



Article scientifique

Article

1991

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Temporäre Arbeit und Personalverleih

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Temporäre Arbeit und Personalverleih. In: Fiches juridiques suisses, 1991, n° 772, p. 1–16.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9675>

TEMPORÄRE ARBEIT UND PERSONALVERLEIH

Karte : 772

Stand : 1991

Autor : Luc **Thévenoz** Docteur en droit Rechtsanwalt, Genf Lehrbeauftragter an der Universität Genf

Der Personalverleih (location de services) — bzw. die Arbeitnehmerüberlassung ¹ (mise à disposition de personnel) — bedeutet eine Zweiteilung der Arbeitgeberrolle. Als Verleiherist der Arbeitgeber. S. des Zivilrechts durch einen Einzelarbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer verbunden. Durch einen zweiten, den sogenannten Verleihvertrag, überlässt er diesen Arbeitnehmer einem Dritten, dem Einsatzbetrieb. Der Arbeitnehmer ist damit den Weisungen des Einsatzbetriebs unterstellt, was die Erbringung seiner Leistung, die Festlegung der Modalitäten seiner Arbeit und die Wahl der anzuwendenden Mittel und Verfahren betrifft. Arbeitsvertraglich ist und bleibt er jedoch nur mit dem Verleiher verbunden, von dem er seinen Lohn erhält. Aus diesen Dreiecksverhältnissen, die auf zwei Verträgen beruhen, ergibt sich eine weitgehende — aber nicht vollständige — Übertragung der Weisungsbefugnis an den Einsatzbetrieb, was auch das Unterscheidungsmerkmal des Personalverleihs darstellt (art. 26 AVV)².

Das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) ist in seiner neuen Fassung vom 6. Oktober 1989 am 1. Juli in Kraft getreten³. Eine der wesentlichen Neuerungen gegenüber dem Gesetz von 1951⁴ besteht darin, dass die Tätigkeit der Unternehmen für temporäre Arbeit und der sogenannten Leiharbeitsfirmen, d.h. generell jeder gewerbsmässige Personalverleih einer handelspolizeilichen Bewilligungspflicht unterstellt wird. Voraussetzung für die Erteilung dieser Bewilligung ist insbesondere die Leistung einer Kautions zur Sicherung von Lohnansprüchen (I). Das AVG enthält verschiedene privatrechtliche Normen zur Regelung bestimmter Aspekte des Verleihvertrags (II) und des Arbeitsvertrags (III). Dagegen sagt es nichts aus zu den faktischen Arbeitsverhältnissen, die zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb entstehen und die trotzdem bestimmten Regeln des privaten und des öffentlichen Arbeitsrechts unterliegen (IV). Das AVG geht ein auf die Folgen der Übernahme einer dauerhaften Beschäftigung nach Beendigung des Einsatzes im Einsatzbetrieb (V). Schliesslich schränkt es den Kreis der ausländischen Arbeitnehmer ein, die im Wege des Personalverleihs beschäftigt werden können (VI) und schafft einen weitgehenden Schutz der personenbezogenen Daten (VII).

Das AVG regelt ferner die private und die öffentliche Arbeitsvermittlung sowie die Statistik des Arbeitsmarktes, doch gehören diese Fragen nicht zum Thema dieses Beitrags.

I. AMTLICHE BEWILLIGUNG

1. Bewilligungspflichtige Tätigkeiten

Wer gewerbsmässig Dritten Arbeitnehmer überlässt, benötigt eine Betriebsbewilligung (Art. 12 Abs. 1 AVG). Art. 29 AVV besagt, dass diese Pflicht für den regelmässig⁵ (aber nicht unbedingt ausschliesslich) und mit Gewinnabsicht betriebenen Personalverleih gilt (auch wenn dabei ein Verlust

¹ Dieser gleichbedeutende und m.E. vorzuziehende Begriff wird in Art. 27 AVV verwendet. Im Deutschen wird manchmal auch von Dienstverschaffung gesprochen. Zur Terminologie, cf. Thévenoz, NN. 215-218.

² Zum Unterschied zwischen Personalverleih und Subunternehmer, Montage, "Arbeitsgruppen", "gestufte Arbeitsverhältnisse" sowie privater Vermittlung und Personalberatung, cf. Nef, S. 21-24; Thévenoz, NN. 22-26 und 254-287; Huber Martin O., "Rechtliche Aspekte der Personalberatung", Dissertation, Zürich 1989, S. 8 f. Zu den Modellagenturen, cf. JAR 1990 103.

³ AS 1991 392, SR 823. 11. Cf. Verordnung vom 6. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV), AS 1991 408, SR 823.111.

⁴ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 1951, AS 1951 1217.

⁵ Art. 29 Abs. 2 AVV besagt, dass eine regelmässige Tätigkeit ab zehn Verleihverträgen im Jahr gegeben ist.

entsteht). In der Praxis handelt es sich um zwei bewilligungspflichtige Formen des Personalverleihs: die temporäre Arbeit und die sogenannte Leiharbeit (travail en régie, mise à disposition de travailleurs à titre principal)⁶.

Temporäre Arbeit⁷ liegt vor, wenn ein Verleiher mit einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag im Hinblick auf und für die Dauer nur eines Einsatzes in einem Einsatzbetrieb abschliesst (Art. 27 Abs. 2 AVV). Die Dauer des Arbeitsvertrags entspricht dabei grundsätzlich der Dauer des Einsatzes⁸. Zwischen zwei Einsätzen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, den temporären Arbeitnehmer zu beschäftigen oder zu entlönnen; der letztere seinerseits ist nicht verpflichtet, die ihm angebotenen Einsätze anzunehmen.

Die Leiharbeit^{9, 10} besteht darin, einen Arbeitnehmer hauptsächlich zu dem Zweck einzustellen, seine Dienste einem Dritten zu überlassen, jedoch ohne dass der Arbeitsvertrag mit jedem Einsatz endet (Art. 27 Abs. 3 AVV). Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber/Verleiher selbst einen Betrieb besitzt, in dem er den Arbeitnehmer zwischen zwei Einsätzen beschäftigen kann, ist er gehalten, diesen zu entlönnen und trägt damit das Arbeitgeberisiko. Nicht selten beschäftigen Unternehmen für temporäre Arbeit eine kleinere Anzahl von Arbeitnehmern auf diese Weise¹¹.

Die einzige nicht bewilligungspflichtige Form des Personalverleihs ist das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern (Art. 28 AVV)¹². Es ist dadurch gekennzeichnet, dass die Dienste eines Arbeitnehmers, der hauptsächlich zur Arbeit im Betrieb seines vertraglichen Arbeitgebers eingestellt wurde, gelegentlich einem Dritten überlassen werden können, jedoch ohne dass dies das Ziel des Arbeitsverhältnisses darstellt, dessen Dauer von solchen Einsätzen bei Dritten überhaupt nicht berührt wird (Art. 27 Abs. 4 AVV). Es ist manchmal an die Vermietung einer Maschine gebunden¹³, was jedoch an seiner Qualifizierung nichts ändert. Obwohl einige Bestimmungen des AVG darauf anwendbar sind, handelt es sich grundsätzlich um einen unbefristeten Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR¹⁴.

2. Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung

⁶ Zur Unterscheidung zwischen temporärer Arbeit, Leiharbeit und gelegentlichem Überlassen, cf. insbesondere BIGA, Weisungen und Erläuterungen zu Art. 12 AVG; Thévenoz, NN. 27-42.

⁷ Art. 27 Abs. 2 AVV spricht unscharf von "travail temporaire" in Anlehnung an den deutschen Begriff Temporärarbeit. Im weitesten Sinne umfasst Temporärarbeit zahlreiche nicht dauerhafte Formen der Beschäftigung, bei denen es sich nicht um Personalverleih handelt und die sich damit unterscheiden vom Begriff "travail intérimaire", wie zum Beispiel die Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit (travail occasionnel), cf. JAR 1989 97, 99.

⁸ Mit dem wichtigen Vorbehalt, dass die Bestimmung der Entlassungsfrist bzw. des Entlöhnungsanspruchs bei Arbeitsverhinderung von der effektiven Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt, d.h. dass mehrere Einsätze berücksichtigt werden können, cf. infra III.3 und III.5.

⁹ Die Leiharbeit, auch als Regiearbeit bekannt, die auf einem Verleihvertrag beruht, ist nicht zu verwechseln mit einem Werkvertrag, bei dem die Entlohnung aufgrund des Wertes der Arbeit berechnet wird (Art. 374 OR), also zum sogenannten Regiepreis, cf. Gauch Peter, "Der Werkvertrag", 3. Aufl., Zürich 1985, N. 668.

¹⁰ Für Beispiele, cf. BJM 1959 75; SJZ 1979 29.

¹¹ Cf. BGE 108 V 95; JAR 1990 236.

¹² Cf. BGE 42 II 614; BGE 48 II 109, JdT 1922 I 330; SJ 1932 54; SJ 1955 353; BGE 88 II 516, JdT 1963 I 331.

¹³ Cf. insbesondere BGE 51 II 494, JdT 1916 I 6; BGE 50 II 469, JdT 1925 I 53; BGE 91 II 291, JdT 1966 I 180; BGE 98 II 288, JdT 1973 I 639.

¹⁴ Weder dem Gesetz noch der Verordnung ist zu entnehmen, inwiefern die Art. 18 bis 23 AVG, die sichtlich auf den gewerbmässigen, bewilligungspflichtigen Personalverleih zugeschnitten sind, auch für das gelegentliche Überlassen gelten, das keiner Bewilligung bedarf. Jede Bestimmung sollte im Lichte ihres Zwecks ausgelegt werden, was m.E. bedeuten würde, dass nur die Art. 20, 21 und 22 Abs. 1 AVG von ihrem Zweck her auf den bewilligungsfreien Personalverleih Anwendung finden können. Leicht unterschiedlich: BIGA, Weisungen und Erläuterungen, Übersicht Personalverleih nach Art. 22 AVG.

Die Bewilligung für den Personalverleih unterliegt im wesentlichen den üblichen wirtschaftspolizeilichen Voraussetzungen (fachgerechte Verleihtätigkeit, Eintrag im Handelsregister, guter Leumund, usw., cf. Art. 13 AVG, 33 AVV). Drei Voraussetzungen seien jedoch kurz kommentiert.

Der Verleiher darf kein anderes Gewerbe betreiben, welches die Interessen von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern gefährden könnte (Art. 13 Abs. 1 lit. c AVG). Das Gesetz will vor allem vermeiden, dass das mögliche andere Gewerbe die Freiheit der Wahl der Arbeitnehmer einengt bzw. ihre Abhängigkeit vom Verleiher vergrössert (Art. 32 AVV), was zum Beispiel dann zu befürchten wäre, wenn der Verleiher seinen Arbeitnehmern Kleinkredite gewähren würde. Ob ein anderes Gewerbe zulässig ist oder nicht, muss in concreto beurteilt werden¹⁵.

Die Bewilligung für die Vermittlung von schweizerischen Arbeitnehmern ins Ausland setzt ausserdem voraus, dass im Betrieb ausreichende Kenntnisse der Verhältnisse in den Staaten, für die die Bewilligung beantragt wird, vorhanden sind (Art. 13 Abs. 3 AVG, 34 AVV).

Die Bewilligung wird erst dann erteilt, wenn eine Kautionsleistung zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih geleistet wurde (Art. 14 AVG, 35 bis 39 AVV). Diese Forderung war im Parlament heftig umstritten¹⁶. Sie findet ihre Rechtfertigung darin, dass bei minimalem Investitionsaufwand eine Verleihfirma über eine beträchtliche Anzahl von Arbeitnehmern verfügen kann, deren Lohnsumme in keinem vernünftigen Verhältnis zum Eigenkapital des Betriebs steht. Es entsteht dadurch eine erhöhte Insolvenzgefahr, deren Folgen der Gesetzgeber von den Arbeitnehmern und auch von der Arbeitslosenversicherung — die bei Insolvenz leistungspflichtig wird — abwenden wollte, indem er die Leistung einer Kautionsleistung forderte, deren Höhe schematisch nach dem Umfang der gewerblichen Tätigkeit bemessen ist¹⁷.

3. Zuständige Behörde und Verfahren

Der Verleiher benötigt eine Bewilligung nicht nur vom Kanton, in dem sich sein Hauptsitz befindet, sondern auch für alle Zweigniederlassungen¹⁸ in ihrem jeweiligen Kanton. Für jede Zweigniederlassung gilt die Kautionspflicht für ihre eigene Tätigkeit, sofern der Hauptsitz nicht eine Pauschalkautionsleistung hat¹⁹. Den Betrieb darf eine Zweigniederlassung erst nach Erhalt der Bewilligung aufnehmen²⁰.

Für den Personalverleih ins Ausland ist neben der kantonalen Bewilligung zusätzlich eine Betriebsbewilligung des BIGA nötig (Art. 13 Abs. 2 AVG, 40 Abs. 3 AVV).

Darüber hinaus regelt das AVG (Art. 15 bis 17), ergänzt durch die AVV (Art. 31 bis 45) das Verfahren, die Dauer der Bewilligung und ihren Entzug, der vor allem dann anzuordnen ist, wenn der Verleiher wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen das Gesetz über den Personalverleih, den

¹⁵ Im Unterschied zu Art. 8 AVV (private Vermittlung) nennt Art. 32 keine ipso jure verbotenen Tätigkeiten.

¹⁶ Cf. Amtl. Bull. 1987 N 203 f., 1988 S 573 ff., 1989 N 238 ff., 1989 S 353 f.

