

Im Fokus: Die Tücken beim Verleihen von Personal

Urs Egli und Anne Koller-Dolivo

Wenn ein Unternehmen Kunden eigene Mitarbeiter zur Verfügung stellt, liegt Personalverleih vor. Aber Achtung: Auch was als Dienstleistung bezeichnet wird, kann Personalverleih darstellen.

Das Verleihen von Personal ist gesetzlich geregelt. Wer seinen Kunden eigene Arbeitnehmer für Arbeitseinsätze gewerbsmässig (mehr als 10 Verträge pro Jahr oder mehr als CHF 100'000 Umsatz) zur Verfügung stellt, benötigt hierfür eine Bewilligung. Zudem sind bei der Redaktion der Arbeitsverträge gewisse gesetzliche Vorschriften zu beachten.

Auf den 1.1.2012 ist ein branchenübergreifender Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für den Personalverleih allgemeinverbindlich erklärt worden. Falls ein Unternehmen in den Geltungsbereich des GAV fällt, sind neu auch dessen Rahmenbedingungen einzuhalten.

Wann liegt Personalverleih im Sinne des Gesetzes vor?

Beim Personalverleih überlässt ein Verleiher (Arbeitgeber) seinen von ihm angestellten Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb (Kunde) für die Erbringung von Arbeitsleistungen. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Verleiher wesentliche Weisungsbefugnisse über seine eigenen Arbeitskräfte an den Einsatzbetrieb abtritt und der Einsatzbetrieb Überwachungs-, Führungs- und Sorgfaltspflichten übernimmt. Die übertragenen Weisungsbefugnisse umfassen in der Regel die Art der Arbeitsverrichtung, Wahl der Hilfsmittel, Ziel- oder Fachanweisungen, Geheimhaltung und das Verhalten im Einsatzbetrieb.

Im Wesentlichen geht es darum, wer dem Arbeitnehmer sagt, wie er konkret seine Arbeitsleistung zu erbringen hat. Deshalb genügt es, sich die folgende Frage zu stellen: Weiss ich als Arbeitgeber genau, was mein Arbeitnehmer beim Kunden macht und habe ich darauf Einfluss? Falls nicht, liegt Personalverleih vor.

Andernfalls jedoch liegt wahrscheinlich kein Personalverleih, sondern ein Auftrag oder Werkvertrag vor. Indizien dafür sind: Resultatverantwortung gegenüber dem Kunden, keine Weisungs- und Kontrollrechte des Kunden, keine persönliche, organisatorische und zeitliche

Einbindung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Kunden.

Unternehmen, welche ihre Dienstleistungen nicht im Bereich des Personalverleihs erbringen, wird daher empfohlen, dies in den Verträgen mit den Kunden klar zu regeln.

Welche Verleihstätigkeit ist bewilligungspflichtig?

Bewilligungspflichtig sind Unternehmen, die Arbeitnehmer im Rahmen von **Temporärarbeit** oder **Leiharbeit** gewerbsmässig überlassen.

Bei der **Temporärarbeit** wird der Arbeitnehmer ausschliesslich zum Zweck des Verleihs an Einsatzbetriebe angestellt. In der Praxis schliesst der Verleiher mit dem Arbeitnehmer einen Rahmenvertrag (allgemeine Arbeitsbedingungen) sowie für jeden einzelnen Arbeitseinsatz in einem Einsatzbetrieb einen Einsatzvertrag (Arbeitsvertrag) ab. Wenn der Einsatz beendet ist, besteht zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr. Der Rahmenvertrag begründet nämlich weder eine Pflicht des Verleihers, einen Einsatz anzubieten, noch eine Pflicht des Arbeitnehmers, einen angebotenen Einsatz anzunehmen.

Bei der **Leiharbeit** geht es um etwas anderes. Der Verleiher führt einen eigenen Betrieb und stellt seine Arbeitnehmer unabhängig von geplanten Einsätzen in Einsatzbetrieben an. Der Arbeitnehmer kann sowohl im Betrieb selber arbeiten als auch jederzeit verliehen werden. Der Arbeitnehmer hat damit einen Anspruch auf Beschäftigung und auf ein Arbeitsverhältnis, das die allfälligen Einsätze grundsätzlich überdauert.

Gewerbsmässigkeit liegt vor, wenn der Arbeitgeber entweder

- erstens regelmässig und zweitens mit Gewinnabsicht Personal bei Einsatzbetrieben einsetzt. Regelmässigkeit wird bejaht, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge abgeschlossen werden. Gewinnabsicht liegt vor, wenn die Verrechnung der ausgeliehenen Arbeitskräfte die entsprechenden Lohn- und Lohnnebenkosten zuzüglich Verwaltungsanteile übersteigt (also praktisch immer);

oder

- mit der Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von 100'000 Franken erzielt.

Die Verleihtätigkeit innerhalb der Schweiz erfordert eine kantonale Bewilligung. Falls die Tätigkeit auch über die Grenzen der Schweiz hinweg erfolgt, wird zusätzlich eine eidgenössische Bewilligung vom Seco benötigt.

Was ist bei der Redaktion der Arbeitsverträge zu beachten?

Bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages sind bei jedem Personalverleih die dem Obligationenrecht (OR) übergeordneten zwingenden Vorschriften des Art. 19 Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) einzuhalten. Der Arbeitsvertrag ist schriftlich abzuschliessen. Insbesondere sind immer folgende Punkte darin zu regeln: Art der zu leistenden Arbeit, Arbeitsort, Beginn, Dauer und Kündigungsfristen, Arbeitszeiten, Lohn, Spesen, Zulagen sowie die entsprechenden Zahlungstermine, Sozialversicherungsbeiträge, Leistungen bei Überstunden, Ferien, Krankheit, Unfall, Mutterschaft und Militärdienst.

Regelungen über Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte zu Lasten des Arbeitnehmers und insbesondere das Verunmöglichen oder Erschweren nach Ablauf des Arbeitsvertrages in den Einsatzbetrieb überzutreten sind nichtig.

Welche Verleiher fallen in den Geltungsbereich des GAV Personalverleih?

Der GAV Personalverleih gilt ab dem 1.1.2012 für sämtliche Betriebe, die:

- Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung und entsprechend in der Klasse 70C SUVA versichert sind gemäss Art. 66 UVG sowie gleichzeitig pro Kalenderjahr bezüglich der verliehenen Arbeitnehmern eine Lohnsumme von mind. 1,2 Mio aufweisen;

oder

- Verleiher, die Mitglied des Verbandes der Personaldienstleister swisstaffing sind, unabhängig davon, ob sie vorerwähnte Voraussetzungen erfüllen.

Vom persönlichen Geltungsbereich des GAV Personalverleih sind allerdings diejenigen Arbeitnehmer ausgenommen, die jährlich mehr als CHF 126'000.-- (max. versicherter Lohn nach UVG) verdienen.

Welche Rahmenbedingungen sind neu einzuhalten gemäss GAV Personalverleih?

Vorbehältlich der Gültigkeit eines anderen GAV sind folgende Rahmenbedingungen einzuhalten:

- Mindestlöhne
- 42-Stundenwoche
- 5 Wochen Ferien ab vollendetem 50. Altersjahr
- Krankentaggeldversicherung
- 1% Weiterbildungs- und Vollzugsbeitrag (0.3 Arbeitgeberbeitrag, 0.7 Arbeitnehmerbeitrag)

Was geschieht, wenn man sich nicht an die Vorschriften zum Personalverleih hält?

Nichtigkeit von bestimmten Vereinbarungen: Vom Gesetz untersagte vertragliche Abreden sind nichtig.

Entzug der Bewilligung: Hat der Verleiher die Bewilligung durch falsche/irreführende Angaben erwirkt, wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes, gegen das Gesetz oder seine Vollzugsvorschriften verstossen oder erfüllt er die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr, so wird die Bewilligung entzogen.

Busse: Mit Busse bis zu CHF 100'000.-- kann bestraft werden, wer vorsätzlich ohne die erforderliche Bewilligung Personal verleiht. Falls insbesondere vorsätzlich wesentliche Vertragsinhalte nicht schriftlich mitgeteilt oder unzulässige Vereinbarungen getroffen werden kann der Verleiher mit einem Betrag bis zu CHF 40'000.-- gebüsst werden. Das gilt ebenfalls für den Einsatzbetrieb, der weiss, dass der Verleiher keine Bewilligung besitzt!

Eintrag im Verzeichnis: Das Seco führt ein Verzeichnis über die bewilligten, privaten Verleihbetriebe und ihren verantwortlichen LeiterInnen. Dieses Verzeichnis kann Daten über den Entzug oder die Nichterteilung einer Bewilligung enthalten.

Gerne unterstützen wir Sie bei Ihren Anliegen und stehen Ihnen zur Verfügung.

Unsere Spezialisten für Informatikrecht und Arbeitsrecht



Dr. iur. Urs Egli
Rechtsanwalt



Anne Koller-Dolivo
Rechtsanwältin