

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Teil Der Personalverleih im wirtschaftlichen Kontext .....</b>	<b>3</b>
§ 1 Wirtschaftliche Bedeutung des Personalverleihs in der Schweiz .....	3
I. Volkswirtschaftliche Einordnung des Personalverleihs .....	3
II. Personalverleihunternehmen .....	4
III. Verliehene Arbeitnehmer .....	4
1. Statistische Kennzahlen .....	4
2. Persönliche Merkmale der verliehenen Arbeitnehmer .....	5
3. Arbeitsbedingungen der verliehenen Arbeitnehmer .....	5
a) Lohn .....	5
b) Dauer und Häufigkeit der Arbeitseinsätze .....	6
c) Zusammenhang zwischen dem Personalverleih, Festanstellungen und Arbeitslosigkeit .....	6
IV. Branchen und Berufsgruppen .....	7
§ 2 Motive für die Wahl sowie Würdigung der Arbeitsform des Personalverleihs .....	8
I. Motive für die Wahl des Arbeitsmodells des Personalverleihs .....	8
1. Aus Sicht der Entleiher .....	8
2. Aus Sicht der verliehenen Arbeitnehmer .....	8
II. Vorteile und Gefahren des Arbeitsmodells des Personalverleihs ..	9
1. Vorteile des Personalverleihs .....	9
2. Gefahren des Personalverleihs .....	9
III. Würdigung der Arbeitsform des Personalverleihs .....	10
<b>2. Teil Grundlagen des Personalverleihs .....</b>	<b>13</b>
§ 3 Anwendbare Rechtsgrundlagen .....	13
I. AVG, AVV und GebV-AVG .....	13
1. Entstehungsgeschichte des AVG .....	13
2. Das AVG vom 6. Oktober 1989 .....	14
3. Ausführungsverordnungen .....	15
II. GAV Personalverleih, weitere GAV und NAV .....	15
III. Art. 319 ff. OR .....	16
IV. Weitere «arbeitsrechtliche» Erlasse .....	16
1. Allgemein .....	16

VII

2. Das Arbeitsgesetz insbesondere . . . . .	16
3. Die Verordnung über die Unfallverhütung insbesondere . . . . .	17
<b>§ 4 Begriff und Anwendungsbereich des Personalverleihs . . . . .</b>	<b>18</b>
I. Begriff des Personalverleihs gemäss AVG und AVV . . . . .	18
1. Überlassen von Arbeitnehmern an Dritte (Art. 12 Abs. 1 AVG) . . . . .	18
2. Abtretung von wesentlichen Weisungsbefugnissen (Art. 26 Abs. 1 AVV) . . . . .	19
a) Allgemeines . . . . .	19
b) Wesentlichkeit der Weisungsbefugnisse . . . . .	20
c) Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Arbeitnehmer . . . . .	22
d) Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion . . . . .	22
3. Bedeutung der Gewerbsmässigkeit für den Begriff des Personalverleihs . . . . .	23
a) Problemstellung . . . . .	23
b) Stellungnahme . . . . .	24
4. Zulässigkeit der Übertragung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber (Art. 333 Abs. 4 OR) . . . . .	26
a) Allgemein . . . . .	26
b) Ausnahmsweise Zulässigkeit des Verleihs eines Arbeitnehmers ohne oder gegen dessen Willen? . . . . .	27
II. Begriff und Anwendungsbereich des Personalverleihs nach dem SECO . . . . .	28
1. Begriff . . . . .	28
2. Der Begriff und Anwendungsbereich des Personalverleihs im Wandel der Zeit . . . . .	29
a) Allgemein . . . . .	29
b) Weisungen aus dem Jahr 1990 . . . . .	29
c) Weisungen aus dem Jahr 2003 . . . . .	30
d) Revision von Art. 26 AVV . . . . .	31
e) Würdigung der Praxis des SECO . . . . .	32
III. Begriff des Personalverleihs in der Lehre und Rechtsprechung . . . . .	33
1. Alternative Bezeichnungen des Personalverleihs . . . . .	33
2. Begriff des Personalverleihs in der Lehre . . . . .	34
3. Begriff des Personalverleihs in der Rechtsprechung . . . . .	35
IV. Fazit: Begriffswesentliche Elemente und Definition des Personalverleihs . . . . .	35
1. Begriffswesentliche Elemente des Personalverleihs . . . . .	35
2. Eigene Begriffsdefinition . . . . .	36

§ 5 Wann liegt Personalverleih vor? – Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen .....	37
I. Problemstellung .....	37
II. Kriterien nach der AVV .....	39
1. Der neue Art. 26 Abs. 2 AVV .....	39
a) Der Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 AVV .....	39
b) Erläuterungen des SECO zu Art. 26 Abs. 2 AVV .....	39
c) Auslegung des neuen Art. 26 Abs. 2 AVV .....	40
aa) Indiziencharakter der Kriterien .....	40
bb) Nicht abschliessende Aufzählung der Kriterien .....	40
cc) Keine Ersetzung der Voraussetzung der Abtretung von wesentlichen Weisungsbefugnissen .....	40
2. Einbindung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes (Art. 26 Abs. 2 lit. a AVV) .....	41
a) Allgemein .....	41
b) Die einzelnen Aspekte der Eingliederung in die Arbeitsorganisation .....	42
c) Bedeutung der Elemente der Eingliederung in die Arbeitsorganisation .....	43
3. Ausführung der Arbeiten mit Hilfsmitteln des Einsatzbetriebes (Art. 26 Abs. 2 lit. b AVV) .....	43
4. Gefahrtragung für Schlechterfüllung durch den Einsatzbetrieb (Art. 26 Abs. 2 lit. c AVV) .....	44
a) Allgemein .....	44
b) Bedeutung des Elements der Gefahrtragung für den Personalverleih .....	45
III. Kriterien nach der BOTSCHAFT AVG .....	46
IV. Praxis und Kriterien des SECO .....	47
1. Im Zweifel pro Personalverleih? .....	47
a) Standpunkt des SECO .....	47
b) Standpunkt der Lehre .....	47
c) Stellungnahme .....	48
2. (Weitere) Abgrenzungskriterien des SECO .....	49
a) Allgemeines .....	49
b) Weisungs- und Kontrollrecht des Einsatzbetriebes (Unterordnungsverhältnis) .....	49
c) Verrechnung von Einsatzstunden .....	49
d) Arbeitsverrichtung am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebes .....	50
e) Keine Haftung des Verleiher für vom Arbeitnehmer verursachte Schäden .....	51