¹⁷ Gemäss Art. 6 der Gebührenordnung des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 16. Januar 1991 (SR 823.113, AS 1991 425) beträgt die Kautionsleistung 50 000, 100 000 oder 150 000 Franken für den Hauptsitz ("Mutterfirma") und für jede einzelne Zweigniederlassung. Der Hauptsitz kann jedoch seine Zweigniederlassungen von der Kautionspflicht entbinden, wenn er in seinem Kanton eine Pauschalkautionsleistung in Höhe von 1000 000 Franken leistet.

¹⁸ Ein Büro oder eine Betriebsstätte, die keine Zweigniederlassung im Sinne von Art. 935 OR sind, können nicht Inhaber einer Bewilligung sein, denn dafür schreibt Art. 13 Abs. 1 lit. a AVG den Eintrag ins Handelsregister vor. Eine solche Betriebsstätte kann also nur in dem Kanton eröffnet werden, in dem der Hauptsitz oder die Zweigniederlassung, dem das Büro unterstellt ist, bereits eine Bewilligung erhalten hat. Die Eröffnung der Betriebsstätte muss der Behörde gemeldet werden, die ihr die Wirkungen der dem Hauptsitz oder der Zweigniederlassung erteilten Bewilligung zuspricht. Cf. BIGA, Weisungen und Erläuterungen zu Art. 7 AVV.

¹⁹ Cf. supra Fussnote 17.

²⁰ Leichter ist die Eröffnung einer Zweigniederlassung im Kanton des Hauptsitzes, wo es genügt, sie anzumelden und die entsprechende Kautionsleistung zu leisten, worauf der Betrieb schon vor Erteilung der zusätzlichen Bewilligung aufgenommen werden kann, cf. Art. 31 u. 41 AVV.

Arbeitnehmerschutz oder die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften verstösst (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG).

4. Zivil- und strafrechtliche Sanktionen

Wer ohne die erforderliche Bewilligung Personal verleiht, wird mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft. Wer als Arbeitgeber die Dienste eines Verleihers beansprucht, von dem er weiss, dass er die erforderliche Bewilligung nicht besitzt, wird mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft (Art. 39 AVG). Zivilrechtlich sind alle Verleihverträge ungültig, die von einem Verleiher abgeschlossen wurden, der die erforderliche Bewilligung nicht besitzt, unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit der Vertragsparteien (Art. 22 Abs. 5 AVG). Der Verleiher verliert dabei seinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung und kann allenfalls auf unrechtmässige Bereicherung klagen. Ungültig ist auch der entsprechende Arbeitsvertrag (Art. 19 Abs. 6 AVG), mit den in Art. 320 Abs. 3 OR vorgesehenen Folgen, was zu Kritik Anlass gibt²¹.

Verstösse gegen bestimmte, vom AVG vorgeschriebene Formalitäten werden mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft (Art. 39 Abs. 2 AVG).

II. DER VERLEIHVERTRAG

1. Abschluss und Form

Der Verleihvertrag muss schriftlich abgeschlossen werden (Art. 22 Abs. 1 AVG). Der Verleiher ist dafür verantwortlich, dass der Vertragspartner seine Unterschrift unter den Vertrag setzt (Art. 13 Abs. 1 OR), grundsätzlich vor Beginn des Einsatzes, ausser wenn es die knappe Zeit nicht gestattet (Art. 50 AVV).

Der Verleihvertrag kann sich auf einen oder mehrere Einsätze beziehen, doch müssen darin für jeden Einsatz ausreichend genaue Angaben enthalten sein über die erforderlichen Fähigkeiten des Mitarbeiters, die Art der Arbeit und die Arbeitszeit, die Dauer des Einsatzes und die Vergütung, die der Einsatzbetrieb dem Verleiher schuldet. Der Vertrag enthält gewöhnlich auch allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen insbesondere angegeben werden muss, welche Zuschläge für Überstunden, Nacht- oder Sonntagsarbeit erhoben werden. Diese allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen fast immer eine Entschädigung vor, wenn der Mitarbeiter am Ende eines Einsatzes vom Einsatzbetrieb übernommen wird (infra V).

Sind diese formalen Voraussetzungen nicht erfüllt, ist der Vertrag ungültig (Art. 11 Abs. 2 OR). Das bedeutet namentlich, dass der Verleiher die vereinbarte Vergütung nicht einfordern kann und auf unrechtmässige Bereicherung klagen muss, um vom Einsatzbetrieb den Lohn und die Sozialabgaben in der effektiv bezahlten Höhe zurückzuerhalten, unter Ausschluss aller sonstigen Kosten und Gewinne. Die wiederholte Verletzung der förmlichen Vorschriften kann ausserdem zum Entzug der Bewilligung führen (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG).

2. Dauer

Ob man den Verleihvertrag als Auftrag oder als Vertrag sui generis mit auftragsähnlichem Charakter betrachtet²², jedenfalls unterstehen die Modalitäten seiner Kündigung nun nicht mehr dem Fallbeil von Art. 404 OR, denn Art. 22 Abs. 1 lit. d sieht vor, dass die Parteien " die Dauer des Einsatzes oder die Länge der Kündigungsfristen " regeln. Damit wollte der Gesetzgeber dem Verleiher die Möglichkeit geben, zu bestimmen, dass der Verleihvertrag unter den gleichen Bedingungen endet wie der Arbeitsvertrag. Beide Verträge bleiben jedoch voneinander unabhängig. So hat die Kündigung des

²¹ Cf. Thévenoz, NN. 1137-1156.

²² Kontroverse und Diskussion in Thévenoz, NN. 304 ff.

ersteren, im allgemeinen auf Betreiben des Einsatzbetriebs, keine unmittelbare Wirkung auf den zweiten, den der Verleiher gegenüber dem temporären Arbeitnehmer kündigen muss²³.

3. Haftung des Verleihers bzw. des Einsatzbetriebs

Da der Arbeitnehmer seine Arbeit nach den Weisungen des Einsatzbetriebs zu verrichten hat, kann der letztere aufgrund von Art. 55 OR auch wegen unerlaubter Handlungen des ersteren zur Verantwortung gezogen werden²⁴. Wenn der Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb Arbeiten verrichtet, für die der Einsatzbetrieb gegenüber Dritten Verpflichtungen eingegangen ist, liegt die vertragliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 101 OR beim letzteren²⁵.

Ob er selbst geschädigt wird oder von Dritten zur Verantwortung gezogen wird, kann der Einsatzbetrieb gegen den Verleiher nur dann vorgehen, wenn er eine Verletzung des zwischen ihnen bestehenden Vertrags nachweisen kann. Als Beauftragter verspricht der letztere hauptsächlich, einen Arbeitnehmer mit den vom Einsatzbetrieb gewünschten Fähigkeiten sorgfältig auszuwählen. Er ist verantwortlich für seine Sorgfalt bei der Auswahl (Art. 398 OR), nicht aber für die Qualität der Leistung des Arbeitnehmers²⁶.

