
Artikel 18 Absatz 3 (Datenschutz)	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 19 Absatz. 1–3 (schriftlicher Arbeitsvertrag)	Nein*	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 19 Absatz 4 (Kündigungsfristen)	Nein	Nein	Nein	Ja	Ja
Art. 19 Abs. 5 (nichtige Vereinbarungen)	Nein	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 19 Absatz 6 (Ungültigkeit des Arbeitsvertrags)	Nein	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 20 (allgemeinverbindliche GAV)	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 21 (ausländische Arbeitnehmende)	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Artikel 22 (Verleihvertrag)	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Gerichtstand nach ZPO	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja

* die Arbeitnehmenden haben in der Regel bereits einen Arbeitsvertrag, das OR schreibt jedoch keine Schriftlichkeit vor!

3.11.14 EXKURS: BETREUUNGS- UND HAUSDIENSTE

Bei den sogenannten privaten Betreuungs- und Hausdiensten handelt es sich um Dienstleistungsbetriebe für:

– Betreuung kranker, verunfallter und alter Menschen;

– Reinigungs- und allgemeine Haushaltsarbeiten;

– Kinderbetreuung und Familieneinsätze;

– Haustier- und Wohnungsbetreuung während Abwesenheiten.

Betriebe, die Privathaushalten Personen für die Betreuung von Betagten, Verletzten oder Kranken zur Verfügung stellen, fallen grundsätzlich unter die Bewilligungspflicht für den Personalverleih. Bei den in der Seniorinnen- und Seniorenbetreuung zu erbringenden Betreuungs- und Hauswirtschaftsdienstleistungen handelt es sich vorrangig um einfache Dienstleistungen, für deren Erbringung keine Spezialkenntnisse notwendig sind und es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die betreuten Personen hinsichtlich dieser Tätigkeiten, die sie auch selber beherrschen oder einmal beherrscht haben, oder deren Angehörige dem Betreuungspersonal hierzu Weisungen erteilen können. Das Bundesgericht hat die langjährige Vollzugspraxis der AVG-Behörden mit dem Urteil 2C_356/2012 geschützt und mit dem Urteil 2C_543/2014 bestätigt.

Sowohl private als auch öffentliche Betreuungsdienste (Spitexorganisationen) erbringen im Pflegebereich aber auch Leistungen an Dritte, die über das Krankenversicherungsgesetz abgerechnet werden und setzen dafür ausgebildetes Pflegepersonal ein. Dieses bleibt unter der Weisungspflicht der Betreuungsdienste bzw. die wesentlichen Weisungsrechte werden nicht an die Patientinnen und Patienten abgetreten. Das speziell ausgebildete Pflegepersonal arbeitet nach den eigenen medizinischen Fachkenntnissen, und kann nur einer allgemeinen Weisungspflicht der Betreuungsorganisation unterstehen.

Für die Bewilligungspflicht nach AVG muss nach der Art der erbrachten Dienstleistung unterschieden werden. Wenn Betriebe nicht nur Pflegeleistungen nach dem Krankenversicherungsgesetz erbringen, sondern auch weitere Betreuungs- und Haushaltsführungsdienstleistungen anbieten, sind sie für diesen Bereich der Bewilligungspflicht für den Personalverleih unterstellt.

Tätigkeiten wie die Reinigung der Wohnung oder die Haustierbetreuung während der Abwesenheit der Kundin bzw. des Kunden können sich hingegen ausserhalb des Anwendungsbereichs des AVG befinden. Im Einzelfall gilt es abzuklären, ob die Arbeitskraft als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer der Kundin bzw. dem Kunden überlassen wird (Personalverleih) oder ob er als Angestellter oder sie als Angestellte der Auftragnehmenden den Auftrag erledigt (s. dazu auch 3.1.1.4).

Es gibt auch Betriebe, die in diesem Sektor nur vermitteln, d.h. Arbeitsuchende und Arbeitgebende zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführen. In diesen Fällen gilt es zu beachten, dass die Vermittlungstätigkeit nach Abschluss des Arbeitsvertrags beendet ist und keine weiteren Dienstleistungen wie beispielsweise die Lohnadministration für die Arbeitgebenden (i.d.R. die Privathaushalte) übernommen werden dürfen. In der Praxis ist die Abgabe eines Musterarbeitsvertrags oder die Abgabe einer Liste mit Treuhandfirmen, die vom Betrieb unabhängig sind, zulässig. Mit Urteil vom 2. November 2018 (BGE 2C_132/_2018) hat das Bundesgericht entschieden, dass ein Betrieb, der sich nur als Vermittlungsbetrieb verstanden hatte, als Personalverleihbetrieb zu qualifizieren ist, weil der Betrieb verschiedene Tätigkeiten, die normalerweise der Privathaushalt als Arbeit gebender Betrieb ausübt, wahrgenommen hatte. So hatte der Betrieb z.B. die administrativen Arbeiten im

Zusammenhang mit der Anstellung, den Verkehr mit den Ämtern, das Ausbezahlen der Löhne, die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge, usw. für den Privathaushalt getätigt.

Live-In-Betreuungsverhältnisse

Die vom SECO zur Verfügung gestellten Musterverträge für Personalverleih (Temporär-Arbeitsvertrag, Einsatzvertrag, Leih-Arbeitsvertrag, Zusatz zum Leih-Arbeitsvertrag und Verleihvertrag) sind nicht geeignet, um Betreuungsverhältnisse vertraglich zu regeln. Das gilt insbesondere für Live-In Betreuung, zu Unrecht auch 24-Stunden oder Rund-um-die-Uhr Betreuung genannt, bei welcher die Betreuungsperson im gleichen Haushalt wie die Kundin bzw. der Kunde lebt. Werden diese Vertragsmuster als Grundlage verwendet, sind sie in erheblichem Umfang anzupassen und zu erweitern.

Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C_470/2020 vom 22.12.2021 das Arbeitsgesetz (ArG) auf Betreuungsverhältnisse in Privathaushalten im Rahmen von Personalverleih für anwendbar erklärt. Eine Rund-um-die-Uhr Live-In Betreuung im Privathaushalt durch ausschliesslich eine Betreuungsperson ist somit nicht mehr möglich.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass zwischen den Sozialpartnern abweichende Regelungen zum ArG für diese Branche vereinbart werden, welche dann in der ArGV 2 als Sonderbestimmungen Eingang finden.

3.11.15 SPEZIELL: DIE VERMITTLUNG UND DER VERLEIH NACH DEM FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN

Das Fürstentum Liechtenstein verfügt seit dem 7. Juni 2000 über ein Arbeitsvermittlungsgesetz. Dies bedeutet, dass **Schweizer Betriebe sich grundsätzlich nicht mehr frei als Verleih- oder Vermittlungsbetriebe im Fürstentum Liechtenstein betätigen** dürfen. Zur Vermittlung und zum Verleih im Fürstentum Liechtenstein sind neben liechtensteinischen Betrieben nur solche aus dem EWR oder aus Staaten, mit denen das Fürstentum Liechtenstein einen Staatsvertrag oder eine Gegenrechtserklärung vereinbart hat, zugelassen. Voraussetzung ist ein Antrag zur grenzüberschreitenden Ausübung der Arbeitsvermittlung und/oder des Personalverleihs. Aufgrund des Niederlassungsvertrags CH – FL hat die Schweiz mit dem Fürstentum Liechtenstein jedoch (zum ersten Mal im Jahr 2000 mit einer Neuformulierung am 1. April 2010) in einer **Gegenrechtsvereinbarung** vereinbart, dass Schweizer Betriebe sich im Fürstentum Liechtenstein mit einer Bewilligung dennoch als Vermittlungs- und Verleihbetriebs betätigen dürfen, nachdem sie folgende Schritte unternommen haben:

1. Ein Betrieb mit Sitz in der Schweiz, welcher sich im Fürstentum Liechtenstein als Vermittlungs- und/oder Verleihbetrieb betätigen will, muss sich an das Amt für Volkswirtschaft des Fürstentums Liechtenstein in Vaduz wenden und um eine Bewilligung des Fürstentums Liechtenstein ersuchen.
2. Bei der Gesucheinreichung muss der liechtensteinischen Behörde eine Bestätigung vorgelegt werden, dass die Firma im Besitz der entsprechenden schweizerischen Bewilligungen (kantonal und eidgenössisch) ist, die sie zur Vermittlungs- und/oder Verleihtätigkeit ermächtigen, und dass sie die Bewilligungsvoraussetzungen inklusive Kautionsstellung erfüllt, sowie dass die verantwortliche Person die schweizerische oder liechtensteinische Staatsbürgerschaft besitzt. Diese Bestätigung stellt das SECO - Direktion für Arbeit **gebührenfrei** aus.
3. Gestützt darauf wird der Betrieb von der liechtensteinischen Behörde eine Bewilligung erhalten, die ihn zur Ausübung der Tätigkeit im Fürstentum Liechtenstein ermächtigt. Zu beachten ist dabei:
   - Die Bewilligung des Fürstentums Liechtenstein erfasst nur die Ausübung der Tätigkeit von Vermittlungs- und Verleihbetrieben. Falls Ausländerinnen und Ausländer im Fürstentum über schweizerische Vermittlungs- und Verleihbetriebe zum Arbeitseinsatz gelangen sollen,

gelten für diese nach wie vor die ausländerrechtlichen Regelungen des Fürstentums hinsichtlich Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung.