V.	Abgrenzungskriterien gemäss der Lehre . . . . .	52
1.	Indizienkataloge gemäss der Lehre . . . . .	52
a)	Allgemeines . . . . .	52
b)	Indizien für die Einräumung von Weisungsbefugnissen . . . . .	53
c)	Indizien für die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb . . . . .	53
d)	Indizien für das Vorliegen von Personalverleih aufgrund der Vertragsgestaltung zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger . . . . .	54
e)	Weitere Indizien für das Vorliegen von Personalverleih . . . . .	54
f)	Würdigung der Indizienkataloge . . . . .	55
2.	Abgrenzungsansatz gemäss neuerer Lehre . . . . .	55
a)	Grundsätze der Abgrenzung des Personalverleihs von anderen Rechtsverhältnissen . . . . .	55
b)	Bedeutung der Abgrenzungskriterien und Indizien nach dem neueren Abgrenzungsansatz . . . . .	56
c)	Würdigung des neuen Abgrenzungsansatzes . . . . .	57
VI.	Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung . . . . .	58
1.	Allgemeines . . . . .	58
2.	KGVVE vom 22. Januar 2003 i.S. T.AG (Nr. 16) . . . . .	59
a)	Zusammenfassung des Urteils . . . . .	59
b)	Schlussfolgerungen . . . . .	60
3.	BGer 2A.425/2006 vom 30. April 2007 . . . . .	61
a)	Zusammenfassung des Urteils . . . . .	61
b)	Schlussfolgerungen . . . . .	62
4.	BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 . . . . .	62
a)	Zusammenfassung des Urteils . . . . .	62
b)	Stellungnahme und Kritik . . . . .	64
5.	BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014 . . . . .	65
VII.	Nicht massgebliche Kriterien für die Qualifikation als Personalverleih . . . . .	66
VIII.	Abgrenzung zu einzelnen Rechtsverhältnissen . . . . .	67
1.	Vorbemerkung . . . . .	67
2.	Auftrag . . . . .	67
3.	Werkvertrag . . . . .	68
a)	Allgemeines . . . . .	68
b)	Subunternehmer . . . . .	69
4.	Montagevertrag . . . . .	70
5.	Überlassungsverträge . . . . .	70
6.	Arbeitsvermittlung . . . . .	71
a)	Allgemeines . . . . .	71
b)	Try and Hire . . . . .	72

IX.	Exkurs: Personalverleih im Bereich der hauswirtschaftlichen Betreuungs- und Pflegedienstleistungen . . . . .	73
1.	Einführung . . . . .	73
2.	Standpunkt des SECO . . . . .	73
	a) Weisungen aus dem Jahr 2003 . . . . .	73
	b) Überprüfung der Situation im Jahr 2012 . . . . .	74
3.	BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 . . . . .	75
	a) Zusammenfassung der Erwägungen des Urteils betreffend Pflege- und Betreuungsleistungen . . . . .	75
	b) Schlussfolgerungen für die hauswirtschaftlichen Tätigkeiten . . . . .	77
4.	BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014 . . . . .	78
5.	Kritik der Qualifikation der hauswirtschaftlichen Tätigkeiten als Personalverleih . . . . .	79
	a) Allgemeines . . . . .	79
	b) Vertragsgegenstand . . . . .	79
	c) Der Privathaushalt als Einsatzbetrieb . . . . .	80
	d) Das Weisungsrecht gegenüber dem Pflege- und Betreuungspersonal . . . . .	81
	aa) Einräumung von wesentlichen Weisungsbefugnissen an den Privathaushalt durch den Leistungserbringer? . . . . .	81
	bb) Fähigkeit der pflegebedürftigen Person zur Erteilung von Weisungen . . . . .	82
	cc) Erteilung von Weisungen durch die Angehörigen der zu betreuenden Person . . . . .	83
	e) Würdigung weiterer Kriterien . . . . .	83
	f) Arbeitnehmerschutz . . . . .	84
	aa) Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes . . . . .	84
	bb) Normalarbeitsverträge im Bereich Hauswirtschaft . . . . .	85
	cc) Fazit zum Arbeitnehmerschutz bei den hauswirtschaftlichen Tätigkeiten . . . . .	86
X.	Fazit: Vorschlag für ein Kriterien- und Indizienkatalog . . . . .	86
§ 6	Formen des Personalverleihs . . . . .	90
I.	Einleitung . . . . .	90
II.	Temporärarbeit . . . . .	91
1.	Allgemeines . . . . .	91
2.	Vertragsgestaltung bei der Temporärarbeit in der Praxis . . . . .	92
	a) Zwei Verträge . . . . .	92
	b) Der Rahmenvertrag . . . . .	93
	c) Der Einsatzvertrag . . . . .	95
III.	Leiharbeit . . . . .	96
1.	Allgemeines . . . . .	96

