
Personalverleih als Lösung in der Krise?

Aktuelle Entwicklungen und Probleme

Michael Kull

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	124
II.	Rechtliche Basics zum Personalverleih	124
	A. Einleitende Anmerkungen	124
	B. (Zusätzliche) Rechtsgrundlagen beim Personalverleih	125
	C. Arten des Personalverleihs	126
	D. Verträge des Personalverleihs	126
	1. Arbeitsvertrag	126
	2. Verleihvertrag	126
	3. Kein Vertrag zwischen Einsatzbetrieb und Arbeitnehmer*in	127
	E. Art. 26 AVV als Abgrenzungsbestimmung vom Personalverleih zum einfachen Auftrag	127
	F. Praktische Folgen der Qualifikation des Dreiparteienverhältnisses als Personalverleih aus Sicht des / der Arbeitgeber*in	128
	G. Vor- und Nachteile des Personalverleihs im Vergleich zu einer Festanstellung aus Sicht des Einsatzbetriebs	128
	H. Statistisches zum Personalverleih	128
	I. Aktuelle Entwicklungen im Personalverleih	129
III.	Die Entwicklung des Personalverleihs in Krisen	129
IV.	Aktuelle Problemkreise	130
	A. Die Seniorenbetreuung in den eigenen vier Wänden	130
	1. Allgemeines	130
	2. Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	131
	3. Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	132
	4. Fazit	133
	5. Folgen der Unterstellungspflicht	133
	6. Praxisänderung des Bundesgerichts betreffend Nichtanwendbarkeit des ArG	134
	7. Folgen der Praxisänderung des Bundesgerichts	134
	B. Das System UberEat	135
	1. Allgemeines	135
	2. Aktueller Entscheid zu UberEat	135
	3. Rechtliche Würdigung des Entscheids ATA/553/2020	136
	4. Reaktion Uber auf Entscheid ATA/553/2020	137
V.	Ausblick	137

I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag soll einerseits einen Überblick über relevante Basics des Personalverleihs verschaffen und in einem zweiten Teil anhand aktueller Entscheide und Problemstellungen zwei Themenbereiche behandeln: Die Seniorenbetreuung und das System UberEat.

II. Rechtliche Basics zum Personalverleih

A. Einleitende Anmerkungen

Der Personalverleih präsentiert sich als Sonderdisziplin des Arbeitsrechts gleich in mehrfacher Hinsicht.

Einerseits tritt zu den beiden üblichen Vertragsparteien notwendigerweise eine Dritte hinzu, nämlich der Einsatzbetrieb. Zu dessen Gunsten erfolgt die Arbeitsleistung, ohne dass jedoch eine vertragliche Beziehung dessen zur/zum Arbeitnehmer*in besteht.

Andererseits gelangen sowohl das Zivilverfahren als auch das öffentlich-rechtliche Verwaltungsverfahren zur Anwendung. Ersteres im Verhältnis Arbeitnehmer*in – Arbeitgeber*in bzw. Arbeitgeber*in zum Einsatzbetrieb, letzteres im Verhältnis Arbeitgeber*in zu den kantonalen Arbeitsämtern bzw. dem SECO¹.

Eine Auswirkung zeitigt die Qualifikation eines solchen Dreiparteienverhältnisses als Personalverleih durch die Anwendbarkeit des AVG und der damit einhergehenden umfassenderen Regularien, welche es zu beachten gilt. Dies zieht notwendigerweise eine Einschränkung der sonst vorherrschenden Privatautonomie nach sich. Als Beispiel sei hier das Schriftlichkeitserfordernis sowohl für den Arbeits- als auch den Verleihvertrag erwähnt. Dieses

¹ Staatssekretariat für Wirtschaft.

