



Weisungen und Erläuterungen

- > zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989
- > zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991
- > und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 16. Januar 1991

Direktion für Arbeit (DA)

Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung (TC)
Grundlagen und allgemeine Dienste (GDTC)
Effingerstrasse 31, CH-3003 Bern

Tel. +41 31 322 00 91
Fax +41 31 311 38 35
Mail info@gdtdc@seco.admin.ch

©seco-DA/GDTC 01/2003

Vertrieb:
BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern
www.bbl.admin.ch/bundespublikationen
Fax +41 31 325 50 58
Bestellnummer: 17.260.d

Inhaltsverzeichnis

	Abkürzungsverzeichnis	12
1	Private Arbeitsvermittlung	13
	Art. 2 AVG Bewilligungspflicht (Art. 1 – 7 AVV)	13
A	Wer ist Vermittler?	13
1.	Wer ist Vermittler?	13
	a) Arbeitsvertrag	13
	b) Künstlerische und ähnliche Darbietungen (Art. 4 AVV)	13
	c) Zusammenführen (Art. 1 AVV)	14
	d) Besonderheiten	15
2.	Erscheinungsformen der Arbeitsvermittlung	16
3.	Vermittlungsmöglichkeiten (Art. 1a AVV)	18
B	Welche Vermittlungstätigkeit ist bewilligungspflichtig? (Art. 1 – 7 AVV)	18
1.	Regelmässigkeit (Art. 2 AVV)	19
2.	Entgelt (Art. 3 AVV)	19
C	Auslandvermittlung (Art. 5 AVV)	20
1.	Allgemein	20
2.	Der Spezialfall der Vermittlung übers Internet	21
D	Zweigniederlassungen	21
E	Übersicht Bewilligungspflicht	23
	Art. 3 AVG Voraussetzungen der Bewilligungserteilung (Art. 8 – 10 AVV)	24
A	Betriebliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 1 AVG, Art. 8 AVV)	24
B	Persönliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 2 AVG, Art. 9 AVV)	26
C	Auslandvermittlung (Art. 10 AVV)	28
D	Bewilligungsgesuch (Art. 11 resp. 40 AVV)	29
	Art. 4 AVG Dauer und Umfang der Bewilligung (Art. 13 AVV)	31
A	Bewilligung	31
B	Periodische Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 6 AVG)	33

	Art. 5 AVG Entzug der Bewilligung (Art. 15, 16 AVV)	34
A	Allgemein	34
B	Wiederholter oder schwerwiegender Verstoss gegen das AVG oder seine Ausführungsvorschriften oder gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone	34
C	Gebühren	35
D	Entzug oder Aufhebung der Bewilligung im Konkursfall	35
1.	Entzug oder Aufhebung?	36
	a) Aufhebung	36
	b) Entzug	36
2.	Zu welchem Zeitpunkt muss eingegriffen werden?	37
3.	Verfügung oder einfache Mitteilung?	38
4.	Welche Kosten werden erhoben?	38
5.	Verfahren zwischen der kantonalen Behörde und dem seco-Direktion für Arbeit	38
	Art. 6 AVG Auskunftspflicht	39
A	Öffentliche Ausschreibung	40
B	Buchführung (Art. 17 AVV)	40
C	Arbeitsmarktbeobachtung (Art. 18 AVV)	40
D	Datenschutz (Art. 19 AVV)	41
1.	Allgemein	41
2.	Was ist bei der Vermittlung via Internet zu beachten?	42
	Art. 8 AVG Vermittlungsvertrag	43
A	Allgemein	43
B	Verbot der Exklusivvermittlung	43
C	Gerichtsstand	44
D	Vermittlungsvertrag bei künstlerischen oder ähnlichen Darbietungen (Art. 22 AVV)	45

E	Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit bei Künstlern	45
	Exkurs: Der Standard-Vermittlungsvertrag der FIFA für Fussballvermittler	47
	Art. 9 AVG Einschreibgebühr und Vermittlungsprovision	
A	Einschreibgebühr (Art. 2 GV-AVG)	49
B	Vermittlungsprovision (Art. 20, 21, 22, 23 AVV, Art. 3 – 5 GV-AVG)	49
1.	Provision	49
2.	Zusätzliche Entschädigung für besonders vereinbarte Dienstleistungen	50
3.	Was muss bei Stellenanzeigen beachtet werden?	52
4.	Was muss insbesondere bei der Vermittlung übers Internet beachtet werden?	52
	a) Die Verbindung von Platzierung des Profils des Stellensuchenden mit andern Leistungen	52
	b) Falls ein Vermittler verschiedene Leistungspakete anbietet	53
	c) Mindestmass der Zeitdauer einer Internet-Platzierung des Profils eines Stellensuchenden	53
5.	Das Entstehen der Forderung auf besondere Entschädigung und Provision	53
6.	Provisionssätze bei künstlerischen und ähnlichen Darbietungen	54
	Art. 11 AVG Finanzhilfe an die private Arbeitsvermittlung (Art. 24, 25 AVV)	55
	Exkurs: AVG-Bewilligung und Franchising	56
	Exkurs: Spezialfall Au Pair-Vermittlung	59
2	Personalverleih	61
	Art. 12 AVG Bewilligungspflicht (Art. 26 – 31 AVV)	62
A	Wer ist Verleiher? (Art. 26 AVV)	62
1.	Welche Vertragsverhältnisse fallen unter das AVG?	62
2.	Welche Grundkonstellationen von Vertragskonstruktionen können unterschieden werden?	63
	a) Die Weitergabe eines Auftrages/Werkvertrages	63
	b) Die Erledigung eines Auftrages/Werkvertrages durch einen Angestellten	63
	c) Der Verleih eines Angestellten (Personalverleih)	64
	Exkurs: Wann liegt selbständige Erwerbstätigkeit vor?	64
3.	Welches sind die Abgrenzungskriterien zwischen Erfüllung eines Auftrages oder Werkvertrages für den Arbeitgeber und Erbringung einer Arbeitsleistung (=Personalverleih)?	66
B	Erscheinungsformen des Personalverleihs (Art. 27 AVV)	68
1.	Allgemein	68

2.	Die Merkmale der einzelnen Erscheinungsformen:	68
	a) Gelegentliches Überlassen:	68
	b) Leiharbeit:	69
	c) Temporärarbeit:	70
3.	Welche Verleihstätigkeit ist bewilligungspflichtig? (Art. 28 AVV)	71
C	Gewerbsmässigkeit (Art. 29 AVV)	71
1.	Zur Gewinnabsicht	71
2.	Zur Regelmässigkeit	72
3.	Zum Jahresumsatz von 100 000 Franken	72
4.	Der Gegensatz von Art. 28 und Art. 29 Abs. 1 AVV	72
D	Auslandverleih	72
E	Personalverleih vom Ausland in die Schweiz (Art. 30 AVV)	73
F	Übersicht Bewilligungspflicht resp. Verleihverbot	74
	Exkurs: Anspruch auf eine negative Feststellungsverfügung	75
	Art. 13 AVG Voraussetzungen der Bewilligungserteilung (Art. 32 – 34 AVV)	76
A	Betriebliche Voraussetzungen (Art. 32 AVV)	76
B	Persönliche Voraussetzungen (Art. 33 AVV)	76
	Art. 14 AVG Kautions (Art. 35 – 39 AVV, Art. 6 GV-AVG)	77
A	Kautionspflicht (Art. 35 AVV)	77
B	Form der Kautions (Art. 37 AVV)	78
C	Wie ist bei einer Kündigung des Kautionsvertrages vorzugehen?	78
D	Was muss bei den Kautionsversicherungen für den Fall, dass der Verleiher die Prämien nicht bezahlt, unbedingt verlangt werden?	79
E	Die Freigabe der Kautions (Art. 38 AVV)	79
F	Die Verwertung der Kautions im Konkursfall (Art. 39 AVV)	80
G	Wer verwertet die Kautions? (Art. 39 Abs. 3 u. 4 AVV)	80
H	Besonderheiten bei der Verwertung von Sicherheitsleistungen der Gruppe 2 (Art. 39 Abs. 4 AVV)	81

I	Welche Lohnforderungen werden durch die Kautio n gedeckt?	84
J	Für Lohnforderungen welcher Niederlassung dient die Kautio n als Sicherheit?	84
K	Wie kommt das Konkursamt zur vom Verleiher hinterlegten oder durch eine Kautionsversicherung gestellten Sicherheit?	85
	Muster Bürgschaftsverpflichtung	86
	Art. 15 AVG Dauer und Umfang der Bewilligung (Art. 42, 43 AVV, Art. 7 GV-AVG)	87
A	Gebühren (Art. 7 GV-AVG)	87
B	Umfang (Art. 42 AVV)	87
	Art. 16 AVG Entzug/Aufhebung (Art. 44, 45 AVV)	88
A	Allgemein	88
B	Wiederholter oder schwerwiegender Verstoss gegen das AVG oder seine Ausführungsvorschriften oder gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone	88
C.	Verstoss gegen zwingende Arbeitnehmerschutzbestimmungen	88
	Art. 17 AVG Auskunftspflicht	90
	Art. 19 AVG Arbeitsvertrag (Art. 48, 49 AVV)	92
A	Verhältnis AVG/Obligationenrecht	92
B	Schriftlichkeit (Art. 48 AVV)	92
C	Pflicht zur Annahme des Einsatzes	92
D	Zusammenhang Art. 19 Abs. 3 mit Art. 20 AVG	93
E	Regelung des Lohnes	93
F	Abrechnung der Spesen	93
G	Kettenarbeitsverträge	94
H	Kündigungsfristen bei unbefristeten Einsätzen	95
I	Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Einsätzen	96

J	Berechnung der Kündigungsfrist, wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist	96
K	Arbeitszeiten	96
L	Probezeit	97
M	Ferien- und Feiertagsentschädigung	98
N	Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung	99
	a) Grundsätzliche Regelung	99
	b) Gleichwertige andere Lösung	101
	c) Regelung bei obligatorischer Versicherung	101
O	Unfallversicherung	102
P	Pensionskassenabzüge	103
	Exkurs: Übersicht über die obligatorischen Sozialversicherungen für Arbeitnehmer	104
Q	Familienzulagen	109
R	Zur Geltung von Gesamtarbeitsverträgen	109
S	Nichtige Vereinbarungen (Art. 19 Abs. 5 AVG)	110
T	Checkliste für die Prüfung von Arbeitsverträgen	110
U	Gerichtsstand	111
V	Muster für einen Arbeitsvertrag	112
	a) Bei Temporärarbeit	112
	b) Bei Leiharbeit	124
	c) Beim Gelegentlichen Überlassen	133
	Art. 20 AVG Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge	134
A	Das Ziel von Art. 20 AVG	134
B	Der Zusammenhang von Art. 19 Abs. 3 mit Art. 20 AVG	134
C	Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen	135
1.	Folgende ave-GAV-Lohnbestimmungen sind nach Art. 48a Abs. 1 AVV einzuhalten	135
2.	Folgende ave-GAV-Arbeitszeitbestimmungen sind nach Art. 48a Abs. 2 AVV einzuhalten	136

D	Zusammenfassung	136
E	Die Kontrolle der Einhaltung von Art. 20 AVG	137
F	Die Kontrolle durch ein ave-GAV-Kontrollorgan	138
	Art. 21 AVG Ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz	140
A	Welche Ausländer dürfen verliehen werden?	140
1.	Der Verleih von neu zuziehenden Ausländern	140
2.	Der Verleih von Ausländern, die sich bereits in der Schweiz aufhalten	140
B	Wann dürfen ausnahmsweise neu zuziehende Ausländer doch verliehen werden?	141
1.	Ausnahmeregelung	141
	a) arbeitsmarktliche Voraussetzungen	141
	b) besondere Umstände	141
2.	Was muss in den Ausnahmefällen beachtet werden?	142
	Exkurs: Wer ist zuständig für die Einholung und die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung?	143
	Art. 22 AVG Verleihvertrag (Art. 50 AVV)	144
A	Allgemeines	144
B	Nichtige Vereinbarungen (Art. 22 Abs. 2 – 4 AVG)	144
C	Ist die Delegation des Kündigungsrechts an den Einsatzbetrieb zulässig?	145
D	Checkliste für die Prüfung von Verleihverträgen	145
E	Sind «Unterverleihverhältnisse» zulässig?	146
F	Was ist beim konzerninternen Verleih zu beachten?	147
G	Der Unterschied zwischen verliehenen und entsandten Arbeitskräften	148
H	Muster für einen Verleihvertrag	149
	Übersicht über den Personalverleih	152
	Exkurs: Betreuungs- und Hausdienste	153
	Speziell: Die Vermittlung und der Verleih nach dem Fürstentum Liechtenstein	154
	Exkurs: Die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und der Änderung des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih	156

	Gemeinsame Weisung des BFA und des seco	156
1.	Die Zulassung von Vermittlungs- und Verleihbetrieben mit Sitz in einem EU/EFTA-Mitgliedsstaat	156
2.	Die Zulassung von EU/EFTA-Bürgern/innen als Arbeitnehmer/innen für einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb	156
3.	Auswirkung des Abkommens in Bezug auf Vermittlungs- und Verleihbetriebe	157
	a) Bei EU-Bürger/innen, die sich im Zeitpunkt des Inkrafttretens der bilateralen Abkommen bereits in der Schweiz aufhalten und somit bereits im Besitz einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung sind	157
	b) Zulassung von neu zuziehenden EU/EFTA-Ausländer/innen, die erst noch um eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung ersuchen müssen	158
	c) Bedeutung des Abkommens für Art. 21 AVG	158
4.	Die Auswirkung des Abkommens auf EU/EFTA-Bürger/innen, die in der Schweiz einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb gründen wollen	159
5.	Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen	160
3	Öffentliche Arbeitsvermittlung	161
	Art. 24 AVG Aufgaben (Art. 51, 52 AVV)	162
A	Erfassen von Stellensuchenden und offenen Stellen (Art. 51 AVV)	162
B	Vermittlungstätigkeit/Beratung von Stellensuchenden (Art. 52 AVV)	162
	Art. 25 AVG Auslandvermittlung	163
A	Schweizerische Rückwanderer	163
B	Stagiaires	163
	Art. 26 AVG Vermittlungspflicht und Unparteilichkeit	164
A	Schweizerische Arbeitgeber	164
B	Vermittlungspflicht	164
C	Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung	164
1.	Grundsatz	164
2.	Spezialfälle	165
	a) Ausländische Stellensuchende	165
	b) Ausländer mit Niederlassungs- und Jahresbewilligungen	165
	c) Ausländer mit Kurzaufenthaltsbewilligungen	166
	d) Ausländer mit einer Grenzgängerbewilligung	166

	e) Asylsuchende	167
	f) Behinderte Stellensuchende	167
	g) Vermittlungsverbot	168
	h) Nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EG	168
	Art. 28 AVG Besondere Massnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit	169
	und Betriebsschliessungen	170
4	Behörden	171
	Art. 33 AVG Zusammenarbeit (Art. 56 AVV)	171
A	Allgemeines	172
B	Besonders schützenswerte Personendaten	172
C	Der Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten	173
	Art. 34 AVG Schweigepflicht	174
A	Allgemeines	175
B	Weitergabe von Daten an ein anderes RAV bzw. eine andere Kasse	176
C	Weitergabe an Arbeitgeber und private Arbeitsvermittler	177
1.	Falls die stellensuchende Person ihnen nicht bekannt ist	177
2.	Falls die stellensuchende Person dem Arbeitgeber bekannt ist	177
D	Weitergabe von Daten an die Gemeindearbeitsämter	177
	Art. 34b AVG Akteneinsicht (Art. 58 AVV)	179
A	Allgemein	180
B	Zulässige Einträge bei Stellensuchenden	181
C	Zulässige Einträge bei offenen Stellen	181

D	AVAM – Nutzungsregeln	182
	Art. 35a AVG Zusammenarbeit mit Arbeitslosenhilfen	
A	Zusammenarbeit mit kantonalen Arbeitslosenhilfen	183
B	Zusammenarbeit mit privaten Vermittlern und Verleihern	183
	Art. 35b AVG Verzeichnis der bewilligten privaten Vermittlungs-	
	Exkurs: Konsequenzen bei Datenschutzverletzungen	185
	Einige praktische Fragen und Antworten im Zusammenhang mit Datenschutz durch die Arbeitsmarktbehörden	185
	Art. 36 AVG Arbeitsmarktbeobachtungen (Art. 59 AVV)	188
5	Strafbestimmungen	189
	Art. 39 AVG Strafbestimmungen	189
A	Vermittlung/Verleih ohne Bewilligung	189
B	Schriftlicher Vertrag	189
C	Strafverfolgung	190
	Überblick über die Strafbestimmungen des AVG	191

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ANAG	Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
Ar t.	Artikel
AVG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih
AVIG	Bundesgesetz vom 26. Juni 1982 über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung
AVIV	Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung
AVV	Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
z.B.	zum Beispiel
Bst.	Buchstabe
BVO	Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer
etc.	et cetera
ff.	fortfolgende
GV-AVG	Verordnung vom 16. Januar 1991 über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes
o.ä.	oder ähnlich
OR	Obligationenrecht
Pr.	Praxis des Bundesgerichts: Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts
resp.	respektive

Art. 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.

A Wer ist Vermittler?

Vom Gesetz wird als Vermittler bezeichnet, wer Stellensuchende und Arbeitgeber

- a. zum Abschluss eines Arbeitsvertrages oder
- b. für künstlerische und ähnliche Darbietungen
- c. zusammenführt

1. Wer ist Vermittler?

a) Arbeitsvertrag

Ziel der Vermittlung muss der Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Stellensuchenden im Sinne von Art. 319 ff. des Obligationenrechts (OR) sein. Bei der Auslandsvermittlung kann der Arbeitsvertrag auch auf ausländischem Recht basieren.

Keine Arbeitsvermittlung im Sinne des AVG liegt vor, wenn zwei Vertragsparteien zum Abschluss eines Werkvertrages oder Auftrags zusammengeführt werden oder Arbeitnehmer an einen Einsatzbetrieb verlieht werden, der Einsatzbetrieb selbst somit nicht Arbeitgeber im Sinne des OR wird.

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

Für die Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 2 AVG ist der Vertragstyp (Werkvertrag, Auftrag Arbeitsvertrag), durch welchen die betreffende Person zu einem Auftritt verpflichtet wird, unbeachtlich. Arbeitsvermittlung im Sinne des Gesetzes liegt immer dann vor, wenn ein Veranstalter (oder Organisator, Direktion usw.) mit einer Person zusammengeführt wird, die zur Leistung einer künstlerischen oder ähnlichen Darbietung verpflichtet wird. Es spielt deshalb auch keine Rolle, ob die betreffende Person als Selbständigerwerbende oder als Angestellte des Veranstalters arbeitet.

«Künstlerische und ähnliche Darbietungen» im Sinne des AVG sind etwa Tätigkeiten als Sänger, Musiker, Schauspieler, Tänzer, Go-go-Girls, Artist, Discjockey, Conférencier, Fotomodell oder Mannequin.

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

Wissenschaftliche Vorträge oder Autorenlesungen gelten nicht als künstlerische und ähnliche Darbietungen im Sinne des AVG.

Hinweis:

Modelle arbeiten i.d.R. als Selbständigerwerbende. Sie sind deshalb selbst für die Abrechnung ihrer Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich. In der Praxis kommt es vor, dass Modellagenturen für ihre Modelle diese Abrechnung übernehmen. Dabei handelt es sich jedoch noch nicht um Verleihbetriebe i.S. von Art. 12ff AVG. Dies wäre erst der Fall, wenn die Agentur die Modelle mit Arbeitsvertrag anstellte.

c) Zusammenführen (Art. 1 AVV)

Arbeitsvermittlung ist Nachweismäkelei. Sie umfasst Suche und Auswahl von möglichen Vertragspartnern und ist im Sinne des Gesetzes 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 der Mäkler als Vermittler gehandelt. Er kann sich dem Geltungsbereich des AVG nicht mit dem Hinweis darauf entziehen, der Vertrag sei nicht abgeschlossen worden oder der Stellensuchende habe die Stelle beim Arbeitgeber 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 Vermittler gilt, wer zusammenführt. Der Begriff des Zusammenführens gemäss AVG ist sehr weit gefasst. Gemeint ist ein finales Handeln, mit dem 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 Vermittlers, sondern auch die Übergabe oder Zustellung von einzelnen Adressen, Postfach-Adressen, Chiffre-Inseraten, Telefonnummern oder kompletten Adresslisten von Interessenten. Als «Adresse» (Art. 1 Bst. d AVV) kann auch eine Chiffre bezeichnet werden. Entscheidend ist, dass mittels dieser Angaben der Kontakt zum potentiellen Vertragspartner herstellbar ist. Ein Zusammenführen liegt insbesondere auch bereits vor, wenn mittels Internet-Suchmaschinen die Möglichkeit gegeben wird, dass ein Stellensuchender seine Personalien und ein Arbeitgeber eine freie Stelle inserieren kann und so beide von einander Kenntnis erhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuweisung von einander entsprechenden Interessenten durch die Personen selbst, durch Mitarbeiter des Home-Page-Betreibers oder automatisch durch einen Computer erfolgt. Fällt eine Tätigkeit unter Art. 1 AVV, so gilt der Handelnde als Vermittler, ungeachtet der Geschäftsbezeichnung oder des Titels, den er sich selber gibt (Vermittler, Berater,

Headhunter o. ä.). Irrelevant ist auch, ob er diese Tätigkeit als Haupt- oder Nebenbeschäftigung ausübt.

d) Besonderheiten

Internetvermittlung

Grundsätzlich genügt für das Kontakthaben im Sinne von Art. 1 Bst. a, b und c AVV auch der rein elektronische Kontakt über eine Internet-Site.

- Betriebe, auf deren Internet-Site sich Stellensuchende und Arbeitgeber eintragen können, und die vom Computersystem zusammengeführt werden, fallen unter Art. 1 Bst. a AVV («nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens zusammenführen»).
- Betriebe, auf deren Internet-Site Stellensuchende und Arbeitgeber die Angaben des Gegenübers einschauen können und so zusammenfinden, fallen unter Art. 1 Bst. b AVV («indem er der andern Partei Adresslisten übergibt»).
- Die Betriebe fallen in beiden zuvor genannten Fällen jedoch auch noch unter Art. 1 Bst. d AVV, weil die Internet-Site als besonderes Publikationsorgan zu verstehen ist, mit welchem Handel mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern getrieben wird, und dieses Publikationsorgan in der Regel nicht mit einem journalistischen Hauptteil verbunden ist.

♦ Die Internetvermittlung ist somit immer auch Arbeitsvermittlung im Sinne des AVG!

Nur Kontakt haben mit einer Partei

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

Zuführer von Vermittlungsbetrieben

Mit Art. 1 Bst. 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. Auch kann nur mit einer Bewilligungspflicht sichergestellt werden, dass Stellensuchende die Provision nur einmal zu bezahlen haben.

♦ Das bedeutet, dass für Vermittlungsagenturen keine Selbständigerwerbende (sog. Freelancer), die selber keine Vermittlungsbewilligung besitzen, sondern nur mit Arbeitsverträgen angestellte Personen tätig werden dürfen.

2. Erscheinungsformen der Arbeitsvermittlung

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

Personal- und Unternehmensberater 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 Vermittler.

Outplacement-Berater haben ihrem Berufsethos entsprechend nur mit dem Stellensuchenden und dem ehemaligen Arbeitgeber Kontakt, jedoch nicht mit möglichen neuen Arbeitgebern. Sie führen daher im Normalfall nicht zusammen. Führen sie den Arbeitnehmer mit einem neuen Arbeitgeber zusammen, sind sie jedoch Vermittler.

Try And Hire: Dies sind i.d.R. Verleihbetriebe, die ihre Arbeitnehmer in den Dienst des Kunden übertreten lassen. Für die Entschädigung ist dabei Art. 22 Abs. 3 und 4 AVG zu beachten. Obwohl der Verleiher dabei seinen Temporärarbeitnehmer vermittelt, braucht er in Anwendung von Art. 6 Bst. b AVV neben der Verleihbewilligung keine Vermittlungsbewilligung (nicht bewilligungspflichtig ist die Vermittlungstätigkeit von Arbeitgebern, die ihre Arbeitnehmer vermitteln).

Manager von Künstlern sind in der Regel Vermittler.

Ausnahmen:

1. Ist der Manager in Form eines Arbeitsvertrages nach OR vom Künstler angestellt, so handelt er als Hilfsperson des Künstlers als dessen Stellvertreter (die Suche eines Vertragspartners für sich selbst ist keine Vermittlung). Der auftragsrechtlich verpflichtete Manager (und damit Vermittler) hingegen verliert seine Vermittlereigenschaft nicht, wenn er auch noch den Engagementvertrag als Stellvertreter des Künstlers für diesen 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 Künstler selber engagieren, also als Arbeitgeber/Auftraggeber auftreten, vermitteln nicht.

Die Vermittlung von Prominenten/Escort services ist keine Arbeitsvermittlung im Sinne des AVG, weil diese Personen an den Anlässen/Treffen nur anwesend sein müssen. Dies stellt noch keine Arbeitsleistung dar, ebenfalls wird keine künstlerische Darbietung erbracht. Anders ist zu beurteilen, wenn die Personen eine Arbeitsleistung, z.B. das Moderieren eines Anlasses, erbringen und dabei dem Weisungsrecht des Veranstalters unterstehen, somit auch keinen Auf-

trag oder Werkvertrag als Selbständigerwerbende erfüllen. Ebenfalls als Arbeitsvermittlung im Sinne des Gesetzes ist die Tätigkeit einzustufen, wenn die Personen neben dem reinen Anwesend sein eine künstlerische Darbietung erbringen.

Der Herausgeber eines Publikationsorgans, das nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang steht und in welchem mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern Handel getrieben wird, gilt als Vermittler (Art. 1 Bst. d AVV). Der Adressenhandel in Form spezieller Stellenanzeigen gilt somit als Vermittlung, da hier die Personalien eines Stellensuchenden oder eine freie Stelle eines Arbeitgebers in ein Publikationsorgan aufgenommen wird, das nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang steht. Diese Regelung gilt auch für journalistische Erzeugnisse in elektronischen Medien. Die Regeln des Datenschutzes sind dabei speziell zu beachten (vgl. auch Kap. Zu Art. 7, Bst. C, Ziff. 2). 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 Falle des Internets stellt ein Inhaltsverzeichnis des Druckerzeugnisses kein journalistisches Erzeugnis dar.
- b) Eine Arbeitsvermittlung liegt auch 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 Falle 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 einen eigenständigen Auftritt haben, sowohl bezüglich Layout und Internetadresse, muss eine Bewilligungspflicht bejaht werden.

Liegt nach der genannten Beurteilung kein journalistischer Hauptteil vor, ist der Herausgeber des Publikationsorgans als Vermittler zu betrachten, der dem AVG untersteht.

Beispiel:

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

3. Vermittlungsmöglichkeiten (Art. 1a AVV)

In Absatz 1 werden die gängigsten Medien, über welche Vermittlungshandlungen erfolgen können, aufgeführt, ohne jedoch eine abschliessende Aufzählung zu machen. Dies ist erforderlich, werden doch sonst darunter nur die klassische Vermittlung über ein Vermittlungsbüro oder Stellenanzeiger verstanden. Eine Vermittlungshandlung beschränkt sich jedoch nicht nur auf diese zwei Möglichkeiten.

Nach Absatz 2 ist die Vermittlung über Medien, bei denen der Stellensuchende sich nicht zum Voraus über den Inhalt eine Übersicht verschaffen kann, 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, falls mittels geeigneter Einrichtung dem Stellensuchenden vorab eine Übersicht über das Stellenangebot vermittelt wird und er dann direkt auf die ihn interessierenden Angebote zugreifen kann und damit für ihn die Telefonkosten in etwa abschätzbar sind, er also keine unnötigen Telefongebühren bezahlen muss. Dasselbe gilt für die Internet-Vermittlung. Der Stellensuchende muss eine Übersicht über alle Stellenangebote erhalten und direkt auf die ihn interessierenden Stellen zugreifen können. Nach dem Grundsatz des AVG soll der Stellensuchende vor Ausbeutung geschützt werden.

B 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 Art. 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:

1.

Art. 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).

Bei Bst. a.:

ist die Bereitschaft zu vermehrtem Anbieten das entscheidende Kriterium für die Regelmässigkeit. Auf diese Bereitschaft lassen insbesondere das Aufführen der Vermittlungstätigkeit im Handelsregistereintrag und entsprechende organisatorische Vorkehren, insbesondere der Veröffentlichung von Werbeinseraten, das Drucken von entsprechendem Briefpapier oder Visitenkärtchen, zur 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.

Laut Bst. b.:

wird regelmässig vermittelt, wenn der Vermittler 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. Tätigt ein Vermittler innert zwölf Monaten neun Inland- und neun Auslandvermittlungen, würde dies gemäss Art. 2 Bst. 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 des Betreffenden zum Ausdruck kommt, in einer Mehrzahl von Fällen zu vermitteln. In diesem speziellen Fall ist deshalb auf seine Bereitschaft im Sinne von Art. 2 Bst. a AVV und nicht auf die Anzahl der getätigten Vermittlungen abzustellen.

2. Entgelt (Art. 3 AVV)

Ein Entgelt liegt bereits vor, wenn Aufwendungen (Spesen usw.) vergütet werden. Es spielt keine Rolle, wer das Entgelt entrichtet (Stellensuchender, Arbeitgeber oder Dritter). Entscheidend ist lediglich, dass es sich um eine Leistung handelt, für welche die Vermittlung ursächlich ist.

Aber:

Erwerb von Goodwill ist kein Entgelt im Sinne des AVG.

C **Auslandvermittlung (Art. 5 AVV)**

1. **Allgemein**

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

Schweiz–Ausland:

Ein Arbeitsuchender, der sich in der Schweiz aufhält, wird an eine Arbeitsstelle im Ausland vermittelt.

Ausland–Schweiz:

Ein Arbeitsuchender, der sich im Ausland aufhält, wird an eine Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt. Darunter fällt auch die Vermittlung eines Grenzgängers, der erstmals in der Schweiz eine Berufstätigkeit aufnehmen soll.

Ausland – Ausland:

Ein sich im Ausland aufhaltender Arbeitsuchender wird an eine Arbeitsstelle im Ausland vermittelt. Diese Tätigkeit eines Vermittlers wird vom AVG nur dann erfasst, wenn sie eine ausreichende Anknüpfung zur Schweiz aufweist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Vermittler in der Schweiz seinen Sitz hat und entweder mindestens ein Teil der Vermittlungshandlungen in der Schweiz vorgenommen wird oder für die vertraglichen Verpflichtungen zwischen Vermittler und Arbeitsuchendem resp. Arbeitgeber schweizerisches Recht anwendbar ist.

Schweiz – Schweiz:

Ein Stellensuchender, der sich in der Schweiz aufhält, wird an eine Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt. Diese Vermittlungsart gilt aber nur als Auslandvermittlung, wenn der Arbeitsuchende ein Ausländer ist, der sich bereits in der Schweiz aufhält, aber noch nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist. Dies trifft etwa zu auf Touristen, Schüler, Studenten oder Asylbewerber (Art. 2 Abs. 4 AVG), nicht aber auf Niedergelassene, die erstmals erwerbstätig werden. Ebenfalls nicht erfasst ist die Vermittlung von Grenzgängern innerhalb der Schweiz.

Unter diese Kategorie fällt auch die Vermittlung von Cabaret-Tänzerinnen, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und für laufende Engagements über eine L-Bewilligung verfügen. Aufgrund dieser L-Bewilligungen sind sie jedoch nur kurzfristig für bestimmte Engagements auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen. Mit dem Ablauf der Bewilligung sind sie aus Sicht des inländischen Arbeitsmarktes wieder so zu betrachten, wie wenn sie sich im Ausland befinden würden. Demzufolge bedarf, wer solche Tänzerinnen innerhalb der Schweiz vermitteln will, über eine Bewilligung zur Auslandvermittlung, welche durch das seco ausgestellt wird.

Die Nationalität des Vermittelten spielt nur im vierten Fall (Schweiz – Schweiz) eine Rolle. In den Fällen 1–3 ist irrelevant, ob ein Schweizer oder ein Ausländer vermittelt wird.

Hinsichtlich des Verbots der Vermittlungstätigkeit von ausländischen Vermittlungsbetrieben in der Schweiz wird auf Art. 3 Bst. c verwiesen.

2. Der Spezialfall der Vermittlung übers Internet

Da das Internet weltweit einsichtbar ist, wäre bei der Vermittlung mit diesem Medium grundsätzlich jederzeit eine grenzüberschreitende Vermittlung möglich. Nicht jeder Betriebe, der mit dem Internet vermittelt, will jedoch grenzüberschreitend tätig werden. Bei den Internet-Vermittlern wird deshalb genau gleich wie bei den übrigen Vermittlern auf die Selbstdeklaration bei der Gesuchseinreichung abgestellt und nicht zum Vornherein eine Auslandvermittlung angenommen. Deshalb benötigen Internet-Vermittler nicht in jedem Fall auch eine eidgenössische Bewilligung. Sobald sie jedoch grenzüberschreitend tätig werden, müssen sie eine eidgenössische Bewilligung einholen. Ansonsten würden sie sich des Verstosses nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a AVG schuldig machen.

D Zweigniederlassungen

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. Gesellschaften, die innerhalb von Konzernen, Holdings, usw., an andere Gesellschaften Personal vermitteln, unterstehen analog nach Art. 6 Bst. b AVV nicht der Bewilligungspflicht.

Als Zweigniederlassungen gelten gemäss Rechtsprechung zu Art. 935 des Obligationenrechts Betriebe, die rechtlich zwar vom Hauptsitz abhängig sind, das heisst zur gleichen juristischen Person oder Gesellschaft gehören, wirtschaftlich jedoch eine gewisse Selbständigkeit aufweisen und daher im Handelsregister eingetragen werden können bzw. müssen. Nicht nur rechtlich selbständige Unternehmen (Hauptsitze, Tochtergesellschaften), sondern auch Zweigniederlassungen sind bewilligungspflichtig. In Bezug auf das Bewilligungsverfahren wird unter-

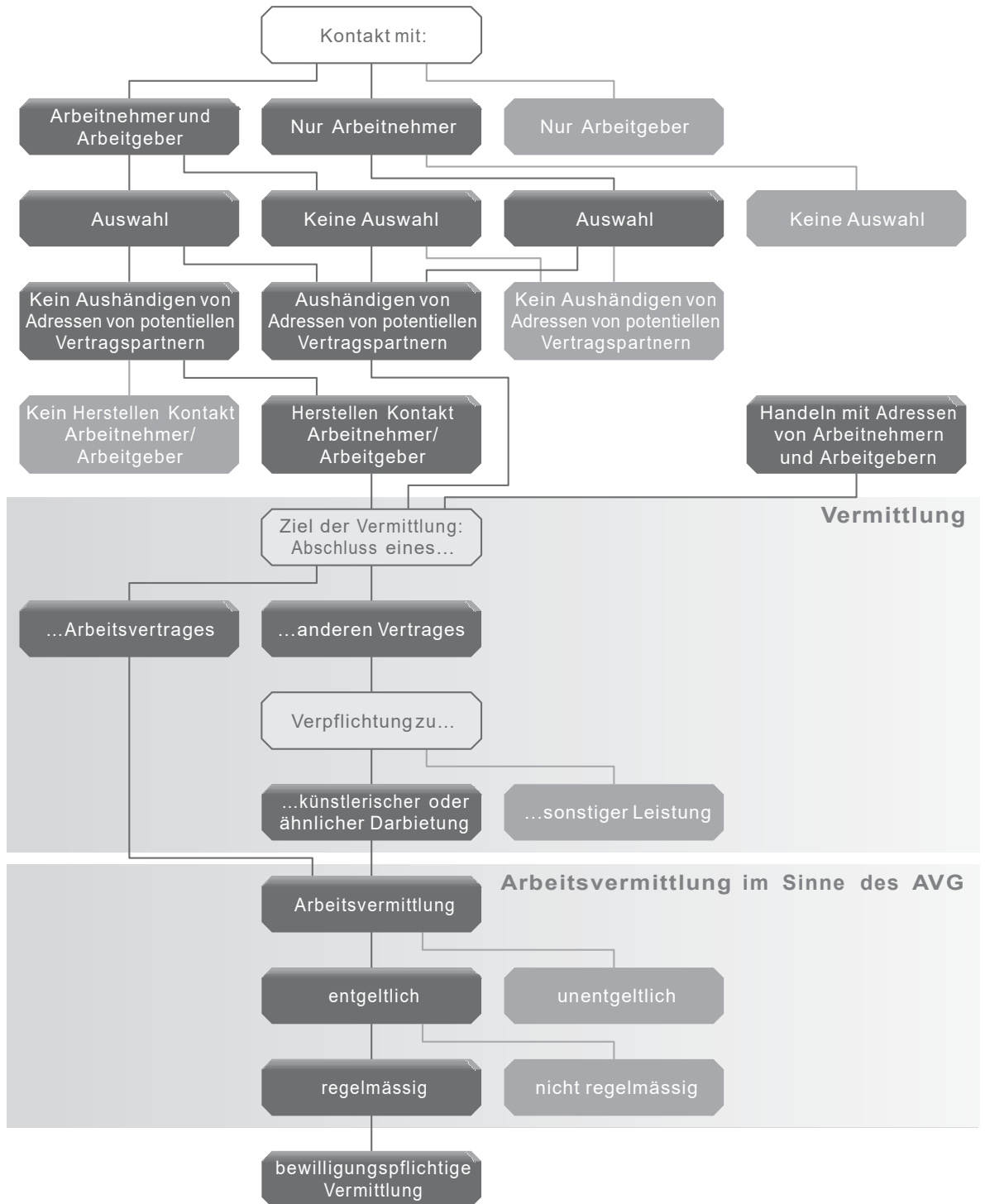
schieden zwischen Zweigniederlassungen, die nicht im gleichen Kanton wie der Hauptsitz domiziliert sind, und solchen, die im gleichen Kanton wie der Hauptsitz liegen (vgl. Ausführungen zu Art. 4 AVG, Seite 24).

Lediglich als Betriebsstätten gelten demgegenüber Betriebsteile, welche die Kriterien einer Zweigniederlassung nach Art. 935 des OR mangels genügender wirtschaftlicher Selbständigkeit nicht erfüllen. Sie sind als zusätzliche Geschäftsadressen in der Bewilligung des Hauptsitzes resp. einer Zweigniederlassung aufzuführen. Betriebsstätten bedürfen nur dann keine eigenen Bewilligung, wenn sie in einem Kanton betrieben werden, in dem sich ausserdem entweder der Hauptsitz oder eine Zweigniederlassung befinden.

Daraus folgt:

Betriebsstätten in einem Kanton, in dem weder ein Hauptsitz noch Zweigniederlassungen derselben Unternehmung ihren Sitz haben, sind nicht zulässig. Sie müssen ihre Tätigkeit einstellen oder zu einer eintragungsfähigen Zweigniederlassung aufgewertet werden und um eine eigenständige Bewilligung ersuchen.

E Übersicht Bewilligungspflicht



Art. 3 AVG Voraussetzungen der Bewilligungs-erteilung (Art. 8 – 10 AVV)

Die im AVG und in der AVV festgelegten Voraussetzungen müssen von allen bewilligungspflichtigen Vermittlern im Sinne des AVG erfüllt werden.

Ausnahmen: Berufliche und gemeinnützige Vermittlungsinstitutionen bedürfen keines Handelsregistereintrages und sind vom Nachweis eines zweckmässigen Geschäftslokales befreit (Art. 3 Abs. 4 AVG).

A Betriebliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 1 AVG, Art. 8 AVV)

a) Eintrag im Schweizerischen Handelsregister

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, aber müssen nicht eingetragen werden.

Als Firmenzweck ist die Vermittlungstätigkeit zu nennen. Oder diese Tätigkeit sollte zumindest aus einem Oberbegriff sinngemäss hervorgehen. In diesem Fall kann vom Gesuchsteller eine Selbstdeklaration verlangt werden, welche präzisiert, dass er auch die Vermittlung ausübt.

Schliesslich muss die in der Bewilligung als verantwortliche/r Leiter/in genannte Person aus dem Registereintrag hervorgehen. Diese Forderung resultiert bereits aus dem Obligationenrecht, welches jeweils verlangt, dass die zur Vertretung befugten Personen resp. die Geschäftsführer zu nennen sind: Aktiengesellschaft (und Kommanditaktiengesellschaft) Art. 641 Ziff. 9, Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 781 Ziff. 7, Genossenschaft Art. 835 Ziff. 2, Kollektivgesellschaft Art. 554/555, Kommanditgesellschaft Art. 596/597.