a)	Charakteristische Merkmale der Leiharbeit . . . . .	96
b)	Gründe für die Wahl der Verleihform der Leiharbeit . . . . .	97
c)	Bewilligungspflichtige Leiharbeit bei blosser Möglichkeit des Verleihs? . . . . .	98
2.	Vertragsgestaltung bei der Leiharbeit in der Praxis . . . . .	98
IV.	Gelegentliches Überlassen . . . . .	99
1.	Allgemeines . . . . .	99
2.	Vertragsgestaltung beim gelegentlichen Überlassen in der Praxis . . . . .	100
V.	Abgrenzung der verschiedenen Formen des Personalverleihs . . . . .	101
1.	Einleitung . . . . .	101
2.	Abgrenzung der Temporärarbeit von den anderen Verleihformen . . . . .	101
3.	Abgrenzung des gelegentlichen Überlassens von den anderen Verleihformen . . . . .	102
a)	Problemstellung . . . . .	102
b)	Umschreibung des gelegentlichen Überlassens durch das SECO . . . . .	102
c)	Abgrenzung nach dem Geschäftsmodell . . . . .	102
d)	Vorschlag: Abgrenzung nach dem Kriterium der Regelmässigkeit . . . . .	103
VI.	Anwendbarkeit des AVG auf die verschiedenen Verleihformen . . . . .	105
1.	Anwendbarkeit des AVG auf das gelegentliche Überlassen . . . . .	105
a)	Fragestellung . . . . .	105
b)	Widersprüchliche Erwägungen in der BOTSCHAFT AVG . . . . .	105
c)	Meinungsstand der Lehre . . . . .	106
d)	Standpunkt des SECO . . . . .	107
e)	Kein Positionsbezug seitens der Rechtsprechung . . . . .	107
f)	Stellungnahme . . . . .	108
aa)	Grundsätzliche Anwendung des AVG auf das gelegentliche Überlassen . . . . .	108
bb)	Anwendbare Vorschriften des AVG auf das gelegentliche Überlassen . . . . .	109
aaa)	Allgemeines . . . . .	109
bbb)	Schriftform- und Mindestinhaltserfordernis des Arbeitsvertrages (Art. 19 Abs. 1–3 AVG) . . . . .	110
ccc)	Erschwerung oder Verunmöglichung des Übertritts in den Einsatzbetrieb (Art. 19 Abs. 5 lit. b AVG) . . . . .	112
ddd)	Gebühren, finanzielle Vorleistungen und Lohnrückbehalte (Art. 19 Abs. 5 lit. a AVG) . . . . .	113

2.	Anwendungsbereich des AVG de lege ferenda . . . . .	113
VII.	Fazit und Stellungnahme . . . . .	114
§ 7	Die Rechts- und Vertragsverhältnisse im Einzelnen . . . . .	116
I.	Allgemeines . . . . .	116
1.	Der Personalverleih als Dreiecksverhältnis . . . . .	116
2.	Grundsätzliche Problematik betreffend die Rechtsverhältnisse beim Personalverleih . . . . .	117
II.	Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer . . . . .	118
1.	Begriff und Qualifikation . . . . .	118
2.	Wesentlicher Inhalt des Rechtsverhältnisses . . . . .	118
a)	Allgemeines . . . . .	118
b)	Pflichten des Arbeitnehmers . . . . .	120
aa)	Pflicht zur Arbeitsleistung . . . . .	120
bb)	Sorgfalts- und Treuepflicht . . . . .	122
cc)	Weitere Pflichten . . . . .	122
c)	Pflichten des Arbeitgebers . . . . .	123
aa)	Lohnzahlungspflicht und andere entgeltliche Leistungen . . . . .	123
bb)	Fürsorgepflicht . . . . .	125
aaa)	Allgemeines . . . . .	125
bbb)	Besondere Ausprägungen der Fürsorgepflicht beim Personalverleih . . . . .	125
d)	Weitere Rechte und Pflichten . . . . .	126
III.	Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher . . . . .	127
1.	Begriff . . . . .	127
2.	Qualifikation . . . . .	127
a)	Umstrittene Rechtsnatur des Verleihvertrages . . . . .	127
b)	Kein Nominatvertrag . . . . .	128
c)	Vertrag sui generis oder Auftrag? . . . . .	129
aa)	Ausgangslage . . . . .	129
bb)	Keine klare Praxis der Rechtsprechung . . . . .	130
cc)	Stellungnahme . . . . .	131
3.	Wesentlicher Vertragsinhalt . . . . .	133
a)	Allgemeines . . . . .	133
b)	Pflichten des Verleiher . . . . .	133
aa)	Pflicht zur sorgfältigen Suche und Auswahl eines geeigneten Arbeitnehmers . . . . .	133
aaa)	Allgemeines . . . . .	133
bbb)	Inhalt der Pflicht zur Suche und Auswahl eines geeigneten Arbeitnehmers . . . . .	134
ccc)	Anforderung an die Sorgfalt bei der Suche und Auswahl . . . . .	136

ddd) Möglichkeiten zur Haftungsbegrenzung . . . . .	136
bb) Pflicht zur Instruktion des Arbeitnehmers . . . . .	137
cc) Pflicht zur Überlassung des Arbeitnehmers . . . . .	139
dd) Pflicht zur «Abtretung» von wesentlichen Weisungsbefugnissen gegenüber dem Arbeitnehmer . . . . .	140
aaa) Allgemeines . . . . .	140
bbb) Keine Zession des Weisungsrechts . . . . .	141
ccc) Umschreibungen des «Verschaffungsaktes» der Weisungsbefugnisse an den Entleiher durch Lehre und Rechtsprechung . . . . .	141
ddd) Stellungnahme . . . . .	142
eee) Art und Umfang der dem Entleiher eingeräumten Weisungsbefugnisse . . . . .	144
c) Pflichten des Entleihers . . . . .	145
aa) Hauptpflicht: Vergütung . . . . .	145
bb) Nebenpflichten . . . . .	146
d) Anspruch auf Ersatzkraft? . . . . .	146
e) Austauschrecht in Bezug auf den Arbeitnehmer? . . . . .	147
aa) Austauschrecht des Entleihers . . . . .	147
bb) Austauschrecht des Verleiher . . . . .	148
IV. Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer . . . . .	149
1. Kein Vertrag? . . . . .	149
a) Problemstellung . . . . .	149
b) Lehrmeinungen . . . . .	149
c) Rechtsprechung . . . . .	150
d) Zwischenfazit . . . . .	152
2. Grundsatz des Bestehens von direkten Forderungsrechten zwischen Entleiher und Arbeitnehmer . . . . .	152
3. Rechtsgrundlage der direkten Ansprüche . . . . .	153
a) Vertragliche bzw. quasivertragliche Rechte und Pflichten . . . . .	153
b) Verknüpfung der Fürsorgepflicht des Entleihers mit dem Weisungsrecht . . . . .	154
c) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte . . . . .	156
d) Faktisches Vertrags- bzw. Arbeitsverhältnis . . . . .	157
aa) Allgemeines . . . . .	157
bb) Gegenargumente . . . . .	158
aaa) Abschliessende Regelung der faktischen Arbeitsverhältnisse in Art. 320 OR . . . . .	158
bbb) Zwei Arbeitsverhältnisse in Bezug auf den identischen Arbeitslebenssachverhalt . . . . .	159

ccc) Fehlen von wesentlichen Elementen für die Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses	159
ddd) Akzeptanz von faktischen Vertragsverhältnissen	160
cc) Fazit und Schlussbemerkung zum faktischen Vertrags- bzw. Arbeitsverhältnis	160
e) (Echte) Verträge zugunsten Dritter	161
aa) Allgemeines	161
bb) Formbedürftigkeit des Vertrages zugunsten Dritter?	162
aaa) Problemstellung	162
bbb) Der Arbeitsvertrag als Vertrag zugunsten des Entleiher	163
ccc) Der Verleihvertrag als Vertrag zugunsten des Arbeitnehmers	164
ddd) Lösungsansatz	165
f) Ausblick: Arbeitsverhältnis sui generis	166
g) Zwischenfazit	168
4. Inhalt und Umfang der direkten Forderungsrechte	168
a) Allgemeines	168
b) Pflichten des Entleiher gegenüber dem Arbeitnehmer	169
aa) Fürsorgepflicht	169
aaa) Allgemeines	169
bbb) Verhältnis der Fürsorgepflicht des Entleiher zu jener des Verleiher	169
ccc) Aspekte der Fürsorgepflicht des Entleiher	171
ddd) Zum Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeit und Ferien insbesondere	172
bb) Öffentlich-rechtliche Pflichten	173
aaa) Die wesentlichen öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften	173
bbb) Anwendbarkeit von Art. 342 Abs. 2 OR	174
c) Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher	175
aa) Allgemeines	175
bb) Sorgfalts- und Treuepflicht	175
aaa) Allgemeines	175
bbb) Sorgfaltspflicht	176
ccc) Treuepflicht	176
cc) Befolgungspflicht von Weisungen	178
<b>3. Teil Rechtliche Rahmenbedingungen des Personalverleihs</b>	181
<b>§ 8 Regelungen des AVG und seiner Verordnungen</b>	181
I. Bewilligungspflicht	181
1. Ratio legis der Bewilligungspflicht	181

2.	Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht . . . . .	181
a)	Allgemeines . . . . .	181
b)	Personalverleih in Form der Temporär- oder Leiharbeit . . . . .	182
c)	Gewerbsmässigkeit . . . . .	182
aa)	Variante 1: Regelmässige Verleihtätigkeit mit Gewinnabsicht . . . . .	182
aaa)	Regelmässigkeit . . . . .	182
bbb)	Gewinnabsicht . . . . .	183
bb)	Variante 2: Jährlicher Mindestumsatz . . . . .	184
3.	Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung . . . . .	185
a)	Allgemeines . . . . .	185
b)	Betriebliche Voraussetzungen . . . . .	186
aa)	Eintragung in das schweizerische Handelsregister (Art. 13 Abs. 1 lit. a AVG) . . . . .	186
bb)	Zweckmässiges Geschäftslokal (Art. 13 Abs. 1 lit. b AVG) . . . . .	187
cc)	Keine Gefährdung der Interessen der Arbeitnehmer und Entleiher (Art. 13 Abs. 1 lit. c AVG; Art. 32 AVV) . . . . .	187
c)	Persönliche Voraussetzungen . . . . .	189
aa)	Schweizer Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung (Art. 13 Abs. 2 lit. a AVG) . . . . .	189
bb)	Gewährleistung einer fachgerechten Verleihtätigkeit (Art. 13 Abs. 2 lit. b AVG; Art. 33 AVV) . . . . .	189
cc)	Leumund (Art. 13 Abs. 2 lit. c AVG) . . . . .	191
dd)	Kenntnisse der ausländischen Verhältnisse bei Verleih ins Ausland (Art. 13 Abs. 3 AVG) . . . . .	192
d)	Prüfung der Musterverträge (Art. 34a AVV) . . . . .	192
e)	Leistung der Kaution (Art. 14 AVG; Art. 35 ff. AVV) . . . . .	193
4.	Bewilligungsgesuch . . . . .	193
5.	Die Verleihbewilligung . . . . .	194
a)	Rechtsnatur der Bewilligung . . . . .	194
b)	Inhalt und Umfang der Bewilligung (Art. 15 AVG; Art. 42 AVV) . . . . .	195
c)	Bewilligungsbehörde . . . . .	196
d)	Bewilligungsgebühr (Art. 7 GebV-AVG) . . . . .	197
6.	Entzug und Aufhebung der Bewilligung . . . . .	197
a)	Entzug der Bewilligung (Art. 16 AVG; Art. 44 AVV) . . . . .	197
aa)	Gründe für den Bewilligungsentzug . . . . .	197
bb)	Verfahren des Bewilligungsentzugs . . . . .	199
b)	Aufhebung der Bewilligung (Art. 45 AVV) . . . . .	200

7. Auskunftspflicht (Art. 17 AVG; Art. 43 AVV) . . . . .	200
8. Zweigniederlassungen (Art. 12 Abs. 3 AVG; Art. 31 und Art. 41 AVV) . . . . .	202
9. Rechtsfolgen bei Nichtvorliegen der Bewilligung . . . . .	202
10. Möglichkeiten bei Unklarheit über die Unterstellung unter die Bewilligungspflicht . . . . .	204
a) Negative Feststellungsverfügung . . . . .	204
aa) Voraussetzungen . . . . .	204
bb) Vor- und Nachteile . . . . .	205
b) Schriftliche Auskunft . . . . .	206
c) Konsequenzen der Möglichkeiten im Zweifelsfalle . . . . .	206
<b>II. Kautionspflicht . . . . .</b>	<b>207</b>
1. Ratio legis der Kautionspflicht . . . . .	207
2. Voraussetzung der Kautionspflicht . . . . .	208
3. Gegenstand der Kautionspflicht . . . . .	208
4. Hinterlegungsort der Kautionspflicht (Art. 36 AVV) . . . . .	208
5. Höhe der Kautionspflicht (Art. 14 Abs. 2 AVG; Art. 6 GebV-AVG) . .	208
6. Arten der Hinterlegung der Kautionspflicht (Art. 37 AVV) . . . . .	209
7. Freigabe der Kautionspflicht (Art. 38 AVV) . . . . .	210
8. Verwertung der Kautionspflicht (Art. 39 AVV) . . . . .	211
<b>III. Verleihtätigkeit . . . . .</b>	<b>212</b>
1. Allgemeines . . . . .	212
2. Arbeitsvertrag (Art. 19 AVG) . . . . .	212
a) Schriftform und Mindestinhalt (Art. 19 Abs. 1–2 AVG) . .	212
aa) Grundsatz . . . . .	212
bb) Ausnahmen (Art. 48 AVG) . . . . .	214
cc) Beweis- und Schutzfunktion . . . . .	214
b) Zu ausgewählten Regelungsinhalten des Arbeits- vertrages	215
aa) Regelung der Dauer des Einsatzes (Art. 19 Abs. 2 lit. c AVG) . . . . .	215
bb) Regelung der Arbeitszeit (Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG) . .	216
aaa) Spezielle Weisung des SECO . . . . .	216
bbb) Rechtsprechung . . . . .	218
cc) Regelung des Lohns (Art. 19 Abs. 2 lit. e AVG) und des Auszahlungstermins (Art. 19 Abs. 2 lit. g AVG) . .	219
c) Spezielle Kündigungsfristen bei der Temporärarbeit (Art. 19 Abs. 4 AVG; Art. 49 AVV) . . . . .	219
aa) Grundsatz . . . . .	219
bb) Abänderbarkeit der Minimalkündigungsfristen . . . . .	220
cc) Berechnung der Kündigungsfristen . . . . .	220
dd) «Ununterbrochene Anstellung» . . . . .	221

d) Niedrige Vereinbarungen (Art. 19 Abs. 5 AVG) . . . . .	223
e) Rechtsfolgen von Mängeln des Arbeitsvertrages . . . . .	223
3. Verleihvertrag (Art. 22 AVG) . . . . .	224
a) Schriftform und Mindestinhalt (Art. 22 Abs. 1 AVG) . . . . .	224
aa) Grundsatz . . . . .	224
bb) Ausnahmen (Art. 50 AVV) . . . . .	225
cc) Beweis- und Schutzfunktion . . . . .	225
b) Niedrige Vereinbarungen (Art. 22 Abs. 2–4 AVG) . . . . .	226
c) Rechtsfolgen von Mängeln des Verleihvertrages . . . . .	227
4. Allgemeinverbindliche GAV der Einsatzbetriebe (Art. 20 AVG) . . . . .	227
a) Allgemeines . . . . .	227
b) Beschränkung der Anwendbarkeit von GAV . . . . .	229
aa) Beschränkung nach der Art des GAV . . . . .	229
aaa) Beschränkung auf ave GAV . . . . .	229
bbb) Ausdehnungsklauseln in nicht für allgemeinverbindlich erklärten GAV . . . . .	230
bb) Beschränkung auf die Anwendung von spezifischen Bestimmungen von ave GAV . . . . .	232
aaa) Allgemeines . . . . .	232
bbb) Lohnbestimmungen (Art. 48a Abs. 1 AVV) . . . . .	233
ccc) Arbeitszeitbestimmungen (Art. 48a Abs. 2 AVV) . . . . .	234
ddd) Bestimmungen betreffend Weiterbildungs- und Vollzugskostenbeiträge sowie den flexiblen Altersrücktritt (Art. 48b f. AVV) . . . . .	235
c) Bestimmung des anwendbaren ave GAV . . . . .	236
d) Kontrolle der Einhaltung von ave GAV . . . . .	237
e) Rechtsfolgen der Nichteinhaltung von ave GAV . . . . .	238
f) Auf den Verleihbetrieb selbst anwendbarer GAV . . . . .	239
5. Weitere Pflichten des Verleiher . . . . .	240
a) Besondere Pflichten des Verleiher . . . . .	240
aa) Ausschreibung von Stellenangeboten (Art. 18 Abs. 1 AVG) . . . . .	240
bb) Arbeitsmarktbeobachtung (Art. 18 Abs. 2 AVG; Art. 46 AVV) . . . . .	240
cc) Datenschutz (Art. 18 Abs. 3 AVG; Art. 47 AVV) . . . . .	241
b) Ausländische Arbeitnehmer (Art. 21 AVG) . . . . .	243
aa) Grundsatz . . . . .	243
bb) Staatsangehörige der EU und der EFTA . . . . .	243
cc) Drittstaatsangehörige . . . . .	244
dd) Prüfungspflicht der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit . . . . .	246

ee) Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlung . . . . .	246
IV. Neuerungen per 1. Januar 2014 . . . . .	247
1. Weiterverleih von verliehenen Arbeitnehmern (Art. 26 Abs. 3 AVV) . . . . .	247
2. Arbeitsgemeinschaften (Art. 26 Abs. 4 AVV) . . . . .	248
3. Ausschliesslicher Verleih des Inhabers oder der Mitbesitzer von Betrieben (Art. 28 Abs. 2 AVV) . . . . .	249
<b>§ 9 Regelungen des Personalverleihs ausserhalb des AVG . . . . .</b>	<b>251</b>
I. Gesundheitsvorsorge und Arbeitssicherheit . . . . .	251
II. Beachtung von Normalarbeitsverträgen (Art. 360d Abs. 1 OR) . . . . .	251
III. Sozialversicherungsrechtliche Regelungen (Auswahl) . . . . .	252
1. Versicherungspflicht der verliehenen Arbeitnehmer bei der SUVA . . . . .	252
a) Allgemeines . . . . .	252
b) Konsequenzen für die Verleihbetriebe . . . . .	253
2. Berufliche Vorsorge . . . . .	253
<b>§ 10 Konzerninterner Personalverleih . . . . .</b>	<b>255</b>
I. Begriff und Anwendungsbereich . . . . .	255
II. Anwendbarkeit des AVG . . . . .	255
III. Ausnahme von der Bewilligungspflicht . . . . .	256
1. Praxis des SECO . . . . .	256
2. Standpunkt der Lehre . . . . .	256
IV. Ausnahme vom Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland in die Schweiz . . . . .	258
1. Praxis des SECO . . . . .	258
2. Standpunkt der Lehre . . . . .	258
V. Praxisverschärfung des SECO betreffend den konzerninternen Personalverleih . . . . .	259
VI. Stellungnahme . . . . .	260
<b>§ 11 Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitsverhältnisses beim Personalverleih . . . . .</b>	<b>262</b>
I. Kettenarbeitsverträge . . . . .	262
II. Probezeit . . . . .	264
1. Allgemeines . . . . .	264
2. Spezielle Vereinbarung der Probezeit erforderlich? . . . . .	264
a) Unbefristete Einsätze . . . . .	264
b) Befristete Einsätze . . . . .	265
3. Dauer der Probezeit . . . . .	265
4. Kündigungsfrist während der Probezeit . . . . .	266
5. Neue Probezeit bei jedem neuen Einsatz . . . . .	266

6.	Probezeit bei Übertritt des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb . . . . .	267
III.	Feiertage und Ferien . . . . .	269
1.	Feiertage . . . . .	269
2.	Ferien . . . . .	269
a)	Ferienanspruch gegenüber dem Verleiher . . . . .	269
b)	Abgeltung des Ferienlohns bzw. des Ferienanspruchs . . . . .	269
aa)	Standpunkt der Rechtsprechung und Lehre . . . . .	269
bb)	Abgeltung des Ferienlohns («Ferienlohn inbegriffen») . . . . .	271
cc)	Abgeltung des Ferienanspruchs . . . . .	272
IV.	Flexibilitätsanforderungen an den verliehenen Arbeitnehmer . . . . .	273
1.	Überstunden . . . . .	273
2.	Arbeitsort und Arbeitsweg . . . . .	274
V.	Betriebsübergang . . . . .	275
VI.	Beendigung des Arbeitsvertrages . . . . .	276
1.	Kündigungsrecht des Entleiher . . . . .	276
2.	Delegation des Kündigungsrechts . . . . .	277
3.	Koppelung der Beendigung des Arbeitsvertrages an die Beendigung des Verleihvertrages? . . . . .	277
4.	Kündigungsschutz . . . . .	278
VII.	Arbeitszeugnis . . . . .	279
VIII.	Nachvertragliche Konkurrenzverbote beim Personalverleih . . . . .	281
1.	Nachvertragliches Konkurrenzverbot des verliehenen Arbeitnehmers . . . . .	281
a)	Zugunsten des Verleiher . . . . .	281
aa)	Tätigkeit für einen Entleiher . . . . .	281
bb)	Tätigkeit für einen anderen Verleiher . . . . .	282
cc)	Tätigkeit für Drittkonkurrenten . . . . .	283
b)	Zugunsten des Entleiher . . . . .	283
2.	Nachvertragliches Konkurrenzverbot des im Verleihbetrieb selbst tätigen Arbeitnehmers . . . . .	284
§ 12	Haftungsverhältnisse beim Personalverleih . . . . .	286
I.	Allgemeine Vorbemerkungen . . . . .	286
II.	Haftung des Verleiher . . . . .	286
1.	Haftung des Verleiher gegenüber dem Entleiher . . . . .	286
a)	Vertragliche Haftung . . . . .	286
aa)	Allgemeines . . . . .	286
bb)	Keine Hilfspersonenqualität des Arbeitnehmers im Rahmen der Arbeitsverrichtung . . . . .	287
b)	Ausservertragliche Haftung . . . . .	289
2.	Haftung des Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer . . . . .	289