Mehr an zu berücksichtigenden Vorschriften soll den – sich aus dem Obligationenrecht und dem Arbeitsgesetz – bereits vorbestehenden Schutz der Arbeitnehmer*innen als schwächere Vertragspartei zusätzlich verstärken und Missbräuchen vorbeugen. So ist der Personalverleih hauptsächlich im Tieflohnsegment anzutreffen, auch wenn hier mitunter gegenläufige Tendenzen auszumachen sind.²

B. (Zusätzliche) Rechtsgrundlagen beim Personalverleih

Zu den bekannten Regeln des Einzelarbeitsvertrags nach den Art. 317 ff. OR und denjenigen des Arbeitsgesetzes (ArG) treten im Bereich des Personalverleihs insbesondere folgende hinzu:

- Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und Personalverleih³ samt dessen Verordnung⁴;
- Gebührenverordnung zum AVG;⁵
- Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih;⁶
- Weisungen und Erläuterungen des SECO Version 2007 (Neuaufgabe für Sommer 2022 geplant);
- Merkblätter, Weisungen (zu spezifischen Themen) und Musterverträge des SECO.

² Vgl. aktuelles White Paper-Flexwork von Swisstaffing, Internet: <https://www.swisstaffing.ch/de/Branche-Politik/Branchenstatistiken/Whitepaper/flexwork-hochqualifizierte-arbeiten-temporaer.php> (Abruf 28.6.2022).

³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11).

⁴ Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111).

⁵ Verordnung vom 16. Januar 1991 über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (Gebührenverordnung AVG, GebV-AVG; SR 823.113).

⁶ Zu finden unter Internet: <https://www.swisstaffing.ch/de/Home/index.php> (Abruf 28.6.2022).

C. Arten des Personalverleihs

Die Verordnung zum AVG sieht unter Art. 27 AVV eine abschliessende Aufzählung der Arten des Personalverleihs vor. Es handelt sich dabei um folgende:

- **Temporärarbeit**, bei welcher sich die Anstellung in einem einzelnen Auftrag bzw. Arbeitseinsatz erschöpft;
- **Leiharbeit**, bei welcher eine Festanstellung mit dem Hauptzweck des Weiterverleihs vorliegt;
- **Gelegentliches Überlassen an Einsatzbetriebe**. Hier liegt eine übliche Festanstellung vor, im Rahmen derer nur in Ausnahmefällen ein Weiterverleih stattfindet, welcher nicht bewilligungspflichtig ist.

Es existieren für die ersten beiden Arten des Personalverleihs Musterverträge des SECO,⁷ deren Anwendung empfohlen wird, zumal sämtliche Verträge dem kantonalen Arbeitsamt bzw. dem SECO zur Genehmigung vorgelegt werden müssen.

D. Verträge des Personalverleihs

1. Arbeitsvertrag

Üblicherweise wenn auch nicht zwingend setzt sich der Arbeitsvertrag im Personalverleih aus **zwei Teilverträgen** zusammen. Nach Art. 19 AVG wird das Arbeitsverhältnis vor dem ersten Einsatz mit dem **Rahmenvertrag** in den Grundsätzen definiert. Die einsatzspezifischen Details wie der Stundenlohn, Einsatzort und -dauer werden dann jedoch im **Einsatzvertrag** geregelt. Für beide Verträge gilt das Schriftformerfordernis.

2. Verleihvertrag

Nach Art. 21 AVG ist sodann zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Anstellungsbetrieb ein Verleihvertrag abzuschliessen.

⁷ Zu finden unter Internet: <https://www.swissstaffing.ch/de/Service/Rechtsdienst/Mustervertraege.php> (Abruf 28.6.2022).