Zu beachten:

Die Bewilligung wird pro Zweigniederlassung erteilt. Da der Handelsregistereintrag eine der Bewilligungsvoraussetzungen ist, genügt nur der Eintrag des Hauptsitzes nicht. Gesuchstellern, die sich diesen Anforderungen widersetzen, kann aus der Sicht des AVG keine Bewilligung erteilt werden.

b) Zweckmässiges Geschäftslokal

In einigen Branchen wickelt der Vermittler 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 nur für diese Tätigkeit reservierten Raum handeln. Vom Gesuchsteller kann verlangt werden, dass er eine Bestätigung des Vermieters beibringt, dass ihm dieser die Ausübung dieser Tätigkeit in der Wohnung gestattet. Den Kantonen wird grosse Handlungsfreiheit bei der Würdigung des Einzelfalles eingeräumt. Gesundheits-, bau- und gewerbepolizeiliche Vorschriften bleiben vorbehalten. Insbesondere sei auch an das Datenschutzgesetz erinnert, welches in Art. 7 verlangt, dass Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden.

c) Kein gefährdendes Gewerbe betreiben

Der Betrieb darf neben der Vermittlung kein «gefährdendes Gewerbe» ausüben:

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

Diese Regelung zielt insbesondere auf Eigentümer 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 Arbeitgeber für das Cabaret die Verantwortung übernehmen. Damit soll eine Abhängigkeit der Tänzerinnen vom Arbeitgeber resp. vom Vermittler, speziell die Einschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit, vermieden werden. Auch 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 Mitarbeiter einer Vermittlungsagentur können nicht gleichzeitig noch für ein Vergnügungslokal tätig sein. Die Führung des Vermittlungsbetriebes muss an eine von der Leitung resp. des Eigentümers des Cabarets unabhängige Person übergeben werden. Dabei muss sichergestellt sein, dass der Cabaretbetrieb überhaupt keine Beteiligung am neuen Vermittlungsbetrieb, sei es in Form eines Gesellschafters oder von Wertpapieren, behält und keine «Strohmannen» vorgeschoben werden. Ebenso darf sich der Inhaber resp. Leiter der Vermittlungsagentur nicht an einem Cabaret beteiligen.

Die genannten Einschränkungen gelten auch für die Bst. b (Heiratsvermittlungsinstitute) und c (Kreditinstitute) von Art. 8 AVV.

Art. 8 Abs. 1 AVV umschreibt die Gefährdung für Stellensuchende und Arbeitgeber abstrakt. Gestützt auf diesen Absatz, können die Bewilligungsbehörden in weiteren Fällen einem Betrieb die Vermittlungstätigkeit untersagen, wenn Hinweise bestehen, dass der Vermittler im Rahmen seiner Vermittlungstätigkeit eine Verbindung zu weiteren geschäftlichen Tätigkeiten herstellen könnte, welche die Entscheidungsfreiheit seines Kunden beeinträchtigen oder ihn zusätzlich an den Vermittler 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 Vermittler beide Bereiche miteinander so verknüpft, dass er dem Stellensuchenden oder dem Arbeitgeber neben der Vermittlung beispielsweise zugleich eine teure Wohnung aufdrängt oder ihn verpflichtet, bei ihm teure Konsumgüter zu kaufen. Dass – ein weiteres Beispiel – eine Fotomodellschule Absolventen ihrer Kurse auch vermittelt, ist an sich unbedenklich. Sobald sie aber regional eine Monopolstellung einnimmt und Fotomodelle nur vermittelt, nachdem sie auch die Kurse besucht haben, dürften die Fotomodelle in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt sein.

B 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 Mitarbeiter Gewähr bieten. Ist der Verantwortliche nicht in der Lage, Fehler von Mitarbeitern zu verhindern, so zieht dies eine Sanktion gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c AVG (Bewilligungsentzug, Androhung des Entzuges) nach sich. Ein Gesuchssteller kann demnach nicht die Kenntnisse seines Anwaltes oder Treuhänders vorschieben.

Die Sicherstellung einer fachlich einwandfreien Vermittlungstätigkeit kann fraglich sein, wenn der verantwortliche Leiter 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 seiner Geschäftstätigkeit negativ beeinflussen. In diesen Fällen ist die Erfüllung dieser Bewilligungsvoraussetzung jeweils im einzelnen zu prüfen. Als Richtwert gilt die Anwesenheit von mind. 50 Prozent im Betrieb. Ein Leiter kann also maximal für zwei Betriebe verantwortlich sein. Von dieser Regel kann nur abgewichen werden, falls die Betriebe an derselben Adresse ihr Geschäftslokal haben.

a. Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung

Die Zulassung von EU-Bürgern erweitert sich ab dem Inkrafttreten des Personenfreizügigkeitsabkommens (s. Hinweis auf die Folgen des Abkommens am Schluss des Teils II).

b. Für fachgerechte Vermittlung Gewähr bieten

Art. 3 Abs. 2 Bst. b AVG sieht vor, dass nicht irgendwelche unqualifizierte Personen, sondern nur solche, die über gewisse Erfahrungen und Branchenkenntnisse verfügen, eine Vermittlungsbewilligung erhalten dürfen. Aufgrund von Art. 9 AVV müssen neben einer Berufslehre oder der gleichwertigen Ausbildung und der mehrjährigen Berufstätigkeit deshalb kumulativ Bst. a oder b erfüllt sein, d.h. der Gesuchsteller im Besitz einer anerkannten Vermittler- oder Verleiherausbildung 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 ein Gesuchsteller die genannten Voraussetzungen nach Bst. a oder b explizit nicht ganz erfüllt, jedoch aufgrund der Gesamtumstände dennoch geeignet für eine Bewilligungserteilung erscheint. Von dieser Möglichkeit ist jedoch äusserst zurückhaltend Gebrauch zu machen.

In der Praxis sind folgende Ausnahmen denkbar:

- für Gesuchsteller mit Hochschulabschluss;
- für Gesuchsteller, die einen höheren Fähigkeitsausweis erworben haben (Managementausbildung, Hotelfachschule, Kaufmann HKG oder HWV);
- für hochspezialisierte Fachleute, in deren Fall anzunehmen ist, dass sie aufgrund ihrer Spezialkenntnisse im fraglichen Fall die Vermittlung ebenso gut tätigen können, wie Personen, welche die Voraussetzung nach Bst. a und b erfüllen;
- für Gesuchsteller, die die Module über die Beratung und Vermittlung (4), das Arbeits- und Vertragsrecht (6) und das Sozialversicherungsrecht (7) der eidg. Personalberaterausbildung absolviert haben;
- für Gesuchsteller, die selbst einmal einen Betrieb geführt haben, in dem sie auch mit der Personalführung (mind. 5 Mitarbeiter) betraut waren;
- für Künstler und Modelle, die längere Zeit in der Branche gearbeitet haben (mind. 5 Jahre), und in dieser Zeit genügend Einblick in die Tätigkeit einer Vermittlungsagentur erhalten haben.
- Das Erfüllen der genannten Ausnahmemöglichkeiten bedeutet jedoch nicht, dass die persönlichen Voraussetzungen im Sinne von Art. 9 Bst. a und b AVV bereits erfüllt sind. Im Einzelfall kann dieser Entscheid nur in Würdigung der Gesamtumstände erfolgen.

c. Guten Leumund

Für einen guten Leumund sind insbesondere das Fehlen von

- Vorstrafen
- Betreibungen
- Konkursen
- Steuerschulden

massgeblich.

Vorstrafen, Betreibungen, Konkurse oder Steuerschulden sind jedoch nur insofern von Interesse, als sie die Tätigkeit des 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 des Betreffenden für die Vermittlung nicht in Frage stellen. Hingegen dürfen keine Verurteilungen oder finanziellen Probleme vorliegen, die mit früheren Geschäftstätigkeiten zusammen hängen, dies insbesondere, wenn dabei noch Arbeitnehmer zu Schaden gekommen sind.

Für die Gesuchseinreichung sollte der Gesuchsteller dies mit aktuellen Dokumenten (Strafregister-, Betreibungsauszug, usw.) bezeugen können. Bei Änderungsgesuchen dürfen die Dokumente nicht älter als 2 Jahre sein.

C Auslandvermittlung (Art. 10 AVV)

Art. 10 der Verordnung beinhaltet einerseits Verpflichtungen für die Vermittlungsbetriebe, andererseits aber auch einen Auftrag an das seco-Direktion für Arbeit, Vermittlungsbetrieben die nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen.

An den Nachweis, ob die Bedingungen von Art. 10 AVV erfüllt sind, dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Aussagen des Gesuchstellers genügen in der Regel. Es bleibt der Direktion für Arbeit 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 Vermittler hat bei Auslandvermittlungen auch die ausländerrechtlichen Bestimmungen über Aufenthalt und Arbeitsaufnahme im entsprechenden Land zu berücksichtigen. Es werden somit in diesen Fällen höhere Anforderungen an ihn gestellt als bei der Binnenvermittlung.

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)

Will ein ausländischer Vermittler grenzüberschreitend tätig werden, so muss er mit einem autorisierten schweizerischen Vermittler zusammenarbeiten oder aber einen Firmensitz in der Schweiz gründen. Wird trotzdem direkt und damit ohne die erforderliche Bewilligung vom Ausland in die Schweiz vermittelt, so kann dies Sanktionen für den ausländischen Vermittler und den mit ihm zusammenarbeitenden Arbeitgeber nach sich ziehen. Die Bewilligungspflicht setzt allerdings voraus, dass regelmässig und entgeltlich vermittelt wird. Für die «Regelmässigkeit» der Vermittlung vom Ausland in die Schweiz ist nur die grenzüberschreitende Tätigkeit des ausländischen Vermittlers wesentlich.

D Bewilligungsgesuch (Art. 11 resp. 40 AVV)

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

Für die ordentliche Beurteilung eines Gesuches müssen mindestens folgende Dokumente vorliegen:

- 1) ein vollständig ausgefülltes, datiertes und unterzeichnetes Bewilligungsgesuchformular des Betriebes.
- 2) ein vollständig ausgefülltes, datiertes und unterzeichnetes Formular betreffend die verantwortliche Person (darin enthaltene Verweise auf beigelegte Dokumente sind jedoch zulässig).
- 3) sämtliche Dokumente, die klar belegen, dass die verantwortliche Person sämtliche gesetzliche 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 einverlangen.

- 4) Kopie eines gültigen Ausweises der verantwortlichen Person: Identitätskarte/Pass im Fall eines Schweizer Bürgers; Niederlassungsbewilligung im Fall eines Ausländers
- 5) sämtliche vom Arbeitsamt bewilligten Verträge inkl. allfällige allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).

6) Im Falle der Vermittlung:

- Vermittler, die vom Stellensuchenden kein Entgelt verlangen, müssen dies belegen, indem sie ihren Mustervertrag mit dem Kunden vorlegen, oder indem sie eine diesbezügliche Erklärung abgeben.

7) Im Falle des Personalverleihs:

- a. es muss genau abgeklärt werden, ob der Betrieb beabsichtigt Temporärarbeit und/oder Leiharbeit zu betreiben. Die Verträge von diesen beiden Verleihformen sind von unterschiedlicher Natur und sind in der Regel nicht identisch. Falls ein Betrieb Temporär- und Leiharbeit betreiben will, müssen zwei entsprechende Arbeitsverträge eingereicht werden.

b. Kautio:

- Kopie der geleisteten Kautio.
- schriftliche Bestätigung vom Arbeitsamt an das seco, dass die geleistete Kautio sowohl für die schweizerische Bewilligung als auch für die ausländische Bewilligung eingeholt worden ist.

8) Kopie eines aktuellen und öffentlich beglaubigten Handelsregistrauszuges, da Auszüge, die über Internet eingeholt wurden, ohne Gewähr sind (bei Änderungsgesuchen nicht älter als 2 Jahre).

9) aktueller Strafregistrauszug der verantwortlichen Person (bei Änderungsgesuchen nicht älter als 2 Jahre).

10) aktueller Betreibungsauszug (bei Änderungsgesuchen nicht älter als 2 Jahre).

11) aktuelles Leumundszeugnis (bei Änderungsgesuchen nicht älter als 2 Jahre).

Die Kantone können die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung/zum Personalverleih nur auf Grund von wenigstens diesen Dokumenten erteilen, da nur so korrekt geprüft werden kann, ob die gesetzlich verlangten Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung erfüllt sind.

Falls neben der kantonalen Bewilligung auch eine eidgenössische Bewilligung beantragt wird, ist 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 Arbeitsmarktbehörde 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 Arbeitsamtes.

Art. 4 AVG Dauer und Umfang der Bewilligung (Art. 13 AVV)

A Bewilligung

Die Bewilligung wird auf den Betrieb ausgestellt. Sie wird unbefristet erteilt. Eine Befristung ist laut dem klaren Willen des Gesetzgebers (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 ist auf gewisse Staaten begrenzt.

Örtliche oder sachliche Einschränkungen des Geltungsbereichs können gemacht werden. Angaben im Gesuchsformular 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 Papiere aus:

- Einerseits eine Verfügung,
- anderseits eine Bewilligungsurkunde.
- Die Verfügung kann für die meisten Angaben auf die Urkunde als integrierenden Bestandteil verweisen, hat aber auf jeden Fall noch eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten.
- Die Bewilligungsurkunde hat Publizitätscharakter. Art. 13 AVV enthält eine Aufzählung der Angaben, welche die Urkunde mindestens enthalten muss. Es steht den Kantonen frei noch weitere Angaben darin aufzuführen. Das Bundesrecht verpflichtet die Bewilligungsinhaber

nicht mehr, die Urkunde im Betrieb gut sichtbar aufzuhängen.

Die kantonale Bewilligungsbehörde stellt dem seco (Direktion für Arbeit) eine Kopie der Bewilligungsverfügung und der Urkunde sowie von deren Änderungen zu.

Zweigniederlassungen erhalten stets eine eigene Bewilligung.

Liegt die Zweigniederlassung in einem anderen Kanton als der Hauptsitz, hat sie im normalen Verfahren eine Bewilligung zu beantragen. Ab Zustellung der Bewilligung 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 erst später ausgestellt (in diesem Fall hat die Bewilligung lediglich deklaratorischen Charakter). Sie wird nach Eingang der Meldung bei der zuständigen Behörde in einem normalen Bewilligungsverfahren erteilt. Sind bei der Zweigniederlassung die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt, setzt ihr die Behörde Frist zur Behebung der Mängel. Verstreicht die Frist unbenutzt, wird die Bewilligung verweigert und die Einstellung der Vermittlungstätigkeit verfügt. Meldepflichtig ist der Hauptsitz. Adressat der Bewilligungsverfügung ist die Zweigniederlassung.

Betriebsstätten («andere Adressen») erhalten keine eigene Bewilligung, sondern werden auf der Urkunde der Haupt- oder Zweigniederlassung, zu der sie rechtlich gehören, 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 Sachverhalten, welche für den Fortbestand der Bewilligungsvoraussetzungen massgebend sein können, sind gemäss Art. 14 AVV der zuständigen kantonalen Behörde sofort mitzuteilen.

B Periodische Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 6 AVG)

Die Bewilligung wird unbefristet erteilt. Die Kantone können aber im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht überprüfen (periodisch, gelegentlich oder auf speziellen Anlass hin), ob die Bewilligungsvoraussetzungen noch erfüllt sind. Der Kompetenz der Behörde, solche Überprüfungen vorzunehmen, entspricht Art. 6 AVG, der den Vermittler verpflichtet, der Bewilligungsbehörde auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Art. 5 AVG Entzug der Bewilligung (Art. 15, 16 AVV)

A Allgemein

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

Art. 5 Abs. 2 AVG bezieht sich nur auf Art. 5 Abs. 1 Bst. c AVG. Das hat zur Folge, dass in Fällen von Bst. c stets eine Frist anzusetzen ist, innert welcher der Vermittlungsbetrieb den gesetzeskonformen Zustand wieder herstellen muss.

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

Handelt es sich aber um gravierende Mängel, die eine sofortige behördliche Intervention erfordern, oder um Mängel, die gar nicht heilen können, so haben die Behörden die Möglichkeit, auf eine Fristansetzung zu verzichten (Art. 15 Abs. 1 AVV) und für die Wiederaufnahme der Vermittlungstätigkeit eine Wartefrist zu verfügen.

Der Entzug der kantonalen Bewilligung hat zwingend den Entzug der Bewilligung zur Auslandsvermittlung zur Folge (die Direktion für Arbeit wird aber jeweils eine eigene Verfügung erlassen). Wird die Bewilligung zur Auslandsvermittlung entzogen, so prüft die kantonale Bewilligungsbehörde in eigenem Ermessen, ob der Sachverhalt auch einen Entzug der kantonalen Bewilligung notwendig macht.

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

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

Art. 5 Abs. 1 Bst. b AVG verschafft der Bewilligungsbehörde die Rechtsgrundlage, einem Betrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung die Bewilligung wieder zu entziehen.

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

- Benützung eines nicht AVG-konformen Vermittlungsvertrages;
- Verletzung der Vorschriften über die Vermittlungsprovision und die Einschreibgebühr;
- Verletzung der Auskunftspflicht;
- Betätigung der Auslandvermittlung ohne im Besitz einer eidgenössischen Bewilligung zu sein.

C Gebühren

Die Gebührenverordnung zum AVG sieht nur für die Erteilung und Änderung einer Bewilligung eine Gebühr vor. Zwar können der Verwaltung die Aufhebung oder der Entzug einer Bewilligung oder die Ablehnung einer Bewilligungserteilung 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 danach nur verlangt werden, falls eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht. Eine solche Grundlage fehlt jedoch im AVG.

Das AVG delegiert die Festsetzung der Bewilligungsgebühren an den Bundesrat (Art. 4 und Art. 15 AVG). Die Verordnung vom 16. Januar 1991 über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes ist deshalb als abschliessende Regelung auszulegen, die den Kantonen keine Kompetenzen für eine selbständige Gebührenerhebung einräumt.

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

- die Behörde nur ihrer vom Gesetz übertragenen Kontrollaufgabe nachkommt,
- damit dem Ziel des Gesetzes – Schutz der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer – nachlebt,
- und die Öffentlichkeit, der diese Dienstleistung indirekt zu Gute kommt, über Steuern dafür aufkommt.

D Entzug oder Aufhebung der Bewilligung im Konkursfall

Welches sind die Konsequenzen, falls eine Vermittlungsfirma (diese Ausführungen gelten selbstverständlich auch für Verleihfirmen) zahlungsunfähig wird und gegen sie ein Konkursverfahren durchgeführt wird. Nach Abschluss des Verfahrens wird je nach Ausgang der Handelsregistereintrag der Firma gestrichen.

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 Handelsregisterverordnung, HRegV, spricht von Gesellschaft), die im Handelsregister nach Schluss eines Konkursverfahrens gelöscht wird (Art. 66 Abs. 2 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 nur, wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird. Die Löschung im Register erfolgt im Prinzip nur, wenn die Firma den Geschäftsbetrieb eingestellt hat (Art. 66 Abs. 1 HRegV). Vorbehalten bleibt die Löschung von Amtes wegen bei Geschäftsaufgabe infolge Wegzug oder Tod des Inhabers (Art. 68 Abs. 1 HRegV).
- c) Wird der Konkurs widerrufen oder das Verfahren mangels Aktiven eingestellt, was in der Praxis relativ häufig vorkommt, hat dies auf die Grundlage der Betriebsbewilligung grundsätzlich keinen Einfluss.
- d) 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 wenn die Firmenleitung Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nicht offenlegt (Art. 725 und 943 OR). In diesen Fällen werden im Prinzip Vermittlungs- und Verleihbewilligungen nicht in Frage gestellt.

1. Entzug oder Aufhebung?

a) Aufhebung

Gemäss Art. 16 (und 45) der Arbeitsvermittlungsverordnung muss die Bewilligung gezwungenermassen 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 Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b (oder Art. 16 Abs. 1 Bst. a und b) AVG entzogen werden, wenn der Inhaber einer Einzelfirma – selbst bei fortgeführter Tätigkeit nach einem Konkurs –, wiederholt und in schwer wiegender Weise gegen das AVG, die Arbeitsvermittlungsverordnung oder gegen die Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) verstossen hat.

Die Bewilligung kann auch entzogen werden, wenn der Firmeninhaber offensichtlich nicht mehr in der Lage ist, die Vermittlungsaktivitäten (oder Verleihaktivitäten) fachgerecht auszuüben. Dies ist insbesondere der Fall, falls der Firmeninhaber im Rahmen seiner Tätigkeit straffällig geworden ist. Die gleichen Grundsätze gelten für den Inhaber einer Gesellschaft, deren Firma im Handelsregister nicht gelöscht wurde. Der Betroffene muss jedoch 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. Er ist nicht in jedem Fall gleichbedeutend mit einem schlechten Leumund und es ist eine gewisse Flexibilität am Platz. 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 dem Bewilligungsinhaber eine Frist zur Wiederherstellung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und 16 Abs. 2 AVG einräumen. Im Falle von Betrieben, die nach einem Konkurs ihre Geschäftstätigkeit weiterführen, sollte vor einem Entzug der Bewilligung eine Frist von 6 bis 9 Monaten eingeräumt werden, sofern es realistisch erscheint, dass ihre Tätigkeit wieder gewinnbringend erfolgen kann.

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 Konkursöffnung, 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, dem Bewilligungsinhaber eine Wiederherstellungsfrist anzusetzen.

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, rechtfertigt kein Interesse den Erlass einer formellen Verfügung.

Im Falle eines Entzugs muss eine formelle anfechtbare Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung erlassen werden, denn es handelt sich um einen konstitutiven Akt, mit welchem dem Betroffenen Rechte eingeräumt oder Verpflichtungen auferlegt werden.

Die Wiederherstellungsfrist kann sowohl mit einer Verfügung als auch in Form einer blossen Mitteilung angesetzt werden, wobei diese Mitteilung folgenden Hinweis beinhalten müsste: «Auf Verlangen des Empfängers innert 10 Tagen wird ihm der Inhalt der vorliegenden Mitteilung in Form einer anfechtbaren Verfügung eröffnet».

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 des Bewilligungsinhabers. Aus diesem Grund dürfen ihm auch keine Kosten auferlegt werden.

Das Gebührenrecht unterliegt strengen Anforderungen ans Gesetzmässigkeitsprinzip. Jede Gebühr muss deshalb über eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verfügen. Eine solche gesetzliche Grundlage enthält das AVG nicht, sondern beauftragt den Bundesrat, in den Vollzugsbestimmungen die Bewilligungsgebühren festzulegen (Art. 4 und 15 AVG). In der Gebührenverordnung zum AVG ist keine Gebühr für die Aufhebung oder den Entzug vorgesehen. Sie muss als abschliessende Regelung verstanden werden, die den Kantonen keine Kompetenz für die Erhebung weiterer Gebühren einräumt (s. auch Kap. B. Gebühren).

5. Verfahren zwischen der kantonalen Behörde und dem seco-Direktion für Arbeit

Die kantonale Behörde ist im Prinzip informiert über die Eröffnung eines Konkurses. Allenfalls entscheidet sie erst nach Rücksprache mit dem seco-Direktion für Arbeit 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 dem Kanton in den getroffenen Massnahmen. Das Vorgehen ist von den beiden Behörden unter allen Umständen zu koordinieren.

Art. 6 AVG Auskunftspflicht

Die Auskunftspflicht des Vermittlungsbetriebes gemäss Art. 6 AVG besteht sowohl vor als auch nach der Bewilligungserteilung, so auch anlässlich der Überprüfung des weiteren Bestandes der Bewilligungsvoraussetzungen.

Wo Gesetz oder Verordnung nichts anderes bestimmen, gelten die Art. 7 bis 10 des Gesetzes für sämtliche Vermittler.

- Für alle Vermittler gelten die Art. 17, 19, 20, 21, 22, 23 AVV.
- Nur für die bewilligungspflichtigen Vermittler gilt Art. 18 AVV.

Art. 7 AVG Besondere Pflichten des Vermittlers (Art. 17 – 19 AVV)

A Öffentliche Ausschreibung

Vermittler dürfen grundsätzlich nicht anonym inserieren. Sie müssen ihren Namen im Inserat angeben (Art. 7 Abs. 1 AVG).

Die Ausschreibungen des Vermittlers müssen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Das fiktive Arbeitsangebot ist nicht zulässig. Wer nur Interessenten für seine Kartei sucht, muss dies im Inserat erkenntlich machen. Insbesondere muss ersichtlich sein, ob es um die Besetzung einer Stelle bei einem Arbeitgeber (Vermittlung) geht, oder ob jemand beim Ausschreibenden eingestellt und dann einem Dritten zur Verfügung gestellt werden soll (Verleih).

Konsequenz:

Chiffre-Inserate können nur von Stellensuchenden oder Arbeitgebern selbst stammen.

(Dem Arbeitsvermittler ist es jedoch nicht untersagt, im Namen seines Auftraggebers zu inserieren)

B Buchführung (Art. 17 AVV)

Art. 17 AVV stellt die Kontrolle der Einschreibengebühren und Vermittlungsprovisionen sicher und bezieht sich nicht auf die kaufmännische Buchführungspflicht gemäss OR. Den gesetzlichen Bestimmungen über die Provisionen und Gebühren entsprechend, darf die Bewilligungsbehörde im Rahmen dieser Buchführung nur Angaben über Gebühren und Provisionen verlangen, die seitens der Stellensuchenden erhoben worden sind.

C Arbeitsmarktbeobachtung (Art. 18 AVV)

Es ist möglich, dass einzelne Vermittler, insbesondere Herausgeber von Stellenanzeigern oder Internetvermittler, 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.

D Datenschutz (Art. 19 AVV)

1. Allgemein

Die Datenschutzbestimmungen des AVG sind auf das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) abgestimmt. Danach sind Beschaffung, Auswertung und Weitergabe von Daten (= Hauptaktivitäten des Vermittlers) im Rahmen der geltenden Normen zulässig, soweit sie nicht zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung des Betroffenen führen. Die Widerrechtlichkeit kann insbesondere durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen werden. Entsprechend sind auch die Datenschutzbestimmungen des AVG ausgestaltet.

Die Regeln des AVG bezüglich des Datenschutzes verlangen, dass Daten von Stellensuchenden und offenen Stellen, welche Rückschlüsse auf die Person resp. den Arbeitgeber erlauben, nur mit Zustimmung der Betroffenen bearbeitet werden dürfen.

Als Bearbeitung gilt in der Terminologie des DSG nach Art. 3 Bst. e «jeder Umgang mit Daten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten».

Referenzen dürfen nur bei Personen eingeholt werden, deren Befragung der Betroffene ausdrücklich bewilligt hat. Eine generelle Zustimmung des 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 Arbeitgebern/Stellensuchenden bedarf es keiner speziellen Zustimmung, denn diese ist im Vermittlungsauftrag stillschweigend enthalten. Jede darüber hinausgehende Weitergabe bedarf einer ausdrücklichen Zustimmung. Diese kann bereits anlässlich des Vermittlungsauftrages pauschal erteilt werden. Das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 19 Abs. 4 AVV gilt auch dann, wenn der Vermittlungsauftrag selbst nicht in schriftlicher Form ergeht.

Die genannten Regeln bezüglich des Zustimmungserfordernisses gelten auch im Fall der Firmenübernahme: Wechselt der Vermittlungsbetrieb die Hand, muss der Betroffene explizit darauf aufmerksam gemacht werden. Für jedes Dossier aus der Vermittlungstätigkeit muss gemäss AVG und AVV die Zustimmung des Betroffenen zur Weiterbearbeitung durch den neuen Firmeninhaber vorliegen.

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

2. Was ist bei der Vermittlung via Internet zu beachten?

Die Anmeldung des 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 Persönlichkeitsprofil nach Art. 3 Bst. d des DSG darstellt. Im Falle des Zugangs zu diesen Daten durch Unberechtigte sind schwerwiegende Persönlichkeitsverletzungen möglich.

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

- Die Personendaten sind durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten zu schützen (Art. 7 DSG). Konkret darf kein Unberechtigter eine Verknüpfung zwischen Name/Adresse und den übrigen Daten erstellen können.
- Betriebsintern sind beim Vermittler 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 Vermittler hat sich über die Richtigkeit der Daten in der Anmeldung zu vergewissern (Art. 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 6 Monate aufbewahrt werden, damit nicht ein nicht mehr aktuelles Persönlichkeitsbild einer Person bearbeitet wird.

Unter Umständen müssen auch kantonale Datenschutzbestimmungen eingehalten werden.

Der Internet-Vermittler ist durch die kantonale AVG-Behörde auf die genannten Punkte des Datenschutzes in geeigneter Form hinzuweisen.

Art. 8 AVG Vermittlungsvertrag

A Allgemein

Die im Rahmen eines Vermittlungsvertrages vereinbarten Leistungen der Parteien fallen in der Regel unter die Bestimmungen des Maklervertrages gemäss Art. 412 ff. des Obligationenrechts (OR). Die Vorschriften des AVG zum Vermittlungsvertrag gehen dem OR vor.

Nach Sinn und Zweck dieses Artikels, ist ein schriftlicher Vertrag mit dem Stellensuchenden nur erforderlich, wenn dieser dem Vermittler den Auftrag zur Stellensuche erteilt, jedoch nicht, wenn er lediglich auf ein Stellenangebot des Vermittlers reagiert. Das Schriffterfordernis gilt nur für Vermittlungsverhältnisse, bei denen der Stellensuchende (auch) ein Entgelt zu bezahlen hat. In erster Linie soll mit dieser Bestimmung der Stellensuchende vor nicht gesetzkonformer Behandlung, insbesondere durch überhöhte Provisionen, geschützt werden. Vermittler, die vom Stellensuchenden kein Entgelt verlangen, müssen dies im Bewilligungsverfahren dadurch belegen, dass sie ihren Mustervertrag mit dem Kunden vorlegen, woraus ersichtlich ist, dass nur dieser ein Entgelt zu entrichten hat, oder indem sie ihrem Gesuch eine diesbezügliche schriftliche Erklärung beilegen.

Im Gegensatz zum Verleih muss bei der Vermittlung der Vertrag in den Fällen, in denen er erforderlich ist, immer vor Beginn der Vermittlungstätigkeit schriftlich vorliegen. Einzig die unentgeltliche Vermittlung bedarf keines schriftlichen Vertrages.

Ausnahmen vom so eingegrenzten Schriflichkeitserfordernis lässt das Gesetz nicht zu. Allfällige von diesen Bestimmungen abweichende Branchenusancen sind unerheblich.

B Verbot der Exklusivvermittlung

Nach Art. 8 Abs. 2 AVG sind Bestimmungen nichtig, die den Stellensuchenden

- a. hindern, sich an einen andern Vermittler zu wenden;
- b. verpflichten, die Vermittlungsgebühr erneut zu entrichten, wenn er ohne die Hilfe des Vermittlers weitere Arbeitsverträge mit demselben Arbeitgeber abschliesst.

Bst. a soll sicherstellen, dass der Stellensuchende sich jederzeit an einen andern Vermittler wenden kann. In diesem Sinne müssen Vermittlungsverträge, die eine Geltungsdauer vorsehen, folgende Bestimmung aufweisen:

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

Mit dem Bst. b wurde insbesondere der Künstlerbereich avisiert, wo sich Vermittlungen an

einen bestimmten Kunden innert kurzer Zeit häufen können. Damit soll ausgeschlossen werden, dass ein Künstler nur noch über einen «Manager» von einem Kunden engagiert werden kann. Aber auch bei der Vermittlung von Arbeitsverhältnissen kommt diese Bestimmung zum Zuge. Soll ein Vermittler in einem Vermittlungsvertrag seine Vermittlungsbemühungen absichern wollen, kann folgender Wortlaut als AVG-konform erachtet werden:

Der Vermittler (die Agentur) hat Anspruch auf die Vermittlungsprovision, falls aufgrund seiner Bemühungen ein Vertrag zwischen dem Stellensuchenden (dem Künstler) und dem Arbeitgeber 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 einen Dritten zusammengeführt worden sein, ist keine Provision geschuldet.

Im Falle der Künstlervermittlung ist folgende Ergänzung zusätzlich möglich:

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

C Gerichtsstand

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG; AS 2000 2355) auf den 1. Januar 2001 regelt dieses Gesetz und nicht mehr das AVG den Gerichtsstand im Vermittlungsbereich.

Für Klagen des Stellensuchenden ist wie bisher auch das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Vermittlers zuständig, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG). Daneben bleibt für Klagen des Stellensuchenden auch das Gericht am Sitz des Vermittlers zuständig (Art. 24 Abs. 1 GestG = Sitz der beklagten Partei, unter Sitz wird der Hauptsitz verstanden).

Für Klagen des Vermittlers hingegen ist nur noch das Gericht am Ort des Wohnsitzes des Stellensuchenden zuständig (Art. 3 Abs. 1 Bst. a GestG). Der Vermittler kann also nicht mehr an seinem Geschäftssitz klagen.

Aufgrund der gemachten Ausführungen kann sinngemäss folgende Formulierung als Hinweis auf Gerichtsstände in den Verträgen zugelassen werden.

Für Klagen des Stellensuchenden ist das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Vermittlers, mit welchem der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG,) oder das Gericht am Ort des Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1 GestG) zuständig, für Klagen des Vermittlers das Gericht am Wohnsitz des Stellensuchenden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a GestG).

Es kann jedoch auch auf eine Gerichtsstandsbestimmung im Vertrag verzichtet werden. Auch ohne Nennung kommt besagte Regelung im Streitfall zur Anwendung.

Falls der Stellensuchende Wohnsitz im Ausland hat:

Hier kommen das Internationale Privatrecht und Staatsverträge zur Anwendung. In der Regel wird gegen den Stellensuchenden mit Wohnsitz im Ausland nur an seinem Wohnsitz geklagt werden können. Für Auskünfte im Einzelfall ist das Bundesamt für Justiz, Sektion internationales Privat- und Zivilprozessrecht (Tel. 031/322 41 22) zuständig.

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

Auch im Bereich der Künstlervermittlungen ist daher der Vermittlungsvertrag zwischen Künstler und Vermittlungsagentur schriftlich abzuschliessen. Nach heute gängiger Praxis legen Künstlervermittler den Parteien in der Regel einen Engagementvertrag vor, der zugleich den eigenen Anspruch des Vermittlers 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 der Vermittler als dritte Vertragspartei auftritt. Ist dies nicht der Fall, muss ein separater schriftlicher Vermittlungsvertrag abgeschlossen werden.

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

Wichtig:

Cabaret-Tänzerinnen dürfen ausschliesslich nur mit dem durch das Bundesamt für Ausländerfragen und dem seco-Direktion für Arbeit (früher BIGA) genehmigten ASCO-Vertrag oder einem identischen Vertrag vermittelt werden.

E Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit bei Künstlern

Mangels eines spezifischen Unternehmerrisikos steht die Prüfung der arbeitsorganisatorischen Freiheit bei dieser Abgrenzung im Vordergrund. Werden Künstler von einem Veranstalter für eine Reihe von Proben und Aufführungen zu einem festen Ansatz verpflichtet und sind sie nicht am geschäftlichen Erfolg der Veranstaltung beteiligt (insbesondere 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 unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Folglich gehören Entgelte an Musiker, die als Mitglieder einer Kapelle, eines Ensembles, eines Zirkus oder allein (z.B. Barpianist) tätig sind, zum massgebenden Lohn für die Abzüge der Sozialversicherungen, unabhängig davon, ob diese Tätigkeit im Hauptberuf oder im Nebenberuf ausgeübt wird.

Das Entgelt an Musiker, Künstler und Artisten, wie Dirigenten, Orchestermusiker, Instrumentalisten, Sänger, Tänzer, Schauspieler, Conférenciers, die einzeln oder in Ensembles an besonderen Anlässen (Konzerte, Liederabende, Festwochen, Vereinsanlässe, Hochzeitsgesellschaften) mitwirken, gehört hingegen zum Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, auch wenn der Anlass nicht von ihnen selbst veranstaltet wird.

Daneben wird die Unterscheidung auch danach getroffen, in wieweit die Persönlichkeit des Künstlers für die jeweilige Veranstaltung im Vordergrund steht. Bei selbständig arbeitenden Künstlern steht ihre Persönlichkeit immer im Vordergrund.

Nach der Gerichtspraxis wird im Falle von einzelnen Auftritten oder Darbietungen eher auf selbständige, bei langfristigen Engagements eher auf unselbständige Erwerbstätigkeit geschlossen.

Exkurs: Der Standard-Vermittlungsvertrag der FIFA für Fussballvermittler ...

Auf den 1. März 2001 hat die FIFA ein neues Spieler vermittler-Reglement in Kraft gesetzt, dem im Anhang C auch ein Standard-Vermittlungsvertrag beigelegt ist (s. Beilagen). Diesbezüglich ist folgendes auszuführen.

Der Standard-Vermittlungsvertrag der FIFA und das ihm zugrunde liegende Spieler vermittler-Reglement regelt die Tätigkeit der Spieler vermittler in sämtlichen der 204 der FIFA angeschlossenen Nationalverbänden. Deshalb wurde er nur rudimentär abgefasst und kann auch nicht allen Besonderheiten und Eigenheiten der nationalen Gesetze Rechnung tragen. Dies ist sich die FIFA bewusst, und deshalb wurde im Standard-Vermittlungsvertrag auch die Ziffer 5 «Zwingende Rechtsnormen» eingefügt, wonach sich die Parteien verpflichten, «die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen betreffend Arbeitsvermittlung sowie auch weitere zwingende Normen der nationalen Gesetzgebung des jeweiligen Landes, des internationalen Rechts und der anwendbaren Staatsverträge zu befolgen.»

Deshalb wird darauf verzichtet, für schweizerische Spieler vermittler einen speziellen Mustervermittlungsvertrag vorzuschreiben. Im Zusammenhang mit Gesuchen um Erteilung einer Vermittlungsbewilligung nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz sind jedoch bei Spieler vermittlern, welche als Mustervertrag den FIFA-Standard-Vermittlungsvertrag einreichen, folgende Vertragsanpassungen zu verlangen, damit der Vertragstext dem AVG entspricht und eine Vermittlungsbewilligung erteilt werden kann.

Einleitung

In der einleitenden Textpartie sollte die entsprechende Gesetzesgrundlage erwähnt sein:

«Die Parteien... sind übereingekommen, einen Vermittlungsvertrag nach Art. 8 des Arbeitsvermittlungsgesetzes AVG mit folgendem Inhalt zu vereinbaren:»

Ziff. 1

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a AVG sind Vereinbarungen, welche den Stellensuchenden hindern, sich an einen anderen Vermittler zu wenden, nichtig.

Deshalb ist folgende Ergänzung anzubringen:

«Die Parteien haben ein jederzeitiges, frist- und vorbehaltloses Kündigungsrecht.»

Ziff. 2 Bst. a)

Gem. Art. 3 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz GV-AVG darf die Vermittlungsprovision gegenüber dem Spieler höchstens 5% des ersten Brutto-Jahreslohnes ausmachen. Deshalb ist dieser Passus entsprechend anzupassen («Der Spielervermittler erhält eine

Kommission in der Höhe von 5% des ersten Brutto-Jahresgehaltes, welcher der Spieler aufgrund des vom Spieler vermittelt ausgehandelten Arbeitsvertrages verdienen wird.») und sind auch die beiden Textteile: «Einmalige Zahlung ... und Jährlich Abrechnung ...» zu streichen.

Selbstverständlich muss sich diese Regelung auch in allfälligen weiteren Provisionsbestimmungen finden, die sich z.B. auf Einnahmen aus Prämien, Werbeauftritten, Sponsoring, usw. beziehen.

Ziff. 3

Hier ist der Vertragstext wie folgt zu ergänzen:

«Das Kündigungsrecht des Spielers gegenüber dem Arbeitsvermittler nach Ziff. 1 bleibt in jedem Falle vorbehalten.»

Für Spieler vermittelt, die sich nur innerhalb der Schweiz betätigen, muss auch eine korrekte Gerichtsstandsklausel eingefügt werden.

