

Benjamin Domenig

## Der Verleihvertrag nach AVG, die Vermittlungsentschädigung und das Mäklervertragsrecht

Beim Personalverleih handelt es sich um ein Dreiparteienverhältnis. Beteiligt sind der Verleiher, der Arbeitnehmer und der Einsatzbetrieb. Die vorliegende Abhandlung befasst sich mit der vertraglichen Beziehung zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb und versucht, Fragen in Bezug auf die Ausgestaltung des zwischen ihnen bestehenden Verleihvertrages zu beantworten. Schliesslich wird dargelegt, in welchem Verhältnis das Verleih- zum Mäklervertragsrecht steht und weshalb Letzteres keine alternative Grundlage für Ansprüche aus einem ungültigen Verleihvertrag darstellt.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  1. Praktische Relevanz/Rechtsnatur des Verleihvertrages
  2. Praktische Problemkreise
- II. Abschluss des Verleihvertrages
  1. Zeitpunkt des Vertragsabschlusses
  2. Mindestinhalt des Verleihvertrages
- III. Verletzung der Formvorschriften und deren Folgen
  1. Straf- und aufsichtsrechtliche Folgen
  2. Zivilrechtliche Folgen
- IV. Mäklervertragsrecht als Auffangtatbestand?
- V. Schlussfolgerungen

## I. Einleitung

### 1. Praktische Relevanz/Rechtsnatur des Verleihvertrages

Die Arbeitsvermittlung und der Personalverleih sind alte Gewerbe. In der Schweiz gehen die Ursprünge des Arbeitsvermittlungsrechts auf die Konkordate von 1875 «zum Schutze junger Leute in der Fremde» und 1892 «über die Stellenvermittlung von Dienstboten im Inlande» zurück.<sup>1</sup> Die erste bundesweite Kodifizierung des Arbeitsvermittlungsrechts erfolgte mittels Bundesgesetz vom 22. Juni 1951 über die Arbeitsvermittlung. Der Gesetzestext des heutigen Arbeitsvermittlungsgesetzes feierte im vergangenen Jahr bereits seinen 30. Geburtstag.<sup>2</sup>

*Benjamin Domenig*, M.A. HSG in Rechts- mit Wirtschaftswissenschaften ist als Prozessanwalt in Bern tätig. Der Autor dankt Herrn RA Dr. Sven Rüetschi für die konstruktiven Hinweise, Frau B.A. HSG Liliane Schmid für die angeregten Diskussionen und Frau Claudia Steffen für die wertvolle Mitarbeit. Wo der Lesbarkeit zuliebe nur die männliche Form verwendet wird, sind selbstverständlich sowohl Frauen als auch Männer gemeint.

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985 (nachfolgend: BBl 1985 III 927), S. 559.

<sup>2</sup> Der Vollständigkeit halber ist aber zu erwähnen, dass die Kodifizierung erst mit Beschluss vom 6. Oktober 1989 per 1. Juli 1991 in Kraft getreten ist.

Trotz des bereits über 100-jährigen Bestehens des Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihs sind hierzu sowohl Rechtsprechung als auch Literatur eher spärlich. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieses Rechtsgebiet in der Praxis äusserst relevant ist.<sup>3</sup> Letzteres zeigt auch die vom SECO geführte Statistik, wonach sich die Anzahl der registrierten Vermittlungs- und Verleihbetriebe in den letzten zehn Jahren knapp verdoppelt hat.<sup>4</sup> In Anbetracht der genannten Statistik ist davon auszugehen, dass die Bedeutung des Arbeitsvermittlungsrechts weiter zunehmen wird.

Der Vollzug des AVG wurde den Kantonen übertragen, soweit dies nicht dem Bund vorbehalten ist.<sup>5</sup> Die eidgenössische Arbeitsmarktbehörde ist das SECO. Dieses beaufsichtigt den Vollzug des Gesetzes durch die Kantone.<sup>6</sup> Gestützt auf Art. 41 Abs. 1 AVG hat der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen<sup>7</sup> (AVV) erlassen, welche die Beaufsichtigung über den Vollzug – wie erwähnt – wiederum dem SECO überträgt.<sup>8</sup> Gestützt darauf erliess das SECO «Weisungen und Erläuterungen», deren Bedeutung in der Praxis erheblich ist.<sup>9</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht, handelt es sich dabei um eine *vollzugslenkende Verwaltungsverordnung*, also um eine blosser Meinungsäusserung der Be-

<sup>3</sup> Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014 (nachfolgend: Vischer/Müller), § 31 N 36.

<sup>4</sup> Verzeichnis der bewilligten, privaten Arbeitsvermittlungs- und der Personalverleihbetriebe, abrufbar unter: <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>.

<sup>5</sup> Art. 40 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (nachfolgend: AVG).

<sup>6</sup> Art. 31 Abs. 1 und 2 AVG.

<sup>7</sup> Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (nachfolgend: AVV).

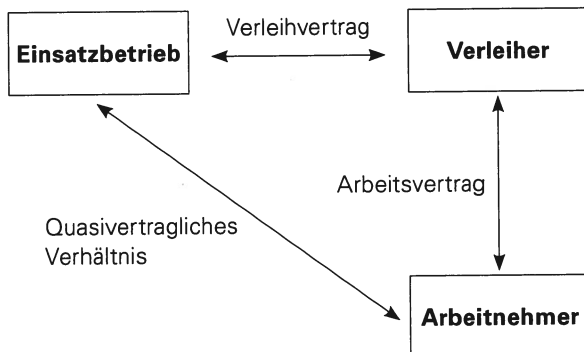
<sup>8</sup> Art. 62 AVV.

<sup>9</sup> Weisungen und Erläuterungen des SECO 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 (nachfolgend: Weisungen SECO), S. 144, abrufbar unter: [http://www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private\\_Arbeitsvermittlung/pav\\_weisungen\\_avg\\_d.pdf](http://www.treffpunkt-arbeit.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/pav_weisungen_avg_d.pdf).

hörde über die Auslegung der anwendbaren Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen.<sup>10</sup> So gesehen informiert das SECO anhand der Weisungen und Erläuterungen, wie es den Vollzug des AVG und der AVV zu gestalten gedenkt. Die Weisungen und Erläuterungen müssen sich selbstverständlich stets an die Vorgaben des AVG und der AVV halten.

Das Arbeitsvermittlungsgesetz<sup>11</sup> unterscheidet zunächst zwischen *Arbeitsvermittlung* und *Personalverleih*.<sup>12</sup> Während Erstere mittels Vermittlungsvertrag i. S. v. Art. 8 AVG zwischen Vermittler und Arbeitnehmer zustande kommt und daher ein *Zweiparteienverhältnis* vorliegt, handelt es sich beim Personalverleih i. S. v. Art. 12 ff. AVG um ein *Dreiparteienverhältnis*.<sup>13</sup> Beim Personalverleih liegt zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb (auch: Entleiher) ein Verleihvertrag (auch: Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) nach Art. 22 AVG und zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag nach Art. 19 AVG vor. Zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer handelt es sich nur (aber immerhin) um ein quasivertragliches Verhältnis.<sup>14</sup> Der Einsatzbetrieb übt die wesentlichen Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer gestützt auf die entsprechende vertragliche Abtretung aus.<sup>15</sup>

Der Personalverleih kann grafisch wie folgt dargestellt werden:



Im Mittelpunkt des Verleihvertrages steht die Pflicht des Verleihers, dem Einsatzbetrieb einen Arbeitnehmer mit bestimmten Fähigkeiten respektive entsprechender Ausbildung für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer *auszuleihen*. Demgegenüber steht die Pflicht des Einsatzbetriebes, den Verleiher für seine Unkosten – darunter auch die Lohnkosten für den ausgeliehenen Arbeitnehmer – zu entschädigen. Die Entschädigung erfolgt in der Praxis häufig anhand eines von der Anzahl Arbeitsstunden abhängigen Betrags (stundenbasierte Entschädigung).

Die Rechtsnatur des Verleihvertrages ist umstritten.<sup>16</sup> Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich dabei um einen Nominatsvertrag. Als Innominatsvertrag<sup>17</sup> könnte der Verleihvertrag allenfalls qualifiziert werden, wenn es der Gesetzgeber lediglich bei einer Bezeichnung des Vertrages belassen hätte, was aber nicht der Fall ist: Vielmehr ist der Mindestinhalt des Verleihvertrages im Gesetz ausdrücklich und umfassend normiert. Der Verleiher hat im Bewilligungsverfahren zudem ein Muster des Verleihvertrages, mit dem er zu arbeiten gedenkt, einzureichen.<sup>18</sup> Die zuständige Bewilligungsbehörde prüft das Muster des Verleihvertrages als Bewilligungsvoraussetzung.<sup>19</sup> Es kann daher nicht mehr von einer «partiellen Regelung» die Rede sein, womit ein Teil der Lehre einen Innominatsvertrag zu begründen versucht.<sup>20</sup> Für das Vorliegen eines Nominatsvertrages spricht auch die Verleihvertragsrechtliche Formvorschrift.<sup>21</sup> Das Bundesgericht beurteilte den Verleihvertrag in einem Entscheid aus dem Jahre 1993 als einen «Vertrag sui generis».<sup>22</sup> In Anbetracht der kürzlich erfolgten Revision der Arbeitsvermittlungsverordnung erscheint es aber als höchst fraglich, ob das Bundesgericht an dieser Qualifikation festhalten wird. Von grosser praktischer Bedeutung ist die Frage nach der Rechtsnatur des Verleihvertrages allerdings nicht.<sup>23</sup>

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle festzuhalten, dass das AVG vorschreibt, dass der-

<sup>10</sup> Vgl. bspw. BGE 123 II 16, E. 7; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 41 N 16.

<sup>11</sup> Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 regelt sowohl die Arbeitsvermittlung als auch den Personalverleih. Der Übersicht zuliebe verwendet der Autor lediglich den Begriff «Arbeitsvermittlungsgesetz», meint damit aber auch die Kodifizierung hinsichtlich des *Verleihs*. Er folgt damit der gesetzgeberischen Abkürzung «AVG».

<sup>12</sup> Art. 1 lit. a AVG.

<sup>13</sup> BGE 4C.60/2007, Urteil vom 28. Juni 2007, E. 4.1; *Vischer/Müller*, § 31 N 3.