3. Kein Vertrag zwischen Einsatzbetrieb und Arbeitnehmer*in

Obwohl die Leistungserbringung vom/von der Arbeitnehmer*in im Einsatzbetrieb erfolgt, stehen diese Parteien in keiner vertraglichen Verbindung. Rechtshandlungen wie bspw. die Kündigung des Einsatzvertrags hat deshalb gegenüber dem/der Arbeitnehmer*in zwingend durch den/die Arbeitgeber*in zu erfolgen. Die kantonale Rechtsprechung hat diesen Umstand jedoch mittlerweile gelockert.⁸ In einem Bündner Fall wurde die Kündigung durch den Einsatzbetrieb zufolge unterbliebenem Widerspruch durch die Arbeitgeberin vom Obergericht als verbindlich qualifiziert. Es anerkennt sich hier auch die Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der genehmigten, vollmachtlosen Stellvertretung.⁹

E. Art. 26 AVV als Abgrenzungsbestimmung vom Personalverleih zum einfachen Auftrag

Nicht bei jedem Dreiparteienverhältnis im dargestellten Sinne handelt es sich jedoch um Personalverleih. So käme wohl kaum jemandem in den Sinn, die Tätigkeit eines/einer Gärtner*in im Anstellungsverhältnis im Umschwung eines/einer Auftraggeber*in als Personalverleih zu qualifizieren.

Nach Art. 26 AVV liegt Personalverleih bei einer Dreiparteienkonstellation im vorne geschilderten Sinne immer dann vor, wenn wesentliche Weisungsbefugnisse vom/von der Arbeitgeber*in an den Einsatzbetrieb abgetreten werden. Es entscheidet sich die Frage der Unterstellungspflicht somit am Mass der Subordination.

Die klarste Form des Personalverleihs stellt dabei das sog. Payrolling dar, bei welchem das fachliche Weisungsrecht gegenüber dem/der Arbeitnehmer*in ausschliesslich beim Einsatzbetrieb liegt. Hier administriert der/die Arbeitgeber*in das Arbeitsverhältnis und zahlt den Lohn aus. Kein Personalverleih kann hingegen vorliegen, wenn sämtliche Fachanweisung an den/die Arbeitnehmer*in vom/von der Arbeitgeber*in ausgehen.

⁸ ARV 2007, 85.

⁹ Art. 422 bzw. 38 Abs. 1 OR.

F. Praktische Folgen der Qualifikation des Dreiparteienverhältnisses als Personalverleih aus Sicht des / der Arbeitgeber*in

Die Qualifikation des Dreiparteienverhältnisses als Personalverleih zieht verschiedenen Konsequenzen und einen Mehraufwand für den/die Arbeitgeber*in nach sich. So muss vor der Aufnahme der Verleihtätigkeit eine Bewilligung eingeholt und eine Kautions hinterlegt werden, andernfalls droht eine Busse oder gar ein Verbot der Dienstleistungserbringung (Art. 12, 14 & 39 AVG). Ebenso unterliegen die Arbeits- wie auch Verleihverträge einem Schriftformerfordernis (Art. 19 & 22 AVG) und müssen inhaltlich genehmigt werden. Zudem gelangen das AVG/die AVV wie auch der GAV Personalverleih zusätzlich zur Anwendung.

G. Vor- und Nachteile des Personalverleihs im Vergleich zu einer Festanstellung aus Sicht des Einsatzbetriebs

Der Vorteil des Personalverleihs liegt in der grossen Flexibilität beim Personal ohne Belastung mit administrativem Aufwand und den üblichen, mit der Arbeitgeberstellung einhergehenden Bürden. So können Verleihverträge kurzfristig gekündigt werden und die Risiken bei Krankheit oder Unfall liegen alleine beim Personalverleihbetrieb.

Als Nachteil ist sicherlich die tiefere Betriebsbindung des verliehenen Personals verbunden mit der höheren Fluktuation desselben anzuführen. So ist der Stundenlohn für die Wahl des Personalverleihers oft das ausschlaggebende Kriterium und die Betriebstreue bei höher dotierten Angeboten folglich gering. Ebenso als Nachteil sind die höheren Kosten für das verliehene Personal zu erwähnen, deren Stundenansatz immer deutlich über dem umgelegten des angestellten Personals zu stehen kommen wird.

H. Statistisches zum Personalverleih

Es existieren hierzu verschiedene sog. White Papers von Swisstaffing, dem Arbeitgeberverband der Personalverleih-Branche. Diesen kann unter anderem folgende Informationen entnommen werden:

- Es arbeiten in der Schweiz bei den Personalverleihbetrieben rund 5'000 Personalberater*innen. Dies sind mehr als doppelt so viele Vermittler*innen, wie bei den kantonalen RAV, den regionalen Arbeitsvermittlungszentren, tätig sind.
- Temporärarbeiter*innen mit dem Wunsch nach einer Festanstellung haben dieses Ziel zur Hälfte nach spätestens zwei Jahren erreicht.

I. Aktuelle Entwicklungen im Personalverleih

Die sich arbeitnehmerseitig ändernden Bedürfnisse haben neue Anstellungsmodelle im Personalverleih hervorgebracht.

Zu erwähnen ist hier das **Flexworking**, im Rahmen dessen sich hochqualifiziertes Personal bewusst für den Personalverleih und gegen eine Festanstellung entscheidet. Dies um über eine abwechslungsreichere Arbeit zu verfügen, sich innerhalb des Arbeitsmarkts eine Orientierung zu verschaffen und zu evaluieren, in welchem Bereich später eine Festanstellung gefallen würde.

Sodann hat sich auch das **Contracting** als Gegenstück zum bereits definierten Payrolling etabliert. Hier umgehen faktisch selbständig erwerbende Personen den Aufwand der damit einhergehenden, administrativen Bemühungen (Anmeldung und Anerkennung durch eine Ausgleichskasse, Mehrwertsteuerpflicht, Selbstversicherungspflicht, keine ALV-Taggelder) und lassen sich deshalb über einen Personalverleihbetrieb anstellen. Bei diesem sind sie rechtlich angestellt und sozialversichert, erhalten aber folglich nur einen Anteil des Umsatzes als Lohn ausbezahlt.

III. Die Entwicklung des Personalverleihs in Krisen

In der Vergangenheit wie auch der aktuellen Corona-Pandemie hat sich der Personalverleih als zuverlässiger Indikator der wirtschaftlichen Entwicklung präsentiert. So wies der Personalverleih im Frühjahr 2020 grössere Verluste aus als die Branchen selbst, in welchen das verliehene Personal beschäftigt war. Hingegen erholte sich die Personalverleihbranche nach den Lockdowns rascher. So ist die aktuelle Tendenz seit Frühjahr 2022 im Bereich der Tempo-

rärrarbeit wiederum ansteigend. So kündigten die Einsatzbetriebe zu Beginn der Pandemie zuerst die Verleihverträge, beantragten danach Kurzarbeit für das festangestellte Personal und kündigten Arbeitsverhältnisse nur dort, wo es unumgänglich erschien. Gegen das Ende der Krise wurde das Mehr an Aufträgen dann jedoch zuerst mit geliehenem Personal abgearbeitet, da die Situation offenbar noch als zu unsicher eingestuft und folglich von neuen Feststellungen weitgehend abgesehen wurde.

Jedoch wurde der Personalverleih auch als taugliches Instrument zur Bewältigung von neuen Aufgaben in der Krise erkannt und genutzt. So sind die kantonalen Impf- und Testzentren teils ausschliesslich mit verliehenem Personal betrieben worden, was in gewissen Branchen des Personalverleihs gar einen Beschäftigungsanstieg nach sich zog. Hier erwies sich der Personalverleih damit als taugliches Instrument in Krisen zur raschen Bewältigung neuer Herausforderungen.

IV. Aktuelle Problemkreise

A. Die Seniorenbetreuung in den eigenen vier Wänden¹⁰

1. Allgemeines

Die Seniorenbetreuung und das dort existierende Dreiparteienverhältnis zwischen der betreuten Person als Einsatzbetrieb, der betreuenden Person und deren Anstellungsbetrieb beschäftigt die kantonalen und nationalen Gerichte seit etwa 10 Jahren intensiv.