III. DER ARBEITSVERTRAG

1. Werbung, Abschluss und Form

Bei der öffentlichen Ausschreibung von Arbeitsangeboten, in der er seinen Namen angeben muss, muss der Verleiher, der Temporär- oder Leiharbeit anbietet, klar darauf hinweisen, dass er Arbeitnehmer für den Personalverleih an Dritte sucht (Art. 18 Abs. 1 AVG).

Beim ersten Kontakt mit einem Bewerber um Temporärarbeit²⁷ lässt der Verleiher diesen oft²⁸ ein erstes, im allgemeinen Rahmenvertrag überschriebenes Dokument unterschreiben und überreicht es dem Bewerber. Darin sind die Bedingungen festgelegt, die für mögliche Einsätze gelten, ohne dass jedoch der Verleiher verpflichtet wird, einen Einsatz anzubieten, oder der Bewerber, einen solchen anzunehmen. Die Wirkungen dieses Vertrags hängen also von der aufschiebenden Bedingung ab, dass sich die Parteien später über einen Einsatz, vor allem über seine Dauer und die entsprechende Vergütung, einigen können²⁹.

Dieser zweite Vertrag, oft Einsatzvertrag genannt, ergänzt durch die im Rahmenvertrag vereinbarten Bedingungen, bildet den Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR. Dafür gilt der Zehnte Titel des OR, vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen der Art. 19 und 20 AVG. Er muss schriftlich abgeschlossen werden (Art. 19 Abs. 1 AVG) — und zwar vor Beginn des Einsatzes, ausser wenn die knappe Zeit dies nicht gestattet (Art. 48 AVV) — und bestimmte Angaben über Art, Ort und Dauer des Einsatzes sowie über die vereinbarte Vergütung und Spesen enthalten (Art. 19 Abs. 2 AVG). Der Einsatzvertrag muss von beiden Parteien unterschrieben werden (Art. 13 Abs. 1 OR). Liegt kein schriftlicher oder nur ein lückenhafter Vertrag vor, so gelten die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder die gesetzlichen Vorschriften, ausser es seien für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen mündlich vereinbart worden (Art. 19 Abs. 3 AVG). Verantwortlich für

²³ Cf. Thévenoz, NN. 634-639 und 715-726; contra JAR 1984 113; unschlüssig: RJN 1989 79.

²⁴ Cf. BGE 41 II 494, JdT 1916 I 6; 42 II 615; 50 II 469, JdT 1925 I 53. Cf. Thévenoz, NN. 992-1005.

²⁵ BGE 77 II 148; BGE 83 II 238 f.; BGE 91 II 294, JdT 1966 I 184; BGE 98 II 292 f.; JdT 1973 I 641.

Cf. Thévenoz, NN. 1009-1013.

²⁶ Cf. Thévenoz, NN. 960 ff.

²⁷ Der Leiharbeitsvertrag ist in Bestand und Dauer unabhängig vom einzelnen Einsatz (Art. 27 Abs. 3 AVV). Jeder Einsatz erfordert einen schriftlichen Nachtrag mit den in Art. 19 Abs. 2 AVV aufgezählten Angaben.

²⁸ Es handelt sich jedoch nicht um eine nötige Voraussetzung, cf. RJN 1989 72.

²⁹ Über die Beziehungen zwischen Rahmen- und Einsatzvertrag, cf. Thévenoz, NN. 198-212; Brühwiler, S. 222.

die Erfüllung der Erfordernisse hinsichtlich Form oder Inhalt ist der Verleiher. Andernfalls muss er mit strafrechtlichen Sanktionen und, bei wiederholtem Verstoss, mit dem Entzug seiner Bewilligung rechnen (Art. 39 Abs. 2 lit. c, 16 Abs. 1 lit. b AVG).

2. Anwendung der Gesamtarbeitsverträge

a) Die Mitglieder des Schweizerischen Verbandes der Unternehmungen für temporäre Arbeit (SVUTA) — der nach eigener Darstellung rund 70 % des schweizerischen Marktes ausmacht — schlossen schon 1981 einen Gesamtarbeitsvertrag mit dem Schweizerischen Kaufmännischen Verband (SKV) ab.

Er ist anwendbar auf Angestellte, welche kaufmännische, administrative oder kaufmännisch-technische Arbeiten verrichten (Art. 2 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrags). Mit der Revision des AVG musste auch der Gesamtarbeitsvertrag überarbeitet werden.

Wie jeder Gesamtarbeitsvertrag kommt auch dieser in erster Linie den Angestellten der genannten Bereiche zugute, die Mitglieder des SKV sind und einen Arbeitsvertrag mit einem Arbeitgeber geschlossen haben, der dem SVUTA angehört. Die grosse Mehrheit des administrativen, kaufmännischen und kaufmännisch-technischen Personals gehört jedoch keiner Gewerkschaft an. Deshalb werden diese Personen aufgefordert, eine persönliche Anschlussklärung zu unterzeichnen (Art. 356 b Abs. 1 OR, Art. 2 Abs. 2 des Gesamtarbeitsvertrags), die sie nach dem Günstigkeitsprinzip (effet direct et impératif) in den Genuss der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags bringt (Art. 357 OR)³⁰.

b) Der Gesetzgeber von 1989³¹ wollte vermeiden, dass Arbeitgeber, die einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag³² unterstehen, sich diesem dadurch entziehen, dass sie sich an Temporär- oder Leiharbeitsfirmen wenden, die dem Gesamtarbeitsvertrag nicht unterstehen.

Art. 20 AVG sieht vor, dass die normativen Bestimmungen über Lohn- und Arbeitszeit eines allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrages auch für diejenigen Arbeitnehmer gelten, die vorübergehend in einem Unternehmen tätig sind, das diesem Gesamtarbeitsvertrag untersteht. Es handelt sich namentlich um Bestimmungen in bezug auf normale Arbeitszeit, Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit, Ferien, Feiertage und sonstige arbeitsfreie Tage, sowie Mindestlohn, verschiedene Zuschläge, Prämien und Vergütungen und 13. Monatslohn³³.

Verantwortlich für die Einhaltung dieser allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge ist der Verleiher; er tut daher gut daran, sich bei den Einsatzbetrieben zu erkundigen, ob es einen solchen Vertrag gibt und welche Bestimmungen er enthält.

3. Verhinderung des Arbeitnehmers

Unternehmen, die temporäres Personal überlassen, unterstehen der obligatorischen Unfallversicherung bei der SUVA (Art. 66 Abs. 1 lit. o UVG). Bei Arbeitsunfähigkeit infolge eines Unfalls zahlt die SUVA eine Entschädigung in Höhe von 80 % des Lohns, wobei jedoch die ersten zwei Tage vom Arbeitgeber zu übernehmen sind (Art. 324 b Abs. 3 OR). Die Versicherung gilt vom ersten Tag des Einsatzes an und endet am 31. Tag nach seiner Beendigung (Art. 3 UVG).

³⁰ Ein blosser Hinweis im Einzel- auf den Gesamtarbeitsvertrag oder die wörtliche Übernahme von dessen Bestimmungen bewirkt jedoch noch keine Anwendung des Günstigkeitsprinzips, cf. Thévenoz, NN. 467-510; JAR 1988 385; und im Gegensatz zu der Entscheidung des Genfer Arbeitsgerichtes, JAR 1988 268.

³¹ Nach einer langen Debatte, cf. Amtl. Bull. 1987 N 205 ff., 1988 S 582 f., 1989 N 255 ff., 1989 S 355, 1989 N 1248 ff.

³² Gemäss Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311). Am 30. Juni 1990 waren es 11 kantonale und 10 überkantonale Gesamtarbeitsverträge, cf. JAR 1990 84.

³³ Für eine vollständige Aufzählung, cf. BIGA. Weisungen und Erläuterungen zu Art. 20 AVG.

Bei Krankheit oder Schwangerschaft muss der Lohn gemäss Art. 324 a OR fortgezahlt werden; dieses Recht wird erst nach dreimonatigem Arbeitsverhältnis ohne längere Unterbrechung erworben³⁴. Der Gesamtarbeitsvertrag SVUTA-SKV (Art. 24) sieht jedoch günstigere Bedingungen vor. Gegen eine Beteiligung des temporären Arbeitnehmers an der Prämienzahlung gilt die Versicherung schon vom ersten Tag des Arbeitsverhältnisses an und sichert nach einer zweitägigen Wartefrist eine Leistung von 80 % des Lohns während einer Anzahl Tage, die nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses bemessen wird.

Was den Lohn während der Erfüllung militärischer Pflichten betrifft, bewegt sich dieser Gesamtarbeitsvertrag weitgehend auf der Linie von Art. 324 b OR in Verbindung mit dem EOG.

4. Ferien

Das Recht auf Ferien umfasst zwei Aspekte: man erholt sich, indem man nicht arbeitet, und man bezieht während dieser Zeit seinen Lohn. Solange das Arbeitsverhältnis andauert, können Ferien grundsätzlich nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (Art. 329 d Abs. 2 OR). Lehre und Rechtsprechung machen jedoch eine Ausnahme für Arbeitsverhältnisse, die so unregelmässig sind, dass sie die Gewährung von Ferien in natura ausserordentlich erschweren³⁵.

a) Diese Ausnahme gilt für typische Temporärarbeit, bei der Einsätze von unterschiedlicher Dauer ohne Regelmässigkeit aufeinander folgen und nicht mehr als ein paar Wochen oder Monate ununterbrochener Beschäftigung ausmachen.

In diesen Fällen kann der Verleiher mit jedem (Wochen- oder Monats-) Lohn einen entsprechenden Zusatzbetrag für Ferien auszahlen, die während der Dauer der Einsätze nicht in natura beansprucht werden. Oder er kann am Ende des Arbeitsverhältnisses — d.h. wenn der temporäre Mitarbeiter einen weiteren Einsatz nicht annimmt oder nicht angeboten bekommt — die aufgelaufene Ferienentschädigung auszahlen.

Allerdings muss — die Rechtsprechung ist hier sehr konsequent — diese Entschädigungsform für die Ferien zwischen den Parteien vereinbart, d.h. im Arbeitsvertrag festgelegt worden sein. Auch muss der Lohnanteil für Ferien für den Arbeitnehmer auf jeder Lohnabrechnung klar erkennbar sein. Ein " Pauschalloon ", " inklusive Ferien ", ist nicht zulässig: der nicht getrennt ausgewiesene Ferienanteil bleibt geschuldet und kann vom temporären Arbeitnehmer am Ende seines Einsatzes eingefordert werden³⁶.

Ist diese Entschädigungsform erlaubt, macht der Lohnzuschlag für Ferien 8,33 % aus (bzw. 10,64 % für Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Lebensjahr, die Anspruch auf fünf Wochen Ferien pro Jahr haben, Art. 329 a OR)³⁷.

b) Bei atypischer Temporärarbeit und a fortiori bei Leiharbeit, wenn der Arbeitnehmer einen Einsatz nach dem anderen absolviert und damit eine gewisse Zugehörigkeitsdauer erwirbt, können die Ferien nicht mehr einfach mit einer Geldleistung abgegolten werden:

sie müssen in Form von vergütete Ruhetagen wirklich beansprucht werden. Andernfalls kann der Arbeitnehmer, bei Kündigung seines Vertrags, eine Entschädigung für die Ferien fordern, die ihm in den letzten fünf Jahren nicht wirklich gewährt wurden (Art. 128, Ziff. 3 OR)³⁸.

³⁴ Es handelt sich um die Arbeitsverhältnisse (rapports de travail) und nicht um den einzelnen Einsatzvertrag, denn aufeinanderfolgende Einsätze ohne längere Unterbrechung verlängern entsprechend die Dauer der gemäss Art. 324 a OR berücksichtigten Arbeitsverhältnisse. Cf. Thévenoz, NN. 811 und 698-714; BIGA, Weisungen und Erläuterungen zu Art. 19 AVG; und infra III. 5.

³⁵ Cf. BGE 107 II 434 als Grundsatzentscheidung, und vor kurzem JAR 1988 109 und 301, 1989 281, 1990 204. Weitere Quellenangaben in Thévenoz, Fn. 6 S. 254.

³⁶ Cf. BGE 107 II 434; JAR 1988 109, 1990 149 und 205. Weitere Quellenangaben in Thévenoz, n. 12 S. 255.

³⁷ BIGA, in ARV 1988 10; Thévenoz, N. 757.

³⁸ Cf. JAR 1990 341 und 443.

5. Ende des Arbeitsverhältnisses

Art. 19 Abs. 4 AVG weicht von den in Art. 335 b OR vorgesehenen Kündigungsfristen ab. Diese Sonderregelung³⁹ gilt nur für die temporäre Arbeit, aber nicht für die Leiharbeit und auch nicht für das gelegentliche Überlassen von Personal, denn bei den letzteren Formen des Personalverleihs ist der Arbeitnehmer an den Verleiher durch einen dauerhaften Arbeitsvertrag gebunden, der nicht mit dem Ende eines Einsatzes abläuft⁴⁰.

Es ist zwar möglich, eine bestimmte Dauer festzulegen, doch sind die meisten Temporäreinsätze unbefristet. Art. 19 Abs. 4 AVG sieht für sie während der ersten drei Monate einer " ununterbrochenen Anstellung " eine Mindestkündigungsfrist von 2 Kalendertagen vor; vom vierten bis sechsten Monat gelten 7 Kalendertage. Diese Fristen können im Einzel- oder im Gesamtarbeitsvertrag verlängert, aber nicht verkürzt werden. Nach dem sechsten Monat ist der Gesetzgeber der Auffassung, dass es sich nicht mehr um echte temporäre Arbeit handelt und dass die Kündigung des Vertrags dann den allgemeingültigen Regeln (Art. 335 b und 335 c OR) untersteht.