<sup>14</sup> *Christoph Senti*, Auftrag oder Personalverleih?, in: *Schwander* (Hrsg.), AJP 2013 S. 356 ff. (nachfolgend: *Senti*, Auftrag oder Personalverleih?), S. 358; *ders.*, Untypischer Personalverleih, in: *Schwander* (Hrsg.), AJP 2008 S. 1498 ff. (nachfolgend: *Senti*, Untypischer Personalverleih), S. 1500; *Michael Kull*, in: *Kull* (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Stämpflis Handkommentar, Basel 2014 (nachfolgend: *Kull*), Art. 12 N 13.

<sup>15</sup> Art. 26 Abs. 1 AVV.

<sup>16</sup> *Dan Streit*, La location de services, in: Jusletter vom 11. Januar 2010.

<sup>17</sup> Ein Innominatsvertrag liegt vor, wenn er weder in der zweiten Abteilung des Obligationenrechts noch in einem Spezialgesetz besonders geordnet ist, vgl. *Peter Gauch, Walter R. Schluemp, Jörg Schmid*, OR AT, 10. Aufl., Zürich 2014 (nachfolgend: *Gauch/Schluemp/Schmid*), N 251 f.

<sup>18</sup> Art. 22 Abs. 1 AVG; Art. 40 Abs. 1<sup>bis</sup> AVV.

<sup>19</sup> Art. 34a AVV.

<sup>20</sup> So bspw. *Senti*, Auftrag oder Personalverleih?, S. 358; *Alfred Koller*, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, in: *Schwander* (Hrsg.), AJP 2014 S. 1627 ff. (nachfolgend: *Koller*, Dienstleistungsverträge), S. 1632; *ders.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 1 Rn. 4.

<sup>21</sup> Zur Formvorschrift vgl. die nachstehenden Ausführungen.

<sup>22</sup> BGE 119 V 357, E. 2a.

<sup>23</sup> Vgl. Ausführungen hiernach; *Koller*, Dienstleistungsverträge, S. 1632.

jenige, der gewerbsmässig Personalverleih betreibt, einer Bewilligungspflicht untersteht.<sup>24</sup> Das AVG beinhaltet folglich aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten zur Aufrechterhaltung der Bewilligung, womit auf das Vorliegen von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu schliessen ist. Allerdings beinhaltet das AVG bei näherer Betrachtung auch privatrechtliche Bestimmungen, weil es – wie noch zu zeigen sein wird – für beide Parteien relevante privatrechtliche Formvorschriften aufstellt. Als privatrechtlich sind die Normen zudem auch dann zu qualifizieren, wenn der Verleiher ausnahmsweise keiner Bewilligungspflicht untersteht, sich aber dennoch an die Vorgaben des AVG – allen voran an die Formvorschriften – zu halten hat. Bei denjenigen Bestimmungen, die sowohl *aufsichtsrechtliche* als auch *privatrechtliche Vorgaben* beinhalten, handelt es sich daher um sog. *Doppelnormen*.<sup>25</sup> Um eine Doppelnorm handelt es sich auch bei Art. 22 AVG, der den – hiernach zu beleuchtenden – Verleihvertrag normiert.

## 2. Praktische Problemkreise

Die Literatur misst dem arbeitsvertraglichen Verhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer sowie dem quasivertraglichen Verhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Arbeitnehmer grössere Bedeutung zu als dem zwischen Einsatzbetrieb und Verleiher bestehenden Verleihvertrag. Das erscheint insofern nachvollziehbar, als sich auch die Rechtsprechung vermehrt mit den arbeitsvertraglichen Konstellationen auseinanderzusetzen hat. Das Konfliktpotenzial in Bezug auf den Verleihvertrag – also aus dem Verhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Verleiher – ist aber nicht zu unterschätzen und hat in der jüngeren Vergangenheit auch unterschiedliche kantonale Gerichte beschäftigt. Dabei stehen jeweils folgende drei Themen im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen: Erstens ist nicht immer offensichtlich, dass es sich zwischen Einsatzbetrieb und Verleiher um einen Verleihvertrag nach AVG handelt, liegt doch in gewissen Konstellationen vielmehr ein Auftrag nach Art. 394 ff. OR vor. Zweitens haben die Verleiher ein Interesse an einheitlichen Verleihverträgen und versuchen deshalb, individuelle Vereinbarungen weitestgehend zu vermeiden. Der Verleiher versucht deshalb regelmässig, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zum Vertragsbestandteil zu erheben. Letzteres führt nicht selten zu Kontroversen, insbesondere wenn nicht klar ist, ob die AGB rechts-

gültig vereinbart wurden. Schliesslich stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Höhe einer Entschädigung zugunsten des Verleihers, wenn der Einsatzbetrieb den Arbeitnehmer direkt anstellt und so den Verleiher aus dem Dreiparteienverhältnis ausschliesst (sog. Vermittlungsentschädigung).

Hinsichtlich der Vertragsqualifikation, kann auf den lesenswerten Aufsatz von *Senti* verwiesen werden<sup>26</sup>. Bezüglich der rechtsgültigen Vereinbarung von AGB kann, auch im Bereich des Arbeitsvermittlungsrechts, auf die diesbezüglich einschlägige Literatur abgestellt werden.<sup>27</sup> Die Frage, ob die AGB rechtsgültig zum Vertragsbestandteil erhoben wurden, ist allerdings eng an den letztgenannten Problemkreis geknüpft, weshalb diese im vorliegenden Aufsatz nicht gänzlich ausgeblendet werden kann. Denn stellt das Gericht erst einmal fest, dass die AGB des Verleihers keinen Vertragsbestandteil bilden, stellt sich für den Verleiher die in finanzieller Hinsicht höchst relevante Frage, ob er dennoch Anspruch auf eine Vermittlungsentschädigung nach Art. 22 Abs. 3 AVG hat, obwohl diese Entschädigung ausschliesslich in seinen AGB erwähnt ist.<sup>28</sup> Auf diese Frage wird nachfolgend eingegangen.

## II. Abschluss des Verleihvertrages

### 1. Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

Der Oberbegriff «Personalverleih» umfasst die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe.<sup>29</sup> Weil diese Unterscheidung aus der Optik des Einsatzbetriebs nicht von Relevanz und der Verleihvertrag in allen Varianten derselbe ist, wird vorliegend auf die Behandlung der verschiedenen Formen des Personalverleihs verzichtet.<sup>30</sup> Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Pflicht zum Abschluss eines Verleihvertrages nach den Vorschriften von Art. 22 AVG auch für Verleiher gilt, die keiner Bewilligungspflicht nach

<sup>26</sup> *Senti*, Auftrag oder Personalverleih?, S. 356 ff.; vgl. auch BGer 2C\_356/2012, Urteil vom 11. Februar 2013.

<sup>27</sup> Insb. *Roman Perrig*, Die AGB-Zugänglichkeitsregel. Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Dissertation Basel, in: *Basler Reihen zur Rechtswissenschaft*. Reihe A: Privatrecht (Band 102), Basel 2011, S. 464 ff.

<sup>28</sup> Zur Frage, ob es ausreicht die Pflicht zur Leistung einer Vermittlungsentschädigung in den AGB zu vereinbaren oder ob dies in den Vertrag integriert werden muss, vgl. die nachstehenden Ausführungen.

<sup>29</sup> Art. 27 Abs. 1 AVV.

<sup>30</sup> Ausführlich dazu *Manfred Rehbindler*, Arbeitsvermittlungsgesetz, Zürich 1991 (nachfolgend: *Rehbindler*), Art. 12, S. 49; *Kull*, Art. 12 N 5 ff.

<sup>24</sup> Art. 12 AVG, vgl. Ausführungen hiernach.

<sup>25</sup> *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsverfahren, 7. Aufl., Zürich 2016, N 241 ff.

Art. 12 ff. AVG unterstehen.<sup>31</sup> Insbesondere sind die Vorschriften über den Verleihvertrag auch bei fehlender Gewerbmässigkeit<sup>32</sup> – man spricht dann von «gelegentlichem Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe»<sup>33</sup> – zu beachten.

Der Verleihvertrag muss *schriftlich* abgeschlossen werden, und zwar *vor* Arbeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer.<sup>34</sup> Nicht nur der Verleihvertrag an sich, sondern auch alle Änderungen, Zusatzvereinbarungen und Spezifikationen haben schriftlich zu erfolgen.<sup>35</sup> Der Formvorschrift ist erst Genüge getan, wenn der Mindestinhalt nach Art. 22 Abs. 1 AVG in den Vertrag Eingang gefunden hat und der Vertrag von *beiden* Parteien unterschrieben worden ist.<sup>36</sup> Art. 50 AVV enthält allerdings eine vorläufige Ausnahmeregelung, welche besagt, dass der schriftliche Verleihvertrag erst *nach* der Arbeitsaufnahme vorliegen muss, wenn die zeitliche Dringlichkeit einen schriftlichen Vertragsschluss vor der Arbeitsaufnahme nicht zulässt. Damit hat der Verordnungsgeber seine Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen<sup>37</sup> in unzulässiger Weise überschritten, denn Art. 22 AVG sieht nicht – wie üblich – einen «In-der-Regel-Vorbehalt» vor.<sup>38</sup> Dass die Ausnahmeregelung einem praktischen Bedürfnis Rechnung trägt, vermag an ihrer Rechtswidrigkeit nichts zu ändern.<sup>39</sup> Immerhin verzichtet Art. 50 AVV, im Gegensatz zu den Bestimmungen zum Arbeitsvertrag,<sup>40</sup> richtigerweise darauf, in bestimmten Fällen ganz vom Schriftpfordernis des Verleihvertrages abzusehen. Abgesehen von der Rechtswidrigkeit von Art. 50 AVV definieren weder die Materialien noch die «Weisungen und Erläuterungen» des SECO, was unter «zeitlicher Dringlichkeit» zu verstehen ist.<sup>41</sup> Die

Ausnahmeregelung ist – wenn überhaupt – mit grosser Zurückhaltung anzuwenden: Im heutigen Zeitalter der modernen Kommunikationstechnologie, ist es für den Verleiher ein Einfaches, dem Einsatzbetrieb den Verleihvertrag mittels E-Mail oder Fax zuzustellen. Überwiegend handelt es sich nämlich bei den Verleihverträgen um formularähnliche Verträge, die vom Verleiher innert weniger Minuten ausgefüllt werden können. Selbst wenn der Einsatz des Arbeitnehmers kurze Zeit nach dem mündlichen Vertragsschluss stattfinden soll, wird es dem Verleiher in der Regel möglich sein, dem Einsatzbetrieb die erforderlichen Unterlagen mit der Aufforderung zur Retournierung und dem Hinweis, dass der Vertrag erst nach Retournierung zustande komme, zuzustellen. Keinesfalls soll der Verleiher die Verletzung der Formvorschrift mit der Entschuldigung umgehen können, der Einsatzbetrieb hätte ihm den Verleihvertrag nicht unterschrieben retourniert. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 AVG obliegt die Pflicht zur Einhaltung der Formvorschriften nämlich explizit dem Verleiher.