– Aufgrund des Niederlassungsvertrags können neben Schweizer Staatsangehörigen nur liechtensteinische Staatsangehörige, nicht aber andere Nationalitäten mit Ausweis C als verantwortliche Personen zugelassen werden.

– Allfällige Bewilligungsänderungen (Adresse, verantwortliche Person usw.) müssen den zuständigen Bewilligungsbehörden wie bis anhin umgehend bekanntgegeben werden.

– Das nationale Recht des Gegenstaates, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung von in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen vorgesehenen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen, obligatorischen Beiträgen an Weiterbildungs- und Vollzugskosten sowie Regelungen über den flexiblen Altersrücktritt, aber auch die Einhaltung von NAV, des Ausländerrechts und des Arbeitsgesetzes bleibt vorbehalten.

– Für die Kontrolle der Einhaltung von ave GAV oder NAV bleiben die darin genannten Kontrollstellen zuständig. In der Bewilligungsverfügung des anderen Vertragsstaates werden die Betriebe verpflichtet, diesen zur Kontrolle in regelmässigen Abständen Unterlagen wie Arbeits- und Verleihverträge zukommen zu lassen. Diese Stellen können im Gegenstaat auch Betriebe kontrollieren; die Betriebe müssen ihnen jederzeit freien Zutritt zu den Arbeitsplätzen und den Verwaltungsräumen gewähren.

– Für die Umsetzung dieser Vereinbarung dürfen zwischen den Behörden der beiden Staaten aber auch den zuständigen Stellen beider Staaten untereinander die nötigen Daten hinsichtlich Bewilligungserteilung, -änderung oder -entzug bekannt gegeben werden.

– Die gegenseitige Zulassung wird durch Höchstzahlen begrenzt: Es dürfen sich maximal 300 Schweizer Betriebe nach dem Fürstentum Liechtenstein und 40 liechtensteinische Betriebe nach der Schweiz hin betätigen.

4 Behörden

4.1 ARTIKEL 31 EIDGENÖSSISCHE ARBEITSMARKTBEHÖRDE

Nach Artikel 31 Absatz 3 AVG beaufsichtigt das SECO die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih. Es ist damit als oberste Behörde für den Vollzug des Gesetzes in diesem Bereich zuständig und überwacht auch die kantonalen Vollzugsstellen. Es erteilt nach Artikel 2 Absatz 3 AVG und Artikel 12 Absatz 2 AVG die eidgenössische Vermittlungs- und Verleihbewilligung für Betriebe, die sich grenzüberschreitend betätigen.

4.2 ARTIKEL 32 KANTONE

Nach Artikel 32 AVG sind die Kantone für die Aufsicht über die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih in ihrem jeweiligen Territorium zuständig. Sie erteilen den Betriebsniederlassungen nach Artikel 2 Absatz 1 und 12 Absatz 1 AVG die kantonale Vermittlungs- und Verleihbewilligung.

4.3 ARTIKEL 33 AVG ZUSAMMENARBEIT (ART. 56 AVV)

Im Interesse einer funktionierenden öffentlichen Arbeitsvermittlung werden die Arbeitsmarktbehörden dazu angehalten, zusammenzuarbeiten. Sie müssen ihre Arbeiten mit allen anderen auf dem Gebiet der öffentlichen Arbeitsvermittlung tätigen Amtsstellen koordinieren. Diese Koordination muss ebenso zwischen den Kantonen, aber auch zwischen den Kantonen und dem Bund erfolgen. Im Sinn von Artikel 56 Absatz 3 AVV kommt dem Bund dabei die Oberaufsicht zu.

Die Zusammenarbeit mit den privaten Arbeitsvermittlungsbetrieben findet ihre Grundlage neben dem AVIG (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und 85b Abs. 2) auch in Artikel 33 Absatz 2, 34a Absatz 4 und 35a Absatz 2 AVG.

Beachtung der Datenschutzvorgaben durch die Arbeitsmarktbehörden

Das Datenschutzgesetz führt in den Artikeln 4–11 insbesondere folgende Datenschutzgrundsätze auf, die für die mit dem Vollzug des AVIG und des AVG beauftragten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Bedeutung sind:

- Rechtmässigkeit der Beschaffung (Art. 6 Abs. 1 DSG);
- Bearbeitung nach Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG);
- Verhältnismässigkeit (Art. 6 Abs. 2 DSG);
- Zweckbindungsgebot (Art. 6 Abs. 3 DSG). Dieses Gebot besagt, dass Daten nur zum bei der Beschaffung angegebenen Zweck bearbeitet werden dürfen;
- Richtigkeit der Daten (Art. 6 Abs. 5 DSG);
- Datensicherheit (Art. 7 und 8 DSG. Wer Daten bearbeitet, muss diese mit geeigneten und angemessenen technischen und organisatorischen Mitteln gegen Eingriffe unbefugter Dritter schützen);
- Auskunftsrecht (Art. 25 DSG).