Wie ist der Begriff " ununterbrochene Anstellung " (emploi ininterrompu)⁴¹ zu verstehen, nach der sich die Länge der Kündigungsfrist bemisst? Er bedeutet, dass die Dauer zweier Einsätze nicht automatisch zusammengezählt werden kann. Die Verlängerung der Kündigungsfrist ist nur dann gerechtfertigt, wenn trotz verschiedener Einsätze in Folge das Arbeitsverhältnis mit dem vertraglichen Arbeitgeber (dem Verleiher) nicht unterbrochen wird. Kurz, es ist davon auszugehen, dass die Anstellung durch die paar Tage Wartezeit, bis ein neuer Einsatz gefunden ist, und auch durch die blosser Ausübung eines Rechtes des Arbeitnehmers auf vorübergehende Unterbrechung seiner Tätigkeit (Ferien, Krankheit, Unfall, usw.) nicht unterbrochen wird^{42 43}.

Hinzu kommt, dass der Schutz gegen missbräuchliche Kündigung und Kündigung zur Unzeit (Art. 336 bis 336 d OR) sowie die Bestimmungen über die fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 337 bis 337 d OR) anwendbar bleiben⁴⁴.

6. Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Verleiher

Art. 23 AVG sieht vor, dass bei Streitigkeiten zwischen Verleihern und Arbeitnehmern bis zu einem Streitwert von 20 000 Franken der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt; das Verfahren ist grundsätzlich kostenlos. Der Kläger kann wählen zwischen dem Gericht am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers⁴⁵, mit welcher der Arbeitsvertrag ausgehandelt und abgeschlossen wurde. Jeder andere Gerichtsstand ist ausgeschlossen und eine Gerichtsstandsvereinbarung wäre ungültig. Ohne vom Bundesrecht dazu gezwungen zu sein, haben die Kantone es in den meisten Fällen Sondergerichten überlassen, über arbeitsrechtliche Streitigkeiten zu befinden.

³⁹ In seiner Botschaft hatte der Bundesrat keine besonderen Kündigungsfristen für die temporäre Arbeit vorgesehen. Art. 19 Abs. 4 wurde von der Ständeratskommission (Amtl. Bull. 1988 S 579 ff.) eingeführt, dann vom Nationalrat (Amtl. Bull. 1989 N 250 ff.) geändert, dem sich schliesslich der Ständerat anschloss (Amtl. Bull. 1989 S 355). Cf. Brühwiler, S. 223.

⁴⁰ Art. 49, 27 Abs. Lit. b und 27 Abs. 4 Lit. c AVV.

⁴¹ Der Begriff wurde von der Ständeratskommission geprägt und im Plenum nie diskutiert. Er findet sich nicht in den Art. 319 ff. OR, wo immer von " Arbeitsverhältnis " (rapports de travail) gesprochen wird.

⁴² Thévenoz, NN. 698-714; a.M. Brühwiler, S. 223 u. Fn. 11.

⁴³ Da Art. 19 Abs. 4 AVG die Kündigungsfrist nach dem Kriterium der Dauer einer ununterbrochenen Anstellung — unabhängig von einer eventuellen Probezeit — regelt, scheint mir die Neuenburger Rechtsprechung, die bei jedem Einsatz von einer neuen Probezeit ausging (RJN 1989 71, kommentiert von Ph. Béguin in L'expert-comptable suisse 1991 164-168), was im Lichte von Art. 335 b OR (cf. JAR 1988 157) fragwürdig ist, überholt.

⁴⁴ Cf. Brühwiler, SS. 224-227.

⁴⁵ Nicht nur die im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung (cf. Art. 642 Abs. 3 OR), sondern auch das einfache Büro oder die Betriebsstätte, cf. supra Fussnote 18.

IV. ARBEITSVERHÄLTNIS ZWISCHEN ARBEITNEHMER UND VERLEIHER

Lehre und Rechtsprechung stimmen darin überein, dass zwischen Arbeitnehmern und Verleihern kein Vertrag geschlossen wird⁴⁶. Dennoch besteht kein juristisches Vakuum. Faktisch handelt es sich um echte Arbeitsverhältnisse⁴⁷. Daraus ergeben sich gegenseitige privat- und öffentlichrechtliche Pflichten.

1. Privatrechtliche Pflichten

Gewisse gegenseitige Pflichten entstehen aus den jeweiligen Verträgen, die der Einsatzbetrieb einerseits und der Arbeitnehmer andererseits mit dem Verleiher abgeschlossen haben. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich gegenüber seinem Arbeitgeber, seine Leistung zugunsten, unter der Befehlsgewalt und nach den Weisungen des Einsatzbetriebes zu erbringen. Die Weisungsbefugnis (Art. 321 d OR), die sich daraus für den letzteren ergibt, stützt sich auf diesen Arbeitsvertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 abs. 1 OR). Ob von einem echten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) gesprochen werden kann oder nicht, ist eine — umstrittene⁴⁸ — Auslegungsfrage dieses Vertrags. Die Rechtsprechung scheint davon auszugehen, dass der Einsatzbetrieb die vertragliche Haftung des Arbeitnehmers aus Art. 321 e OR herleiten kann⁴⁹. Daraus ist zu schliessen, dass der erstere eine Forderung gegen den letzteren erwirbt, deren Erfüllung er selbständig fordern kann, was kennzeichnend ist für einen echten Vertrag zugunsten des Einsatzbetriebs i.S. von Art. 112 Abs. 2 OR.

Spiegelbildlich enthält der Verleihvertrag fast immer das ausdrückliche Versprechen des Einsatzbetriebs, auf die Sicherheit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, was einen wesentlichen Aspekt seines Persönlichkeitsschutzes darstellt (Art. 328 OR). In den seltenen Fällen, in denen der erstere sich nicht freiwillig bereit erklärt haben sollte, gegenüber dem letzteren echte Pflichten zu übernehmen⁵⁰, würde er dennoch gewisse Verpflichtungen eingehen, die unausweichlich beim Arbeitgeber liegen (cf. Art. 361 und 362 OR), insbesondere diejenigen der Art. 328 und 328 a, 329 Abs. 1, 329 a Abs. 1, 329 c Abs. 1 und 2 OR). So sollte m. E. eine Lücke des Gesetzes (Art. 1 Abs. 2 ZGB) geschlossen werden, um das Gleichgewicht der Leistungen zwischen Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb zu wahren und auch, um den Schutz der Arbeitnehmer dort sicherzustellen, wo der Gesetzgeber ihn auch gegen den Willen der Parteien gesichert wissen wollte⁵¹.

Schliesslich werden aufgrund von Art. 342 Abs. 2 OR gewisse öffentlichrechtliche Pflichten, die, wie man sehen wird, aus diesem faktischen Arbeitsverhältnis entstehen, auf das Privatrecht übertragen, wo sie gegenseitige zivilrechtliche Pflichten zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb begründen⁵².

