# Personalverleih beim Bund und bundesnahen Unternehmen – Rechtliche Betrachtungen zu Voraussetzungen, Schranken und Praxis

Masterarbeit

Betreuende Person: **Prof. Dr. Markus Kern**

Kompetenzzentrum für Public Management
Schanzeckstrasse 1
CH-3001 Bern

Von:

Maurice Huber
Masterstudent in Public Management und Policy
aus Zürich (Zürich) und Horw (Luzern)
13-307-590

Boulevard de Saint-Georges 38
1205 Genève
maurice.huber@students.unibe.ch

Genf, 26.9.2021

# Vorwort

Diese Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die Hilfe und Unterstützung von vielen Personen. Ihnen allen gilt mein herzlichster Dank!

Besonders danken möchte ich Professor Markus Kern, welcher mich mit seiner spannenden Vorlesung zum besonderen Bundesverwaltungsrecht überhaupt erst auf die Idee des Themas gebracht hat und mir bei der Schwerpunktsetzung half. Besonderen Dank gilt auch Herr RA Tobias Egli für seine vielen sehr hilfreichen Kommentare und stets ermutigenden Worte. Herzlichen Dank für die angenehme und lehrreiche Zusammenarbeit.

Ganz herzlichen bedanken möchte ich mich auch bei allen Interviewpartner und Interviewpartnerinnen für die hilfreichen und interessanten Gespräche.

Je tiens également à remercier tous mes amis de Genève pour leur soutien et leurs encouragements. En particulier : Jela Ali, Yacine Ferka Zazou, Gianluca Rapaz, Giulia Marti, Charlène Thommen, David Wenk, Milena Mader, Habib Ouali Lakhal, Aurélien Krause et le reste de la bande. Un grand merci également à Auxane et sa famille.

Für die schon Jahrzehnte dauernde Unterstützung möchte ich auch meinen Freunden in Zürich danken, ganz besonders Pascal Gujer, Patrick Häfeli, Ramona Oeggerli, Flurin Venzin Esther und Alvaro und Carlos und Samantha, sowie meinen alten Freunden aus der Pfadi Flamberg: Christian Buchwalder, Tobias Weber und Caspar Oertli. Ein herzlicher Dank geht auch an Salome Zimmermann.

Auch meinen Mitstudenten und Mitstudentinnen und Mitgliedern des Vorstands der Fachschaft PMP gilt ein besonderer Dank. Besonders erwähnen möchte ich Linus Peter, Selina Stoller, Joel Beney und Andrea Birchler. Ich gratuliere euch zum erfolgreichen Abschluss des Studiums. Danken möchte ich auch vielen Professoren des KMP für ihre anregenden Vorlesungen, insbesondere Professor Andreas Lienhard, Professor Bernhard Pulver und Professor Martin Wyss.

Last but not least möchte ich meiner Familie von ganzem Herzen danken! Meine Eltern aber auch Lynn und Mumis welche immer da waren und sind. Danke für eure lebenslange Unterstützung, euren Rat und eure Liebe.

# Zusammenfassung und Ergebnisse

In dieser Arbeit wird der Personalverleih beim Bund und bundesnahen öffentlichen Unternehmen untersucht. Die Grundlage dazu bildet eine Literatur- und Dokumentenanalyse. Zudem werden die Rechtsgrundlagen auf Bundesebene analysiert und es wurden nicht repräsentative Experteninterviews mit verschiedenen Bundesämtern und öffentlichen Unternehmen zum Thema Personalverleih geführt. Die Interviews wurden nicht methodisch ausgewertet, sondern runden die rechtliche Analyse ab.

Die Arbeit ist in zwei Teile unterteilt. Im ersten Teil wird die Fragestellung und ihr Kontext situiert. Dabei wird aufgezeigt, dass der Personalverleih nicht ein zufälliges Phänomen ist, sondern sich in eine grundsätzliche Entwicklung von Verwaltungs- und Personalrechtsreformen einreihen lässt. Im zweiten Teil, welcher der Hauptteil der Arbeit bildet, wird die Rechtsgrundlage des Personalverleihs und des öffentlichen Personalrechts erarbeitet. Darauf aufbauend wird danach die Beziehung zwischen den Rechtsverhältnissen des Personaverleih einerseits und des öffentlich-rechtlichen Personalrechts andererseits, vertieft.

Diese Arbeit zeigt auf, dass der Personalverleih beim Bund und bei bundesnahen öffentlichen Unternehmen aus einem Bedürfnis nach Flexibilität im Personalwesen erwächst. Dabei gibt es grosse Unterschiede zwischen den verschiedenen Verwaltungseinheiten. Aufgrund der Literatur- und Dokumentenanalyse sowie der Prüfung der Rechtsgrundlagen kommt diese Arbeit zum Schluss, dass in vielen Fällen keine genügende Rechtsgrundlage für den Personalverleih beim Bund und bei bundesnahen öffentlichen Unternehmen besteht. Nach Ansicht dieser Arbeit sind verliehene Personen zudem dem Bundespersonalgesetz unterstellt, wodurch die gesetzlichen Grundlagen sinnvollerweise in ebendiesem Gesetz zu verankern wären.

Schlussendlich prüft diese Arbeit den Personalverleih auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive und zeigt die Schranken des Beizugs von verliehenem Personal für den Bund und bundesnahe öffentliche Unternehmen auf.

# Inhaltsverzeichnis

**Vorwort** ..... **ii**
**Zusammenfassung und Ergebnisse** ..... **iii**
**Inhaltsverzeichnis** ..... **iv**
**I Literaturverzeichnis** ..... **vi**
**II Dokumentenverzeichnis** ..... **x**
**III Abkürzungsverzeichnis** ..... **xi**
**1. Ausgangslage und Fragestellung** ..... **1**
1.1 Einleitung ..... 1
1.2 Fragestellung ..... 3
1.3 Ziel der Arbeit und Abgrenzung ..... 3
1.4 Methodik ..... 4
**2. Situierung der Fragestellung** ..... **5**
2.1 Kurzer Rückblick zum Bundespersonalrecht: Vom Beamten zum öffentlichen Angestellten ..... 6
2.2 Das besondere Rechtsverhältnis im öffentlichen Dienst ..... 10
2.3 Personalverleih aus der Sicht des Personalmanagements ..... 12
2.4 Zahlen und Fakten zum Personalverleihs in der Schweiz und in der Vewaltung ..... 15
2.5 Zwischenfazit zur Fragestellung ..... 18
**3. Bundespersonalrecht im Zusammenhang mit dem Personalverleih** ..... **19**
3.1 Grundlagen des öffentlichen Personalrechts ..... 19
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Personalrechts ..... 19
b) Grundlagen des Personalrechts auf Gesetzes und Verordnungsstufe ..... 22
c) Zwischenfazit Bundespersonalrecht ..... 23
3.2 Rechtliche Grundlagen des Personalverleihs ..... 24
a) Rechtliche Grundlagen des Personalverleihs ..... 24
b) Der rechtliche Begriff des «Personalverleih» und seine Elemente ..... 25
c) Formen des Personalverleih ..... 26
d) Die drei Rechtsverhältnisse im Personalverleih ..... 27
e) Abgrenzung des Personalverleihs zu anderen Rechtsverhältnissen ..... 31
f) Zwischenfazit zur rechtlichen Situation im Personalverleih ..... 33
3.3 Möglichkeiten des Personalverleihs bei Dienstverhältnissen des Bundes ..... 34
a) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ..... 34
b) Dienstverhältnisse auf privatrechtlicher Grundlage ..... 36
c) Personen, die mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraut sind ..... 38

d) Zwischenfazit zum Personalverleih bei den Dienstverhältnissen ..... 38
**4. Externe Mitarbeiter des Bundes ..... 39**
4.1 Externes Personal des Bundes ..... 39
a) Grundsätzliches zur Rechtsgrundlage für externes Personal im Personalverleih ..... 41
b) Existierende Rechtsgrundlage für den Personalverleih (Art. 57 Abs. 1 RVOG) ..... 44
c) Personalverleih als «Arbeitsverhältnis» im Sinne des BPG ..... 47
d) Fazit für externes Personal im Personalverleih ..... 51
4.2 Arbeitsrechtliche Unterschiede zwischen Bundespersonal und verliehenen Personen ..... 52
a) Begründung und Kündigung von Anstellungsverhältnissen ..... 52
b) Rechte und Pflichten ..... 56
c) Verantwortlichkeit ..... 58
d) Rechtsschutz ..... 59
4.3 Rechtliche Situation von externem Personal im Personalverleih für die Erfüllung von Bundesaufgaben ..... 60
**5. Verfassungsrechtliche Fragestellungen zum Personalverleih in der öffentlichen Verwaltung 61**
5.1 Rechtsstaatliche Prinzipien des Verwaltungshandelns im Kontext des Personalverleihs ..... 61
a) Problemstellung anhand von Beispielen ..... 62
b) Problematik der Rechtsstaatliche Prinzipien am Beispiel des Legalitätsprinzips ..... 63
c) Möglicher Lösungsvorschlag: Verordnung zum Personalverleih ..... 64
5.2 Grundrechte ..... 65
a) Grundrechtsbindung nach Art. 35 BV ..... 66
b) Grundrechtsbindung im Personalverleih ..... 68
c) Beispiel der Problematik der Grundrechtsverletzung im Personalverleih ..... 69
d) Besonderes Rechtsverhältnis auch im Personalverleih? ..... 71
5.3 Fazit zu den Verfassungsrechtlichen Fragestellungen ..... 72
**6. Schlussbemerkungen zum Personalverleih beim Bund und öffentlichen Unternehmen ..... 73**
6.1 Fazit zum Personalverleih beim Bund und bundesnahen Unternehmen ..... 73
6.2 Mögliche Alternativen zum Personalverleih? ..... 74
**IV Anhang 1 Selbstständigkeitserklärung ..... xii**
**V Anhang 2 Einverständniserklärung Veröffentlichung ..... xii**
**VI Anhang 3 Interviews ..... xiii**

# I Literaturverzeichnis

Die im Verzeichnis aufgeführten Schriften werden mit dem Namen der Autorin oder des Autors sowie mit dem kursiv hervorgehobenen Stichwort zitiert.


BACHMANN ROLAND, *Verdeckter Personalverleih* - Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, in: ArbR, Bern, 2010, S. 53 ff.

BECKMANN MICHAEL / KUHN DIETER, *Temporärbeschäftigung und Unternehmenserfolg*: Eine empirische Untersuchung anhand schweizerischer und deutscher Firmendaten, 2009.

BELLANGER FRANCOIS / ROY CÉLINE, *Entwicklung des Rechts- und Regulierungsrahmens der öffentlichen Verwaltung*, in: Varone Frédéric, Handbuch der öffentlichen Verwaltung, Zürich, 2013, S. 459 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich, 2017.

BIDWELL MATTHEW ET AL., *The Employment relationship and inequality: How and why changes in Employment Practices are reshaping rewards in Organizations*, in Academy of Management Annals, Nr. 7, 2013, S. 61 ff.

BURGESS JOHN / CONNELL JULIA, *temporary work, and human resources management: issues, challenges, and responses*, in: Personnel Review, 2006, Nr. 35, S. 129 ff.

BÜRGI URS/BÜRGI-SCHNEIDER GUDRUN, *Handbuch öffentliches Personalrecht*, Zürich, 2017.

CARDINAUX BASILE, *Kommentar zu Art. 110 BV*, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesverfassung (BV). Basel, 2015.

CARONI ANDREA / MÜLLER ROLAND / PÄRLI KURT, *Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen*, in: AJP/PJA, Nr. 7, 2020, S. 875 ff.

DAWSON CHRIS ET AL., *temporary employment, job satisfaction and subjective wellbeing, in: Economic and Industrial Democracy*, Nr. 38, 2014, S. 69 ff.

DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *les obstacles à la privation de la fonction publique*, in : Dunand Jean-Philippe / Mahon Pascal / Perrenoud Stéphanie (éds.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences être le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich, 2016, S. 243 ff.

DOMENIG BENJAMIN, der Verleihvertrag nach AVG, *die Vermittlungsentschädigung und das Verhältnis zum Mäklervertragsrecht*, in: recht, 2016, S. 86 ff.

DONATSCH MARCO, *Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst. Berechtigest Anliegen oder juristischer Irrweg*? Jusletter, 2010.

FÖHR SILVIA, *Flexibilisierung des Personaleinsatzes durch Arbeitnehmerüberlassung – eine personalökonomische Analyse*, in: Alewell Dorothea (Hrsg.), Zwischen Arbeitslosigkeit und Überstunden: personalwirtschaftliche Überlegungen zur Verteilung von Arbeitsvolumina, Frankfurt am Main, 2000, S. 49 ff.

DUBEY JACQUES, *Commentaire de l'art. 5 Cst*, in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (éds.), Commentaire de la Constitution fédérale, Bâle, 2021, S. 171 ff.

EMERY YVES, *Öffentliches Personalmanagement. Einleitung*, in: Varone Frédéric, Handbuch der öffentlichen Verwaltung, Zürich, 2013, S. 445 ff.

EPINEY ASTRID, *Kommentar zu Art. 5 BV*, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesverfassung (BV). Basel, 2015, S. 85 ff.

HAFNER FELIX, *Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse*, in: Helbling Peter / Poledna Tomas, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern, 1999, S. 181.

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen, 2020.

HÄNER ISABELLE, Gr*undrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private*, in: AJP/PJA, Nr. 10, 2002, S. 1144 ff.

HÄNNI PETER, *Personalrecht des Bundes*, 3. Aufl., Basel, 2017.

HELBLING PETER, *Kommentar zu Artikel 1 BPG*, in: Portmann Wolfgang / Uhlmann Felix, Bundespersonalgesetz (BPG) Praxiskommentar, Bern, 2013, S. 2 ff.

HELBLING PETER, *Der öffentliche Dienst auf dem Weg ins OR*, in: AJP/PJA, Nr. 13, 2004, S. 202 ff.

KIENER REGINA / KÄLIN WALTER / WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern, 2018.

KOENE BAS / GARSTEN CHRISTINA / GALAIS NATHALIE, *Management and Organization of temporary work*, Rotterdam/Stockholm/Erlangen, 2018.

LADNER ANDREAS, *Der Schweizer Staat, politisches System und Aufgabenerbringung*, in: Varone Frédéric, Handbuch der öffentlichen Verwaltung, Zürich, 2013, S. 23 ff.

LANKFORD WILLIAM M / PARSA FARAMARZ, *Outsourcing: a primer*, in: Management Decision, 1999, Nr. 37, S. 310 ff.

LIENHARD ANDREAS, *Staats- und Verwaltungsrecht*, in: Varone Frédéric, Handbuch der öffentlichen Verwaltung, Zürich, 2013, S. 225 ff.

LOOSER FABIAN, *Der Personalverleih* unter Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Basel, 2015.

MATHIS-ZYWGART ESTELLE, *Le travail temporaire : Entre liberté contractuelle et ordre public, in* : Dunand Jean-Philippe / Mahon Pascal, Le droit décloisonné interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genf/Zurich/Basel, 2009, S. 389 ff.

MATHIS-ZYWGART ESTELLE, l*'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire*, Diss., Basel, 2012.

MICHEL MATTHIAS, *Beamtenstatus im Wandel*, Zürich, 1998.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*. Der Freiheit eine Chance geben, Bern, 2018.

MÜLLER MARKUS, *Das besondere Rechtsverhältnis*, Diss., Bern, 2003.

MÜLLER ROLAND / VON GRAFFENRIED CAROLINE, *Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung*, in: recht, 2011. S. 156 ff.

NÖTZLI HARRY, *Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Dienstrecht*, in: Müller Roland / Pärli Kurt / Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich, 2017, S. 307 ff.

RHINOW RENÉ, *Grundfragen des öffentlichen Personalrechts*, Referat an der Tagung des Eidg. Personalamtes in Bern vom 29. März 2000.

RITZ ADRIAN / THOM NORBERT, Public Management. *Erfolgreiche Steuerung öffentlicher Organisationen*, 6. Aufl., Wiesbaden, 2019.

RITZ ADRIAN / SINELLI PETER / NEUMANN OLIVER, *New Public Management in der Schweiz: Reform-Evaluationen und Stand der Entwicklungen*, in: Bergmann Andreas et Al., Praxishandbuch Public Management, Zürich, 2016, S. 1 ff.

ROSELLO HÉLOÏSE, *les influences du droit privé du travail sur le droit de la Fonction publique*, Genève/Zurich, 2016.

RÜTSCHE BERNHARD, *Was sind öffentliche Aufgaben?* in: recht, 2013, S. 153 ff.

ORIGO FEDERICA ET AL., *Flexicurity and job satisfaction in Europe: The importance of perceived and actual job stability for well-being at work*, in: Labour Economics, 2009, Nr. 16, S. 547 ff.

PÄRLI KURT, *Publicisation des Arbeitsrechts : Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen*, in : Dunand Jean-Philippe / Mahon Pascal / Perrenoud Stéphanie (éds), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences être le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich, 2016, S. 243 ff.

RICHLI PAUL, *New public Management und Personalrecht*, in: Helbling Peter / Poledna Tomas, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern, 1999, S. 101 ff.

SÄGESSER THOMAS, Prax*iskommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG*, Bern, 2017.

SCHINDLER BENJAMIN, *Kommentar zu Art. 5 Bundesverfassung*, in: Ehrenzeller Bernhard / Schindler Benjamin / Schweizer J. Rainer / Vallender Klaus A. (Hrsg.), die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Zürich, 2016, S. 103 ff.

SCHWEIZER J. RAINER, *Kommentar zu Art. 8 Bundesverfassung*, in: Ehrenzeller Bernhard / Schindler Benjamin / Schweizer J. Rainer / Vallender Klaus A. (Hrsg.), die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Zürich, 2016, S. 205 ff.

SENTI CHRISTOPH, *Untypischer Personalverleih*, in: AJP/PJA, Nr. 12, 2008, S. 1498 ff.

SENTI CHRISTOPH, *Auftrag oder Personalverleih?*, in: AJP/PJA, Nr. 3, 2013, S. 356 ff.

STREIT DAN, *La location du services*, Jusletter, 2010.

TANQUEREL THIERRY, *Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique*, in : Tanquerel Thierry (éds.), les réformes de la fonction publique, Genève, 2012. S. 49 ff.

TSCHANNEN PIERRE, *Kommentar zu Art. 164 Bundesverfassung*, in: Ehrenzeller Bernhard / Schindler Benjamin / Schweizer J. Rainer / Vallender Klaus A. (Hrsg.), die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Zürich, 2016, S. 2679 ff.

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht* der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern, 2016.

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMER ULRICH / MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern, 2014.

UHLMANN FELIX, *Legalitätsprinzip*, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz Droit constitutionnel Suisse, Zürich, 2020, S. 1025 ff.

UHLMANN FELIX / BINDER IRIS, *Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmarie*, in: LeGes Gesetzgebung und Evaluation, Nr. 20, 2009, S. 151.

WALDMANN BERNHARD, *Kommentar zu Art. 35 BV*, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesverfassung (BV), Basel, 2015, S. 722 ff.

WILDHABER ISABELLE, *Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz*, in: ARV online, Nr. 1, 2014.

WIRTHLIN MARTIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und Privatrecht. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Nr. 155, 2019, S. 57 ff.

WYTTENBACH JUDITH / WYSS KARL-MARC, Kommentar zu Art. 164 BV, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar: Bundesverfassung (BV), Basel, 2015. S. 2449 ff.

# II Dokumentenverzeichnis

Bundesamt für Statistik, Tatsächliches jährliches Arbeitsvolumen von 1991 – 2021, abrufbar unter: https://www.bfs.admin.ch/asset/de/je-d-03.02.03.01.02.01 (abgerufen am 20.8.21).

Geschäftsprüfungskommission des Ständerates, Nachkontrolle zu den externen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung, Kurzbericht vom 12. November 2019, S. 2379 ff.

Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, Bericht zur Motion des Ständerates. Möglichkeiten der Verwaltungseinheiten zum Abschluss von Personalverleihverträgen gesetzlich verankern vom 21. April 2020.

Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Kurzevaluation im Rahmen einer Nachkontrolle vom 31. Juli 2019, S. 2399 ff.

Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. April 2014, S. 3691 ff.

Swissstaffing, Temporärarbeit in der Schweiz, Aktualisierungsstudie von 2014.

Swissstaffing. Temporärarbeit zwischen Arbeitsmarktintegration und Fachkräftemangel. White Paper, 2019.

Swissstaffing, Branchenzahlen der Temporärbranche von 2010 -2020, abrufbar unter: https://www.swissstaffing.ch/de/Branche-Politik/Branchenstatistiken/Jahresstatistiken.php (abgerufen am 20.8.21).

Swissstaffing, Studie: Die Temporärarbeitenden in der Schweiz 2018, Wer sie sind. Wo sie arbeiten. Wie zufrieden sie sind.

Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Medienkonferenz vom 13.5.2020.

Staatssekretariat für Wirtschaft, Überprüfung der heutigen Situation im Bereich des Personalverleihs, Bericht vom 18. Dezember 2008.

SUVA, Umfallstatistik UVG, 2020, abrufbar unter: https://www.suva.ch/de-CH/material/Dokumentationen/unfallstatistik-uvg-ssuv-2020 (abgerufen am 20.8.21).

# III Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| Abs. | Absatz |
| Aufl. | Auflage |
| Art. | Artikel |
| AVG | Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, SR. 823.11) |
| AVV | Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, (Arbeitsvermittlungsverordnung, SR. 823.111) |
| BehiG | Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, SR. 151.3) |
| BFS | Bundesamt für Statistik |
| BtG | Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Beamtengesetz, AS. 42 439) |
| BWIS | Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR. 120 |
| BGG | Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR. 173.110) |
| BPG | Bundespersonalgesetz vom 24 März 2000, SR. 172.220.1<br>Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (Rahmenverordnung BPG, SR. 172.220.11) |
| BPV | Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR. 172.220.111.3 |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR. 101 |
| bzw. | beziehungsweise |
| d.h. | das heisst |
| EFK | Eidgenössische Finanzkontrolle |
| EFD | Eidgenössisches Finanzdepartement |
| FKG | Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzkontrolle vom 28. Juni 1967 (Finanzkontrollgesetz, SR. 614.0) |
| GAV | Gesamtarbeitsvertrag |
| GAVP | Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih vom 21. Juni 2021 |
| GebV-AVG | Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 16. Januar 1991 (Gebührenverordnung AVG, SR. 823.113) |
| GlG | Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, SR. 151) |
| k.A. | keine Angaben |
| NPM | New Public Management |
| Nr. | Nummer |
| PSPV | Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen vom 4. März 2011, SR 120.4 |
| PVK | Parlamentarische Verwaltungskontrolle |

| | |
|---|---|
| RVOG | Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR. 172.010 |
| RVOV | Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR. 172.010.1 |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, SR. 220) |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Seite |
| SBB | Schweizerische Bundesbahnen |
| VGG | Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, SR. 173.32) |
| VwVG | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021) |
| SECO | Staatssekretariat für Wirtschaft |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR. 311 |
| SUVA | Schweizerische Umfallversicherungsanstalt |
| usw. | und so weiter |
| Vgl. | Vergleiche |
| VPBV | Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung vom 6. Dezember 2001, SR. 172.220.111.31 |
| Ziff. | Ziffer |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR. 272) |

# 1. Ausgangslage und Fragestellung

## 1.1 Einleitung

Die Schweiz gilt als erfolgreiches Land mit einer gut ausgebauten Infrastruktur und hochstehenden staatlichen Leistungen. Verantwortlich dafür sind unter anderem auch die Politik und eine leistungsfähige Verwaltung.[1] Ein zentrales Element einer leistungsfähigen Verwaltung ist sein Personal. Die Art und Weise wie das Personal der Verwaltung rekrutiert und erhalten wird haben sich im Laufe der Zeit grundsätzlich verändert.[2] Heute wird ein Teil des Personals des Bundes, welches staatliche Aufgaben wahrnimmt, über Personalverleihverträge[3] angestellt. Etwa 3% aller Arbeitsverhältnisse des Bundes sind heute über sogenannte Personalverleihverträge abgeschlossen.[4] Dabei kommt es aber zu grossen Unterschieden zwischen den Verwaltungseinheiten. Für Aussenstehende ist oft nicht erkennbar, ob eine Person im Staatsdienst regulär oder bloss in einem Verleihverhältnis angestellt ist. Verliehene Personen arbeiten Hand in Hand mit dem festangestellten Personal und erhalten ihre Arbeitsanweisungen von den gleichen Vorgesetzen. Dennoch unterscheidet die rechtliche Situation von verliehenem Personal im Staatsdienst stark.

Personalverleih in der öffentlichen Verwaltung ist ein eher neueres Phänomen. Ab den 1990er Jahren wurde die öffentliche Verwaltung europaweit stark reformiert.[5] Die bürokratische Verwaltung erwies sich als schlecht geeignet für eine im Wandel begriffene Gesellschaft.[6] Teil dieser Reformen war die Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das private Arbeitsrecht. Bei aller Annäherung an das private Arbeitsrecht blieb aber unbestritten, dass Staatsangestellte weiterhin in einem *besonderen Rechtsverhältnis* zum Staat stehen. So ist es weiterhin notwendig, Staatsangestellten gewisse ihrer Grundrechte einzuschränken. Unbestritten bleibt auch die verfassungsrechtliche Bindung des gesamtstaatlichen Handelns an das Legalitätsprinzip, das Gebot der Rechtsgleichheit und des Verbots der Willkür.[7]

---

1 LADNER, Der Schweizer Staat, politisches System und Aufgabenerbringung, S. 23 ff.

2 RITZ/THOM, Public Management. Erfolgreiche Steuerung von öffentlichen Organisationen, S. 58 ff. und 315 ff.

3 Geläufiger ist der Begriff der *Temporärarbeit*, siehe dazu Punkt 3.2 dieser Arbeit.

4 Votum Bundesrat Maurer, AB 2020 N 2056. Unter dem Begriff Verwaltungseinheit werden in dieser Arbeit alle Einheiten der zentralen und dezentralen Verwaltung gemeint.

5 RITZ/THOM, Public Management. Erfolgreiche Steuerung von öffentlichen Organisationen, S. 330.

6 EMERY. Öffentliches Personalmanagement. Einleitung. S. 445 ff.

7 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597.

Die Möglichkeit Personen im Personalverleih zu beschäftigen war nie expliziter Teil einer Verwaltungs- oder Personalrechtsreform. Dass die öffentliche Verwaltung zunehmend verliehene Personen beschäftigt, wird seit Jahren von den Geschäftsprüfungskommissionen des National- und Ständerats sowie von der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) in diversen Berichten und Evaluationen untersucht und kontrovers diskutiert.[89] Dabei ist Personalverleih auch politisch umstritten. Die einen sehen im Personalverleih ein gutes Instrument, schnell und flexibel Spitzen abzudecken und fehlende Kompetenzen einzukaufen, ohne dass eine länger dauernde Anstellungsverpflichtung eingegangen werden muss.[10] Zudem wird dem Personalverleih eine Brückenfunktion von der Erwerbslosigkeit hin zu Erwerbstätigkeit zugeschrieben, wodurch der nachhaltige Ausstieg aus der Arbeitslosigkeit begünstigt werden kann.[11] Die anderen sehen im Personalverleih einen Faktor für Lohndruck, einer allgemeinen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmenden und sogar längerfristig als eine Gefahr für unsere Wirtschaftsordnung und die Demokratie.[12]

Trotz einiger Verbesserungen, gerade was die Transparenz von Personalverleih in der Bundesverwaltung angeht, scheint gerade aus rechtlicher Perspektive der Personalverleih in der öffentlichen Verwaltung immer noch komplex. Vor kurzem wurde im Parlament eine Motion der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates mit sehr grosser Mehrheit angenommen. Die Motion beauftragt den Bundesrat, gegen seinen Willen, eine explizite Rechtsgrundlage zum Personalverleih im Bundespersonalgesetzes (BPG) oder im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) auszuarbeiten.[13] Für den Bundesrat existiert mit Art. 57 RVOG für die Bundesverwaltung bereits eine genügende Gesetzesgrundlage.

Aus diesen Gründen scheint es aktuell und angebracht, einen vertieften Blick in die rechtlichen Grundlagen von Personalverleih und öffentlichem Personalrecht auf Bundesebene zu werfen. Dabei stellt sich die Frage, ob Personalverleih einer expliziten Rechtsgrundlage bedarf, ob verliehene Personen Teil des Bundespersonals sind und ob sie sich wie Staatspersonal in einem besonderen Rechtsverhältnis befinden. Die Arbeit besteht aus zwei Teilen. Im ersten Teil werden einerseits auf die grossen Reformen im Personalrecht kontextualisiert. Andererseits wird

8 Zum Beispiel: Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Kurzevaluation im Rahmen einer Nachkontrolle vom 31. Juli 2019, S. 2399 ff.

9 Zum Beispiel: NZZ am Sonntag, Externe Berater belasten Bundeskasse, 16.10.2016, S. 11.

10 Anfrage Kiener Nellen (11.1075), Neue Personalverleih-Methode beim VBS?

11 Vgl. Swissstaffing, Temporärarbeit in der Schweiz, S. 15.

12 Vgl. Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Medienkonferenz vom 13.5.2020.

13 Motion GPK-S (19.4382), Möglichkeit der Verwaltungseinheiten zum Abschluss von Personalverleihverträgen gesetzlich verankern.

die Praxis des Personalverleihs in der Schweiz allgemein aber auch in der öffentlichen Verwaltung beleuchtet. Grundlage dazu sind neben öffentlichen Dokumenten auch eine Reihe von Interviews, welche für diese Arbeit mit verschiedenen Ämtern beziehungsweise öffentlichen Unternehmen geführt wurden. Im zweiten Teil der Arbeit wird die rechtliche Situation beleuchtet. Dazu werden zuerst die rechtlichen die Grundlagen von Personalrecht und Personalverleih aufgearbeitet. Speziell wird auf die verschiedenen Anstellungsformen beim Bund die Situation der externen Mitarbeiter eingegangen. Danach werden die heutigen arbeitsrechtlichen Unterschiede zwischen verliehenen Personen und Bundespersonal analysiert. Abschliessend werden verfassungsrechtliche Fragestellungen der heutigen Praxis des Personalverleihs angesprochen und darauf aufbauend die Schranken der Nutzung von Personalverleih in der Verwaltung aufgezeigt.

## 1.2 Fragestellung

Aus der in der Einleitung angesprochenen Gründen wurde die konkrete Fragestellung dieser Masterarbeit entwickelt:

**Personalverleih beim Bund und bundesnahmen öffentlichen Unternehmen: Was sind die Voraussetzungen für den Personalverleih, wo liegen die Unterschiede von verliehenen Mitarbeitern zum sonstigen Personal und was gilt es grundsätzlich beim Personalverleih zu beachten?**

## 1.3 Ziel der Arbeit und Abgrenzung

Ziel der Arbeit ist es einerseits zu beleuchten, wie es zum Beizug von verliehenen Personal kam. Andererseits wird eine rechtliche Übersicht über die Voraussetzungen von Personalverleih beim Bund und bundesnahen Unternehmen und Unterschiede von verliehenen Personen zum Bundespersonal herausgearbeitet. Dazu sollen auch die die Schranken der Nutzung von Personalverleihverträgen erarbeitet werden. Dabei wird gezielt die heutige Praxis beleuchtet und hinterfragt.

Die rechtliche Umsetzung der Motion 19.4382 wird nur am Rande besprochen und steht nicht im Zentrum. Abgrenzen wird diese Arbeit insofern, als dass sie nur auf Personalverleih fokussiert. Andere Formen wie Aufträge (Art. 363 ff. OR) oder Werkverträge (Art. 394 ff. OR)

werden bewusst nicht untersucht und sind nicht Teil dieser Arbeit. Auf die Problematik der Schwierigkeit der Abgrenzung der Verträge untereinander wird zwar eingegangen, ist aber nicht zentral für diese Arbeit. Auch wird nicht auf die dem Personalverleih in gewissen Dingen ähnlichen Arbeitsverträge, wie befristete Arbeitsverträge, eingegangen. Zudem wird nicht wissenschaftlich untersucht, inwiefern Personalverleih für die öffentliche Hand ökonomisch sinnvoll und notwendig ist. Einige grundsätzliche ökonomische Überlegungen für die Kontextualisierung finden sich nur unter dem Punkt 2 dieser Arbeit.

## 1.4 Methodik

Die Arbeit wird als Literatur- und Dokumentenanalyse umgesetzt. Es findet eine Analyse der Rechtsgrundlagen auf Bundesebene statt. Parallel dazu werden Experteninterviews mit Personalverantwortlichen von verschiedenen Ämtern und zwei öffentlichen Unternehmen (SBB, SUVA) geführt, um die Praxis des Personalverleihs besser zu verstehen und zu beleuchten.

## 2. Situierung der Fragestellung

Das Bundespersonalrecht und der Personalverleih basieren auf einem ganz anderen rechtlichen Fundament. Der Personalverleih ist von privatrechtlichen Rechtsbeziehungen geprägt, welche sich stark über das Prinzip der Vertragsfreiheit definieren. Das Bundespersonalrecht ist dazu im Gegensatz grundsätzlich Teil des öffentlichen Rechts und stark von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungshandelns (Art. 5 BV) und den Grundrechten geprägt.[14] Dass der Personalverleih in den letzten Jahren auch in der öffentlichen Verwaltung an Einfluss gewonnen hat, ist dabei kein Zufall, sondern eine Auswirkung der grossen Reformen der öffentlichen Verwaltung der letzten Jahrzehnte. Mit den Ideen des *New Public Management* wurde ab den 1990 Jahren die öffentliche Verwaltung in der Schweiz grundlegend reformiert und das öffentliche Personalrecht dem privaten Arbeitsrecht angenähert.[15] Die Reform des Personalwesens war ein wichtiger Bestandteil der Verwaltungsreformen, da den Personalkosten am Gesamtaufwand einer Verwaltung eine grosse Bedeutung zukommen.[16]

In diesem Kapitel wird auf die rechtlichen Veränderungen im Bundespersonalrechts und seine Gründe eingegangen. Ziel des Kapitels dabei ist es aufzuzeigen, dass Personalverlieh kein zufälliges Phänomen, sondern sich in eine grundsätzliche Entwicklung von Verwaltungs- und Personalrechtsreformen einreihen lässt. Um diese zu verstehen, müssen einige grundsätzliche Fragen aufgeworfen werden: Warum gibt es eigentlich ein öffentliches Personalrecht und wie hat sich dieses im Laufe der Zeit verändert? Dabei wird auch auf das *besondere Rechtsverhältnis*, in welchem auch Staatsangestellte stehen, genauer eingegangen. Anderseits wird in diesem Kapitel auch auf die Gründe für die zunehmende Bedeutung von Personalverleih in der Schweizer Arbeitswelt eingegangen. Worin liegen die Vorteile und Nachteile des Personalverleihs für eine Organisation aber auch für den einzelnen Arbeitnehmer? Wie sieht die Praxis bei der Bundesverwaltung beziehungsweise den öffentlichen Unternehmen des Bundes aus?

---

14 ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, S. 78 und S. 55 ff.

15 RITZ/THOM, Public Management. Erfolgreiche Steuerung von öffentlichen Organisationen, S. 58 ff. und S. 317 ff.

16 RHINOW, Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, S. 3.

## 2.1 Kurzer Rückblick zum Bundespersonalrecht: Vom Beamten zum öffentlichen Angestellten

Historisch war ein Grossteil des Staatspersonals der Schweiz *verbeamtet* und nur eine Minderheit war *angestellt*. Im Ideal handelt es sich bei einem Beamten[17], im Sinne von Max Weber, um eine Person, welche sich als Diener des modernen Staates versteht und deshalb unabhängig und dem Gemeinwohl verpflichtet demokratische Entscheide professionell und neutral umsetzt.[18] Historisch entstand das Beamtentum mit dem Aufkommen des modernen Staatswesens im 18. Jahrhundert. Aus den Fürstendienern des Mittelalters wurden immer mehr Staatsdiener. Der Fürst konnte aber das privatrechtliche Arbeitsverhältnis jederzeit kündigen. Um monarchische Willkür einzuschränken und die Abhängigkeit des Staates zum Fürsten zu lockern, wurden zuerst in Bayern, dann aber auch in anderen deutschen Staaten die grundsätzliche Unauflöslichkeit des Beamtenverhältnisses kodifiziert. Die Schweiz kannte nie ein unauflösliches Beamtenverhältnis wie andere Staaten. Ein Beamter in der Schweiz war, wer auf Amtsdauer gewählt wurde. Das System der Amtsdauer, basiert auf der Idee, dass Beamte periodisch alle vier Jahre wiedergewählt werden müssen. Das bedeutet, dass eine Person nur für eine gewisse Zeit für den Staatsdienst gewählt werden konnte. Während dieser Zeit kann ihr nur aus wichtigen Gründen oder aufgrund einer disziplinarischen Sanktion gekündigt werden.[19]

Mit dem System der Amtsdauer wollte man hierzulande von Anfang an eine mächtige Kaste unabsetzbarer Beamten verhindern. Interessant in diesem Kontext ist, dass die ersten Rufe nach Abschaffung des Systems der Amtsdauer von Seiten der Personalvereinigungen kamen. Diese beklagten die unzureichenden Rechtsmittel bei einer nicht Wiederwahl eines Beamten und forderten eine dreimonatige Kündigungsfrist.[20] Neben den Beamten gab es aber in der Schweiz immer auch ein Teil des Staatspersonals, welches im Angestelltenverhältnis beschäftigt war. Grundsätzlich sind Angestellte den Interessen ihres Arbeitgebers verpflichtet und die Parteien können, sofern sie das wollen, das Arbeitsverhältnis unter der Berücksichtigung gewisser Fristen, jederzeit kündigen. In der Praxis unterschieden sich die beiden Personalkategorien, abgesehen vom System der Amtsdauer welches den Beamten einen erhöhten Schutz vor Kündigung

17 In dieser Arbeit wird zur Vereinfachung nur die männliche Form verwendet. Es sind aber immer auch die weibliche Form gemeint. Hier zum Beispiel die Beamten und Beamtinnen.

18 EMERY, Öffentliches Personalmanagement. Einleitung, S. 446.

19 MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 19 ff. und S. 161.

20 Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Beamtengesetz (BtG), BBI 1924 III 59. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 21 ff. und S. 37.

während der gewählten Amtszeit gewährte, bezüglich ihrer Rechte und Pflichten aber kaum voneinander.[21]

Um das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und seinem Personal zu regeln, wurde in der Schweiz schon früh ein eigenes öffentliches Arbeitsrecht geschaffen.[22] Darin wird bis heute festgehalten, wie der Staat sein Personal anstellen und erhalten kann. Ein öffentliches Personalrecht war dabei keine explizite verfassungsrechtliche Vorgabe. Zumindest theoretisch wäre es möglich gewesen das ganze Staatspersonal über das privatrechtliche Arbeitsrecht (Art. 319 – 355, 361 ff. OR) zu unterstellen.[23] Jedoch gilt zu beachten, dass der Staat, auch wenn er als Arbeitgeber auftritt, Staat bleibt.[24] Aus der Verfassung und unserem Staatsverständnis ergeben sich Grundprinzipien zum staatlichen Handeln und Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat.[25] Aufgrund dessen gibt es mindestens zwei Gründe, welche für ein öffentliches Personalrecht sprechen:

Erstens steht das Staatspersonal zum Staat in einem besonders engen Rechtsverhältnis, verglichen mit Personen, welche nicht im Staatsdienst stehen.[26] So steht in der Botschaft zum Beamtengesetz von 1927: « (…) Der Staat (hat) die Pflicht, seinen Beamten als Dienern des Volkes alles zu verbieten, was den Interessen der Allgemeinheit schaden könnte (…)».[27] Das Interesse an einer funktionierenden und vertrauensbildenden Staats- und Verwaltungstätigkeit kann dazu führen, dass individuelle Grundrechtsansprüche von Staatsangestellten eingeschränkt werden müssen. Man spricht deshalb von einem *besonderen Rechtsverhältnis* im öffentlichen Personalrecht.[28] Das Beamtengesetz sah zum Beispiel besondere Dienstpflichten für Beamte vor, welche teilweise weit über das hinausgingen, was von Angestellten verlangt werden kann.[29]

Andererseits muss jeglichen Staatshandeln, wozu auch das Anstellen und Erhalten von Staatspersonal gehört, auch immer den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns genügen. In diesem Punkt unterscheidet sich der Staat als Arbeitgeber fundamental vom privaten Arbeitgeber.

---

21 MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 3 ff. und S. 129.

22 Heutzutage meist öffentliches Personalrecht genannt. Siehe zum Beispiel: WIRTHLIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Privatrecht, S. 57.

23 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 9. TANQUEREL, Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique, S. 49 ff. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 194.

24 RHINOW, Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, S. 3.

25 TSCHANNEN. Staatsrecht. S. 73 und S. 102 ff. Mehr dazu in Kapitel 5 dieser Arbeit.

26 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1404.

27 Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Beamtengesetz (BtG), BBI 1924 III 1.

28 MÜLLER, Das besondere Rechtsverhältnis, S. 64 ff.

29 MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 53 ff.

Gerade das Legalitätsprinzip, die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot sind in diesem Zusammenhang wichtig. Der Staat kennt auch als Arbeitgeber keine Privatautonomie. Die Grundlage staatlicher Tätigkeit ist das Recht. Und dieses muss, um den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handels zu genügen.[30] Historisch sah zum Beispiel schon das Beamtengesetz (BtG) eine Besoldungsskala mit 26 Klassen vor, in der das ganze Bundespersonal einzureihen ist. Damit wurde die rechtsgleiche Behandlung des Personals bezüglich der Besoldung sichergestellt. Um das Personal vor staatlicher Willkür zu schützen, sah das BtG Rechtsmittel vor, um Ansprüche und Rechte gegenüber dem Staat geltend zu machen.[31]

Ab den 1970 Jahren wurde die öffentliche Verwaltung von einem globalisierten und konkurrenzgeprägten Umfeld zunehmend und mehrfach herausgefordert. Gesellschaftlichen Veränderungen wie die Pluralisierung, Individualisierung aber auch die Mobilität und eine zunehmende Flexibilität in der Gesellschaft führten zu veränderten Anforderungen an den öffentlichen Sektor.[32] Dieser konnte die Anforderungen nur schwer erfüllen.[33] Der Ölpreisschock und die folgende Wirtschaftskrise mit zunehmenden Arbeitslosenzahlen, abnehmenden Staatseinnahmen und steigenden Sozialausgaben gab jenen Stimmen Aufwind, welche eine grundlegende Reform der öffentlichen Verwaltung mit Hilfe betriebswirtschaftlichen Instrumenten forderten. In der Schweiz war es vor allem die Reformbewegung vor allem unter dem Begriff des New Public Management (NPM) bekannt. Sie forderte ein neues Organisations- und Führungsmodell der Verwaltung. Ziel war eine kosteneffizientere Verwaltung mit Hilfe von betriebswirtschaftlichen Konzepten, welche bis dahin nur in der Privatwirtschaft eingesetzt wurden. Mit der Reform wurde das traditionelle Regelsystem zunehmend dezentralisiert und durch eine Erfolgsorientierung und Kundenorientierung erweitert beziehungsweise ersetzt.[34] Auch wenn rückblickend viele der NPM Reformen zu viel versprachen, sind viele der Reform Elemente wie Leistungsmessung, Wirkungsziele, strukturelle Entflechtung, kompetitive oder leistungsorientierte Gehaltskomponenten etc. Teil der heutigen Verwaltungsführung geblieben.[35]

30 RHINOW, Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, S. 3.
31 Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Beamtengesetz (BtG), BBI 1924 III 1.
32 RITZ/THOM, Public Management. Erfolgreiche Steuerung von öffentlichen Organisationen, S. 65.
33 JANN, Verwaltungskultur. Ein Überblick über den Stand der empirischen und international vergleichenden Forschung, S. 425 ff.
34 RITZ/THOM, Public Management. Erfolgreiche Steuerung von öffentlichen Organisationen, S. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 194.
35 RITZ/SINELLI/NEUMANN, New Public Management in der Schweiz: Reform-Evaluationen und Stand der Entwicklungen, S. 17 ff.

Eine nach betriebswissenschaftlichen und leistungsorientierten Gesichtspunkten geführte Verwaltung bedurfte auch Veränderungen im öffentlichen Personalrecht. Dabei fand eine Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das private Arbeitsrecht statt.[36] Diesbezüglich sind vier Dimensionen zu unterscheiden. Erstens wurden gewisse Instrumente des privaten Arbeitsrechts übernommen. So wird das Bundespersonal heute zum Beispiel mit Arbeitsverträgen und nicht mehr durch Verfügungen angestellt. Zweitens wurde das OR als Ergänzung zum öffentlichen Personalrecht übernommen sofern das öffentliche Personalrecht nichts Abweichendes bestimmt (so zum Beispiel Art. 6 Abs. 2 BPG). Drittens werden gewisse Dienstverhältnisse ganz dem OR unterstellt. Ein Beispiel ist hier der Art. 6 Abs. 5 BPG, welche gewisse Personalkategorien des Bundespersonals ganz dem OR unterstellt. Viertens wurden gewisse Teile der Verwaltung privatisiert und als ganze Einheit dem OR unterstellt. Das Institut für geistiges Eigentum ist hierfür ein gutes Beispiel.[37] Es wäre aber vereinfacht nur von einer Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das private Arbeitsrecht zu sprechen. Auch die Vertragsfreiheit wurde durch das öffentliche Recht vermehrt eingeschränkt. Treiber waren dabei das internationale Recht, aber auch der nationale Gesetzgeber und die nationalen und internationalen Gerichte. Ein interessantes Beispiel unter vielen ist das Beschaffungsrecht. Dieses verlangt von Unternehmen, die öffentliche Beschaffung ausführen, gewisse orts- und branchenüblicher Arbeitsbedingungen zu respektieren. Unternehmen, die diesen Pflichten gegenüber dem Personal nicht nachkommen, sind vom Verfahren über die Erteilung eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen. [38] Damit wirkt das Beschaffungsrecht stark auf die Vertragsfreiheit ein und kommt *de facto* einer staatlichen Regulierung der privaten Arbeitsverhältnisse gleich.[39]

Für das Bundespersonal wurde 2001 das Bundespersonalgesetz BPG eingeführt, welches das BtG ersetzte. Dabei wurde der Beamtenstatus (also das System der Amtsdauer) abgeschafft. Das Bundespersonal wird neu nur noch mit öffentlich-rechtlichem Vertrag angestellt (Art. 8 BPG). Daneben gab es auch Veränderungen bei der Entlöhnung. Diese berechnet sich neben der Funktion und der Erfahrung neu auch durch eine Leistungskomponente (Art. 15 BPG). Auch der Kündigungsschutz wurde gelockert. Zwar braucht es für die Kündigung eines

36 DÉFAGO GAUDIN, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, S. 270 ff.

37 DÉFAGO-GAUDIN, Les obstacles à la privation de la fonction publique, S. 270 ff. ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, S. 113 ff. BELLANGER/ROY, Entwicklung des Rechts- und Regulierungsrahmens der öffentlichen Verwaltung, S. 460 ff. WIRTHLIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Privatrecht, S. 59. TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, S. 49 ff.

38 PÄRLI, Publicisation des Arbeitsrechts : Tour d'Horizon durch jüngere Entwicklungen, S. 245 ff.

39 WILDHABER. Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz.

Anstellungsverhältnisses immer noch einen Grund – die Liste der Gründe wurde aber erweitert und ist nicht mehr abschliessend (Art. 10 Abs. 3 BPG)[40]. Dazu kommt, dass im Falle einer ungerechtfertigten Kündigung, die gekündigten Personen nur noch bei qualifiziert fehlerhafter Kündigung weiterbeschäftigt werden müssen.[41] Bei aller Liberalisierung muss aber immer beachtet werden, dass die BV grundsätzlich die Kündigungsfreiheit einschränkt.[42] Zu Veränderungen kam es auch im besonderen Rechtsverhältnis, welche im nächsten Kapitel besprochen werden.

## 2.2 Das besondere Rechtsverhältnis im öffentlichen Dienst

Ein besonderes Rechtsverhältnis liegt vor, wenn eine Person in einer engeren Rechtsbeziehung zum Staat steht als die übrigen Menschen und sich daraus für sie besondere Pflichten und Einschränkungen der Freiheitsrechte ergeben. Neben dem staatlichen Personal gibt es auch noch eine Reihe anderer Personen, welche in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen. So zum Beispiel Schüler, Studenten, Personen in Haft oder die Militär- und Zivildienstleistende etc.[43] Die besonderen Pflichten und Einschränkungen, die sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis ergeben, können nicht im Einzelnen abschliessend aufgezählt werden. Vielmehr ergeben sich die Pflichten und Einschränkungen aus dem konkreten Verhältnis selbst. Im Kontext des öffentlichen Personalrechts ist es zumeist die beamtenrechtliche Treuepflicht (Art. 22 BPG), die der Grundrechtsausübung von öffentlichen Angestellten Grenzen setzt.[44]

**Beispiele von besonderen Rechtsverhältnissen beim Bundespersonal:**

- Verhalten ausserhalb der Arbeitszeit: Bundespersonal hat sich auch ausserhalb seiner Arbeitszeit korrekt und höflich zu verhalten.[45]

40 BELLANGER/ROY, Entwicklung des Rechts- und Regulierungsrahmens der öffentlichen Verwaltung, S. 460 ff.

41 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2019-2021.

42 BELLANGER/ROY, Entwicklung des Rechts- und Regulierungsrahmens der öffentlichen Verwaltung, S. 472. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 14. Dazu auch das Bundesgericht: 8C_467/2013, E. 3.2.

43 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 450 ff. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 42.

44 MÜLLER, Das besondere Rechtsverhältnis, S. 63 ff.

45 Ein Beamter hatte während Jahren Bürger seiner Gemeinde mit anonymen Briefen belästigt. Dies wurde publik und in den Medien diskutiert. Dieser Vertrauensverlust seitens der Öffentlichkeit wurde von der Eidgenössischen Personalrekurskommission rechtskräftig als eine Verletzung der Treuepflicht eingestuft. VPB (64) Nr. 37. 2000.

- Verschwiegenheitspflicht: Für Informationen, die geheim zu halten sind, gilt das Amtsgeheimnis (Art. 22 BPG). Die Geheimhaltungspflicht dauert in der Regel über die Auflösung des Dienstverhältnisses hinaus fort (Art. 94 BPV).[46]
- Meinungsäusserungsfreiheit: Beamte dürfen sich grundsätzlich an politischen Auseinandersetzungen beteiligen. Das gilt grundsätzlich auch für den Sachbereich, in dem sie tätig sind. Dabei müssen sie aber auf die Treuepflicht Rücksicht nehmen und sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen.[47]
- Streikrecht: Gewisse Personalkategorien dürfen nicht in den Streik treten (Art. 96 BPV).

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV) gilt auch im besonderen Rechtsverhältnis. Im besonderen Rechtsverhältnis werden aber grundsätzlich weniger hohe Anforderungen an die Gesetzmässigkeit gestellt, sofern sich die Einschränkungen und Pflichten aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnis ergeben.[48] Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob es sich um ein freiwilliges oder ein zwangsweises besonderes Rechtsverhältnis handelt.[49] Für das besondere Rechtsverhältnis bedeutet dies konkret, dass Einschränkungen und Pflichten nicht bis in alle Einzelheiten generell-abstrakt geregelt sein müssen. Generalklauseln und relativ offene, unbestimmte Normen genügen grundsätzlich als gesetzliche Grundlage.[50] Ein formelles Gesetz braucht es nur für die Begründung und die Grundzüge der rechtlichen Auswirkungen. Rechte und Pflichten können grundsätzlich in Verordnungen festgelegt werden.[51]

Auch wenn beim besonderen Rechtsverhältnis grundsätzlich weniger hohe Anforderung an die gesetzliche Grundlage bestehen, handelt es sich aber keinesfalls um eine Art *rechtsfreien Raum* innerhalb des Rechtsstaats.[52] Schon früh hat das Bundesgericht klargestellt, dass sich prinzipiell auch Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis auf Grundrechte berufen können.[53]

---

46 Eine Verletzung des Amtsgeheimnisses ist strafbar (Art. 320 StGB). Ist der Beamte zeugnispflichtig, so muss die vorgesetzte Behörde ihm vom Amtsgeheimnis entbinden (Art. 94 Abs. 3 BPV). Normalerweise darf sie diese nicht verweigern. Siehe dazu: BGE 123 IV 157.

47 Laut dem Bundesgericht spielen die Funktion, Stellung und Verantwortung des Beamten eine zentrale Rolle bezüglich der Einschränkung seiner Meinungsäusserungsfreiheit. Grundsätzlich ist Kritik an einem Vorgesetzen erlaubt. Siehe dazu: BGE 136 I 332.

48 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 452. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 45. Siehe auch BGE 139 I 280 und BGE 142 I 49.

49 So sind zum Beispiel die Rechte von Schulkinder, die der Schulpflicht unterliegen anders zu bewerten als die Rechte deren die sich wegen der Begehung von Delikten in Unfreiheit befinden. Mehr dazu in: BGE 129 I 74.

50 BGE 129 I 12, 24.

51 BGE 135 I 79 und 128 I 113, 124 ff.

52 MÜLLER, Das besondere Rechtsverhältnis, S. 15.

53 So hat das Bundesgericht bereits 1939 grundsätzlich festgehalten, dass auch Beamten von der Vereinsfreiheit profitieren, wenn auch besondere Schranken gelten. Nur wenn diese Schranken verletzt sind,

Schwere Eingriffe in die Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schlussendlich ist es immer Sache der Gerichte zwischen den Interessen an einer funktionierenden und vertrauensbildenden Staats- und Verwaltungstätigkeit und den individuellen Grundrechtsansprüchen von zum Beispiel öffentlicher Bediensteter abzuwägen.[54]

Die Veränderungen vom Beamtenverhältnis zum öffentlichen Angestellten haben auch auf das besondere Rechtsverhältnis im Personalrecht beeinflusst. So ist das Bundesgericht strenger geworden was die Einschränkungen von Grundrechten von Personen im besonderen Rechtsverhältnis betrifft.[55] Ein Beispiel dafür ist die Wohnsitzpflicht. Diese ist nur noch durch zwingende betriebliche Gründe oder durch das Erfordernis enger Beziehungen der betreffenden Angestellten zum Gemeinwesen (oder zur Bevölkerung), zu rechtfertigen.[56]

Ganz grundsätzlich kann es vorkommen, dass auch Personen im Personalverleih, welche öffentliche Aufgaben übernehmen, sich in einem *besonderen Rechtsverhältnis* befinden. Dabei stellt sich die Frage, inwiefern sich ihre Eingriffe auf eine Rechtsgrundlage berufen können und ihre Grundrechte überhaupt eingeschränkt werden können.[57] Zuerst wollen wir uns zuerst jetzt ansehen, weshalb Personen überhaupt verliehen werden und worin die Vorteile und Nachteile zum festangestellten Personal liegen.

## 2.3 Personalverleih aus der Sicht des Personalmanagements

In der heutigen Arbeitswelt ist es nicht mehr sicher, ob eine Person, welche für eine Organisation Leistungen erbringt, auch von dieser Organisation angestellt und auf deren Gehaltsliste steht. Neben dem traditionellen Model der festen Anstellung bei einem Arbeitgeber sind in den letzten Jahrzehnten eine Reihe von *alternativen und kurzfristigen* Anstellungen entstanden.[58] Zurückzuführen lässt sich diese Entwicklung auf verstärkte Konkurrenzsituation, in welche sich viele Organisationen ab den 1970 befanden. Ausgelöst wurde der verstärkte Wettbewerb einerseits durch die Globalisierung und den technologischen Wandel. Andererseits spielten aber auch demografische, politische und gesellschaftliche Veränderungen eine wichtige Rolle. Der

darf die Vereinsfreiheit eingeschränkt werden. Im vorliegenden Fall waren diese Schranken verletzt und die Teilnahme am Verein «Nationale Front» wurde verboten. BGE 65 I 236. E. 3.

54 MÜLLER, Das besondere Rechtsverhältnis, S. 64.

55 MÜLLER, Das besondere Rechtsverhältnis, S. 120 ff.

56 BGE 128 I 280. Diese Gründe sind zum Beispiel bei einem Ambulanzfahrer mit fester Arbeitszeit nicht gegeben. BGE 118 Ia 410.

57 Siehe dazu Punkt 5.2 dieser Arbeit.

58 KOENE/GARSTEN/GALAIS, Management and Organization of Temporary Work, S. 3. Siehe auch: Wall Street Journal, the end of employees, 02.02.2017, S. 1-5.

verstärkte Wettbewerb brachte Organisationen dazu, die stabile langfristigen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vermehrt durch flexible Vereinbarungen zu ersetzen, um sich so besser am Markt und den veränderten Umweltbindungen anzupassen.[59] Eine dieser alternativen Anstellungen ist der vermehrte Beizug von verliehenem Personal.

Personalverleih charakterisiert sich primär durch das Überlassen eines Mitarbeiters einer Organisation an einen Dritten. Die Überlassung erfolgt in der Regel über eine Agentur, welche für das Überlassen eine Abfindung erhält. In der internationalen Management Literatur wird der Personalverleih als Teil des *outsourcing* verstanden. Unter dem Begriff des *outsourcing* versteht man die Beschaffung von Produkten oder Services von ausserhalb der Organisation.[60] Im Unterschied zu anderen Formen des *outsourcings* wird ein verliehener Mitarbeiter in die Organisation eines Dritten integriert und bekommt von dieser direkte Anweisungen, wie er seine Arbeit zu verrichten hat. Damit ist das praktische Verhältnis zur Organisation, in welche er verliehen wurde, praktisch mit jenem eines Angestellten dieser Organisation identisch.

Personalverleih lässt sich ökonomisch erklären. Durch den Personalverleih kommt es erstens zu einer effizienteren oder effektiveren Beschaffung vom Personal. So helfen die Agenturen dabei die Kosten für die Such- und Vereinbarungen zu senken. Agenturen besitzen Spezialisierungsvorteile gegenüber normalen Personalabteilungen – sie können sich auf gewisses Personal spezialisieren und einen ständigen Pool an Bewerbern vorhalten.[61] Zweitens entstehen Einsparungspotentiale durch den tieferen Kündigungsschutz und weniger gute Arbeitsbedingungen.[62] Einer Organisation entstehen dadurch einerseits kurzfristige Wettbewerbsvorteile (bessere Kosteneffizienz) und andererseits langfristige Wettbewerbsvorteile (besserer Fokus auf das Kerngeschäft beziehungsweise das Kernpersonal).[63] Grundsätzlich zielt der Personalverleih somit hauptsächlich auf eine bessere Kosteneffizienz ab und nicht unbedingt auf Kosteneinsparungen. Der grösste Vorteil des Personalverleihs aus Sicht einer Organisation liegt in der Flexibilität der Arbeitsform.[64] Durch den Personalverleih kann schnell kurzfristiger Personaldarf abgedeckt werden und auf Einstellungsstopps und kurzfristige Personalreduktionen reagiert werden. Daneben besteht für eine Organisation auch die Möglichkeit neue Mitarbeitende

59 BIDWELL ET AL., The Employment relationship and inequality: How and why changes in Employment Practices are reshaping rewards in Organizations, S. 70.
60 Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9 Auflage, 2019, S. 1240.
61 FÖHR. Flexibilisierung des Personaleinsatzes durch Arbeitnehmerüberlassung – eine personalökonomische Analyse.
62 BECKMANN/KUHN, Personalverleih und Unternehmenserfolg: Eine empirische Untersuchung, S. 1 ff.
63 LANKFORD/PARSA, Outsourcing: a primer, S. 310 ff.
64 BECKMANN/KUHN, Personalverleih und Unternehmenserfolg: Eine empirische Untersuchung, S. 1 ff.

kennenzulernen, mit welchen auch eine längerfristige Beziehung eingegangen werden kann. Gewisse Organisationen sehen im Personalverleih auch die Möglichkeit andere Löhne und Sozialversicherungsbeiträge als üblich zu zahlen. [65] In der Literatur finden sich auch eine Reihe von Nachteilen des Personalverleihs für eine Organisation. Einerseits ist der Personalverleih mit höheren Personalkosten verbunden, da neben den Lohnkosten für den Arbeitnehmer auch noch die Agenturkosten entschädigt werden müssen.[66] Daneben fühlen sich verliehene Personen im Vergleich zu Angestellten oftmals mit der Organisation, bei der sie arbeiten, weniger verbunden und haben ein tieferes Engagement ihr gegenüber.[67] Unklar ist die Situation bezüglich der Motivation und Rentabilität von verliehen Personen. Neuere Studien zeigen auf, dass Personalverleih zu Motivationsverlust oder zu einer Steigerung der Motivation führen kann. Ausschlaggebend ist der Anteil an Temporärbeschäftigten in der Organisation und deren Aufstiegschancen. Ähnlich verhält es sich mit der Rentabilität. Es scheint als wären würde der Anteil der verliehenen Personen die Rentabilität zuerst erhöhen, sich dann aber ab einem gewissen Anteil negativ auf die Rentabilität auswirken.[68]

Aus Sicht des Arbeitnehmers kann die Flexibilität der Wahl und Gestaltungsmöglichkeit im Personalverleih ein Vorteil sein. Dazu kommt, dass sich eine verliehe Personal oftmals nicht einem intensiven Bewerbungsprozess unterziehen muss. Personalverleih kann auch eine Brückenfunktion von der Erwerbslosigkeit zur Erwerbstätigkeit zukommen und dazu führen, dass ein Arbeitnehmer relativ einfach Arbeitserfahrung sammeln kann. Nichtsdestotrotz ist der Personalverleih mit erheblichen Risiken bezüglich der Beschäftigung verbunden. Dazu kommt eine rechtlich unklare Situation, aufgrund der Aufteilung der Arbeitgeberfunktion, in welcher nicht immer klar ist, ob der Verleiher oder der Entleiher für die Durchsetzung von Ansprüchen verantwortlich ist.[69] Eine Reihe von wissenschaftlichen Studien aus verschiedener Länder zeigen zudem auf, dass verliehe Personen ein tieferes Wohlbefinden und eine tiefere Zufriedenheit mit ihrem Arbeitsplatz ausweisen als Festangestellte.[70] Dabei ist es vor allem die fehlende

65 Swissstaffing. Temporärarbeit zwischen Arbeitsmarktintegration und Fachkräftemangel. White Paper. 2019, S. 7, Abbildung 4.

66 In allen für diese Arbeit geführten Interviews wurden hohen Kosten als grösster Nachteil von Personalverleih angegeben.

67 BURGESS/CONNELL, Temporary work and human resources management: issues, challenges and responses, S. 129 ff.

68 BECKMANN/KUHN, Personalverleih und Unternehmenserfolg: Eine empirische Untersuchung, S. 22 ff.

69 LOOSER, Personalverleih, Rz. 18. Siehe dazu Punkt 3.2.d dieser Arbeit.

70 Die internationale wissenschaftliche Literatur zum Thema Personalverleih und Zufriedenheit und Wohlbefinden ist sehr breit. An dieser Stelle kann nur ein kleiner Teil davon zitiert werden. So zum Beispiel diese beiden spannenden Artikel: ORIGO/PAGANI, flexicurity and job satisfaction in Europe, S. 547 ff.

Arbeitsplatzsicherheit, welche ihnen stark zusetzt.[71] Dazu kommt ein höheres Umfallrisiko von verliehenem Personal, wenn es auch grosse Branchenunterschiede gibt.[72] Allgemein lassen sich auch Chancen für ein berufliches Fortkommen beobachten.

## 2.4 Zahlen und Fakten zum Personalverleih in der Schweiz und in der Verwaltung

Der Personalverleih hat ab den 1990 in der Schweiz an Bedeutung gewonnen und wächst, mit einigen Ausnahmen, seither kontinuierlich. Das Wachstum spiegelt sich in der Branchenstatistik der Schweizer Personaldienstleister wieder: Die Personalverleihbranche hat im Jahr 2020 einen Branchenumsatz von über 9 Milliarden Franken erwirtschaftet. Dies beider einer Lohnsumme von über 6.5 Milliarden. Dies entspricht etwa einem Wachstum von 75% seit 2010.[73] Dabei hat sich auch die Anzahl an reinen Verleihbetrieben hat seit 2004 von 742 Betrieben bis heute 2020 auf 2792 Betrieben vervierfacht.[74] Personalverleih macht heute rund 2.5% aller geleisteten Arbeitsstunden in der Schweiz aus.[75]

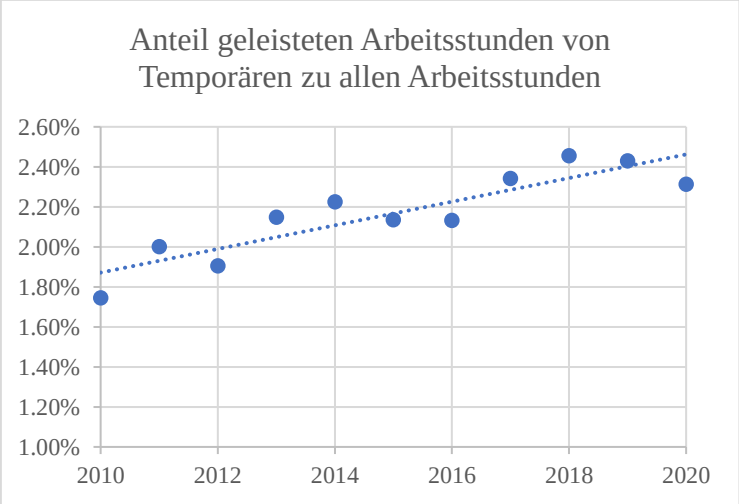


Abbildung 1: Selbst erstellt. Quellen: BFS und Swissstaffing.[76]

BURGESS/CONNELL, Temporary work and human resources management: issues, challenges and responses, S. 129 ff.

71 DAWSON/VELIZOTIS/HOPKINS, temporary employment, job satisfaction and subjective wellbeing, S. 69 ff.

72 Vgl. SUVA, Umfallstatistik UVG, 2020.

73 Vgl. Swissstaffing, Branchenzahlen 2020.

74 Vgl. SECO. Beim SECO registrierte bewilligte Vermittlungs- und Verleihbetriebe nach Jahren, Stand 2020.

75 BFS. Tatsächliches jährliches Arbeitsvolumen. 1991 – 2021. Swissstaffing, Branchenzahlen, von Temporären geleisteten Arbeitsstunden 2010 – 2020.

76 BFS. Tatsächliches jährliches Arbeitsvolumen. 1991 – 2021. Swissstaffing, Branchenzahlen, von Temporären geleisteten Arbeitsstunden 2010 – 2020.

Interessant sind auch die persönlichen Merkmale von verliehenen Arbeitnehmern in der Schweiz. So zeigt sich, dass etwa zwei Drittel aller Personen im Personalverleih unter 39 Jahren alt sind.[77] Zwei Drittel der Temporärbeschäftigung sind Männer und ein Drittel Frauen.[78] Fast 60% sind Ausländer.[79] Eine Erhebung aus dem Jahr 2008 des SECO zeigt, dass nur 50% der verliehenen Arbeitnehmer einen Lehrabschluss haben. 17% haben keine nachobligatorische Schulbildung. Nur 12% der Mitarbeiter haben einen Hochschulabschluss. [80]

Weniger klar sind die Angaben zum Personalverleih beim Bund, auch wenn die Transparenz bezüglich Personalverlieh sich in den letzten Jahren klar verbessert hat. So weist, das Reporting Set Beschaffungscontrolling unter der Kategorie 18.06 und 18.07 die jährlichen Ausgaben für Personalverleih aus. Dabei wird zwischen Personalverleih mit Bezug zur Informatik (18.06) und ohne Bezug zur Informatik (18.07) unterschieden. Im Jahre 2019 hat die Bundesverwaltung für 53 Millionen CHF Verträge mit Personaldienstleistern abgeschlossen, wovon 30 Millionen einen Bezug zur Informatik hatten. Die Zahlen sind im Vergleich zu 2018 und 2019 etwas rückläufig – gerade im Informatikbereich.[81]

In den mit verschiedenen Ämtern geführten nicht repräsentativen Interviews zu ihrer Praxis des Personalverleihs wurden eine ganze Reihe von Gründen für die Beschaffung von verliehenen Personen angegeben. Dabei wurden grosse Unterschiede zwischen den Ämtern erkennbar. So hat aber jedes Amt seinen eigenen Umgang und Sensibilität im Beizug zu Personalverleih – bei gewisse Ämter kommt Personalverleih nie vor, während andere ab und zu auf verliehenes Personal zurückgreifen. Alle Ämter gaben an, die Weisungen zum Personalverleih, wenn möglich einzuhalten und verliehenes Personal nicht länger als 2 Jahre zu beschäftigen.

In den geführten Interviews wurde mit Abstand am meisten die Abdeckung von Spitzen im Arbeitsvolumen oder krankheits- oder schwangerschaftsbedingte Ausfälle als Grund für den Personalverleih angegeben. Daneben wurden aber noch anderer Gründe für die Beschaffung von verliehenem Personal genannt. Erstens kann es vorkommen, dass gewisse Marktlöhne von Informatikspezialisten die Lohnskala des Bundes bei weitem überschreiten. Um den Spezialisten beschäftigen zu können und ihm einen Marktlohn bezahlen können, wird die Person über

77 Swissstaffing, Studie: die Temporärarbeitenden in der Schweiz 2018, S. 1 ff.
78 BFS, Form des Vertrages der Arbeitnehmenden. 1991 – 2020.
79 Swissstaffing, Studie: Die Temporärarbeitenden in der Schweiz 2018, S. 4 ff.
80 SECO, Überprüfung der heutigen Situation im Bereich des Personalverleihs, Bericht vom 18. Dezember 2008, S. 32.
81 Dies entspricht etwa einem 1% der Personalausgaben des Bundes (eigene Berechnung).

Personalverleih angestellt. Zweitens stehen gewisse Ämtern unter starkem Personaldruck. Da es keine Möglichkeit gibt neues Personal einzustellen wird auf Personalverleih ausgewichen. Drittens wurden bürokratische und langandauernde Rekrutierungsprozesse bei der Verwaltung als Grund für den Personalverleih ausgeführt. Viertens wurde auch die Einfachheit Personalverleihverträge abzuschliessen als Grund für dessen Popularität angegeben. So übernimmt die Agentur alle Sozialabgaben und sonstigen anfallenden Kosten und administrativen Aufwände. Zudem findet eine gewisse Risikoabwälzung zum Entleiher statt.[82] Interessant ist, dass nicht immer die Personalabteilungen für die Beschaffung von verliehenen Personen verantwortlich sind. In gewissen Ämtern ist es direkt die Linie welche direkt Verleihverträge eingehen kann, ohne dass dabei Rücksprache mit den Personalabteilungen genommen werden muss.

Die Nachteile des Personalverleihs sind, nach Ansicht aller Befragten, vor allem die hohen Kosten im Vergleich zu festangestelltem Personal. Die Kosten variieren dabei je nach Funktion der verliehenen Personal stark. Während in einfacheren Berufen ungefähr mindestens 30% Mehrkosten pro Arbeitsstunde anfallen, können diese bei spezialisiertem Fachpersonal bis zu 200% sein. Bezüglich der Arbeitsbedingungen von verliehenen Personen ist das Bild nicht klar. Einige Ämter sind bemüht, die Unterschiede zwischen verliehenen und festangestellten Personen so gering wie möglich zu halten. So werden, wenn möglich, die Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stellenprofils beim Bund übernommen. Eine totale Gleichbehandlung ist aber nie möglich. Andere Ämter übernehmen die Vorgaben des Personalverleihers und dessen Personalverleihvertrag – wobei grosse Unterschiede zu den Anstellungsbedingungen bezüglich des Lohns und den Ferien vorkommen können. Bei den bundesnahen öffentlichen Unternehmen kommt es vermehrt zur Beschaffung von Personalverleih. So wird bei der SBB sehr viel Personal durch den Personalverleih beschafft. So beschäftige die SBB im Jahr 2020 27'779 Personen im Vollzeitäquivalent. Dazu kommen 3'396 Personen im Vollzeitäquivalent welche nach eigenen Angaben gemietet waren.[83] Als Gründe wurden schnellere und flexiblere Verfügungbarkeit von verliehenen Personen angegeben. Dabei stehen mehr noch als bei der Bundesverwaltung Kostenüberlegungen im Zentrum. Im Gegensatz zum Bund gibt es bei der SBB keine rechtliche verbindliche Befristung von temporärer Anstellung. Es wird aber versucht, wenn möglich, zu

82 Es ist nicht genau klar welche *Risiken* gemeint sind. Gemäss Looser hat der Verleiher grundsätzlich die Pflicht einen *geeigneten* und *tauglichen* Arbeitnehmer zu finden und muss dafür eine gewisse Sorgfalt walten lassen. Mehr dazu: LOOSER, Personalverleih, Rz. 403. Mehr zur Staatshaftung bei privatrechtlicher Staatstätigkeit: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2140 ff.

83 Die Zahlen basieren auf den öffentlich zugänglichen Angaben im Statistikportail der SBB. Personalbestand nach Vertragsform im Jahre 2020.

internalisieren, um mittelfristig Personalkosten zu sparen. Anders als bei der SUVA, welche nach eigenen Angaben nur sehr selten verliehenen Personen beschäftigt.

## 2.5 Zwischenfazit zur Fragestellung

Grosse technologische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Veränderungen haben in den letzten Jahrzehnten grosse Reformen der öffentlichen Verwaltung angestossen. Flexibilität, Leistungsorientierung und Effizienz sind dabei in der Verwaltung mehr ins Zentrum gerückt. So hat auch das private Arbeitsrecht auch in der Verwaltung an Einfluss gewonnen. Das der Staat heute auf verliehene Personen zurückgreift, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, entspricht diesem Bedürfnis nach Flexibilität. Flexiblere Arbeitsformen wie dem Personalverleih haben den Vorteil, dass sie einerseits schnell, einfach und ohne grosse langfristige Verpflichtung eingekauft werden können. Andererseits können verliehene Personen direkt, ähnlich wie eigenes Personal, in die staatliche Organisation eingegliedert werden. So ist es auch nicht nur die öffentliche Verwaltung, welche verstärkt auf Personalverleih zurückgreift. Gesamtwirtschaftliche ist seit den 1990 Jahren in der Schweiz eine Tendenz hin zu mehr Personalverleihverträgen zu beobachten.

Personalverleihverträge können eine effizientes und effektives Mittel sein, um kurzfristige Spitzen abzudecken und Ausfälle zu kompensieren. Daneben dient der Personalverleih aber auch dazu personalrechtliche Vorgaben und Abläufe zu umgehen und ist zumindest mittelfristig für den Arbeitnehmer mit grossen finanziellen, sozialen und gesundheitlichen Risiken verbunden. Aus rechtlicher Sicht stellen sich dabei aber Fragen bezüglich dem Verhältnis des Personalverleihs und dem öffentlichen Personalrecht. In welchem Verhältnis steht das verliehen Personal zu Staat? Sind verliehene Personen Teil des Personals? Welche Rechte und Pflichten haben sie? Gibt es rechtliche Schranken für den Personalverleih? Diesen Fragen wird in zweiten Teil der Arbeit nachgegangen.

# 3. Bundespersonalrecht im Zusammenhang mit dem Personalverleih

In diesem Kapitel werden zuerst die verfassungsrechtlichen und die gesetzlichen Grundlagen des öffentlichen Personalrechts erarbeitet. In einem zweiten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen des Personalverleihs erörtert. Im Fokus stehen dabei die drei Rechtsverhältnisse und ihre juristische Qualifikation sowie die Abgrenzung des Personalverleihs zu anderen Rechtsverhältnissen. Im dritten Teil des Kapitels werden die rechtlichen Möglichkeiten analysiert, wie Arbeitgeber, für die Übernahme von öffentlichen Aufgaben, Personal anstellen können.

## 3.1 Grundlagen des öffentlichen Personalrechts

### a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Personalrechts

#### aa) Schutzpflicht der Arbeitnehmenden (Art. 110 BV und Art. 122 BV)

Nach Art. 110 BV kann der Bund Vorschriften bezüglich Arbeitsverhältnissen zum Schutze der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erlassen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich dabei um ein privat-rechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis handelt oder ob der Arbeitgeber ein privates Unternehmen oder das Gemeinwesen ist. In der Lehre wird die Ermächtigungskompetenz von Art. 110 BV auch als Auftrag an den Bundesgesetzgeber verstanden, über den Schutz von Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen umfassend zu legiferieren. Dies aber nur sofern besonderer Schutz wirklich erforderlich ist und dieser zu einem fairen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beiträgt.[84]

In diesem Sinne hat die Schweiz ein liberales Arbeitsrecht, welches der Vertragsfreiheit der Parteien viel Platz einräumt. Zusammen mit der Zivilrechtskompetenz von Art. 122 Abs. 2 BV hat der Bundesgesetzgeber das Individualarbeitsrecht (Art. 319 – 355, 361 ff. OR) erlassen, welches grundsätzlich für alle Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, also auch für das Personal von öffentlichen Arbeitgebern, gilt.[85] Art. 342 Abs. 1 OR sieht aber einen Vorbehalt für öffentliches Recht vor.

---

84 CARDINAUX, Art. 110 Basler BV Kommentar, Rz. 22-26. BIAGGINI. Art. 110 BV Kommentar. Rz. 1-5. HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 6 ff.

85 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 6.

bb) Organisationskompetenz (Art. 164 Abs. 1 lit. g BV)

In der Verfassung existiert kein spezifischer Verfassungsartikel welcher Bund, Kantone oder Gemeinden verpflichtet ein eigenes, dem OR abweichendes, öffentliches Personalrecht zu erlassen.[86] Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. g BV sind aber die grundlegenden Bestimmungen über Organisation und Verfahren der Bundesbehörden in formellen Sinn zu erlassen. Dabei sind Bundesbehörden breit zu verstehen. Erfasst sind alle Träger staatlicher Aufgaben. Mit Verfahren werden amtliche Abläufe, die in rechtsverbindliche Entscheidungen mit Aussenwirkungen münden, gemeint.[87] In diesem Sinne statuiert Art. 164 Abs. 1 lit. g BV eine klare Vorgabe zur Planung und Organisation des Personalwesen. Diese Vorgabe ist aber sehr weit gefasst. Grundsätzlich gibt die Verfassung nicht vor in welcher Form Personen angestellt beziehungsweise wie diese Verhältnisse genau auszusehen haben. So ist in der Lehre unbestritten, dass die Verfassung nicht vorschreibt, dass die öffentlichen Arbeitsverhältnisse zum Beispiel öffentlichrechtlicher Natur sein müssen.[88] Bund, Kantone und Gemeinden haben somit einen grossen Ermessensspielraum mit spezialgesetzlichen Normen von den Vorgaben des OR abzuweichen. Art. 342 OR sieht aber vor, dass wenn ein Spezialgesetz erlassen wurde, dieses dann im Sinne von lex specialis anwendbar ist.[89] Dabei ist es aber immer wichtig zu beachten, dass der Ermessenspielraum durch die Verfassung eingeschränkt ist. und die Grundrechte (7 – 36 BV) zu beachten beziehungsweise zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV).[90]

cc) Organisationskompetenz des Bundesrates (Art. 180 Abs. 1 BV und Art. 183 BV)

Neben der Organisationskompetenz des Parlaments (Art. 164 Abs. 1 lit. g BV) weist die Verfassung auch dem Bundesrat eine Organisationskompetenz zu. Inhalt seiner Organisationskompetenz ist es die Ziele und Mittel der Regierungspolitik zu bestimmen. So muss er die zentrale Planung und Organisation der staatlichen Tätlichkeiten übernehmen. Dies beinhaltet auch eine zweckmässige und den Verhältnissen angepasste Organisation. Nach Art. 183 BV

86 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 9.

87 WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 Basler BV Kommentar, Rz. 35 – 36. TSCHANNEN, Art. 164 St. Galler BV Kommentar, Rz. 30 - 32.

88 TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, S. 49 ff. TSCHANNEN, Art. 164 St. Galler BV Kommentar, Rz. 31. BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER. Handbuch öffentliches Personalrecht. Rz. 2. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 12.

89 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 6-12. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 11-14. BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER. Handbuch öffentliches Personalrecht. Rz. 2.

90 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 14. BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER. Handbuch öffentliches Personalrecht. Rz. 2. HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 6-12. Dazu auch das Bundesgericht : BGE 118 II 213 oder BGE 138 I 113 E. 6.4.2.

kommt ihm auch die Aufgabe zuteil, gerade zum Beispiel im Personalmanagement, finanziell steuernd und planerisch Einfluss zu nehmen.[91]

dd) Grundsätze rechtsstaatlichen Handels (Art. 5, 8, 9 BV)

Anders als private Arbeitgeber hat der Staat in seinem Handeln (auch als Arbeitgeber) die Grundsätze von rechtsstaatlichem Handel zu beachten. Damit ist die Kompetenz des Parlaments zur Regelung der Arbeitsverhältnisse des Bundes einem anderen Verfassungsrechtlichen Rahmen unterstellt als das dies beim Erlass von Privatrecht der Fall ist. Dieser Bindung kann sich der Staat auch nicht entschlagen, wenn er privatrechtlich handelt.[92]

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) zu, da im Arbeitsverhältnis Rechte und Pflichten durch den Staat festgelegt werden.[93] Daneben muss staatliches Handeln stets verhältnismässig sein und es gilt das Willkürverbot. So muss der Staat Kündigungen zum Beispiel sachlich rechtfertigen können und geniesst keine Kündigungsfreiheit wie ein privater Arbeitgeber.[94] Auch muss der öffentliche Arbeitgeber die Rechtsgleichheit beachten. Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit gleich entlöhnt wird. Das Bundesgericht hat den politischen Behörden einen grossen Spielraum in der Ausgestaltung von Besoldungsordnungen zugestanden. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können.[95]

ee) Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV)

Anders als private Arbeitgeber, welche nur den Grundrechten mit Drittwirkung verpflichtet sind, ist das Gemeinwesen den Grundrechten (Art. 7 – 34 BV) verpflichtet und hat zu deren Verwirklichung nach Art. 35 BV, beizutragen.[96] Die Grundrechte brauchen dabei nicht unbedingt eine Konkretisierung in einem Gesetz, sondern sind, wo immer sich aber der Normgehalt eines Grundrechts im Rahmen der Rechtsanwendung direkt verwirklichen lässt, unmittelbar einklagbar. Die Grundrechte binden nicht nur den Staat, sondern alle Träger von staatlichen

---

91 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 21-24. BIAGGINI, Art. 180 BV Kommentar, Rz. 3 – 4.

92 Einer unter vielen: MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 198. Diese Thematik wird in Kapitel 5.1 dieser Arbeit noch detaillierter besprochen.

93 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 14 ff. BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch öffentliches Personalrecht, Rz. 2.

94 CARONI/MÜLLER/PÄRLI, Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, S. 881 ff.

95 BGE 129 I 161 E. 3.1.

96 Diese Thematik wird in Kapitel 5.2 dieser Arbeit noch detaillierter besprochen.

Aufgaben.[97] Der Schutz der Grundrechte gilt in gleicher Weise auch für Personen, welche in *einem besondere Rechtsverhältnis* stehen, wie für alle anderen.[98]

Der Schutzauftrag von Art. 35 BV verlangt vom Staat, die zum Schutz der Grundrechte erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Massnahmen zu treffen und die hierfür nötigen organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen sicherzustellen. Diese Rahmenbedingungen hängen vom Umfang der Schutzpflicht, dem Inhalt der Schutzmassnahmen und der Intensität der Beeinträchtigungen ab.[99] Im Kontext des Bundespersonals spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob das Arbeitsverhältnis dem BPG oder dem OR unterstellt ist.[100] Der Grundrechtsschutz ist dabei nicht absolut und hängt von der verfassungsmässigen Kompetenzordnung, der Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze und der faktischen Möglichkeiten ab.[101] Dennoch, zumindest schwere Grundrechtseingriff müssen nach Art. 36 BV auf einen gesetzlichen Grundlage beruhen, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.[102]

### b) Grundlagen des Personalrechts auf Gesetzes und Verordnungsstufe

Bundespersonalgesetz, Verordnungen, Weisung zum Personalverleih

Gesetzliche Grundlage des Personalrechts bildet das Bundespersonalgesetz (BPG), welches als Rahmengesetz konzipiert ist. Es ist mit 42 Artikeln schlank gehalten. Daneben gibt es eine Reihe vom Bundesrat erlassene Verordnungen zum Bundespersonalgesetz. In der Rahmenverordnung zum BPG erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen zum BPG welche für alle dem BPG unterstellten Arbeitgebern Gültigkeit haben. Die Bundespersonalverordnung (BPV) erlässt die wichtigsten Ausführungsbestimmungen für die Angestellten der zentralen Bundesverwaltung. Die Verordnung der Bundespersonalverordnung (VBPV) regelt die Ausführungsbestimmungen zur BPV. Neben diesen Verordnungen bestehenden weitere Verordnungen der Departemente (Art. 2 Abs. 1 RVOG). Daneben sieht Art. 38 BPG für gewisse Arbeitgeber die Pflicht vor Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen. So zum Beispiel für die SBB. Diese GAVs, einmal zwischen den Sozialpartnern ausgehandelt, haben die gleiche Wirkung wie ein Gesetz.[103] Für die Bundesangestellten aus können sich auch aus internen Weisungen und Reglementen Vorschriften für die Verrichtung ihrer Arbeit ergeben (Art. 38 RVOG und

97 BIAGGINI, Art. 35 BV Kommentar, Rz. 13.
98 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2041.
99 WALDMANN, Art. 35 Basler BV Kommentar, Rz. 49.
100 HELBLING, Art. 1 Handkommentar BPG, Rz. 14 ff.
101 WALDMANN, Art. 35 Basler BV Kommentar, Rz. 51.
102 KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 88 und S. 126.
103 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 1 ff.

Art. 30 RVOV). Die gesetzliche Grundlage für die Organisationskompetenz des Bundesrates findet sich in Art. 8 RVOG. [104] Neben dem BPG und den Verordnungen ist, wie bereits erwähnt, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR anwendbar, wo das Bundespersonalrecht keine spezifische Bestimmung vorsieht.[105]

In Bezug auf den Personalverleih beim Bund erscheint es angebracht, bereits an dieser Stelle der Arbeit die Weisungen des Bundesrats zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung vom 19. August 2015 (Weisung BR PV) zu erwähnen. Die Weisung BR PV zählt auf nach welchen Kriterien die Verwaltungseinheiten des Bundes verliehene Personen beschaffen können (5.1.1 – 5.1.5) und bestimmt eine grundsätzliche maximal Dauer von Personalverleihverträgen (5.1.3). Es handelt sich bei der Weisung zum Personalverleih um eine generelle Dienstanweisung des Bundesrates an die Verwaltungseinheiten der Zentralverwaltung und in diesem Sinne um eine Verwaltungsverordnung.[106]Als Verwaltungsverordnung hat die Weisung des Bundesrates zum Personalverleih keinen Rechtscharakter.[107] Vielmehr besteht ihre Hauptfunktion darin eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs zu bestimmen.[108] Aus diesem Grund können Private die Verletzung von Verwaltungsverordnungen nicht mit Rechtsmitteln geltend machen.[109] Auch wenn die Weisung des Bundesrates zum Personalverleih keine Rechtsqualität besitzt, regelt sie den Personalverleih beim Bund intern. Grundsätzlich kann sie aber nicht zu den Rechtsgrundlagen des Personalrechts gezählt werden.

### c) Zwischenfazit Bundespersonalrecht

Die Verfassung macht keine Vorgaben das Staatspersonal anders, wie Personal in der Privatwirtschaft angestellt werden muss. Der Gesetzgeber kann aber, sofern er dies will, ein besonderes Personalrecht vorsehen. Dabei obliegt es grundsätzlich dem Bundesrat die Organisation der Verwaltung, und somit auch das Personalrecht zu bestimmen, ausser das Parlament oder die Verfassung schränken seine Kompetenz explizit ein.

---

104 SÄGESSER, Art. 8 Kommentar RVOG, Rz. 5-10.
105 Siehe dazu 3.1.a.aa
106 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 82.
107 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 105. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 341.
108 BGE 128 I 167 E. 4.3.
109 UHLMANN/BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmarie, S. 158.

## 3.2 Rechtliche Grundlagen des Personalverleihs

In diesem Kapitel werden die gesetzlichen Grundlagen Personalverleihs erörtert. Im Fokus stehen dabei die drei Rechtsverhältnisse und ihre juristische Qualifikation sowie die Abgrenzung des Personalverleih zu anderen Rechtsverhältnissen.

### a) Rechtliche Grundlagen des Personalverleihs

Für den Personalverleih sind grundsätzlich das AVG und seine Verordnungen (AVV und die Gebührenverordnung GebV-AVG) anwendbar. Daneben ist seit dem 1.1.2012 der allgemeinverbindliche GAV Personalverleih (GAVP) in Kraft getreten. Der GAVP ist der grösste (meiste ihm unterstellte Personen) GAV der Schweiz.[110] Soweit das AVG, seine Verordnungen und der GAVP keine Regelungen enthalten, kommen subsidiär die Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR zur Anwendung.

Daneben sind auch das ArG und seine Verordnungen auf den Personalverleih anwendbar. Gemäss der Lehre findet Art. 1 Abs. 2 ArG auf alle Betriebe Anwendung die durch Ausübung des Weisungsrechts Arbeitnehmer beschäftigen, unabhängig davon ob zwischen dem Betrieb und dem Arbeitsnehmer ein Arbeitsvertrag besteht. So findet sich im Art. 9 der Verordnung 3 des ArG (ArGV3) sich eine Sonderbestimmung welche hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge von verliehenem Personal gleiche Pflichten für Entleiher wie für die eigenen Arbeitnehmer vorsieht. Eine ähnliche Sonderbestimmung enthält auch Art. 10 des VUV hinsichtlich der Arbeitssicherheit.[111]

Des Weiteren sind auch die allgemein gültigen Erlasse bezüglich des Arbeitsrechts im weiteren Sinne zu beachten. Insbesondere das GlG, das Mitwirkungsgesetz sowie die Verordnung über Unfallverhütung sowie sozialrechtliche Erlasse. Inwiefern auch das öffentliche Personalrecht für die an öffentliche Arbeitgeber verliehenen Personen Anwendung findet, ist Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit.[112] Für die Departemente der Bundesverwaltung und der Bundeskanzlei gelten grundsätzlich die Weisungen des Bundesrats bezüglich des Personalverleihs.[113]

110 LOOSER, Personalverleih, Rz. 10.
111 LOOSER, Personalverleih, Rz. 56 ff.
112 Siehe dazu Punkt 4.1.c. dieser Arbeit.
113 Siehe dazu Punkt 3.1.b zweiter Abschnitt dieser Arbeit.

### b) Der rechtliche Begriff des «Personalverleih» und seine Elemente

Unter Personalverleih versteht man nach Art. 12 Abs. 1 des AVG das *Überlassen von Arbeitnehmern an Dritte*. Aus der Lehre werden kurz die vier begriffswesentlichen Elemente des Personalverleihs abgeleitet.

1. Beim Personalverleih handelt es sich um ein **Dreiecks- bzw. Dreipersonenverhältnis** an welchem drei Rechtssubjekte beteiligt sind: Der (1) Verleiher ist der Arbeitgeber des (2) Arbeitnehmer und verleiht diesen dem (3) Entleiher zwecks Erbringung einer Arbeitsleistung.[114]

2. Zwischen dem Verleiher und der verliehenen Person muss ein **Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR** vorliegen, dass während der ganzen Dauer des Einsatzes des Arbeitnehmenden fortbestehen muss.[115] Der Arbeitnehmer kann nur eine natürliche Person sein.[116]

3. Der Arbeitnehmer hat seine **Arbeitsleistung** nicht im Betrieb des Arbeitgebers, sondern im **Einsatzbetrieb des Entleihers** zu erbringen.[117]

4. Zentral ist beim Personalverleih stets, dass der Arbeitgeber wesentliche Teile seiner Weisungsbefugnissen gegenüber dem Arbeitnehmer an den Entleiher abtritt und dieser damit in den Betrieb des Entleihers eingegliedert wird (Art. 26 abs. 1 AVV). Die Wesentlichkeit ist dann gegeben, wenn die abgetreten Weisungsrechte dazu führen, dass der Entleiher dem Arbeitnehmer neben Ziel- und Verhaltsanweisungen auch Fachanweisungen betreffend die konkrete Art und Weise der Arbeitsausführungen machen kann und dies in überwiegender Weise. Durch diese Weisungsrechte entsteht ein **Subordinationsverhältnis** zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer. Durch die Subordination wird die **Arbeitgeberfunktion aufgespaltet**. Der Arbeitnehmer ist mit zwei Personen konfrontiert, die ihm gegenüber wesentliche Arbeitgeberfunktionen aufweisen. Der Verleiher bleibt aufgrund des Arbeitsvertrags der rechtliche, wenn auch nur der abstrakte, Arbeitgeber. Der Entleiher fugiert als der faktische Arbeitgeber, da dieser das wesentliche Weisungsrecht über den Arbeitnehmer hat und ihn so in seinen Betrieb eingliedert.[118]

---

114 LOOSER, Personalverleih, Rz. 61. STREIT, la location de service, Rz. 17.
115 LOOSER, Personalverleih, Rz. 70.
116 STREIT, la location de service, Rz. 11 ff. LOOSER, Personalverleih, Rz. 61.
117 LOOSER, Personalverleih, Rz. 61.
118 LOOSER, Personalverleih, Rz. 71 ff.

### c) Formen des Personalverleih

Der Bundesrat hat in Art. 27 AVV drei verschiedene Formen von Personalverleih unterschieden. Die erste Form ist die «Temporärarbeit» (Art. 27 Abs. 2 AVV). Bei der Temporärarbeit liegt der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer liegt *ausschliesslich* im Überlassen des Arbeitnehmers und ist auf die Dauer von einem Einsatz beschränkt. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet Einsatzmöglichkeiten zu bieten, das Beschäftigungs- und Lohnrisiko liegt voll beim Arbeitnehmer.[119] Die zweite Form ist die «Leiharbeit» (Art. 27 Abs. 3 AVV). Hier liegt der Zweck des Arbeitsvertrages *hauptsächlich* im Überlassen des Arbeitnehmers. Die Dauer des Arbeitsvertrags ist aber von den einzelnen Einsätzen unabhängig. Bei der Leiharbeit liegt somit das Beschäftigungs- und Lohnrisko beim Verleiher.[120] Diese beiden Formen von Personalverleih sind bewilligungspflichtig (Art. 28 Abs. 1 AVV), sofern es sich um gewerblichen Personalverleih handelt. Die Gewerbsmässigkeit ist nach Art. 12 Abs. 1 AVG und Art. 29 Abs. 1 AVV gegeben, sofern ein Verleiher entweder regelmässig mit Gewinnabsicht Arbeitnehmer Dritten überlässt oder wenn mit der Verleihtätigkeit mindestens 100'000 CHF jährlichen Umsatz erzielt werden.[121]

Daneben kennt das AVV auch noch das «gelegentlichen Überlassen» (Abs. 4). Dabei wird der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise überlassen. Hauptsächlich arbeitet der Arbeitgeber unter der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers.[122] Diese Form ist nicht bewilligungspflichtig.

In dieser Arbeit wird nur auf den Bewilligungspflichten Personalverleih fokussiert, da dieser dem Arbeitsvertragsverhältnis (nach Art. 319 ff. CO) in vielen Dingen sehr ähnlich ist. In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Formen des Personalverleihs oftmals komplex.[123]

---

119 LOOSER, Personalverleih, Rz. 273 ff.

120 Botschaft vom 27. November 1985 zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG). BBI 1985 III 565. LOOSER, Personalverleih, Rz. 288 ff.

121 LOOSER, Personalverleih, Rz. 544.

122 LOOSER, Personalverleih, Rz. 298 ff.

123 Siehe dazu: LOOSER, Personalverleih, Rz. 273 ff.

| | Regelmässiges Überlassen mit Gewinnabsicht | Jährlicher Umsatz von 100'000 CHF | Nicht regelmässig oder weniger als 100'000 CHF Umsatz |
|---|---|---|---|
| Temporärarbeit (Abs. 2) | **bewilligungspflichtig** | **bewilligungspflichtig** | Nicht bewilligungspflichtig |
| Leiharbeit (Abs. 3) | **bewilligungspflichtig** | **Bewilligungspflichtig** | Nicht bewilligungspflichtig |
| Gelegentliches Überlassen (Abs. 4) | Nicht bewilligungspflichtig | Nicht bewilligungspflichtig | Nicht bewilligungspflichtig |

Abbildung 2: Selbsterstellte Übersicht der Bewilligungspflicht von Personalverleih.[124]

### d) Die drei Rechtsverhältnisse im Personalverleih

Wie bereits erwähnt, besteht der Personalverleih aus einer Dreiecksverhältnis an welchem drei Rechtssubjekte beteiligt sind. Komplex scheint die Situation vor allem bezüglich der Qualifikation dieser Rechtsverhältnisse, da die Rechtssubjekte des Personalverleihs bloss mit zwei Vertragsverhältnissen miteinander verbunden. Nachstehend werden die drei Rechtsverhältnisse analysiert.

#### aa) Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer (Leiharbeitsvertrag)

In der Lehre unbestritten, dass zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR besteht. Dies ergibt sich schon aus Art. 19 AVG. Grundsätzlich gilt für den Leiharbeitsvertrag das AVG und AVV (lex specialis) und subsidiär das OR und die arbeitsrechtlichen Nebenerlasse.[125]

#### bb) Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher (Verleihvertrag)

Art. 22 AVG bezeichnet das Rechtsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher als Verleihvertrag. Seine Rechtsnatur ist umstritten. In der Lehre werden drei Meinungen zu seiner Rechtsnatur vertreten. Die Mehrheit der Lehre sieht in ihm einen Innominatvertrag sui generis (mit auftragsrechtlichen Elementen).[126] Andere sehen im Verleihvertrag einen Auftrag gemäss

124 LOOSER, Personalverleih, S. 194 ff.

125 STREIT, la location de service, Rz. 37 ff. LOOSER, Personalverleih, Rz. 355 ff.

126 MATHIS-ZWYGART, Le travail temporaire, entre liberté contractuelle et ordre public, S. 391. LOOSER, Personalverleih, Rz. 402. BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, Rz. 38.

Art. 394 ff. OR oder im Art. 22 AVG einen eigenständigen Nominatvertrag. Die verschiedenen Lehrmeinungen hängen stark damit zusammen, was als Vertragshauptgegenstand des Verleihvertrags definiert wird. Für die Mehrheit der Lehre der Vertragshauptgestand das *Überlassen des Arbeitsnehmers*. Darin sieht sie eher ein Dulden als ein positive Leistungspflicht sieht, weshalb kein Auftrag im Sinne Art. 394 ff. OR vorliegen kann. Eine Minderheit geht davon aus, dass der Hauptgegenstand des Verleihvertrages in der Suche, Auswahl und Instruktion eines für den vorgesehenen Einsatz geeigneten Arbeitsnehmers liegt. Auch die Praxis der Rechtsprechung ist nicht klar. In verschiedenen Urteilen hat das Bundesgericht den Verleihvertrag entweder als Vertrag sui generis [127] oder als Auftrag [128] und zuletzt als Innominatvertrag sui generis (mit auftragsrechtlichen Elementen) [129] bezeichnet. Die unklare Qualifikation schafft Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechtsfolgen des Verleihvertrags.[130]

Im Kontext des Abschlusses von Verleihverträgen durch das Gemeinwesen stellt sich zusätzlich auch die Frage, ob es sich um einen echten privatrechtlichen Vertrag oder einen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrag handelt. Laut dem Bundesgericht ist das massgebliche Kriterium für die Unterscheidung zwischen den beiden der Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse.[131] Es kommt auf die Funktion der Regelung und der damit verfolgten Interessen an. Der verwaltungsrechtliche Vertrag dient unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Durch ihn soll unmittelbar Verwaltungstätigkeit wahrgenommen beziehungsweise geregelt werden. Privatrechtlich ist ein Vertrag, wenn er nur mittelbar öffentliche Interessen verfolgt.[132]

Um abschliessend beurteilen zu können, inwiefern es sich um einen echten privatrechtlichen Vertrag oder einen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrag handelt, müsste der genau Vertragsinhalt analysiert werden. Dies ist leider an dieser Stelle nicht möglich. Grundsätzlich ist es aber durchaus möglich, dass es sich bei einem Verleihvertrag um einen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrag handelt.[133]

127 So in: BGE 119 V 247.
128 So in: BGE 117 V 248 und BGE 129 III 124.
129 So in: BGE 137 V 114.
130 DOMENIG, der Verleihvertrag nach AVG und das Verhältnis zum Mäklervertragsrecht. S. 86 ff.
131 BGE 134 II 297.
132 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1294.
133 Auf die angesprochenen Konsequenzen wird in Kapitel 5.2 dieser Arbeit nochmals eingegangen.

cc) Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer

Weder das AVG noch das AVV äussern sich zum Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung stellt sich die Frage was für ein Verhältnis zwischen den beiden vorliegt. In der Lehre ist man sich grundsätzlich einig, dass kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vorliegt.[134] In dieser Arbeit wird auch diese Ansicht vertreten.

Dieser Umstand bedeutet aber nach Ansicht einer grossen Mehrheit der Lehre nicht, dass ohne Arbeitsvertrag keine direkte Forderungsrechte zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher bestehen. Dies bestehen als eine Konsequenz der Aufteilung der Arbeitgeberfunktion auf den Entleiher und den Verleiher. So ist der Entleiher nach Ansicht des Grossteiles der Lehre zur Beachtung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet.[135] Besonders den betrieblichen Fürsorgepflichten, da diese aufgrund der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Entleiher dem direkten Einflussbereich des Verleihers entzogen sind.[136] Sämtliche finanziellen Verpflichtungen verbleiben aber beim Verleiher. Daneben hat aber auch der Arbeitnehmer, nach der Ansicht des Grossteils der Lehre, Verpflichtungen gegenüber dem Entleiher. So ist der Arbeitnehmer gegenüber dem Entleiher zur Einhaltung der Sorgfalts- und Treuepflicht verpflichtet.[137] Der Arbeitnehmer muss, die ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsinstrumente sorgfältig behandeln und die berechtigen Interessen des Entleihers wahren.[138] Desweiteren ist der Arbeitnehmer auch zur Befolgung der ihm von Entleiher erteilten Weisungen verpflichtet.[139]

Unklar ist aber auf welcher Rechtsgrundlage die erwähnten Forderungsrechte beruhen.[140] Das Bundesgericht hält bis heute an seiner im Jahre 1954 begründeten Praxis fest, wonach sie das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer als «gewisse vertragliche oder

134 MATHIS ZWYGART. Le travail temporaire : entre liberté contractuelle et ordre public. S. 391. BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, S. 53.

135 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, S. 67. SENTI, Untypischer Personalverleih, S. 1500. In diesem Sinne auch: Botschaft vom 27. November 1985 zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG). BBI 1985 III 556.

136 Für eine Umschreibung der Fürsorgepflichten siehe die Literatur zu Art. 328 OR.

137 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, Rz. 69. SENTI, Untypischer Personalverleih, S. 1500. STREIT, la location de service, Rz. 53 ff.

138 Für eine Umschreibung der Pflichten des Arbeitnehmers siehe die Literatur zu Art. 321 a – e OR.

139 Die Befolgungspflicht entspricht grundsätzlich jener von Art. 321d Abs. 2 OR. Dabei ist zu beachten, dass der Verleiher dem Einräumen von Weisungsbefugnissen grundsätzlich zugestimmt haben muss.

140 LOOSER, Personalverleih, Rz. 460.

quasivertragliche Beziehungen» bezeichnet.[141] Das Bundesgericht vermeidet es aber seither, in konstanter Praxis, die Rechtsgrundlage dieser vertraglichen bzw. quasivertraglichen Beziehungen näher zu erörtern. Dieser Umstand hat die Lehre zu einer breiten Diskussion über die rechtlichen Begründung veranlasst. In dieser Arbeit können nicht alle Ansätze, welche in der Lehre diskutiert werden, im Einzelnen angeschaut werden. Diese Arbeit beschränkt sich deshalb auf die drei am meisten diskutierten Ansätze.

Der erste Ansatz geht von einem *faktischen* Vertrags- beziehungsweise Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher aus. Gestützt auf dieses können die Parteien direkt Ansprüche gegeneinander geltend machen können. Das faktische Arbeitsverhältnis entsteht aus der Subordination.[142] Der zweite Ansatz sieht im Arbeitsvertrag und im Verleihsvertrag *echte Verträge zugunsten Dritter* im Sinne von Art. 112 OR. Der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer stellt einen Vertrag zugunsten des Entleihers dar. Der Verleihvertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher einen Vertrag zugunsten des Arbeitnehmers.[143] Die beiden Verträge bilden somit die Grundlage für die Rechtsansprüche. Der dritte Ansatz geht von einem *Arbeitsverhältnis «sui generis»* zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer aus. Dieses unterscheidet sich von einem faktischen Arbeitsverhältnis, da es sich nur auf die Nebenpflichten (Sorgfalts- und Treuepflicht und die Fürsorgepflicht) eines herkömmlichen Arbeitsverhältnisses beschränkt.

In der nachfolgenden Tabelle wurden die die Vorteile und die Nachteile der drei, in der Literatur am meisten diskutierten Ansätze kurz und prägnant zusammengefasst. Dabei wird ersichtlich, dass keiner der drei Ansätze momentan vollumfänglich überzeugen kann. Klarheit schaffen könnte das Bundesgericht, indem es ihre Rechtspraxis von 1954 näher erörtern würde. In dieser Arbeit wird die Meinung vertreten, dass es sich beim Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Entleiher nicht um einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 OR oder um ein faktisches Arbeitsverhältnis nach Art. 320 OR handeln. Dafür besteht die rechtlichen Voraussetzungen dieser beiden Art. des OR, nicht.[144]

---

141 Bestätigt in: BGE 88 II 439, E. 3. BGE 119 V 357, E. 2.a. BGer 4C.155/2006 vom 23.Oktober 2006, E. 7.3.1.

142 MATHIS-ZWYGART, l'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire, Rz. 224. In diesem Sinne auch : Cour de Justice de Genève « entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire se crée une relation quais-contractuelle et qui comporte, du fait de la subordination de l'intérimaire aux directives de l'entreprise, des éléments analogues à des rapports de travail. » Arrête du 19 janvier 2007, JAR 2008, S. 370.

143 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, Rz. 61. Rehbinder Arbeitsrecht Rz. 424

144 LOOSER, Personalverleih, Rz. 460 ff.

| | **Vorteil:** | **Nachteil:** |
|---|---|---|
| **Ansatz 1:** Faktisches Vertrags- bzw. Arbeitsverhältnis | Solide Rechtsgrundlage für Ansprüche beider Seiten. | Um als faktisches Arbeitsverhältnis zu gelten, braucht es nach Art. 320 OR eine Lohnzahlungspflicht. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher besteht im Personalverleih keine Lohnzahlungspflicht. |
| **Ansatz 2:** Echte Verträge zugunsten Dritter | Echte Verträge zugunsten Dritter kennen mit Art. 112 OR eine solide Rechtsgrundlage. | Verleihverträge sind in vielen Fällen keine echten Verträge zugunsten Dritter.<br><br>Kein Arbeitsverhältnis. |
| **Ansatz 3:** Arbeitsverhältnis «sui generis» | Einmal klar definiert, ergäbe sich eine klare rechtliche Situation. | Im Moment noch unklar, welche ganz genau die konstitutiven Elemente eines Arbeitsverhältnis «sui generis» sind. |

Abbildung 3: Selbsterstellte Übersicht der meistdiskutierten Ansätze zum Rechtsverhältnis Entleiher-Arbeitnehmer.

Durch das Aufsplitten der Arbeitgeberfunktion ein Teil der Arbeitgeberfunktion auf den Entleiher übertragen. Dabei wird der Entleiher der faktische Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Die dabei entstehenden Rechte und Pflichten bilden eine dem Arbeitsverhältnis sehr ähnliche Situation. Grundsätzlich erscheint deshalb die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher rein wertmässig als sachgerecht.[145] Die komplexe rechtliche Konstruktion der echten Verträgen mit Drittwirkung wird dieser Situation nach Ansicht dieser Arbeit nicht gerecht.

Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit die Ansicht vertreten, dass es sich beim Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher um ein Arbeitsverhältnis eigener Art («sui generis») handeln muss. Dessen Inhalt ist auf die Nebenpflichten eines herkömmlichen Arbeitsverhältnisses, die Sorgfalts und Treuepflicht sowie die Fürsorgepflicht, beschränkt. Anders als ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR besteht im Arbeitsverhältnis «sui generis» die Lohnzahlungspflicht nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch den Entleiher.

### e) Abgrenzung des Personalverleihs zu anderen Rechtsverhältnissen

Es gibt eine Reihe von Rechtsverhältnissen, welche dem Personalverleih in vielerlei Hinsicht zwar ähnlich sind, sich in ihren Rechtsfolgen aber stark von den Regeln des Personalverleihs unterscheiden. Für die Qualifikation des Personalverleihs spielt es grundsätzlich keine Rolle,

145 LOOSER, Personalverleih, Rz. 550 ff.

wie die Parteien das Rechtsverhältnis benannt haben. Vielmehr muss die reale Situation anhand eines Kriterienkatalogs analysiert und beurteilt werden. In der Praxis ist es oft komplex Personalverleih von anderen Rechtsverhältnissen abzugrenzen. Die PVK spricht in ihren Berichten zu externen Beratern beim Bund von einer Reihe von «Pseudo» Aufträgen. Nach der PVK handelt es sich dabei um Aufträge mit Subordination. Dabei können, bewusst oder unbewusst, rechtliche Vorgaben umgangen werden.[146]

Nachfolgend wird auf die Kriterien eingegangen, welche den Personalverleih von anderen Rechtsverhältnissen abgrenzen.

aa) Auftrag (Art. 394 OR)

Der Personalverleih und der Auftrag (Art. 394 OR) sind in vielerlei Hinsicht relativ ähnlich. Bei einem Auftrag erhält der Leistungsempfänger vom Leistungserbringer eine Leistung, die häufig eine Arbeitsleistung darstellt. Der Leistungserbringer kann zur Leistungserbringung auch Hilfspersonen beziehen womit ein Dreiecksverhältnis entsteht ähnlich wie beim Personalverleih.[147] Dabei gibt es aber grosse Unterschied zum Personalverleih. Der Vertragshauptgegenstand des Auftrags ist die konkrete Arbeits- bwz. Dienstleistungstätigkeit. Diese Tätigkeit bildet den wesentliche Vertragsinhalt. Der Leistungserbringer erhält keine Fachanweisungen wie er seine Tätigkeit auszuführen hat. Beim Auftrag besteht somit kein Subordinationsverhältnis zwischen dem Leistungserbringer oder einer Hilfsperson und dem Leistungsempfänger. Anders so beim Personalverleih wo der Vertragshauptgegenstand die Überlassung an sich ist. Oftmals ist im Verleihvertrag nicht näher umschrieben welche Tätigkeit die verliehene Person genau zu verrichten hat. Dies liegt daran, dass die verliehene Person in die Organisation des Entleihers eingegliedert wird und dort detaillierte Fachanweisungen erhält wie sie ihre Arbeit zu verrichten hat. Damit entsteht ein Subordinationverhältnis welches den Personalverleih vom Auftrag abgrenzt. [148]

bb) Werkvertrag (Art. 363 OR)

Im Gegensatz zu anderen Rechtsverhältnissen schuldet der Unternehmer im Werkvertrag mit dem Werk einen Erfolg (obligation de résultat) und nicht bloss ein Wirken im Sinne eines sorgfältigen Tätigwerdens (obligation de moyens). Dies bildet auch den

146 So zum Beispiel in ihrem letzten Bericht zum Thema: Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Kurzevaluation im Rahmen einer Nachkontrolle vom 31. Juli 2019, S. 2400 ff.

147 SENTI, Auftrag oder Personalverleih, S. 359.

148 Bachmann S. 62. So auch das Bundesgericht, zum Beispiel in: BGer 2C_543/2014. E. 2.2.

Hauptabgrenzungsgegenstand zum Personalverleih: Der Verleiher schuldet keinen Erfolg, sondern die sorgfältige Suche und Auswahl des Arbeitsnehmers sowie die Übernahme der mit der Arbeitgeberposition verbundenen Pflichten.[149]

cc) Zum Überlassungsvertrag

Beim Überlassungsvertrag wird dem Leistungsempfänger einerseits eine Sache überlassen. Andererseits wird dem Leistungsempfänger Personal zur Bedienung der Sache zur Verfügung gestellt. Das Überlassen des Personals kann in gewissen Fällen als Personalverleih angenommen werden. Dies aber nur wenn der Leistungsempfänger berechtigt ist nicht nur Zielanweisungen, sondern auch konkrete Fachanweisungen in Bezug auf die überlassene Sache zu erteilen. Ist dies nicht der Fall, so liegt kein Personalverleih vor, sondern eine mit der Vermietung der Sache geschuldete Leistung.[150]

dd) Zur Arbeitsvermittlung (Art. 412 OR)

Im Gegensatz zum Personalverleih zielt die Arbeitsvermittlung auf das Zusammenführen von stellensuchenden Personen und Arbeitskräfte suchende Arbeitgeber.[151] Dabei wird die Arbeitgeberfunktion nicht aufgeteilt. Es entsteht kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Arbeitgeber. Die Arbeitsvermittlung zielt auf die Vermittlung und das Zusammenführen von Stellensuchenden und Arbeitgeberin. [152]

### f) Zwischenfazit zur rechtlichen Situation im Personalverleih

Unter Personalverleih wird das *Überlassen von Arbeitnehmern an Dritte* verstanden. Diese Arbeit interessiert sich dabei für den, nach AVG, bewilligungspflichtigen Personalverleih. Der Personalverleih ist durch drei Rechtsverhältnisse, aber nur zwei Vertragsverhältnisse gekennzeichnet. Personalverleih gleicht in vielerlei Hinsicht anderen Rechtsverhältnissen, kann aber zumindest theoretisch durch das entstehende Subordinationverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer und die daraus resultierende Aufsplittung der Arbeitgeberfunktion von diesen abgegrenzt werden. In dieser Arbeit wird angenommen, dass aufgrund der Übertragung von Rechten und Pflichten vom Verleiher auf den Entleiher, ein Arbeitsverhältnis «sui generis» zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer entsteht.

149 SENTI, Auftrag oder Personalverleih, S. 363. LOOSER, Personalverleih, Rz. 214 ff.
150 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, S. 62. SENTI, Auftrag oder Personalverleih, S. 361.
151 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, S. 63.
152 BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, S. 63.

Insofern ist der Personalverleih das Rechtsverhältnis, welches aus theoretischer Sicht, jenem des Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR am nächsten kommt.

## 3.3 Möglichkeiten des Personalverleihs bei Dienstverhältnissen des Bundes

Basierend auf seiner verfassungsrechtlichen Organisationskompetenz und unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts, hat das Parlament verschiedene Rechtsnormen legiferiert, welche die Möglichkeiten vorsehen, wie der Staat Personal zur Erfüllung seiner Aufgaben rekrutieren, anstellen und erhalten kann.[153] Grundsätzlich wird im öffentlichen Kontext nicht von Arbeitsverhältnis, sondern von Dienstverhältnis gesprochen. Aus rechtlicher Sicht bezeichnet das Dienstverhältnis die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung (in Ausnahmefällen auch eine privatrechtliche Rechtsbeziehung) zwischen dem Gemeinwesen und seinen Angestellten.[154] Man spricht deshalb nicht nur auf Bundesebene von Dienstverhältnissen sondern auch auf Kantons- oder Gemeindeebene.[155] Das Bundesrecht kennt eine grosse Anzahl verschiedener Kategorien von bundesrechtlichen Arbeitsverhältnissen, welche sich untereinander unterscheiden. Nachstehend wird auf die wichtigsten Kategorien von Dienstverhältnissen eingegangen und analysiert, inwiefern diese den Beizug von verliehen Personen ermöglichen.

### a) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

Die zahlenmässig wichtigste Kategorie von Dienstverhältnissen bilden die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse.[156] Dabei können nicht alle verschiedenen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse im Detail besprochen werden.

#### aa) Das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis

Zwar werden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines Gemeinwesens heute oftmals noch als Beamtinnen oder Beamte bezeichnet. Aus juristischer Sicht sind sie aber Angestellte. Das BPG verzichtet auf den Begriff Beamte und Beamtinnen.[157] In einer öffentlich-rechtlichen Anstellung befindet sich das Personal, welches bei einem Arbeitgeber des Bundes (nach Art. 3 BPG) angestellt ist und bei dem nichts anderes vorgesehen ist. Grundsätzlich sind die Angestellten dem BPG und seinen Verordnungen unterstellt. Die Anstellung erfolgt in aller Regel über einen

153 Siehe dazu Punkt 3.2. a ee.
154 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2001. BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch öffentliches Personalrecht, S.17.
155 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2003.
156 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 32.
157 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2003 ff.

öffentlich-rechtlichen Vertrag (Art. 8 Abs. 1 BPG). Beim Personalverleih handelt es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis, weshalb es bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung nie zum Personalverleih kommen kann.

bb) Dienstverhältnis mit Sonderregelungen am Beispiel der SBB

Das Parlament, der Bundesrat und das Bundesgericht können über den Verordnungsweg die Dienstverhältnisse bestimmter Personen einer Sonderregelung unterstellen.[158] So können eine Reihe von Funktionen, entgegen der allgemeinen Regeln zum Beispiel auf Amtsdauer gewählt und nicht angestellt werden (Art. 14 BPG). Die Sonderregelungen finden sich in Spezialgesetzen wie zum Beispiel die Sonderregelung für den Direktor oder die Direktorin für die Eidgenössischen Finanzkontrolle in Art. 2 Abs. 2 Finanzkontrollgesetz (FKG). Ungeachtet der jeweils geltenden Abweichungen handelt es sich dabei immer um öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse.[159] Auch hier ist der Personalverleih ausgeschlossen.

Sonderregeln gelten auch für die Anstellungsverhältnissen von einigen öffentlichen Unternehmen. Damit soll das öffentliche Personalrecht den Regeln des Obligationenrechts angeglichen werden.[160] Eine solche Sonderregel existiert für die SBB. So sind zwar die Arbeitsverhältnisse der SBB sind nach Art. 2 Abs. 1 lit. d BPG explizit dem BPG unterstellt.[161] Art. 38 BPG sieht aber für die SBB und weitere vom Bundesrat ermächtigte Arbeitgeber die Pflicht vor, mit den Personalverbänden einen GAV abzuschliessen. Für die SBB ist dies mit dem SBB GAV geschehen. Im SBB GAV ist der Personalverleih nicht explizit vorgesehen. Existiert ein GAV müssen sich die Sozialpartner aber trotzdem an den Rahmen des BPG, die Rahmenverordnung des BPG und die zwingenden Bestimmungen des OR halten, ansonsten gilt aber vielfach die Vertragsfreiheit zwischen den Sozialpartnern.[162] Sofern ein GAV besteht, sind die ausgehandelten Normen des GAV für die davon betroffenen Angestellten zwingend. In diesem Sinne haben sie die gleiche Wirkung wie ein Gesetz.[163] Im Unterschied zum privaten Arbeitsrecht gilt der ausgehandelte GAV also nicht nur für das organisierte Arbeitnehmer, sondern ist laut Art. 38 Abs. 2 BPG grundsätzlich auch auf nicht organisierte Arbeitnehmer anwendbar. Ausnahmen

158 HÄNNI, Personalrecht des Bundes. Rz. 32.
159 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 38.
160 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 75. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht. Rz. 2008
161 Anders verhält es sich bei den Tochtergesellschaften der SBB. Diese sind gemäss dem Bundesgericht dem OR unterstellt. Mehr dazu: BGE 135 III 483.
162 HÄNNI, Personalrecht des Bundes. Rz. 79.
163 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 78.

von bestimmten Personalkategorien sind möglich.[164] Der Bundesrat hat in der Rahmenverordnung zum BPG in Art. 2 ff. weitere Arbeitgeber genannt welche einen GAV abschliessen müssen, so zum Beispiel den ETH Rat.

#### cc) Magistratsverhältnis

Magistratspersonen, welche hierarchisch gesehen die obersten Angestellten des Staates sind, befinden sich in einem «öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis sui generis». Davon betroffen sind insbesondere die Mitglieder der Bundesversammlung, die Mitglieder des Bundesrates und die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler sowie die Richter des Bundesgerichts. Die Art und Weise ihrer Wahl, ihre Aufgaben und ihre Rechte und Pflichten ergeben sich aus der Bundesverfassung und aus Spezialgesetzen.[165] Es gelten demnach andere Regeln als für Angestellte. Hier kann klar davon ausgegangen werden, dass schon allein aufgrund der Funktionen der Personen, kein Personalverleih möglich ist.[166]

### b) Dienstverhältnisse auf privatrechtlicher Grundlage

In der Lehre werden Fragen zur Bedeutung des Zivilrechts im öffentlichen Dienstrecht vielfach und kontrovers diskutiert. Gerade in den Kantonen wächst der Einfluss des Zivilrechts, jedoch ist die Praxis sehr unterschiedlich. Grundsätzlich finden sich unterschiedliche Erscheinungsformen von Einflussnahme des Zivilrechts auf das öffentliche Dienstrecht. Hier näher angeschaut werden Dienstverhältnisse, die ganz dem Privatrecht beziehungsweise dem OR unterstellt werden (stricto sensu). Man spricht auch von Dienstverhältnissen auf privatrechtlicher Grundlage.[167]

#### aa) Grundsatz der Ausschliessung der privatrechtlichen Anstellung

In der Lehre ist unbestritten, dass die Verfassung dem Gemeinwesen weder explizit oder implizit die privatrechtliche Anstellung verbietet. Unbestritten ist auch das Primat des öffentlichen Rechts.[168] Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die privatrechtliche Anstellung

---

164 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 80.

165 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 39.

166 Etwas mehr dazu in Punkt 5.2 dieser Arbeit.

167 TANQUEREL, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, S. 49 ff. WIRTHLIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Privatrecht, S. 60. Siehe dazu die Ausführungen und weitführende Literatur auf S. 9 dieser Arbeit.

168 BELLANGER/ROY, Entwicklung des Rechts- und Regulierungsrahmens der öffentlichen Verwaltung, S. 460 ff. DÉFAGO-GAUDIN, Les obstacles à la privation de la fonction publique, S. 270 ff. MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, S. 194 ff. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 40. ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Rz. 466 ff. TANQUEREL. Droit public et droit

nicht ausgeschlossen, sofern sie aufgrund einer klaren und unmissverständlichen (kantonalen) Regelung erfolgt und durch das anwendbare Recht nicht untersagt wird.[169] Das Bundesgericht behält sich zudem vor, gewisse privatrechtliche Anstellungen, wenn nötig, als öffentlich-rechtliche Anstellungen umzudeuten. Nämlich dann, wenn das anwendbare Recht keinen Raum für ein privatrechtliches Regime belässt, dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen fehlen, oder wenn das Gebot der Gleichbehandlung ein Nebeneinander verschiedener Rechtsformen nicht zulässt.[170] Dabei gilt aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass auch bei der privatrechtlichen Anstellung stehts die Rechtsstaatlichen Grundgrundsätze und die Grundrechte beachten werden müssen.[171]

Auf Bundesebene sieht Art. 8 Abs. 1 BPG vor, dass das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die privatrechtliche Anstellung ist damit grundsätzlich ausgeschlossen.

bb) Ausnahmen des BPG (Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 BPG)

Der Gesetzgeber hat auf Bundesebene die privatrechtliche Anstellung im Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 BPG vorgesehen. In diesem Sinne dürfen gewisse Personalkategorien dem OR unterstellt werden. Es handelt sich dabei um Aushilfspersonal, Praktikantinnen und Praktikanten. Dazu kommen Ausnahmen in begründeten Einzelfällen. Dabei besteht aber grosse Rechtsunsicherheit, inwiefern es sich bei diesen dem OR unterstellten Dienstverhältnissen um echte privatrechtliche Dienstverhältnis handelt. [172] Auf jeden Fall sind für Streitigkeiten in diesen Dienstverhältnissen die zivilen Gerichte zuständig (Art.6 Abs. 7 BPG).

Da es sich beim Personalverleih um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelt, müsste an dieser Stelle analysiert werden, ob Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 BPG auch die Möglichkeit vorsehen würde, Personalverleihverträge einzugehen. Das würde aber ein echtes Privatrechtsverhältnis voraussetzen, was in der Lehre umstritten ist. In der Praxis hat die PVK in einem Bericht von 2014 aufgezeigt, dass es in der Praxis bei der Bundesverwaltung nie zu privatrechtlichen Arbeitsverträgen kommt und sie keinen Gebraucht von den Möglichkeiten von Art. 6 Abs. 5 und

privé : unité et diversité du statut de la fonction publique. S. 49 ff. WIRTHLIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Privatrecht, S. 59 ff.

169 So zum Beispiel in: BGE 118 II 213, E. 3.

170 BG-Urteil 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015, E. 4.2.4.

171 BGE 138 I 113 E, 6.4.2. Mehr dazu in Punkt 5 dieser Arbeit.

172 HELBLING, Der öffentliche Dienst auf den Weg ins OR, 242 ff. Zudem wird diese Thematik auch in der erwähnten Literatur der Fussnote 167 ausgiebig besprochen. Besonders zu erwähnen ist TANQUEREL, welcher auch auf die sehr unterschiedliche kantonale Praxis beleuchtet.

Abs. 6 BPG macht.[173] Über die Gründe kann an dieser Stelle nur spekuliert werden, jedoch könnte die unklare rechtliche Situation dieser Verträge ein Grund sein.

cc) Spezialgesetzliche Anordnungen am Beispiel der SUVA

Daneben gibt es eine Reihe von Spezialgesetzen, welche für bestimmte Arbeitgeber die privatrechtliche Anstellung vorsehen. So ist zum Beispiel die SUVA laut Art. 2 Abs. 2 lit. d nicht dem BPG unterstellt. Art. 63 Abs. 3 lit. a UVG sieht vor, dass der SUVA Verwaltungsrat alle Arbeitsverhältnisse der SUVA dem OR unterstellen kann. Ähnliches gilt beispielsweise auch für die SNB. Somit ist es grundsätzlich den Arbeitgebern überlassen, sofern ein Spezialgesetz dies vorsieht, wie diese ihre Arbeitnehmer anstellen.

### c) Personen, die mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraut sind

Privatrechtliche Verwaltungsträger

Wie bereits gesehen kann der Bund für die Bewältigung seiner Bundesaufgaben entweder öffentlich-rechtliche und unter gewissen Bedingungen auch privatrechtliche Anstellungen eingehen. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass der Bund nicht alle seine Aufgaben notwendigerweise mit eigenen personellen Mitteln erfüllen muss. Er kann daneben auch private Rechtsträger mit öffentlichen Aufgaben betrauen. Dies ist zum Beispiel bei den privatrechtlich organisierten Krankenkassen, welche die obligatorische Grundversicherung betreiben, geschehen.[174] Die Dienstverhältnisse der betreffenden Mitarbeiter unterstehen dabei dem Privatrecht, das BPG und sonstige Erlasse sind auf diese Mitarbeiter nicht anwendbar.[175] Somit ist es grundsätzlich den Arbeitgebern überlassen, wie diese ihre Arbeitnehmer anstellen. Die rechtliche Grundlage und Kriterien für die Auslagerung dieser Dienstverhältnisse finden sich in Art. 173 Abs. 3 BV.[176]

### d) Zwischenfazit zum Personalverleih bei den Dienstverhältnissen

Der Gesetzgeber hat verschiedene Möglichkeiten vorgesehen, wie der Staat auf Bundesebene Personen für die öffentliche Aufgaben rekrutieren kann. Dabei kann er öffentlich-rechtliche oder auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse eingehen. Inwiefern es sich dabei auch der Beizug von verliehen Personen möglich ist, kann nicht abschliessend beantwortet werden.

---

173 Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. April 2014, S. 3710.

174 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 42.

175 JAAG, Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich. S. 596.

176 BIAGGINI, Art. 173 BV Kommentar, Rz. 25.

Mindestens wenn eine spezialrechtliche Anordnung grundsätzlich die privatrechtliche Anstellung für das ganze Personal der Verwaltungseinheit vorsieht oder nur diese in Frage kommt, muss davon ausgegangen werden, dass es grundsätzlich dem Arbeitgeber überlassen ist wie diese ihr Personal anstellen. Zwar gibt es auch hier einige verfassungsrechtliche Fragen, aber zumindest aus der Sicht der Praxis können die Unterschiede zu

# 4. Externe Mitarbeiter des Bundes

## 4.1 Externes Personal des Bundes

In erster Linie steht dem Bundesrat zur Erfüllung der ihm durch die Bundesverfassung oder das Gesetz übertragenen Aufgaben die Bundesverwaltung zur Verfügung.[177] Daneben kann es aber nötig sein, dass der Staat für die Erfüllung von Staatsaufgaben auch auf externe Personen zurückgreift.[178] In der Praxis findet sich oft der Begriff der «externen Mitarbeiter». Bei «externen Mitarbeitern» handelt es sich um keinen klar definierten juristischen Begriff. Die PVK definiert «externen Mitarbeiter» für den Bund als: «…Personen, die im Rahmen von Personalverleih oder Aufträgen und Werkverträgen in einem anstellungsähnlichen Verhältnis für den Bund tätig sind, aber keinen Arbeitsvertrag mit dem Bund haben.»[179] Juristisch präziser wäre es wohl von *privatrechtlich beschäftigten* Personen zu sprechen.[180]

Der Beizug von externen Mitarbeitern ist dabei subsidiär zum eigenen Bundespersonal.[181] Zuerst müssen internes Wissen und Ressourcen innerhalb der Bundesverwaltung genutzt werden. Es müssen deshalb Gründe vorliegen, welche den Beizug von externen Personen erforderlich machen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn spezifisches Fachwissen in der Bundesverwaltung noch nicht aufgebaut werden konnte, interne Ressourcen fehlen oder Bedarf nach Unabhängigkeit besteht.[182] Komplex erscheint dabei das Verhältnis zum Personalrecht, weshalb den externen Mitarbeitern ein eigenes Kapitel dieser Arbeit gewidmet ist. Dass der Bund auf

177 SÄGESSER, SHK Handkommentar zu Art. 57 RVOG. Rz, 7.

178 SÄGESSER, SHK Handkommentar zu Art. 57 RVOG. Rz, 8. EICHENBERGER. BV Kommentar Art. 104 Rz. 1 ff.

179 Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Kurzevaluation im Rahmen einer Nachkontrolle vom 31. Juli 2019, S. 2401 ff.

180 Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. April 2014, S. 3699, Fussnote 15.

181 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 3. SÄGESSER, SHK Handkommentar zu Art. 57 RVOG, Rz. 7 ff.

182 SÄGESSER, SHK Handkommentar zu Art. 57 RVOG. Rz. 11 ff. EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 2.

verwaltungsexterne Personen zurückgreift, ist keineswegs neu. Die alte Bundesverfassung von 1898 ermächtige, im Art. 104 aBV, den Bundesrat und die Departemente ausdrücklich zum Beizug von Sachverständigen für besondere Geschäfte.[183]

Um externe Mitarbeiter zu beschäftigen, geht die Bundesverwaltung einerseits Werkaufträge oder Aufträge (363 ff. OR bzw. 394 ff. OR) ein. Andererseits bezieht sie Personal über Personalverleiher mittels Personalverleihverträgen.[184] In diversen Interviews mit verschiedenen Ämtern wurde festgestellt, dass es auch zu Personalverleih innerhalb eines Auftragsverhältnisses kommen kann. Auf diese Form des Personalverleihs wird in der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen, da es sich primär, jedenfalls aus einer theoretischen Sicht, um ein Auftragsverhältnis handelt.[185]

> Beispiel: Amt X geht mit der Informatikfirma Y einen Auftrag zur Installation einer neuen Software über 1'000'000 CHF ein. Damit dieser Auftrag nach den Wünschen des Amtes X umgesetzt werden kann, ist vorgesehen, dass ein Informatikfachspezialist der Firma Y an das Amt X verliehen wird. Dieser installiert die Software im Amt Y und steht in einem Subordinationsverhältnis zu seinem Vorgesetzen im Amt X. Er installiert die Software dabei nach Wunsch seines Vorgesetzen. Das Amt kennt dabei seine Anstellungsbedingungen mit der Firma Y nicht.

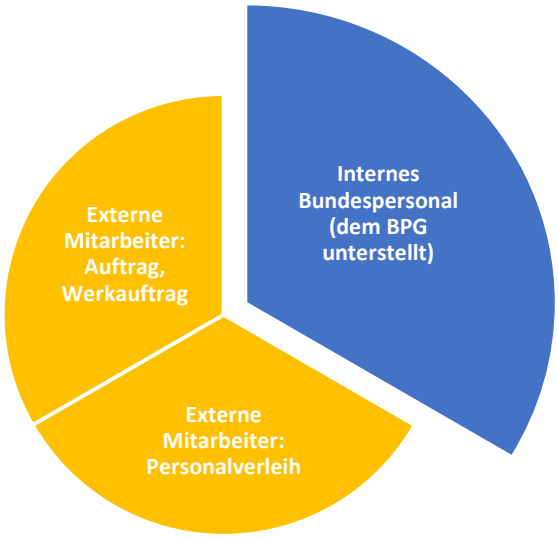


Abbildung 4: Selbsterstellte Übersicht der externen und internen Mitarbeiter

183 Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue BV. BBl 1997 I 1. S. 403.

184 Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. April 2014, S. 3698.

185 Die Kurzevalution der PVK spricht von «Pseudo-Aufträgen». Weiterführende Informationen in: Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Kurzevaluation im Rahmen einer Nachkontrolle vom 31. Juli 2019, S. 2415 ff.

In der untenstehenden Grafik werden die «externen Mitarbeiter» in orange dargestellt. Die Grösse der Teile widerspiegelt dabei nicht ihren Anteil. In Wirklichkeit müsste der blaue Teil viel grösser sein.

In der Lehre geht man grundsätzlich davon aus, dass bei externen Personen ein privatrechtliches Auftragsverhältnis (394 ff. OR) eingegangen und somit kein Arbeitsverhältnis begründet wird.[186] Unklar ist, ob eine explizite Rechtsgrundlage besteht, beziehungsweise benötigt wird, um externe Personen über Personalverleihverträge beizuziehen.[187] Dabei stellt sich auch die Frage, ob Personen, welche im Personalverleihverhältnis mit dem Bund stehen, dem BPG unterstellt sind.

### a) Grundsätzliches zur Rechtsgrundlage für externes Personal im Personalverleih

Als Allererstes muss die Frage geklärt werden, ob der Beizug von externen Personen im Personalverleih überhaupt einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Einige Bundesämter und auch die SBB, welche für diese Arbeit zum Personalverleih interviewt wurden, sehen im Abschluss von Personalverleihverträgen grundsätzlich die Beschaffung von Dienstleistungen (Sachmittel). Für diese bedarf es, aus ihrer Sicht, keiner expliziten rechtlichen Grundlage.[188]

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip), in Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV, hat als Hauptanliegen alle Verwaltungstätigkeit an das Gesetz zu binden. Das Gesetz ist einerseits Massstab und Schranke der Verwaltungstätigkeit.[189] Aus diesem Grund gilt das Legalitätsprinzip grundsätzlich für die gesamte Verwaltungstätigkeit.[190] Eine *Ausnahme* bildet jedoch die Bedarfsverwaltung. In der Lehre spricht man bei der Bedarfsverwaltung auch von Hilfstätigkeiten.[191] Zur Bedarfsverwaltung gehört die Beschaffung der nötigen Sach- und Personalmittel, welche unmittelbar der Erfüllung der Staatsaufgaben dienen. Zur Bedarfsverwaltung zählt zum Beispiel die Beschaffung von Büromaterial aber auch die Anstellung von Personal, welche zur

186 BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch öffentliches Personalrecht. Rz. 27. BIAGGINI, BV Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 25. SÄGESSER, SHK Handkommentar zu Art. 57 RVOG, Rz. 9.

187 BIAGGINI, BV Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 25. SÄGESSER, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, S. 467.

188 Interviews siehe Annex 1 dieser Arbeit.

189 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 325.

190 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 383.

191 TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, S. 127 und S. 28. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 40 und Rz. 1385.

Erfüllung der Verwaltungsaufgabe unmittelbar benötigt werden.[192] Laut dem Bundesgericht ergibt sich die gesetzliche Grundlage für «Hilfstätigkeiten» aus den Normen, welche die Verwaltungsaufgabe regeln.[193] So gilt als unbestritten, dass der Bund keine gesetzliche Grundlage braucht, wenn er sich für die Ausübung seiner Verwaltungsaufgaben zum Beispiel das erforderliche Büromaterial beschaffen aber auch das erforderliche Personal anstellen muss.

Mit dem Abschluss eines Personalverleihvertrags durch die Bundesverwaltung wird aber mehr als bloss eine Dienstleistung eingekauft. Es wird gleichzeitig mit dem Bezug einer Dienstleistung auch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher (Staat) eingegangen, womit auch Rechte und Pflichten durch den Staat festgelegt werden.[194] Dabei ist nach in dieser Arbeit vertretenen Meinung unerheblich, dass das Arbeitsverhältnis nicht einen Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR, sondern ein Arbeitsverhältnis «sui generis» darstellt.[195] Das Parlament hat in einer Vielzahl von Erlassen und Vorschriften die Möglichkeiten der zentralen beziehungsweise dezentralen Verwaltung, wie Arbeitsverhältnisse eingegangen und ausgestalten werden können, vorgegeben. Dabei hat sich der Gesetzgeber einerseits bewusst entschieden, selbst darüber bestimmen zu wollen, welche Rechte und Pflichten angestellte Personen haben und deswegen gewisse Kompetenzen bewusst nicht an die Regierung delegiert.[196] Andererseits folgt das Parlament auch einer klaren verfassungsrechtlichen Vorgabe zur Planung und Organisation des Personalwesen.[197] Gleiches gilt auch für die öffentlichen Unternehmen, welche dem BPG unterstehen (wie zum Beispiel die SBB).

Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit die Meinung vertreten, dass für den Personalverleih grundsätzlich eine explizite Rechtsgrundlage benötigt wird.

Anders verhält es sich bei öffentlichen Unternehmen, welche nicht dem BPG unterstehen. Hier ist es der Wunsch des Gesetzgebers, den Unternehmen nicht vorschreiben zu wollen, wie sie Arbeitsverträge einzugehen und auszugestalten haben. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber nur vorgegeben, dass das ganze Personal dieser Verwaltungseinheiten dem OR unterstellt ist. Für

192 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht. Rz. 40. TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht. S. 28.
193 BGE 103 Ib 324 E.4. In diesem Sinne auch: UHLMANN, Legalitätsprinzip, Rz. 37.
194 HELBLING, SHK Kommentar Art. 1 BPG. Rz. 17. Dazu das Bundesgericht: BGE 129 I 161 2.1 « für die Festlegung von Rechten und Pflichten für öffentliche Bedienstete mindestens ein Gesetz auf materieller Stufe vor». So auch in: BGE 123 I 1 E. 4c.
195 Siehe dazu Punkt 3.1.c.aa dieser Arbeit.
196 HAFNER, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, S. 193.
197 Siehe dazu Punkt 3.1 dieser Arbeit.

diese Unternehmen (wie zum Beispiel die SUVA) wird, nach der in dieser Arbeit vertretenen Meinung, keine zusätzliche Rechtsgrundlage für Personalverleih benötigt.

Es mag Gründe geben, aufgrund deren eine Verwaltungseinheit, um seine Verwaltungsgeschäfte bewältigen zu können, nicht anders kann als externes Personal im Personalverleih anzustellen.[198] Bei Notfällen und Krisen kann Personalverleih als Teil der Bedarfsverwaltung verstanden werden, da nur durch den Abschluss von Personalverleihverträgen die Verwaltungsaufgabe übernommen werden kann. Diese Gründe sind aber als Ausnahme zu verstehen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass für den Personalverleih eine explizite gesetzliche Grundlage vorliegen muss. Ansonsten wäre es dem Bundesrat, den Departementen und den Ämtern überlassen, Personal nach den vorgesehenen Regeln des BPG anzustellen oder diese Vorgaben durch den Personalverleih mehr oder weniger beliebig zu umgehen. Zwar bestimmt der Bundesrat gemäss Art. 8 RVOG die Struktur, Funktionen, Verfahren und Personalordnung der zentralen und dezentralen Verwaltung selbst und ist für diese auch politisch verantwortlich. Art. 43 RVOG sieht die Ämter als die tragenden Verwaltungseinheiten welche die Verwaltungsgeschäfte besorgen. Eine Ausnahme der bundesrätlichen Organisationskompetenz bilden jedoch die Bereiche, welche das Parlament ausdrücklich selbst geregelt hat.[199]

Eine bereits bestehende gesetzliche Grundlage für den Beizug von externen Personen findet sich im Art. 57 RVOG. Dieser Gesetzesartikel bemächtigt den Bundesrat und die Departemente, Organisationen und Personen, welche nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beizuziehen. Der Beizug von externem Personal richtet sich nach den jeweiligen Geschäftsordnungen der Departemente (Art. 57 RVOG und Art. 29 Abs. 1 lit. d RVOV).[200] Es findet sich in der gesetzlichen Vorgabe keine Beschränkung der Anzahl der externen Personen, welche zur Beratung beigezogen werden können, und auch nicht in welchem Rechtsverhältnis diese zum Bund stehen müssen.[201]

Im Folgenden wird untersucht, ob Art. 57 RVOG als allgemeine Rechtsgrundlage für Personalverleih für die Bundesverwaltung in Frage kommt.

198 So hat zum Beispiel das BAG in einem für diese Arbeit geführten Interview ausgeführt, dass verliehenes Personal während der Corona-Krise unabdingbar war. Für die Gründe, wieso die Verwaltung Personen im Personalverleih beschäftigt, siehe Punkt 2.4 dieser Arbeit.

199 SÄGESSER, Art. 8 Kommentar RVOG, Rz. 5 ff.

200 BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch öffentliches Personalrecht. Rz. 27.

201 SÄGESSER, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts. S. 467.

### b) Existierende Rechtsgrundlage für den Personalverleih (Art. 57 Abs. 1 RVOG)

#### aa) Wortlaut

Der Wortlaut von Art. 57 RVOG gibt keine Hinweise darauf, welche Leistungen genau unter dem Begriff «Beratung» erfasst sein sollen. Nach dem allgemeinen Sprachverständnis gehören zum Begriff «Beratung» die Erteilung von Ratschlägen oder Auskünften.[202] Im Zentrum steht dabei das Fachwissen, welches der Berater, dem zu Beratenden zur Verfügung stellt, damit dieser wiederum seine Aufgaben (besser) erledigen kann. Der *Berater*wirkt dabei unterstützend auf die zu beratende Person ein. Er trifft dabei aber keine definitiven Entscheidungen. So kann es zum Beispiel in der Politikberatung darum gehen, Wissen zu vermitteln, Probleme zu analysieren und Entscheidungs- und Handlungsoptionen aufzuzeigen.[203] Sich für eine Politik zu entscheiden und diese dann tagtäglich umzusetzen, ist hingegen nicht Teil der Beratung.

Durch die Verwendung des Wortes *Beratung* wird klar, dass der Anteil an Arbeitstätigkeiten, welche durch externe Personen erledigt werden sollen, eingeschränkt ist. Nicht jede Arbeitstätigkeit ist eine Beratung. Der Wortlaut spricht klar dagegen, dass Art. 57 RVOG als gesetzliche Grundlage für jede Form von Personalverleih genügt. Dem Wortlaut ist zudem auch nicht zu entnehmen, ob Berater im Personalverleih beschäftigt werden dürfen oder nicht.

#### bb) Historische Auslegung

Die Entstehungsgeschichte der heutigen Bestimmung im RVOG ist etwas schwierig nachzuvollziehen. Um den Willen des historischen Gesetzgebers zu verstehen, muss hier ein bisschen weiter ausgeholt werden.

Die alte Bundesverfassung von 1898 ermächtige, Art. 104 aBV, den Bundesrat und die Departemente, wie bereits erwähnt, ausdrücklich zum Beizug von Sachverständigen für besondere Geschäfte. Entstanden war der Verfassungsartikel ursprünglich, um eine Konkurrenzierung des Bundesrates durch verwaltende Parlamentskommissionen oder von der Bundesversammlung eingesetzten Verwaltungskommissionen auszuschliessen. Man wollte, dass die Verwaltungsfunktion grundsätzlich von einer vom Bundesrat geleiteten Exekutivgewalt wahrgenommen wird – und zwar auch dann, wenn spezielle Fachkenntnisse erforderlich sind, welche der Verwaltung intern nicht zur Verfügung stehen.[204] Historisch konnten die sachkundigen Personen

202 Duden. Deutsches Universalwörterbuch. 9 Auflage. 2019. S. 294.
203 LENDI, Politikberatung. S. 35
204 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 1.

auf verschiedene Art und Weise tätig werden. Sie konnten sich zum Beispiel mündlich oder schriftlich in Beratungen, in Gutachten, beim Erstellen von Entwürfen oder Beurteilungen usw. äussern. Wichtig war aber, dass die Berater immer dem einsetzenden Organ unterstellt blieben und das dieses die Verantwortung trug. Vertraglich waren sie dabei meist im Auftragsverhältnis tätig. Die Dauer wurde in Verträgen geregelt, wobei es keine maximale Dauer gab.[205]

Die Verfassungsbestimmung wurde im VwOG übernommen und detailliert. Im Entwurf des VwOG von 1979 wollte der Bundesrat ursprünglich auch den Gruppen und Ämtern die Kompetenz übertragen, Sachkundige einzubeziehen. Das Parlament strich diesen Vorschlag, um sicherzustellen, dass der Beizug von Experten immer durch den Departementsvorsteher bewilligt werden muss. Das Parlament wollte damit sicherstellen, dass von der Möglichkeit, Experten einzubeziehen, zurückhaltend Gebrauch gemacht wird.[206]

1997 wurde das VwOG durch das RVOG ersetzt. Die Bestimmungen des Bundesrates wurden dabei unverändert übernommen. Die Bestimmung wurde aber dem Art. 2 Abs. 4 RVOG angepasst. Fortan durften auch Organisationen als sachkundige Berater einbezogen werden. Bei der Totalrevision der Bundesverfassung 1999 wurde die bis dahin gültige Verfassungsbestimmung, Art. 104 aBV, nicht in die neue Bundesverfassung integriert. Damit wurde aber keine materielle Änderung bezweckt, da eine Regelung im RVOG als hinreichend betrachtet wurde.[207]

Fortan gab es somit nur noch eine Bestimmung – Art. 57 Abs. 1 RVOG – welche den Beizug von externen Experten für den Bund regelte. 2008 wurden die Gesetzesbestimmungen für ausserparlamentarische Kommissionen neu geregelt. Die Bestimmung über den Beizug externer Experten wurde dabei von Letzteren abgetrennt und erhielt eine eigene Kapitelüberschrift. Materiell wurde explizit keine Veränderung vorgenommen. Jedoch hielt man in der Botschaft fest, dass der Art. 57 Abs. 1 RVOG nicht immer eingehalten wurde und externe Berater von Gruppen und Ämtern auch schon direkt, ohne die Bewilligung des Departementsvorstehers, einbezogen worden waren.[208]

Auch die historische Sicht somit spricht dagegen, dass der Art. 57 RVOG grundsätzlich als gesetzliche Grundlage für Personalverleih genügt. Aus historischer Sicht kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass für Berater der Abschluss von Personalverleihverträgen möglich ist,

---

205 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 5.

206 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 3, Fusszeile 2.

207 Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue BV. BBl 1997 I 403.

208 Botschaft vom 9. Oktober 2007 über die Neuordnung von ausserparlamentarischen Kommissionen. BBI 2007 I 6641.

auch wenn diese grundsätzlich eher als eine Ausnahme neben dem Auftragsverhältnis vorgesehen waren.

cc) Teleologische Auslegung

Der Zweck des Art. 57 RVOG liegt in der Kompetenzübertragung auf den Bundesrat und die Departemente, zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwaltungsexterne Organisationen und Experten beiziehen zu können.[209] Auf diese Weise wollte das Parlament sicherstellen, dass die Verwaltung ihren Verwaltungsaufgaben immer aus eigenem Leistungsvermögen gewachsen ist. Damit sollte verhindert werden, dass eine Art Miliz-Administration ausserhalb der Bundesverwaltung entsteht und so Verwaltungsaufgaben zusammen mit frei beigezogenen Experten, ausserhalb der Kontrolle des Bundesrates, vollbracht werden.[210]

Im Zentrum steht dabei wie schon erwähnt immer fehlendes Fachwissen und nicht grundsätzlich fehlende Personalressourcen. An diesem Zweck hat sich bis heute nichts verändert. Es ist der Wille des Parlaments, der Regierung die Kompetenz zu übertragen, schnell und unkompliziert Expertenwissen für die Bewältigung ihrer Verwaltungsaufgaben beiziehen zu können, ohne dabei unbedingt immer direkt ein Dienstverhältnis eingehen oder das Parlament anzufragen zu müssen.

Aus rein teleologischer Sicht kann jedenfalls nicht verneint werden, ob zum Beizug von Experten auch Personalverleihverträge eingegangen werden können, auch wenn dies eher nicht vorgesehen ist.[211] Sofern der Beizug solcher Experten dazu führt, dass sich die Verwaltung schnell fehlendes Fachwissen beiziehen kann, ist davon auszugehen, dass dieser zweckmässig ist.

dd) Systematische Auslegung

Nach Ansicht von SÄGESSER ist der Art. 57 RVOG als Ausdruck der dem Bundesrat über die Bundesverwaltung zustehenden Organisationshoheit zu verstehen. In diesem Sinne ist es an der Regierung, die zweckmässige Organisation der Bundesverwaltung zu bestimmen und wenn nötig anzupassen (Art. 8 Abs. 1 RVOG). Dazu gehört, nach Ansicht von SÄGESSER, dass der Bundesrat selbst entscheiden darf, ob er externes Personal mit Personalverleihverträgen beizieht oder nicht.[212] Daneben sieht Art. 3 Abs. 1 RVOG vor, dass der Bundesrat immer auf Grundlage von Verfassung und Gesetz handeln muss. Zwar mag es heute gute Gründe geben, welche

209 SÄGESSER, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, S. 466.
210 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 3.
211 EICHENBERGER, Kommentar zu Art. 104 BV von 1874. Rz. 6.
212 SÄGESSER, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, S. 466.

durchaus dafürsprechen, dass für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auch temporäres Personal beigezogen werden soll.[213] Jedoch war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, durch Art. 57 RVOG eine grundsätzliche Rechtsgrundlage für die Verwaltung zu schaffen, ganz grundsätzlich alle möglichen *Arbeitsverhältnisse*, wenn auch nicht nach Art. 319 OR, einzugehen. Für Arbeitsverhältnisse hat der Gesetzgeber grundsätzlich das BPG erlassen. Inwiefern es sich beim Personalverleih um ein Arbeitsverhältnis nach Art. 1 BPG handelt, wird als nächstes untersucht.[214].

ee) Zwischenfazit

Insgesamt spricht alles dagegen, dass Art. 57 RVOG als grundsätzliche Rechtsgrundlage zur Beschaffung von verliehenem Personal genügt. Dazu müsste mindestens aufgezeigt werden können, dass das beigezogene Personal eine beratende Tätigkeit ausübt. Ob Berater im Personalverleihverhältnis angestellt werden können, bleibt jedoch unklar. Grundsätzlich kann diese Möglichkeit aber nicht ausgeschlossen werden, wenn eine schnelle und effiziente «Beratung» dies erfordert. Somit besteht heute für die Bundesverwaltung keine grundsätzliche Rechtsgrundlage für den Personalverleih. Für die SBB liegt keine Rechtsgrundlage für den Personalverleih vor.

### c) Personalverleih als «Arbeitsverhältnis» im Sinne des BPG

Es stellt sich zusätzlich die Frage in welcher Beziehung der Personalverleih in der Verwaltung zum Personalrecht steht. Das BPG regelt nach seinem Art. 2 und 3 nur die mit dem Bund bestehenden arbeitsrechtlichen Beziehungen. Art. 2 Abs. 2 lit. d BPG sieht vor, dass das BPG für Personal von privaten Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, welche mit Verwaltungsaufgaben betraut werden, nicht anwendbar ist. Für BÜRGI / BÜRGI-SCHNEIDER ist das BPG bei Personalverleih aufgrund dieser Gesetzesgrundlage nicht anwendbar.[215] Jedoch wird mit dem Abschluss von Personalverleihverträgen keine Verwaltungsaufgabe im Sinne von Art. 173 Abs. 3 BV ausgelagert. Der Beizug von externem Personal im Personalverleih, welche in die Organisation der Bundesverwaltung ähnlich wie die eigenen Mitarbeiter eingegliedert werden (Subordination), ermöglicht es der Bundesverwaltung gerade die verbliebene

213 SÄGESSER, Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, S. 466 ff.
214 Siehe dazu: Punkt 4.2.c dieser Arbeit.
215 BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch öffentliches Personalrecht, Rz. 27.

Verwaltungsaufgabe intern zu bewältigen,[216] wie es auch beim Anstellen von dem BPG unterstelltem Personal geschieht.

Beim Personalverleih entsteht dabei, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, durch den Verleih ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Entleiher (wenn auch nicht ein Vertragsverhältnis).[217] Dieses ist einem Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR sehr ähnlich.[218] Es stellt sich die Frage, ob dieses Arbeitsverhältnis auch dem BPG unterstellt ist, dessen Geltungsbereich in Art. 1 BPG geregelt.

aa) Wortlaut des Gegenstands und Geltungsbereichs

Der Wortlaut von Art. 1 BPG gibt keine Hinweise darauf, was genau mit *Arbeitsverhältnis* gemeint ist. Nach dem allgemeinen Sprachverständnis werden unter dem Begriff Arbeitsverhältnis das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber sowie die berufliche Arbeit betreffenden Verhältnisse bezeichnet.[219] Unter «Personal» wird nach allgemeinen Sprachverständnis die Gesamtheit der Personen verstanden, welcher mit einem Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen.[220]

Nach dem Wortlaut ist das BPG nur auf Personen anwendbar, welche mit dem Bund in einem Arbeitsverhältnis stehen. Ob auch das Rechtsverhältnis zwischen verliehenen Personen und Entleiher unter dem Begriff Arbeitsverhältnis gemeint ist, kann mit dem Wortlaut allein nicht beantwortet werden.

bb) Historische Auslegung des Gegenstands und Geltungsbereichs

Die Entstehungsgeschichte der heutigen Bestimmung im Art. 1 BPG ist eng mit der Idee verknüpft, dass das Bundespersonal nicht mehr verbeamtet, sondern nur noch angestellt werden soll.[221.] So hatte das BtG in diesem Sinne nicht den Anspruch, das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals zu regeln, sondern das Dienstverhältnis der Beamten festzulegen. Art. 62 BtG sah eine Kompetenznorm für den Bundesrat vor, welcher dadurch Dienstverhältnisse ohne Beamtenstatus bestimmen konnte.

216 BIAGGINI, BV Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 22, 25, 28.
217 Siehe Punkt 3.1 dieser Arbeit.
218 Siehe dazu Punkt 3 und die drei Rechtsverhältnisses im Personalverleih.
219 Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9 Auflage, 2019, S. 183.
220 Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9 Auflage, 2019, S. 1355.
221 Siehe Punkt 2 dieser Arbeit.

Mit dem Inkrafttreten des BPG wurde der Beamtenstatus durch das Angestelltenverhältnis ersetzt. In der Parlamentarischen Diskussion fand kein Austausch zum Art. 1 BPG statt.[222] Ganz im Gegensatz zu Art. 2 BPG: In der Botschaft zum BPG steht, dass es Zweck des Gesetzes sei, grundsätzlich nur das Arbeitsverhältnis, d. h. die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Bund und *seinem* Personal, zu regeln. Das *seinem* bezieht sich dabei vor allem auf das Personal der ausgelagerten Einheiten der Bundesverwaltung, welche man nicht mehr dem BPG unterstellen wollte. Die Regelung dazu findet sich heute in Art. 2 BPG.

Wir können heute nicht mit Sicherheit sagen, ob sich der historische Gesetzgeber mit dem Begriff «Arbeitsverhältnisse» in Art. 1 BPG auch auf verliehene Personen berufen wollte. In den historischen Dokumenten hat er sich dazu nie explizit geäussert. Mit Blick auf die Botschaft spricht aber einiges dafür:

Erstens war es Ziel des BPG ein gemeinsames gesetzliches Dach für das gesamte Bundespersonal zu bieten und somit einer Aufsplitterung des Arbeitsrechts des Bundes vorzubeugen.[223] Dabei hat man es auch bewusst ermöglicht, gewisse Personenkategorien dem OR zu unterstellen, ohne dass diese ausserhalb des BPG angestellt werden müssen.[224] In diesem Sinne ist es Ziel des Gesetzgebers gewesen, möglichst alle Beschäftigte dem BPG zu unterstellen.[225]

Zweitens ist es Ziel des BPG, eine gemeinsame Personalpolitik vorzugeben, welche alle Bundesstellen verfolgen müssen.[226] Das BPG sollte festlegen, welche personalpolitischen Ziele von den für die Personalpolitik verantwortlichen Bundesstellen verfolgt werden müssen. In diesem Sinne steht in der Botschaft: «alle Personalmassnahmen – sowohl die recht setzende Akte (Ausführungsbestimmungen, Gesamtarbeitsverträge) wie auch die Anwendungsakte (Einzelarbeitsverträge, personalpolitische Massnahmen, individuelle Entscheide usw.) müssen sich diesen Zielen unterordnen.»[227] Drittens, obwohl das BPG in den Ausführungsbestimmungen bedeutenden Freiraum für Personalverantwortliche offenhielt, war es klar der Wille des Gesetzgebers, das Handeln der Personalverantwortlichen über die gemeinsame Zielnorm einzubinden.[228]

222 Dokumentenzentrale der Bundesversammlung, Bundespersonalgesetz. VH98.076.
223 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597 f. Ziff. 2.2.
224 Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 BPG. In der Parlamentsdebatte wird auch der Begriff «OR-Fenster» verwendet. Dokumentenzentrale der Bundesversammlung, Bundespersonalgesetz. VH98.076.
225 Mehr dazu in Punkt 4.3 dieser Arbeit.
226 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597 f. Ziff. 1 und Ziff. 2.2.
227 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597.
228 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597.

In Anbetracht dieser Indizien scheint der historische Gesetzgeber den Begriff *Arbeitsverhältnis* möglichst breit verstanden haben zu wollen. Damit wollte er sicherstellen, dass auf möglichst viele Arbeitsverhältnisse mindestens die allgemeinen Bestimmungen des BPG anwendbar sind. In diesem Sinne spricht vieles dafür, dass der historische Gesetzgeber implizit unter Arbeitsverhältnis auch das Arbeitsverhältnis «sui generis» zwischen Entleiher und Arbeitnehmer gemeint hat.

cc) Teleologische Auslegung des Gegenstands und Geltungsbereichs

Hauptzweck des BPG ist es, die Arbeit beim Bund zu regeln umso effektives Verwaltungshandeln zu ermöglichen. Dabei regelt das Arbeitsrecht regelt die fremdbestimmte, sprich die unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation geleistete abhängige Arbeit. Es regelt ein zweitseitiges Schuldverhältnis, in dem ein Individuum (Arbeitnehmer) für eine Organisation (Arbeitgeber) gegen Lohn eine bestimmte Arbeitsleistung erbringt.[229] Daneben ist es auch Zweck des BPG personalpolitische Vorgaben zu machen, welche alle Bundesstellen befolgen müssen und so die Personalverantwortlichen über gemeinsame Zielnormen einzubinden.[230] Die in Art. 4 Abs. 2 und 3 BPG vorgegebenen personal- politischen Ziele können nur erreicht werden, wenn möglichst alle durch den Bund eingegangenen Arbeitsverhältnisse sich an diesen orientieren.

Aus Sicht des Zweckes des BPG, insbesondere des Zwecks einer gemeinsamen Personalpolitik, muss der Begriff *Arbeitsverhältnis* möglichst weit auslegt werden. Nur so wird sichergestellt, dass auch eine gemeinsame Personalpolitik erreicht wird. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass es auch das Arbeitsverhältnis «sui generis» zwischen Entleiher und Arbeitnehmer beinhaltet.

dd) Systematische Auslegung des Gegenstands und Geltungsbereichs

Nach Art. 2 BPG ist mit Bundespersonal nicht das Personal der ganzen Verwaltung gemeint. Mit dem Begriff «Bundespersonal» sind unter anderem nach Art. 2 Abs. 1 lit. a BPG die Arbeitsverhältnisse der Zentralverwaltung gemeint.[231] Die dezentralen Verwaltungseinheiten sind nur unter diesem Begriff zu verstehen, insofern nicht anderes vorgesehen ist (Art. 1 Abs. 1 lit. e BPG und Art. 2 Abs. 3 RVOG). Eine andere Regelung gilt beispielsweise für die SUVA.

229 HELBLING, SHK Kommentar Art. 1 BPG. Rz 24 ff. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 1 ff.
230 Botschaft vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz (BPG), BBI 1999 II 1597.
231 Zentralverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 RVOG

Personen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung fallen nicht unter den Begriff «Bundespersonal». Eine Ausnahme bilden die SBB, welche zum Bundespersonal zählen (Art. 2 Abs. 2 lit. d BPG). Auch die Gerichte und der Parlamentsdienst gehört zum Bundespersonal (Art. 2 Abs. 1 lit. f – j BPG).

Aus Sicht des OR hängt es nicht von der Bezeichnung ab, ob ein Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist oder nicht, sondern allein vom vereinbarten Inhalt.[232] In Bezug auf den Personalverlieh besteht in der Lehre grundsätzlich Einigkeit darüber, dass zwischen Entleiher und Arbeitnehmer kein Arbeitsvertrag vorliegt. Dennoch entsteht nach Mehrheit der Lehre wohl ein faktisches Arbeitsverhältnis. Faktisch deshalb, da kein formeller Arbeitsvertrag besteht.[233] Aus einer systematischen Sicht ist unklar, ob das faktische Arbeitsverhältnis des Personalverleihs als «Arbeitsverhältnisse» im Sinne des BPG verstanden werden kann.

#### ee) Zwischenfazit

Nach Meinung dieser Arbeit ist auch das Arbeitsverhältnis «sui generis» grundsätzlich dem BPG nach Art. 1 BPG unterstellt. In Anbetracht der Subordination und der *faktischen* Arbeitgeberrolle welche die Verwaltung als Entleiher gegenüber dem Arbeitnehmer übernimmt, ist dies sachgerecht. Dabei ist aber anzumerken, dass für das Zustandekommen eines öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnisses nach Art. 8 Abs. 1 BPG ein schriftlicher Vertrag nötig ist. Fehlt dieser – was im Personalverleih immer der Fall ist – sind nur die allgemeinen Bestimmungen des BPG gültig (Art. 1 – 7 BPG).[234]

### d) Fazit für externes Personal im Personalverleih

In dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass Personalverleih grundsätzlich einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedarf. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass Art. 57 RVOG als Rechtsgrundlage für den Beizug von «Beratern» für die Bundesverwaltung in Frage kommt. Die Aktivität dieser verliehenen Personen muss aber einen erkennbaren beratenden Charakter aufweisen und der Bundesverwaltung dazu dienen, möglichst schnell fehlendes Fachwissen zu integrieren.

Aufgrund der Interviews mit den verschiedenen Ämtern, welche für diese Arbeit geführt wurden, scheint aber mindestens in einigen Fällen keine klar erkennbare beratende Tätigkeit

232 BRÜHWILER, Kommentar zum Art. 319 OR, S. 20.
233 LOOSER, Personalverleih, Rz. 453 ff.
234 HELBLING, SHK Kommentar Art. 2 BPG. Rz. 115. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht. Rz. 2012.

vorzuliegen. Für die SBB liegt keine Rechtsgrundlage für den Personalverleih vor. Grundsätzlich ist auf verliehene Personen der GAV SBB nach Art. 3 Abs. 1 GAV SBB nicht anwendbar (dieser gilt nur für öffentlich-rechtliche Mitarbeiter).

Grundsätzlich sind verliehene Personen nach Ansicht dieser Arbeit dem BPG unterstellt. Aufgrund des fehlenden Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BPG zwischen dem Entleiher und dem Arbeitgeber sind auf sie aber nur die allgemeinen Bestimmungen des BPG anwendbar.

## 4.2 Arbeitsrechtliche Unterschiede zwischen Bundespersonal und verliehenen Personen

In diesem Unterkapitel wird auf Unterschiede eingegangen, welche heute zwischen dem Personal, dass dem BPG unterstellt ist und den Personen, die im Personalverleih für den Bund tätig sind, bestehen. Dabei kann nicht auf alle Unterschiede im Einzelnen eingegangen werden, sondern es wird eine Auswahl getroffen.[235]

### a) Begründung und Kündigung von Anstellungsverhältnissen

#### aa) Ausschreibung

Art. 7 BPG verlangt die öffentliche Ausschreibung der zu besetzenden Stellen. Damit wird die Chancengleichheit der potenziellen Kandidaten für eine Stelle gewahrt.[236] Einige Ausnahmen sind unter Art. 22 Abs. 2 BPV aufgelistet. Bis zu einem Jahr befristete Stellen müssen nicht ausgeschrieben werden (Art. 22 Abs. 2 lit. a BPV). Bei öffentlichen Ausschreibungen muss zudem die Chancengleichheit von Mann und Frau gewährleistet sein. Dabei muss die Ausschreibung beide Geschlechter ansprechen und das Anforderungsprofil auch dementsprechend formuliert sein.[237] Diese Regelung gilt für alle dem BPG unterstellten Arbeitsverträge – auch für jene, die durch das OR geregelt werden.[238]

Im Personalverleih besteht keine Pflicht, Stellen öffentlich auszuschreiben. Falls eine Stelle öffentlich ausgeschrieben wird, muss der Verleiher seinen Namen und seine Adresse angeben und darauf hinweisen, dass es sich um ein Stellenangebot für den Personalverleih handelt (Art.

---

235 Wie unter 3.5 aufgezeigt, unterscheiden sich die Dienstverhältnisse und die damit verbunden Arbeitsbedingungen stark voneinander. Interessant für diese Arbeit sind vor allem die Unterschiede welche zwischen den (öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen) Dienstverhältnissen einerseits und den verliehenen Personen andererseits bestehen.

236 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 52.

237 Weisungen des Bundesrates zur Verwirklichung der Chancengleichheit von Frau und Mann in der Bundesverwaltung, BBI 2013 8481.

238 HELBLING, SHK Kommentar Art. 6 BPG, Rz. 22.

18 Abs. 1 AVG). Immer zu beachten ist, dass die gewerbsmässige Überlassung von Arbeitnehmern bewilligungspflichtig ist (Art. 12 AVG).

bb) Frauen und Minderheitenförderung

Grundsätzlich gilt für alle öffentlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse das Gleichstellungsgesetz.[239] Arbeitnehmer dürfen nicht aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden. Für den Schutz von Minderheiten gibt es kein allgemeingültiges Gesetz.

Im Art. 4 BPG wird der Handlungsspielraum des Bundes bezüglich der möglichen Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen begrenzt. Das BPG schreibt in Art. 4 Abs. 3 BPG vor, dass die dem BPG unterstellten Arbeitgeber ihr Personal zweckmässig, wirtschaftlich und auf sozial verantwortbare Weise einsetzen müssen. Unter Art. 4 Abs. 2 a – k finden sich eine Reihe von Vorgaben, welche unter anderem die Entwicklung des Personals (lit. b), das umweltbewusste Verhalten (lit. h), die Familienfreundlichkeit (lit. i) oder den Minderheitsschutz (lit. e und f) betreffen.

Dabei muss der Bund auch Massnahmen treffen, um die Chancengleichheit von Mann und Frau zu gewährleisten.[240] Dies gilt gleichermassen für öffentlich-rechtliche und wie auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.

Das BPG sieht dazu im Art. 4 Abs. 2 lit. d eine eigene, spezifische Bestimmung zur Gleichstellung von Mann und Frau vor, welche für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse gilt. Dabei müssen die Departemente Förderprogramme für Frauen erlassen, können Fachpersonen beziehen und Zielquoten vorschreiben (Art. 6 BPV).

Von grosser Bedeutung sind zudem die Weisungen des Bundesrats zur Verwirklichung der Chancengleichheit. In Ziff. 421 wird eine Quotenregelung festgelegt: Die für die Anstellung verantwortlichen Personen haben solange Bewerbungen des untervertretenen Geschlechts bei gleichwertiger Qualifikation zu bevorzugen, bis innerhalb einer Organisationseinheit ein paritätisches Verhältnis zwischen Frauen und Männer besteht.[241]

Art. 4 Abs. 2 lit. e BPG verlangt geeignete Massnahmen zur Förderung der Mehrsprachigkeit sowie zur angemessenen Vertretung der Sprachgemeinschaft und zu deren Verständigung untereinander. Der Bundesrat konkretisiert diesen Auftrag in Art. 7 BPV und den

239 Art. 2 GlG.
240 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 60.
241 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 61.

Mehrsprachigkeitsweisungen.[242] Art. 4 Abs. 2 lit. f BPG verlangt seinerseits geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit in Bezug auf behinderte Arbeitnehmer. Die dem BPG unterstellte Arbeitgeber haben insbesondere das BehiG zu beachten. Der Bundesrat hat diesen gesetzlichen Auftrag in Art. 8 BPV konkretisiert.

Der Personalverleih kennt ausser dem GlG keinen zusätzlichen Schutz von Frauen oder Minderheiten und auch sonst keine zusätzlich verbindlichen Vorgaben zur Sicherstellung der Chancengleichheit oder zur Minderheitenförderung. Es gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit.

cc) Sicherheitsprüfung

Unter gewissen Bedingungen, welche im BWIS Gesetz vorgesehen sind, kann für gewisse Stellen eine Personensicherheitsprüfung durchgeführt werden. Für einige Funktionen in der Bundesverwaltung und der Armee ist eine Personensicherheitsprüfung obligatorisch.[243]

Nach Art. 19 des BWIS können Bedienstete des Bundes, Angehörige der Armee und des Zivilschutzes sowie Dritte dieser Sicherheitsprüfung unterzogen werden. Art. 6 der Verordnung zum BWIS (PSPV) definiert Dritte unter anderem als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter eines vertraglich verpflichteten Unternehmens. Somit muss auch externes Personal im Personalverleih, sofern die Bedingungen des BWIS erfüllt sind, einer Personensicherheitsprüfung unterzogen werden. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen verliehenen und dem BPG unterstellten Personen.

dd) Dauer der Anstellung

Laut dem BPG sind öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse in der Regel unbefristet. Art. 9 BPG erlaubt auch befristete Dienstverhältnisse von maximal 3 Jahren. Ähnliche Regeln sind auch in Art. 19 des SBB GAV vorgesehen. Das BPG und der SBB GAV begrenzen damit, anders als im OR, das zeitliche Ausmass der Befristung.[244] Bei den dem OR unterstellten Dienstverhältnissen gilt kein maximales zeitliches Ausmass für die Befristung.

Die Probezeit beträgt in der Regel 3 Monate (Art. 27 BPV). Gleiches ist auch in Art. 22 SBB GAV vorgesehen. Für Spezialfunktionen kann die Probezeit auf maximal 6 Monate verlängert werden (Art. 8 Abs. 2 BPG und Art. 27 Abs. 2 BPV).

242 Weisungen des Bundesrats zur Mehrsprachigkeit (Mehrsprachigkeitsweisungen), BBI 2014 6659.
243 Die Verordnung (PSPV) zum BWIS listet in den Anhängen 1 und 2 die Funktionen auf.
244 HELBLING, SHK Kommentar Art. 9 BPG, Rz. 13.

Personalverleih kann grundsätzlich befristet oder unbefristet abgeschlossen werden. Für die Bundesverwaltung gilt aber aufgrund der Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung generell, dass dieser befristet sein muss und zwei Jahre nicht übersteigen darf.[245] Die Weisung wendet sich jedoch nicht auf die SBB an. Bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen gelten die ersten drei Monate als Probezeit. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen gelten die ersten zwei, maximal drei Monate als Probezeit (Art. 10 GAVP).

ee) Kündigung

Der grösste Unterschied zwischen Personalverleih und den Dienstverhältnissen liegt bei der Kündigung. Nach dem BPG kann, bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen, der Angestellte jederzeit, unter Einhaltung der Formvorschriften und der Kündigungsfristen, kündigen. Anders verhält es sich für den Arbeitgeber Bund, welcher seine Arbeitsverhältnisse nicht nach freiem Ermessen und grundlos auflösen kann.[246] Nur wenn einer der *Kündigungsgründe* von Art. 10 Abs. 3 BPG (Liste nicht abschliessend) vorliegt, gilt die Kündigung als rechtmässig.[247] Für die SBB findet sich die Kündigungsgründe in Art. 173 Abs. 1 lit. a – g SBB GAV. Der Bundesrat hat gestützt auf 12 Abs. 2 BPG in Art. 30a BPV Kündigungsfristen in Abhängigkeit zum Dienstalter vorgesehen. Diese liegen zwischen zwei bis vier Monaten. In besonderen Fällen können Kündigungsfristen von maximal sechs Monaten vorgesehen werden. Befristete Arbeitsverhältnisse enden grundsätzlich zur vorgesehenen Zeit, es kann aber eine Kündigungsfrist festgesetzt werden.[248] Ähnliche Fristen kennt auch die SBB in Art. 174 SBB GAV.

Beim Personalverleih kann das Arbeitsverhältnis jederzeit, *ohne Angaben von Gründen*, gekündigt werden. Dabei müssen nach Art. 11 GAVP aber die Kündigungsfristen eingehalten werden. Während der Probezeit, kann das Arbeitsverhältnis jederzeit unter Einhaltung einer Frist von zwei Arbeitstagen gekündigt werden. Bei unbefristeten Einsätzen gilt während den ersten drei Monaten eine Kündigungsfrist von zwei Tagen. Vom vierten bis zum sechsten Monat sind es dann sieben Tage und ab dem siebten Monat beläuft sich die Frist auf einen Monat, und zwar jeweils auf den gleichen Tag des darauffolgenden Monats. Diese Fristen gelten grundsätzlich für das unbestimmte Arbeitsverhältnis. Das befristete Arbeitsverhältnis endet üblicherweise mit

245 Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung. Punkt 5.1.3.

246 CARONI/MÜLLER/PÄRLI, Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, S. 881 ff. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 99.

247 NÖTZLI, SHK Kommentar Art. 12 BPG, Rz. 6 ff.

248 NYGUYEN, la fin des rapports de service, 423 ff.

Ablauf der vereinbarten Dauer, kann aber unter denselben Voraussetzungen wie das unbefristete Arbeitsverhältnis durch Kündigung aufgelöst werden.[249]

### b) Rechte und Pflichten

#### aa) Dienstpflichten und Nebenpflichten

Hauptaufgabe von öffentlich-rechtlich Angestellten bildet die Erfüllung der ihnen übertragenen Dienstgeschäfte. Die Dienstpflicht ist in BPG nicht explizit geregelt, ergibt sich aber aus Art. 6 Abs. 2 BPG in Verbindung mit Art. 319 und 321-321e OR.[250] Dabei unterscheiden sich öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nicht von denjenigen von verliehen Personen oder von jenen, welche dem OR unterstellt sind. Für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse bestehen jedoch eine Reihe von Nebenpflichten, wie beispielsweise eine Wohnsitzpflicht (Art. 21 BPG). Dabei kann dem Bund dem Angestellten vorschreiben, wo dieser zu wohnen hat, sofern diese Vorschrift dem Zweck der Aufgabenerfüllung dient.[251] Zudem dürfen öffentlich-rechtlich Angestellte grundsätzlich keine Nebenbeschäftigung ausüben (Art. 24 BPG) und keine Geschenke annehmen (21 Abs. 3 BPG). Dazu gilt eine grundsätzliche Schweigepflicht für öffentlich-rechtlich Angestellte (Art. 22 Abs. 2 BPG) und eine Anzeigepflicht, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen zu melden (Art. 22a Abs. 1 BPG).[252]

Für die dem OR und dem SBB GAV unterstellten Personen, wie auch verliehenem Personal, sind grundsätzlich keine solche Nebenpflichten vorgesehen. Grundsätzlich gilt die Vertragsfreiheit, womit Dienst- und Nebenpflichten durchaus in den Verträgen vorgesehen werden können. Jedoch bedürfen Grundrechtseingriffe des Staates eine rechtliche Grundlage nach Art. 36 BV.[253] Im Personalverleih scheint zumindest die grundsätzliche Schweigepflicht Teil von vertraglichen Vereinbarungen zu sein.

#### bb) Treuepflicht

In Art. 20 Abs. 1 BPG ist eine ausdrückliche Treuepflicht vorgesehen. Eine Treuepflicht existiert auch im Art. 321a OR und gilt somit auch für die dem OR unterstellten Personen.[254] Die Treuepflicht verpflichtet die Angestellten, die berechtigten Interessen ihres Arbeitgebers zu

249 SECO, Musterverträge zum Personalverleih vom Dezember 2011, S. 5.
250 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 202.
251 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 208.
252 Mehr dazu im Punkt 2.2 dieser Arbeit.
253 Mehr dazu in Kapitel 5 dieser Arbeit.
254 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 246.

wahren. Die im BPG verankerte Pflicht geht aber weiter als jene des OR, da sie nicht nur Loyalität gegenüber den Interessen des Arbeitgebers, sondern auch gegenüber jenen des Gemeinwesens fordert. Die Angestellten dürfen die Autorität und die Integrität des Staates nicht beeinträchtigen.[255] Für die dem OR und dem SBB GAV unterstellten Personen, wie auch verliehenem Personal, ist grundsätzlich keine so umfassende Treuepflicht vorgesehen. Grundsätzlich gilt auch hier die Vertragsfreiheit und besondere Treuepflichten können in die jeweiligen Verträgen integriert werden.

Wie schon erwähnt, bedürfen solche Grundrechtseingriffe des Staates grundsätzlich eine rechtliche Grundlage nach Art. 36 BV.[256]

cc) Entlöhnung und Zulagen

Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit gleich entlöhnt wird. Das BPG bestimmt deshalb in Art. 15 Abs. 1 BPG, dass der Grundlohn anhand von den drei folgenden Kriterien bemessen wird: Funktion, Erfahrung und Leistung.

Art. 36 BPV sieht verschiedene Lohnklassen mit Mindest- und Höchstbeträgen vor. Jede mögliche Funktion wird einzeln bewertet und in eine dieser Lohnklassen eingeteilt. Das Personalrecht kennt auch einen Mindestlohn von 38'000 CHF für Vollzeitbeschäftigte (Art. 7 Rahmenverordnung BPG). Die Lohnentwicklung i.S.v. Art. 39 BPV richtet sich nach der jährlichen Leistungsbeurteilung, wobei das Gesetz vier mögliche Beurteilungsstufen vorsieht. Für die höchste Leistungsstufe werden bis zu 4 % Lohnerhöhung möglich, d.h. bis zum Höchstbetrag der Lohnklasse. