

Merkblatt

Abgrenzung Personalverleih / Aufträge

Stand: 12.08.2021

Werden zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben externe Fachkräfte beigezogen, können die Verwaltungseinheiten vor allem zwei Arten von Verträgen eingehen:

Personalverleih-Verhältnisse

(Dienst-)Leistungsverträge wie Aufträge oder Werkverträge

Die Abgrenzung ist nicht einfach und muss jeweils im Einzelfall geprüft werden. Für beide Vertragsarten kommen unterschiedliche Beschaffungsverfahren zur Anwendung. Für Personalverleih-Verhältnisse kommen zudem spezialgesetzliche Regelungen zur Anwendung. Unter diesen riskieren die beteiligten Mitarbeiter der Vergabestelle strafrechtliche Konsequenzen, wenn Personalverleih-Verhältnisse ohne die notwendigen Bewilligungen eingegangen werden. Es wird daher empfohlen, bei solchen Vorhaben rechtzeitig rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

Was ist Personalverleih?

Für den Personalverleih ist charakteristisch, dass ein Arbeitgeber einem Einsatzbetrieb (wie z. B. der Bundesverwaltung) für bestimmte Zeit einen Arbeitnehmer zwecks Erbringung einer Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Dabei tritt der Verleiher dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber seiner Arbeitnehmenden ab.¹ Das wirtschaftliche Risiko trägt der Einsatzbetrieb. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind im Gesetz über die Arbeitsvermittlung (AVG) und der dazuge-

¹ Vgl. zum Ganzen auch: Weisungen und Erläuterungen des SECO; abrufbar unter

<https://www.arbeit.swiss/secoav/de/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>

² AVG, SR 823.11 und AVV, SR 823.111.

³ vgl. Medienmitteilung und dazugehörige Weisungen des Bundesrats vom 19.8.2015, „Kriterien für Personalverleihverträge in der Bundesverwaltung definiert“,

hörenden Verordnung (AVV) speziell geregelt.² Zudem sind seit dem 1. Januar 2016 die Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung in Kraft.³

Bewilligungspflicht

Nicht für jede Art von Personalverleih ist eine Bewilligung notwendig⁴.

Temporärarbeit: Der Zweck der Anstellung von Arbeitnehmern ist ausschließlich deren Verleih an einen Einsatzbetrieb. Er ist befristet auf einen einzelnen Einsatz.

Leiharbeit: Der Anstellungszweck ist u.a. der Verleih an Einsatzbetriebe. Die Dauer ist unabhängig von den einzelnen Einsätzen.

Gelegentliches Überlassen: Es handelt sich um ein kurzfristiges, nicht speziell geplantes zur Verfügung stellen eines Arbeitnehmers bei einer sich bietenden Gelegenheit.

Nur die Temporärarbeit und die Leiharbeit sind bewilligungspflichtig, weil nur sie als gewerbsmäßiger⁵ Verleih gelten. Erforderlich ist eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes, allenfalls eine eidgenössische; Letzteres trifft für den internationalen Personalverleih zu, für welchen eine Bewilligung des SECO erforderlich ist.

Abgrenzung zum Auftrag

Bei einem Auftrag⁶ als wichtige Alternative zum Personalverleih verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm übertragenes Geschäft zu besorgen resp. eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen, wobei nicht der Erfolg, sondern das sorgfältige Tätigwerden geschuldet ist. Die beauftragte

https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilung_n.msg-id-58385.html / [BBL 2015 6309 - Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung \(admin.ch\)](#)

⁴ Zur Abgrenzung vgl. Art. 28 AVV

⁵ Definition Gewerbsmässigkeit: Art. 29 Abs. 1 AVV

⁶ Vgl. Art. 394 ff. OR

Anbieterin trägt als Unternehmerin selbst das wirtschaftliche Risiko und wird nicht in die Organisation des Auftraggebers integriert. Es besteht dabei nur ein geschäftliches Weisungsrecht im Rahmen der im Auftragsverhältnis übertragenen Tätigkeit.

Beschaffungsrechtliches / Rechtsschutz

Beschaffungsrechtlich ist die Abgrenzung (siehe Tabelle hinten) von Personalverleih und Dienstleistungsbeschaffungen wichtig: Der Personalverleih ist dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) als öffentliche Beschaffung *ausserhalb des Staatsvertragsbereiches* unterstellt⁷. Solche Vergaben sind, wenn der maßgebende Schwellenwert für das offene und selektive Vergabeverfahren erreicht ist, ebenfalls öffentlich auszuschreiben.

Ab dem geltenden Schwellenwert für das Einladungsverfahren unterliegen Beschaffungen im Personalverleih dem sogenannten „sekundären Rechtsschutz“ des BöB, d.h. es gibt eine Beschwerdemöglichkeit. Allerdings kann nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung und hindert den Vertragsabschluss mit dem Zuschlagsempfänger nicht. Ein allfälliger Schadenersatz ist beschränkt auf die Aufwendungen für die Vorbereitung und Eingabe des Angebotes.