Wie bereits erwähnt, ist der Arbeitnehmer eine nicht am Verleihvertrag beteiligte Partei. Der Verleihvertrag muss nicht einmal den Namen des Arbeitnehmers enthalten.<sup>42</sup> Letzteres ergibt sich daraus, dass der Einsatzbetrieb keinen Anspruch auf Einsatz einer bestimmten Person hat, sondern nur auf den Einsatz eines Arbeitnehmers, der die zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb vereinbarten Qualifikationen aufweist.<sup>43</sup> Es erscheint daher sachgemäss, dass der Verleihvertrag unabhängig von der Anzahl der eingesetzten Arbeitnehmer abgeschlossen wird. Der Verleihvertrag muss demnach nicht für jeden einzusetzenden Arbeitnehmer neu abgeschlossen werden, soweit dieser im Sinne des im Verleihvertrag definierten Rahmens ausgetauscht werden kann, mithin ersetzbar ist.<sup>44</sup>

<sup>31</sup> Weisungen SECO, S. 144.

<sup>32</sup> Gewerbmässig verleiht, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder wer mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens CHF 100000.00 erzielt (Art. 29 Abs. 1 AVV). Die Regelmässigkeit ist zu bejahen, wenn innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen Arbeitnehmers oder einer Gruppe von Arbeitnehmern mit Einsatzbetrieben abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV).

<sup>33</sup> Art. 27 Abs. 4 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 AVV.

<sup>34</sup> Art. 22 Abs. 1 AVG.

<sup>35</sup> Art. 12 OR; *Senti*, Untypischer Personalverleih, S. 1507; *Reto Krummenacher/Ann Weibel*, in: *Kull* (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Stämpfli Handkommentar, Basel 2014 (nachfolgend: *Krummenacher/Weibel*), Art. 12 N 13; *Rehbinder*, Art. 22, S. 70.

<sup>36</sup> *Rehbinder*, Art. 22, S. 70 f.; *Weisungen SECO*, S. 144.

<sup>37</sup> Art. 41 Abs. 1 AVV.

<sup>38</sup> Auch die Botschaft erwähnt die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung nicht, BBl 1985 III 927, S. 617.

<sup>39</sup> Dahin gehend auch *Rehbinder*, Art. 22, S. 70 f.; *Pierre Matile/José Zilla*, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12–39 LES), in: *Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal* (Hrsg.), Centre d'étude des relations du travail, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2006 (nachfolgend: *Matile/Zilla*), S. 227.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 48 AVV.

<sup>41</sup> Weisungen SECO, S. 144.

## 2. Mindestinhalt des Verleihvertrages

### a) Zweck des Mindestinhaltes

Das AVG schreibt – mehr oder weniger – detailliert vor, welche Inhalte im Verleihvertrag zu regeln sind. Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a bis f fallen darunter: sowohl die *Adresse* des Verleihers als auch die *Adresse* der Bewilligungsbehörde, die *berufliche Qua-*

<sup>42</sup> Vgl. zum Inhalt des Verleihvertrages die nachstehenden Ausführungen.

<sup>43</sup> *Roland Bachmann*, Besprechung von BGE 129 III 124, I. Zivilabteilung, Urteil vom 7. Januar 2003 (4C.327/2002), in: *ARV 2004* S. 14 ff.

<sup>44</sup> Weisungen SECO, S. 144.

ifikation 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. Dabei handelt es sich um vom Gesetzgeber zwingend vorgeschriebene Vertragsinhalte, auch wenn die Botschaft nur von «wesentlichen Vertragsbedingungen»<sup>45</sup> spricht. Regelt der Verleihvertrag eines der in Art. 22 Abs. 1 AVG vorgesehenen Inhaltselemente nicht oder nur unvollständig, so liegt ein formfehlerhafter Verleihvertrag vor.<sup>46</sup> Vorausgesetzt bleibt selbstverständlich stets, dass sich die Parteien über die wesentlichen Vertragsinhalte einigen konnten (sog. essentialia negotii). Ist dies nicht der Fall, liegt nicht etwa ein formfehlerhafter Verleihvertrag vor, da ein solcher gar nicht erst zustande gekommen ist.

Infolge der vom Gesetzgeber vorgesehenen Schriftlichkeit und des gesetzlichen Mindestinhalts kommt dem Verleihvertrag zunächst einmal eine Beweis- und Schutzfunktion zu. Die Botschaft nennt diese explizit im Hinblick auf den Leiharbeiter, «insbesondere betreffend das Recht zum Übertritt in den Einsatzbetrieb»<sup>47</sup>, was insofern nur als beispielhafte Aufzählung gelten kann, zumal von der Beweis- und Schutzfunktion in erster Linie die Vertragsparteien des Verleihvertrages und damit der Verleiher und der Einsatzbetrieb profitieren. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, beschränkt sich der Zweck des Mindestinhalts aber nicht auf die Beweis- und Schutzfunktion. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Formvorschrift, von der die Gültigkeit des Vertrages abhängt.<sup>48</sup> Besondere Bedeutung erlangt der Verleihvertrag für den betroffenen Arbeitnehmer vor allem dann, wenn der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher nicht schriftlich abgeschlossen wurde.<sup>49</sup> Zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb wird der Verleihvertrag im Falle einer Auseinandersetzung allerdings primäres Beweismittel sein.

#### b) Mindestinhalt in AGB?

Weitere Angaben zum Mindestinhalt des Verleihvertrages finden sich weder im Gesetz noch in der Verordnung. Das erscheint insofern bemerkenswert, als dass der Verleiher, der seine Tätigkeit als Personalverleih bewilligen lassen möchte, gemäss

Art. 40 Abs. 1<sup>bis</sup> i. V. m. Art. 34a AVV ein Muster des Verleihvertrages einzureichen hat, welches die Bewilligungsbehörde «prüft». In welchem Rahmen diese Prüfung erfolgen soll, ist – abgesehen von der Regelung des Mindestinhalts in Art. 22 Abs. 1 AVG – nicht normiert. Immerhin hat das SECO in seinen Weisungen und Erläuterungen zum AVG ein «Muster für einen Verleihvertrag» publiziert.<sup>50</sup>

Das SECO geht in seinen Weisungen explizit davon aus, dass der Verleiher mit seinen geschäftseigenen AGB arbeiten darf. Es genüge aber nicht, wenn der Verleiher dem Einsatzbetrieb die AGB und/oder eine Einsatzbestätigung lediglich zur Kenntnisnahme zukommen lasse. Vielmehr verlange Art. 22 Abs. 1 AVG, dass der vollständige Vertrag gegengezeichnet werde.<sup>51</sup>

Vorderhand ist festzuhalten, dass die äussere Erscheinung der AGB nach dem hier vertretenen Verständnis für die Qualifikation als solche keine Rolle spielt. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Klauseln in die Vertragsurkunde selber aufgenommen werden oder in einem separaten Dokument, auf das im Vertrag verwiesen wird. Um AGB handelt es sich demnach bei Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Vertragstyps vorformuliert wurden.<sup>52</sup>

Offensichtlich verwendet das SECO die Begrifflichkeit AGB aber nicht (nur) im hier erläuterten Sinn. Vielmehr scheint es von einem formalen Begriff auszugehen, wonach es sich dann um AGB handelt, wenn die vorformulierten Vertragsbestimmungen in einem separaten Dokument – bspw. auch auf der Rückseite der Vertragsurkunde – abgedruckt sind und sich die Parteien in der Vertragsurkunde mit einer Verweisung darauf begnügen. Anders kann die Formulierung des SECO, «die AGB können auch einen integrierten Bestandteil bilden», nicht erklärt werden, denn – wie hiervor erwähnt – ist für die Qualifikation als AGB irrelevant, ob diese im Vertrag integriert oder mittels Verweis zum Vertragsbestandteil erhoben werden.

Was genau meint nun das SECO, wenn es vorschreibt, der «vollständige Vertrag» sei gegenzuzeichnen?<sup>53</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht ist darunter zweierlei zu verstehen: Zum einen ist der gesetzliche Mindestinhalt von Verleihverträgen in der Vertragsurkunde selbst und eben nicht mittels Verweis auf (externe) AGB des Verleihers zu

<sup>45</sup> BBl 1985 III 927, S. 617.

<sup>46</sup> Zu den Folgen der Formverletzung vgl. die nachstehenden Ausführungen unter Ziff. III.

<sup>47</sup> BBl 1985 III 927, S. 617.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu Ausführungen unter Ziff. III.

<sup>49</sup> Reh binder, Art. 22, S. 70.

<sup>50</sup> Weisungen SECO, S. 149 f.

<sup>51</sup> Weisungen SECO, S. 144 f.

<sup>52</sup> Gauch/Schlu ep/Schmid, N 1117 f.; Florent Thouvenin, in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zürich 2013, Art. 8 N 1 und 78; Markus Vischer, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, in: Schwander (Hrsg.), AJP 2014 S. 964 ff., S. 965.

<sup>53</sup> Weisungen SECO, S. 144 f.

regeln. Der Einsatzbetrieb soll mit anderen Worten vom Mindestinhalt nach Art. 22 Abs. 1 AVG in jedem Fall Kenntnis nehmen können, ohne die separaten AGB des Verleihers studieren zu müssen. Die oben zitierte Formulierung des SECO ist demnach wie folgt zu verstehen: «Der Verleiher darf seine vorformulierten Vertragsbestimmungen im Verleihvertrag verwenden. Dies allerdings nur, sofern sie direkt in die Vertragsurkunde aufgenommen werden. Ein Verweis in der Vertragsurkunde auf nicht in der Letzteren integrierte Vertragsbestimmungen reicht hierfür nicht aus.» Zum anderen sind darüber hinausgehende Vereinbarungen und Spezifikationen<sup>54</sup> in den AGB zulässig, und zwar auch mittels Verweisungsnorm.