Im Fokus steht dabei insbesondere die Frage, ob es sich beim dargestellten Konstrukt um Personalverleih oder ein einfaches Auftragsverhältnis handelt. Die massgeblichen Gesetzesbestimmungen zur Beurteilung dieser Fragestellung nehmen sich dabei wie folgt aus:

Art. 12 Abs. 1 AVG: «Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, benötigen eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes»

¹⁰ Vgl. hierzu MICHAEL KULL/EVA-MARIA SOMMER-BÄNI, Personalverleih oder einfacher Auftrag, AJP 2016, 778 ff.

Art. 26 AVV: «Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt»

Indizien für die Verleihtätigkeit finden sich sodann in Abs. 2 von Art. 26 AVV:

- Einbindung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitsbetriebs in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht (lit. a);
- Arbeitsausführung mit Werkzeugen, Material und Geräten des Einsatzbetriebs (lit. b);
- Gefahrentragung für Schlechterfüllung des Vertrags bei Einsatzbetrieb (lit. c).

2. Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in drei Entscheidungen¹¹ aus den Jahren 2013, 2014 und 2018 die erwähnten Gesetzesbestimmungen ausgelegt und ist dabei zu folgenden Schlüssen gelangt:

- Massgeblich ist immer die Beurteilung des Einzelfalls;
- Die Weisungen und Erläuterungen des SECO stellen mindestens Hilfskriterien bei der Auslegung der Gesetzesbestimmungen dar (dies erscheint unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten sehr problematisch, da einer Partei mit Vernehmlassungs- oder gar Parteirechten im Verfahren damit ihre eigene Rechtsauffassung zur Entscheidungsgrundlage erheben kann);
- Die Anwendbarkeit des AVG ist weit auszulegen aufgrund des Schutzzwecks der Wahrung der Arbeitnehmer*innen-Interessen;
- Ein geteiltes Weisungsrecht reicht für eine Unterstellungspflicht aus, wobei die Präponderanzmethode nicht zur Anwendung gelangt. Damit muss auch ein Unternehmen, welches hauptsächlich medizinische Dienstleistungen erbringt eine Bewilligung einholen, sollten zusätzlich auch nur in einem geringsten Anteil Haushaltshilfsdienste angeboten werden;
- Je weniger die vertragliche Leistung definiert wird, desto eher liegt Personalverleih vor;

¹¹ 2C_470/2020; 2C_132/2018; 2C_543/2014.

- Ebenso stellt eine nicht definierte Abtretung von Weisungsrechten an den Einsatzbetrieb ein Indiz für Personalverleih dar;
- Einzelne atypische Elemente verhindern die Unterstellungspflicht nicht (Art. 26 Abs. 2 AVV);
- Die Gewerbsmässigkeit wurde in allen Fällen ungeprüft angenommen, da ein tiefer Schwellenwert besteht (alternativ 10 Aufträge p.a. mit Gewinnerzielungsabsicht oder Umsatz von über CHF 100'000.00 p.a.).

3. Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Seniorenbetreuung in den eigenen vier Wänden gemäss der vorstehenden Zusammenfassung ist nicht gesetzeskonform und erfolgt rein deduktiv. So wurden insbesondere folgende Fakten unberücksichtigt gelassen:

- Der Gesetzgeber hat beim Erlass des AVG / AVV einen Werk- oder Montagebetrieb vor dem geistigen Auge, nicht jedoch einen Privathaushalt, was sich aus den Quellen unzweifelhaft erstellt;
- Der Vergleich einer Caregiverin mit einem Bauarbeiter ist nicht sachgerecht;
- Synonyme für «wesentlich» sind vorrangig, hauptsächlich oder primär, womit der Gesetzgeber zum Ausdruck brachte, dass nur Betriebe dem AVG zu unterstellen sind, welche mehr als 50 % der Weisungsrechte an den Einsatzbetrieb abtreten, was bei der Seniorenbetreuung in der Regel gerade nicht der Fall ist. So handelte es sich bei den beurteilten Fällen um solche, bei denen die Arbeitnehmerinnen detaillierte Instruktionen der Arbeitgeberin erhalten hatten;
- Selbst eine detaillierte Instruktion der Caregiverin seitens der Arbeitgeberin führt nach dem Bundesgericht zur Anwendbarkeit des AVG, was sowohl dem Sinn als auch dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht;
- Nach der Botschaft zum AVG besteht eine enge Verquickung des Weisungsrechts mit der Fürsorgepflicht, welche die betreute Person meist gar nicht ausüben kann (zufolge geistiger und/oder körperlicher Behinderung);