2. Öffentlich-rechtlich begründete Pflichten

Das Bundesgesetz über die Arbeit stützt seine Anwendung nicht auf das Bestehen eines Arbeitsvertrags im zivilrechtlichen Sinne, sondern auf das faktische Kriterium der Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Betrieb eines Arbeitgebers (Art. 1 Abs. 2 ArG), wobei diese Beschäftigung in einem Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck kommt⁵³. Gewisse Pflichten, vor allem finanzieller Art. (cf. Art. 13 ArG), haben in dem faktischen Verhältnis, das zwischen Temporärkraft und Einsatzbetrieb entsteht, keinen Sinn. Wichtig sind im Gegensatz dazu die Bestimmungen über die Hygiene (Art. 6 ArG) und die Dauer der Arbeit (Art. 9 bis 12 und 13 bis 28 ArG), über den Schutz der Jugendlichen und der Frauen

⁴⁶ JAR 1983 251; JAR 1987 296; von Büren, SS. 99-101; Nef, SS. 62-64; Thévenoz, N. 358; Vischer, § 56 II 2 c.

⁴⁷ Vischer (ZSR 1989 I 247) betont diesen Aspekt und spricht von einem arbeitsvertragsähnlichen Rechtsverhältnis sui generis.

⁴⁸ Als echter Vertrag zugunsten Dritter wird die Bestimmung erachtet von: von Büren, SS. 84-86; Thévenoz, NN. 385-398; contra Nef, S. 46 f.; Vischer, § 56 II 2 b; JAR 1983 252.

⁴⁹ SJ 1955 355; BGE 88 II 439; SJZ 1979 30.

⁵⁰ Auch hier im Sinne des echten Vertrags zugunsten eines Dritten, Art. 112 Abs. 2 OR.

⁵¹ Eine ausführliche Darstellung dieser These in Thévenoz, NN. 434-458.

⁵² Cf. Thévenoz, NN. 376-384.

⁵³ Thévenoz, N. 585 und zitierte Lehrmeinung.

(Art. 29 bis 36 ArG) sowie über die Betriebsordnung (Art. 37 bis 39 ArG), für die in erster Linie der Einsatzbetrieb verantwortlich ist⁵⁴.

Die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten untersteht der Gesetzgebung über die Unfallversicherung. Diese schreibt die obligatorische Versicherung aller Arbeitnehmer vor (Art. 1 UVG) und schliesst die temporären Arbeitnehmer direkt der SUVA an⁵⁵. " Der Arbeitgeber, der in seinem Betrieb Arbeitskräfte beschäftigt, die er von einem anderen Arbeitgeber ausleiht, hat hinsichtlich der Arbeitssicherheit gegenüber diesen die gleichen Pflichten wie gegenüber den eigenen Arbeitnehmern ".

V. ÜBERTRITT IN DEN EINSATZBETRIEB

Der Arbeitsvertrag darf die Freiheit des Arbeitnehmers nicht beschneiden, nach Beendigung seines Einsatzes eine feste Anstellung im Einsatzbetrieb anzunehmen (Art. 19 Abs. 5 lit. b AVG)⁵⁶.

Der Gesetzgeber hat jedoch das Interesse der gewerbsmässigen Verleiher daran anerkannt, dass vermieden wird, dass Arbeitgeber unter Berufung auf einen angeblichen vorübergehenden Bedarf einen Arbeitnehmer leihweise einstellen, um ihn in Wirklichkeit vor der festen Anstellung einer Probezeit zu unterziehen, und zwar zu günstigeren Kosten als im Rahmen der privaten Vermittlung (cf. Art. 2 bis 10 AVG). Deshalb gestattet Art. 22, Abs. 2 bis 4, AVG, dass im Verleihvertrag eine Entschädigung zu Lasten des Einsatzbetriebes vorgesehen wird, wenn zwei Bedingungen gleichzeitig erfüllt sind: 1. wenn der Einsatz weniger als drei Monate gedauert hat, und 2. wenn der Arbeitnehmer weniger als drei Monate nach Ende dieses Einsatzes in den Einsatzbetrieb übertritt. Die Entschädigung darf nicht höher sein als der Betrag, den der Einsatzbetrieb dem Verleiher bei einem dreimonatigen Einsatz für Verwaltungsaufwand und Gewinn (Bruttomarge) zu bezahlen hätte.

VI. AUSLÄNDISCHE ARBEITNEHMER

Der Verleih ausländischer Arbeitnehmer in der Schweiz, ob gewerbsmässig oder nicht, unterliegt einschränkenden Bedingungen. Dritten überlassen werden dürfen nur Ausländer, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind (Art. 21 AVG). Art. 29 BVO bestimmt, wann ein ausländischer Arbeitnehmer zum Stellenwechsel berechtigt ist. Von " Hartefällen " (Art. 29 Abs. 3 BVO) abgesehen, sind Kurzaufenthalter, Saisonaufenthalter und Volontäre (im Besitz der Ausweise A und L) davon ausgeschlossen. Grenzgänger (Ausweis G), Jahresaufenthalter (Ausweis B) und Asylsuchende dürfen ihre Stelle erst von ihrem zweiten Arbeitsjahr in der Schweiz an wechseln⁵⁷. Der Einsatz in einem anderen Kanton erfordert immer eine Bewilligung des letzteren (Art. 29 Abs. 3, 2. Satz, BVO).

Der Verleiher als Arbeitgeber hat selbst festzustellen, ob er berechtigt ist, einen ausländischen Arbeitnehmer zu überlassen, oder andernfalls die nötige Bewilligung zu beantragen⁵⁸. Bei Verstoss hat er nicht nur mit den Sanktionen der Ausländergesetzgebung⁵⁹, sondern auch mit denen des AVG zu rechnen, also mit einer Busse bis zu 100 000 Franken (Art. 39 Abs. 1 lit. a AVG) und, bei schwerem oder wiederholtem Verstoss, mit dem Entzug der Bewilligung zum Personalverleih (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG).

Da der Bundesgesetzgeber den Beruf des Personalverleihers einer handelspolizeilichen Bewilligung unterstellt hat, können die Einsatzbetriebe, die mit dieser Reglementierung (auch) geschützt werden

⁵⁴ Cf. Thévenoz, NN. 594-597.

⁵⁵ Cf. supra III. 3.

⁵⁶ Das AVG präzisiert lediglich, was sich bereits aus den Art. 340 ff. OR ergab, nämlich dass eine Konkurrenzverbotsklausel für temporäre Arbeitnehmer ungültig ist, weil ein temporärer Arbeitnehmer nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu seinem Arbeitgeber steht. Cf. Botschaft, BBl 1985 III 614; Thévenoz, NN. 1067-1076, und zitierte Rechtsprechung zu N. 1061.