4.4 ARTIKEL 33A AVG BEARBEITEN VON PERSONENDATEN

4.4.1 ALLGEMEINES

Die Artikel 33a ff. AVG gelten für alle Arbeitsmarktbehörden im Sinn von Artikel 31 und 32 AVG.

Artikel 33a AVG ermöglicht den mit der Durchführung sowie mit der Kontrolle oder Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organen, dass sie zur Erfüllung der ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben notwendige Personendaten und Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder bearbeiten lassen können.

Als solche Aufgaben werden im Artikel namentlich genannt:

a) Stellensuchende zu erfassen, zu vermitteln und zu beraten;

b) offene Stellen zu erfassen, bekannt zu geben und zuzuweisen;

c) Entlassungen und Betriebsschliessungen zu erfassen;

d) arbeitsmarktliche Massnahmen durchzuführen;

e) die Aufsicht über die Durchführung dieses Gesetzes durchzuführen;

f) Statistiken zu führen.

Nach Artikel 5 Buchstabe d DSG wird unter Bearbeiten jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten verstanden.

Nach Artikel 5 Buchstabe a DSG sind Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder eine bestimmbare Person beziehen.

Bei den Organen, die befugt sind, Personendaten zu bearbeiten, handelt es sich um jene, die im Gesetz erwähnt sind. Es kann sich um Bundes- wie um kantonale Organe handeln. Sofern eine kantonale Stelle Bundesrecht vollzieht, hat sie aufgrund von Artikel 33 DSG grundsätzlich die in diesem Gesetz enthaltenen Datenschutzbestimmungen ebenfalls einzuhalten.

In Artikel 33a Absatz 1 AVG wird präzisiert, dass die zuständige Behörde Personendaten nicht nur bearbeiten, sondern auch bearbeiten lassen kann. Aufgrund von Artikel 16 Absatz 1 DSG ist das Organ auch im zweiten Fall für den Datenschutz verantwortlich. Lässt es also Daten durch einen Dritten bearbeiten, so muss es dafür sorgen, dass die Daten auftragsmässig bearbeitet werden.

4.4.2 BESONDERS SCHÜTZENSWERTE PERSONENDATEN

Nach Artikel 5 Buchstabe c DSG sind besonders schützenswerte Personendaten Daten über:

– religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten,

– die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie,

– genetische Daten,

– biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren,

– Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen,

Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe; Besonders schützenswerte Personendaten dürfen grundsätzlich nach Artikel 6 Absatz 7 DSG nur bearbeitet werden, wenn eine Einwilligung der betroffenen Person ausdrücklich erfolgt ist.

Entsprechende Daten, die Auswirkungen auf die Bewilligungsvoraussetzungen einer verantwortlichen Leiterin bzw. eines verantwortlichen Leiters bei einem privaten Arbeitsvermittlungs- oder einem Personalverleihbetrieb haben können, dürfen grundsätzlich bearbeitet werden.

4.5 ARTIKEL 34 AVG SCHWEIGEPFLICHT

Artikel 34 AVG gibt den **allgemeinen Datenschutzgrundsatz** wieder, dass Personen, die an der Durchführung, der Kontrolle oder an der Beaufsichtigung der öffentlichen Arbeitsvermittlung beteiligt sind, die Angaben über Stellensuchende, Arbeitgebende und offene Stellen **gegenüber Dritten geheim halten** müssen.

Artikel 34 AVG gilt für alle Arbeitsmarktbehörden nach Artikel 31 AVG und somit auch für die Bewilligungsbehörden der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs.

Das Prinzip der Geheimhaltung findet in der Vermittlungstätigkeit seine Grenzen. Keine Geheimhaltungspflicht besteht gegenüber Fachspezialistinnen und -spezialisten, welche das Arbeitsamt zur Vermittlung beizieht (Bsp.: Vertrauensärztin oder -arzt). Diese Personen, die von den Arbeitsmarktbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden, unterstehen aber ihrerseits der Schweigepflicht (im Sinn von «an der Durchführung der öffentlichen Arbeitsvermittlung beteiligt»).

Die schriftlichen Unterlagen sind in geeigneter Form vor dem Zugriff bzw. der Einsichtnahme durch Dritte zu schützen. Als Dritte gelten auch private Arbeitsvermittlungsbetriebe, nicht jedoch die Vollzugsstellen der kantonalen Arbeitslosenhilfe.

Im Dossier nicht mehr benötigte Unterlagen oder Fehldrucke sind auf eine geeignete Weise zu vernichten.