Für den Verleiher bildet der Umstand, dass er seine AGB nicht mittels Verweisung zum Vertragsbestandteil erheben darf, sondern diese in die Vertragsurkunde zu integrieren<sup>55</sup> hat, eine marginale Einschränkung in formaler Hinsicht. Diese Einschränkung zulasten des Verleihers erscheint gerechtfertigt: Das Arbeitsvermittlungsrecht ist ein komplexes Rechtsgebiet, das insbesondere für kleine und mittlere Unternehmungen nur schwer respektive erst nach Konsultation eines Experten greifbar wird. Der Einsatzbetrieb hat unter Umständen keinerlei Erfahrungen mit Verleihbetrieben, weshalb er auf eine klare vertragliche Vereinbarung angewiesen ist. Aufseiten des Verleihers führt dies zudem nicht zu einer administrativen Mehrbelastung: Ob er die Vertragsvereinbarungen in der Vertragsurkunde selbst oder in einem separaten Dokument festhält, spielt für ihn keine Rolle.

Diese vom SECO spezifizierten Anforderungen gehen im Übrigen nicht über das vom Gesetzgeber Vorgesehene hinaus: Der Gesetzgeber legt den Inhalt und die Form des Verleihvertrages im Sinne einer Gültigkeitsvorschrift auf Gesetzesebene fest. Es ist demnach zu verlangen, dass die Formvorschriften nicht mittels Verweisungsnorm im Verleihvertrag abgeschwächt bzw. gar ausgehebelt werden dürfen.<sup>56</sup>

Nach hier vertretener Ansicht sollten die Bewilligungsbehörden die Muster der Verleihverträge daher nur bewilligen, sofern die Mindestinhalte nach Art. 22 Abs. 1 AVG im Vertrag selbst und nur allfällige zusätzliche Vereinbarungen in den AGB – die diesfalls selbstverständlich auch mittels Verweisung zum Vertragsbestandteil erhoben werden können – geregelt sind. Das vom SECO publizierte

Muster des Verleihvertrages erscheint unter diesem Aspekt übernehmenswert.<sup>57</sup>

c) *Entschädigung bei Übertritt des Arbeitnehmers zum Einsatzbetrieb (Vermittlungsentschädigung)*

Dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer steht es frei, einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR abzuschliessen. In der Praxis wird der Arbeitnehmer diesfalls den Arbeitsvertrag mit dem Verleiher und der Einsatzbetrieb den Verleihvertrag mit dem Verleiher kündigen. In der Folge wird der Verleiher – allenfalls ohne dessen Einverständnis und jedenfalls ohne dessen Mitwirkung – aus dem Dreiparteienverhältnis ausgeschlossen. Nach Kündigung der Verträge im vorstehenden Sinne liegt demnach nur noch ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag zwischen dem ursprünglichen Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer vor.

Vereinbarungen im Verleihvertrag, die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen, nach Ende des Einsatzes mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abzuschliessen, sind nichtig.<sup>58</sup> Da der Verleiher zu einem früheren Zeitpunkt aber insbesondere die Kosten der Akquisition der eingesetzten Arbeitnehmer zu tragen hatte, dürften seine Auslagen bei einem kurzfristigen Verleihverhältnis kaum gedeckt sein. Für ihn stellt die direkte Übernahme des Arbeitnehmers durch den Einsatzbetrieb daher eine finanzielle Gefahr dar.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber statuiert deshalb in Art. 22 Abs. 3 AVG eine Ausnahmeregelung vom Grundsatz der Nichtigkeit: Hiernach sind Vereinbarungen zulässig, gemäss denen der Verleiher vom Einsatzbetrieb eine Entschädigung verlangen kann, wenn der Einsatz weniger als drei Monate gedauert hat und der Arbeitnehmer weniger als drei Monate nach Ende dieses Einsatzes in den Einsatzbetrieb übertritt. Im Umkehrschluss ist daher eine *Vermittlungsentschädigung*<sup>60</sup> in jedem Fall *ausgeschlossen*, wenn der Einsatz länger als drei Monate gedauert hat und der Übertritt in den Einsatzbetrieb länger als drei Monate seit Ende des Einsatzes zurückliegt.<sup>61</sup> Diese Ausnahmeregelung schützt den Verleiher davor, als billiger Vermittler ausgenutzt oder zum Zwecke des Erprobens der Arbeitskraft missbraucht zu werden.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Weisungen SECO, S. 149 f.

<sup>58</sup> Art. 22 Abs. 2 AVG; *Rehbinder*, Art. 22, S. 71.

<sup>59</sup> BBl 1985 III 927, S. 617; *Rehbinder*, Art. 22, S. 72.

<sup>60</sup> So die Begrifflichkeit der Botschaft in BBl 1985 III 927, S. 618, die aber nicht mit der Vermittlungsprovision nach Art. 9 Abs. 1 AVG verwechselt werden darf.

<sup>61</sup> Weisungen SECO, S. 144 f.

<sup>62</sup> *Andreas Ritter*, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, Diss. Zürich 1994, S. 157; *Hubert Stöckli*, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, in: *recht 2010* S. 137 ff., S. 271.

<sup>54</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht dürfen auch sich auf den gesetzlichen Mindestinhalt beziehende Spezifikationen in den AGB des Verleihers geregelt sein.

<sup>55</sup> Darauf will das SECO hinaus, wenn es sagt, es sei dem Verleiher erlaubt, seine allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Verleihvertrag zu integrieren, Weisungen SECO, S. 144 f.

<sup>56</sup> Art. 41 Abs. 1 AVG i.V.m. Art. 62 AVV.

Die Vermittlungsentschädigung darf nicht höher sein als der Betrag, den der Einsatzbetrieb dem Verleiher bei einem dreimonatigen Einsatz für Verwaltungsaufwand und Gewinn zu bezahlen hätte. Das bereits geleistete Entgelt für Verwaltungsaufwand und Gewinn muss der Verleiher von der Entschädigung abziehen.<sup>63</sup> Sowohl für die Höhe des Gewinns als auch für jene des Verwaltungsaufwandes trägt der Verleiher die Beweislast. Mit dieser Regelung wird versucht, ein Interessensausgleich zu erreichen: Einerseits soll – wie hiervor erwähnt – der Verleiher nicht als billiger Vermittler ausgenutzt werden, andererseits bezweckt die Regelung, dem öffentlichen Interesse gerecht zu werden, den Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten und einen flexiblen Arbeitsmarkt zu erhalten. Die dreimonatige Frist entspricht laut der Botschaft empirischen Erhebungen, wonach bei Erreichen dieser Dauer der Verwaltungsaufwand des Verleihers zuzüglich eines angemessenen Gewinns gedeckt sein dürfte.<sup>64</sup> Auf jeden Fall unzulässig bleibt aber die Vereinbarung einer betragsmässig bestimmten Konventionalstrafe.<sup>65</sup>

Die Vermittlungsentschädigung fällt beim Einsatzbetrieb als Kosten des Verleihs an. Die dahin gehende Vereinbarung stellt daher einen Bestandteil des zwingenden Mindestinhalts i. S. v. Art. 22 Abs. 1 lit. f AVG dar. Ist die Vermittlungsentschädigung nicht vereinbart, so ist sie nicht geschuldet, selbst wenn diese im Rahmen von Art. 22 Abs. 3 AVG zulässig wäre. In Anbetracht der obigen Erwägungen ist die Vereinbarung der Vermittlungsentschädigung in der Vertragsurkunde des Verleihvertrages selbst und nicht mittels Verweisung auf die (externen) AGB festzuhalten. Dahingegen darf der Verleiher hinsichtlich der Bemessung – die sich selbstverständlich innerhalb der Vorgaben von Art. 22 Abs. 4 AVG bewegen muss – auf seine AGB verweisen.

Der Empfehlung von *Krummenacher/Weibel*,<sup>66</sup> wonach der Verleiher, der es versäumt hat, die Vermittlungsentschädigung im Verleihvertrag zu vereinbaren, dieses Versehen korrigieren kann, indem er die Vereinbarung in den AGB auf der Rückseite der Arbeitsrapporte abdruckt, kann nicht gefolgt werden: Abgesehen davon, dass die Vermittlungsentschädigung nach der hier vertretenen Ansicht gar nicht mittels Verweisung auf die AGB vereinbart werden darf, muss die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB *im Zeitpunkt des Vertragschlusses* bestehen. Werden die AGB nachgereicht oder sind diese erst später verfügbar, können diese in der Regel nur dann als übernommen gelten,

wenn dies beide Parteien nachträglich explizit festhalten, andernfalls es am Nachweis eines entsprechenden Konsenses zwischen den Parteien fehlt.<sup>67</sup> Das Nachschieben der AGB mittels Arbeitsrapporten kann höchstens als Antrag des Verleihers zur Vertragsänderung gelten, der vom Einsatzbetrieb nur dann als angenommen gilt, wenn dieser dies explizit erklärt. Letzteres dürfte in den wenigsten Fällen vorliegen. Vielmehr werden die AGB selbst dann, wenn sie auf der Rückseite von Arbeitsrapporten abgedruckt sind und vom Einsatzbetrieb unterschrieben werden, grundsätzlich nicht zum Vertragsbestandteil erhoben.<sup>68</sup> In ebendiesen Fällen kann eine Vermittlungsentschädigung nicht als rechtsgültig vereinbart gelten, weshalb der Verleiher eine solche gestützt auf Verleihvertragsrecht nicht geltend machen kann.<sup>69</sup>

### III. Verletzung der Formvorschriften und deren Folgen

Nachdem der Zeitpunkt des Verleihvertragabschlusses und dessen Mindestinhalte besprochen sind, ist nunmehr die Frage nach den Folgen bei Nichteinhalten der Form- und Inhaltsvorschriften durch die Vertragsparteien zu behandeln.

#### 1. Straf- und aufsichtsrechtliche Folgen

Vorab ist zwischen *straf-, aufsichts- und zivilrechtlichen Folgen* zu unterscheiden: Der Verleiher nämlich, der die Mindestinhalte nach Art. 22 Abs. 1 AVG nicht vollständig in den Verleihvertrag aufnimmt oder unzulässige Vereinbarungen trifft, wird mit Busse bestraft.<sup>70</sup> In aufsichtsrechtlicher Hinsicht riskiert der Verleiher – als ultima ratio – den Entzug der Bewilligung, wenn er den Verleihvertrag nicht in schriftlicher Form oder unvollständig abschliesst.<sup>71</sup> Unklar sind hingegen die zivilrechtlichen Folgen. Auf diese wird im Folgenden eingegangen.

#### 2. Zivilrechtliche Folgen

Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich vorschreibt. Ist über Bedeutung

<sup>63</sup> Art. 22 Abs. 4 AVG.

<sup>64</sup> BBI 1985 III 927, S. 618.

<sup>65</sup> So explizit die Botschaft in BBI 1985 III 927, S. 618.

<sup>66</sup> *Krummenacher/Weibel*, Art. 22 N 8.

<sup>67</sup> *Eva Maissen*, Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), in: ZStP 248 (2012) N 137 ff.

<sup>68</sup> Vgl. auch Urteil vom 11. Februar 2014 des Obergerichts des Kantons Zürich, PP130048, E. 6.3.5.

<sup>69</sup> Auch gestützt auf Mäklerverstragsrecht besteht kein dahin gehender Anspruch, vgl. Ziff. IV.

<sup>70</sup> Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG.

<sup>71</sup> Art. 16 AVG; BBI 1985 III 927, S. 617.

und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.<sup>72</sup> Sieht das Gesetz keine spezielle Regelung vor, so füllt Art. 11 Abs. 2 OR «lückenhafte Formvorschriften, welche keine Regelung über die Folgen der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form enthalten, gesamthaft und zwingend aus, und zwar in dem Sinn, dass die Form Gültigkeitserfordernis ist»<sup>73</sup>. Mit anderen Worten gilt der Grundsatz, dass der Vertrag ungültig ist, wenn die Formvorschriften nicht eingehalten werden, und die Ausnahme, dass das Gesetz im Einzelfall die Folgen einer Formverletzung speziell regeln kann.

Die Frage, ob in Bezug auf den Verleihvertrag im vorstehenden Sinne der Grundsatz oder die Ausnahme Anwendung findet, ist anhand der folgenden Schritte zu eruieren.

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob das Verleihvertragsrecht spezielle Folgen der Formverletzung vorsieht. Dann nämlich gilt die oben genannte Ausnahme, wonach die spezialgesetzliche Regelung dem Grundsatz vorgeht. In einem zweiten Schritt ist sodann zu klären, was für diejenigen Fälle gilt, in denen das Verleihvertragsrecht keine Regelungen vorsieht. Diesfalls gilt der genannte Grundsatz: Die Formverletzung führt zur Ungültigkeit des Vertrages. Schliesslich ist – in einem dritten Schritt – zu entscheiden, inwiefern sich die Ungültigkeit des Vertrages auf das Verleihvertragsverhältnis auswirkt.

#### a) *Spezialrechtliche Vorschriften des Verleihvertragsrechts*

Das *Verleihvertragsrecht* selbst sieht in zwei Konstellationen explizit die *Nichtigkeit* von Vereinbarungen vor.

Erstens sind Vereinbarungen, die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen, nach Ende des Einsatzes mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abzuschliessen, *nichtig*, wenn sie nicht in den – hiervor bereits besprochenen – Anwendungsbereich von Art. 22 Abs. 3 AVG fallen.<sup>74</sup> Vereinbaren die Vertragsparteien beispielsweise, dass bei Festanstellung des Arbeitnehmers durch den Einsatzbetrieb ein bestimmter Betrag bedingungslos geschuldet ist, so ist diese Vereinbarung *nichtig*. Die Entschädigung wird daher nicht etwa auf das nach Art. 22 Abs. 3 AVG zulässige Mass reduziert, sondern der Vereinbarung wird

die Anwendung gänzlich versagt. Richtigerweise handelt es sich dabei aber um eine Regelung bezüglich eines Inhaltsmangels und dessen Folgen. Sie kann daher also nicht als spezialgesetzliche Vorgabe im hiervor erwähnten Sinn verstanden werden.

Zweitens ist der Verleihvertrag *nichtig*, wenn der Verleiher nicht über die Bewilligung zur Ausübung der Verleihtätigkeit verfügt.<sup>75</sup> In diesem Fall erklärt das Verleihvertragsrecht die Bestimmungen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen und die ungerechtfertigte Bereicherung für direkt anwendbar. Der Verleihvertrag des Verleihers *ohne Bewilligung* ist immer und ausnahmslos *nichtig*, weshalb weder er noch der Einsatzbetrieb gestützt darauf Ansprüche geltend machen können. Dem Verleiher bleibt diesfalls nichts anderes übrig, als seine Entschädigungsansprüche – in der Praxis handelt es sich zumeist um stundenbasierte Entschädigungen für den Einsatz des Arbeitnehmers oder um die Geltendmachung einer Vermittlungsentschädigung – gestützt auf Art. 41 OR oder Art. 62 OR einzufordern. Die Anwendung von *Mäklervertragsrecht* ist ausgeschlossen.<sup>76</sup> Letzteres erscheint durchaus gerechtfertigt: Der Verleiher, der ohne Bewilligung als solcher tätig ist, soll nicht gestützt auf Mäklervertragsrecht – das bezüglich der Ausgestaltung von Verträgen weniger Hürden aufstellt – bessergestellt werden als der Verleiher, der über die erforderliche Bewilligung verfügt.<sup>77</sup> Auch diese Norm bezieht sich aber nicht auf die Formvorschrift als solche, regelt sie doch bloss die aufsichts- und privatrechtlichen Folgen für den Verleiher, der ohne Bewilligung als solcher tätig war, obwohl er hierfür eine Bewilligung gebraucht hätte.

#### b) *Verletzung des Schrift- und Mindestinhaltserfordernisses*

Wie hiervor festgestellt, ist der Verleihvertrag *nichtig*, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Bewilligung vorweisen kann. Die folgenden Ausführungen gelten demnach nur für Verleihverträge, für die dem am Vertrag beteiligten Verleiher die entsprechende Bewilligung vom zuständigen Amt erteilt wurde.

Das Verleihvertragsrecht enthält – wie soeben festgestellt – keine spezialgesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Folgen einer Formverletzung.

<sup>72</sup> Art. 11 OR.

<sup>73</sup> BGE 108 II 296 E. 3 S. 299 f.; vgl. auch 120 II 341 E. 4b S. 346; Gauch/Schluemp/Schmid, N 547.

<sup>74</sup> Art. 22 Abs. 2 AVG.

<sup>75</sup> Art. 22 Abs. 4 AVG.

<sup>76</sup> Art. 22 Abs. 5 AVG e contrario.

<sup>77</sup> Zur Frage, ob das Mäklervertragsrecht im Bereich des AVG überhaupt zur Anwendung gelangt, vgl. die nachfolgenden Ausführungen.



Dennoch sind sich Lehre und Rechtsprechung uneinig darüber, ob es sich beim Schrift- und Mindestinhaltsanfordernis um eine Gültigkeitsvorschrift handelt: Während sich ein Teil der Lehre mit dem Hinweis begnügt, das Schriftformerfordernis diene lediglich der Beweis- und Schutzfunktion – ohne hierfür eine Begründung anzuführen<sup>78</sup> –, hat die Rechtsprechung – insbesondere das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen – die analoge Anwendbarkeit von Art. 19 AVG auf den Verleihvertrag befürwortet.<sup>79</sup> Art. 19 AVG regelt den Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer und hält fest, dass der Arbeitsvertrag nicht in jedem Fall schriftlich abgeschlossen werden muss, und regelt die Folgen der Verletzung der Form- und Inhaltsvorschriften explizit.<sup>80</sup> Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage soweit ersichtlich bis anhin nicht befasst.

Diejenigen Autoren<sup>81</sup> – vereinzelt auch die Rechtsprechung<sup>82</sup> – die aus dem Schriftformerfordernis des Verleihvertrages lediglich eine *Beweis- und Schutzfunktion* ableiten, stützen ihre Ansicht auf die Ausführungen in der Botschaft, wonach der Verleihvertrag durch das Schriftformerfordernis «mittelbar Beweis- und Schutzfunktion für den Leiharbeiter, insbesondere betreffend das Recht zum Übertritt in den Einsatzbetrieb»<sup>83</sup>, bekomme. Dabei wird aus hiesiger Sicht verkannt, dass sich die Botschaft lediglich zum Verhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer äussert. Da der Arbeitnehmer selbst nicht Vertragspartei des Verleihvertrages ist, kann er sich nicht auf die Ungültigkeit des Verleihvertrages berufen, weil der Nichtigkeit nach der neueren Lehre keine *erga omnes*-Wirkung (mehr) zukommt.<sup>84</sup> Auf die Ungültigkeit des Verleihvertrages infolge Verletzung der Form- und Inhaltsvorschriften können sich m. a. W. nur der Verleiher und der Einsatzbetrieb berufen. Für den Arbeitnehmer haben die Form- und Inhaltsvorschriften in Art. 22 AVG deshalb lediglich – so auch die Botschaft – eine «mittelbare» (Beweis- und Schutz-)Funktion.

Vereinzelt wird das Vorliegen einer Gültigkeitsvorschrift auch mit dem Argument verneint, die vom Gesetzgeber explizit vorgesehenen Nichtigkeitsgründe<sup>85</sup> würden den *Schutz der sozial schwä-*

*cheren, arbeitnehmenden Vertragspartei* bezwecken. Weil der Gesetzgeber explizit in einigen Fällen die Nichtigkeit als Folge der Missachtung gesetzlicher Vorschriften vorgesehen habe, könne davon ausgegangen werden, die Missachtung der Schriftform sei bewusst nicht als Nichtigkeitsgrund statuiert worden.<sup>86</sup> Diese Argumentation geht fehl, da sie Folgendes verkennt: Am Verleihvertrag sind lediglich der Einsatzbetrieb und der Verleiher beteiligt. Der Arbeitnehmer ist nicht Vertragspartei. Er hat daher nur dort eine Handhabe, sich gegen unzulässige Abreden im Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb zu wehren, wo die Nichtigkeit explizit vom Gesetzgeber angeordnet wird. Dies soll folgendes Beispiel veranschaulichen:

Im Verleihvertrag wird vereinbart, dass der Einsatzbetrieb dem Verleiher einen Betrag von CHF 20000.00 schuldet, sofern der Arbeitnehmer beim Einsatzbetrieb eine Festanstellung erhält. Der Einsatzbetrieb würde den Arbeitnehmer nun gerne einstellen, der genannte Betrag ist dem Betrieb aber zu hoch, weshalb dem Arbeitnehmer mitgeteilt wird, dass eine Festanstellung nicht erfolgen könne. Dagegen kann sich der Arbeitnehmer wehren, denn der Gesetzgeber ordnet in Art. 22 Abs. 2 AVG explizit an, dass eine solche Vereinbarung im Verleihvertrag nichtig ist. Die Vereinbarung wird mit anderen Worten so behandelt, als wäre sie gar nie geschlossen worden, und zwar auch dann, wenn sich keine der Verleihvertragsparteien (Einsatzbetrieb oder Verleiher) auf die Nichtigkeit berufen muss. Ohne diese explizite Regelung wäre der Arbeitnehmer vom Tätigwerden des Einsatzbetriebs abhängig, denn nur dieser könnte sich diesfalls auf die Ungültigkeit (und damit auf die Teilnichtigkeit) der erwähnten Vereinbarung berufen.<sup>87</sup>