- Die Arbeitseinweisung, die Stundenrapporte, allfällige Dienstplanänderungen, Fachanweisungen oder Kontrollen erfolgten ausschliesslich durch die Arbeitgeberin, was klar gegen Personalverleih spricht.

4. Fazit

All diese Punkte zeigen auf, dass bei einer gesetzestreuen Auslegung des AVG die Seniorenbetreuung nicht als Personalverleih zu qualifizieren ist, sondern lediglich die Bestimmungen des OR und des ArG zur Anwendung gelangen sollten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den drei Leitfällen zeitigt jedoch die Konsequenz, dass kaum noch eine Möglichkeit besteht, die Seniorenbetreuung in den eigenen vier Wänden nicht den Bestimmungen des Personalverleihs zu unterstellen.

5. Folgen der Unterstellungspflicht

Bislang waren die mit der praktisch uneingeschränkten Unterstellungspflicht einhergehenden Folgen prästierbar, das nach **Art. 2 Abs. 1 lit. g. ArG**, dieses *«Gesetz nicht anwendbar auf private Haushaltungen»* war.

Dies war insofern wesentlich für die sog. Live-in-Modelle (24-Stundenbetreuung), in welchem in einem Turnus von zwei bis drei Wochen zwei Mitarbeiterinnen für eine Person verantwortlich waren, die Arbeitsaufteilung in Arbeits- und Pikettzeiten erfolgte und diese Handhabung von den kantonalen Arbeitsämtern und dem SECO auch akzeptiert worden war. Dies führte dazu, dass lediglich die Vorgaben des OR sowie des GAV AVG bezüglich der Freizeitgewährung oder der Sonntags- und Nacharbeit zu beachten war (Arbeitszeit 50 Wochenstunden, keine Einschränkungen Anzahl Arbeitstage und Sonntagsarbeit, Zuschläge nach GAV AVG). Insbesondere war die Gewährung von Freitagen am Ende eines Einsatzes zulässig.

6. Praxisänderung des Bundesgerichts betreffend Nichtanwendbarkeit des ArG

Mit dem Entscheid **2C_470/2020** hat das Bundesgericht einen Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt aufgehoben und Folgendes festgehalten:

«Vor diesem Hintergrund ist zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 2 Abs. 1 lit. g. ArG nur in Fällen greift, in welchen die jeweilige Arbeitskraft direkt vom privaten Haushalt angestellt wird, nicht aber beim Vorliegen eines Dreiparteienverhältnisses».

Die Folge und schier unlösbare Problematik dieser Rechtsprechungsänderung für die Seniorenbetriebe besteht darin, dass die bisherigen Betreuungsmodelle nach den Vorgaben des ArG nicht mehr möglich sind, da bspw. Pikett- und Sonntagsarbeit nicht mehr im bisherigen Rahmen möglich sein wird. Dies bedeutet, dass neue Betreuungsmodelle mit mehr Personal und erheblich höheren Kosten etabliert werden müssen, womit die Betreuung in den eigenen vier Wänden gegenüber derjenigen in einem Pflegeheim preislich nicht mehr konkurrieren können.

Als Lösungsansatz könnte seitens der Anbieter zwecks Vermeidung der Anwendung des ArG versucht werden, das Personal an die Senioren*innen zu vermitteln und von diesen direkt anstellen zu lassen, womit kein Dreiparteienverhältnis vorliegen würde.