Die Vorschriften in Bezug auf die Aktenaufbewahrung sind für die Arbeitslosenkassen in Artikel 125 AVIV festgehalten. Für die kantonalen Amtsstellen und die RAV gelten sie sinngemäss.

4.6 ARTIKEL 34A AVG DATENBEKANNTGABE (ART. 57 UND 57A AVV)

4.6.1 ALLGEMEINES

Artikel 34a AVG regelt die Datenbekanntgabe an andere Behörden, richtet sich primär an die Sozialbehörden und gilt auch für die AVG-Behörden.

Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, ist nach **Absatz 1** eine Datenbekanntgabe **im Einzelfall** und **auf schriftliches und begründetes Gesuch** hin an folgende Behörden möglich:

a) Organe der Invalidenversicherung, wenn sich eine Pflicht zur Bekanntgabe aus dem IVG ergibt;

b) Sozialhilfebehörden, wenn es zur Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen oder zur Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge nötig ist;

c) Zivilgerichte, wenn es zu Beurteilung von familien- oder erbrechtlichen Streitfällen nötig ist;

d) Strafgerichte und Strafuntersuchungsbehörden, wenn es für die Abklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens nötig ist.

4

Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, ist nach Absatz 2, eine Datenbekanntgabe an folgende Organe und Behörden möglich:

a) andere mit dem Vollzug des AVG betraute Organe, sofern es zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nötig ist;

b) Organe einer Sozialversicherung, wenn sich eine Pflicht zur Bekanntgabe aus einem Bundesgesetz ergibt;

c) Organe der Bundesstatistik, nach dem Bundesstatistikgesetz, BstatG;

d) Strafuntersuchungsbehörden, wenn es die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens erfordert.

Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, ist in den unter Absatz 2 aufgelisteten Fällen eine Datenbekanntgabe auch ohne Gesuch der Datenempfängerin bzw. des Datenempfängers möglich und ist auch nicht an einen Einzelfall gebunden. Zur Anwendung gelangt diese Bestimmung vor allem bei der Datenbekanntgabe zwischen den Vollzugsstellen des AVG, welche unter Buchstabe a fallen. Dies bedeutet, dass die Durchführungsorgane des AVG anderen mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des AVG betrauten Organen (SECO und kantonale AVG-Behörden) Daten bekannt geben dürfen, wenn diese für die Erfüllung der ihnen nach AVG übertragenen Aufgaben erforderlich sind und ein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht.

Hinweis:
Die Angaben darüber, dass ein Betrieb während längerer Zeit ohne Bewilligung gearbeitet hat, und dass gegen diesen Betrieb eine Strafanzeige eingereicht worden ist, sind für die Beurteilung, ob ein Betrieb für eine Bewilligungserteilung in Frage kommt, wichtig und damit im Sinn des AVG erforderlich. Das öffentliche Interesse am Schutz der Arbeitnehmenden und der Einhaltung der geltenden Gesetzesregeln überwiegt das private Interesse des Betriebs, dass sein rechtswidriges Verhalten anderen Durchführungsorganen nicht bekannt gegeben wird, deutlich. Ohne eine Zusammenarbeit zwischen den Durchführungsorganen und ohne eine entsprechende Bekanntgabe von wichtigen Daten könnte der von der gesetzgebenden Gewalt beabsichtigte Zweck nicht erfüllt werden.

Ebenfalls erfasst ist die Datenbekanntgabe an die Behörden der Arbeitslosenversicherung, welche unter Buchstabe b fallen. Buchstabe c ermöglicht die Datenbekanntgabe an die Organe der Bundesstatistik. Nach Artikel 14 Absatz 2 BStatG sind die Vertreterinnen und Vertreter jener Organe an das Amtsgeheimnis gebunden. Buchstabe. d ermöglicht eine Datenbekanntgabe, falls die zuständige Person bei der Erfüllung ihrer Aufgabe erfährt, dass ein Verbrechen begangen wurde oder in Vorbereitung ist. Diese Möglichkeit der Datenbekanntgabe schliesst nicht aus, dass eine Strafanzeige und die damit verbundene Datenbekanntgabe möglich sind, falls gegen Strafbestimmungen des AVG verstossen wird.

Hinweis:
Artikel 20 Absatz 2 AVG sieht vor, dass das in einem ave GAV zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ (paritätische Kommission, PK) zur Kontrolle des Verleihbetriebs berechtigt ist und bei nicht geringfügigen Verstössen dem kantonalen Arbeitsamt Meldung erstatten muss. Für eine PK besteht somit eine gesetzliche Pflicht, gegebenenfalls Daten an die zuständige Behörde bekannt zu geben. Für die AVG-Behörden ergibt sich weder aus dem AVG noch aus dem DSG eine Pflicht, Daten automatisch, systematisch und lückenlos an die PK bekannt zu geben. Die AVG-Behörden dürfen nur in Einzelfällen und auf Anfrage hin Daten an die PK Personalverleih bekannt geben, wenn es für die Kontrolle erforderlich und üblich ist (s. Ausführungen unter Art. 20 AVG).