⁵⁷ Die Kantone können jedoch vorschreiben, dass sie eine Bewilligung beantragen müssen, cf. Art. 29 Abs. 6 BVO.

⁵⁸ Cf. BIGA, Weisungen und Erläuterungen zu art. 21 AVG.

⁵⁹ Art. 23 Abs. 4 und 5 ANAG.

sollen, mit Fug und Recht davon ausgehen, dass der von ihnen Beauftragte die erforderlichen Überprüfungen vorgenommen und gegebenenfalls die nötigen Bewilligungen beantragt und erhalten hat. Die Vornahme der gleichen Überprüfungen sollte ihnen daher erlassen werden können⁶⁰. Sobald jedoch in einem bestimmten Fall der Verdacht einer Unregelmässigkeit entsteht, muss sich der Einsatzbetrieb vergewissern, dass er nicht getäuscht wurde. Stellt er dabei fest, dass Art. 21 AVG verletzt wurde, muss er den sofortigen Ersatz des betreffenden Arbeitnehmers fordern, behält jedoch das Recht, vom Verleiher zu fordern, ihn für den möglicherweise erlittenen Schaden zu entschädigen (Art. 398 OR). Nimmt der Einsatzbetrieb dennoch weiterhin die Dienste eines Arbeitnehmers an, der nicht über eine gültige Erlaubnis verfügt, droht ihm eine Busse bis zu 5000 Franken bzw. im Wiederholungsfall eine Gefängnisstrafe bis zu sechs Monaten (Art. 23 Abs. 4 und 5 ANAG).

VII. DATENSCHUTZ, STATISTISCHE ANGABEN

Ohne die eventuelle Annahme eines Art. 328 b OR⁶¹ abzuwarten, gestattet Art. 18 Abs. 3 AVG den Verleihern die Bearbeitung von Daten über die Arbeitnehmer nur, soweit und solange sie für die Verleihung erforderlich sind. Jede darüber hinausgehende Bearbeitung dieser Daten bedarf der ausdrücklichen, schriftlichen und widerruflichen Zustimmung des Arbeitnehmers (Art. 47 Abs. 4 AVV).

Daraus ergibt sich insbesondere⁶²:

— dass der Verleiher nur die persönlichen Daten von Bewerbern verwerten darf, die bereit sind, Dritten überlassen zu werden;

— dass, ausser bei ausdrücklicher Bewilligung durch den Arbeitnehmer, der Verleiher diese Daten nur innerhalb desjenigen Betriebs verwenden darf, dem diese Angaben gemacht wurden.

Eine zentrale elektronische Verarbeitung der Daten bedarf also der schriftlichen Zustimmung des Arbeitnehmers, die im Rahmenarbeitsvertrag enthalten sein kann;

— dass, wiederum ausser bei ausdrücklicher Zustimmung des Arbeitnehmers, der Verleiher, der Angebote an mehrere potentielle Kunden abgibt, dabei nur Angaben machen darf, mit denen die Kandidaten nicht identifiziert werden können, d. h. nur allgemein gehaltene Angaben über ihre beruflichen Fähigkeiten;

— dass erst wenn ein Kunde einen konkreten Auftrag erteilt, der Verleiher Angaben zur Person des oder der Arbeitnehmer machen darf, die den Wünschen des Kunden entsprechen könnten;

— dass wenn ein Arbeitnehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er nicht mehr bereit ist, einen Einsatz zu übernehmen, der Verleiher die in seinem Besitz befindlichen Daten nicht mehr verwenden oder weitergeben darf;

— dass die (im Hinblick auf mögliche Streitigkeiten oder einfach zu buchhalterischen oder statistischen Zwecken) aufbewahrten Unterlagen gegen Missbrauch geschützt werden müssen⁶³.

Darüber hinaus sind die bewilligungspflichtigen Verleiher gehalten, zum Ende jedes Kalenderjahrs statistische Angaben — in allerdings minimalem Umfang — zu ihrer Tätigkeit zu liefern (Art. 18 Abs. 2 AVG, 46 AVV).

⁶⁰ Im Gegensatz zum früheren Zustand, als die Unternehmen für Temporär- und Leiharbeit noch keiner behördlichen Kontrolle unterstellt waren, cf. BGE 99 IV 110, JdT 1974 IV 85; Thévenoz, NN. 1275-1278. Die von mir hier vorgeschlagene Auslegung wurde jedoch von der Verwaltungs- und Gerichtspraxis noch nicht bestätigt.

⁶¹ Cf. Entwurf eines Bundesgesetzes über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, 528.

⁶² Cf. Art. 47 AVV.

⁶³ In dieser Frage scheinen mir die Weisungen und Erläuterungen des BIGA zu Art. 18 AVG zu restriktiv. Art. 47 Abs. 3 AVV behält zu Recht die Pflichten aus anderen Normen über die Aufbewahrung bestimmter Daten vor. Insbesondere müssen die Buchungsbelege (einschliesslich der " ein- und ausgegangenen Korrespondenz ") während 10 Jahren aufbewahrt werden (Art. 962 Abs. 2 und 3 OR).

BIBLIOGRAPHIE

Brühwiler, Jürg: " Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertrag ", Schweizerische Juristen-Zeitung 87 (1991) 221-229.

Nef, Urs Ch.: " Temporäre Arbeit ", Diss. Zürich, Bern 1971.

Schweizerischer Verband der Unternehmungen für Temporäre Arbeit: " Dokumentation zur Einführung des Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihgesetzes ", Zürich, 1991.

Thévenoz, Luc: " Le travail intérimaire ", Diss. Genf, Lausanne 1987.

Vischer, Frank: " Der Arbeitsvertrag ", in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII.I.2, Basel 1975.

von Büren, Roland: " Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im schweizerischen Recht ", Diss. Bern 1971.

MATERIALIEN ZUM AVG

Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, vom 27. November 1985, Bundesgesetzblatt 1985 III 556-667.

Debatten der Bundesversammlung: Amtliches Bulletin 1987 N 177 ss., 200 ss., 1988 S 564 ss, 1989 N 236 ss., 250 ss., 1247 ss., 1806; 1989 S 353 ss., 623.

Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit: Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [...], Bern 1991.

DURCH ABKÜRZUNGEN ZITIERTE GESETZGEBUNG

ANAG = Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)

ArG = Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.122)

AVG = Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11, AS 1991 392)

AVV = Verordnung vom 9. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.111, AS 1991 408)

BVO = Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR 823.21)

EOG = Bundesgesetz vom 25. September 1952 über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee und Zivilschutz (SR 834.1)

UVG = Bundesgesetz vom 20. März über die Unfallversicherung (SR 832.20)

UVV = Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (SR 832.202)

VUV = Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (SR 832.30)

ANDERE ABKÜRZUNGEN

Neben den üblichen Abkürzungen, wie sie in der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts figurieren, wurden folgende weitere Abkürzungen verwendet: JAR Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts — RJN Revue de jurisprudence neuchâtelaise.