a) Haftung für finanzielle Ansprüche des Arbeitnehmers und für Fürsorgepflichtverletzungen .....	289
b) Haftung bei Verletzung von öffentlich-rechtlichen Schutzworschriften .....	290
3. Haftung des Verleiher gegenüber Dritten .....	291
III. Haftung des Entleiher .....	291
1. Haftung des Entleiher gegenüber dem Verleiher .....	291
a) Haftung bei Verletzung des Arbeitnehmers durch den Entleiher .....	291
b) Weitere mögliche Haftungskonstellationen .....	292
2. Haftung des Entleiher gegenüber dem Arbeitnehmer .....	292
a) Rechtsgrundlagen der Haftung .....	292
b) Haftung bei Fürsorgepflichtverletzungen .....	294
c) Haftung bei Verletzung von öffentlich-rechtlichen Schutzworschriften .....	294
3. Haftung des Entleiher gegenüber Dritten .....	295
IV. Haftung des Arbeitnehmers .....	296
1. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Verleiher .....	296
a) Allgemeines .....	296
b) Schuldhafte Nicht- oder Spätleistung der Arbeitspflicht insbesondere .....	297
2. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher .....	298
a) Rechtsgrundlagen der Haftung .....	298
aa) Vertragliche Haftung (Art. 321e OR) .....	298
bb) Ausservertragliche Haftung .....	299
cc) Drittschadensliquidation .....	300
b) Haftungskonstellationen .....	302
aa) Verletzung der Sorgfalts-, Treue- und Befolgungspflicht .....	302
bb) Mangelhafte Arbeitsleistung insbesondere .....	303
cc) Verletzung von öffentlich-rechtlichen Pflichten .....	303
c) Reduktion der Vergütung des Verleiher durch den Entleiher bei Schadensverursachung durch den Arbeitnehmer .....	304
3. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten .....	305
§ 13 Personalverleih mit Auslandberührung .....	306
I. Personalverleih vom Ausland in die Schweiz .....	306
1. Grundsatz: Verbot des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz .....	306
2. Konstellationen des verbotenen Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz .....	307

3.	Ausnahmen: Erlaubte Konstellationen des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz . . . . .	308
a)	Konzerninterner Personalverleih vom Ausland in die Schweiz . . . . .	308
b)	Rekrutierung von Staatsangehörigen der EU/EFTA im Ausland zum Zweck des Personalverleihs in der Schweiz . . . . .	308
c)	Ausnahme vom Verbot des indirekten Personalverleihs . . . . .	309
d)	Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz über eine schweizerische Zweigniederlassung des Verleiher . . . . .	309
4.	Vereinbarkeit des Verbots des Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz mit dem FZA . . . . .	310
a)	Keine Liberalisierung des Personalverleihs im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs gemäss FZA . . . . .	310
b)	Vereinbarkeit des Verbots des indirekten Personalverleihs vom Ausland in die Schweiz mit dem FZA . . . . .	312
II.	Personalverleih von der Schweiz ins Ausland . . . . .	313
III.	Exkurs: Mögliche Auswirkungen der Masseneinwanderungsinitiative auf den Personalverleih . . . . .	314
1.	Ausgangslage . . . . .	314
2.	Auswirkungen einer allfälligen Neuverhandlung bzw. Kündigung des FZA auf den Personalverleih . . . . .	315
<b>4. Teil Der GAV Personalverleih</b>		317
<b>§ 14 Allgemeines</b>		317
I.	Entstehungsgeschichte und aktueller Stand . . . . .	317
II.	Überblick über die primären Ziele und Vorteile des GAVP sowie kritische Stimmen . . . . .	318
1.	Primäre Ziele des GAVP . . . . .	318
2.	Wesentliche Vorteile des GAVP . . . . .	319
3.	Kritische Stimmen zum GAVP . . . . .	320
III.	Einordnung des GAVP im kollektiven Arbeitsrecht . . . . .	321
IV.	Allgemeinverbindlicherklärung . . . . .	322
1.	AVE-Verfahren des GAVP mit Hindernissen . . . . .	322
2.	Gegebene Voraussetzungen für die AVE des GAVP . . . . .	322
a)	Personalverleih als eigenständiger Wirtschaftszweig . . . . .	322
b)	Notwendigkeit der AVE . . . . .	323
c)	Dreifaches Quorum . . . . .	324
aa)	Allgemeines . . . . .	324
bb)	Quoren in Bezug auf den GAVP . . . . .	325
3.	Umfang der AVE . . . . .	326
<b>§ 15 Geltungsbereich des ave GAVP</b>		327
I.	Örtlicher Geltungsbereich . . . . .	327

II.	Betrieblicher Geltungsbereich . . . . .	328
1.	Allgemeines . . . . .	328
2.	Erfordernis einer Verleihbewilligung . . . . .	328
3.	Versicherung in der Klasse 70C der SUVA . . . . .	329
4.	Jährliche Mindestlohnsumme der verliehenen Arbeitnehmer . . . . .	330
5.	Sonderregelung für die ICT-Branche . . . . .	331
III.	Persönlicher Geltungsbereich . . . . .	331
1.	Allgemeines . . . . .	331
2.	Ausnahme 1: Verliehene Arbeitnehmer mit Löhnen über dem maximal versicherten Verdienst der SUVA . . . . .	331
3.	Ausnahme 2: In landwirtschaftliche Betriebe verliehene Arbeitnehmer bei Engpässen . . . . .	332
§ 16	Verhältnis des GAVP zu anderen GAV . . . . .	333
I.	Hintergrund der besonderen Bedeutung der Abgrenzung des GAVP zu anderen GAV . . . . .	333
II.	Allgemeine Grundsätze der Konkurrenz von verschiedenen GAV . . . . .	333
1.	Kollisionsregeln gemäss GAV . . . . .	333
2.	Vorrang des ave GAV . . . . .	334
3.	Prinzip der Tarifeinheit: Vorrang des Branchenvertrages . . . . .	334
4.	Spezialitätsprinzip . . . . .	335
5.	Weitere Kollisionsregeln . . . . .	335
a)	Günstigkeitsprinzip . . . . .	335
b)	Anzahl der dem GAV unterstellten Arbeitnehmer . . . . .	336
6.	Konkurrenz von mehreren ave GAV . . . . .	336
III.	Die Kollisionsbestimmung gemäss Art. 3 GAVP . . . . .	336
1.	Der Wortlaut von Art. 3 GAVP . . . . .	336
2.	Grundsatz betreffend das Verhältnis des GAVP zu anderen GAV . . . . .	337
3.	Szenario 1: Konkurrenz des GAVP zu den auf die Einsatzbetriebe anwendbaren ave GAV oder GAV gemäss Anhang 1 ave GAVP . . . . .	338
a)	Subsidiarität des ave GAVP gegenüber anderen GAV . . . . .	338
aa)	Grundsatz . . . . .	338
bb)	Bedeutung der Subsidiaritätsbestimmung von Art. 3 Abs. 1 ave GAVP . . . . .	339
b)	Priorität des GAVP gegenüber anderen GAV . . . . .	340
aa)	Grundsatz . . . . .	340
bb)	Bedeutung der Prioritätsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 ave GAVP . . . . .	341
cc)	Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 ave GAVP zu Art. 20 AVG . . . . .	341
aaa)	Problemstellung . . . . .	341