Nach Absatz 3 dürfen Daten, die von allgemeinem Interesse sind und sich auf die Anwendung des AVG beziehen, veröffentlicht werden, wenn die Anonymität der Stellensuchenden und Arbeitgebenden gewahrt ist.

Darunter fällt bspw. die Bekanntgabe der Statistikdaten oder die Publikation von Studien, welche Daten mit Bezug auf das AVG enthalten.

Nach Absatz 4 in allen übrigen Fällen, wobei die Bekanntgabe wie folgt erfolgen darf:

a) nicht personenbezogene Daten, falls die Bekanntgabe einem überwiegenden Interesse entspricht;

b) Personendaten, falls die betroffene Person im Einzelfall schriftlich eingewilligt hat, oder falls das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, aber aufgrund der Umstände vorausgesetzt werden darf.

Was die nicht personenbezogenen Daten nach Buchstabe a anbelangt, liegt es am bekanntgebenden Organ zu bestimmen, ob deren Bekanntgabe einem schutzwürdigen Interesse entspricht.

Buchstabe b regelt jene Fälle, bei welchen die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte nicht ausdrücklich vorgesehen ist und präzisiert, dass dazu eine Einwilligung der betroffenen Person nötig ist. Gestützt auf diese Bestimmung darf ohne die ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen das RAV keine Daten an private Vermittlungs- oder Verleihbetriebe weitergeben.

Die Arbeitsmarktbehörden dürfen Stellensuchenden von Arbeitgebenden gemeldete offene Stellen auch ohne deren ausdrückliche Einwilligung bekannt geben (Art. 57 AVV).

Aufgrund von Absatz 7 dieses Artikels in Verbindung mit Artikel 57a AVV ist es möglich, für die Datenbekanntgabe eine Gebühr zu erheben.

4.7 ARTIKEL 34B AVG AKTENEINSICHT (ART. 58 AVV)

Die Schweigepflicht entfällt gegenüber denjenigen Personen und Institutionen, die einen Anspruch auf Akteneinsicht haben. Dieser Anspruch bildet ein Grundsatz des Verwaltungsrechts, der sich aus dem rechtlichen Gehör im Sinn von Artikel 29 Absatz 2 BV ableitet.

Nach Artikel 34b Absatz 1 AVG haben Anspruch auf Akteneinsicht diejenigen Personen oder Institutionen, die ein unmittelbares Interesse an einem Zugang zu den Akten haben. Dieser Zugang ist jedoch insofern beschränkt, als die Bekanntgabe von Daten erforderlich sein muss und schutzwürdige Interessen gewahrt bleiben müssen, insbesondere diejenigen von Personen, die in den Akten erwähnt werden.

Artikel 34b Absatz 2 AVG sieht vor, dass in gewissen Fällen Daten über die Gesundheit nur durch eine Ärztin oder einen Arzt mitgeteilt werden, den die betreffende Person ausgewählt hat. Es gibt Situationen, bei denen sich eine derartige Vorsichtsmassnahme aufdrängen kann.

Nach Artikel 58 Absatz 1 AVV müssen Stellensuchende und Arbeitgebende orientiert werden über den Zweck der Informationssysteme, die bearbeiteten Daten und deren regelmässige Empfängerinnen und Empfänger und ihre Rechte.

Gemäss Artikel 58 Absatz 2 AVV können Stellensuchende und Arbeitgebende insbesondere über Daten kostenlos, schriftlich und verständlich Auskunft erhalten. Sie haben das Recht auf Korrektur fehlerhafter Daten und auf Vernichtung nicht mehr benötigter Daten. Falls die Richtigkeit der Daten strittig ist, ist bei den Daten ein entsprechender Vermerk anzubringen. Berichtigungen oder auch die

Vernichtung von Daten sind unaufgefordert auch denjenigen Stellen mitzuteilen, an welche die Daten weitergegeben worden sind (Art. 58 Abs. 4 AVV). Zu denken ist vor allem an die Organe der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Fürsorge.

Es kommt immer wieder vor, dass die AVG-Behörden von Dritten – sei es von Mitkonkurrentinnen und -konkurrenten, sei es von Arbeitnehmenden, Stellensuchenden oder vermittelten Personen (Sportlerinnen bzw. Sportler, Models, usw.) – auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorgaben eines Vermittlungs- oder Verleihbetriebs hingewiesen werden und auf Grund dessen beim allenfalls fehlbaren Betrieb vorstellig werden und um Stellungnahme und falls erforderlich um Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bitten. In diesem Zusammenhang kann sich die Frage nach dem Akteneinsichtsrecht der beschuldigten Partei stellen.

Die AVG-Vollzugsbehörden unterstehen der Schweigepflicht gemäss Artikel 34 AVG und sind hinsichtlich der Datenherausgabe an die Vorgaben nach Artikel 34a und 34b AVG gebunden. Im Zusammenhang mit Hinweisen von Dritten ist zu beachten, dass die Behörden bei der Erfüllung der ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben oftmals darauf angewiesen sind, dass sie diese Informationen erhalten. Wenn sie nun im Nachgang an die Kontaktaufnahme mit dem fehlbaren Betrieb die Daten der hinweisgebenden Person bekannt gäben, bestünde die Gefahr, dass diese unter Druck gerieten und den Behörden notwendige und nützliche Informationen vorenthielten. Damit könnten die Behörden ihrer Pflicht zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht nachkommen und der Zweck des Gesetzes könnte vereitelt werden. Im Allgemeinen dürfte das Interesse der anzeigenden Person, ihre Daten geheim zu halten, höher zu werten sein als das Interesse der angezeigten Person, die Personendaten des Anzeigers zu erhalten. Die Abwägung der Interessen ist im konkreten Einzelfall vorzunehmen.

Gemäss Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe a und b VwVG, darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone oder wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern. Die Geheimhaltung von (privaten) Informationsquellen wird als wesentliches öffentliches Interesse anerkannt. Damit die Aufgabenerfüllung der Behörden nicht beeinträchtigt ist und der Gesetzeszweck nicht vereitelt wird, kann es sich rechtfertigen, das Akteneinsichtsrecht einzuschränken und die Informationsquelle zu anonymisieren.

Artikel 34a und 34b AVG sind als Spezialbestimmungen zum VwVG zu betrachten.

In Fällen, in welchen gestützt auf das BGÖ ein Zugang zu amtlichen Dokumenten verlangt wird, ist Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe h BGÖ zu prüfen. Gemäss dieser Bestimmung kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat.

4.8 ARTIKEL 35B AVG VERZEICHNIS DER BEWILLIGTEN PRIVATEN VERMITTLUNGS- UND VERLEIHBETRIEBE (ART. 59A AVV)

Das Verzeichnis der bewilligten privaten Vermittlungs- und Verleihbetriebe wird im Internet veröffentlicht (Art. 35b Abs. 1 AVG).

Die Internet-Lösung basiert auf einem Informationssystem, welches vom SECO und den kantonalen Arbeitsmarktbehörden auf Intranet betrieben wird. Da mit einer kantonalen Bewilligung schweizweit operiert werden kann, können sich Bund und Kantone auf dem Intranet gegenseitig über die Gründe

eines Entzugs, einer Aufhebung oder einer Nichterteilung einer Bewilligung orientieren (Art. 35b Abs. 2 AVG). Dadurch kann sichergestellt werden, dass ein Betrieb, der in einem Kanton eine Bewilligung verliert, nicht unerkannt in einem anderen Kanton eine solche beantragen kann.

4.9 ARTIKEL 39 AVG STRAFBESTIMMUNGEN

4.9.1 VERMITTLUNG/VERLEIH OHNE BEWILLIGUNG

Nach Artikel 39 Absatz 1 AVG wird mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft, wer vorsätzlich ohne die erforderliche Bewilligung Arbeit vermittelt oder Personal verleiht.

Wer fahrlässig ohne Bewilligung vermittelt oder verleiht, wird nach Artikel 39 Absatz 3 AVG mit Busse bis zu 20 000 Franken bestraft.

4.9.2 STRAFFOLGEN FÜR BEWILLIGTE BETRIEBE

Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe b AVG sieht vor, dass ein Vermittlungs- oder Verleihbetrieb, der Ausländerinnen bzw. Ausländer entgegen den ausländerrechtlichen Vorschriften als Arbeitnehmende vermittelt oder anstellt, mit einer Busse bis 100 000 Franken bestraft werden kann.

Mit einer Busse bis 40 000 Franken wird ein Vermittlungs- oder Verleihbetrieb nach Artikel 39 Absatz 2 AVG bestraft, der vorsätzlich die Melde- und Auskunftsplicht nach Artikel 17 und 18 AVG verletzt (Bst. b), wesentliche Vertragsinhalte nicht schriftlich oder nicht vollständig mitteilt oder eine unzulässige Vereinbarung trifft (Bst. c), von Arbeitnehmenden Gebühren oder finanzielle Vorleistungen verlangt (Bst. d), irreführende Auswanderungspropaganda betreibt (Bst. e), oder seine Schweigepflicht verletzt (Bst. f).