Die allgemeinen Vergabegrundsätze wie der wirtschaftliche, volkswirtschaftliche, ökologisch und sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel, der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Förderung des wirksamen und fairen Wettbewerbs unter Einschluss von Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption gelten auch bei diesen Vergabeverfahren (vgl. Art. 2 BöB).

Merkmale zur Durchführung einer Dienstleistungsbeschaffung

Bei Beschaffungen von externen Fachkräften, die als Aufträge ausgeschrieben werden sollen, empfiehlt sich Folgendes, damit eine Dienstleistung und kein Personalverleih beschafft und umgesetzt wird.

- Die Anforderungen an die zu erreichenden Arbeitsergebnisse und -ziele resp. die zu erbringenden Arbeitsleistungen sind möglichst

detailliert zu beschreiben. Anforderungen an die einzusetzenden Personen (Rollenbeschreibungen) sollen nur aufgestellt werden, wenn sich diese aus der zu erbringenden (Dienst-)Leistung ergeben.

- Die Anforderungen (z.B. Erfahrung) werden vor allem an die Anbieterinnen, nicht nur an deren eingesetzten Personen gerichtet.
- Die Bedarfsstelle belässt den Anbieterinnen im Rahmen des Auftrags- resp. Werkvertragsrechts die unternehmerische Freiheit, wie sie die Arbeitsergebnisse und -ziele erreichen resp. die (Dienst-)Leistungen erbringen wollen.

Es dürfen außerdem zwischen dem Bund und den externen Mitarbeitern keine faktischen Subordinationsverhältnisse entstehen. Dazu sollte die Bedarfsstelle möglichst dafür sorgen, dass

- die direkten Vorgesetzten bei den Anbieterinnen, welche die eingesetzten externen Personen führen und fachlich beraten, angemessen eingebunden werden;
- die externen Personen die Arbeitsinstrumente (Personal Computer, Smartphone, Zeiterfassung, Internet-Zugang usw.) der entsprechenden Anbieterin einsetzen und nicht jene des Bundes;
- die externen Personen nur soweit notwendig am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Bundes arbeiten und ansonsten die Räumlichkeiten der entsprechenden Anbieterin benutzen; und
- die Anbieterin im Falle einer Nichterfüllung dem Bund für Nachbesserung, Preisminderung oder Schaden haften.

Um Personalverleih-Firmen zu signalisieren, dass in einer Ausschreibung ein Auftrag und kein Personalverleih durchgeführt werden soll, wird empfohlen, folgende Aussage in das Pflichtenheft aufzunehmen:

„Der Auftragnehmer übernimmt die Verantwortung für die abgeschlossenen Verträge und die entsprechende Haftung (insbesondere aus dem Auftrags- oder Werkvertragsrecht). Angebote als Personalverleih sind somit von dieser Ausschreibung ausgeschlossen.“

⁷ BöB, SR 172.056.1, insb. Art. 52 Abs. 2 sowie Art. 58 Abs. 3 und 4 BöB.

Strafbestimmungen

Gemäss Art. 39 AVG macht sich sowohl die Anbieterin strafbar, die als Personalverleiherin auftritt, ohne über die entsprechenden Bewilligungen zu verfügen, als auch der Bund, d.h. die handelnden Bundesmitarbeiter, welche von dieser Situation Kenntnis haben.

Diese Strafbestimmungen könnten zur Anwendung kommen, sollten vermeintliche Aufträge von einem Gericht als Personalverleih qualifiziert werden. Ob ein Personalverleih-Verhältnis vorliegt, beurteilt sich dabei nicht nach der Vertragsbezeichnung, sondern nach der inhaltlichen Ausgestaltung, insbesondere anhand der untenstehenden Tabelle aufgeführten Kriterien. Deshalb ist ein sog. „verkappter“ Personalverleih zu vermeiden.

Empfehlungen

- Vor einer Beschaffung hat die Bedarfsstelle unter Beizug des zuständigen Rechtsdiensts zu prüfen, ob sie einen Bedarf nach Personalverleih-Verhältnissen oder Dienstleistungsverträgen hat. Das Ausschreiben von Personalverleih-Bedarfen als Aufträge (sog. „verkappter“ Personalverleih) ist zu vermeiden.
- Sofern sich der zu deckende Bedarf als Dienstleistungsvertrag beschreiben lässt, ist angesichts der Risikoverteilung eine Beschaffung als Auftrag oder Werkvertrag⁸ zu prüfen, bevor Personalverleih-Verhältnisse ausgeschrieben werden.
- Sollte der Bedarf einem Personalverleih entsprechen, so ist ein Beschaffungsverfahren mit den dafür vorgesehenen Besonderheiten durchzuführen; insbesondere sind unter anderem die in den Weisungen des Bundesrates vorgesehenen maximalen Laufzeiten für Personalverleih Beschaffungen zu berücksichtigen. Weitere Informationen

recht.wto@bbl.admin.ch

Abgrenzung

Die Rechtsprechung (vgl. u.a. Bundesgerichts-Urteil 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 und Bundesverwaltungsgerichts-Urteil B-1687/2010 vom 21. Juni 2011) stellt bei der Abgrenzung zwischen Personalverleih und anderen Vertragsformen (z.B. Auftrag) auf die folgenden Kriterien ab:

Kriterien	Personalverleih	Auftrag
Grundsatz	<p>Rollenbeschreibungen / Profile</p> <p>Beschafft werden Arbeitsstunden von Spezialisten (Rollen).</p> <p>Zwischen den externen Mitarbeitenden und dem Bund entsteht ein (faktisches) Subordinationsverhältnis, d.h. der Bund setzt externe Mitarbeitende wie eigene ein, ohne ein Arbeitsverhältnis mit ihnen einzugehen.</p>	<p>Dienstleistungen</p> <p>Beschafft werden konkrete, sachlich bestimmte Dienstleistungen.</p> <p>Die Anbieterinnen treten als Auftragnehmerinnen wie Unternehmerinnen auf, d.h. sie bieten eine Dienstleistung an, setzen dieselbe eigenständig unter Einsatz eigener Methoden und IT-Werkzeuge um und sind organisatorisch vom Bund unabhängig.</p>
Kriterium 1: Weisungsrechte	<p>Ja, weitgehend</p> <p>Die Vergabestelle hat umfassende Weisungsrechte. Diese sind direkt und gehen weiter als bei einem Auftragsverhältnis.</p>	<p>Nur geschäftsbezogen</p> <p>Die Vergabestelle hat nur ein auftragsrechtliches Weisungsrecht, welches sich nur auf die konkrete Besorgung des übertragenen Geschäfts bezieht.</p>
Kriterium 2: Integration und Arbeitsort	<p>Ja, weitgehend</p> <p>Die externen Mitarbeitenden werden weitgehend wie eigene Arbeitnehmer in die Organisation der Bedarfsstelle integriert (z.B. Einhaltung der Arbeitszeiten, Regelungen über Kompensation von Überstunden, Ferien, Feiertage). Der verliehene Arbeitnehmer ist typischerweise in den Räumlichkeiten der Bedarfsstelle tätig.</p>	<p>Nein</p> <p>Es erfolgt keine Integration in die Bedarfsstelle. Ein Einsatz in den Räumlichkeiten der Bedarfsstelle ist nicht typisch. Die Anbieterin stellt in der Regel eigene Räumlichkeiten mit vollständiger Infrastruktur und Arbeitsinstrumenten zur Verfügung.</p>
Kriterium 3: Wer stellt die Werkzeuge, Geräte oder weiteren Materialien?	<p>Bund</p> <p>Die Mitarbeitenden arbeiten mit den IT-Werkzeugen und Methoden des Bundes und benützen die Arbeitsinstrumente der Bedarfsstelle (Personal Computer, Smartphone, Zeiterfassung, Internet-Zugang usw.)</p>	<p>Anbieterin</p> <p>Die Anbieterin setzt in der Regel seine eigene IT-Werkzeuge und Methoden ein und stellt für ihre Mitarbeiter eigene Arbeitsinstrumente zur Verfügung (Personal Computer, Smartphone, Zeiterfassung, Internet-Zugang usw.)</p>
Kriterium 4: Wirtschaftliches Risiko	<p>Ja</p> <p>Das wirtschaftliche Risiko liegt beim Bund.</p> <p>Der Verleiher schuldet einzig die sorgfältige Auswahl der verliehenen Mitarbeitenden (Indizien: Pflichtenheft, Kündigungsregelungen). Der Verleiher haftet dem Bund nicht (!) für:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ordentliche Erfüllung (keine Nachbesserung oder Preisminderung) - unverschuldeten Ausfall 	<p>Nein</p> <p>Das wirtschaftliche Risiko liegt beim Auftragnehmer.</p> <p>Der Auftragnehmer schuldet sorgfältiges Tätigwerden für den Auftraggeber (Indiz: Leistung wird umschrieben).</p> <p>Der Auftragnehmer haftet somit für:</p> <ul style="list-style-type: none"> - schlechte Qualität der Dienstleistung; - Risiko eines unverschuldeten Ausfalls.
Kriterium 5: Projektbezug	<p>NEIN</p> <p>Die Personalprofile lassen sich nicht bestimmten Projekten zuordnen, sondern decken weite Bereiche der Bedürfnisse des Einsatzbetriebs ab.</p>	<p>JA</p> <p>Die Personalprofile lassen sich bestimmten Projekten zuordnen.</p>