Gerichtsstand

Als Folge des auf den 1. Januar 2001 neu in Kraft getretenen Gerichtsstandsgesetzes (GestG; AS 2000 2355) ist der Gerichtsstand wie folgt anzufügen:

«Für Klagen des Spielers ist das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der Vermittlungsfirma, mit welcher der Vertrag geschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG) oder das Gericht am Hauptsitz der Vermittlungsfirma (Art. 24 Abs. 1 GestG) zuständig, für Klagen der Vermittlungsfirma das Gericht am Wohnsitz des Spielers (Art. 3 Abs. 1 Bst. a GestG).»

In Fällen der grenzüberschreitenden oder reinen Auslandsvermittlung kommen das Internationale Privatrecht und Staatsverträge zur Anwendung. Hier kann auf die Nennung des Gerichtsstandes verzichtet werden.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass verbandsseitig die Anerkennung des Spielervermittlers von der Erteilung der Vermittlungsbewilligung nach AVG abhängig gemacht wird. Deshalb ist von einem Gesuchsteller nicht mehr zu verlangen, dass er bereits im Besitz einer FIFA-Lizenz ist.

Art. 9 AVG Einschreibgebühr und Vermittlungsprovision (Art. 20 – 23 AVV, Art. 2 – 5 GV-AVG)

A Einschreibgebühr (Art. 2 GV-AVG)

Die Einschreibgebühr darf von jedem Stellensuchenden nur einmal pro Vermittlungsauftrag erhoben werden (Absatz 1).

Nach Absatz 2 darf die Höchstgrenze auch nicht überschritten werden, wenn der Vermittler das Stellenprofil des Stellensuchenden in einem besonderen Publikationsorgan platziert, welches er selber veröffentlicht. Oft werden durch die Vermittler Stellensuchinserate in Zeitungen, im Internet und in andern 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 dem Stellensuchenden so vereinbart wird, in Rechnung gestellt werden. Der Stellensuchende hätte ja, falls er das Inserat selbst platziert, diese Kosten auch zu tragen. Hingegen dürfen dem Stellensuchenden keine Kosten für das Inserieren, sondern ausschliesslich die Einschreibgebühr in Rechnung gestellt werden, falls das Publikationsorgan vom Vermittler selbst veröffentlicht wird. Dies wird mit Art. 2 Abs. 2 GV-AVG so vorgeschrieben. Damit wird der Gefahr begegnet, dass ein solcher Vermittler einen Stellensuchenden 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 den Stellensuchenden die Chance einer Vermittlung erhöht wird.

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

Art. 2 Abs. 4 GV-AVG stellt sicher, dass es zu keiner Umgehung der Gebührevorschriften kommt, falls mehrere Vermittler zusammenarbeiten.

B Vermittlungsprovision (Art. 20, 21, 22, 23 AVV, Art. 3 – 5 GV-AVG)

1. Provision

Die folgenden Ausführungen betreffen nur die Provision zu Lasten von Stellensuchenden. Gegenüber dem Arbeitgeber ist der Vermittler grundsätzlich frei, was sein Entgelt anbelangt.

Die Vermittlungsprovision zu Lasten des Stellensuchenden wird in Prozenten des Bruttolohns beziehungsweise der Bruttogage der vermittelten Person 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 Arbeitnehmerbeiträge der Sozialversicherungen;
- die Abzüge für Kost und Logis usw.

Die Arbeitgeberbeiträge der Sozialversicherungen gehören nicht zum Bruttolohn.

Bei unbefristeten Arbeitsverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen von mindestens einem Jahr Dauer stellt stets das Jahressalär die Bemessungsgrösse dar, auch wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf eines Jahres aufgelöst wird. Es ist zum Teil üblich, dass der Vermittler dem Arbeitgeber einen Teil der Vermittlungsprovision zurückerstattet, sofern das Arbeitsverhältnis innert einer bestimmten Frist aufgelöst wird. Solche Usancen und allfälligen Abreden werden durch das AVG nicht berührt. Das AVG spricht sich zu ihnen nicht aus und verbietet sie nicht. Bei befristeten unterjährigen Arbeitsverträgen ist der effektiv vereinbarte Bruttolohn massgeblich.

Dasselbe gilt bei der Vermittlung von Personen für künstlerische und ähnliche Darbietungen.

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

Im Künstlerbereich soll mit der Minimalprovision von 80 Franken sichergestellt werden, dass auch unbekanntere Künstler vermittlungsfähig bleiben. Ihre Vermittlung wird dadurch für den Vermittler eher rentabel sein.

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

2. **Zusätzliche Entschädigung für besonders vereinbarte Dienstleistungen**

Die bundesrätliche Botschaft vom 27. November 1985 zum AVG äussert sich auf S. 50 wie folgt zur Vereinbarung von besonderen Dienstleistungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AVG: «Im

Hinblick auf schwierigere Vermittlungsfälle ist die Möglichkeit solcher Vereinbarungen notwendig; dem Vermittler soll nicht ein ausserordentlich hohes Geschäftsrisiko aufgebürdet werden, das er durch sehr hohe Vermittlungsprovisionen ausgleichen müsste». Dieser Artikel gab in den eidg. Räten keinen Anlass zu Diskussionen. Der Gesetzgeber wollte die Möglichkeit der unmittelbaren Verrechnung von besonderen Dienstleistungen somit nur für schwierige Vermittlungsfälle vorsehen, bei welchen für den Vermittler von Anfang an ersichtlich ist, dass eine Vermittlung des Stellensuchenden nur mit der Hilfe von ausserordentlichen Mitteln wie etwa einem graphologischen Gutachten oder eines psychologischen Fachtests Erfolgchancen hat. Nur die Kosten für ausserordentliche Dienstleistungen, die sich aufgrund der Person oder des Berufes des Stellensuchenden oder den Wünschen des potentiellen Arbeitgebers aufdrängen, und die der Vermittler in der Regel extern «einkaufen» muss, wollte der Gesetzgeber somit nicht dem Geschäftsrisiko des Vermittlers 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.:

- Das Einblick Gewähren in einen Stellenanzeiger;
- ein psychologischer Fachtest;
- ein spezieller Eignungstest;
- die Analyse der Arbeitsmarktfähigkeit des 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 Art. 20 Abs. 3 AVV dürfen die Entschädigungen grundsätzlich nicht in Form von Pauschalsummen festgelegt werden, sondern es muss für den Stellensuchenden ersichtlich sein, wie viel er für die einzelne Dienstleistung zu bezahlen hat. Deshalb dürfen nur die effektiven Kosten der besonders vereinbarten Dienstleistungen (mit Ausnahme des Einblick gewähren in einen Stellenanzeiger, s. Ziff. 3 nachfolgend) in Rechnung gestellt werden. Der Vermittler darf also mit diesen Dienstleistungen nicht seine Provision aufbessern.

Gibt ein Vermittler ein Stelleninserat für einen Stellensuchenden bei einer Zeitung oder einem Stellenanzeiger auf, können die Insertionskosten in Rechnung gestellt werden. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass der Vermittler und der Herausgeber nicht zusammenarbeiten oder der Vermittler nicht an der Zeitung resp. dem Stellenanzeiger beteiligt ist, weil sonst die Provisions- und Gebührenvorschriften umgangen werden können (auch Kap. A «Einschreibgebühr» zu Art. 9 AVG).

3. Was muss bei Stellenanzeigern beachtet werden?

Die Veröffentlichung eines Stellenanzeigers, der nicht über einen journalistischen Hauptteil verfügt (s. zu Art. 2 Bewilligungspflicht, Ziff. 2 «Erscheinungsformen der Arbeitsvermittlung»), stellt eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des Gesetzes dar.

Hinsichtlich des Preises des Publikationsorgans ist der Vermittler jedoch nicht der Gebührenverordnung unterstellt. Der Käufer des Stellenanzeigers wendet sich ja nicht an einen Vermittler, damit er vermittelt wird, sondern will sich lediglich einen Überblick über den Stellenmarkt verschaffen. In diesem Sinne gilt hinsichtlich des Kaufpreises die Bestimmung über die Einschreibgebühr 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 dem Herausgeber des Stellenanzeigers eine Vermittlungsbewilligung erteilt werden kann:

- der Inhalt des Anzeigers muss für den Stellensuchenden zum vornherein ersichtlich sein;
- die gemachten Inhaltsangaben müssen der Wahrheit entsprechen, d.h. es dürfen keine Phantasieangebote gemacht werden;
- es muss sichergestellt sein, dass der Stellensuchende direkt auf die ihn interessierenden Stelleninserate Zugriff hat und damit seine Kosten abschätzen kann, d.h. er darf vom System nicht hingehalten und über Umwege zu den ihn interessierenden Angaben geführt werden.

4. Was muss insbesondere bei der Vermittlung übers Internet beachtet werden?

a) Die Verbindung von Platzierung des Profils des Stellensuchenden mit andern Leistungen

Grundsätzlich ist dies zulässig. Der Stellensuchende darf jedoch nicht gezwungen werden, nur das gesamte Leistungspaket in Anspruch nehmen zu können, wenn dieses mehr als 40 Franken kostet. Sonst würde die Vorschrift der maximal zulässigen Einschreibgebühr umgangen. Der Stellensuchende muss jederzeit die Möglichkeit haben, nur die Platzierung seines Profils für maximal 40 Franken in Auftrag geben zu können. Der Vermittler hat jedoch die Möglichkeit, die besonderen Dienstleistungen neben der Profil-Platzierung zusätzlich in Rechnung zu stellen (s. nächster Punkt).

b) Falls ein Vermittler verschiedene Leistungspakete anbietet

Es ist denkbar, dass ein Vermittler verschiedene Leistungspakete anbieten will. Z.B. ein Grundpaket mit einer Internet-Platzierung des Profils des Stellensuchenden während zweier Monate für 40 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 unterscheiden, d.h. es muss, was die Profil-Platzierung angeht, genau gleich attraktiv sein. Sonst könnte der Stellensuchende gezwungen sein, das teurere Paket zu wählen, weil er primär an einer möglichst langen Präsenz seines Profils interessiert ist. Damit würde jedoch der Schutzzweck des Gesetzes, der eine maximale Einschreibgebühr vorsieht, umgangen. Vorliegend müssten deshalb die Zeiträume der Internet-Platzierung bei beiden Leistungspaketen gleich lang sein.

c) Mindestmass der Zeitdauer einer Internet-Platzierung des Profils eines Stellensuchenden

Grundsätzlich willigt ein Vermittler mit seiner Beauftragung durch den Stellensuchenden ein, auf unbestimmte Zeit für diesen tätig zu werden. Falls ein Vermittler jetzt einfach die Einschreibgebühr kassiert, jedoch nicht für den Stellensuchenden tätig wird, oder höchstens für ein paar Tage, verstösst er gegen das Prinzip von Treu und Glauben. Im Sinne der Gleichbehandlung muss auch bei der Internet-Platzierung des Profils des Stellensuchenden eine gewisse Mindestdauer des Vermittelns verlangt werden. Wir erachten eine Dauer von 1 Monat als Mindestvoraussetzung, bei einer kürzeren Internet-Platzierung verstösst der Vermittler gegen Treu und Glauben. Projekte mit kürzeren Internet-Platzierungen als einen Monat dürfen deshalb nicht bewilligt werden.

Wenn eine Befristung der Platzierung vorgesehen ist, muss jedoch gleichzeitig auch Art. 2 Abs. 3 GV-AVG beachtet werden. D.h. es ist möglich, dass eine Platzierung für einen Monat gegen 40 Franken in Rechnung gestellt werden kann. Von demselben Stellensuchenden darf der Vermittler jedoch frühestens nach sechs Monaten einen neuen Platzierungsauftrag akzeptieren.

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 wird unabhängig vom Vermittlungserfolg geschuldet

(Art. 413 Abs. 3 OR.). Darauf sollte der Stellensuchende in allfälligen Formularverträgen hingewiesen werden.

Der Anspruch auf die Vermittlungsprovision dagegen entsteht erst, wenn die Vermittlung zum Abschluss eines Arbeitsvertrages geführt hat. Eine anders lautende Vereinbarung ist nichtig. Art. 9 Abs. 2 AVG hat als Schutznorm zugunsten des Stellensuchenden zwingenden Charakter.

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

Bei der Auslandvermittlung schuldet nach Art. 9 Abs. 3 AVG der Stellensuchende die Provision erst, wenn er von den Behörden des Landes, in das er vermittelt wird, die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erhalten hat. Der Vermittler darf jedoch nach Art. 21 AVV, sollte der Stellensuchende die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit nicht erhalten, die Hälfte der entstandenen Auslagen und der nachgewiesenen Aufwendungen und die ganze festgelegte Entschädigung für besonders vereinbarte Dienstleistungen in Rechnung stellen. Im Einzelfall kann sich der Stellensuchende verpflichten, mehr als die Hälfte der entstandenen Auslagen und der nachgewiesenen Aufwendungen zu bezahlen, dadurch darf der Betrag der zulässigen Provision aber nicht überschreiten werden.

6. Provisionssätze bei künstlerischen und ähnlichen Darbietungen

Nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 GV-AVG unterscheiden sich im Künstlerbereich die Provisionssätze zu Lasten von Fotomodellen und Mannequins von den Provisionssätzen der anderen künstlerischen Personen. Die Absätze 2, 3 und 4 von Art. 4 GV-AVG gelten jedoch für alle Fälle der Vermittlung.

Im Künstlerbereich darf die Provision zu Lasten des Stellensuchenden nur bei der Vermittlung ins Ausland um höchstens die Hälfte erhöht werden, falls die inländische Agentur mit einer ausländischen Agentur zusammenarbeiten muss. Der Künstler darf von der ausländischen Agentur nicht zusätzlich zur Kasse gebeten werden. Art. 4 Abs. 4 GV-AVG erlaubt nur eine Erhöhung für die Vermittlung ins Ausland, nicht jedoch für die Vermittlung aus dem Ausland.

Art. 11 AVG Finanzhilfe an die private Arbeitsvermittlung (Art. 24, 25 AVV)

Die Personal- und Sachkosten setzen sich zusammen aus den Kosten für:

- Löhne;
- Miete und Unterhalt von Büroräumlichkeiten;
- Verbrauchsmaterial;
- Arbeitsgeräte wie Tische, Schreibmaschinen, EDV-Mittel usw. (durch buchhalterische Abschreibung anrechenbar).

Nicht anrechenbar sind die Anschaffung von Immobilien und die Verzinsung von Fremdkapital zur Finanzierung von Immobilien.

Art. 25 Abs. 2 AVV:

Die ausnahmsweise Übernahme des ganzen Betriebsdefizits, welches 30% der anrechenbaren Betriebskosten übersteigt, wird vom Bund nur unter Anwendung einer restriktiven Praxis erfolgen können.

Exkurs: AVG-Bewilligung und Franchising

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

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

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

Im Falle von Vermittlung bzw. Verleih bedeutet dies zum Beispiel, dass der Franchisenehmer damit das Recht erhält, vom Franchisegeber ein Betriebs- und Marketingkonzept, evt. seine Geschäftsbezeichnung oder die Firma des Franchisegebers als Bestandteil seiner eigenen Firma und das Warenzeichen, ja eventuell auch weitere Schutzrechte zu verwenden und dass er möglicherweise in der Vermittlungs- und/oder Verleihtätigkeit geschult wird und ihm die Musterverträge vom Franchisegeber zur Verfügung gestellt werden. Der Franchisenehmer verpflichtet sich dabei, gegen Entgelt die Vermittlungs- oder Verleihtätigkeit nach dem vom Franchisegeber entwickelten Konzept auf eigene Rechnung zu tätigen. Es ist denkbar, dass es mehrere Franchisenehmer gibt. Oft wird Ihnen dabei das Recht eingeräumt, in einem bestimmten Gebiet tätig zu werden.

Da der Franchisenehmer dabei als Selbständigerwerbender auf eigenes Risiko und eigene Rechnung tätig wird, bedeutet dies, dass er immer selbst eine Vermittlungs- und/oder Verleihbewilligung benötigt. Im «Package» kann das Recht der Bewilligung nie übertragen werden. In der Regel will der Franchisenehmer aber im Geschäftsverkehr mit dem Franchisegeber in Verbindung gebracht werden. Wegen der strafrechtlich sanktionierten Firmengebrauchspflicht darf der Franchisenehmer nicht ohne Angabe der eigenen Firma einzig unter der Firma des Franchisegebers oder unter dessen Geschäftsbezeichnung auftreten. In der Praxis wird daher der Franchisenehmer seine Firma so wählen, dass klar zum Ausdruck kommt, dass es sich um eine Partnerfirma des Franchisegebers handelt (Beispiel 1, siehe nachfolgend). Manchmal wird im «Package» sogar vereinbart, dass der Franchisenehmer sich in Büroräumlichkeiten des Fran-

chisegebers einmieten kann (Beispiel 2). Somit würde der Betrieb nicht nur eine auf ein Partnerschaftsverhältnis hindeutende Firma, sondern auch dieselbe Adresse wie derjenige des Franchisegebers haben, d.h. unter derselben Adresse würden sogar zwei oder mehrere Betriebe mit aufeinander abgestimmten Firmen bestehen. Es kann aber auch vorkommen, dass der Franchisenehmer nur das Konzept, nicht aber Elemente der Firma oder der Geschäftsbezeichnung des Franchisegebers übernimmt (Beispiel 3). Schliesslich gibt es auch Fälle, wo der Franchisenehmer die Verträge im Namen des Franchisegebers abschliesst und dieser auch das Inkasso übernimmt. Der Erlös fliesst jedoch nach Abzug der Franchisegebühr in die Kasse des Franchisenehmers (Beispiel 4). In diesem Fall betätigt sich der Franchisenehmer im Sinne von Art. 1 Bst. e AVV. Er führt dem Franchisegeber, der selber eine Bewilligung besitzt, Stellensuchende zu oder führt diese ihm vom Franchisegeber zugeführten mit Arbeitgebern zusammen. Er benötigt in diesem Falle auch eine Vermittlungsbewilligung.

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

Für die Bewilligungserteilung und den Handelsregistereintrag des Franchisenehmers bedeutet dies folgendes:

Ausgangslage

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

Franchisenehmer: Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Beispiel 1

Der Franchisenehmer tritt als Partnerfirma des Franchisegebers auf. Die Bewilligung wird in diesem Fall lauten auf:

Betrieb: Muster & Partner, Inhaber Peter Nehmer

Verantwortl. Person: Peter Nehmer (für Tätigkeiten im Rahmen des Franchisevertrages)

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Muster & Partner, Inhaber Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Beispiel 2

Der Franchisenehmer hat sich an der Adresse des Franchisegebers eingemietet; die Bewilligung lautet auf:

Betrieb: Muster & Partner, Inhaber Peter Nehmer, Musterstrasse 44, 9999 Musterhausen

Verantwortl. Person: Peter Nehmer (für Tätigkeiten im Rahmen des Franchisevertrages)

Der Handelsregistereintrag lautet auf: Muster & Partner, Inhaber Peter Nehmer,

Musterstrasse 44, 9999 Musterhausen

Beispiel 3

Tritt der Franchisenehmer nicht als Partnerfirma des Franchisegebers auf (kein Hinweis auf die Firma oder Geschäftsbezeichnung des Franchisegebers), sondern unabhängig, lautet die Bewilligung in diesem Falle auf:

Betrieb: Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Verantwortl. Person: Peter Nehmer

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

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

Beispiel 4

Der Vertragsabschluss und das Inkasso bei den Stellensuchenden und Arbeitgebern wird vom Franchisegeber ausgeführt. Der Franchisenehmer führt ihm nur Stellensuchende oder Arbeitgeber zu. Es liegt ein Fall von Art. 1 Bst. e AVV vor, d.h. auch der Franchisenehmer benötigt eine Bewilligung. Diese lautet in diesem Falle auf:

Betrieb: Peter Nehmer, Beispielweg 33, 1111 Beispielen

Verantwortl. Person: Peter Nehmer

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

Es kann vorkommen, dass alle Franchisenehmer eines Franchisegebers mit den gleichen Verträgen operieren. In diesem Falle wird sich die Gesuchsbehandlung vereinfachen. In der Regel kann diesem Umstand Rechnung getragen werden, indem in diesen Fällen dem Gesuchssteller nur das Minimum der möglichen Bewilligungsgebühr belastet wird. Bei bereits bestehenden Franchiseverhältnissen, wo der Franchisegeber bereits im Besitz einer Bewilligung ist, ist es auch möglich, die neuen Gesuche der Franchisenehmer als Änderung resp. Erweiterung einer bestehenden Bewilligung zu behandeln. Somit kann die in Rechnung zu stellende Gebühr sogar noch niedriger ausfallen. Welches Vorgehen hinsichtlich der Gebühren gewählt wird, liegt jedoch im Ermessen der Bewilligungsbehörde.

Exkurs: Spezialfall Au Pair-Vermittlung

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

Bewilligungspflichtig

Die entgeltliche und regelmässige Vermittlungstätigkeit von Au-Pair fällt gem. Art. 2 AVG unter das AVG und ist bewilligungspflichtig. Dies gilt auch für gemeinnützige Institutionen, sofern sie gegen Entgelt vermitteln.

Höchstgebühren für die einzelnen Leistungsarten

Die strikte Anwendung des Gebührentarifs gemäss AVG erweist sich im Bereiche 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. Deshalb haben wir aufgrund der aktuellen Praxis im Au-Pair Sektor, die folgende Gebührenaufstellung erarbeitet:

- a) Einschreibegebühr
- b) Vermittlungsprovision
- c) Entschädigung von besonders vereinbarten Dienstleistungen

Höchstbeträge für Gebühren:

- | | |
|------------------------------------|-----------|
| a) Einschreibegebühr (Eintragung): | Fr. 40.— |
| b) Vermittlungsprovision: Bis max. | Fr. 685.— |

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

Folgende Leistungen müssen garantiert und darin enthalten sein:

- Dossierbereitstellung;
- Eigentliche Vermittlung;
- Abschluss und Unterschrift des Vermittlungsvertrages.

- | | |
|--|-----------|
| c) Weitere Dienstleistungen | |
| – Schulung und Vorbereitung | Fr. 63.— |
| – Interview | Fr. 53.— |
| – Sprach- und Situationstest | Fr. 53.— |
| – Spesen, Material, Telefon, Fax usw. | Fr. 21.— |
| Total bis max. | Fr. 190.— |
| Total der zulässigen Kosten: höchstens | Fr. 915.— |

Grundsätzliche können Au-Pair Vermittlungsbetriebe nur eine Bewilligung erhalten, wenn sie die obigen Höchstbeträge beachten und einhalten.

Die Höchstbeträge entsprechen dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise vom Juli 01 (149.8; Ausgangsbasis Dez. 82 = 100). Sie können periodisch jeweils der Teuerung angepasst werden.

Das AVG und die AVV regeln einige Gebiete der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs analog. Wir verzichten darauf, die entsprechenden Erläuterungen im Bereich des Personalverleihs zu wiederholen und verweisen auf die Ausführungen zur privaten Arbeitsvermittlung. Parallele Bestimmungen finden sich insbesondere zu den folgenden Themen:

- Zweigniederlassungen (S. 21);
- Voraussetzungen der Bewilligungserteilung (S. 24 ff.);
- Dauer und Umfang der Bewilligung (S. 31 ff.);
- Entzug der Bewilligung (S. 34 ff.);
- Auskunftspflicht (S. 39);
- Öffentliche Ausschreibung (S. 40);
- Datenschutz (S. 41)
- Franchising (S. 56).

Art. 12 AVG Bewilligungspflicht (Art. 26 – 31 AVV)

A Wer ist Verleiher? (Art. 26 AVV)

Die temporäre Bereitstellung von Arbeitskräften für Produktion, Handel und Dienstleistungen erlangt mit fortschreitender Arbeitsteilung und Flexibilisierung wachsende Bedeutung. Der Einsatz dieser Arbeitskräfte ist jedoch nicht unproblematisch: Gelegentlich wird versucht, mittels speziellen Vertragskonstruktionen den Sozialschutz für Arbeitsverhältnisse und die Auflagen des AVG (Kautions- und Bewilligungspflicht, Schriftlichkeit der Verträge, zwingende Vertragsinhalte, Aufhebung des Konkurrenzverbots) zu umgehen.

1. Welche Vertragsverhältnisse fallen unter das AVG?

Beim Personalverleih überlässt ein Arbeitgeber (Verleiher) seinen von ihm angestellten Arbeitnehmer einem andern Arbeitgeber (Einsatzbetrieb) für die Erbringung von Arbeitsleistungen. Somit bedingt der Personalverleih das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von andern Verträgen (wie z.B. dem Auftrag, dem Werkvertrag oder einem gemischten Vertrag), die auch alle eine Arbeitsleistung zum Inhalt haben, welche bei einem Dritten erfolgen kann, ist nicht immer einfach. Die Bezeichnung des Vertrages 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 Arbeitsvertrages in Form des Personalverleihs, d.h. die Erbringung einer Arbeitsleistung beim Einsatzbetrieb durch den verliehenen Arbeitnehmer, fällt unter das AVG.

Das Überlassen des Arbeitnehmers an einen Dritten muss eine bestimmte Qualität aufweisen, damit ein Verleihverhältnis vorliegt.

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

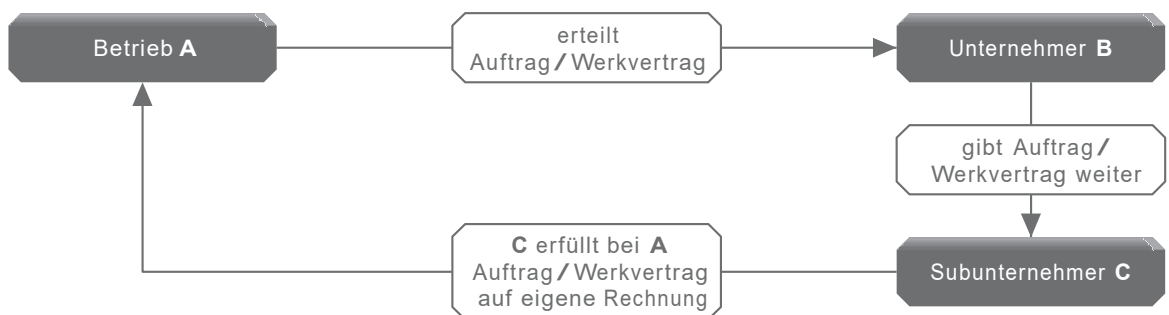
- ein Betrieb wesentliche Weisungsbefugnisse über seine eigenen Arbeitskräfte an einen anderen Betrieb abtritt und
- das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem die Weisungsbefugnisse abtretenden Betrieb bestehen bleibt.

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

2. Welche Grundkonstellationen von Vertragskonstruktionen können unterschieden werden?

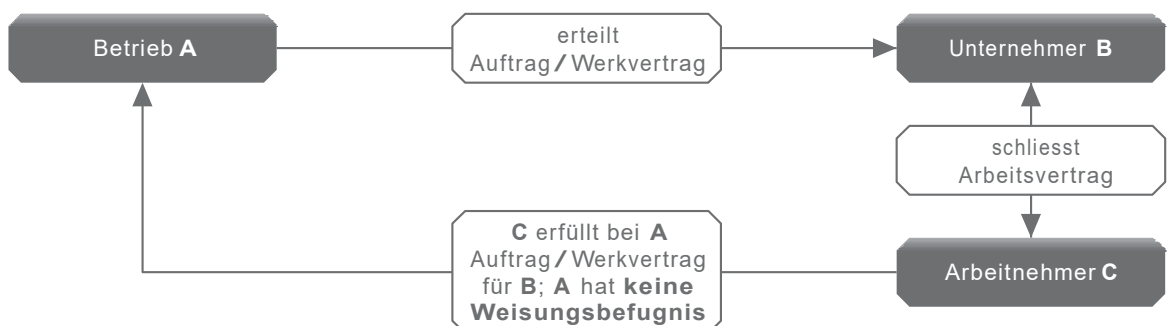
a) Die Weitergabe eines Auftrages/Werkvertrages

Zwischen dem Betrieb A und einem Unternehmer B wird ein Auftrag oder Werkvertrag abgeschlossen, welchen der Unternehmer ganz oder zum Teil an einen Dritten (Sub-Unternehmer C) weitergibt. Der Sub-Unternehmer ist hier Selbständigerwerbender und übernimmt einen Auftrag oder Werkvertrag. Es liegt somit kein Personalverleih vor.



b) Die Erledigung eines Auftrages/Werkvertrages durch einen Angestellten

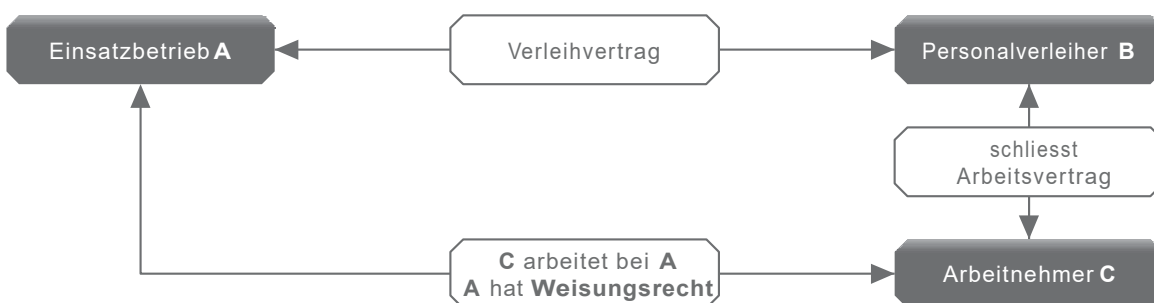
Der Unternehmer B beschäftigt einen Arbeitnehmer, der für ihn im Betrieb A einen Auftrag/Werkvertrag ausführt. Der Betrieb A hat gegenüber dem Arbeitnehmer jedoch keine Weisungsbefugnis und die reine Verrechnung von Einsatzstunden steht auch nicht im Vordergrund. Es liegt kein Personalverleih vor. Es handelt sich um einen externen Beschäftigungseinsatz, bei dem der Arbeitnehmer in Erfüllung eines vom Arbeitgeber übernommenen Auftrags/Werkvertrags tätig wird.



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

c) Der Verleih eines Angestellten (Personalverleih)

Der Arbeitnehmer C des Verleihers B (Arbeitgeber) arbeitet im Einsatzbetrieb A, wie wenn er dessen eigener Arbeitnehmer wäre; der Einsatzbetrieb hat ihm gegenüber somit ein Weisungsrecht.



Exkurs: Wann liegt selbständige Erwerbstätigkeit vor?

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

- Kein Unterordnungsverhältnis zwischen den Vertragsparteien;
- Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Subunternehmer;
- Suche und Akquisition von Aufträgen und Arbeiten des Subunternehmers für sich selbst;
- Übernahme der generellen mit dem Unternehmen zusammenhängenden Kosten;
- Wirtschaftliche und organisatorische Unabhängigkeit zwischen den Vertragsparteien.

Das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses ist das wesentliche Unterscheidungskriterium. Falls eine solche Unterordnung die Vertragsbeziehung der Parteien charakterisiert, hat die der anderen untergeordnete Partei nicht den Status eines Selbständigerwerbenden, sondern denjenigen eines Arbeitnehmers. In diesem Fall führt der Arbeitnehmer seine Aufgaben nach den vom Arbeitgeber erteilten Weisungen aus. Er verfügt bei der Ausführung der Arbeiten nicht über eine grosse Unabhängigkeit, wie dies bei einem Unternehmer oder Beauftragten der Fall wäre.

In seiner Entscheidung vom 21. Oktober 1988 im Fall P. AG (ZAK 2/89, S. 99), hat das Bundesgericht eine frühere Rechtsprechung präzisiert und bestätigt, nach welcher eine Erwerbstätigkeit im wesentlichen aufgrund der konkret ausgeübten Tätigkeit als selbständig qualifiziert wird und nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien.

Es empfiehlt sich deshalb, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Kriterien bezüglich einer selbst-

ständigen Erwerbstätigkeit erfüllt sind. Auf blosser Erklärungen der betreffenden Firma oder Person kann in der Regel nicht abgestellt werden. In der Regel ergeben sich aufgrund der Arbeitsverträge der eingesetzten Arbeitnehmer und dem Vertrag mit dem Kunden klare Anhaltspunkte für eine Beurteilung.

Wer entscheidet über das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit?

Die Frage muss auf jeden Fall im Zusammenhang mit der Beitragserhebung der verschiedenen Sozialversicherungen SUVA, AHV, IV, EO, ALV und BVG behandelt werden, da auf selbständigerwerbstätige Personen verschiedene Beitragssätze angewendet werden.

Es sind also in erster Linie die in der Sozialversicherung zuständigen Instanzen, die über das Vorhandensein einer selbständigen Erwerbstätigkeit entscheiden. In den vorliegenden Fällen speziell die SUVA und die Ausgleichskasse, welcher die Vertragsparteien angehören.

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

Personalverleih von Selbständigerwerbstätigen ist nicht möglich

Eine Person, die eine als selbständig geltende Erwerbstätigkeit ausübt, kann ihre Dienste nicht im Sinne des AVG an einen Dritten verleihen, da sie nicht den Status eines Arbeitnehmers besitzt. Wenn ein Selbständigerwerbender seine Dienste gegenüber einer Unternehmung erbringt, kann sich die daraus entstehende Rechtsbeziehung nicht aus dem AVG, sondern nur aus dem Vertragsrecht, das heisst aus dem Obligationenrecht (OR) ergeben. Der Selbständigerwerbende wird also Partei eines Werkvertrages, Auftrages oder eines Innominatvertrages.

Aufgrund des Sachverhaltes, der sich nach Überprüfung der obgenannten Kriterien ergibt, ist es auch möglich, dass seine Qualität als Selbständigerwerbender verneint werden muss, er demnach als Arbeitnehmer zu betrachten ist und von der Unternehmung angestellt werden muss.

Personalverleih von «quasi»-selbständigen Personen

Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit können ihr Personal verleihen. Die Gründer resp. Inhaber der Gesellschaft verlieren als deren Angestellte ihre Eigenschaft als Selbständigerwerbende und nehmen jene von Arbeitnehmern an, deren Dienste verliehen werden können. Die Gesellschaften müssen für sie auch die Sozialversicherungsabgaben wie für die übrigen Angestellten abrechnen.

Die Gründer resp. Inhaber einer Gesellschaft, die bei der Gesellschaft angestellt sind und deshalb als Arbeitnehmer betrachtet werden, besitzen – wenn sie die Leitung des Betriebs übernehmen – den Status von «quasi»-Selbständigen. Soll die Gesellschaft die Dienste dieser Per-

sonen (z.B. im Fall von Einmann-AGs oder -GmbHs) gewerbsmässig auch Drittbetrieben anbieten, muss sie trotzdem die notwendige Verleihbewilligung einholen. Dies ist schon alleine notwendig, damit mit der Gründung einer solchen Gesellschaft nicht die im vorherigen Kapitel aufgestellte Regelung umgangen werden kann. Zusammen mit der Einholung der Verleihbewilligung müssen auch die andern damit verbundenen Pflichten beachtet werden (Kautions-, Arbeitsvertrag). Der Firmeninhaber darf gleichzeitig sich selbst zum Einsatz bringen und verantwortlicher Leiter sein. Die Einhaltung der Präsenzzeitregelung macht in diesem Falle keinen Sinn. Sie muss jedoch angemessen berücksichtigt werden ab dem Zeitpunkt, wo weitere Arbeitnehmer angestellt werden. Die Kautions- muss jedoch in jedem Fall geleistet werden, hat doch der Gesetzgeber diesbezüglich keine Ausnahmen vorgesehen und kommt der Vollzugsbehörde somit kein Ermessen zu.

Hinweis auf das Ausländerrecht

Die Arbeitsmarktbahörden werden dem Aufenthalt für eine selbständige Erwerbstätigkeit in der Regel nicht zustimmen; ein Anspruch besteht nur für niedergelassene Ausländer.

3. Welches sind die Abgrenzungskriterien zwischen Erfüllung eines Auftrages oder Werkvertrages für den Arbeitgeber und Erbringung einer Arbeitsleistung (=Personalverleih)?

Folgende Abgrenzungskriterien lassen auf die Erbringung einer Arbeitsleistung in Form des Personalverleihs schliessen:

- Unterordnungsverhältnis: das Weisungs- und Kontrollrecht als wesentliches Merkmal für die Erbringung einer Arbeitsleistung liegt beim Einsatzbetrieb (dazu gehören insbesondere Weisungskompetenzen hinsichtlich der Art der zu verrichtenden Arbeit und der Wahl der Hilfsmittel). Diese Voraussetzung kann auch bereits erfüllt sein, wenn sich Verleiher und Einsatzbetrieb das Weisungsrecht teilen.
- Einbindung des Arbeitnehmers 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.
- die 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 (dh. der Verleiher haftet dem Einsatzbetrieb gegenüber nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers). Der Verleiher 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.

- Der Verleiher haftet auch nicht für fahrlässige oder vorsätzliche Schäden, die sein Arbeitnehmer verursacht, sei es beim Einsatzbetrieb, sei es im Rahmen der Tätigkeit für den Einsatzbetrieb gegenüber Dritten.

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

Wichtig:

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

Beispiel:

Ein Arbeitgeber, 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 Arbeitnehmer handeln somit in Erfüllung eines vom Arbeitgeber übernommenen Auftrags oder Werkvertrags.

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

In der Praxis schliessen die Gerichte im Zweifelsfall in der Regel auf ein Arbeitsverhältnis. Vorliegend ist deshalb bei unklaren Fällen primär vom Tatbestand des Personalverleihs auszugehen.

Zusammenfassung resp. Hinweise für die Praxis:

Ob Personalverleih vorliegt, lässt sich aufgrund der Verträge prüfen, die der Unternehmer mit dem Arbeitnehmer einerseits und mit dem Einsatzbetrieb andererseits geschlossen hat. Kein Personalverleih liegt vor, wenn:

- Das Weisungsrecht nicht beim Einsatzbetrieb liegt;
- der Arbeitnehmer nicht mit Werkzeug, Material, Geräten des Einsatzbetriebs arbeitet;
- der Arbeitnehmer nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet;

- die Verrechnung von Arbeitsstunden nicht im Vordergrund steht, sondern die Erreichung ein klares Ziel 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.
- Die Abgrenzungsfrage ändert sich auch nicht durch den Umstand, dass die zur Verfügung gestellte Person sich als selbständig beurteilt, oder von der zur Verfügung stellenden Person dergestalt beurteilt wird. Kommt eine solche Person beim Kunden nur für die Verrechnung von Arbeitsstunden zum Einsatz, ist dies nur in der Form des Personalverleihs möglich, wozu diese Person vom zur Verfügung Stellenden mittels Arbeitsvertrag nach OR angestellt werden muss. Dies gilt auch, falls die angeblich Selbständigerwerbenden mit einer Einzel- oder Kollektivfirma auftreten.
- Einmangengesellschaften in der Form einer juristischen Person (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) sind bewilligungspflichtig, auch wenn dergestalt die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerposition zusammenfallen.

B Erscheinungsformen des Personalverleihs (Art. 27 AVV)

1. Allgemein

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

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

Folgende Elemente sind für alle drei Formen charakteristisch:

- Der Verleiher stellt Arbeitnehmer an und überlässt sie Einsatzbetrieben zur Arbeitsleistung. Dabei kann vorerst offen bleiben, ob dieses Überlassen an Dritte Haupt- oder Nebenzweck der Anstellung ist.
- Der Einsatzbetrieb wird rechtlich nicht Arbeitgeber der verliehenen Arbeitnehmer, besitzt ihnen gegenüber jedoch wesentliche Weisungsrechte sowie Überwachungs- und Sorgfaltspflichten.

2. Die Merkmale der einzelnen Erscheinungsformen:

a) Gelegentliches Überlassen:

Typisch für diese Verleihform ist das kurzfristige, nicht speziell geplante zur Verfügung Stellen

eines Arbeitnehmers bei einer sich gerade bietenden Gelegenheit. Die Ausleihe von Arbeitskräften ist kein Standardangebot des Arbeitgebers, sie dient vielmehr dem Überbrücken von Beschäftigungsspitzen im Einsatzbetrieb respektive von Beschäftigungslücken im eigenen Betrieb.

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 andern Unternehmen zum Einsatz bringen will, damit diese nicht entlassen werden müssen.

b) Leiharbeit:

Zweck der Anstellung des Arbeitnehmers ist hauptsächlich der Verleih an Einsatzbetriebe. Der Verleiher jedoch betreibt häufig neben dem Verleihgeschäft auch eine eigene Betriebsstätte, in welcher der Arbeitnehmer vorübergehend oder sogar regelmässig zum Einsatz kommen kann. Unternehmen, die Arbeitnehmer 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 Zurverfügungstellen für gewöhnlich darauf ausgerichtet ist, einen Gewinn zu erzielen. Sie bedürfen deshalb ebenfalls einer Verleihbewilligung.

Der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer wird auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen.

Der Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, beschäftigt zu werden, womit das Risiko für fehlende Einsätze grundsätzlich beim Arbeitgeber liegt. Fehlen Einsätze, so kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug und bleibt gemäss Art. 324 OR lohnzahlungspflichtig. Dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung steht die Pflicht gegenüber, die ihm 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 schliesst der Arbeitgeber (Verleihfirma) mit dem Arbeitnehmer zunächst einen Rahmenarbeitsvertrag ab, in welchem die allgemeinen Arbeitsbedingungen für die einzelnen Arbeitseinsätze vereinbart werden.

In der Folge schliesst der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer für jeden einzelnen Arbeitseinsatz in einem Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) einen Einsatzvertrag (Arbeitsvertrag) ab.

Der Rahmenarbeitsvertrag tritt erst durch die Unterzeichnung des konkreten Einsatzvertrages in Kraft. Somit entsteht erst durch den Einsatzvertrag ein Arbeitsverhältnis (Verleiher/Arbeitnehmer) zu den im Rahmenvertrag und im Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen (s. S. 86ff.). Der Rahmenarbeitsvertrag begründet weder eine Pflicht des Arbeitgebers, einen Einsatz anzubieten, noch eine Pflicht des Arbeitnehmers einen angebotenen Einsatz anzunehmen. Jeder neue Einsatz erfordert den Abschluss eines neuen Einsatzvertrages (neuer Arbeitsvertrag).

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

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Zuweisung eines weiteren Einsatzes und darf seinerseits jeden angebotenen Einsatz ablehnen. Das Risiko für fehlende Einsätze liegt beim Arbeitnehmer.

Auch diese Form des Verleihs ist profitorientiert.

Der Temporärbetrieb führt keinen eigenen Produktionsbetrieb.

Mischformen dieser drei Leiharbeitstypen sind nicht möglich. Wer als Arbeitgeber eine feste Anstellung vornimmt, kann nicht durch vertragliche Abreden das Einsatzrisiko auf Arbeitnehmer abwälzen, er bleibt lohnzahlungspflichtig. Das Bundesgericht lehnte es ausdrücklich ab, zwischen zwei Einsätzen Arbeitnehmern Arbeitslosenentschädigung auszurichten, da sich aus einem unbefristeten, von einzelnen Einsätzen unabhängigen Arbeitsvertrag für die Zeitspanne zwischen zwei Einsätzen klar eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers 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 Ver-

hältnis Verleiher – Arbeitnehmer.

3. Welche Verleihstätigkeit ist bewilligungspflichtig? (Art. 28 AVV)

Bewilligungspflichtig sind Betriebe, die gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen im Rahmen von

- Temporärarbeit oder
- Leiharbeit.

Nicht bewilligungspflichtig sind demnach Betriebe, die

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

Spezialfall Arbeitsgemeinschaften (ArGe):

Firmen, die an einer Arbeitsgemeinschaft (Baukonsortium) beteiligt sind, und der ArGe ihr Personal zur Verfügung stellen, unterstehen nicht dem Arbeitsvermittlungsgesetz. Das Überlassen eines Arbeitnehmers an eine Arbeitsgemeinschaft beinhaltet keine vollständige Abtretung der wesentlichen Weisungsbefugnisse an das Konsortium.

C Gewerbsmässigkeit (Art. 29 AVV)

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

- Es werden Einsatzbetrieben regelmässig Arbeitnehmer mit der Absicht überlassen, Gewinn zu erzielen (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht müssen kumulativ vorliegen); oder
- mit der Verleihstätigkeit wird ein jährlicher Umsatz von 100 000 Franken erzielt.

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.

2. Zur Regelmässigkeit

Massgeblich für die Beurteilung, ob ein Verleiher 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 Arbeitgebers 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. Zum Jahresumsatz von 100 000 Franken

Diese Definition entspricht dem Gewerbmässigkeitsbegriff der Handelsregisterverordnung (Art. 52 bis 55) und trägt der Tatsache Rechnung, dass einzelne Verleihfirmen auch grosse Umsätze mit weniger als 10 Verleihverhältnissen pro Jahr erzielen können und diese sinnvoller Weise ebenfalls der Bewilligungspflicht zu unterstellen sind.

4. Der Gegensatz von Art. 28 und Art. 29 Abs. 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 normalen Angebot des Unternehmens gehören und nur ausnahmsweise erfolgen. In der Praxis ist eigentlich nur der Fall denkbar, wo ein Unternehmen bei einem wirtschaftlichen Einbruch seine Angestellten lieber vorübergehend einem andern Unternehmen zur Verfügung stellt, als sie entlassen zu müssen.

D Auslandverleih

Verleihbetriebe mit Sitz in der Schweiz, die Personen an Einsatzbetriebe im Ausland verleihen, oder die neu zuziehende Ausländer (s. auch Kap. zu Art. 21 AVG) in der Schweiz verleihen, benötigen neben der kantonalen Bewilligung (die zum Verleih innerhalb der ganzen Schweiz berechtigt) noch eine Bewilligung zum Auslandverleih. Diese Bewilligung wird vom seco – Direktion für Arbeit erteilt.

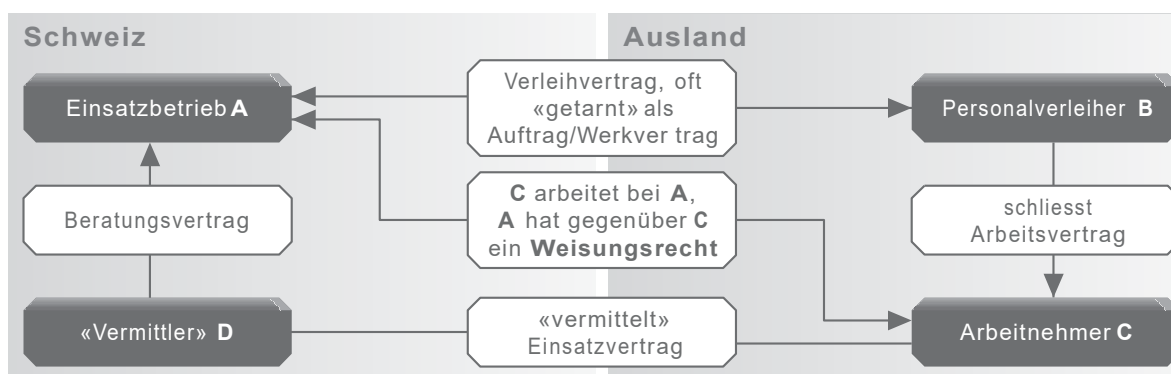
E Personalverleih vom Ausland in die Schweiz (Art. 30 AVV)

Grundsätzlich ist nach Art. 12 Abs. 2 AVG der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz, getätigt durch ausländische Verleiher (!), verboten. Der Gesetzgeber wollte den grenzüberschreitenden Verleih vom Ausland in die Schweiz verbieten, weil ausländische Verleiher hinsichtlich ihrer gesetzeskonformen Tätigkeit nur ungenügend kontrolliert werden können.

In der Praxis hat es sich jedoch erwiesen, dass die Schweizerische Volkswirtschaft doch auf einen Verleih vom Ausland in die Schweiz angewiesen sein kann. In gewissen Branchen ist auf dem inländischen Markt die Nachfrage nach bestimmten Arbeitskräften zu klein, als dass ein inländischer Personalverleiher gewinnbringend tätig sein könnte. Hingegen sind in diesen Branchen inländische Firmen wirtschaftlich trotzdem darauf angewiesen, solche Arbeitskräfte ausleihen und beschäftigen zu können. Zu denken ist beispielsweise an Putzequipen für Kernkraftwerke oder spezialisierte Wissenschaftler in der Weltraumforschung (z.B. Physiker).

Mit Art. 30 AVV soll einem Personalverleiher mit Sitz im Ausland deshalb im Einzelfall ermöglicht werden, in die Schweiz hinein verleihen zu können, wenn dies für den Einsatzbetrieb in der Schweiz und damit auch für die schweizerische Wirtschaft erforderlich ist. Wenn dies nicht der Fall ist, weil in dieser Branche in der Schweiz bereits Personalverleiher existieren, die entsprechende ausländische Arbeitskräfte anbieten können, ist der Personalverleih vom Ausland verboten.

In der Praxis kommen auch Fälle vor, in welchen ausländische Angestellte von Personalverleihern mit Sitz im Ausland an Einsatzbetriebe in der Schweiz verliehen werden sollen. Gelegentlich geschieht dies über schweizerische «Vermittler» und es wird dabei, die Arbeitsleistung als Erbringung eines Auftrages oder Werkvertrages dargestellt. Mittels einer Prüfung anhand der genannten Abgrenzungskriterien (s. Kap. zu Art. 12 AVG, Kap. A) wird sich jedoch feststellen lassen, ob nicht dennoch ein Arbeitsvertrag und damit Personalverleih vorliegt.



Solche Konstellationen sind ebenfalls im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVG nicht erlaubt, ausser es liegt ein Fall von Art. 30 AVV vor.

Kein Verleih vom Ausland in die Schweiz liegt vor, wenn ein Verleihbetrieb mit Sitz in der Schweiz ausländische Grenzgänger einem Einsatzbetrieb in der Schweiz überlässt. Der Verleiher muss in diesem Fall allerdings Art. 21 AVG beachten (s. auch Kap. zu Art. 21 AVG).

F Übersicht Bewilligungspflicht resp. Verleihverbot

Verleiher mit Sitz in der Schweiz			
Der Verleiher rekrutiert Arbeitnehmer im Ausland		Der Verleiher rekrutiert Arbeitnehmer 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 des Arbeitnehmers ist Art. 21 AVG zu beachten.	Bedarf kant. und eidg. Bewilligung nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG.	Bedarf kant. und eidg. Bewilligung nach Art. 12 Abs. 1 AVG.	Bedarf kant. und eidg. Bewilligung nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG.
Verleiher mit Sitz im Ausland			
Der Verleiher rekrutiert Arbeitnehmer im Ausland		Der Verleiher rekrutiert Arbeitnehmer in der Schweiz	
Einsatzort in der Schweiz	Einsatzort im Ausland	Einsatzort in der Schweiz	Einsatzort im Ausland
Verleih verboten nach Art. 12 Abs. 2, 2. Satz AVG. Aber nach Art. 30 AVV Ausnahmen möglich.	Verleih ist nicht dem schweizerischen Recht unterstellt.	Verleih verboten nach Art. 12 Abs. 2, 2. Satz AVG. Aber nach Art. 30 AVV Ausnahmen möglich.	Bedarf kant. und eidg. Bewilligung nach Art. 12 Abs. 1 und 2 AVG. Kann jedoch Bewilligung wegen Sitz im Ausland und damit der Unmöglichkeit des Handelsregister-eintrags nicht erhalten. Darf sich in der Schweiz nicht betätigen.

Exkurs: Anspruch auf eine negative Feststellungsverfügung

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

Voraussetzung

Der Erlass einer Verfügung setzt einen sogenannt individuell-konkreten 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 Verleiher Klarheit bezüglich dessen Bewilligungspflicht. Der Verleiher 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 beim Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dieses schutzwürdige Interesse ist dann zu bejahen, wenn für den betroffenen Gesuchsteller rechtlich oder tatsächlich wesentliche Folgen von dieser Verfügung abhängen. Art. 39 AVG belegt Einsatzbetriebe mit einer Busse, die wissentlich mit nicht bewilligten (aber bewilligungspflichtigen) Verleihern zusammenarbeiten. Da sich Einsatzbetriebe in diesem Punkt absichern wollen, kann für einen Verleiher eine behördliche Feststellung für seine Geschäftstätigkeit entscheidend sein. Das Risiko, einen möglichen Geschäftspartner aufgrund einer unklaren Rechtslage zu verlieren, ist ein genügendes schutzwürdiges Interesse eines Verleihers bzw. Vermittlers, um die Arbeitsmarktbehörde zum Eintreten auf das Feststellungsbegehren zu verpflichten.

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

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

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

Art. 13 AVG Voraussetzungen der Bewilligungs- erteilung (Art. 32 – 34 AVV)

A Betriebliche Voraussetzungen (Art. 32 AVV)

Art. 32 enthält – im Gegensatz zur analogen Bestimmung in Art. 8 Abs. 2 AVV für die private Arbeitsvermittlung – keine Aufzählung von «gefährdenden Gewerben». Der Entscheid, ob ein Fall von Art. 32 AVV vorliegt, ist in jedem konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände durch den zuständigen Kanton zu treffen.

Bei der Leiharbeit (und beim gelegentlichen Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe) kann der Verleiher Konkurrent des Einsatzbetriebes sein, da er häufig in derselben Branche tätig ist. Diese Konkurrenzsituation ist jedoch nicht als Gefährdung der Interessen des Einsatzbetriebes im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. c des Gesetzes zu verstehen. Zu beachten sind allerdings Fälle, in denen Verleiher mit Monopolstellung bewusst Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen.

B Persönliche Voraussetzungen (Art. 33 AVV)

Diese ist grundsätzlich dieselbe wie bei der Vermittlung.

Im Falle von Einmannbetrieben ist es jedoch nicht nötig, dass ein verantwortlicher Leiter eingestellt werden muss, diese Funktion kann auch der Betriebsinhaber wahrnehmen. Falls sie jedoch Arbeitnehmer einstellen, muss sichergestellt werden, dass sie für eine fachgerechte Verleihtätigkeit hinsichtlich ihrer Präsenz am Firmensitz Gewähr bieten können.

Wie bei der Vermittlung ausgeführt, kommt der Behörde bei der Beurteilung, ob der verantwortliche Leiter die Voraussetzungen erfüllt, ein grosses Ermessen zu. Im Falle von Einmannbetrieben (Einmann-AGs oder -GmbHs) ist an dieses Erfordernis gewiss nicht einen gleich strengen Massstab zu legen, wie dies bei den übrigen Betrieben der Fall wäre.

Art. 14 AVG Kaution (Art. 35 – 39 AVV, Art. 6 GV-AVG)

Die Leistung der Kaution ist eine Voraussetzung für die Bewilligungserteilung.

A Kautionspflicht (Art. 35 AVV)

Jeder bewilligungspflichtige Verleihbetrieb ist kautionspflichtig und muss, sofern es sich um eine rechtlich selbständige 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 GV-AVG) leisten, da diese zur gleichen juristischen Person oder zur gleichen Gesellschaft gehören und Forderungen aus dem selben Haftungssubstrat befriedigt werden. Allfällige Lizenz- oder Franchiseverträge zwischen rechtlich voneinander unabhängigen Firmen berechtigen den Lizenz- oder Franchisegeber nicht zur Hinterlegung der Kaution für seine 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 Art. 6 Abs. 2 GV-AVG erhöht sich die Kaution um 50 000 Franken auf 100 000 Franken, wenn der Verleiher im abgelaufenen Kalenderjahr Arbeitnehmer für mehr als 60 000 Einsatzstunden verliehen hat. Die Anpassung der Kaution an den Geschäftsumfang erfolgt aufgrund der jährlichen Meldung des Umfangs der Verleihstätigkeit. Einem Betrieb, der die Erhöhung nicht vornehmen will, ist die Bewilligung zu entziehen.

Falls ein Verleiher im abgelaufenen Jahr (1. Jahr) für mehr als 60 000 Einsatzstunden verliehen hat, muss nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 GV-AVG die Kaution zwingenden erhöht werden. Daran ändert auch nichts, dass der Verleiher für das kommende Jahr (2. Jahr) mit einem Ertragseinbruch rechnet, mit dem er diesen Grenzwert wieder unterschreiten würde.

Nach Art. 38 AVV kann die Kaution erst nach einem Jahr wieder freigegeben werden. Falls am Ende des 2. Jahres festgestellt wird, dass im 2. Jahr die Einsatzstunden tatsächlich weniger als 60 000 waren, bleibt aufgrund von Art. 38 AVV die Kaution auch im Folgejahr (3. Jahr) auf 100 000 Franken stehen. Erst falls im 3. Jahr die 60 000 Einsatzstunden nicht erreicht würden, kann die Kaution danach gesenkt werden. Es besteht somit für eine Beurteilung der Frage einer Senkung ein Beobachtungszeitraum von insgesamt 2 Jahren (2. und 3. Jahr).

Nach Art. 6 Abs. 3 GV-AVG erhöht sich die Kaution um 50 000 Franken auf 100 000 Franken, wenn der Verleiher 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 nicht diese zusätzliche Kaution leisten will, wird keine eidg. Bewilligung erteilt.

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

B Form der Kautions (Art. 37 AVV)

Die Kautions kann nur in den in Art. 37 AVV aufgelisteten Formen hinterlegt werden. Als Bürgen oder Garanten können nur Banken oder Versicherungen auftreten.

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

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

Falls der Verleiher 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 auf den alten Sitz, den alten Namen oder die bisherige Rechtsform gedeckt bleiben.

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

C 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 Art. 16 Bst. c AVG die Bewilligung zu entziehen. Absatz 2 der gleichen Bestimmung sieht vor, dass dem Verleiher vor dem Entzug eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu setzen ist. Er soll die Chance erhalten, einen neuen Kautionsär zu finden.

Vorgehen der Behörde im Fall der Kündigung:

- Die Bewilligungsbehörde teilt dem Verleiher 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 Kautionsversicherung für die Arbeitnehmer ein beträchtliches Risiko bedeutet.
- Mit diesem Vorgehen soll sichergestellt werden, dass der Verleiher seine Geschäftstätigkeit auch dann mit Wirksamkeit der Kündigung einstellen muss, wenn das Verfahren zu diesem Zeitpunkt noch hängig ist.

D Was muss bei den Kautionsversicherungen für den Fall, dass der Verleiher die Prämien nicht bezahlt, unbedingt verlangt werden?

Es dürfen nur Kautionsversicherungen zugelassen werden, in denen für den Fall, dass der Verleiher die Prämien nicht bezahlt und der Versicherer 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 Verleiher keine Verleihbewilligung erteilt werden.

E Die Freigabe der Kautionsversicherung (Art. 38 AVV)

Die Kautionsversicherung wird frühestens nach Ablauf eines Jahres seit dem Entzug oder der Aufhebung der Bewilligung freigegeben. Sofern in diesem Zeitpunkt noch Lohnforderungen von verliehenen Arbeitnehmern 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 Kautionsversicherung zur Deckung dieser Forderungen verwendet. Falls das zuständige KIGA Kenntnis von solchen offenen Forderungen erhält, informiert es die Öffentlichkeit im Amtsblatt oder in allfällig andern einschlägigen Publikationen über die Möglichkeit, noch solche Forderungen geltend zu machen und durch die Kautionsversicherung decken zu lassen. Nach der Prüfung der Berechtigung dieser Lohnforderungen macht es gegenüber dem Kautionsbürgen oder -versicherer die Bezahlung des noch offenen Betrages bis maximal zur Höhe der Kautionsversicherung geltend mittels Verfügung und allfälliger Betreibung.

Wichtig:

Analog vorgegangen werden muss auch im Falle der Kündigung einer Kautionsversicherung.

F Die Verwertung der Kautionsleistung im Konkursfall (Art. 39 AVV)

Die Kautionsleistung kann für gewöhnlich nur im Falle eines eröffneten Konkurses beansprucht werden, jedoch nicht zur Überbrückung von Zahlungsschwierigkeiten, da dies eine Besserstellung der Leiharbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern bedeuten würde. Anders sieht es aus, falls die Bewilligung aufgehoben oder entzogen worden ist, jedoch noch Lohnforderungen hängig sind (s. vorheriges Kap. E).

G Wer verwertet die Kautionsleistung? (Art. 39 Abs. 3 u. 4 AVV)

Gemäss Art. 37 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 Verleihers.
- Gruppe 2: Die Bürgschaft und die Garantieerklärung einer Bank oder Versicherungsanstalt (Bst. a.) sowie die von Dritten für den Verleiher 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 Konkursfall nämlich Bestandteile der Aktivmasse. Bürgschaften und Garantien von Dritten hingegen betreffen die Aktivmasse grundsätzlich nicht. Das Schicksal der Kautionsleistung ist deshalb im Konkurs des Verleihers 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 Art. 14 AVG und Art. 39 AVV zu beachten: Die Kautionsleistung bleibt vorab der Befriedigung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorbehalten. Erst ein Überschuss fällt in die allgemeine Masse. Für die Kostenliquidation der Gruppe 1 gilt Art. 262 Abs. 2 SchKG: Aus der Kautionsleistung 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 zuwenig Aktiven vorhanden sind, ist das Konkursamt dennoch gehalten, wenigstens die Kautionsleistung zu verwerten und die Forderungen der verliehenen ArbeitnehmerInnen 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 das KIGA). Nach dem Wortlaut der Bürgschaftsverpflichtungen und Bankgarantien wird der gesamte Kautionsbetrag mit der Konkurseröffnung fällig. Er ist von der Bank oder Versicherung vollumfänglich an das zuständige KIGA zur Deckung der gesicherten Forderungen zu überweisen. Das KIGA publiziert den Konkurs des Verleihers und die Aufforderung an die verliehenen ArbeitnehmerInnen, 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 ArbeitnehmerInnen mitteilt). Danach leitet das KIGA das Geld an die letztlich begünstigten ArbeitnehmerInnen weiter. Es ist auch möglich, dass ein Teil, wenn nicht alle der verliehenen Arbeitnehmer bereits durch die Arbeitslosenversicherung im Rahmen der Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff AVIG; neu aufgrund der Teilrevision des AVIG für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses) bezahlt worden sind. In diesem Falle kann das KIGA die Regressansprüche der Arbeitslosenkassen aufnehmen und dem Bürgen in Rechnung stellen (unter Berücksichtigung von Art. 39 Abs. 2 AVV, d.h. erst nachdem die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer erfüllt worden sind, die keine Insolvenzenschädigung geltend gemacht haben). Ist die Bürgschafts- oder Garantieverpflichtung höher als nötig, so wird der Bürge oder Garant im Rahmen des Überschusses frei. Anders als bei der Gruppe 1 profitiert die allgemeine Konkursmasse somit nicht von einer allenfalls zu hohen Kautions. Sobald das Geld an die Arbeitnehmer weitergeleitet worden ist, tritt (subrogiert) der Bürge oder Garant in die Rechtsposition der Lohngläubiger und kann seine Forderungen im Konkurs des Verleihers eingeben.

H Besonderheiten bei der Verwertung von Sicherheitsleistungen der Gruppe 2 (Art. 39 Abs. 4 AVV)

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

Situation 1

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

Situation 2

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

Je nach Situation ändern nun die Aufgaben des kantonalen Arbeitsamtes hinsichtlich der Verwertung der Kautions.

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 Verleiher den verliehenen Arbeitnehmern eine bestimmte Lohnsumme schuldet. Dies gibt das Konkursamt dem kantonalen Arbeitsamt bekannt. Gestützt darauf macht dieses beim Kautionssteller die Kautions im Rahmen der festgestellten Lohnforderungen geltend. Falls der Kautionssteller die Kautions nicht bezahlen will, muss gegen ihn die Betreuung eingeleitet werden. Weil die Forderung aufgrund des Kollokationsplanes rechtskräftig ist, hat im Falle einer Bürgschaft eine Einrede nach Art. 502 OR wenig Chancen auf Erfolg. Sobald das Arbeitsamt die Kautions erhalten hat, befriedigt es daraus die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer. Einen allfälligen Überschuss erstattet es dem Kautionssteller zurück. In der Höhe der gezahlten Lohnforderungen rückt der Kautionssteller im Konkurs an die Stelle der verliehenen Arbeitnehmer. Darüber orientiert das kantonale Arbeitsamt das Konkursamt. Sollten die verliehenen Arbeitnehmer aus der Kautions nicht vollständig befriedigt werden können, verbleiben sie mit ihrer Restforderungen im Konkursverfahren. Auch in diesem Fall orientiert das kantonale Arbeitsamt das Konkursamt über die Restforderungen. Damit Doppelzahlungen vermieden werden, ist die gegenseitige Absprache zwischen Konkursamt und kantonalem Arbeitsamt unerlässlich (analog dem Verfahren bei der Insolvenzenschädigung AVIG).

Situation 2

Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. Das kantonale Arbeitsamt erfährt von der Einstellung aus der Publikation. Es ist jedoch anzustreben, dass zwischen den Ämtern eine gute Zusammenarbeit herrscht und somit das Konkursamt das kantonale Arbeitsamt von sich aus über die Konkurseinstellung orientiert. Trotz Einstellung des Konkurses hat das kantonale Arbeitsamt die Kautions geltend zu machen und zu verwerten. Dazu überprüft es, ob die Lohnforderungen, welche die verliehenen Arbeitnehmer diesfalls direkt beim KIGA eingeben können, berechtigt sind. Danach teilt es dem Kautionssteller mit, welche Lohnforderungen es als berechtigt anerkennt und mittels Kautions befriedigen will. Gleichzeitig fordert es ihn auf, die Kautions binnen bestimmter Frist zu leisten. Im Verzugs- oder Bestreitungsfall erlässt das KIGA eine

formelle Verfügung, die es – nach Ablauf der Beschwerdefrist oder allfälligem rechtskräftigem Abschluss des Beschwerdeverfahrens – durch Betreibung vollstreckt. Mit der Kautionsbefriedigung des KIGA die Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer. Einen allfälligen Überschuss erstattet es dem Kautionssteller zurück.

Die Rolle des kantonalen Arbeitsamtes in der Situation 1 ist einfacher. Es muss nur sicherstellen, dass das Konkursamt über die Kautionsorientierung informiert wird und ihm mitteilt, welche Lohnforderungen gemäss Kollokationsplan verbindlich sind. In diesem Umfang kann das kantonale Arbeitsamt die Kautionsforderung vom Kautionssteller verlangen (nötigenfalls durch Verfügung und anschließende Betreibung), die Verwertung durchführen und über den Ausgang des Konkursamtes informieren. Die «Hauptarbeit» leistet jedoch das Konkursamt. Im Falle 2 hingegen muss das kantonale Arbeitsamt die gesicherten Lohnforderungen selber feststellen und dies dem Kautionssteller gegebenenfalls mittels Verfügung eröffnen. Erst danach (sowie nach einer allfälligen nötigen Betreibung) kann es die Verwertung der Kautionsforderung vornehmen.

Problem:

Wie verhält sich das kantonale Arbeitsamt, falls ein Zivilprozess hängig ist, in dem der Schuldner Partei und eine Lohnforderung Gegenstand des Prozesses ist.

In der Situation 1 wird ein solcher Zivilprozess nach Art. 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 andern Fall, also wenn die Konkursorgane auf die Fortsetzung des Prozesses verzichten (und sich auch kein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG findet), so gilt der streitige Anspruch (vorliegend die im Streit liegende Lohnforderung) als anerkannt. Dann kann das kantonale Arbeitsamt wie oben beschrieben mittels Verfügung, usw., die Leistung der Kautionsforderung durch den Bürgen erwirken.

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

I Welche Lohnforderungen werden durch die Kautionsdeckung gedeckt?

Grundsätzlich sind die Sozialversicherungsbeiträge, die einem Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber vom Lohn abgezogen und für ihn bei der Versicherungseinrichtung eingezahlt werden, auch Lohnbestandteile. Die Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber den Sozialversicherungen gelten jedoch bereits als gesichert, sobald sie der Arbeitgeber ihm vom Lohn abgezogen hat und der Arbeitnehmer dies (z.B. mittels Arbeitsvertrag, Lohnausweis, usw.) belegen kann (s. z.B. Art. 30ter AHVG). Deshalb ist es nicht nötig, solche nicht eingezahlten Beiträge aus der Kautionsdeckung zu decken. Die Versicherungen können die Ausfälle gegenüber dem säumigen Arbeitgeber im normalen Konkursverfahren geltend machen.

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

J Für Lohnforderungen welcher Niederlassung dient die Kautionsdeckung als Sicherheit?

Der Konkursfall kann gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nur bei einem Hauptsitz eintreten. Die Zweigniederlassung bildet keinen selbständigen Betreuungsort (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 selbständig in Konkurs gehen; Art. 50 Abs. 1 SchKG).

Im Falle der Gruppe 1 wird nicht nur die vom Hauptsitz, sondern auch die von jeder Zweigniederlassung hinterlegte Kautionsdeckung mit der Konkurseröffnung fällig. Die von einer Zweigniederlassung hinterlegte Kautionsdeckung fällt in die Aktivmasse der Gesamtunternehmung und kann, nach Befriedigung der von der Zweigniederlassung verliehenen Arbeitnehmer, zur Deckung aller Schulden der Unternehmung, also auch zur Deckung von Lohnforderungen aus andern Niederlassungen, verwendet werden. Der Konkurs wird vom Konkursamt am Hauptsitz der Unternehmung durchgeführt. Es informiert das KIGA am Sitz der Zweigniederlassung, welches ihm die von der Zweigniederlassung hinterlegte Sicherheit überweist.

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

K Wie kommt das Konkursamt zur vom Verleiher hinterlegten oder durch eine Kautionsversicherung gestellten Sicherheit?

Gläubiger der gesicherten Forderung sind die verliehenen Arbeitnehmer. Das KIGA kann in ihrem Namen bei Fälligkeit der Leistung die hinterlegten Werttitel oder Barmittel sowie die Ansprüche aus der Kautionsversicherung in den Konkurs einbringen. Das KIGA informiert sich dazu im Amtsblatt oder in allfälligen andern einschlägigen Publikationen über eröffnete Konkurse und informiert das Konkursamt am Hauptsitz der Verleihfirma über die der Konkursmasse zustehenden Sicherheiten. Es stellt dabei sicher, dass das Konkursamt vorab die Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmer decken wird.

Es bleibt den Kantonen unbenommen, zwischen den zuständigen Behörden (KIGA, 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 dem kantonalen Arbeitsamt wichtig sein. Nur so kann zum Beispiel sichergestellt werden, dass der säumige Arbeitgeber die Forderungen von verliehenen Arbeitnehmern vor Konkurseinstellung anerkennt und allfällige Lohnforderungen damit erhärtet sind.

Muster

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 (GV-AVG) vom 16. Januar 1991 ist der Personalverleihbetrieb zur Leistung einer Kautions-
sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih bis zum Betrage von Fr. verpflichtet.

Die Unterzeichnende erklärt, gegenüber (der Eidgenossenschaft/dem Kanton) die Kautions-
stellung zu übernehmen und dafür als Bürgin bis zum Höchstbetrag von

Fr. (in Worten:)
zu haften.

Diese Bürgschaft ist unbefristet. Sie kann im Sinne von Art. 510 Abs. 1 des Obligationenrechts
mittels schriftlicher Erklärung an (die Eidgenossenschaft/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 ent-
standen sind, sicherzustellen. Die Bürgschaft wird mit Konkurseröffnung zur Zahlung fällig.

Nach Erlöschen der Bewilligung und nach Ablauf der Kündigungsfrist der Bürgschaftsver-
pflichtung haftet die Bürgin für Forderungen, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, wäh-
rend 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)

Art. 15 AVG Dauer und Umfang der Bewilligung (Art. 42, 43 AVV, Art. 7 GV-AVG)

A Gebühren (Art. 7 GV-AVG)

Beim Verleih entsteht durch die Kautionsverwaltung und die Beurteilung umfangreicher Formularverträge 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.

B 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.

Art. 16 AVG Entzug/Aufhebung (ART. 44, 45 AVV)

A Allgemein

Grundsätzlich verschafft Art. 16 Abs. 2 Bst. b AVG der Bewilligungsbehörde ebenfalls die Rechtsgrundlage, einem Verleihbetrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung (s. nachfolgend) die Bewilligung wieder zu entziehen. Es wird auf die Ausführungen im Kapitel zu Art. 5 AVG verwiesen. Im Personalverleih besteht jedoch die Besonderheit, dass die Bewilligung auch zu entziehen ist, falls nicht nur in schwer wiegender 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 Arbeitnehmerschutzes geschieht. Dies gilt sowohl für schweizerische als auch für ausländische Arbeitnehmerschutzbestimmungen, falls Arbeitnehmer ins Ausland verliehen werden. Art. 16 Abs. 1 Bst. b AVG umfasst somit auch den Verstoß gegen im Ausland geltende Schutzbestimmungen.

B 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 Verleihvertrages;
- 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 Arbeitnehmern ohne die Einholung der nötigen Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung darstellen.

C Verstoß gegen zwingende Arbeitnehmerschutzbestimmungen

Da der Verleiher Arbeitnehmer anstellt, muss die Bewilligungsbehörde dem Gesetzeszweck entsprechend, Verstößen gegen Vorschriften des Arbeitsrechts begegnen. Deshalb ordnet Art. 16 Abs. 1 Bst. b AVG bei wiederholtem Verstoß gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehm-

erschützes den Bewilligungsentzug an. Als zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes werden in der Botschaft zum revidierten AVG (BBl 1985 III 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;
- Missachtung von Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen;
- ungerechtfertigte Verrechnung von Lohnforderungen;
- Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge.

Art. 17 AVG Auskunftspflicht

Der Begriff «Beteiligte» im zweiten Absatz ist weit auszulegen, um den Behörden eine umfassende Abklärung zu ermöglichen. Der «Beteiligte» (beispielsweise der Einsatzbetrieb) muss nur Auskunft geben, braucht jedoch keine Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren.

Die Artikel 18 bis 23 AVG und die Artikel 46 bis 50 AVV gelten grundsätzlich auch für nicht bewilligungspflichtige Verleiher, sofern sich aus Gesetz oder Verordnungen nichts anderes ergibt. Sie gelten im übrigen auch für ausländische Betriebe, soweit sie Arbeitnehmer in die Schweiz verleihen dürfen.

Art. 18 AVG Datenschutz (Art. 47 AVV)

Der Verleiher darf Verträge und Lohnabrechnungen zur Beweisführung in allfälligen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten oder betreffend der Einhaltung von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen aufbewahren. Die übrigen Personalakten jedoch sind nach Beendigung des Einsatzes und anschliessender Abrechnung mit dem Einsatzbetrieb zu vernichten, wenn der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich ihrer Archivierung zugestimmt hat, ausser sie sind für die genannte Beweisführung wichtig. Ergibt sich aus dem Verleih eine rechtliche Auseinandersetzung, so wird der Verleiher bis zu deren Abschluss die Personalakten weiterhin beziehen dürfen. Der Sinn von Art. 18 Abs. 3 AVG liegt nicht darin, es dem verliehenen Arbeitnehmer zu ermöglichen, durch eine Verweigerung seiner Zustimmung die prozessualen Chancen seines ehemaligen Arbeitgebers einzuschränken.

Mit dem Datenschutzgesetz wurde 1993 eine neue Bestimmung im Obligationenrecht in Kraft gesetzt (Art. 328b Abs. 1). Danach darf der Arbeitgeber nur Daten bearbeiten, soweit sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Dieser Artikel ist auch vom Verleiher zu beachten.

Art. 19 AVG Arbeitsvertrag (Art. 48, 49 AVV)

A Verhältnis AVG/Obligationenrecht

Der Verleiharbeitsvertrag untersteht grundsätzlich den Bestimmungen von Art. 319 ff. des Obligationenrechts über das Arbeitsvertragsrecht. Dazu kommen die Gesetzesvorschriften von Art. 19 AVG sowie der entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der AVV. Die arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen des AVG gehen dem Obligationenrecht vor.

B Schriftlichkeit (Art. 48 AVV)

Der Arbeitnehmer kann seine Interessen nur sicher wahren, wenn er vor seinem Einsatz über einen schriftlichen Arbeitsvertrag verfügt. Art. 48 AVV regelt abschliessend die zulässigen Ausnahmen.

Verstösst der Verleiher gegen dieses gesetzliche Schriftlichkeitserfordernis, kann die Bewilligungsbehörde Sanktionen gemäss Art. 16 AVG ergreifen, weil der Verleih nicht mehr fachgerecht erfolgt. Zusätzlich macht sich der Verleiher nach Art. 39 Abs. 2 Bst. c AVG strafbar. Zivilrechtlich hat die Schriftlichkeit des Vertrages nicht die Bedeutung eines Gültigkeitserfordernisses, sondern nur Beweis- und Schutzfunktion. Fehlt eine schriftliche Vereinbarung, kommen die Regeln von Art. 19 Abs. 3 zur Anwendung.

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

C 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, muss der Arbeitnehmer für einen neuen Einsatz sein Einverständnis geben, er kann also jeden angebotenen Einsatz ablehnen.

Leiharbeitsverträge werden in der Regel auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Die Art der Arbeit, welche der Arbeitnehmer zu leisten hat, wird im Leiharbeitsvertrag geregelt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Beschäftigung und Lohn, das Risiko für fehlende Einsätze trägt somit grundsätzlich der Verleiher. Diesem Anspruch steht die Pflicht des Arbeitnehmers gegenüber, die ihm zugewiesenen Einsätze anzunehmen. Im Leihar-

beitsvertrag wird generell darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer an verschiedene Kundenfirmen verliehen werden soll. Oft betreibt der Verleiher eine eigene Betriebsstätte, in welcher der Arbeitnehmer auch zum Einsatz gelangen kann. Damit auch dem Formerfordernis von Art. 19 Abs. 2 Bst. b AVG entsprochen werden kann, muss für den einzelnen Einsatzort ein Zusatz zum Leiharbeitsvertrag erstellt werden, der jedoch nur der Verleiher zu unterschreiben hat und der dem Arbeitnehmer abgegeben wird.

D Zusammenhang Art. 19 Abs. 3 mit Art. 20 AVG

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

E Regelung des Lohnes

Bruttolohn, Sozialabzüge mit Prozentabgaben 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 Art. 19 Abs. 2 Bst. g AVG sind die Termine für Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen im Vertrag zu regeln und zwar möglichst genau. Nach Art. 323 Abs. 1 OR ist eine maximal einmonatige Zahlungsfrist zulässig. In der Praxis wird der Lohn mit Zulagen auf ein Bank- oder Postkonto mit fest vereinbartem Zahlungstermin überwiesen werden. Darauf ist im Vertrag hinzuweisen.

F Abrechnung der Spesen

Grundsätzlich sind bei den Spesen keine Pauschalen zulässig, sondern es sind immer die genauen Beträge auszuweisen. Auf keinen Fall werden von den Sozialversicherungsbehörden ein Prozentsatz der gesamten Bruttolohnsumme des Temporärunternehmens als Unkostenentschädigung anerkannt.

In der Regel gelten Entschädigungen für den normalen Arbeitsweg und die Verpflegung am normalen Arbeitsort (= Einsatzort) nicht als Spesen, sondern als Lohnbestandteil. Nur falls der verliehene Arbeitnehmer einen wechselnden Arbeitsort hat, also vom Einsatzbetrieb aus unterschiedliche Arbeitsorte aufsuchen muss, 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. Vorbehaltlich von ave-GAV Abmachungen sind alle Spesen nachzuweisen.

G Kettenarbeitsverträge

Durch das Aneinanderreihen von befristeten Arbeitsverträgen können verschiedene Schutzbestimmungen, die zu Gunsten des Arbeitnehmers erlassen worden sind, umgangen werden (Kündigungsfristen, Kündigungsschutzbestimmungen gemäss Art. 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 Literatur 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, der Gesetzgeber wollte eben den Erfordernissen temporärer Arbeit Rechnung tragen, indem er ihr, mit Rücksicht auf ihre Eigenart und das besondere Bedürfnis nach einer – auch im Interesse des Arbeitnehmers selbst liegenden – anpassungsfähigen Regelung, eine spezielle gesetzliche Behandlung einräumte.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beginnt daher in der Regel, vorbehaltlich 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 der Arbeitnehmer sehr unregelmässig und mit teilweise langen Unterbrüchen für denselben Arbeitgeber gearbeitet hat, erst recht wenn der Arbeitnehmer während Unterbrüchen noch für andere temporäre Betriebe tätig geworden ist (Pr 82 Nr. 241).

Verbotene Kettenarbeit ist somit zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer die gleiche Arbeit in der gleichen Funktion beim gleichen Einsatzbetrieb ausübt 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.

Die Problematik der Kettenarbeitsverträge stellt sich besonders bei der Bestimmung der Dauer der Kündigungsfrist (Bst. H und I), der Festsetzung einer Probezeit (Bst. L) oder der Berechtigung

auf Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung (Bst. N) oder der Festlegung der Sozialversicherungsabzüge (Kap. O und P).