Vermittlungs- oder Verleihbetriebe können für die fahrlässige Begehung dieser Straftaten nach Artikel 39 Absatz 3 AVG mit einer Busse bis 20 000 Franken bestraft werden.

Für die Erwirkung einer Bewilligung durch unrichtige oder irreführende Angaben oder das Verschweigen von Tatsachen sieht Artikel 39 Absatz 4 AVG eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor.

4.9.3 STRAFFOLGEN FÜR ARBEITGEBENDE, DIE MIT NICHT BEWILLIGTEN BETRIEBEN ZUSAMMENARBEITEN

Wichtig:

Aufgrund von Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe a AVG machen sich Arbeitgebende, die wissentlich Dienste von Vermittlungs- oder Verleihbetrieben in Anspruch nehmen, welche die erforderliche Bewilligung nicht besitzen, ebenfalls strafbar und können mit Busse bis 40 000 Franken bestraft werden.

Die fahrlässige Begehung dieser Straftat ist hingegen nicht strafbar.

Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe a AVG ist auch anwendbar, wenn in einer Zweigniederlassung, die im gleichen Kanton wie der Hauptsitz liegt, die Vermittlungs- oder Verleihtätigkeit aufgenommen wird, bevor der Hauptsitz der zuständigen Behörde die Zweigniederlassung gemeldet hat.

4.9.4 SCHRIFTLICHER VERTRAG

Die Strafbestimmungen in Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe c AVG dienen primär der Durchsetzung des Arbeitnehmendenschutzes. Dieses Ziel verfolgen insbesondere die Artikel 19 und Artikel 20 sowie die Absätze 2 bis 5 von Artikel 22 AVG. Artikel 22 Absatz 1 AVG dient primär den Interessen der Arbeitgebenden und schützt die Arbeitnehmenden nur mittelbar. Artikel 39 AVG nimmt hier keine Differenzierung vor. Der Strafrichterin bzw. dem Strafrichter steht es jedoch offen, diesen Umstand durch zurückhaltenden Gebrauch ihrer bzw. seiner Strafkompetenz zu berücksichtigen.

4.9.5 STRAFVERFOLGUNG

Nach Artikel 39 Absatz 6 AVG ist die Strafverfolgung Sache der Kantone. Sollten die kantonalen Vollzugsbehörden einen strafrechtlich relevanten Verstoss gegen das AVG feststellen, müssen sie den Fehlbaren bei der zuständigen Strafbehörde anzeigen. Da alle Straftaten mit Ausnahme von Artikel 39 Absatz 4 AVG nur mit Busse bedroht sind, stellen diese Übertretungen dar und verjähren nach Artikel 109 des schweizerischen StGB nach Ablauf von drei Jahren. Damit die Verjährung nicht eintritt, müssen die kantonalen Vollzugsbehörden darum besorgt sein, dass die Strafbehörden ihre Arbeit zügig erledigen.

4.9.6 ÜBERBLICK ÜBER DIE STRAFBESTIMMUNGEN DES AVG

Tabelle 10: Überblick über die Strafbestimmungen des AVG

Handelnde Person	Tätigkeit	Strafmass bis
Alle Personen	Verletzung der Auskunftspflicht	**40 000 Franken Busse**
	Irreführende Auswanderungs-propaganda	**40 000 Franken Busse**
	Verletzung der Schweigepflicht	**40 000 Franken Busse**
Vermittlungs- oder Verleihbetrieb (unabhängig von der Bewilligungspflicht)	Vermittlung/Verleih ohne notwendige Bewilligung	**100 000 Franken Busse**
	Missachtung der ausländer-rechtlichen Bestimmungen	**100 000 Franken Busse**
	Verleih ohne schriftlichen Vertrag oder mit falschen Angaben/ unzulässigen Vereinbarungen	**40 000 Franken Busse**
	Verstoss gegen Vermittlungs-provision	**40 000 Franken Busse**
	Verlangen von Gebühren oder von finanziellen Vorleistungen von verliehenen Arbeitnehmenden	**40 000 Franken Busse**
	Erlangen einer Bewilligung durch unrichtige oder irreführende Tatsachen	**Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe**
Bewilligungspflichtiger Vermittlungs- oder Verleihbetrieb	Verletzung der Meldepflicht	**40 000 Franken Busse**
Arbeitgebende	Beanspruchung der Dienste eines Vermittlungs- oder Verleihbetriebes, der keine Bewilligung besitzt	**40 000 Franken Busse**

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO | Vermittlung und Verleih PAVV
Holzikofenweg 36 | CH-3003 Bern
Telefon +41 (0)58 462 00 91 | Fax + 41 (0)58 462 27 49
info.pavv@seco.admin.ch | www.seco.admin.ch | www.arbeit.swiss