Dieser Lösungsansatz wurde jedoch bereits durch **BGE 2C_132/2018** verunmöglicht. So wurde dort festgehalten, dass – wenn nebst der Vermittlung einer Arbeitskraft auch administrative Tätigkeiten übernommen werden wie An- und Abmeldungen, Aufsetzung von Arbeitsverträgen, Sozialversicherungsanmeldungen, Payrolling etc. – dann Personalverleih vorliege und nicht bloss Personalvermittlung.

7. Folgen der Praxisänderung des Bundesgerichts

Die in den vorstehenden Abschnitten dargestellte Entwicklung hat heftige Diskussionen zwischen den involvierten Interessengruppen wie Swisstaffing, Gewerkschaften und dem SECO wie auch auf politischer Ebene ausgelöst. So wird eine tragbare Lösung für die Betriebe wie auch die betreuten Personen wohl nur über eine Spezialgesetzgebung zu finden sein. So verfügen die

Pflegeheime über zu wenig Plätze, um einen Grossteil der in den eigenen vier Wänden betreuten Personen aufnehmen zu können.

Der Personalverleih befindet sich hier somit in einer veritablen Krise.

B. Das System UberEat¹²

1. Allgemeines

Das System UberEat ist bekannt und hat in den Zeiten der Pandemie zusätzlich an Beliebtheit gewonnen. Es handelt sich dabei um einen Teilbereich des Systems Uber, welches anfänglich ausschliesslich Personentransporte in der Schweiz angeboten hatte. Beim hier zu besprechenden «food home delivery service» handelt es sich ebenfalls um ein klassisches Dreiparteienverhältnis. Uber als Beauftragte koordiniert mit ihrer App den Einsatz von Fahrer*innen, welche von Restaurants (Einsatzbetrieben) deren Mahlzeiten und Getränke an die Endkunden liefern.

2. Aktueller Entscheid zu UberEat

Das Verwaltungsgericht des Kantons Genf hat im Entscheid vom 29. Mai 2020 (ATA/553/2020) dieses Dreiecksverhältnis als Personalverleih qualifiziert und den Betreiber der App damit vor grosse Probleme gestellt. Der Entscheid wurde deshalb beim Bundesgericht angefochten und ist noch pendent. Begonnen hatte das Verfahren mit einer Aufforderung des kantonalen Arbeitsamts an die damals einzige Uber-Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, nämlich in Zürich (Uber Switzerland GmbH), einen Bewilligungsantrag für die Eintragung einer Zweigniederlassung in Genf einzureichen. Es würde dabei zu weit führen, sämtliche Vertragsgrundlagen zu erörtern, doch hatte Uber insbesondere auch die in Holland domizilierte Uber Portier als Vertragspartei für den Technologiedienstleistungsvertrag mit den Fahrer*innen eingesetzt wie auch für den Rahmenvertrag mit den teilnehmenden Restaurants.

¹² Vgl. hierzu und zur Gesamtsituation Uber KURT PÄRLI, UberPop-Fahrer und UberEats-Kuriere sind Arbeitnehmer, ARV/DTA 2021, 103 ff.

Seinen Entscheid zum Schutz der vorerwähnten Verfügung begründete das Verwaltungsgericht insbesondere mit folgenden Erwägungen:

- Das AVG sei im Sinne des Arbeitnehmerschutzgedankens weit auszulegen;
- In Genf bestehe eine Räumlichkeit als Filiale mit der Anschrift «Uber», drei dort arbeitenden Angestellten und eine Fahrerfrequenz vor Ort;
- Es bestehe keine Unabhängigkeit der Zweigniederlassung von der App, was sich schon aus dem Gesellschaftszweck gemäss Handelsregister ergebe (damals «*Erbringung Dienstleistungen Genf und Waadt*»; mittlerweile wurde der Zweck geändert);
- Uber CH sei eine Erbringerin von Fahrtvermittlungsdiensten, da die Fahrer*innen einen Vertrag mit den aktuellen AGB für den Kanton Genf unterzeichnen müssen;
- Die Problematik der nicht möglichen Auseinanderhaltung bzw. absichtlicher Vermischung der verschiedenen Uber-Gesellschaften sei zum Nachteil der Verursacherin auszulegen;
- Die fehlende Subordination der Fahrer*innen sowie ein fehlendes Weisungsrecht von Uber wies das Verwaltungsgericht mit Hinweis auf die Angewiesenheit auf eine Vielzahl von Aufträgen zur Erzielung eines adäquaten Einkommens, der ständigen Überwachung durch die App, des Vergütungsabzugs bei Umwegfahrten, die Werbepflicht der Fahrer*innen, die Verhaltensvorgaben gegenüber den Kunden*innen und Restaurants, die Möglichkeit der Verwarnung und des Ausschlusses von der App sowie des nichtexistenten Vertrags zwischen den Fahrer*innen und der teilnehmenden Restaurants ab.

3. Rechtliche Würdigung des Entscheids ATA/553/2020

Massgeblich zur Beurteilung des Vorliegens von Personalverleih sind wiederum die Art. 12 und 14 AVG sowie Art. 26 AVV. Dabei ist den Erwägungen nicht zu entnehmen, dass wesentliche Weisungsbefugnisse von Uber an die Restaurants abgetreten worden sind, was für ein einfaches Auftragsverhältnis und gegen Personalverleih spricht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Verhältnis der Fahrer*innen zu Uber nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, sondern dass darauf nicht die Bestimmungen des AVG und des GAV Personalverleih zur Anwendung gelangen (im mittlerweile ergangenen

BGE 2C_575/2020 hat das Bundesgericht in diesem Sinne entschieden und ist von einem Arbeitsverhältnis, nicht jedoch von Personalverleih ausgegangen).

4. Reaktion Uber auf Entscheid ATA/553/2020

Präventiv hat Uber nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts die Uber Chaxis SA gegründet, welche als Arbeitgeberin für die Fahrer*innen zukünftig fungieren soll. Sollte die Qualifikation als Personalverleih vom Bundesgericht bestätigt werden, wäre jedoch höchst problematisch, da die vorgeschobene Arbeitgeberstellung von Uber einen klassischen Fall von Outsourcing darstellt. So verbleibt die Funktion am ursprünglichen Ort, da der Weiterverleih nach Art. 26 Abs. 3 AVV jedoch verboten ist, droht dieser Exit-Strategie von Uber auch gleich wieder ein Grounding.

Es sind deshalb auch in diesem Bereich weitere und rechtlich interessante Entscheide zu erwarten bzw. sind mittlerweile ergangen.

V. Ausblick

Wie die vorstehenden Ausführungen aufgezeigt haben, stellt der Personalverleih ein geeignetes Mittel dar, um auf Krisensituationen rasch reagieren zu können und ist deshalb mehr denn je von aktueller Relevanz. Es wird etwa zu beobachten bleiben, inwieweit die Ukraine Krise Unsicherheiten schafft, welche den Personalverleih bzw. die Temporärarbeit im Speziellen allenfalls gar begünstigen könnten, indem weniger mit festangestelltem und mehr mit temporärem Personal gearbeitet wird bis wieder stabilere Aussichten bestehen.

Allfällig durch Flüchtlingsströme verursachte, neue Herausforderungen wie bspw. der Aufbau von Aufnahmезentren werden vermutlich zu grossen Teilen mit Temporärpersonal betrieben werden und der Branche in Teilbereichen gar neuen Aufschwung verleihen können.

Schliesslich wird es interessant zu beobachten sein, inwiefern in Anbetracht der durch die Judikatur neu definierten Rahmenbedingungen Lösungen in den beiden rechtlichen Spannungsfeldern der Betreuung in den eigenen vier Wänden und UberEats gefunden werden können.