H Kündigungsfristen bei unbefristeten Einsätzen

Erster bis sechster Dienstmonat einer ununterbrochenen Anstellung

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

Art. 19, Abs. 4, Bst. a AVG:

Während der ersten drei Monate der ununterbrochenen Anstellung muss die Kündigung mit einer Frist von mindestens zwei Tagen erfolgen.

Art. 19, Abs. 4, Bst. 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 Frage einer Verkürzung der Fristen mittels Gesamtarbeitsvertrag ist allerdings in der Lehre umstritten).

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 Art. 335c Abs. 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 nachher mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

Nach Art. 335c Abs. 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 Art. 335c OR immer in Monaten anzugeben, dh. in der Praxis 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 Kundenbedürfnis, nach Auftragslage», gelten als unbefristet.

I 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 Art. 19 Abs. 4 AVG respektiert werden, wodurch ein für eine Maximaldauer befristeter Arbeitsvertrag entsteht.

Die Kündigungsfristen gemäss Art. 19 Abs. 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.

J 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 2-tägigen Frist können jedoch die arbeitsfreien Tage (z.B. übers Wochenende) nicht an die Kündigungsfrist angerechnet werden, ausser die Branche kennt gar keine arbeitsfreien Tage.

K Arbeitszeiten

Nach Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG sind die Arbeitszeiten zu nennen. Es kann dabei nicht einfach auf diese des Einsatzbetriebes verwiesen werden, sondern der Arbeitnehmer muss wissen, wie viele Arbeitsstunden er im Durchschnitt leisten muss.

Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstundenarbeit verpflichtet, soweit er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Nach Art. 321c Abs. 2 OR kann der Arbeitgeber mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers vorsehen, dass dieser die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer auszugleichen hat. Ist keine Kompensation durch Freizeit vor-

gesehen und wurde nichts anderes vereinbart und sehen auch Normalarbeitsvertrag und Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes vor, so muss der Arbeitgeber nach Art. 321c Abs. 3 OR dem Arbeitnehmer 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 Prozent herabgesetzt werden.

Von der Überstundenarbeit nach OR ist die Überzeitarbeit nach dem Arbeitsgesetz (ArG; SR 822.11) zu unterscheiden. Art. 9 ArG sieht folgende wöchentliche Höchstarbeitszeit vor:

- a. 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels;
- b. 50 Stunden für die übrigen Arbeitnehmer.

Diese wöchentliche Höchstarbeitszeit darf ausnahmsweise überschritten werden (s. Art. 12 ArG sowie Art. 22 ff ArGV 1), nach Art. 12 Abs. 2 im Kalenderjahr jedoch nicht mehr betragen als: 170 Stunden für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden; 140 Stunden für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.

Nach Art. 13 Abs. 1 ArG ist den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit grundsätzlich ein Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels (also nicht den Arbeitnehmern in industriellen Betrieben!!) jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.

Nach Art. 13 Abs. 2 ArG kann im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer vorgesehen werden, dass anstelle des Zuschlags die Überzeitarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen ist.

L Probezeit

Das AVG enthält keine Spezialvorschriften über die Probezeit, weshalb hier allgemeines Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung kommt:

Gemäss Art. 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 Tagen

(s. Prof. A. Rehbinder, Kommentiertes Arbeitsvermittlungsgesetz, S. 64, Zürich 1992).

Unseres Erachtens sollte aber eine Probezeit ausdrücklich vereinbart werden, weil im Streitfall ein Gericht unter Umständen gerade wegen dem vorübergehenden Charakter des temporären Arbeitsverhältnisses annehmen kann, dass die Parteien die Probezeit stillschweigend wegbedungen haben.

Die Vereinbarung einer Probezeit ist auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen zulässig. Aufgrund des Zweckes 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 will. Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis kann hingegen in jedem Fall eine Probezeit von maximal 3 Monaten vorgesehen werden, weil in diesen Fällen eine länger dauernde Bindung als 3 Monate offen bleibt.

Eine weitere praktische Folge der Probezeit: Während dieser Zeit bleiben die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen (Art. 336c und d OR) ausgeschaltet.

Die Probezeit wird zwischen Verleiher und Arbeitnehmer vereinbart und beginnt, wenn der Arbeitsvertrag abgeschlossen ist und der Arbeitnehmer die Stelle beim Einsatzbetrieb antritt.

Die Vereinbarung einer neuen Probezeit rechtfertigt sich nur, wenn der Arbeitnehmer den Einsatzbetrieb wechselt oder im gleichen Einsatzbetrieb eine neue Funktion ausübt. 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 Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer mit seinem Einsatz bewiesen hat, dass sie oder er die Leistung erbringt (Kettenarbeitsverbot).

M Ferien- und Feiertagsentschädigung

Die Abgeltung von Ferienansprüchen durch Lohnzusätze während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist gemäss einer zwingenden Bestimmung des Obligationenrechts (Art. 329d) nicht zulässig. Die Gerichtspraxis lässt eine Abgeltung jedoch ausnahmsweise zu, wenn die Arbeitsverhältnisse von sehr kurzer Dauer (in der Regel bis maximal 2 Monate) sind oder sehr unregelmässige Arbeitszeiten aufweisen, was insbesondere bei Teilzeit- oder Temporärarbeitsverhältnissen der Fall sein kann. Absolviert der Arbeitnehmer jedoch regelmässige Einsätze oder solche von längerer Dauer, ist eine finanzielle Abgeltung seiner Ferienansprüche nicht zulässig.

Die Ferienentschädigung ist sowohl im Arbeitsvertrag als auch in der Lohnabrechnung als sol-

che auszuweisen.

Feiertage richten sich mit Ausnahme des 1. Augustes (Art. 110 Abs. 3 BV) nach den kantonalen Vorschriften, die für den Einsatzbetrieb gelten. Der Verzicht des Gesetzgebers, für die Feiertage eine Lohnzahlungspflicht festzulegen, bedeutet, dass Akkordlohnarbeitern, Stunden- und Taglohnempfängern die Feiertage nicht entschädigt werden.

N Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung

Die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung sind auch auf den Verleih anwendbar.

a) Grundsätzliche Regelung

Art. 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 entfallenden 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 Arbeitgebers bei Verhinderung des Arbeitnehmers gemäss Art. 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 des Arbeitnehmers, wenn

- die Einsätze unmittelbar aufeinander folgen;
- der Unterbruch zwischen den Einsätzen nur auf die Ausübung eines Rechtes (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 Kap. G über die Kettenarbeitsverträge.

In der Praxis arbeiten die Gerichte für die Berechnung der Lohnfortzahlungspflicht mit Skalen. Die bekannteste Skala, die auch am meisten angewendet wird, ist die Berner Skala:

Die Berner Skala lautet:

3 Wochen	im 1. Jahr (über 3 Monate)
1 Monat	im 2. Jahr
2 Monate	im 3. und 4. Jahr
3 Monate	im 5. bis 9. Jahr
4 Monate	im 10. bis 14. Jahr
5 Monate	im 15. bis 19. Jahr
6 Monate	im 20. bis 25. Jahr

Die Basler Skala, die vor allem in den beiden Basel angewendet wird, lautet:

Im 1. Jahr (über drei Monate)	3 Wochen
Im 2. und 3. Jahr	2 Monate
Vom 4.–10. Jahr	3 Monate
Vom 11.–15. Jahr	4 Monate
Vom 16.–20. Jahr	5 Monate
Ab 21. Jahr	6 Monate

Die Zürcher Skala lautet:

Im 1. Jahr (über drei Monate)	3 Wochen
Im 2. Jahr	8 Wochen
Im 3. Jahr	9 Wochen
Im 4. Jahr	10 Wochen
usw. (nach oben offen)	

b) Gleichwertige andere Lösung

Nach Art. 324a Abs. 1 OR trifft den Arbeitgeber grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht in der Lohnhöhe von 100 Prozent für eine beschränkte Zeit. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag von den gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

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 länger dauernder Krankheit wesentlich mehr geleistet wird, als das OR vorschreibt. Es ist den Parteien freigestellt, den Arbeitnehmer gegenüber dem Gesetz schlechter zu stellen, wenn er dafür bei langer Verhinderung in grösserem Masse zusätzliche Leistungen erhält. So kann eine Lösung mit einer Taggeldversicherung gleichwertig sein, wenn der Arbeitnehmer zwar einen tieferen Lohnausfall als 100 Prozent, aber für eine längere Zeit erhält, und damit seinen Unterhalt decken kann.

In der Praxis wurde von Gerichten eine Lohnfortzahlung von 80 Prozent während 720 Tagen und drei Karenztagen bei hälftiger Beteiligung des Arbeitnehmers an der Lohnfortzahlungsversicherung als gleichwertig akzeptiert.

Hinweis zur Krankentaggeldversicherung: Der Abschluss einer solchen ist grundsätzlich freiwillig. Der Arbeitgeber kann somit frei wählen, ob er eine solche Versicherung nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG) oder dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) abschliessen will. Je nachdem kommt für den Wechsel aus der kollektiven Versicherung in die Einzelversicherung des Versicherers die Dreimonatsfrist nach KVG (Art. 71) zur Anwendung, oder die Frist kann frei vereinbart werden, falls eine Taggeldversicherung nach VVG abgeschlossen wird.

c) Regelung bei obligatorischer Versicherung

Art. 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 Erwerbsersatzordnung bei Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst sowie die Militärversicherung, jedoch nicht die Invalidenversicherung. Die Leistung der obligatorischen Versicherung tritt an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Ist die Auszahlung der Versicherung geringer als 80%, so muss der Arbeitgeber die Differenz bis 80% für die beschränkte Zeit nach Art. 324a Abs. 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, dem Arbeitnehmer den vollen Lohn oder 80% desselben sofort auszubezahlen, dafür kassiert der Arbeitgeber dann die Leistung der EO für sich.

Die SUVA bezahlt erst vom dritten Tag nach dem Unfalltag an Taggeld. Infolge von Abs. 3 von Art. 324b OR muss der Arbeitgeber für diese Karenztage 80% des Lohnes bezahlen.

Hinweis:

Nach Art. 2 des Gesetzes über die Mutterschaftsversicherung des Kantons Genf sind Arbeitnehmerinnen von Arbeitgebern 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. Verleiher im Kanton Genf müssen deshalb für diese Mutterschaftsversicherung in der Lohnabrechnung Abzüge vorsehen. Der Beitragssatz beträgt zur Zeit 0,4 Prozent, welcher hälftig durch den Arbeitgeber und die Arbeitnehmerin zu tragen ist. Der Arbeitgeber ist dabei laut Gesetz dafür zuständig, dass der gesamte Beitrag der zuständigen Ausgleichskasse überwiesen wird.

O Unfallversicherung

Nach Artikel 66 Abs. 1 Bst. o des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) in Verbindung mit Art. 85 der Unfallversicherungsverordnung (UVV; SR 832.202) müssen Temporär- und Leiharbeitsbetriebe ihre Arbeitnehmer (die im Betrieb arbeitenden wie die verliehenen) zwingend bei der SUVA obligatorisch gegen Unfall versichern, weil sonst ein durchgehender Versicherungsschutz beim gleichen Versicherer nicht möglich ist.

Nach Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.292) 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 Art. 13 Abs. 2 UVV als Berufsunfälle.

Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten trägt der Arbeitgeber (Art. 91 Abs. 1 UVG).

Die Prämie für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle gehen zulasten des Arbeitnehmers. Abweichende Abreden zugunsten des Arbeitnehmers bleiben vorbehalten (Art. 91 Abs. 2 UVG).

P Pensionskassenabzüge

Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr vollendet haben und bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als 25 320 Franken beziehen, unterstehen der obligatorischen Versicherung (Art. 2 Abs. 2 BVG). Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten sind jedoch von der obligatorischen Versicherung ausgenommen (Art. 1 Bst. b BVV 2).

Wird der Einsatz auf länger als drei Monate abgeschlossen, gilt die Versicherung mit dem Antritt des Arbeitsverhältnisses, dh. ab dem 1. Arbeitstag, nicht erst ab dem vierten Monat (Art. 10 Abs. 1 BVG). 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. 1 Bst. b BVV 2).

Exkurs: Übersicht über die obligatorischen Sozialversicherungen für Arbeitnehmer

Vorbemerkung: Die nachfolgende Übersicht gibt hinsichtlich Fristen, Lohnhöhe, usw. die geltenden Ansätze wieder. Anpassungen der rechtlichen Grundlagen sind immer möglich.

Allgemeines				
AHV / IV / EO	BV	UV	ALV	KV / UV
		<p>Die obligatorische Versicherung umfasst:</p> <ul style="list-style-type: none"> > Für Arbeitnehmer, die mind. 8 Stunden pro Woche arbeiten: <ul style="list-style-type: none"> • Berufsunfälle (BU), • Berufskrankheiten (BK) und • Nichtberufsunfälle (NBU) <p>(Art. 6, 7, 8, 9 UVG; 13 Abs. 1 UVV)</p> <ul style="list-style-type: none"> > Für Arbeitnehmer, die weniger als 8 Stunden pro Woche arbeiten: <ul style="list-style-type: none"> • Nur BU u. BK, nicht aber NBU • Unfälle auf dem Arbeitsweg gelten dann aber als Berufsunfälle. <p>(Art. 7 Abs. 2; 8 Abs. 2 UVG; 13 Abs. 2 UVV)</p> <ul style="list-style-type: none"> > Arbeitnehmer von Temporär- und Leiharbeitsbetrieben sind bei der SUVA obligatorisch zu versichern. <p>(Art. 66 Abs. 1 Bst. o UVG)</p>		<p>Obligatorische Krankenpflegeversicherung (Art. 3 – 66 KVG)</p> <ul style="list-style-type: none"> > Sie besteht unabhängig vom Abschluss eines Arbeitsvertrages. > Dem Arbeitgeber obliegen weder Beitragsschuld noch Beitragspflicht. > Die Krankenkassenprämien sind lohnunabhängig. > Dem Arbeitgeber obliegt die Pflicht, den Arbeitnehmer 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). <p>Freiwillige Taggeldversicherung (Art. 67 - 77 KVG)</p> <p>Der Arbeitgeber kann für Arbeitnehmer eine Taggeldversicherung als Kollektivversicherung nach KVG abschliessen (soziale Taggeldversicherung), um seine gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht aus Art. 324a</p>

				<p>OR gleichwertig zu regeln. Er kann mit dem gleichen Ziel auch eine Taggeldversicherung nach dem Versicherungsvertragsgesetz abschliessen. Aber auch hier muss er seine Pflicht nach Art. 324a OR erfüllen.</p>
--	--	--	--	---

Beitragspflicht

AHV/IV/EO	BV	UV	ALV	KV/UV
<ul style="list-style-type: none"> • Arbeitnehmer • Arbeitgeber • Ausnahmen: Befreiung von Beitragspflicht bei Arbeitnehmern bis zum 31. Dez. des Jahres, an dem sie das 17. Altersjahr zurückgelegt haben. <p>(Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a; 12 Abs. 2 AHVG; 2 IVG; 27 EOG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arbeitnehmer • Arbeitgeber <p>(Art. 66 Abs. 1 BVG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • BU u. BK: Arbeitgeber • NBU: Arbeitnehmer, aber nur für den Fall, dass er mindestens 8 Stunden pro Woche arbeitet (abweichende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber zu Gunsten des Arbeitnehmers jedoch möglich). <p>(Art. 91 Abs. 1 u. 2 UVG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arbeitnehmer • Arbeitgeber <p>(Art. 4 Abs. 1 AVIG)</p>	<p>Obl. Krankenpflegeversicherung:</p> <p>Versicherte Person (Arbeitnehmer)</p> <p>(Art. 61 KVG)</p>

Beitragsschuldner

AHV/IV/EO	BV	UV	ALV	KV/UV
<p>Arbeitgeber</p> <p>(Art. 14 Abs. 1 AHVG; 3 Abs. 2 IVG; 27 Abs. 3 EOG)</p>	<p>Arbeitgeber</p> <p>(Art. 66 Abs. 2 BVG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • BU u. BK: Arbeitgeber • NBU: Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer mindestens 8 Stunden pro Woche arbeitet (er kann den Beitrag dem Arbeitnehmer vom Lohn abziehen). <p>(Art. 91 Abs. 3; 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 UVG; 13 Abs. 2 UVV)</p>	<p>Arbeitgeber</p> <p>(Art. 5 Abs. 1 AVIG)</p>	<p>Obl. Krankenpflegeversicherung</p> <p>Versicherte Person (Arbeitnehmer)</p> <p>(Art. 61 KVG)</p>

Beginn der Beitragspflicht				
AHV/IV/EO	BV	UV	ALV	KV/UV
<p>Erwerbstätige ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres.</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG; 2 IVG; 27 Abs. 1 EOG)</p> <p>Beginn: Ab dem ersten Arbeitstag, bei Lehrlingen ab dem 1. Januar des Jahres, an dem sie ihr 18. Altersjahr vollenden.</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG).</p>	<p>Bei Antritt des Arbeitsverhältnisses, falls der Jahreslohn des Arbeitnehmers mehr als Fr. 25'320.-- (Mindestlohn) beträgt:</p> <ul style="list-style-type: none"> Für Tod/Invalidität ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres Für Alter ab dem 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres <p>(Art. 7 Abs. 1; 10 Abs. 1 BVG)</p> <p>Voraussetzung: Arbeitsverhältnis ist unbefristet oder über drei Monate befristet.</p> <p>(Art. 1 Abs. 1 Bst. b BVV 2).</p>	<p>Arbeitsverhältnis</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 UVG, 91 UVG)</p> <p>Beginn: Am Tag des vereinbarten Arbeitsantrittes, in jedem Fall aber im Zeitpunkt, da sich der Arbeitnehmer auf den Weg zur Arbeit begibt.</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 UVG).</p>	<p>Erwerbstätige ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres.</p> <p>(Art. 2 Abs. 1 Bst. a AVIG; 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG)</p> <p>Beginn: Ab dem ersten Arbeitstag, bei Lehrlingen ab dem 1. Januar des Jahres, an dem sie ihr 18. Altersjahr vollenden.</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 u. 2 Bst. a AHVG).</p>	<p>Obl. Krankenpflegeversicherung</p> <ul style="list-style-type: none"> 3 Monate nach der Wohnsitznahme in der Schweiz Person, ohne Wohnsitz in der Schweiz wenn: <ul style="list-style-type: none"> a. sie sich längere Zeit in der Schweiz aufhält oder in der Schweiz tätig ist. b. im Ausland von einem Arbeitgeber mit einem Sitz in der Schweiz beschäftigt werden <p>(Art. 3 Abs. 1 u. 3 KVG)</p>

Ende der Beitragspflicht				
AHV/IV/EO	BV	UV	ALV	KV/UV
<p>Am Ende des Monats, in dem das Rentenalter erreicht wird (Frauen: Vollendung des 64. Altersjahres ausser Jahrgänge 1939 – 1941 Vollendung des 63. Altersjahres; Männer: Vollendung des 65. Altersjahres)</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 AHVG; 2 IVG; 27 Abs. 1 EOG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Auflösung des Arbeitsverhältnisses. • Zeitpunkt, an dem Anspruch auf Altersleistung entsteht. • Wenn der Mindestlohn unterschritten wird. <p>Ausnahme: Sinkt der Jahreslohn vorübergehend wegen Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit oder ähnlichen Gründen, so behält der bisherige koordinierte Lohn mindestens solange Gültigkeit, als die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR bestehen würde. Der Versicherte kann jedoch die Herabsetzung des koordinierten Lohnes verlangen.</p> <p>(Art. 10 Abs. 2; 8 Abs. 3 BVG)</p>	<p>Ende des Lohnanspruchs</p> <p>(Art. 3 Abs. 2 UVG, 7 UVV)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Einstellung der unselbstständigen Tätigkeit • Am Ende des Monats, in dem das Rentenalter erreicht wird. <p>(Art. 2 Abs. 1 lit. a; 2 Abs. 2 Bst. a-e AVIG)</p>	<p>Obl. Krankenpflegeversicherung</p> <p>Verlust der gesetzlichen Voraussetzungen der obligatorischen Versicherungspflicht.</p> <p>(Art. 5 Abs. 3; 3 Abs. 1 KVG)</p>

Beiträge

AHV/IV/EO	BV	UV	ALV
<p>AHV: Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Zeit je 4.2 %.</p> <p>(Art. 5 Abs. 1; 13 AHVG)</p> <p>IV: Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Zeit hälftig 1.4 %.</p> <p>(Art. 3 Abs. 1 IVG)</p> <p>EO: Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Zeit hälftig 0,3 %.</p> <p>(Art. 27 Abs. 2 EOG; 23a EOV)</p> <p>Zur Zeit beträgt der Beitragssatz AHV / IV / EO somit total 10.1 %. Der Arbeitgeber zieht die Hälfte des Beitrages (5,05 %) vom Lohn des Arbeitnehmers ab und überweist ihn zusammen mit seinem Anteil (5,05 %) an die Ausgleichskasse.</p>	<p>In Prozenten abgestuft nach Alterskategorie oder von der Vorsorgeeinrichtung reglementarisch festgesetzten Durchschnittsprämien, wobei der Arbeitgeber mindestens die Hälfte zu übernehmen hat.</p> <p>(Art. 16 u. 66 Abs. 1 BVG)</p>	<p>Die Prämien werden von den Versicherern in Pro-millen des versicherten Verdienstes festgesetzt.</p> <p>(Art. 92 Abs. 1 UVG)</p>	<p>Bis am 31.12. 2003:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 2,5% des massgebenden Lohnes bis Fr. 106'800.-- von Arbeitgeber und Arbeitnehmer hälftig getragen. • 1% des massgebenden Lohnes ab Fr. 106'801.-- bis Fr. 267'000.--, von Arbeitgeber und Arbeitnehmer hälftig getragen. <p>Ab dem 01.01. 2004:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 2% des massgebenden Lohnes bis Fr. 106'800.-- von Arbeitgeber und Arbeitnehmer hälftig getragen. <p>(Art. 3, 4 u. 4a AVIG)</p>

Versicherter Lohn

AHV/IV/EO	BV	UV	ALV
<ul style="list-style-type: none"> • Gesamter Bar- und Naturallohn • Ausnahme: Vom Arbeitgeber ausgerichtete Entgelte, die für den Arbeitnehmer einen Nebenwerb bilden und Fr. 2000.-- im Kalenderjahr nicht übersteigen, können von der Beitrags-erhebung ausgenommen werden. <p>(Art. 4 Abs. 1; 5 Abs.1 u. 2 AHVG; 8bis AHVV; 3 IVG; 27 EOG)</p>	<p>Teil des Jahreslohnes der zwischen Fr. 25'320.-- und Fr. 75'960.-- beträgt (koordinierter Lohn). Darüberhinaus, freiwillige BV.</p> <p>Beträgt der koordinierte Lohn weniger als Fr. 3'165.-- im Jahr, so muss er auf diesen Betrag aufgerundet werden.</p> <p>(Art. 8 Abs. 1 u. 2 BVG; 5 BVV 2)</p>	<p>Der Höchstbetrag des versicherten Verdienstes beträgt Fr. 106'800.-- pro Jahr bzw. Fr. 8'900.-- pro Monat (versicherter Verdienst).</p> <p>(Art. 15 UVG; 22 UVV)</p>	<p>Jahresplafonds: Fr. 106'800.-- Monatsplafonds: Fr. 8'900.--</p> <p>(Art. 3 Abs.1, 23 AVIG; Art. 15 UVG; 22 UVV)</p>

Q Familienzulagen

Bundesrechtliche Familienzulagen für Arbeitskräfte in der Landwirtschaft

(Bundesgesetz vom 20. Juni 1952 über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG)).

Anspruch auf Familienzulagen (d.h. laut FLG Kinderzulagen und Haushaltszulagen) für landwirtschaftliche Arbeitnehmer haben Personen, die in einem landwirtschaftlichen Betrieb gegen Entgelt in unselbstständiger Stellung tätig sind. (Art. 1 Abs. 1; 2 Abs. 1 FLG). Durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages wird der Arbeitnehmer dem Kreis der Versicherten von Gesetzes wegen (Obligatorium) angeschlossen.

Dem Arbeitgeber obliegt die Beitragspflicht und die Beitragsschuld. Die Beitragspflicht beginnt mit den Lohnzahlungen. Er bezahlt einen Beitrag von 2% der ausgerichteten Bar- und Naturallöhne, soweit diese der Beitragspflicht nach AHVG unterliegen (Art. 13; 18 Abs. 1 FLG).

Kantonalrechtliche Familienzulagen für Arbeitskräfte mit Kindern

Alle Kantone kennen Regelungen, welche Anspruch auf Kinder- oder Familienzulagen geben. Dafür werden in allen Kantonen Beiträge in Prozentsätzen der Lohnsumme erhoben. Durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages wird der Arbeitnehmer dem Kreis der Versicherten von Gesetzes wegen (Obligatorium) angeschlossen.

Es obliegt dem Arbeitgeber, sich bei der zuständigen kantonalen Familienausgleichskasse über die Beitragspflicht und Beitragsschuld, Beginn und Ende der Beitragspflicht sowie der Beiträge zu informieren.

R Zur Geltung von Gesamtarbeitsverträgen

Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (ave-GAV) gelten grundsätzlich für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes, hinsichtlich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen auch für Verleiher, die Arbeitnehmer in Branchen verleihen, die einem solchen ave-GAV unterstellt sind. Weitergehend wird auf das Kapitel zu Art. 20 AVG verwiesen.

Nicht ave-GAV gelten nach Art. 357 Abs. 1 OR nur für die Beteiligten. Das sind:

- die Mitglieder der GAV-Parteien,
- durch formellen Anschluss nach Art. 356c Abs. 1 OR oder durch Ausdehnungsklausel den Mitgliedern gleichgestellte Aussenseiter.

S Nichtige Vereinbarungen (Art. 19 Abs. 5 AVG)

Diese Bestimmung verbietet Vereinbarungen, die es dem Arbeitnehmer direkt verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Arbeitsvertrags in den Einsatzbetrieb überzutreten. Es ist somit absolut zulässig, ein Übertritt zum Einsatzbetrieb für die Dauer vor dem Ablauf des Arbeitsvertrages auszuschliessen.

Innerhalb der Grenzen des OR (Art. 340ff) ist es auch zulässig, einem verliehenen Arbeitnehmer ein Konkurrenzverbot hinsichtlich weiterer Kunden des Verleihers oder Kunden des Einsatzbetriebes aufzuerlegen. Solche Klauseln werden vom AVG nicht erfasst. Damit kann es zulässig sein, dem Arbeitnehmer zu verbieten, dass er über einen andern Verleiher beim bisherigen Einsatzbetrieb zum Einsatz kommt.

Nach der Praxis zu Art. 340ff OR ist ein Konkurrenzverbot in der Regel nur zulässig, wenn:

- a. der neue Arbeitgeber in einer Wettbewerbssituation zum alten Arbeitgeber steht, also gleichartige Leistungen anbietet und sich an das gleiche Zielpublikum richtet;
- b. der Arbeitnehmer im Verlauf seiner Tätigkeit besonderen Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse erhält; und
- c. deren Verwendung beim neuen Arbeitgeber den alten Arbeitgeber erheblich schädigen könnte.

Hingegen ist ein Konkurrenzverbot in der Regel nicht zulässig, wenn es die besonderen Fähigkeiten des Arbeitnehmers und seine persönliche Geschicklichkeit im Visier hat oder seine Beziehung zu den Kunden recht persönlicher Art ist, und die Kunden dem Arbeitnehmer zum neuen Arbeitgeber wegen seiner besonderen Eigenschaften folgen könnten.

T Checkliste für die Prüfung von Arbeitsverträgen

Folgende Punkte sind bei der Gesuchseinreichung immer zu prüfen. 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 Art. 19 Abs. 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 (s. Kap. G-J);
- die Arbeitszeiten (durchschnittlicher Umfang);

- der Lohn, allfällige Spesen und Zulagen sowie die Abzüge für die Sozialversicherungen in Prozenten (s. Kap. E u. F);
- die Leistung bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärdienst und Ferien (s. Kap. K, M, N, O, P u. Q);
- die Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen (möglichst genau, Art. 323 Abs. 1 OR lässt eine maximal einmonatige Zahlungsfrist zu).

Nach Art. 19 Abs. 5 AVG sind Vereinbarungen nichtig:

- die vom Arbeitnehmer Gebühren, finanzielle Vorleistungen oder Lohnrückbehalte verlangen;
- es dem Arbeitnehmer verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Arbeitsvertrages in den Einsatzbetrieb überzutreten (s. Kap. S).

U Gerichtsstand

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG; AS 2000 2355; SR 272) auf den 1. Januar 2001 regelt dieses Gesetz und nicht mehr das AVG den Gerichtsstand im Verleihbereich.

Für Klagen des Arbeitnehmers ist weiterhin auch das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers zuständig, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG), neu zudem das Gericht am Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG), also das Gericht des Einsatzortes. Daneben bleibt für die Klagen des Arbeitnehmers weiterhin auch das Gericht am Sitz des Verleihers zuständig (Art. 24 Abs. 1 GestG = Sitz der beklagten Partei, unter Sitz wird der Hauptsitz verstanden).

Für Klagen des Arbeitgebers ist das Gericht am Ort des Wohnsitzes des Arbeitnehmers (Art. 24 Abs. 1 GestG) und neu auch das Gericht am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, also das Gericht des Einsatzortes (Art. 24 Abs. 1 GestG) zuständig. Hingegen kann der Verleiher nicht mehr an seinem Geschäftssitz klagen.

Aufgrund der gemachten Ausführungen können sinngemäss folgende Formulierungen als Hinweis auf Gerichtsstände in den Verträgen zugelassen werden.

Für Klagen des Arbeitnehmers sind zuständig das Gericht am Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers, mit welchem der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG), oder das Gericht am Hauptsitz des Verleihers (Art. 24 Abs. 1 GestG). Für Klagen des Verleihers sind zuständig das Gericht am Wohnsitz des Arbeitnehmers (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG).

Es kann jedoch auch auf eine Gerichtsstandsbestimmung im Vertrag verzichtet werden. Zumindest sollte aber auf das Gerichtsstandsgesetz verwiesen werden. Aber auch ohne Nennung kommt besagte Regelung im Streitfall zur Anwendung.

Falls der Arbeitnehmer Wohnsitz im Ausland hat:

Hier kommen das Internationale Privatrecht und Staatsverträge zur Anwendung. In der Regel werden hier zwei Gerichtsstände zur Auswahl stehen. Entweder muss gegen den Arbeitnehmer an seinem Wohnsitz im Ausland geklagt werden. Oder es kann am Gericht des Ortes, wo er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, geklagt werden. Das bedeutet, dass gegen Arbeitnehmer, die gewöhnlich bei einem Einsatzbetrieb in der Schweiz arbeiten, an diesem Ort geklagt werden kann. Für Auskünfte im Einzelfall ist das Bundesamt für Justiz, Sektion internationales Privat- und Zivilprozessrecht (Tel. 031/322 41 22) zuständig.

V Muster für einen Arbeitsvertrag

Vorbemerkung:

Es handelt sich hier um Muster, die möglichst viele Anwendungsfälle abdecken sollen. Im Einzelfall kann es aber sein, dass aufgrund rechtlicher Vorgaben von diesen Mustern abzuweichen ist.

Ebenfalls ist es zulässig, einzelne Punkte, die hier im Rahmenarbeitsvertrag geregelt werden, erst im Einsatzvertrag zu regeln, namentlich, wenn sie von Einsatz zu Einsatz variieren können.

a) Bei Temporärarbeit

Entsprechend dem vorübergehenden Charakter des temporären Arbeitsvertrages 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 Einsatzvertrages kommt der temporäre Arbeitsvertrag (der sich aus Rahmenarbeitsvertrag und Einsatzvertrag zusammensetzt) zwischen dem Verleihbetrieb und der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer zustande.

Muster für einen «Temporär-Arbeitsvertrag» gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV

Temporär-Rahmenarbeitsvertrag

zwischen

..... als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber
(Name, Adresse, Verleihfirma)

und

..... als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer
(Name, Adresse, Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer)

1. Ingress

1.1. Allgemeines

Der vorliegende Vertrag ist ein Rahmenvertrag zur Regelung einer unbestimmten Anzahl temporärer Einsätze der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in Drittbetrieben (Einsatzbetrieben) während einer bestimmten Zeit.

Der Rahmenarbeitsvertrag tritt erst mit dem Abschluss des zusätzlichen Einsatzvertrages zwischen denselben Parteien bei Annahme eines Einsatzes in einen Einsatzbetrieb in Kraft.

Er begründet weder eine Pflicht der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers, einen Einsatz anzubieten, noch eine Pflicht der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers, einen angebotenen Einsatz anzunehmen. Jeder neue Einsatz erfordert den Abschluss eines neuen Einsatzvertrages (neuer Arbeitsvertrag).

1.2. Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge

Sofern der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag untersteht, gelten dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen auch für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer.

2. Rechte der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers

2.1. Lohn

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält ein Stundengehalt von mindestens Fr..... brutto bzw. ein Monatsgehalt von nicht weniger als Fr.... brutto.

Der konkrete Lohn für einen Einsatz wird im Einsatzvertrag geregelt.

2.2. Spesen und Auslagen

Höhe und Art werden im Einsatzvertrag geregelt. Vorbehältlich von ave-GAV-Abmachungen sind alle Spesen nachzuweisen.

2.3. Überstunden; Überzeit

Arbeitsstunden, welche gemäss den Weisungen im Einsatzbetrieb über die im Einsatz vereinbarte Arbeitszeit hinaus geleistet werden, gelten als Überstunden.

*Sie werden mit einem Zuschlag von 25 Prozent entschädigt.

*Sie werden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen.

*(Kommentar: eine der zwei Varianten ist möglich. Bei der ersten ist es möglich, einen tieferen Zuschlag als 25 Prozent vorzusehen.)

Arbeitsstunden, welche gemäss den Weisungen im Einsatzbetrieb über die Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz hinaus geleistet werden, gelten als Überzeit.

*Sie werden mit einem Zuschlag von 25 Prozent entschädigt.

*Sie werden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen.

Die maximal zulässige Überzeit nach Arbeitsgesetz darf nicht überschritten werden.

*(Kommentar: eine der zwei Varianten ist möglich. Beim Büropersonal sowie technischen und andern Angestellten mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels kann der Zuschlag für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr nicht übersteigt, wegbedungen oder unter 25 Prozent gesenkt werden.)

2.4. Auszahlung

Die Auszahlung von Lohn, Ferienzuschlag, Spesen und Überstunden erfolgt am Ende jedes Monats (spätestens am 5. Arbeitstag des Folgemonats), bei kürzerer Dauer am Ende des Einsatzes bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist oder des Arbeitsverhältnisses (vorbehalten bleibt die Abmachung wöchentlicher à conto Zahlungen). In der Regel erfolgt die Auszahlung auf ein Bank- oder Postkonto der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers. Verfügt die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer über kein solches, erfolgt die Lohnauszahlung per Check oder in bar. Allfällige Checkgebühren bei der Einlösung gehen zu Lasten des Arbeitnehmers. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer erhält in jedem Fall eine detaillierte Abrechnung.

2.5. Probezeit

Bei befristeten Einsätzen kann eine Probezeit von... (Kommentar: maximal 3 Monate, in jedem Fall aber kürzer als die vereinbarte Einsatzdauer) vereinbart werden. Bei unbefristeten Einsätzen gelten die ersten... (maximal 3 Monate) als Probezeit. Diese Probezeit beginnt jeweils neu

zu laufen, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer einen neuen Einsatz in einem anderen Einsatzbetrieb oder im bisherigen Einsatzbetrieb, jedoch in einer anderen Funktion, antritt.

2.6. Einsatzvertrag

Der vor der Arbeitsaufnahme abzuschliessende Einsatzvertrag regelt folgende Punkte:

- Art der zu leistenden Arbeit
- Arbeitsort
- Beginn des Einsatzes
- Dauer eines befristeten Einsatzes und/oder die Kündigungsfrist
- Arbeitszeit
- Bestimmung des konkreten Lohnes
- evtl.: Festlegung eines 13. Monatslohnes pro rata temporis, Zulagen, Spesen

2.7. Ferien und Feiertage

2.7.1. Ferien

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer hat grundsätzlich Anspruch* auf... Wochen bezahlte Ferien pro Jahr. Für ein unvollständiges Jahr werden die Ferien pro rata temporis gewährt.

*der minimale Ferienanspruch nach Gesetz beträgt 4 Wochen, bis zum vollendeten 20. Altersjahr 5 Wochen im Jahr (Art. 329a Abs. 1 OR).

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beziehen.

Bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen, die nur verhältnismässig kurze Zeit dauern, kann der Ferienanspruch mit einem Zuschlag zum laufenden Lohn ausbezahlt werden. Der Zuschlag beträgt für 4 Wochen Ferien 8,33% und für 5 Wochen Ferien 10,64% auf den Bruttolohn. Diese Entschädigung wird auf der Lohnabrechnung separat ausgewiesen und mit jeder Lohnzahlung ausbezahlt.

2.7.2. Feiertage

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat Anspruch auf bezahlte Feiertage, sofern diese in die Einsatzzeit fallen. Diese Feiertage richten sich mit Ausnahme des 1. Augustes nach den kantonalen Vorschriften, die für den Einsatzbetrieb gelten.

(Kommentar: Für Arbeitnehmer im Stunden- oder Taglohn ist die Bezahlung der Feiertage nicht zwingend).

2.8. Sozialleistungen

2.8.1. Unfall

Während eines Einsatzes in einem Drittbetrieb ist die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gegen Betriebsunfall versichert. Ab 3. Tag nach dem Unfalltag werden 80% des Lohnes ausgerichtet. Bis zum Ablauf dieser Wartezeit hat die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber mindestens 4/5 des Lohnes zu entrichten. Nichtbetriebsunfälle werden gedeckt, wenn die wöchentliche Arbeitszeit mindestens 8 Stunden beträgt.

2.8.2. Krankheit

Variante 1

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält im Krankheitsfall den Lohn gemäss der sog. Berner Skala während

3 Wochen	im 1. Jahr (über 3 Monate)
1 Monat	im 2. Jahr
2 Monate	im 3. und 4. Jahr
3 Monate	im 5. bis 9. Jahr
4 Monate	im 10. bis 14. Jahr
5 Monate	im 15. bis 19. Jahr
6 Monate	im 20. bis 25. Jahr

Definition «ununterbrochene Anstellung» siehe unter Ziff. 2.9

(Kommentar: Allenfalls andere Skala verwenden.)

Variante 2

Es besteht eine Taggeldversicherung für Lohnausfall bei Krankheit. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält den Lohn bei Krankheit wie folgt:

... (Kommentar: Konditionen aufführen)

2.8.3. Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst

Für den in der Schweizer Armee, im Zivilschutz oder im Zivildienst geleisteten Dienst hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erwerbsersatz (EO). Gemäss der sog. Berner Skala werden die Leistungen der EO auf 80 Prozent des Lohnes während

3 Wochen	im 1. Jahr (über 3 Monate)
1 Monat	im 2. Jahr
2 Monate	im 3. und 4. Jahr
3 Monate	im 5. bis 9. Jahr
4 Monate	im 10. bis 14. Jahr
5 Monate	im 15. bis 19. Jahr
6 Monate	im 20. bis 25. Jahr

ergänzt.

(Kommentar: Allenfalls andere Skala verwenden.)

2.8.4. Schwangerschaft und Niederkunft

Bei Schwangerschaft und Niederkunft besteht ein Anspruch auf Lohn gemäss der Berner Skala nach 2.8.2.

(Kommentar: Allenfalls andere Regelung treffen bzw. «Berner Skala» hier einfügen, falls nicht in Ziff. 2.8.2. genannt.)

2.9. Kündigung

Das befristete und unbefristete Arbeitsverhältnis kann wie folgt gekündigt werden:

- während der Probezeit mit einer Frist von 2 Tagen*.

Das unbefristete Arbeitsverhältnis kann nach Ablauf der Probezeit wie folgt gekündigt werden.

- während der ersten 3 Monate der ununterbrochenen Anstellung mit einer Frist von mindestens 2 Arbeitstagen*;
- in der Zeit vom 4. bis und mit dem 6. Monat der ununterbrochenen Anstellung mit einer Frist von mindestens 7 Tagen;
- ab 7. Monat des Einsatzes mit einer Frist von einem Monat, im 2. bis und mit 9. Anstellungsjahr mit einer Frist von 2 Monaten und nachher mit einer Frist von 3 Monaten je auf das Ende eines Monats**.

*(Kommentar: Bei der 2-tägigen Frist dürfen arbeitsfreie Tage nicht mitgezählt werden, ausser die Branche kennt gar keine arbeitsfreien Tage.)

******(Kommentar: Durch Vertrag, NAV oder GAV können diese Fristen ab dem 7. Monat abgeändert werden, unter einen Monat können sie jedoch nur durch GAV und nur für das erste Jahr gesenkt werden.)

Die ununterbrochene Anstellung versteht sich als zusammengezählte Arbeitswochen der verschiedenen Einsätze. Liegt zwischen den Einsätzen ein Unterbruch mit mindestens der nachfolgend aufgeführten Dauer (ausgenommen Unterbruch infolge Unfall und Krankheit), werden die totalen Einsatzzeiten ab dem Ende dieses Unterbruches wieder neu zusammengezählt.

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

(Kommentar: Dies ist ein Vorschlag, damit ein Gericht später im Streitfall nicht auf verbotene Kettenarbeit schliessen wird, muss jedoch nicht zwingend übernommen werden.)

2.10. Übertritt

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer darf nach Beendigung des Arbeitsvertrages in den Einsatzbetrieb übertreten. Eine allfällige Entschädigung schuldet der Einsatzbetrieb. Die Entschädigung darf nicht auf die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer abgewälzt werden.

2.11. Datenschutz

Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber darf Daten über die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer nur mit der Zustimmung der betroffenen Person bearbeiten.

3. Pflichten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers

3.1. Sorgfaltspflicht

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die ihm vom Einsatzbetrieb anvertrauten Arbeiten sorgfältig und gewissenhaft zu verrichten.

3.2. Weisungen

Weisungen der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers und des Einsatzbetriebes sind zu befolgen. Während des Einsatzes muss sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Betriebsordnung und den Gepflogenheiten im Einsatzbetrieb richten.

3.3. Stundenrapport

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat... (Kommentar: wöchentlich/monatlich) bzw. jeweils am Ende eines Einsatzes einen Stundenrapport zu erstellen und vom betreffenden Einsatzbetrieb signieren zu lassen.

3.4. Abzüge für Sozialleistungen

Vom Bruttolohn wird abgezogen:

..... % für AHV/IV/EO/ALV

..... % Nichtbetriebsunfall (NBU)

..... % Krankentaggeldversicherung (falls Taggeldversicherung vorhanden)

..... % PK (bei unbefristeten und befristeten Arbeitseinsätzen von mehr als 3 Monaten, falls jährlich mindestens 25 320 Franken Lohn bezahlt wird)

4. Ergänzendes Recht

Für alle im vorliegenden Vertrag nicht geregelten Punkte gelten die Art. 319 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989, das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 und das Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstands-gesetz) vom 24. März 2000.

5. Gerichtsstand

Für Klagen des Arbeitnehmers sind zuständig, das Gericht am Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers, mit welchem der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG), oder das Gericht am Hauptsitz des Verleihers (Art. 24 Abs. 1 GestG). Für Klagen des Verleihers sind zuständig, das Gericht am Wohnsitz des Arbeitnehmers (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG).

Ort, Datum

Ort, Datum

Die Arbeitgeberin/Der Arbeitgeber:
(Verleihfirma)

Die Arbeitnehmerin/Der Arbeitnehmer:

Hinweise auf Vertragspunkt 2.8. «Sozialleistungen»

Bei Unfall, Krankheit, Militär- und Zivilschutz, sowie Schwangerschaft wie Niederkunft sind im Mustervertrag lediglich die äussersten Minima statuiert. Es empfiehlt sich, für den Krankheitsfall sowie bei Schwangerschaft und Niederkunft eine entsprechende Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Die Prämien können zu 50 Prozent auf die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer monatlich abgewälzt werden.

Muster für einen «Einsatzvertrag» gemäss AVG (Zusatz zum Rahmenarbeitsvertrag)

Einsatzvertrag

zwischen

..... (Name, Adresse Verleihfirma)

und

..... (Arbeitnehmerin, Arbeitnehmer)

betreffend einem temporären Einsatz in einem Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) der Verleihfirma.

Prinzipiell gelten für den Einsatz die Bestimmungen des Rahmenarbeitsvertrages, welche um die nachstehenden Konditionen ergänzt werden:

Einsatzbetrieb:

Einsatzort:

Zuständige Kontakt-Person und Telefon*:

Art der zu leistenden Arbeit:

Einsatzbeginn:

Einsatzdauer: (von/bis bzw. unbefristet)

Genaue Arbeitszeiten:

Grundlohn: (Lohnregelung an jeweilige
Verhältnisse anpassen, falls

Ferienzuschlag: arbeitsvertrag geregelt!!)

Total Stundenlohn:

Allfällig weitere Zuschläge: (falls nicht schon im Rahmen
arbeitsvertrag geregelt)

Allfällige Spesen:

*(Kommentar: Nicht zwingend, aber empfehlenswert.)

Der Rahmenarbeitsvertrag tritt erst durch Unterzeichnung dieses konkreten Einsatzvertrages in Kraft. Der Rahmenarbeitsvertrag, den Sie am..... erhalten haben, bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Einsatzvertrages.

Ort, Datum

Ort, Datum

Die Arbeitgeberin/Der Arbeitgeber:
(Verleihfirma)

Die Arbeitnehmerin/Der Arbeitnehmer:

b) Bei Leiharbeit

Der Arbeitsvertrag wird auf eine von einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Der Arbeitnehmer hat während der Vertragsdauer Anspruch auf Arbeit und Lohn, womit das Risiko für fehlende Einsätze beim Verleiher liegt. Der Zweck der Anstellung ist der Verleih an Einsatzbetriebe. Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, ihm zugewiesene Einsätze anzunehmen. Falls solche existieren, ist ein Einsatz in eigenen Betriebsstätten des Verleihers nicht ausgeschlossen. Diese Art des Verleihs wird oft, vor allem im Bau- und Montagegewerbe, als Regiearbeit bezeichnet.

Muster für einen «Leih-Arbeitsvertrag» gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV

Leih-Arbeitsvertrag

zwischen

..... als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber
(Name, Adresse, Verleihfirma)

und

..... als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer
(Name, Adresse, Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer)

1. Ingress

1.1. Allgemeines

Der Zweck des vorliegenden Arbeitsvertrages ist der Verleih der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers an einen Drittbetrieb (Einsatzbetrieb) für folgende Art von Arbeit:

Ein Einsatz in einer gegebenenfalls eigenen Betriebsstätte des Regiebetriebes ist nicht ausgeschlossen. Der Vertrag wird jedoch auf eine von den einzelnen Einsätzen in den Drittbetrieben unabhängige Zeit abgeschlossen.

1.2. Allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge

Sofern der Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht, gelten dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen auch für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer.

1.3. Beginn des Arbeitsverhältnisses

Dieser Arbeitsvertrag wird per..... abgeschlossen und gilt für eine unbefristete Zeit.

2. Rechte der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers

2.1. Lohn

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält ein Stundengehalt von mindestens Fr..... brutto (basierend auf dem in Ziff. 3.3 genannten Pensum von..... Wochenstunden) bzw. ein Monatsgehalt von Fr..... brutto.

Zusatz: Ev. Regelung eines 13. Monatslohnes treffen.

2.2. Spesen und Auslagen

Für die Vergütung allfälliger Spesen oder Auslagen gelten folgende Ansätze:

- Reisen: Fr....
- Mahlzeiten: Fr....
- Übernachtung: Fr....

2.3. Überstunden; Überzeit

Arbeitsstunden, welche gemäss den Weisungen der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers oder des Einsatzbetriebes über die in Ziff. 3.3. dieses Vertrages genannte Normalarbeitszeit hinaus geleistet werden, gelten als Überstunden.

*Sie werden mit einem Zuschlag von 25 Prozent entschädigt.

*Sie werden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen.

*(Kommentar: eine der zwei Varianten ist möglich. Bei der ersten ist es möglich, einen tieferen Zuschlag als 25 Prozent vorzusehen.)

Arbeitsstunden, welche gemäss den Weisungen im Einsatzbetrieb über die Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz hinaus geleistet werden, gelten als Überzeit.

*Sie werden mit einem Zuschlag von 25 Prozent entschädigt.

*Sie werden durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen.

Die maximal zulässige Überzeit nach Arbeitsgesetz darf jedoch nicht überschritten werden.

*(Kommentar: eine der zwei Varianten ist möglich. Beim Büropersonal sowie technischen und andern Angestellten mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels kann der Zuschlag für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr nicht übersteigt, wegbedungen oder unter 25 Prozent gesenkt werden.)

2.4. Auszahlung

Die Auszahlung von Lohn, Spesen und Überstunden erfolgt am Ende jedes Monats (spätestens am 5. Arbeitstag des Folgemonats), bei kürzerer Dauer am Ende des Einsatzes bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist oder des Arbeitsverhältnisses. In der Regel erfolgt die Auszahlung auf ein Bank- oder Postkonto der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers. Verfügt die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer über kein solches, erfolgt die Lohnauszahlung per Check oder in bar. Allfällige Checkgebühren bei der Einlösung gehen zu Lasten des Arbeitnehmers. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer erhält in jedem Fall eine detaillierte Abrechnung.

2.5. Abzüge für Sozialleistungen

Vom Bruttolohn wird abgezogen:

- % für AHV/IV/EO/ALV
- % Nichtbetriebsunfall (NBU)
- % Krankentaggeldversicherung (falls Taggeldversicherung vorhanden)
- % Pensionskasse (falls jährlich mindestens 25 320 Franken Lohn bezahlt wird)

2.6. Probezeit

Es wird eine Probezeit von... (maximal 3 Monate) vereinbart.

2.7. Ferien und Feiertage

2.7.1. Ferien

Die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer hat Anspruch* auf Wochen bezahlte Ferien pro Jahr. Für ein unvollständiges Jahr werden die Ferien pro rata temporis gewährt.

*der minimale Ferienanspruch nach Gesetz beträgt 4 Wochen, bis zum vollendeten 20. Altersjahr 5 Wochen im Jahr (Art. 329a Abs. 1 OR).

2.7.2. Feiertage

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat Anspruch auf bezahlte Feiertage. Diese Feiertage richten sich mit Ausnahme des 1. Augustes nach den kantonalen Vorschriften, die für den Einsatzbetrieb gelten.

2.8. Sozialleistungen

2.8.1. Unfall

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ist gegen Betriebsunfall versichert. Ab 3. Tag nach dem Unfalltag werden 80% des Lohnes ausgerichtet. Bis zum Ablauf dieser Wartezeit hat die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber mindestens 4/5 des Lohnes zu entrichten.

Nichtbetriebsunfälle werden gedeckt, wenn die wöchentliche Arbeitszeit mindestens 8 Stunden beträgt.

2.8.2. Krankheit

Variante 1

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält im Krankheitsfall den Lohn gemäss der sog.

Berner Skala während

3 Wochen	im 1. Jahr (über 3 Monate)
1 Monat	im 2. Jahr
2 Monate	im 3. und 4. Jahr
3 Monate	im 5. bis 9. Jahr
4 Monate	im 10. bis 14. Jahr
5 Monate	im 15. bis 19. Jahr
6 Monate	im 20. bis 25. Jahr

(Kommentar: Allenfalls andere Skala verwenden.)

Variante 2

Es besteht eine Taggeldversicherung für Lohnausfall bei Krankheit. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhält den Lohn bei Krankheit wie folgt:

... (Kommentar: Konditionen aufführen)

2.8.3. Militär,- Zivilschutz- und Zivildienst

Für den in der Schweizer Armee, im Zivilschutz oder im Zivildienst geleisteten Dienst hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erwerbsersatz (EO). Gemäss der sog. Berner Skala werden die Leistungen der EO auf 80 Prozent des Lohnes während

3 Wochen	im 1. Jahr (über 3 Monate)
1 Monat	im 2. Jahr
2 Monate	im 3. und 4. Jahr
3 Monate	im 5. bis 9. Jahr
4 Monate	im 10. bis 14. Jahr
5 Monate	im 15. bis 19. Jahr
6 Monate	im 20. bis 25. Jahr

ergänzt.

(Kommentar: Allenfalls andere Skala verwenden.)

2.8.4. Schwangerschaft und Niederkunft

Bei Schwangerschaft und Niederkunft besteht ein Anspruch auf Lohn gemäss der Berner Skala nach 2.8.2.

(Kommentar: Allenfalls andere Regelung treffen bzw. «Berner Skala» hier einfügen, falls nicht in Ziff. 2.8.2. genannt.)

2.9. Kündigung

Das Arbeitsverhältnis kann wie folgt gekündigt werden:

- während der Probezeit mit einer Frist von 7 Tagen*;
- nach Ablauf der Probezeit während dem ersten Jahr mit einer Frist von 1 Monat**;
- im 2. bis und mit dem 9. Anstellungsjahr mit einer Frist von 2 Monaten und
- nachher mit einer Frist von 3 Monaten je auf das Ende des Monats**.

*(Kommentar: Durch Vertrag, NAV oder GAV kann diese Frist verändert werden, eine Verlängerung ist jedoch auf maximal 3 Monate möglich.)

** (Kommentar: Durch Vertrag, NAV oder GAV können diese Fristen abgeändert werden, unter einen Monat können sie jedoch nur durch GAV und nur für das erste Jahr gesenkt werden.)

2.10. Kündigungsschutz

Nach Ablauf der Probezeit darf die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nach Art. 336c OR das Arbeitsverhältnis nicht kündigen

- a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militärdienst, Zivildienst, Militärischen Frauendienst oder Rotkreuzdienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. während die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Anstellungsjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Anstellungsjahr während 90 Tagen und ab sechstem Anstellungsjahr während 180 Tagen;
- c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;
- d. während die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin.

2.11. Datenschutz

Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber darf Daten über die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer nur mit der Zustimmung der betroffenen Person bearbeiten.

3. Pflichten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers

3.1. Art der zu leistenden Arbeit/Funktion

3.2. Arbeitsort

Arbeitsort ist der jeweilige Ort des Einsatzbetriebes bzw. die Betriebsstätte der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers. Der Einsatzort wird der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer jeweils rechtzeitig mit schriftlichem Zusatz zu diesem Vertrag mitgeteilt, welcher einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages ist. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer ist verpflichtet, ein ihr bzw. ihm zugewiesener Einsatz anzunehmen.

3.3. Arbeitszeit

Als wöchentliche Normalarbeitszeit werden..... Stunden vereinbart. Vorbehalten bleibt Ziff. 1.2. dieses Vertrages.

Die konkrete Arbeitszeiteinteilung wird mündlich vereinbart.

3.4. Sorgfaltspflicht

Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die ihm vom Einsatzbetrieb anvertrauten Arbeiten sorgfältig und gewissenhaft zu verrichten.

3.5. Weisungen

Weisungen der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers und des Einsatzbetriebes sind zu befolgen. Während des Einsatzes in einem Drittbetrieb muss sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Betriebsordnung und den Gepflogenheiten im Einsatzbetrieb richten.

4. Ergänzendes Recht

Für alle im vorliegenden Vertrag nicht geregelten Punkte gelten die Art. 319 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989, das Bundes-

gesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 und das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) vom 24. März 2000.

5. Gerichtsstand

Für Klagen des Arbeitnehmers sind zuständig, das Gericht am Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung des Verleihers, mit welchem der Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 2 GestG), oder das Gericht am Hauptsitz des Verleihers (Art. 24 Abs. 1 GestG). Für Klagen des Verleihers sind zuständig, das Gericht am Wohnsitz des Arbeitnehmers (Art. 24 Abs. 1 GestG), oder das Gericht am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG).

Ort, Datum

Ort, Datum

Die Arbeitgeberin/Der Arbeitgeber:
(Verleihfirma)

Die Arbeitnehmerin/Der Arbeitnehmer:

Muster für einen «Zusatz zum Leih-Arbeitsvertrag» gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV

Zusatz zum Leih-Arbeitsvertrag

zwischen

..... als Arbeitgeberin bzw. Arbeitgeber
(Name, Adresse, Verleihfirma)

und

..... als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer
(Name, Adresse, Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer)

betreffend einen Einsatz in einem Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) der Verleihfirma.

Der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer wird folgender Einsatz zugewiesen:

Einsatzbetrieb:

Einsatzort:

Zuständige Kontakt-Person und Telefon:

Einsatzbeginn:

Einsatzdauer:

Prinzipiell gelten für den Einsatz ansonsten die Bestimmungen des Leih-Arbeitsvertrages, der mit der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer am..... abgeschlossen worden ist.

Ort, Datum

Die Arbeitgeberin/Der Arbeitgeber:
(Verleihfirma)

c) Beim Gelegentlichen Überlassen

Der Einsatzvertrag kann ein Zusatz zum bestehenden Arbeitsvertrag sein. Er muss jedoch AVG-konform sein, mit ihm können auch Bestimmungen des Arbeitsvertrages, die nicht AVG-konform sind, für die Dauer der Überlassung ausser Kraft gesetzt werden. Dies gilt insbesondere für ein allfälliges Konkurrenzverbot.

Art. 20 AVG Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge

A Das Ziel von Art. 20 AVG

Art. 20 des AVG verpflichtet den Verleiher, «gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen» eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (ave-GAV) einzuhalten, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Die darüber hinausgehenden Bestimmungen eines ave-GAV sind für die im Einsatzbetrieb arbeitenden, verliehener Arbeitnehmer nicht anwendbar.

Unterliegen nur Teile des Einsatzbetriebes einem ave-GAV, so hat der Verleiher diesen nur einzuhalten, wenn der Arbeitnehmer in einen entsprechenden Betriebsteil verliehen wird.

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 jedoch noch eine Genehmigung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes nötig.

B Der Zusammenhang von Art. 19 Abs. 3 mit Art. 20 AVG

Der Verleiher ist auf jeden Fall verpflichtet, sofern ein ave-GAV für den Einsatzbetrieb besteht, dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einzuhalten. Sollten diese für den Arbeitnehmer im zwingend vorgeschriebenen schriftlichen Einzelarbeitsvertrag günstiger sein, geht dieser vor. Fehlt ein schriftlicher Einzelarbeitsvertrag, gehen für den Arbeitnehmer günstigere mündliche Vereinbarungen oder günstigere orts- und berufsübliche Arbeitsbedingungen dem ave-GAV jedoch in jedem Falle vor («Günstigkeitsprinzip»).

C Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen

1. Folgende ave-GAV-Lohnbestimmungen sind nach Art. 48a Abs. 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 nur für Arbeitnehmer 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. Auf keinen Fall wird ein Prozentsatz der gesamten Bruttolohnsumme eines Temporärunternehmens pauschal als Unkostenentschädigung anerkannt. Falls ein ave-GAV Pauschalspesen vorsieht, ist eine Geltendmachung jedoch zulässig. Auch bei der Leiharbeit können die Sozialversicherungen Pauschalspesen akzeptieren.

Wichtig:

Keinesfalls dürfen mittels Pauschalspesen die Mindestlöhne 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 den einzelnen Arbeitnehmer sonst Kürzungen der Sozialleistungen zur Folge.

- die Lohnzuschläge für Überstunden-, Schicht-, Akkord-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit;
- Erschwerniszuschläge;
- Spesen;
- 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, Ge-

- burt, Todesfall, Umzug, Pflege eines kranken Familienangehörigen (Art. 324a OR);
- der Prämienanteil an der Taggeldversicherung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR.

Wichtig:

Nicht im Lohnbegriff von Art. 20 AVG beinhaltet sind jedoch GAV-Bestimmungen über die berufliche Vorsorge (2. Säule).

2. Folgende ave-GAV-Arbeitszeitbestimmungen sind nach Art. 48a Abs. 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.

D Zusammenfassung

Bei den aufgeführten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen handelt es sich um Regelungstatbestände, die dem Personalverleih trotz seiner besonderen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht fremd sind. Besonders die ave-GAV-Regelungen über die Taggeldversicherungen und die verschiedenen Fälle der Lohnfortzahlung zählen zu den Lohnbestimmungen i.S. von Art. 20 AVG, die der Gesetzgeber wegen dem avisierten Arbeitnehmerschutz nicht einfach aus Praktikabilitätsüberlegungen fallen lassen wollte. Sie können von den Verleihbetrieben auch ohne grosse Schwierigkeiten vor Vertragsabschluss abgeklärt werden. Dieser Ansicht war auch das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil aus dem Kanton Genf, in welchem der Anspruch eines verliehenen Arbeitnehmers auf Lohnausfallversicherung nach aveGAV (80% für mind. 720 Tage in einem Zeitraum von 900 Tagen) geschützt worden ist (Urteil 4C.109/1997 vom 2. Dezember 1997).

Es trifft zudem nicht zu, dass die Taggeldversicherungsregelungen der einzelnen ave-GAV sich stark unterscheiden und die Personalverleiher deshalb nicht für alle Arbeitnehmer der ave-GAV-Berufsgruppen eine einheitliche Taggeldversicherung abschliessen können. Alle ave-GAV auf Bundesebene sehen einen Versicherungsschutz von 80 Prozent während 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen vor. Einzig hinsichtlich der Wartefristen bestehen Unterschiede. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Personalverleiher innerhalb eines Taggeldversicherungsvertra-

ges mehrere Personengruppen mit verschiedenen Wartefristen versichern kann. Auch kann der Personalverleiher die hinsichtlich der Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile bestehenden Unterschiede im Rahmen der normalen Lohnabrechnung jeweils einfach berücksichtigen. Ein ständiges Wechseln der Versicherung ist somit nicht notwendig.

Wichtig:

Die Verleiher sind nur gehalten, die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines ave-GAV einzuhalten. Allfällige Kontrollauflagen, die ein ave-GAV enthalten kann (z.B. das automatische Zustellen der neu abgeschlossenen Verträge mit den Arbeitnehmern an das ave-GAV-Kontrollorgan oder das Zustellen von Listen über neu angestellte Arbeitnehmer mit Qualifikation und Lohnhöhe), müssen sie nicht einhalten. Sie müssen dem ave-GAV-Kontrollorgan erst im Kontrollzeitpunkt diese Auskünfte geben können. Insoweit ist es zulässig, von ihnen zu verlangen, dass sie am Kontrolltag dem Kontrollorgan eine Liste der verliehenen Arbeitnehmer pro ave-GAV vorlegen.

E Die Kontrolle der Einhaltung von Art. 20 AVG

Die Intention von Art. 20 AVG wird nur erreicht, wenn die Personalverleiher gleich wie alle andern, den ave-GAV unterstellten Betriebe, auch entsprechend kontrolliert werden können. Die aufsichtsrechtliche Kontrolle der für den Personalverleih zuständigen Behörde kann dabei nicht der verbandsrechtlichen Kontrolle der GAV-Parteien gleichgestellt werden. Ohne den verbandsrechtlichen Kontrollanspruch, wo ein solcher in den ave-GAV vorgesehen ist, kommt es zu einer von Art. 20 AVG nicht vorgesehenen Ungleichbehandlung zwischen den Personalverleihern, resp. deren Arbeitnehmern. Das Einhalten der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen ist deshalb in einem weiteren Sinn zu verstehen und erfasst auch das Dulden einer entsprechenden verbandsrechtlichen Kontrolle, soweit eine solche vorgesehen ist. Diese Regelung entspricht dem rechtskräftigen Urteil der III. Zivilkammer des Appellationshofs des Kantons Bern vom 30. August 1995), dem einzigen bekannten oberinstanzlichen Entscheid in dieser Angelegenheit.

Die Kontrolle der Einhaltung von Art. 20 AVG obliegt somit den in den ave-GAV vorgesehen Kontrollorganen. Diese sind berechtigt, einem fehlbaren Verleiher die Kontrollkosten in Rechnung zu stellen. Dem Verleiher kann jedoch keine Konventionalstrafe auferlegt werden, da eine solche in der Regel nicht nur zur Deckung der Kontrollkosten, sondern auch sonstiger Verwaltungs- und Weiterbildungskosten verwendet wird. Die ave-GAV-Kontrollorgane orientieren die kantonalen Behörden über bei Verleihern durchgeführte Kontrollen, damit Doppelspurigkeiten vermieden werden können.

Es wird empfohlen, dass festgestellte Verletzungen der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen

von den Kontrollorganen den zuständigen kantonalen Behörden, welchen das Ergreifen von Verwaltungssanktionen vorbehalten bleibt, jeweils unverzüglich melden. Selbstverständlich bleibt es den GAV-Kontrollorganen unbenommen, gegen einen fehlbaren Verleiher Strafanzeige zu erheben (bezüglich Strafkatalog s. Art. 39 AVG).

Die kantonalen Behörden ihrerseits dürfen den ave-GAV-Kontrollorganen jederzeit Hinweise und Informationen über Verleiher zukommen lassen, die im Zusammenhang mit der Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen stehen. Sie sind diesbezüglich nicht an den Datenschutz gebunden, ist doch das öffentliche Interesse an der Einhaltung von Art. 20 AVG höher zu werten als das private Interesse der Verleiher auf Datenschutz.

Wichtig:

Aufgrund von Art. 6 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311) kann ein Verleiher bei der für die AVE zuständigen kantonalen Behörde die Kontrolle durch eine besondere, von den GAV-Parteien unabhängiges Kontrollorgan verlangen. Die zuständige kantonale Behörde bestimmt Gegenstand und Umfang der Kontrolle nach Anhörung der GAV-Parteien und des Verleihers. In einem solchen Fall gehen die Kontrollkosten jedoch in der Regel zu Lasten des Verleihers, und dies auch, wenn keine Verfehlungen seitens des Verleihers festgestellt werden (!).

Falls ein Verleiher sich weigert, sich durch ein ave-GAV-Kontrollorgan kontrollieren zu lassen, ist dies der kantonalen Behörde zu melden. Wenn der Verleiher in der Folge auch nicht eine Kontrolle durch ein unabhängiges Kontrollorgan beantragt, kann er durch die Nichtzulassung einer Kontrolle keine Gewähr mehr dafür bieten, dass er eine fachgerechte Verleiertätigkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Bst. b AVG ausübt. Dies ist jedoch eine Bewilligungsvoraussetzung.

Problem:

Was ist zu tun, falls der Verleiher keine Kontrollen durch ein ave-GAV-Kontrollorgan zulässt?

Nach Art. 16 Abs. 2 AVG setzt die kantonale Behörde dem Verleiher mittels Verfügung eine Frist, innerhalb welcher er eine Kontrolle durch das ave-GAV-Kontrollorgan zuzulassen hat, oder die Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan geltend machen muss. Falls er weiterhin eine Kontrolle verweigert, und auch keine Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan beantragt, kann ihm die Verleihbewilligung nach Art. 16 AVG entzogen werden.

F Die Kontrolle durch ein ave-GAV-Kontrollorgan

Es wird empfohlen, die Kontrolle dem Verleiher in einem vernünftigen Zeitrahmen (z.B. etwa 3 Wochen) voranzukündigen. Dabei sollten die Personen, welche die Kontrolle durchführen wer-

den, dem Verleiher bekannt gegeben werden und ebenfalls sollte angegeben werden, auf welchen ave-GAV die Kontrolle sich beziehen wird.

Anlässlich der Kontrolle sollten sich die Kontrolleure ausweisen können (durch Ankündigungsschreiben der Kontrolle, durch Visitenkarten der Sozialpartner).

Die Kontrolleure sind der Schweigepflicht im Sinne von Art. 57 Abs. 1 AVV unterstellt.

Falls für die Kontrolle durch die ave-GAV-Kontrollorgan anerkannte Treuhandgesellschaften beauftragt werden, dürfen diese dem ave-GAV-Kontrollorgan die Namen der verliehenen Arbeitnehmer bekannt geben. Die Treuhandgesellschaften sind ebenfalls der Schweigepflicht nach Art. 57 Abs. 1 AVV unterstellt.

Die Verleiher müssen die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen erst ab Datum der Inkraftsetzung der Allgemeinverbindlicherklärung einhalten (dh. es gibt keine Rückwirkung auf das Datum des GAV-Vertragsschlusses).

Damit die Verleiher, die in verschiedenen Branchen mit verschiedenen allgemeinverbindlich erklärten GAV aktiv sind, nicht unverhältnismässig oft kontrolliert werden, wird empfohlen, dass sich die jeweiligen Sozialpartner und die Verleiher untereinander absprechen und die Kontrollen koordinieren.

Art. 21 AVG Ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz

A Welche Ausländer dürfen verliehen werden?

1. Der Verleih von neu zuziehenden Ausländern

Die Anstellung von neu zuziehenden ausländischen Arbeitnehmer durch einen Verleihbetrieb ist grundsätzlich nicht möglich:

- Einerseits erhalten neu zuziehende Ausländer mit einer Kurzaufenthalter- oder einer auf eine bestimmte Tätigkeit beschränkten Jahresaufenthalterbewilligung nach Art. 29 Abs. 2 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) in der Regel keine arbeitsmarktliche Zustimmung zum Stellen-, Berufs- und evt. Kantonswechsel.
- Andererseits darf ein Verleiher gestützt auf Art. 21 des AVG einen Ausländer in der Schweiz nur beschäftigen, wenn dieser zur Erwerbstätigkeit sowie zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt ist. Diesem Grundsatz liegt der Wille des Gesetzgebers zugrunde, dass Ausländer in der Regel nicht zum Personalverleih in die Schweiz einreisen dürfen.

Somit kann an Personalverleiher oder Einsatzbetriebe in der Schweiz für neu zuziehende Ausländer in der Regel keine erstmalige Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für Einsätze im Personalverleih erteilt werden. Dies gilt insbesondere auch für Bewilligungen, die nach Art. 13 Bst. d, Art. 14 Abs. 4 und Art. 20 BVO in die Kompetenz der Kantone fallen.

2. Der Verleih von Ausländern, die sich bereits in der Schweiz aufhalten

Hingegen dürfen Ausländer, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind, sofern sie nicht in eine der zwei Kategorien nach Art. 29 Abs. 2 BVO fallen (1. Jahresaufenthalter, denen die Bewilligung für eine bestimmte Tätigkeit erteilt worden ist, 2. Kurzaufenthalter) im Personalverleih beschäftigt werden.

Das heisst, dass grundsätzlich nur folgende ausländische Personen verliehen werden dürfen:

- Niedergelassene;
- Jahresaufenthalter;
- Grenzgänger (in ihrer kantonalen Grenzzone);
- Asylbewerber nach dem Wegfall des Arbeitsverbots zeitlich begrenzt und für Branchen, soweit es die kantonalen Arbeitsmarktbehörden im voraus gestatten.

Verleiher, welche den ausländerrechtlichen Bestimmungen zuwiderhandeln, machen sich strafbar nach Art. 39 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 AVG, sowie zusätzlich nach Art. 25 ANAG (Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer).

B Wann dürfen ausnahmsweise neu zuziehende Ausländer doch verliehen werden?

1. Ausnahmeregelung

Bei neu zuziehenden Ausländern kann in begründeten Fällen ausnahmsweise dann vom Grundsatz von Art. 29 Abs. 2 BVO abgewichen werden, wenn dies arbeitsmarktmässig als zweckmässig erscheint. Dazu müssen die arbeitsmarktmässigen Voraussetzungen nach Art. 42 BVO erfüllt sein und die besonderen Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.

a) arbeitsmarktmässige Voraussetzungen

Aufgrund von Art. 42 BVO müssen auch für die Einsätze im Personalverleih die allgemeinen arbeitsmarktmässigen Voraussetzungen von Art. 6–11 und 29 BVO erfüllt sein: Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage, Vorrang der inländischen Arbeitnehmer, Rekrutierungsprioritäten, Orts- und berufsübliche Arbeitsbedingungen. Zu diesem Zweck klärt die Behörde ab, ob für die offene Stelle vermittlungsfähige Schweizer und zur Erwerbstätigkeit berechnigte Ausländer bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung eingeschrieben und für den Einsatz geeignet sind. Auch die arbeitslos gemeldeten Grenzgänger sind innerhalb der zulässigen Grenzzone zu berücksichtigen.

Massgebend sind daneben die Bestimmungen über die Verleihfähigkeit im AVG (Art. 18–22). Es muss insbesondere ein schriftlicher Arbeitsvertrag, dessen Inhalt die Anforderungen von Art. 19 AVG sowie die Bestimmungen des Obligationenrechts und des Gerichtsstandsgesetzes erfüllt, und ein schriftlicher Verleihvertrag gemäss Art. 22 AVG vorliegen. Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag (GAV), so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV einhalten.

b) besondere Umstände

Für eine Ausnahmegewilligung bei der Einreise zum Personalverleih muss der Gesuchsteller zusätzlich nachweisen:

1. das besondere wirtschaftliche bzw. betriebliche Interesse an der Beschäftigung eines neu zuziehenden Arbeitnehmers; und
2. die besonderen Umstände, die einen Personalverleih notwendig machen (d.h. es ist klar anzugeben, wieso eine befristete Anstellung durch den Einsatzbetrieb selbst nicht möglich ist);

2. Was muss in den Ausnahmefällen beachtet werden?

In der Regel handelt es sich dabei um befristete Projekte (Bewilligungen nach Art. 13 Bst. d, Art. 14 Abs. 4, Art. 15 Abs. 4 Bst. a, Art. 20, und Art. 21 Abs. 3 Bst. a/b BVO) Deshalb muss zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag vorliegen, der die gesamte Projektdauer abdeckt.

Wenn ein Projekt ausnahmsweise mehrere Einsatzbetriebe betrifft, so ist beim arbeitsmarktlichen Vorentscheid das gesamte Projekt zu beurteilen. Ein Wechsel des Verleihers oder des Einsatzbetriebes wird in der Regel nicht bewilligt (Art. 29 Abs. 2 BVO). Auch eine Weiterbeschäftigung nach Beendigung des Projekts oder aufgrund eines Projektwechsels beim gleichen Einsatzbetrieb wird wegen Erfüllung des Aufenthaltszweckes in der Regel nicht erlaubt.

◆ Diese Regelung ist in der arbeitsmarktlichen Verfügung festzuhalten.

Zum obigen Abschnitt wird auf das «Merkblatt zum Verleih ausländischer Arbeitskräfte», Ziff. 3.3., Anhang A21 der arbeitsmarktlichen Weisungen und Erläuterungen des BFA vom Dezember 1999, verwiesen.

Exkurs: Wer ist zuständig für die Einholung und die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung?

(Speziell im Zusammenhang mit dieser Frage, aber auch mit den übrigen Anliegen dieses Merkblattes ist die Zusammenarbeit von AVG- und BVO-Verantwortlichen in den Kantonen ausserordentlich wichtig.)

Die Aufenthaltsbewilligung wird in der Regel durch den Verleiher eingeholt. Nach Art. 8 Abs. 1 ANAG (Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer) gilt die Aufenthaltsbewilligung nur für den Kanton, der sie ausgestellt hat. Abs. 2 präzisiert, dass es sich dabei um den Kanton handeln muss, in welchem die Erwerbstätigkeit, und zwar der Schwerpunkt dieser Tätigkeit ausgeübt wird. Im Personalverleih ist dies gewöhnlich der Kanton des Einsatzbetriebes; dort muss somit der Verleiher die Bewilligung im Auftrag des Einsatzbetriebes beantragen. Für einen allfälligen Kantonswechsel (falls beispielsweise der verliehene Arbeitnehmer zuerst für eine Zeit direkt beim Verleihbetrieb gearbeitet hat und jetzt in den Kanton des Einsatzbetriebes wechseln soll), muss nach Art. 14 Abs. 5 ANAV (Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer) i.V. mit Art. 43 Abs. 1 Bst. d BVO vor der Verlegung der Erwerbstätigkeit durch den Verleiher das Einverständnis des neuen Kantons eingeholt werden.

Sollte der Verleiher die Bewilligung in seinem Heimkanton eingeholt haben, obwohl der Einsatzbetrieb in einem andern Kanton liegt, würde es sich um einen Kantonswechsel handeln. Nach Art. 29 Abs. 2 BVO wird eine Bewilligung für den Kantonswechsel in der Regel an Jahresaufenthalter, denen die Aufenthaltsbewilligung für eine bestimmte Tätigkeit erteilt worden ist, und an Kurzaufenthalter nicht erteilt.

Die Verfügung der Arbeitsmarktbehörde lautet normalerweise auf den Einsatzbetrieb und wird auch dem Verleiher (Arbeitgeber) zugestellt.

Art. 22 AVG Verleihvertrag (Art. 50 AVV)

A Allgemeines

In Fällen zeitlicher Dringlichkeit kann der Verleihvertrag auch erst nach der Arbeitsaufnahme schriftlich abgefasst werden.

Der Verleihvertrag muss von beiden Parteien (Verleiher und Einsatzbetrieb) unterzeichnet werden. Es genügt nicht, dass der Verleiher dem Einsatzbetrieb die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eine Einsatzbestätigung lediglich zur Kenntnis zukommen lässt. Art. 22 Abs. 1 AVG verlangt vielmehr, dass der vollständige Vertrag gegengezeichnet wird. Dabei können die allgemeinen Geschäftsbedingungen einen integrierten Bestandteil bilden.

Es braucht nicht pro eingesetzte Person ein Verleihvertrag, der den Bedarf des Einsatzbetriebes nach Dauer und Umfang konkretisiert. Werden innerhalb des vertraglich definierten Rahmens Arbeitnehmer ausgewechselt, ist kein neuer Vertrag abzuschliessen.

Die Pflicht, einen Verleihvertrag abzuschliessen, gilt für jeden Verleiher 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 Falle von Firmen eintreten, die es bei vorübergehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten vorziehen, Arbeitnehmer, 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.

B Nichtige Vereinbarungen (Art. 22 Abs. 2 – 4 AVG)

Diese Bestimmung verbietet Vereinbarungen, die es dem Einsatzbetrieb direkt verunmöglichen oder erschweren, nach Ablauf des Verleihvertrages mit dem verliehenen Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abzuschliessen.

Vereinbarungen, die dem Einsatzbetrieb die Übernahme eines verliehenen Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb indirekt erschweren, sind dagegen im Rahmen von Art. 22 Abs. 3 AVG möglich. Eine Entschädigung ist zulässig, falls der Einsatz weniger 3 Monaten gedauert hat und der Arbeitnehmer innert weniger als 3 Monate nach Einsatzende zum Einsatzbetrieb wechselt. Das heisst, falls der Einsatz länger als 3 Monate gedauert hat, oder länger als 3 Monate zurückliegt, kann keine Entschädigung verlangt werden.

Die Entschädigung darf der Verleiher in diesen Fällen jedoch nur vom Einsatzbetrieb verlangen. Als Entschädigung ist maximal geschuldet der Betrag, den der Einsatzbetrieb dem Verleiher bei einem dreimonatigen Einsatz für Verwaltungsaufwand und Gewinn bezahlt hätte. Bereits geleistetes Entgelt für Verwaltungsaufwand und Gewinn muss der Verleiher jedoch anrechnen.

C 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, dem verliehenen Arbeitnehmer zu kündigen. Dieses Recht verbleibt beim Verleiher.

Es ist jedoch zulässig, dass der Verleiher dem Einsatzbetrieb die Vollmacht geben kann, dass er in seinem Namen dem Arbeitnehmer kündigen darf. Nach dem Stellvertretungsrecht (Art. 32ff OR) ist eine solche Vollmacht ausser bei vertretungsfeindlichen Rechtshandlungen, bei welchen eine Stellvertretung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist (Verlobung, Heirat, Verfügung von Todes wegen), nicht verboten, da für das Schuldrecht der Grundsatz der Vertretungsfreundlichkeit gilt.

Falls ein solches Vorgehen gewählt wird, muss der Verleiher dem Einsatzbetrieb eine ausdrückliche Vollmacht ausstellen, aufgrund welcher der Einsatzbetrieb gegenüber dem Arbeitnehmer im Namen des Verleihers die Kündigung aussprechen darf. Diese Vollmachtserklärung kann Bestandteil des Verleihvertrages sein.

Falls dem Einsatzbetrieb eine solche Vollmacht ausgestellt wird, bleiben aber die Kündigungsschutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers 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 zu Unzeit (Art. 336c OR) ebenso wie über die ungerechtfertigte Entlassung (Art. 337c OR) müssen beachtet werden. Ein Fehlverhalten des Einsatzbetriebes muss sich der Verleiher somit anrechnen lassen. Weil der Verleiher dadurch vom Verhalten des Einsatzbetriebes abhängig wird, kann eine Delegation des Kündigungsrechts an den Einsatzbetrieb deshalb nicht empfohlen werden.

D Checkliste für die Prüfung von Verleihverträgen

Folgende Punkte sind bei der Gesuchseinreichung immer zu prüfen. Sie können in unterschiedlichen Vertragsbestandteilen geregelt sein (z.B. die Punkte, die nur für den konkreten Einsatz Gültigkeit haben, im eigentlichen Verleihvertrag, und die weiteren Punkte, die immer Gültigkeit haben, in allgemeinen Geschäftsbedingungen).

Nach Art. 22 Abs. 1 AVG müssen im Verleihvertrag immer enthalten sein:

- die Adresse des Verleihers und der Bewilligungsbehörde;
- die berufliche Qualifikation des Arbeitnehmers und die Art der Arbeit;
- der Arbeitsort und der Beginn des Einsatzes;
- die Dauer des Einsatzes oder die Kündigungsfristen;
- die für den Arbeitnehmer geltenden Arbeitszeiten;
- die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen.

Nach Art. 22 Abs. 2 AVG sind Vereinbarungen nichtig:

- die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen, nach Ende des Einsatzes mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abzuschliessen (s. Kap. B).

Hinweis:

Für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen ist nach der Praxis zum Arbeitsgesetz ein Betrieb verantwortlich, der Arbeitnehmer 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 Arbeitgeber, nicht der vertragliche. Demzufolge ist für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen bei verliehenen Arbeitnehmern grundsätzlich der Einsatzbetrieb verantwortlich. Es kann nicht schaden, an diese Regelung in einer Bestimmung des Verleihvertrages zu erinnern, damit der Einsatzbetrieb sich dieser Verantwortung bewusst ist (s. Ziff. 7 des Musters).

E Sind «Unterverleihverhältnisse» zulässig?

Das Verleihverhältnis ist von Gesetzes wegen ein Dreiecksverhältnis:

Der Verleiher ist Arbeitgeber von Arbeitnehmern, mit welchen er schriftliche Arbeitsverträge abschliesst (Art. 19 Abs. 1 AVG). Er stellt diese Arbeitnehmer Einsatzbetrieben, mit welchen er einen schriftlichen Verleihvertrag abschliesst (Art. 22 Abs. 1 AVG), zur Verfügung.

Somit ist es nicht möglich, dass ein Betrieb Arbeitnehmer einstellt, die er einem zweiten Betrieb zur Verfügung stellt, der diese schliesslich an einen Einsatzbetrieb verleiht. Der Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer muss zwingend den Verleihvertrag mit dem Einsatzbetrieb abschliessen. Für Betriebe, die Unterleihverhältnisse eingehen möchten, gibt es deshalb nur zwei rechtlich zulässige Möglichkeiten:

1. Entweder übernimmt der zweite Betrieb für die Einsatzdauer des Arbeitnehmers beim Ein-

satzbetrieb die Arbeitgeberposition, schliesst also mit diesem einen schriftlichen Arbeitsvertrag ab; oder

2. der erste Betrieb bleibt Arbeitgeber und der zweite Betrieb «vermittelt» ein Verleihverhältnis, das heisst, der Verleihvertrag wird zwischen dem ersten Betrieb und dem Einsatzbetrieb abgeschlossen.

Im ersten Fall bedarf der erste Betrieb aufgrund von Art. 6 Bst. b AVV keine Vermittlungsbewilligung, weil er seine eigenen Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber zusammenführt. Der zweite Betrieb hingegen bedarf einer Verleihbewilligung.

Im zweiten Fall bedarf der erste Betrieb einer Verleihbewilligung. Der zweite Betrieb übt keine dem AVG unterstellte Tätigkeit aus, es handelt sich nicht um eine Vermittlung im Sinne des AVG. Deshalb bedarf er keiner Vermittlungsbewilligung.

F Was ist beim konzerninternen Verleih zu beachten?

Der konzerninterne Verleih zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft, oder zwischen zwei Tochtergesellschaften oder zwischen Zweigniederlassungen ist nicht der Bewilligungspflicht unterstellt, sogar wenn es sich um das zur Verfügung stellen von Personal zwischen zwei rechtlich unabhängigen Unternehmen handelt.

Im Gegensatz zum normalen Verleih sind die Arbeitnehmer beim konzerninternen Verleih nicht den verleihtypischen Gefahren ausgesetzt.

Sie werden in der Regel nicht als «fremde» Arbeitnehmer wahrgenommen, eine Schlechterbehandlung ist demzufolge ausgeschlossen.

Auch wird mit dieser Art Verleih den Arbeitnehmern oft das Absolvieren von Auslandseinsätzen und das Gewinnen von Erfahrungen ermöglicht, was ebenfalls keine typische Verleih Tätigkeit darstellt.

Es muss jedoch sichergestellt sein, dass es sich bei dem von der ausländischen Tochtergesellschaft der inländischen Tochtergesellschaft zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer nicht um einen bei einem ausländischen Verleiher ausgeliehenen handelt, ansonsten ein Fall von verbotenen Verleih vom Ausland vorliegen würde.

G Der Unterschied zwischen verliehenen und entsandten Arbeitskräften

Verliehene Arbeitskräfte arbeiten unter dem Weisungsrecht des Kunden. Der Verleiher hat keinen Einfluss auf ihr Arbeitserzeugnis.

Entsandte Arbeitskräfte arbeiten weiterhin unter dem Weisungsrecht ihres Arbeitgebers und erfüllen für diesen beim Kunden einen Auftrag, Werkvertrag oder sonst einen Vertrag. Der Arbeitgeber zeichnet für ihr Arbeitserzeugnis verantwortlich.

Das Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (BBI 99 8744) findet nur auf entsandte, nicht jedoch auf verliehene Arbeitskräfte seine Anwendung. Ebenso Art. 24 Abs. 3 des Gerichtsstandsgesetzes, GestG, SR 272). Dies darf nicht verwechselt werden und Art. 12 Abs. 2 AVG, welcher den Verleih vom Ausland in die Schweiz nicht gestattet, bleibt unangetastet.

H Muster für einen «Verleihvertrag» gemäss Art. 22 AVG bzw. Art. 50 AVV

Verleihvertrag

zwischen

..... (Name, Adresse, Verleihfirma)

und

..... (Name, Adresse, Einsatzbetrieb)

betreffend Überlassung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin des Verleihbetriebes.

Die Verleihfirma ist im Besitz der Bewilligung zum Personalverleih des Kantons... (und des seco). Bewilligende Behörde ist das Kantonale Amt... , Adresse.....(und das seco, Direktion für Arbeit, Bundesgasse 8, 3003 Bern).

1. Einsatz

Die Verleihfirma stellt der Einsatzfirma folgenden Arbeitnehmer bzw. folgende Arbeitnehmerin zur Verfügung:

Der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin besitzt folgende berufliche Qualifikationen:

Der Einsatz erfolgt als:

Der Ort des Einsatzes ist:

Der Einsatz beginnt am:

Der Einsatz dauert vom/bis

bzw. Variante:

Der Einsatz ist zeitlich unbefristet.

2. Kündigungsfrist

Ist der vorliegende Verleihvertrag auf eine zeitlich unbefristete Dauer abgeschlossen, so kann er während der ersten..... (Tage, Wochen, Monaten) mit einer Kündigungsfrist von..... (Tage, Wochen, Monaten) jeweils auf Ende..... (Woche, Monat) schriftlich gekündigt werden.

Ab..... (Woche, Monat) beträgt die Kündigungsfrist..... (Tage, Wochen, Monate).

Ist der vorliegende Verleihvertrag auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen, endet er am Ende des letzten Tages der Vertragsdauer.

3. Arbeitszeit

Als Arbeitszeit für den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin gilt:

4. Entgelt für den Einsatz

Die Einsatzfirma zahlt der Verleihfirma für den Einsatz des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin Fr..... Darin enthalten sind alle Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen gemäss Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin und dem Verleihbetrieb.

5. Zahlungstermin

Es werden folgende Zahlungstermine für das Entgelt vereinbart:

6. Haftung für Schäden

Das von der Verleihfirma zur Verfügung gestellte Personal ist nicht aufgrund eines Werkvertrages oder Auftrages bei der Einsatzfirma tätig; die Verleihfirma haftet demnach gegenüber der Einsatzfirma auch in keiner Weise für das Ergebnis der von seinem verliehenen Personal erbrachten Leistung. Die Verleihfirma haftet nur für die korrekte Auswahl der verliehenen Arbeitnehmenden.

7. Weisungsbefugnis und Arbeitssicherheit

Die Einsatzfirma besitzt gegenüber dem bzw. der zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin das alleinige Weisungs- und Kontrollrecht bezüglich der Ausführung der Arbeit. Sie beachtet dabei insbesondere die Weisungen und gesetzlichen Bestimmungen über die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz.

8. Übertritt

Die/der zur Verfügung gestellte Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer darf nach Beendigung des Einsatzes in den Einsatzbetrieb übertreten. Eine allfällige Entschädigung schuldet der Einsatzbetrieb nur, falls der Einsatz weniger als drei Monate gedauert hat und weniger als drei Monate zurückliegt.

9. Gerichtsstand

Als Gerichtsstand gilt der Sitz der Verleihfirma.

Ort, Datum

Ort, Datum

Die Verleihfirma

Der Einsatzbetrieb

Übersicht über den Personalverleih

	gelegentl. Überlassen	Leiharbeit		Temporärarbeit	
		gewerbs- mässig	nicht gewerbs- mässig	gewerbs- mässig	nicht gewerbs- mässig
Bewilligungspflicht für Verleiher:	nein	ja	nein	ja	nein
massgebliche AVG-Art.					
Art. 18 Abs. 1 (öffentliche Ausschreibung von Arbeitsangeboten)	nein	ja	ja	ja	ja
Art. 18 Abs. 2 (Arbeitsmarktbeobachtung)	nein	ja	nein	ja	nein
Art. 18 Abs. 3 (Datenschutz)	ja	ja	ja	ja	ja
Art. 19 Abs. 1 – 3 (schriftlicher Arbeitsvertrag)	nein*	ja	ja	ja	ja
Art. 19 Abs. 4 (Kündigungsfristen)	nein	nein	nein	ja	ja
Art. 19 Abs. 5 (nichtige Vereinbarungen)	nein	ja	ja	ja	ja
Art. 19 Abs. 6 (Ungültigkeit des Arbeitsvertrages)	nein	ja	ja	ja	ja
Art. 20 (allgemeinverbindliche GAV)	ja	ja	ja	ja	ja
Art. 21 (ausländische Arbeitnehmer)	ja	ja	ja	ja	ja
Art. 22 (Verleihvertrag)	ja	ja	ja	ja	ja
Gerichtstand nach GestG**	ja	ja	ja	ja	ja

* der Arbeitnehmer hat in der Regel bereits einen Arbeitsvertrag, das OR schreibt jedoch keine Schriftlichkeit vor!

** seit dem 1. Januar 2001 regelt das Gerichtsstandsgesetz abschliessend die Gerichtsstände, Art. 23 AVG wurde deshalb aufgehoben.

Exkurs: Betreuungs- und Hausdienste

Bei den sogenannten privaten Betreuungs- und Hausdiensten handelt es sich um Dienstleistungsbetriebe für:

- Pflege und Betreuung kranker und alter Menschen
- Reinigungs- und allgemeine Haushaltsarbeiten
- Kinderbetreuung und Familieneinsätze
- Haustier- und Wohnungsbetreuung während Abwesenheiten

Je nach Auftragsart setzen diese Unternehmen Hausfrauen mit Pflegeerfahrung, Pflegerinnen sowie ausgebildete Krankenschwestern ein.

Diese Tätigkeiten können je nach Umständen und konkretem Fall vom AVG erfasst werden oder sich ausserhalb des Anwendungsbereiches befinden. Ob eine Betreuungsorganisation unter das AVG fällt oder nicht, ist aufgrund der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb zu beurteilen.

Die Tätigkeit ist bewilligungspflichtig, wenn:

- a) die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt (Privathaushalt) in einem konkreten Fall das Weisungsrecht ausübt, analog der Arbeitgeberfunktion eines Arbeitgebers; denkbar sind auch Einsätze von Personal in Spitälern und Heimen, wo in der Regel auch das Weisungsrecht abgetreten wird.
- b) der Begriff der «Gewerbsmässigkeit» (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht oder ein Jahresumsatz von 100 000 Franken) gegeben ist;
- c) der Privathaushalt, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb bzw. Arbeitgeber bezeichnet werden kann.

Die Tätigkeit ist nicht bewilligungspflichtig, wenn:

- a) die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein Weisungsrecht ausüben kann;
- b) das Pflegerpersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet und nicht nach Weisung der zu pflegenden Person (Patient);
- c) das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (beispielsweise der Abschluss eines detaillierten Pflegevertrages mit genauer Aufgabenbeschreibung).

Allgemeines:

Bewilligungspflichtig sind gemäss AVG Verleihbetriebe, die Einsatzbetrieben gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen. In diesem Zusammenhang stellt sich grundsätzlich die Frage, ob vom Sinn der Bestimmung von Art. 12 Abs. 1 AVG her ein Privathaushalt als Einsatzbetrieb gelten kann. Danach charakterisiert sich das Verleihverhältnis durch die Abtretung des wesentlichen Weisungsrechts vom juristischen Arbeitgeber an den faktischen. Ausschlaggebend ist demnach

die Funktion des Einsatzbetriebes und nicht dessen juristische Form. Da auch Privathaushalte Arbeitgeberfunktionen ausüben können, sind auch sie grundsätzlich als Einsatzbetriebe gemäss Art. 12 AVG zu betrachten.

Sowohl private wie auch öffentliche Betreuungsdienste erbringen im Pflegebereich Dienstleistungen an Dritte und setzen im allgemeinen dafür ausgebildetes Pflegepersonal ein. Dieses bleibt in der Regel unter der Weisungspflicht der Betreuungsdienste bzw. die wesentlichen Weisungsrechte werden nicht an die Patienten abgetreten. Auch das fachlich ausgebildete Pflegepersonal, welches nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet, bleibt in der Regel unter einer allgemeinen Weisungspflicht der Betreuungsorganisation. Dabei muss den Umständen unter welchen die Dienstleistungen erbracht werden, Rechnung getragen werden. In gewissen Fällen handelt es sich um Personalverleihverhältnisse.

Die Frage der Bewilligungspflicht muss im konkreten Fall und nach den besonderen Umständen der vertraglichen Beziehung beurteilt werden. Dies gilt auch für die Hauspflege und Haushilfe. Es muss überdies im Einzelfall abgeklärt werden, ob ein Unternehmen als ganzes oder nur für Teilbereiche der Bewilligungspflicht zu unterstellen ist.

Es ist nicht auszuschliessen, dass Betriebe in diesem Sektor auch vermitteln, d.h. Arbeitssuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführen. Die Tätigkeit ist dann bewilligungspflichtig, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss AVG erfüllt sind.

Speziell: Die Vermittlung und der Verleih nach dem Fürstentum Liechtenstein

Da das Fürstentum Liechtenstein seit dem 7. Juni 2000 über ein Arbeitsvermittlungsgesetz verfügt, dürfen sich Schweizer Betriebe dort grundsätzlich nicht mehr frei als Vermittler oder Verleiher betätigen. Grundsätzlich sind dazu neben liechtensteinischen Betrieben nur noch solche aus dem EWR oder aus Staaten, mit denen das Fürstentum einen Staatsvertrag oder eine Gegenrechtserklärung vereinbart hat, zugelassen, die aber eine liechtensteinische Bewilligung erwerben müssen. Aufgrund eines Niederlassungsvertrages hat die Schweiz mit dem Fürstentum Liechtenstein jedoch in einer Gegenrechtsvereinbarung vereinbart, dass die Schweizer Betriebe sich im Fürstentum mit einer Bewilligung doch als Vermittler und Verleiher betätigen dürfen, nachdem sie folgende Schritte unternommen haben:

1. Ein Betrieb mit Sitz in der Schweiz, welcher sich im Fürstentum Liechtenstein als Vermittler und/oder Verleiher betätigen will, muss sich an das Amt für Volkswirtschaft des Fürstentums Liechtenstein in Vaduz wenden und um eine Bewilligung des Fürstentums ersuchen (Adr.: Amt für Volkswirtschaft, Fachbereich Gewerberecht, 9490 Vaduz).

2. Bei der Gesuchseinreichung muss der liechtensteinischen Behörde eine Bestätigung vorgelegt werden, dass die Firma im Besitz der entsprechenden schweizerischen Bewilligungen (kantonale und eidgenössische) ist, die sie zur Vermittlungs- und/oder Verleihtätigkeit ermächtigen, und dass sie die Bewilligungsvoraussetzungen inkl. Kautionsstellung erfüllt, sowie dass die verantwortliche Person die schweizerische oder liechtensteinische Staatsbürgerschaft besitzt. Diese Bestätigung wird durch das seco-Direktion für Arbeit gebührenfrei ausgestellt.
3. Gestützt darauf wird der Betrieb von der liechtensteinischen Behörde eine Bewilligung erhalten, die ihn zur Ausübung der Tätigkeit im Fürstentum Liechtenstein ermächtigt. Im Falle des Personalverleihs wird in der Bewilligung als Auflage ebenfalls aufgeführt, dass der schweizerische Betrieb die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines im Fürstentum Liechtenstein allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages einhalten muss, falls er Arbeitnehmer in Branchen verleiht, die einem solchen unterstellt sind.

Zu beachten ist dabei:

- Die Bewilligung des Fürstentums Liechtenstein erfasst nur die Ausübung der Tätigkeit von Vermittlern und Verleihern. Falls Ausländer im Fürstentum über schweizerische Vermittler und Verleiher zum Arbeitseinsatz gelangen sollen, gelten für diese nach wie vor die ausländerrechtlichen Regelungen des Fürstentums hinsichtlich Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung.
- Aufgrund des Niederlassungsvertrages können neben Schweizer Bürgern nur Liechtensteiner, nicht aber andere Nationalitäten mit C-Bewilligung als verantwortliche Personen zugelassen werden.
- Allfällige Bewilligungsänderungen (Adresse, verantwortliche Person usw.) müssen den zuständigen Bewilligungsbehörden wie bis anhin umgehend bekanntgegeben werden.
- Nicht erfasst von dieser Regelung sind Schweizer Betriebe, die sich im Ausland inkl. dem Fürstentum Liechtenstein nur unregelmässig (Vermittlung) oder nicht gewerbsmässig (Verleih) betätigen und somit keine eidg. Bewilligung für die Auslandvermittlung oder den Auslandsverleih benötigen, oder die sich nur im Fürstentum Liechtenstein betätigen und pro Jahr dort weniger als 5 Vermittlungen tätigen oder beim Verleih die Grenze zur Gewerbsmässigkeit von 100 000 Franken nicht überschreiten und dadurch nicht der Bewilligungspflicht im Fürstentum Liechtenstein unterstellt sind.

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

Gemeinsame Weisung des BFA und des seco

Aufgrund der Änderungen des EFTA-Abkommens vom 21. Juni 2001 gelten die nachfolgenden Ausführungen auch für EFTA-Bürger (Personen aus Norwegen, Island und Liechtenstein).

Grundsätzlich müssen folgende Fragestellungen unterschieden werden:

1. Die Zulassung von Vermittlungs- und Verleihbetrieben mit Sitz in einem EU/EFTA-Mitgliedsstaat

Im Freizügigkeitsabkommen ist auch eine Teilliberalisierung des Dienstleistungsverkehrs vorgesehen. Die Arbeitsvermittlung und der Personalverleih wurden jedoch explizit ausgeschlossen (Art. 22 Abs. 3, Anhang I). Somit werden sich Vermittlungs- und Verleihbetriebe aus der EU/EFTA grundsätzlich in der Schweiz wie bisher nicht frei betätigen dürfen. Der Personalverleih aus dem Ausland bleibt damit gemäss Art. 12 Abs. 2 AVG weiterhin ausgeschlossen.

Ausnahmen: Vermittler nur, wenn sie sich nicht regelmässig und gegen Entgelt betätigen, Verleiher nur im Rahmen der Ausnahme nach Art. 30 AVV.

Wichtig:

Adressaten von Art. 22 Abs. 3 des Anhang I sind jedoch nur die Vermittlungs- und Verleihbetriebe im EU/EFTA-Raum, die Arbeitskräfte in die Schweiz vermitteln oder verleihen wollen. EU-Bürgern/innen kann gestützt darauf – auch für die erstmalige Zulassung zum Arbeitsmarkt – nicht die Zulassung auf den inländischen Arbeitsmarkt, d.h. die Anstellung bei einem in der Schweiz ansässigen Verleiher verwehrt werden! Deren Zulassung richtet sich nach den nachfolgenden Ausführungen.

2. Die Zulassung von EU/EFTA-Bürgern/innen als Arbeitnehmer/innen für einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb

Grundsätzliches

Mit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU über die

Personenfreizügigkeit dürfen EU-Arbeitnehmer/innen gegenüber Schweizer Arbeitnehmer/innen vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen (Art. 10 Abkommen) hinsichtlich der Lebens-, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht diskriminiert werden. Ab dem Inkrafttreten des Abkommens dürfen deshalb gemäss den folgenden Bestimmungen EU-Bürger/innen angestellt werden:

- a) In den ersten 2 Jahren nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens haben EU-Arbeitnehmer/innen Anspruch auf Zulassung auf den schweizerischen Arbeitsmarkt unter dem Vorbehalt des Inländer vorrangs und der Kontrolle der orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen, in den ersten 5 Jahren zudem unter der Voraussetzung dem Vorbehalt der Kontingentierung. Ferner besteht von Anfang an ein Anspruch auf berufliche und geographische Mobilität für Daueraufenthalter (B). Für Grenzgänger ist sie auf die gesamten Grenzzonen der Schweiz und für Kurzaufenthalter auf 364 Tage beschränkt.
- b) Ab dem sechsten Vertragsjahr besteht die Freizügigkeit bei Arbeitsnachweis, die Schweiz hat jedoch die Möglichkeit, in den folgenden sieben Jahren einseitig Begrenzungsmassnahmen bei massiver Einwanderung wieder einzuführen (Art. 10 Abkommen).
- c) Regelung nach Ablauf der Übergangsfrist: Freizügigkeit bei Arbeitsnachweis. Vollumfängliche berufliche und geographische Mobilität.

3. Auswirkung des Abkommens in Bezug auf Vermittlungs- und Verleihbetriebe

- a) Bei EU-Bürger/innen, die sich im Zeitpunkt des Inkrafttretens der bilateralen Abkommen bereits in der Schweiz aufhalten und somit bereits im Besitz einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung sind:**

Während der Übergangsfrist von fünf Jahren

- Personen mit Daueraufenthaltstitel (Niederlassungsbewilligung C-EG/EFTA oder fünfjährige Aufenthaltswilligung B-EG/EFTA, letztere wird in der Regel bei überjährigen oder unbefristeten Arbeitsverträgen erteilt) sind für eine Anstellung und damit auch für den Verleih frei zugänglich.
- Bei Personen mit Kurzaufenthaltswilligungen (L-EG/EFTA)(unterjährige Bewilligungen) ist nur während maximal 364 Tagen ab Bewilligungserteilung eine Anstellung möglich. Solche Personen sind also nur für diese Zeit für den Verleih zugänglich. Nach Ablauf der Bewilligung muss diese erneuert werden.
- Im Falle von verantwortlichen Leitern/innen sollte zudem grundsätzlich ein unbefristetes oder mindestens langfristiges Arbeitsverhältnis vorausgesetzt werden, damit ein fachgerechtes Funktionieren des Betriebs im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Bst. b AVG gewährleistet werden

kann. Somit können Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung (unterjähriger Bewilligung) nicht als verantwortliche Leiter angestellt werden.

- Die berufliche und geographische Mobilität wird Grenzgängern/innen neu innerhalb der gesamten schweizerischen Grenzzonen gewährt. Innerhalb dieser Grenzen sind sie demnach dem Verleih frei zugänglich. Für Grenzgänger/innen, die als verantwortliche Leiter/innen angestellt werden sollen, ist ebenfalls eine Dauerbewilligung erforderlich, damit ein fachgerechtes Funktionieren des Betriebs gewährleistet werden kann.

b) Zulassung von neu zuziehenden EU/EFTA-Ausländer/innen, die erst noch um eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung ersuchen müssen:

Nach Art. 4 des Abkommens haben Arbeitnehmer/innen aus dem EU/EFTA-Raum Anspruch auf eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Vorbehalten bleiben nach Art. 10 des Abkommens sowie des Anhang I einzig die drei Bedingungen für die Übergangsperiode. Während der ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens ist eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung infolge der Kontingentierung weiterhin erforderlich. Auch nach 5 Jahren wird weiterhin eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA ausgestellt werden, der Aufenthalt ist jedoch nicht mehr bewilligungspflichtig. In den ersten zwei Jahren müssen vor der Bewilligungserteilung auch der Inländer vorrang geprüft werden und die Einhaltung der orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen erfüllt sein.

c) Bedeutung des Abkommens für Art. 21 AVG

Nach Art. 21 AVG darf ein Verleiher in der Schweiz nur Ausländer anstellen, welche zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind.

Aufgrund des Abkommens besteht für EU-Arbeitnehmer/innen unter der Voraussetzung, dass kein inländischer Arbeitnehmer zur Verfügung steht, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden und dass ein Kontingent vorhanden ist, ein Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, auch im Verleih. Damit erfüllen sie die Voraussetzung der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und zum Berufs- und Stellenwechsel nach Art. 21 AVG.

Damit diese drei Bedingungen im Falle eines Einsatzes überhaupt geprüft werden können, ist das Gesuch für eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung durch den Verleiher als Arbeitgeber einzureichen. Damit der Inländer vorrang und die Einhaltung der orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen geprüft werden können, muss in diesem Zeitpunkt der Einsatzbetrieb bereits bekannt sein. Nach der Erteilung der Bewilligung sind EU-Arbeitnehmer/innen im Rahmen derselben zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt (Daueraufenthalter bis 5 Jahre, Kurzaufent-

halter bis 364 Tage, Grenzgänger innerhalb der gesamten Grenzzonen der Schweiz).

4. Die Auswirkung des Abkommens auf EU/EFTA-Bürger/innen, die in der Schweiz einen Vermittlungs- oder Verleihbetrieb gründen wollen

Auch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit unterliegt der Zulassungsbeschränkung von Art. 10 des Abkommens (Vorbehalt des Inländer vorrangs und der Kontingentierung; der Inländer vorrang wird bei selbständig Erwerbstätigen analog interpretiert). Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, haben sie Anspruch auf berufliche und geographische Mobilität. Sie können demnach auch einen Vermittlungs- und Verleihbetrieb gründen. Der Nationalitätsvorbehalt in Art. 3 Abs. 2 lit. a AVG muss gegenüber EU/EFTA-Staatsangehörigen aufgehoben werden.

Grenzgänger erhalten dabei, falls sie die Vorbehalte des Inländer vorrangs und der Kontingentierung erfüllen, vorab eine Sonderbescheinigung Grenzgängerbewilligung EG/EFTA für die Einrichtungszeit von sechs Monaten zur Ausübung ihrer selbständigen Tätigkeit, welche um maximal zwei Monate verlängert werden kann. Falls er im Anschluss an die Einrichtungszeit der zuständigen Arbeitsmarktbehörde (je nach Kanton kann das auch die Frepo sein) nachweisen kann, dass er seine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, erhält er eine Sonderbescheinigung Grenzgängerbewilligung EG/EFTA mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren (Art. 32 Abs. 2 Anhang I des Abkommens).

Sofern solche Personen der zuständigen Arbeitsmarktbehörde nachweisen können, dass sie sich zum Zweck der selbständigen Tätigkeit niedergelassen haben oder sich niederlassen wollen, erhalten sie eine Aufenthaltserlaubnis (Aufenthaltsbewilligung B-EG/EFTA) mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren (Art. 12 Abs. 1 Anhang I des Abkommens). Damit sie diesen Nachweis in Bezug auf eine selbständige 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 ein Inländer die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, insbesondere die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 oder 13 Abs. 2 AVG. Damit sie für eine fachgerechte Vermittlung oder einen fachgerechten Verleih Gewähr bieten können, müssen insbesondere auch die Voraussetzungen von Art. 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 Selbständigerwerbenden sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese nach der Praxis zu Art. 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.

5. Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen

Vor der Erteilung einer Arbeitsbewilligung für Personen aus der EU oder der EFTA, die von einem Verleiher angestellt und zum Einsatz gebracht werden sollen, haben die kantonalen Arbeitsmarktbehörden die Einhaltung der orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen und insbesondere auch den Inländer vorrang zu prüfen. Dadurch kann sichergestellt werden, dass diese Personen korrekt angestellt sind, insbesondere was die Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen angeht. In diesem Zusammenhang ist ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Personen zwingend bei der SUVA obligatorisch gegen Unfall zu versichern sind. Diese Vorgabe ergibt sich aus Art. 66 Abs. 1 Bst. o des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) in Verbindung mit Art. 85 der dazugehörigen Verordnung (UVV) für Temporär- und Leiharbeitsbetriebe für alle ihre Arbeitnehmer (d.h. sowohl für die im Betrieb arbeitenden wie für die verliehenen!).

Vorbemerkung

Seit der Revision des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) von 1995 wird die öffentliche Arbeitsvermittlung im Gegensatz zu früher vermehrt über das AVIG im Rahmen der Aufgaben der Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) geregelt. Die früheren Gemeindearbeitsämter wurden im Rahmen dieser Revision durch die RAV abgelöst und die Arbeiten der öffentlichen Arbeitsvermittlung somit wesentlich ausgebaut und professionalisiert. Damit die Rolle der öffentlichen Arbeitsvermittlung heute richtig interpretiert werden kann, müssen AVG und AVIG somit noch öfter als früher parallel konsultiert werden. Die nun folgenden Erläuterungen zu den AVG-Artikeln über die öffentliche Arbeitsvermittlung können deshalb die Aufgaben der öffentlichen Arbeitsvermittlung nur unvollständig wiedergeben, eine Konsultation des AVIG wird immer nötig bleiben.

Art. 24 AVG Aufgaben (Art. 51, 52 AVV)

A Erfassen von Stellensuchenden und offenen Stellen (Art. 51 AVV)

Die Verordnung regelt nur die Erfassung von Stellensuchenden und offenen Stellen.

Den Kantonen ist es freigestellt, gestützt auf die kantonale Gesetzgebung eine Meldepflicht der Arbeitgeber für offene Stellen einzuführen oder beizubehalten.

B Vermittlungstätigkeit/Beratung von Stellensuchenden (Art. 52 AVV)

Die RAV dürfen keinen Personalverleih betreiben.

Aufgrund des Vermittlungsauftrages ist aber grundsätzlich jede Vermittlung von Stellensuchenden möglich, d.h. auch die Vermittlung von kurzen Arbeitseinsätzen, ebenso wie die Vermittlung von Teilzeitstellen. Bei arbeitslosen Personen muss dabei das Institut des Zwischenverdienstes beachtet werden. Bei der Vermittlung ist jedoch folgendes zu beachten:

1. Die vermittelten Personen sind darauf hinzuweisen, dass:
 - a) der neue Arbeitgeber sie korrekt nach Obligationenrecht anzustellen hat;
 - b) der neue Arbeitgeber allfällige GAV- oder NAV-Bestimmungen einhalten muss (insbesondere die Mindestlohnbestimmungen; bei arbeitslosen Personen darf das Institut des Zwischenverdienstes also nicht dazu missbraucht werden, dass der vermittelten Person ein Lohn unterhalb dem Mindestlohn bezahlt wird).
2. Vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) vermittelte Personen dürfen keine Spezialbehandlung erfahren. So müssen auch vom RAV vermittelte arbeitslose Personen im Zwischenverdienst ihren in Art. 22 AVIV festgelegten Kontrollpflichten nachkommen.

Werden Eignungs- und Neigungsabklärungen für Weiterbildungs- oder Umschulungsmassnahmen vorgenommen, so sollen diese von Fachleuten durchgeführt werden, die in der Beratung von Arbeitslosen Erfahrung haben. Da der Kontakt dieser Arbeitsberater zu den Arbeitsmarktbehörden eine sehr wichtige Rolle spielt, ist eine Institutionalisierung dieser Zusammenarbeit anzustreben.

Art. 25 AVG Auslandvermittlung

A Schweizerische Rückwanderer

Kontaktstelle für rückwanderungswillige Auslandschweizer ist das Bundesamt für Ausländerfragen (BFA), Sektion Auswanderung und Stagiaires, Quellenweg 9, 3003 Bern-Wabern, welches die Interessenten mit entsprechenden Unterlagen dokumentiert. Das BFA nimmt die Personalien für das Verzeichnis «Stellensuchende Auslandschweizer», das auch schweizerischen Arbeitgebern zugänglich ist, sowie für das Informationssystem AVAM auf und überweist die Fälle zur normalen Vermittlung den zuständigen kantonalen Amtsstellen. Die Suche nach Auslandstellen wird unterstützt durch das Bulletin «Arbeit im Ausland».

B Stagiaires

Die schweizerische Kommission für den Austausch von Stagiaires hat ihr Sekretariat beim BFA. Sie ist für die Vermittlung und die Information von schweizerischen und ausländischen Stagiaires verantwortlich und vollzieht die entsprechenden Staatsverträge.

Art. 26 AVG Vermittlungspflicht und Unparteilichkeit

A Schweizerische Arbeitgeber

Firmen mit Sitz in der Schweiz können beim RAV offene Stellen für Auslandeinsätze melden und sich für Auslandeinsätze Stellensuchende vermitteln lassen.

B Vermittlungspflicht

Die Vermittlungspflicht des RAV im Sinne des AVG beinhaltet lediglich eine Pflicht zum Tätigwerden. Der Stellensuchende hat keinen Anspruch auf einen Vermittlungserfolg und somit auch kein Recht auf eine Entschädigung, wenn die Vermittlungstätigkeit des RAV nicht zum Ziel führt.

C Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung

Grundsätzlich darf sich die öffentliche Arbeitsvermittlung nicht nur auf die Vermittlung von Arbeitslosen beschränken. Vielmehr steht sie als öffentliche Dienstleistung beratend allen schweizerischen Stellensuchenden und unter gewissen Voraussetzungen auch den ausländischen Stellensuchenden zur Verfügung. Dies ist aufgrund des IAO-Übereinkommens Nr. 88 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung im Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) auch so vorgesehen worden. Die Vermittlung von Arbeitslosen bleibt jedoch die Hauptaufgabe der öffentlichen Arbeitsvermittlung.

Damit in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit die Gefahr der administrativen Überlastung der RAV begegnet werden kann, wird empfohlen, den Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung nach den nachfolgenden Kriterien zu regeln. Insbesondere im Zusammenhang mit der interinstitutionellen Zusammenarbeit sind auch andere Lösungen denkbar. Der Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung kann nicht mit der Berechtigung auf Arbeitslosenentschädigung gleichgesetzt werden. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist jedoch bei den ausländischen Stellensuchenden unter Umständen (s. Ziff. 2.1.2 und 2.2) die Voraussetzung für einen solchen Zugang.

1. Grundsatz

Grundsätzlich haben alle Stellensuchenden Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung, die Intensität der Vermittlungs- und Beratungsbemühungen sollte sich aber insbesondere auch nach der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung gemäss AVIG richten.

- a) Angesichts des Versicherungsprinzips hat die öffentliche Arbeitsvermittlung mit dem Ziel der Schadensminimierung ihre Betreuungstätigkeit in erster Linie auf Personen auszurichten, die:
 - im erwerbsfähigen Alter stehen (d.h. im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. c AVIG die obligatorische Schulzeit zurückgelegt haben und weder das Rentenalter der AHV erreicht haben noch eine Altersrente der AHV beziehen);
 - arbeitslos oder von Arbeitslosigkeit bedroht sind und
 - die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 ff AVIG erfüllen.
- b) Dem oben erwähnten Grundsatz entsprechend soll die öffentliche Arbeitsvermittlung auch Personen im erwerbsfähigen Alter eine angemessene Beratung zukommen lassen,
 - die noch nicht (z.B. wegen fehlender Beitragszeit) oder
 - nicht mehr (z.B. Ausgesteuerte) bezugsberechtigt im Sinne des AVIG sind.
- c) Schliesslich haben auch schulpflichtige Jugendliche oder Rentner Anspruch auf Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung, wobei die Betreuung hier auf ein sinnvolles Mass beschränkt werden sollte.
 - Sofern es sich um die Suche nach einer Lehrstelle handelt, sollte den schulpflichtigen Jugendlichen in Zeiten grossen Lehrstellenmangels jedoch besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

2. Spezialfälle

a) Ausländische Stellensuchende

Bezüglich des Zugangs der ausländischen Stellensuchenden zu arbeitsmarktlichen Massnahmen wird grundsätzlich auf das Kapitel I, Teil B, des Kreisschreibens über die arbeitsmarktlichen Massnahmen, gültig ab 1. Januar 2000, überarbeitet auf 1. Januar 2001, verwiesen.

b) Ausländer mit Niederlassungs- und Jahresbewilligungen

Gemäss Art. 26 Abs. 2 AVG haben ausländische Stellensuchende nur Anspruch auf Vermittlung und Beratung, sofern sie zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind. Von diesem Bewilligungsvorbehalt sind die niedergelassenen Ausländer ausgenommen. Sie haben somit einen vorbehaltlosen Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung.

Im Falle von Ausländern mit Jahresbewilligungen ist in der Regel davon auszugehen, dass sie für die bewilligte Aufenthaltsdauer mit einer Bewilligung zum Stellen- und Berufswechsel rechnen können. Diese Kategorien von Ausländern haben deshalb im Sinne des obgenannten Grundsatzes ebenfalls Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung.

Differenzierter betrachtet werden müssen jedoch Jahresaufenthalter, denen die Bewilligung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Bst. b BVO nur für eine befristete bzw. bestimmte Tätigkeit erteilt worden ist (s. Pt. 2c nachfolgend).

c) Ausländer mit Kurzaufenthaltsbewilligung

Bei diesen Ausländern werden die Arbeitsbewilligungen grundsätzlich nur für eine bestimmte Arbeitsstelle erteilt und erlöschen bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 29 Abs. 1 und 4 Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, BVO). Zu diesen Aufenthaltskategorien sind auch hier die Jahresaufenthalter, denen die Bewilligung nur für eine bestimmte Tätigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Bst. b BVO erteilt worden ist, zu zählen.

Sind Ausländer dieser Aufenthaltskategorien arbeitslos geworden, verfügen sie in der Regel über keine Arbeitsbewilligung mehr und haben auch keinen Anspruch auf deren Erneuerung. Somit sind sie eigentlich nicht zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt, so dass keine Vermittlungspflicht im Sinne von Art. 26 Abs. 2 AVG bestehen würde.

Aus Billigkeitsgründen wird bei unverschuldetem Stellenverlust die Arbeitsbewilligung jedoch oft bis zum Ablauf der ursprünglich erteilten Aufenthaltsbewilligung erneuert sowie der Stellenwechsel ermöglicht.

Nach der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes muss ein arbeitsloser Ausländer zudem schon dann als vermittlungsfähig im Sinne des AVIG betrachtet werden, wenn er damit rechnen kann, dass ihm eine Arbeitsbewilligung erteilt wird, falls er eine Stelle findet. Diese Frage hat die kantonale Amtsstelle gemäss AVIG – allenfalls gestützt auf eine Stellungnahme der kantonalen Arbeitsmarktbehörde – vorfrageweise zu entscheiden. Dies gilt analog auch bei der Beurteilung der Vermittlungspflicht gemäss AVG.

Fazit:

Ausländer dieser Aufenthaltskategorien haben nur Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung, falls sie arbeitslos werden und die Anspruchsvoraussetzungen nach AVIG erfüllen, insbesondere müssen sie im Rahmen der Prüfung der Vermittlungsfähigkeit mit einer Arbeitsbewilligung rechnen können und die Beitragszeit erfüllen. Der Anspruch gilt längstens für die Dauer der ursprünglich erteilten Aufenthaltsbewilligung. Die andern Ausländer dieser Aufenthaltskategorien haben dagegen keinen Anspruch auf Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung.

d) Ausländer mit einer Grenzgängerbewilligung

Im Falle der Grenzgänger ist darauf hinzuweisen, dass diese ihre Taggeldansprüche gegenü-

ber ihrem Wohnsitzstaat geltend machen müssen und auch dort der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stehen haben. Die Kantone können jedoch gemäss der bundesrätlichen Botschaft zum AVG (S. 66) selbst bestimmen, ob sie den Grenzgängern auch einen Anspruch auf Vermittlung einräumen wollen. Dabei ist bei den langjährigen Grenzgängern Art. 29 Abs. 4bis BVO in Betracht zu ziehen, wonach ein Stellen-, Berufs- und Kantonswechsel nur verweigert werden darf, wenn dies schwere Störungen des Arbeitsmarktes erfordern.

e) Asylsuchende

Diese Personengruppe kann aufgrund von Art. 21 des Asylgesetzes (AsylG) in den ersten drei Monaten nach Einreichung des Asylgesuches keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Dieses Arbeitsverbot kann durch den Kanton für weitere drei Monate verlängert werden, sofern innerhalb der ersten drei Monate bereits ein erstinstanzlicher Entscheid vorliegt. Während der Dauer eines Arbeitsverbotes hat der Asylsuchende aufgrund der fehlenden Berechtigung zur Erwerbstätigkeit keinen Anspruch auf Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung.