bbb) Lösungsansätze . . . . .	342
ccc) Stellungnahme . . . . .	344
dd) Zum Begriff der Gleichwertigkeit . . . . .	345
aaa) Aktueller Stand der Diskussion . . . . .	345
bbb) Stellungnahme und Lösungsansätze . . . . .	346
4. Szenario 2: Konkurrenz des GAVP zu den auf die Einsatzbetriebe anwendbaren GAV ausserhalb des Anhang 1 ave GAVP . . . . .	347
a) Grundsatz: Vollumfängliche Geltung des GAVP . . . . .	347
b) Ausnahmen . . . . .	347
<b>§ 17 Ausgewählte inhaltliche Aspekte des GAVP . . . . .</b>	<b>349</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	349
II. Beschäftigungsdauer . . . . .	349
III. Probezeit und Kündigungsfristen . . . . .	350
1. Probezeit . . . . .	350
2. Kündigungsfristen . . . . .	350
a) Dauer der Kündigungsfristen . . . . .	350
b) Keine AVE der Kündigungsfristen . . . . .	351
IV. Arbeitszeit . . . . .	352
1. Vorfrage . . . . .	352
2. Wöchentliche Normalarbeitszeit und Überstunden . . . . .	352
3. Überzeit . . . . .	352
V. Ferien . . . . .	354
1. Dauer der Ferien und Berechnung des Ferienlohns . . . . .	354
2. Auszahlung des Ferienlohns . . . . .	354
VI. Lohn . . . . .	356
1. Vorfragen . . . . .	356
2. Mindestlohn . . . . .	356
3. Weitere Lohnbestandteile und Zuschläge . . . . .	357
4. Lohnauszahlung . . . . .	358
VII. Vollzug und Durchsetzung des ave GAVP . . . . .	358
1. Gemeinsame Durchführung . . . . .	358
a) Allgemeines . . . . .	358
b) Vollzugsorgane des ave GAVP . . . . .	359
c) Geltendmachung von Ansprüchen aus der gemeinsamen Durchführung . . . . .	360
aa) Allgemeines . . . . .	360
bb) In Bezug auf den ave GAVP . . . . .	362
2. Auskunftsanspruch der Vollzugsorgane . . . . .	363
3. Kontrolle der Einhaltung des ave GAVP . . . . .	364
a) Zuständigkeit für die Kontrollen . . . . .	364
b) Inhaltlicher Umfang der Kontrollen . . . . .	364

c) Kontrollverfahren . . . . .	364
4. Sanktionen bei Verstößen gegen den ave GAVP . . . . .	365
a) Sanktionen bei geringfügigen Verstößen gegen den ave GAVP . . . . .	365
b) Sanktionen bei nicht geringfügigen Verstößen gegen den ave GAVP . . . . .	365
5. Rechtsschutz . . . . .	366
a) Ausgangslage: Rekurskommission nach ave GAVP . . . . .	366
b) Allgemeines zur GAV-internen Rechtspflege . . . . .	367
c) Würdigung der Rekurskommission nach ave GAVP . . . . .	368
<b>5. Teil Prozessuale Aspekte beim Personalverleih . . . . .</b>	<b>371</b>
<b>§ 18 Prozess zwischen Verleiher und Arbeitnehmer . . . . .</b>	<b>371</b>
I. Ausgangslage: Arbeitsverhältnis . . . . .	371
II. Örtliche Zuständigkeit . . . . .	371
1. Allgemeines . . . . .	371
2. Zuständigkeit für arbeitsrechtliche Klagen . . . . .	372
a) Allgemeines . . . . .	372
b) Die Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort im Allgemeinen . . . . .	372
c) Die Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort beim Personalverleih . . . . .	372
3. Zuständigkeit bei Klagen nach AVG . . . . .	374
III. Verfahren . . . . .	375
1. Vereinfachtes Verfahren . . . . .	375
a) Anwendungsbereich und Verfahrenserleichterungen . . . . .	375
b) Zur eingeschränkten Untersuchungsmaxime insbesondere . . . . .	375
2. Ordentliches Verfahren . . . . .	376
3. Summarisches Verfahren . . . . .	377
<b>§ 19 Prozess zwischen Verleiher und Entleiher . . . . .</b>	<b>378</b>
I. Ausgangslage: Verleihvertrag . . . . .	378
II. Örtliche Zuständigkeit . . . . .	378
1. Allgemeines . . . . .	378
2. Zum Erfüllungsort der charakteristischen Leistung des Verleihvertrages . . . . .	378
III. Verfahren . . . . .	380
<b>§ 20 Prozess zwischen Entleiher und Arbeitnehmer . . . . .</b>	<b>381</b>
I. Ausgangslage . . . . .	381
II. Faktisches Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer . . . . .	381
III. Verträge zugunsten Dritter . . . . .	382
1. Anspruchsgrundlagen für die direkten Ansprüche . . . . .	382

2. Problemstellung . . . . .	383
3. Praktische Bedeutung der Problematik . . . . .	384
4. Lösungsansatz . . . . .	385
a) Änderung der gesetzlichen Grundlagen . . . . .	385
b) Abstellen auf den Gehalt der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Ansprüche . . . . .	385
<b>Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .</b>	<b>387</b>
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	401
Literaturverzeichnis . . . . .	407
Materialienverzeichnis . . . . .	419