Das obige Beispiel zeigt, dass Art. 22 Abs. 2 AVG tatsächlich dem Schutz der sozial schwächeren, arbeitnehmenden Partei dient. Sie hat nämlich den Zweck, dass der Einsatzbetrieb nicht gegen den Verleiher vorzugehen braucht, denn die Vereinbarung ist – aufgrund expliziter gesetzlicher Anordnung – nichtig. Daraus abzuleiten, der Gesetzgeber hätte die Nichtigkeit hinsichtlich des Schriftformerfordernisses explizit erwähnt, wenn dies gewollt gewesen wäre, greift nicht: Die vom Gesetzgeber gewählte Systematik in Art. 22 AVG ist durchdacht. Die Nichtigkeit ist in den Fällen explizit vorgesehen, in denen der Arbeitnehmer in seinen Interessen direkt betroffen ist. In jenen Fällen hat der Richter die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten, ohne dass eine Streitpartei sich darauf beruft.<sup>88</sup> M. a. W. kann sich der Arbeitnehmer ungeachtet der Tatsache auf die Nichtigkeit beru-

<sup>78</sup> Vgl. für viele *Krummenacher/Weibel*, Art. 22 N 5.

<sup>79</sup> Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 24. September 2007, VZ.2007.41, E. 3b.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 19. Abs. 3 AVG.

<sup>81</sup> *Vischer/Müller*, § 31 N 18; *Christian Drechsler*, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in: *Schwander* (Hrsg.), *AJP 2010* S. 314 ff., S. 316.

<sup>82</sup> RGer Berner Jura-Seeland, CIV 13 5300, 27. März 2015, Ziff. IV Nr. 2.

<sup>83</sup> BBI 1985 III 927, S. 617.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen hiernach.

<sup>85</sup> Bspw. in Art. 22 Abs. 2 und 5 AVG, aber auch Art. 8 Abs. 2; 19 Abs. 5 AVG.

<sup>86</sup> RGer Berner Jura-Seeland, CIV 13 5300, 27. März 2015, Ziff. IV Nr. 2.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu Ausführungen unten, Ziff. III lit. c.

<sup>88</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Bedeutung der Ungültigkeit, Ziff. III lit. c.

fen, dass er keine Verleihvertragspartei ist. Das Schrift- und Mindestinhaltserfordernis ist in Bezug auf den Arbeitnehmer hingegen nicht von weiterer Relevanz. Der Gesetzgeber hatte deshalb gute Gründe, es beim Grundsatz – der Anwendung von Art. 11 OR – zu belassen, wonach die Verletzung der Formvorschrift zur Ungültigkeit des Vertrages führt. Mit der Lehre ist in dieser Konstellation aber davon auszugehen, dass sich eine Vertragspartei auf die Formverletzung zu berufen hat respektive nur eine entsprechende Einrede einer Verleihvertragspartei zu beachten ist.<sup>89</sup> Dass es sich nicht etwa um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, zeigt auch die ausdrückliche Normierung der Folgen einer Formverletzung des Arbeitsvertrages – d. h. des Vertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer – in Art. 19 Abs. 3 AVG. Der Gesetzgeber hat sich m. a. W. in logischer Konsistenz beim Arbeitsvertrag für die Ausnahme (spezialgesetzliche Regelung) und beim Verleihvertrag für den Grundsatz (Anwendung von Art. 11 OR) entschieden. Von der gesetzgeberischen Ordnung abzuweichen, besteht nach der hier vertretenen Auffassung kein Grund.<sup>90</sup>

Auch die *analoge Anwendung von Art. 19 AVG* auf den Verleihvertrag wird mit Verweis auf den Arbeitnehmerschutz – soweit ersichtlich – einzig vom Kantonsgericht des Kantons St. Gallen befürwortet.<sup>91</sup> Das AVG diene hauptsächlich dem Arbeitnehmerschutz, weshalb die Vermittlertätigkeit unter Bewilligungspflicht gestellt worden sei. Deswegen habe sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, bei fehlender Bewilligung sowohl den Arbeitsvertrag mittels Art. 19 Abs. 6 AVG als auch den Verleihvertrag mittels Art. 22 Abs. 5 AVG für nichtig zu erklären. Nach Art. 19 AVG sei die Schriftform nicht massgebend für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags, weil sonst der gewünschte Schutzzweck für den Leiharbeiter hinfällig würde. Das Kantonsgericht konkludiert daraus, dass «demnach auch für den in Art. 22 AVG geregelten Verleihvertrag davon auszugehen [sei], dass die fehlende Schriftform nicht massgebend für dessen Zustandekommen ist»<sup>92</sup>.

Richtig ist, dass die Vorlage zum neuen AVG die Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes verfolgte.<sup>93</sup> Folgerichtig sieht das AVG bezüglich des *Arbeitsvertrages* vor, dass der Arbeitsvertrag

grundsätzlich auch gültig ist, wenn die Erfordernisse hinsichtlich Form oder Inhalt nicht erfüllt sind. Dann nämlich gelten die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder die gesetzlichen Vorschriften, ausser es seien für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen mündlich vereinbart worden.<sup>94</sup> Diese Normierung deckt sich mit der gesetzlichen Regelung, wonach der Arbeitsvertrag nur (aber immerhin) *in der Regel* schriftlich abzuschliessen ist.<sup>95</sup> Nicht richtig sein kann dagegen die Schlussfolgerung, wonach dieselbe Regelung auch für den *Verleihvertrag* gelten solle. Warum der Gesetzgeber die Folgen der Formverletzung in Bezug auf den Arbeitsvertrag detailliert und umfassend regelt, dies aber bezüglich des Verleihvertrages versäumt haben soll, ist nicht ersichtlich und wird im kritisierten Urteil auch nicht dargelegt. Die analoge Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus rechtfertigt sich ohnehin nur in ähnlichen Fällen.<sup>96</sup> Um einen ähnlichen Fall handelt es sich beim Verleihvertrag aber eben nicht. Der Arbeitnehmerschutz gebietet es, den Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer nicht ungültig werden zu lassen, wenn die Formvorschriften nicht eingehalten sind. Solches würde einer Benachteiligung des Arbeitnehmers gleichkommen, wäre dieser doch gezwungen, seine Ansprüche gestützt auf ausservertragliche Anspruchsgrundlagen geltend zu machen. Diese vom Gesetzgeber gewährten Arbeitnehmerinteressen dürfen aber nicht blindlings auf den Verleihvertrag übertragen werden. Fraglos hat der Arbeitnehmer auch hier ein erhebliches Interesse daran, dass keine unzulässigen Abreden zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb in den Verleihvertrag aufgenommen werden. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen vorgesehen und damit die Interessen des Arbeitnehmers gewahrt.<sup>97</sup> Das Schrift- und Inhaltserfordernis des Verleihvertrages abzuschwächen, kann demgegenüber nicht mit Bezug auf den Arbeitnehmerschutz begründet werden, da dadurch die Interessen des Arbeitnehmers nicht umfassender gewahrt wären.

Soweit ins Feld geführt wird, der Gesetzgeber habe die zivilrechtliche Nichtigkeit explizit erwähnt, weil er auch den Bewilligungsentzug statuiert habe,<sup>98</sup> kann dem ebenso wenig gefolgt werden. Der Entzug der Bewilligung ist eine aufsichtsrechtliche Folge der Formverletzung. Sie braucht zwin-

<sup>89</sup> Vgl. hierzu ausführlich Ziff. III lit. c.

<sup>90</sup> So auch Zivilgericht VD, Urteil vom 20. August 2007, S. 302; *Matile/Zilla*, S. 227; *Luc Thévenoz*, La location de services dans le bâtiment, in: *Baurecht 1994* S. 68 ff., S. 70.

<sup>91</sup> Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 24. September 2007, VZ.2007.41, E. 3b.

<sup>92</sup> Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 24. September 2007, VZ.2007.41, E. 3b.

<sup>93</sup> BBl 1985 III 927, S. 557 f.

<sup>94</sup> Art. 19 Abs. 3 AVG.

<sup>95</sup> Art. 19 Abs. 1 AVG.

<sup>96</sup> *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Basel/St. Gallen 2009, (nachfolgend: *Kramer*), S. 197 f.

<sup>97</sup> Art. 22 Abs. 2 AVG; vgl. auch die Ausführungen hiervor.

<sup>98</sup> Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 24. September 2007, VZ.2007.41, E. 3b.

gend eine gesetzliche Grundlage, die vom Gesetzgeber entsprechend in Art. 22 Abs. 5 i. V. m. Art. 16 AVG geschaffen wurde. Die zivilrechtliche Nichtigkeit verlangt nicht in jedem Fall nach einer gesetzlichen Grundlage, im Gegenteil: Nur wenn der Gesetzgeber von der Nichtigkeit absehen möchte, ist dies im Zivilrecht spezialgesetzlich entsprechend zu normieren. Andernfalls gilt der hiervor bereits erörterte Grundsatz: Keine spezialgesetzliche abweichende Regelung bedeutet bei einer Formverletzung die Ungültigkeit des Vertrages.<sup>99</sup> Es darf mit Fug und Recht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber berücksichtige die von ihm entwickelte Systematik. Dass von diesem Grundsatz auch im Verleihrecht ausgegangen werden muss, zeigt erstens der Umstand, dass der Gesetzgeber in Art. 19 AVG das Schrifterfordernis des Arbeitsvertrages nur *in der Regel* vorschreibt, hingegen im Verleihvertragsrecht auf einen entsprechenden Vorbehalt verzichtet. Zweitens sind die Folgen der Formverletzung in Art. 19 Abs. 3 AVG abweichend vom Grundsatz in Art. 11 Abs. 2 OR – der Systematik folgend – explizit geregelt, im Verleihvertragsrecht dagegen nicht, weil dies – ebenfalls der Systematik folgend – nicht notwendig und dogmatisch überflüssig ist.