Nach dem Wegfall des Arbeitsverbotes muss berücksichtigt werden, dass die Kantone die Möglichkeit haben, die Arbeitsbewilligung für Asylsuchende zu befristen und auf bestimmte Branchen einzuschränken. Ein genereller Ausschluss von Asylsuchenden vom Arbeitsmarkt wäre indessen rechtswidrig. In den von den kantonalen Arbeitsmarktbehörden bestimmten Branchen wären arbeitssuchende Asylsuchende zwar grundsätzlich zur Erwerbstätigkeit, jedoch in der Regel nicht zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt. Damit haben sie strenggenommen im Sinne von Art. 26 Abs. 2 AVG noch keinen Anspruch auf Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung. Diese Bestimmung macht jedoch in diesem Zusammenhang wenig Sinn. Will ein Kanton Asylsuchende für bestimmte Branchen jeweils zeitlich befristet zur Arbeit zulassen, sollten sie auch beraten und vermittelt werden können.

Asylsuchende, die Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben (s. Weisungen des BIGA vom 6. Juni 1997 über die Anspruchsberechtigung von Asylbewerbern auf Arbeitslosenentschädigung), sind ebenfalls im Sinne des Schadenminimierungsgebots zur öffentlichen Arbeitsvermittlung zuzulassen.

f) Behinderte Stellensuchende

Ist ein Behinderter nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat er sich bei der IV oder bei einer anderen Versicherung (UV, KV, MV usw.) angemeldet, so gilt er bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig. Es muss ihm somit die öffentliche Arbeitsvermittlung offenstehen. Dies ist erst recht der Fall bei einem Behinderten, der trotz des Bezugs einer Rente vor seiner Arbeitslosigkeit eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und diese nicht

wegen seiner Behinderung verloren hat.

g) Vermittlungsverbot

Einen Hinweis auf die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen können Gesamtarbeitsverträge geben. Ein geringfügiges Unterschreiten der GAV-Löhne stellt für sich alleine noch nicht eine erhebliche Unterschreitung der orts- und berufsüblichen Löhne im Sinne von Art. 26 Abs. 3 lit. A AVG dar, trotzdem ist eine Vermittlung durch das RAV aufgrund von Art. 16 Abs. 2 Bst. a AVIG wegen Unzumutbarkeit nicht möglich.

h) Nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EG

Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens dürfen EU-Arbeitnehmer/innen gegenüber Schweizer Arbeitnehmer/innen hinsichtlich der Lebens-, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht diskriminiert werden. Deshalb haben EU-Bürger/innen künftig gleich wie Schweizer/innen Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung.

- Damit müssen einerseits EU-Stellensuchende erfasst und beraten werden, die sich zwecks Stellensuche in der Schweiz aufhalten und Leistungen einer ausländischen Arbeitslosenversicherung beziehen. Ebenso müssen diejenigen Stellensuchenden betreut werden, die keinen Anspruch auf Leistungen einer Arbeitslosenversicherung haben, sich aber trotzdem zwecks Stellensuche in der Schweiz aufhalten und sich bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung melden können.
- Andererseits haben EU-Arbeitnehmer/innen, die sich bereits in der Schweiz aufhalten, unter den gleichen Bedingungen Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung wie Schweizer/innen.

Art. 28 AVG Besondere Massnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit

Art. 28 enthält einen Leistungsauftrag, der im Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) konkretisiert ist. Die Bestimmung bildet keine selbständige Subventionsgrundlage und entfaltet, sofern es um die Durchführung von arbeitsmarktlichen Massnahmen geht, keine eigenständige Bedeutung neben dem AVIG.

Für die Unterstützung gelten die Kriterien des AVIG. Die «besonderen Massnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit» können sich nur auf diejenigen Personen beziehen, die auf dem Arbeitsmarkt wieder eingliederbar sind. Die Unmöglichkeit der Vermittlung darf nur vorübergehend bestehen, muss durch die besonderen Massnahmen behebbar sein und ihre Ursache im individuellen Qualifikationsprofil und/oder in der Situation auf dem Arbeitsmarkt haben.

In Art. 28 AVG wird zwischen Stellensuchenden und Arbeitslosen unterschieden. Damit wird jedoch der Kreis der möglichen Begünstigungen gemäss AVIG nicht beeinflusst.

Art. 29 AVG Meldepflicht der Arbeitgeber bei Entlassungen und Betriebsschliessungen

Als Betrieb gilt eine Arbeitsstätte, die eine örtliche Einheit bildet.

Eine Betriebsschliessung liegt vor, wenn

- ein Unternehmen freiwillig oder wegen Konkurs aufgelöst wird;
- ein Unternehmen oder ein Betrieb ins Ausland oder in einen anderen, entfernteren Kanton verlegt wird;
- bei einer Verlegung des Unternehmens oder des Betriebes innerhalb eines Kantons die im Unternehmen verbleibenden Arbeitnehmer gezwungenermassen einen Wohnsitzwechsel vornehmen müssen;
- ein Unternehmen, das verschiedene Gütergruppen und/oder Dienstleistungen produziert, einen entsprechenden Betriebsteil davon gänzlich auflöst.

Betriebsschliessungen müssen nicht zwangsläufig zu Entlassungen und Kündigungen führen. Die betroffenen Arbeitnehmer können in einen anderen Produktionsbereich integriert werden oder bei Betriebsverlegungen an den neuen Arbeitsort umziehen.

Für die zuständigen Amtsstellen ist auch die Erfassung der Zahl der von solchen betrieblichen Massnahmen betroffenen Arbeitnehmer wichtig, weshalb auch solche Ereignisse meldepflichtig sind. Eine Meldepflicht besteht grundsätzlich, wenn die Entlassungen oder eine Betriebsschliessung mindestens zehn Arbeitnehmer betreffen (Art. 53 Abs. 1 AVV). Falls die Voraussetzungen erfüllt sind, können die Kantone die Meldepflicht ausdehnen auf Fälle, die mindestens sechs Arbeitnehmer betreffen (Art. 53 Abs. 2 AVV). Im Gegensatz zu früher ist für diesen Schritt keine Einwilligung des Bundes mehr nötig.

Art. 33 AVG Zusammenarbeit (ART. 56 AVV)

Im Interesse einer funktionierenden öffentlichen Arbeitsvermittlung werden die Arbeitsmarktbehörden dazu angehalten, zusammenzuarbeiten. Sie müssen ihre Arbeiten dabei mit allen andern 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 Sinne von Art. 56 Abs. 3 AVV kommt dem Bund dabei die Oberaufsicht zu.

Die Zusammenarbeit mit den privaten Arbeitsvermittlern findet ihre Grundlage neben dem AVIG (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und 85b Abs. 2) auch in Art. 33 Abs. 2 AVG. An der daraus her vorgegangen Arbeitsgruppe und den ausgearbeiteten Regelungen wird weiterhin festgehalten (Kreisschreiben vom 2. Juli 1998, Vereinbarung zwischen BIGA (heute seco) und SVUTA sowie VPS (heute beide VPDS vom 15. Januar 1997).

Datenschutz 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. 4 Abs. 1 DSG)
- Bearbeitung nach Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG)
- Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG)
- Zweckbindungsgebot (Art. 4 Abs. 3 DSG). Dieses Gebot besagt, dass Daten nur zum bei der Beschaffung angegebenen Zweck bearbeitet werden dürfen.
- Richtigkeit der Daten (Art. 5 DSG)
- Datensicherheit (Art. 7 DSG. Wer Daten bearbeitet, muss diese mit geeigneten und angemessenen technischen und organisatorischen Mitteln gegen Eingriffe unbefugter Dritter schützen)
- Auskunftsrecht (Art. 8 DSG)

Auf den 1. Januar 2001 wurden AVG und AVV aufgrund der Erfordernisse des Datenschutzgesetzes (DSG) revidiert und die Datenschutzbestimmungen in beiden Erlassen ausgebaut resp. Bestimmungen, die sich vorher nur in der Verordnung fanden, auf Gesetzesstufe heraufgehoben. Nachfolgend wird auf diese geänderten Bestimmungen näher eingegangen.

Die Ausführungen ersetzen damit auch die datenschutzrechtlichen Weisung 2000/01 vom 17. März 2000 betreffend den Vollzug des AVIG und des AVG mittels der Informationssysteme AVAM/ASAL.

Art. 33a AVG Bearbeiten von Personendaten

A Allgemeines

Dieser Artikel ermöglicht den mit der Durchführung sowie mit der Kontrolle oder Beaufsichtigung der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organe, dass sie zur Erfüllung der ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben notwendigen 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 Art. 3 Bst. e 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 Art. 3 Bst. a DSG sind Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder eine bestimmbar Person beziehen.

Bei den Organen, die befugt sind, Personendaten zu bearbeiten, handelt es sich um jene, die im Gesetz bezeichnet sind. Es kann sich um Bundes- wie um kantonale Organe handeln. Sofern eine kantonale Stelle Bundesrecht vollzieht, hat sie aufgrund von Art. 37 DSG grundsätzlich die in diesem Gesetz enthaltenen Datenschutzbestimmungen ebenfalls einzuhalten.

In Art. 33a Abs. 1 AVG wird präzisiert, dass die zuständige Behörde Personendaten nicht nur bearbeiten, sondern auch bearbeiten lassen kann. Aufgrund von Art. 16 Abs. 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.

B Besonders schützenswerte Personendaten

Nach Art. 3 Bst. c DSG sind besonders schützenswerte Personendaten Daten über:

- die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten;

- die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit;
- Massnahmen der sozialen Hilfe;
- administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen.

Besonders schützenswerte Personendaten dürfen grundsätzlich nach Art. 17 Abs. 2 DSG nur bearbeitet werden, wenn ein formelles Gesetz dies ausdrücklich vorsieht.

Art. 33a Abs. 2 AVG erlaubt für den Bereich der öffentlichen Arbeitsvermittlung die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten nur über:

- a. die Gesundheit und die Religionszugehörigkeit der Stellensuchenden, wenn diese Daten für die Vermittlung erforderlich sind;
- b. Massnahmen, die im Rahmen des Vollzugs des AVIG verfügt werden oder vorgesehen sind, wenn diese Daten eine direkte Auswirkung auf die Leistung der Arbeitslosenversicherung haben.

C Der Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten

Im Sinne von 33a Abs. 2 und 35 Abs. 2 AVG sowie Art. 3 Bst. c und 17ff DSG dürfen grundsätzlich in den schriftlichen Dossiers, der ASAL-Pendenzverwaltung und dem AVAM folgende besonders schützenswerten Personendaten eingetragen werden:

Daten über:

- Einschränkungen (z.B. bezüglich Bekleidung, Kontakt mit Lebensmitteln, Arbeitszeit) aufgrund der Religion einer stellensuchenden Person;
- Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit (z.B. bezüglich Tragen von Lasten, Kontakt zu Werkstoffen) aufgrund des Gesundheitszustandes einer stellensuchenden Person. Der Eintrag der entsprechenden Krankheit ist unter der erwähnten Bedingungen zulässig;
- Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit einer stellensuchenden Frau wegen Schwangerschaft;
- Massnahmen im Rahmen des AVG und des AVIG, falls diese Daten eine direkte Auswirkung auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung haben.

Unter Einhaltung folgender Bedingungen:

1. Die Information ist im Einzelfall für den Vollzug des AVIG und/oder des AVG unbedingt erforderlich (Zweckbindungsgebot). Dies bedeutet, dass die Information für eine erfolgreiche Vermittlung der stellensuchenden Person (vgl. Beispiele) oder für die Beurteilung eines arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sachverhaltes (z.B. Anspruchsberechtigung, Vermittlungsfähigkeit, Arbeitsbemühungen, Sanktionstatbestände) notwendig ist.
2. Die festgehaltene Information muss in jedem Fall entweder schriftlich belegt sein oder durch die betroffene stellensuchende Person mitgeteilt worden sein.

Art. 34 AVG Schweigepflicht

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, Arbeitgeber und offene Stellen gegenüber Dritten geheimhalten müssen.

Das Prinzip der Geheimhaltung findet in der Vermittlungstätigkeit seine Grenzen. Keine Geheimhaltungspflicht besteht gegenüber Fachspezialisten, welche das Arbeitsamt zur Vermittlung beizieht (Bsp.: Vertrauensarzt). Diese Personen, die von den Arbeitsmarktbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben beigezogen werden, unterstehen aber ihrerseits der Schweigepflicht (im Sinne 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 Arbeitsvermittler, 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 Art. 125 AVIV festgehalten. Für die kantonalen Amtsstellen und die RAV gelten sie sinngemäss.

Art. 34a AVG Datenbekanntgabe (Art. 57 u. 57a AVV)

A Allgemeines

Es werden grundsätzlich folgende vier Arten der Datenbekanntgabe vorgesehen:

Nach Abs. 1 im Einzelfall und auf schriftliches und begründetes Gesuch hin, sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, an folgende Behörden:

- 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 (also nicht bei einer Übertretung, die werden übrigens nur mit Busse bedroht) nötig ist.

◆ Es sind die Fälle, in denen Daten nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn der Empfänger (sind alle Behörden) ein schriftliches und begründetes Gesuch im Einzelfall gestellt hat.

Nach Abs. 2, sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, an:

- a. andere mit dem Vollzug des AVG betrauten 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 (BStG);
- d. Strafuntersuchungsbehörden, wenn es die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens erfordert.

◆ In diesen Fällen ist die Datenbekanntgabe auch ohne Gesuch und ausserhalb von Einzelfällen möglich. Zur Anwendung gelangt diese Bestimmung vor allem für die Datenbekanntgabe zwischen Vollzugsstellen des AVG (Bst. a) und gegenüber Behörden der Arbeitslosenversicherung (Bst. b). Bst. c ermöglicht die Datenbekanntgabe an die Organe der Bundesstatistik, nach Art. 14 Abs. 2 des BStG sind auch die Vertreter dieser Organe an das Amtsgeheimnis gebunden. Bst. d ermöglicht die Datenbekanntgabe, falls die zuständige Person bei der Erfüllung ihrer Aufgabe erfährt, dass ein Verbrechen begangen wurde oder in Vorbereitung steht. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine Anzeige und die damit verbundene Datenbekanntgabe möglich ist, falls gegen Strafbestimmungen des AVG (welche nur Übertretungen sind) verstossen werden.

Nach Abs. 3 dürfen Daten, die von allgemeinem Interesse sind und sich auf die Anwendung des AVG beziehen, veröffentlicht werden, wenn die Anonymität der Stellensuchenden und Arbeitgeber gewahrt ist.

- ◆ Mit dieser Bestimmung wird an Fälle gedacht, wo Anwendungsergebnisse des Gesetzes veröffentlicht werden.

Nach Abs. 4 in allen übrigen Fällen, wobei die Bekanntgabe wie folgt erfolgen darf

- a. nicht personenbezogene Daten, falls die Bekanntgabe einem über wiegenden 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 nicht personenbezogene Daten nach Bst. a anbelangt (die grundsätzlich ebenfalls unter die Schweigepflicht fallen), so liegt es am bekanntgebenden Organ, zu bestimmen, ob deren Bekanntgabe einem schutzwürdigen Interesse entspricht.
 - ◆ Bst. b regelt alle die Fälle, wo die Bekanntgabe von Personendaten an einen Dritten 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 Vermittler oder Verleiher weitergeben. Mit Art. 57 AVV wird im Sinne der Ausnahmefälle, in denen die Einholung einer Bewilligung nicht möglich ist und vorausgesetzt werden darf, dass die Arbeitsmarktbahörden von Arbeitgebern gemeldete offene Stellen den Stellensuchenden bekanntgegeben werden dürfen.

Aufgrund von Abs. 7 dieses Artikels in Verbindung mit Art. 57a AVV ist es möglich, für die Datenbekanntgabe eine Gebühr zu erheben.

B Weitergabe von Daten an ein anderes RAV bzw. eine andere Kasse

Wechselt die Zuständigkeit für eine stellensuchende Person aufgrund eines Wohnortswechsels oder aus anderen Gründen von einem RAV zu einem anderen, muss das bisher zuständige RAV dem neu verantwortlichen RAV eine vollständige Kopie des schriftlichen Dossiers der entsprechenden Person weitergeben. Bei einem Kassenwechsel gilt der gleiche Grundsatz. Diese Weitergabe ist aufgrund von Art. 34a Abs. 2 AVG zulässig.

C Weitergabe an Arbeitgeber und private Arbeitsvermittler

1. Falls die stellensuchende Person ihnen nicht bekannt ist

Ist die stellensuchende Person dem Arbeitgeber noch nicht bekannt, d.h. im Rahmen von Vorselektionsgesprächen zwischen dem Personalberater und dem Arbeitgeber, gelten aufgrund von Art. 34a Abs. 4 Bst. b AVG folgende Regeln:

Den Arbeitgebern dürfen Angaben über eine stellensuchende Person, welche deren Identifizierung erlauben, insbesondere aber deren Namen, nur dann bekanntgegeben werden, wenn diese dazu schriftlich im Einzelfall ihre Zustimmung erteilt hat und der Arbeitgeber über eine offene Stelle verfügt, für welche die betreffende stellensuchende Person in Frage kommt. Liegt keine solche Zustimmung vor, ist die stellensuchende Person auf die offene Stelle zuzuweisen.

2. Falls die stellensuchende Person dem Arbeitgeber bekannt ist

Hat sich eine stellensuchende Person bereits bei einem Arbeitgeber beworben bzw. ist sie auf eine offene Stelle eines Arbeitgebers zugewiesen worden, so gelten folgende Grundsätze:

Nicht besonders schützenswerte Daten einer stellensuchenden Person dürfen dem Arbeitgeber nur weitergegeben werden, wenn die stellensuchende Person im Einzelfall oder generell dazu ihre Zustimmung erteilt hat. Die generelle Zustimmung darf längstens bis zur Abmeldung von der Arbeitsvermittlung dauern. Erteilt die stellensuchende Person ihre Zustimmung bis zur Abmeldung von der Arbeitsvermittlung, ist die schriftliche Form erforderlich.

Besonders schützenswerte Daten dürfen dem Arbeitgeber nur bekanntgegeben werden, wenn die stellensuchende Person im Einzelfall ihre Zustimmung erteilt hat.

D Weitergabe von Daten an die Gemeindearbeitsämter

Den Gemeinden kommen zwar im Rahmen der Betreuung von Arbeitslosen weiterhin wichtige Aufgaben zu (Anmeldung, Durchführung von Programmen zur vorübergehenden Beschäftigung, Ausbezahlung der kantonalen Arbeitslosenhilfe, finanzielle Unterstützung von Ausgesteuerten). Eine Weitergabe von Daten an sie ist jedoch mit der Revision der Datenschutzbestimmungen des AVG nicht mehr vorgesehen. Ihnen dürfen also keine Listen von Bezüglern von

Leistungen der Arbeitslosenversicherung mehr bekanntgegeben werden. Im Sinne von Art. 34a Abs. 3 AVG dürfen ihnen anonymisierte Listen bekanntgegeben werden, die z.B. Auskunft über die Anzahl Aussteuerungen in den nächsten Monaten geben, falls die Anonymität der Stellensuchenden gewahrt bleibt. In kleinen Gemeinden mit wenigen Arbeitslosen wird dies jedoch nicht möglich sein. Diesen dürfen deshalb auch keine anonyme Listen abgegeben werden. «Klein» muss in dem Sinne verstanden werden, dass die Gemeinde sowenige Arbeitslose aufweist, dass aufgrund der anonymisierten Liste Rückschlüsse auf die Einzelpersonen möglich werden.

Art. 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 Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung ableitet.

Nach Art. 34b Abs. 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.

Art. 34b Abs. 2 AVG sieht vor, dass in gewissen Fällen Daten über die Gesundheit nur durch einen Arzt mitgeteilt werden, den die betreffende Person ausgewählt hat. Es gibt heikle Situationen, bei denen sich eine solche Vorsichtsmassnahme aufdrängen kann.

Nach Art. 58 Abs. 1 AVV müssen Stellensuchende und Arbeitgeber orientiert werden über den Zweck der Informationssysteme, die bearbeiteten Daten und deren regelmässige Empfänger und ihre Rechte.

Rechte sind nach Art. 58 Abs. 2 AVV insbesondere über Daten kostenlos, schriftlich und verständlich Auskunft zu erhalten, 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.

Art. 35 AVG Informationssystem

A Allgemein

Mit dem «AVAM» betreibt das seco ein Informationssystem für die Arbeitsvermittlung (gemeint ist primär die öffentliche) und die Arbeitsmarktbeobachtung, mit welchem die gemeldeten Stellensuchenden und offenen Stellen registriert werden.

Abs. 1 nennt den Zweck des Informationssystems. Es dient der Unterstützung der Arbeitsvermittlung, des Vollzugs des AVIG, der Arbeitsmarktbeobachtung und der Zusammenarbeit zwischen den Organen der Arbeitsvermittlung, Arbeitslosenversicherung, Invalidenversicherung und Berufsberatung.

Abs. 2 hält ausdrücklich fest, dass Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten nach Art. 33a Abs. 2 AVG und Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden dürfen.

Abs. 3 nennt die Stellen, welche zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben mittels Abrufverfahren auf das Informationssystem zugreifen dürfen. Es sind dies das seco, das BFA, die kantonalen Arbeitsämter, die Logistikstellen für arbeitsmarktliche Massnahmen, die Arbeitslosenkassen, die Organe der Invalidenversicherung, die Berufsberatungsstellen sowie die schweizerische Zentralstelle für Heimarbeit. Je nach ihrem gesetzlichen Auftrag haben diese Stellen jedoch nur einen begrenzten Zugriff auf das System.

Abs. 4 hält fest, dass sich der Bund an den Kosten beteiligt.

Abs. 5 enthält eine Delegationsnorm, wonach der Bundesrat die Einzelheiten der Bearbeitung besonders regeln muss. Dies geschieht in der Verordnung vom 14. Dezember 1992 über das Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktstatistik (V-AVAM, SR 823.114). Dort müssen geregelt sein:

- die Verantwortung für den Datenschutz;
- die zu erfassenden Daten;
- die Aufbewahrungsfrist;
- der Zugriff auf die Daten, namentlich, welche Benutzer des Informationssystems befugt sind, schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile zu bearbeiten;
- die Organisation und der Betrieb des Informationssystems;
- die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Behörden;
- die Datensicherheit.

Bemerkung:

Die heutige V-AVAM wird diesen Vorgaben noch nicht ganz gerecht und muss überarbeitet werden. Dies wird in Abstimmung mit der Neukonstruktion des Informationssystems geschehen.

B Zulässige Einträge bei Stellensuchenden

In allen Datenfeldern des Informationssystems AVAM dürfen keine anderen als die gemäss den AVAM-Dokumentationen (Benutzerhandbücher, Release-Handbücher, Funktionen-Handbücher) vorgesehenen Einträge gemacht werden. Dabei müssen insbesondere die zu Art. 33a AVG erwähnten Grundsätze beachtet werden.

Es ist insbesondere untersagt, Eingabefelder mit anderen als den vorgesehenen Inhalten zu belegen.

Im AVAM-Freitextfeld «Text» (Text für spezifische und berufliche Kenntnisse, Funktion 2, Masken A0.M321E/A0.M322I) dürfen in keinem Fall besonders schützenswerte Personendaten erfasst werden. Zulässig ist abschliessend die Erfassung von Informationen über folgende Bereiche:

- Berufserfahrung;
- laufende oder abgeschlossene Weiterbildungskurse bzw. Diplome;
- Angaben zu spezifischen beruflichen Kenntnissen (z.B. Kenntnisse von Informatikprogrammen, Spezialisierung);
- Angaben über vorhandene Infrastruktur (z.B. bei Heimarbeit Arbeitsplatz verfügbar).

Diese Aufzählung ist abschliessend.

C Zulässige Einträge bei offenen Stellen

Bei der Erfassung von offenen Stellen ist zu beachten, dass die Schweiz das Internationale Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung unterzeichnet hat. Damit hat sich die Schweiz unter anderem verpflichtet, Handlungen oder Praktiken der Rassendiskriminierung gegenüber Personen oder Personengruppen zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass alle staatlichen Behörden oder öffentliche Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Die Schweiz hat in diesem Zusammenhang einzig einen Vorbehalt hinsichtlich der Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern zum Arbeitsmarkt gemacht. Mit diesem Übereinkommen insbesondere nicht zu vereinbaren ist der oftmals von Arbeitgebern geäusserte Wunsch, dass Angehörige einer bestimmten Nation, Ethnie, Religionsgruppe oder Rasse von bestimmten gemeldeten offenen Stellen ausgeschlossen sind. Ein entsprechender Eintrag ist im Informationssystem AVAM nicht zulässig.

D AVAM – Nutzungsregeln

1. AVAM dient in erster Linie der Online-Benutzung in der kantonalen Amtsstelle, den RAV und den LAM für die tägliche Vollzugsarbeit der im AVG und AVIG vorgesehenen Aufgaben. Dabei sind zugleich die für die Arbeitsmarktstatistik benötigten Daten zu erfassen.
2. AVAM dient als technische Plattform, aus der die von den Arbeitslosenkassen benötigten Daten im Bereich Personen-/Anmeldedaten, Beratungsgespräch, Kontroll- und Sanktionsdaten sowie Verfügungsdaten im Umfeld der arbeitsmarktlichen Massnahmen und Abmeldedaten via Filetransfer an ASAL weitergeleitet werden.
3. Es ist verboten, kantonale und kommunale Datenbanksysteme und dazugehörige Applikationen mit AVAM-Daten aus SuperNatural-Transaktionen zu speisen. Es wird diesbezüglich ausdrücklich auf den Straftatbestand von Art. 179novies StGB verwiesen.

Art. 35a AVG Zusammenarbeit mit Arbeitslosenhilfen und privaten Arbeitsvermittlern (Art. 55 AVV)

A Zusammenarbeit mit kantonalen Arbeitslosenhilfen

Kantonale Arbeitslosenhilfen versuchen Langzeitarbeitslose, die keine Entschädigung von der Arbeitslosenversicherung mehr beziehen können, zu betreuen und zu vermitteln. Dazu sind sie auf gewisse Daten, die im «AVAM» erhoben worden sind, angewiesen. Aufgrund von Art. 35a Abs. 1 AVG können ihnen die notwendigen Daten periodisch zur Verfügung gestellt werden, ohne dass ihnen aber der Zugang zum Informationssystem geöffnet wird.

B Zusammenarbeit mit privaten Vermittlern und Verleihern

Unter dem Überbegriff privater Arbeitsvermittler sind sowohl Vermittler wie Verleiher zu verstehen.

Den bewilligten (!) privaten Vermittlungs- und Verleihbetrieben wird mittels Passwortschutz im Internet ein anonymisierter Auszug des «AVAM» zur Verfügung gestellt (Art. 35a Abs. 2, 1. Satz AVG). Sieht nun ein privater Stellenvermittler in diesem Verzeichnis das Profil eines Stellensuchenden, der für eine ihm bekannte offene Stelle in Frage kommt, kann er sich an das zuständige RAV wenden, welches ihm den fraglichen Stellensuchenden zuweist. Um zu verhindern, dass gewisse Stellen doppelt im Informationssystem AVAM erfasst und entsprechend mehrfach bearbeitet werden, ist anzustreben, dass die privaten Arbeitsvermittler dem RAV den Namen des Arbeitgebers /Einsatzbetriebes bekannt geben. Die privaten Arbeitsvermittler können jedoch frei entscheiden, ob sie dem RAV diese Information geben wollen oder nicht.

Mit der ausdrücklichen schriftlichen Einwilligung des Stellensuchenden kann dieses Vorgehen vereinfacht werden. Stellensuchende haben die Möglichkeit, freiwillig ihr generelles Einverständnis dazu zu geben dass sie im Internet mit Namen erscheinen (Art. 35a Absatz 2, 2. Satz AVG). Dann können sie von den privaten Vermittlern und Verleihern direkt kontaktiert werden.

Wichtig:

Auf diese Daten haben, auch wenn sie über das Internet zur Verfügung gestellt werden, nur bewilligte Betriebe Zugriff. Diese Betriebe unterstehen ihrerseits der Geheimhaltungspflicht (Art. 7 Abs. 3 u. Art. 18 Abs. 3 AVG, s. auch die entsprechenden Kapitel) und können aufgrund von Art. 39 Abs. 2 Bst. f AVG auch strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Damit sind diese Personendaten gegen eine widerrechtliche Bekanntgabe ausreichend geschützt.

Art. 55 AVV hält fest, dass den privaten Vermittlern und Verleihern jedoch keine besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Art. 33a Abs. 2 AVG bekanntgegeben werden dürfen.

Art. 35b AVG Verzeichnis der bewilligten privaten Vermittlungs- und Verleihbetriebe (Art. 59a AVV)

Das Verzeichnis der bewilligten, privaten Vermittlungs- und Verleihbetriebe wird einerseits im Internet veröffentlicht (Art. 35b Abs. 1 AVG), andererseits in Buchform (Art. 59a AVV).

Die Internet-Lösung basiert auf einem Informationssystem, welches zwischen seco und den kantonalen Arbeitsmarktbeförden 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 Entzuges, einer Aufhebung oder einer Nichterteilung einer Bewilligung orientieren (Art. 35b Abs. 2 AVG). Dadurch kann besser sichergestellt werden, dass ein Betrieb, der in einem Kanton eine Bewilligung verliert, nicht unerkannt in einem andern Kanton eine solche beantragen kann.

Exkurs: Konsequenzen bei Datenschutzverletzungen

Die rechtswidrige Bekanntgabe von Personendaten kann strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Einerseits kann damit der Tatbestand von Art. 35 DSG «Verletzung der beruflichen Schweigepflicht», von Art. 105 AVIG und 39 AVG «Verletzung der Schweigepflicht» und auch derjenige von Art. 320 StGB «Verletzung des Amtsgeheimnisses» erfüllt sein.

An dieser Stelle wird nochmals speziell auf Datenschutzverletzungen mittels SuperNatural-Downloads hingewiesen, wo neben der Strafverfolgung auch die politische Verantwortung für den entstandenen Schaden übernommen werden muss (s. vorne, Art. 35 AVG, Bst. D, Pt. 3).

Einige praktische Fragen und Antworten im Zusammenhang mit Datenschutz durch die Arbeitsmarktbeförden

Fragen:

1. Kann das RAV zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, falls es einen Stellensuchenden einem Arbeitgeber zuweist, von dem es weiss, dass es sich z.B. um einen Drogensüchtigen handelt, es aber den Arbeitgeber über diesen Umstand nicht ins Bild setzen kann und sich danach Probleme ergeben?
2. Falls ein privater Arbeitsvermittler dem RAV Angaben über einen Stellensuchenden zukommen lässt, darf er verlangen, dass das RAV diese Angaben gegenüber dem Stellensuchenden geheim hält?
3. Müssen die RAV-Mitarbeiter ihre Büros und ihre Aktenschränke abschliessen?
4. Darf im AVAM festgehalten werden, dass ein Stellensuchender gegenüber einem Berater aggressiv geworden ist, was zu einer Strafanzeige und einem Strafurteil geführt hat?

5. Muss das seco als Betreiber des Informationssystems das Akteneinsichtsrecht in AVAM-Daten genehmigen?
6. Welche Angaben von Vertrauensärzten dürfen im AVAM eingetragen werden?
7. Welche Angaben über Arbeitgeber dürfen Stellensuchenden bekannt gegeben werden, insbesondere, falls der Arbeitgeber einen «schlechten Ruf» hat oder das RAV mit ihm «Probleme» gehabt hat?
8. Dürfen im AVAM auch negative Aussagen eines Arbeitgebers über einen Stellensuchenden eingetragen werden?
9. Darf im AVAM eingetragen werden, dass eine Untersuchung im Gange ist, namentlich wegen Missbrauch von Arbeitslosengeldern?

Antworten:

1. Die Beantwortung dieser Frage ist juristisch komplex. Grundsätzlich ist es aber die Aufgabe des Arbeitgebers, sich über einen zukünftigen Angestellten zu informieren. Das RAV kann nicht mit einem Verkäufer im Sinne des OR verglichen werden, der für allfällige Mängel seiner Dienstleistung haftbar gemacht werden kann. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Personalberater mit seinen Stellensuchenden die «Informationspolitik» über kritische Sachverhalte gegenüber den Arbeitgebern bespricht.
2. Nein, das Akteneinsichtsrecht gilt für alle Akten, d.h. auch solche, die das RAV von Dritten erhält.
3. Die Direktion für Arbeit des seco hat keine spezifische Weisung zu dieser Frage erlassen. Die entsprechende Antwort hängt vor allem davon ab, ob die Kunden eines RAV sich frei in den Gängen bewegen können oder ob sie dabei begleitet werden. Trifft der erste Fall zu, so empfiehlt es sich, die entsprechenden Aktenschränke oder die Bürotüren abzuschliessen.
4. Ein solcher Eintrag ist zwar heikel, aber aus Gründen der Sicherheit der Mitarbeitenden zulässig. Die entsprechende Person muss jedoch über diesen Eintrag informiert sein. Dabei ist sicherzustellen, dass der Eintrag nur maximal innerhalb des Kantons eingesehen werden kann.
5. Nein; für die Gewährung des Akteneinsichtsrechts, welche im Datenschutzgesetz und auch in der AVAM-Verordnung festgeschrieben ist, braucht es keine Bewilligung durch das seco.
6. Wird eine versicherte Person zu einem Vertrauensarzt geschickt, so können allfällige Einschränkungen ihrer Arbeitsfähigkeit aufgrund der Beeinträchtigung der Gesundheit eingetragen werden.
7. Im Vermittlungsprozess ist es wichtig, dass eine stellensuchende Person über möglichst viele Informationen über einen Arbeitgeber verfügt. Grundsätzlich ist es aber so, dass es die Aufgabe der stellensuchenden Person ist, sich über seinen künftigen Arbeitgeber zu informieren. Ein Personalberater darf einen Stellensuchenden ohne weiteres über positive Fakten, die das Unternehmen betreffen, informieren (z.B. Betriebsgrösse, Organisation, Branche,

Kundenkreis usw.). Informationen über Rechtsverfahren darf der Personalberater nur dann weitergeben, wenn diese öffentlich zugänglich sind. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Weitergabe von Informationen über «Probleme mit dem kantonalen Arbeitsamt» zu betrachten. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob diese Information nicht dem Amtsgeheimnis unterliegt. Schliesslich ist auch die Genauigkeit der Information zu beachten. Allgemeine Informationen über negative Sachverhalte wie Aussagen über einen schlechten Ruf sind nicht zulässig.

8. Subjektive Aussagen eines Arbeitgebers über das Qualifikationsprofil eines Stellensuchenden sind kaum vermittlungsrelevant. Ein Eintrag über Aussagen eines Arbeitgebers ist nur dann zulässig, wenn die Verhängung einer Sanktion wegen ungenügenden Arbeitsbemühungen in Betracht gezogen wird.
9. Bei solchen Fällen ist zu prüfen, ob eine solche Information für den Vollzugs des AVIG oder für die Vermittlung der Person relevant ist. Im weiteren ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Vorfall ja bereits im schriftlichen Dossier ausführlich dokumentiert ist. Deshalb stellt sich die Frage, ob ein zusätzlicher Eintrag ins AVAM überhaupt notwendig ist.

Art. 36 AVG Arbeitsmarktbeobachtungen (Art. 59 AVV)

Auch die Kantone können anhand der bei ihnen eingegangenen Meldungen und aufgrund eigener Erhebungen Berichte über die Arbeitsmarktlage publizieren. Dabei dürfen aber nur Daten veröffentlicht werden, die keine Rückschlüsse auf die betroffenen Personen oder Firmen zulassen.

Art. 39 AVG Strafbestimmungen

A Vermittlung/Verleih ohne Bewilligung

Vermittlung oder Personalverleih ohne Bewilligung ziehen neben den strafrechtlichen (Art. 39 Abs. 1 Bst. a AVG) auch zivilrechtliche Folgen nach sich:

Der Arbeitsvertrag, den ein Verleiher ohne Bewilligung zum Personalverleih mit dem Arbeitnehmer abschliesst, ist ungültig. In diesem Fall ist Art. 320 Abs. 3 OR anwendbar. Danach haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis das Arbeitsverhältnis wegen Ungültigkeit vom einen oder vom andern aufgehoben wird.

Verleihverträge, die solche Unternehmen mit ihren Kunden abschliessen, sind nichtig. Daraus folgt, dass ein Verleiher ohne Bewilligung nur Anspruch auf Rückzahlung des an den Arbeitnehmer bezahlten Lohns und der entsprechenden sozialen Angaben (Art. 62 ff. OR), nicht aber des Verwaltungsaufwands und des Gewinns hat. Hat der Einsatzbetrieb seine Rechnung bereits beglichen, so kann er die nicht geschuldeten Beträge vom Verleiher zurückfordern. Da ein Verleiher ohne Bewilligung ausserdem rechtswidrig handelt, haftet er für den möglichen Schaden, der dem Einsatzbetrieb entstehen könnte (Art. 41 ff. OR).

Art. 39 Abs. 1 Bst. a 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.

Wichtig:

Aufgrund von Art. 39 Abs. 2 Bst. a AVG machen sich Betriebe, die wissentlich Dienste von Vermittlern und Verleihern in Anspruch nehmen, welche die erforderliche Bewilligung nicht besitzen, ebenfalls strafbar.

B Schriftlicher Vertrag

Die Strafbestimmungen in Art. 39 Abs. 2 Bst. c AVG dient primär der Durchsetzung des Arbeitnehmerschutzes. Dieses Ziel verfolgen insbesondere der Artikel 19, der Artikel 20 und die Absätze 2 bis 5 von Artikel 22 AVG. Art. 22 Abs. 1 AVG dient primär den Interessen des Arbeitgebers und schützt den Arbeitnehmer nur mittelbar. Art. 39 AVG nimmt hier keine Differenzierung vor. Dem Strafrichter steht es jedoch offen, diesen Umstand durch zurückhaltender Gebrauch seiner Strafkompetenz zu berücksichtigen.

C Strafverfolgung

Nach Art. 39 Abs. 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, ausser Abs. 4 von Art. 39 AVG alle andern Straftaten nur mit Busse bedroht sind, stellen sie Übertretungen dar und verjähren nach Art. 109 des Strafgesetzbuches nach Ablauf von zwei Jahren. Deshalb müssen die kantonalen Vollzugsbehörden darum besorgt sein, dass die Strafbehörden ihre Arbeit zügig erledigen, damit die Verjährung nicht eintritt.

Überblick über die Strafbestimmungen des AVG

Handelnde Person	Tätigkeit	Strafmass bis
Jedermann	Verletzung der Auskunftspflicht	40'000 Fr. Busse
	Irreführende Auswanderungspropaganda	40'000 Fr. Busse
	Verletzung der Schweigepflicht	40'000 Fr. Busse
Vermittler oder Verleiher (unabhängig von der Bewilligungspflicht)	Vermittlung/Verleih ohne notwendige Bewilligung	100'000 Fr. Busse
	Missachtung der ausländerrechtlichen Bestimmungen	100'000 Fr. Busse
	Verleih ohne schriftlichen Vertrag oder mit falschen Angaben/unzulässigen Vereinbarungen	40'000 Fr. Busse
	Verstoss gegen Vermittlungsprovision	40'000 Fr. Busse
	Verlangen von Gebühren oder finanzielle Vorleistungen vom verliehenen Arbeitnehmer	40'000 Fr. Busse
	Erlangen einer Bewilligung durch unrichtige oder irreführende Tatsachen	Gefängnis oder 40'000 Fr. Busse
Bewilligungspflichtiger Vermittler oder Verleiher	Verletzung der Meldepflicht	40'000 Fr. Busse
Arbeitgeber	Beanspruchung der Dienste eines Vermittlers/Verleihers, welcher keine Bewilligung besitzt	40'000 Fr. Busse