Der Abgrenzung zwischen vermittlungsrechtlichem Arbeitsvertrag<sup>100</sup> und Verleihvertrag<sup>101</sup> kommt – wie die Ausführungen hiervor zeigen – erhebliche Bedeutung zu. So hat etwa das Handelsgericht des Kantons Zürich<sup>102</sup> die Ungültigkeit des Verleihvertrages aufgrund einer Verletzung der Formvorschriften mit Hinweis auf *Senti*<sup>103</sup> verneint, der sich aber in seinen Ausführungen auf den Arbeitsvertrag und nicht auf den Verleihvertrag bezieht. Solche Ausrutscher sollten in der Rechtsprechung vermieden werden.

Zusammenfassend handelt es sich beim Erfordernis der Schriftlichkeit und der Mindestinhalte um rechtlich sogenannte gesetzliche Formvorschriften. Damit wird im Bereich des Verleihvertrages der Grundsatz der Formfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 OR durchbrochen. Da das Gesetz in Art. 22 AVG nicht nur die Schriftlichkeit – die als «einfache Schriftlichkeit» zu qualifizieren wäre –, sondern auch Mindestinhalte vorschreibt, liegt in Bezug auf den Verleihvertrag das Formerfordernis der «qualifizierten Schriftlichkeit» vor.<sup>104</sup> Ist der Verleihvertrag nicht schriftlich abgeschlossen worden oder wurden darin die Mindestinhalte nicht geregelt, so liegt Ungültigkeit des Vertrages vor.

### c) Die Folgen der Ungültigkeit des Verleihvertrages

Die Ungültigkeit des Verleihvertrages stützt sich – gemäss den Ausführungen hiervor – auf Art. 11 Abs. 2 OR. Das Bundesgericht geht in ständiger Praxis davon aus, dass die Formungültigkeit in der *Nichtigkeit des Vertrages* bestehe.<sup>105</sup> Dies bedeutet, dass der vom Formmangel betroffene Vertrag schlechthin und unheilbar unwirksam ist und sich jedermann darauf berufen kann. Das Gericht hat den Formmangel von Amtes wegen zu berücksichtigen.<sup>106</sup> Haben die Parteien aufgrund des nichtigen Vertrages Leistungen erbracht, können sie nach Massgabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen ihre rechtsgrundlosen Leistungen durch Vindikation<sup>107</sup> oder – im vorliegenden Kontext von höherer Relevanz – aus ungerechtfertigter Bereicherung<sup>108</sup> zurückverlangen.

Das Bundesgericht wendet diesen Grundsatz der Nichtigkeit aber dann nicht an, wenn es das Verhalten einer Partei als *rechtsmissbräuchlich* erachtet. In diesem Fall ist die Formnichtigkeit unter den Parteien unbeachtlich und der Vertrag «so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre».<sup>109</sup>

Die erwähnte bundesgerichtliche Praxis wird von der herrschenden Lehre abgelehnt. Allgemein wird zwar auch von ihr die Ansicht vertreten, der formungültige Vertrag entfalte keine Rechtswirkungen, doch soll die Formungültigkeit grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu beachten und eine Heilung des Formmangels durch Vertragserfüllung möglich sein.<sup>110</sup> In neueren Urteilen des Bundesgerichts scheint sich dieses die Frage zu stellen, ob es streng an seiner Praxis festhalten soll.<sup>111</sup> Gemäss der hier vertretenen Ansicht wäre – aufgrund der nachstehenden Ausführungen – eine Lockerung der bundesgerichtlichen Praxis zumindest wünschenswert.

Die vom Bundesgericht bis anhin vertretene Ansicht, eine Formverletzung führe unweigerlich zur Nichtigkeit des Vertrages, ist in vielen Fällen nicht sachgerecht. Dies insbesondere dann nicht, wenn

<sup>99</sup> Art. 11 Abs. 2 OR.

<sup>100</sup> Art. 19 AVG.

<sup>101</sup> Art. 22 AVG.

<sup>102</sup> HG ZH, 100031, E. 5.2.3.

<sup>103</sup> *Senti*, Untypischer Personalverleih, S. 1502.

<sup>104</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 521 ff.

<sup>105</sup> Für viele: BGE 116 II 700 E. 3b; BGer 4C.225/2001, Urteil vom 16. November 2001, E. 2a = ZBGR 85 (2004) S. 121.

<sup>106</sup> Vgl. zum Beispiel BGE 104 II 99 E. 2b; 111 II 276 E. 2; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 594 f.

<sup>107</sup> Art. 641 Abs. 2 ZGB.

<sup>108</sup> Art. 62 ff. OR.

<sup>109</sup> BGE 98 II 313 E. 2; Weiterführende Angaben und eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung bietet *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 552 ff.

<sup>110</sup> Für viele: *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 558; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Art. 657 ZGB N 130 ff; Die Nichtigkeitstheorie des Bundesgerichts vertreten insb. *Pierre Engel*, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997; *Ingeborg Schwenzler*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.

<sup>111</sup> Vgl. insb. BGE 112 II 330 E. 2b; 138 III 401 E. 2.3.1.

beide Parteien ihre vertraglichen Leistungen erbringen und es diesbezüglich zu keiner Auseinandersetzung kommt. In den Worten von *Schmid* kann ein Vertragsrecht, das auf eine sachgerechte Lösung der sich stellenden Streitfragen abzielt, nicht einfach ignorieren, was nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts geschieht. Haben die Parteien ein formungültiges Verpflichtungsgeschäft freiwillig und mindestens zur Hauptsache erfüllt, so soll der Formmangel geheilt werden können, falls sich aus dem Zweck der verletzten Formvorschrift nicht ausnahmsweise etwas anderes ergibt.<sup>112</sup> Fehlt es im konkreten Fall an den Voraussetzungen der Heilung – weil beispielsweise überhaupt nicht oder nur von einer Seite erfüllt wurde – so kann die Anrufung des Formmangels immer noch am Rechtsmissbrauchsverbot scheitern.<sup>113</sup> Wer aber einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich nicht widersprüchlich und handelt folglich auch nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf Nichtigkeit beruft.<sup>114</sup>

Bezüglich des Vorbehalts des Rechtsmissbrauchsverbots muss die Praxis des Bundesgerichts auch nach vorliegender Auffassung weiterhin Anwendung finden.

In conclusio ist damit festzuhalten, dass die Verletzung der Formvorschrift des Verleihvertrages nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit des Vertrages führen muss. Erfüllen die Vertragsparteien ihre Pflichten aus dem Verleihvertrag, so wird die Formverletzung geheilt. Wurde der Vertrag nicht vollends erfüllt und beruft sich eine der Parteien auf die Verletzung der Formvorschrift, so ist der Verleihvertrag nichtig. Vorbehalten bleibt die rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Formverletzung durch eine Partei. Letzteres ist insbesondere dann gegeben, wenn die sich auf die Formverletzung berufende Partei nachweislich um die Verletzung der Formvorschrift wusste. Wer sich erfolgreich auf die Formungültigkeit des Verleihvertrages beruft, kann von seinen Vertragspartnern unter Umständen wegen Haftung aus «*culpa in contrahendo*» belangt werden, wenn ihn hinsichtlich des Formmangels ein Verschulden trifft.<sup>115</sup> Die Pflicht zur Einhaltung der Formvorschrift kommt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem Verleiher zu.<sup>116</sup> Zumeist wird sich damit also der Verleiher mit Schadenersatzforderungen konfrontiert sehen.

#### IV. Mäklervertragsrecht als Auffangtatbestand?

Beruft sich eine Verleihvertragspartei auf die Verletzung der Formvorschriften und verneint das Gericht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, so hat das Gericht richtigerweise auf Nichtigkeit des Verleihvertrages zu schliessen. Der Verleiher wird sich in dieser Situation die Frage stellen, ob es eine Möglichkeit gibt, seine Ansprüche – insbesondere die gegebenenfalls vereinbarte Vermittlungsschädigung nach Art. 22 Abs. 3 AVG und die Kosten für den Einsatz des Arbeitnehmers – auf eine andere Anspruchsgrundlage als auf das Verleihvertragsrecht abzustützen.

Für den Fall, dass der Verleiher über keine Bewilligung hinsichtlich der Verleihfähigkeit verfügte und der Verleihvertrag schon deshalb nichtig ist, sieht Art. 22 Abs. 5 AVG selbst die Antwort auf die oben genannte Frage vor: Dem Verleiher steht der Versuch offen, seine Ansprüche gestützt auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen und/oder ungerechtfertigte Bereicherung durchzusetzen.<sup>117</sup> In dieser Konstellation ist die Anwendung des Mäklervertragsrecht i. S. v. Art. 412 ff. OR also *de lege lata* ausgeschlossen.

Wie verhält es sich aber, wenn der Verleiher über die erforderliche Bewilligung verfügt, der Verleihvertrag aber infolge einer – geltend gemachten – Formverletzung ungültig und daher nichtig ist?

Das SECO vertritt die Ansicht, dass auf den *Vermittlungsvertrag* gemäss Art. 8 AVG ergänzend das Mäklervertragsrecht zur Anwendung kommt, allerdings nur subsidiär.<sup>118</sup> Zumal der Vermittlungsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Vermittler abgeschlossen wird und deshalb ein reines Zweiparteienverhältnis vorliegt, erscheint es sachgerecht, das Mäklervertragsrecht subsidiär anzuwenden.<sup>119</sup> Dafür spricht schliesslich auch der Wortlaut in Art. 417 OR. Daraus zu schliessen, dass dasselbe auch für den *Verleihvertrag* gilt, ist wegen der grundverschiedenen Vertragskonstellationen nicht angebracht und bedarf weiterführender Diskussion.

Vorab sei erwähnt, dass die Frage der Anwendbarkeit des Mäklervertragsrechts im Verleihvertragsrecht weder vom SECO noch vom Gesetz- oder Verordnungsgeber beantwortet wird. In der Lehre wird die Frage nur spärlich behandelt. *Krummenacher/Weibel* halten beispielsweise dafür,

<sup>112</sup> Jörg Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme (Diss. Freiburg), Freiburg 1988; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 561 f.

<sup>113</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 562.

<sup>114</sup> BGE 112 II 330, E. 2b; 138 III 401, E. 2.3.1.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu insb. die Ausführungen von *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 583 ff.

<sup>116</sup> Art. 22 Abs. 1 AVG.

<sup>117</sup> Art. 22 Abs. 5 AVG.

<sup>118</sup> Weisungen SECO, S. 43.

<sup>119</sup> BK-Gautschi, Vor Art. 412 N 1b OR; BGE 103 IV 208.

dass die Vorschriften über den Mäklervertrag als Auffangtatbestand zur Anwendung kommen sollen.<sup>120</sup> Die Autoren argumentieren im Wesentlichen, dass der Verleiher, der es versäumt hat, eine Vermittlungsentschädigung in den Verleihvertrag aufzunehmen, seinen vermeintlichen Anspruch auf die Vermittlungsentschädigung gestützt auf Mäklervertragsrecht durchsetzen könne. Dies, weil der Einsatzbetrieb «wissen [müsse], dass es sich bei fester Übernahme [des Arbeitnehmers] nach einem vorgängigen Verleih um eine entgeltliche Dienstleistung des Verleihers [handle]»<sup>121</sup>. Nach hier vertretener Auffassung ist sowohl die Schlussfolgerung als auch die Begründung nicht plausibel: Die Begründung, der Einsatzbetrieb müsse wissen, dass stets eine Vermittlungsentschädigung geschuldet sei, setzt sämtliche Einsatzbetriebe – ob gross oder klein, in- oder ausländischer Herkunft, erfahren oder unerfahren – auf einen Standard. Nach dieser Auffassung müsste etwa der als Einzelunternehmer tätige Maurer, der sich vor Kurzem in die Selbstständigkeit gewagt und nun erstmals Unterstützung eines Verleihers in Anspruch nimmt, ohne Hinweis irgendeiner Art damit rechnen, eine Vermittlungsentschädigung zu schulden. Dies öffnet rechtsmissbräuchlichem Vorgehen durch einen Verleiher Tür und Tor. Überdies trifft es eben nicht zu, dass in jedem Fall eine Vermittlungsentschädigung geschuldet ist, nämlich jedenfalls dann nicht, wenn der Einsatz des Arbeitnehmers mindestens drei Monate gedauert hat und der Einsatz mehr als drei Monate zurückliegt.<sup>122</sup> Der Gesetzgeber dürfte auf die Regelung in Art. 22 Abs. 3 und 4 AVG verzichtet haben, hätte er die der vorliegenden Auffassung widersprechende Ansicht geteilt. Ebenso ist die Anwendung des Mäklervertragsrechts – wie nachfolgend gezeigt wird – zu verneinen.

Die Rechtsprechung hatte – soweit ersichtlich – bislang selten Gelegenheit, sich zur vorliegenden Frage zu äussern. Dort, wo sie es getan hat, tut sie sich schwer. Das Regionalgericht Berner Jura-Seeland beispielsweise hat einem Verleiher eine Vermittlungsentschädigung gestützt auf einen (angeblich) konkludent geschlossenen Mäklervertrag zugesprochen. Das Gericht bejahte in seinem Entscheid die Anwendung von Mäklervertragsrecht mit Hinweis auf die Weisungen des SECO und auf BGE 103 IV 208.<sup>123</sup> Nicht beachtet hat das Regionalgericht dabei, dass sich sowohl die Weisungen

des SECO als auch das genannte Urteil des Bundesgerichts zum Vermittlungs- und nicht zum Verleihvertrag äussern. Zudem erging das Bundesgerichtsurteil noch unter Herrschaft des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 1951, das den Verleihvertrag noch gar nicht vorsah. Zusammenfassend können weder die Lehre noch die Rechtsprechung zur abschliessenden Beantwortung der eingangs dieses Kapitels aufgeworfenen Frage herangezogen werden.

Die Problematik, welches Recht zur Anwendung gebracht werden muss, ist letztlich losgelöst von der konkreten Frage, ob nebst Verleihvertrags- auch Mäklervertragsrecht anwendbar ist, zu betrachten. Vorab ist zu klären, ob das Verleihvertrags- und Mäklervertragsrecht Anspruchskonkurrenzen darstellen und bejahendenfalls in welchem Verhältnis diese zueinander stehen.

Eine Normenkonzurrenz liegt nach der allgemeinen Methodenlehre vor, wenn isoliert betrachtet mehrere gesetzliche Tatbestände anwendbar erscheinen, die regelmässig mit unterschiedlichen Rechtsfolgen verknüpft sind. Hat die Normenkonzurrenz eine Anspruchskonkurrenz zur Folge und führt dies dazu, dass eine der Normen einen weiteren (generellen) Anwendungsbereich hat als die konkurrierende speziellere Norm, so hat die speziellere Norm nach dem Spezialitätsgrundsatz Vorrang (*lex specialis derogat legi generali*).<sup>124</sup> Ob Spezialität vorliegt, entscheidet sich nach dem Günstigkeitsvergleich.<sup>125</sup> Hiernach ist ein Vorrang der *lex specialis* und damit deren Exklusivität immer dann zu bejahen, wenn die *lex specialis* die Geltendmachung von Ansprüchen an insgesamt einschränkendere (ungünstigere) Bedingungen knüpft als die *lex generalis*.<sup>126</sup> Bei Anwendung der *lex generalis* würde diesfalls die *lex specialis* nämlich praktisch zum toten Buchstaben verkommen.

Nach diesem kurzen dogmatischen Ausflug ist nunmehr das Verhältnis zwischen Verleih- und Mäklervertragsrecht zu klären. Offensichtlich erscheint, dass es sich hier um konkurrierende Normen handelt. Vordergründig kann sich der Verleiher für die Durchsetzung seiner Ansprüche sowohl auf Mäkler- als auch auf Verleihvertragsrecht abstützen. Das Vorliegen von Anspruchskonkurrenz ist deshalb zu bejahen. Ob eine der Anspruchsgrundlagen der anderen aufgrund ihrer Spezialität vorgeht, ist anhand des Günstigkeitsvergleichs zu eruieren. Dieser fällt zugunsten des Mäklervertra-

<sup>120</sup> *Krummenacher/Weibel*, Art. 22 N 8.

<sup>121</sup> *Krummenacher/Weibel*, Art. 22 N 8.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 3 AVG.

<sup>123</sup> RGer Berner Jura-Seeland, CIV 13 5300, 27. März 2015, Ziff. IV Nr. 3.3.1.

<sup>124</sup> *Kramer*, S. 112.

<sup>125</sup> Zurückgehend auf *Hans Merz*, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: *Vom Kauf nach schweizerischem Recht: Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl*, Zürich 1950, 94 ff.

<sup>126</sup> *Kramer*, S. 112.

ges aus: Der Mäklervertrag kann auch mündlich abgeschlossen werden, und die Höhe des Mäklerlohnes liegt grundsätzlich im Ermessen der Vertragsparteien. Nur wenn der Mäklerlohn unverhältnismässig hoch ist, kann das Gericht diesen auf Antrag des Schuldners herabsetzen.<sup>127</sup> Demgegenüber ist der Verleihvertrag stets schriftlich abzuschliessen, und die Höhe der Vermittlungsentschädigung ist beschränkt. Übersteigt die Entschädigung das zulässige Mass, ist die Vereinbarung nichtig, was von Amtes wegen zu beachten ist.<sup>128</sup> Mit anderen Worten ist die Geltendmachung von Ansprüchen gestützt auf das Verleihvertragsrecht an einschränkende Bedingungen geknüpft, weil der Verleiher die Einhaltung sowohl der Form als auch der Mindestinhaltsvorschriften nachweisen muss. Zudem ist der Verleiher hinsichtlich der Höhe der Vermittlungsentschädigung aufgrund gesetzgeberischer Bestimmung eingeschränkt. Das Verleihvertragsrecht ist damit als *lex specialis* zum Mäklervertragsrecht (*lex generalis*) anzuerkennen. Die Anwendung von Mäklervertragsrecht verbietet sich deshalb gänzlich, wenn die Parteien einen Verleihvertrag abgeschlossen haben, der sich als nichtig herausstellt.

Vor diesem Hintergrund kann sich die anspruchstellende Partei eines Verleihvertrages, der aufgrund eines Formmangels nichtig ist, *nicht* subsidiär auf Mäklervertragsrecht berufen. Andernfalls wäre sie nämlich – insbesondere wenn es sich um den Verleiher handelt – bessergestellt, als wenn sie die verleihvertragsrechtlichen Einschränkungen eingehalten hätte. Der anspruchstellenden Partei bleibt einzig der Versuch offen, die Ansprüche gestützt auf die ausservertraglichen Anspruchsgrundlagen geltend zu machen.

Der Verleiher, der nicht über die erforderliche Bewilligung verfügt, ist daher dem Verleiher, der

Form- und Inhaltsvorschriften verletzt, gleichgestellt.<sup>129</sup>

## V. Schlussfolgerungen

Entgegen weitverbreiteter Ansicht handelt es sich beim Verleihvertrag aufgrund der eingehenden gesetzlichen Regelung um einen Nominatsvertrag.

Aus rechtlicher Sicht von zentraler Bedeutung ist, dass es sich bei der Form- und Inhaltsvorschrift in Art. 22 AVG um Gültigkeitsvorschriften handelt. Eine Verweisung auf AGB im Verleihvertrag reicht daher nicht aus, um eine allfällige Vermittlungsentschädigung zum Vertragsbestandteil zu erheben. Vielmehr müssen sämtliche im Gesetz genannten Inhaltselemente in der Vertragsurkunde selbst aufgeführt werden.

Die Verletzung einer Form- und Inhaltsvorschrift führt zur Nichtigkeit des Verleihvertrages. Die Nichtigkeit ist nur zu beachten, wenn sich eine der Verleihvertragsparteien auf die Verletzung der Gültigkeitsvorschrift beruft. Wird der nichtige Vertrag hingegen von beiden Parteien erfüllt, so heilt dies die Verletzung der Form- und/oder Inhaltsvorschriften.

Das Verleihvertragsrecht geht – aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes – dem Mäklervertragsrecht vor («*lex specialis derogat legi generali*»). Beruft sich eine der Parteien berechtigterweise auf die Verletzung der Form- oder Inhaltsvorschrift, so kann das Mäklervertragsrecht zur Durchsetzung der Ansprüche aus dem nichtigen Verleihvertrag nicht herangezogen werden. Hierzu verbleibt der anspruchstellenden Vertragspartei einzig der Weg über die ausservertraglichen obligationenrechtlichen Anspruchsgrundlagen.

<sup>127</sup> Art. 417 OR.

<sup>128</sup> Art. 22 Abs. 2 und 3 AVG.

<sup>129</sup> Art. 22 Abs. 5 AVG.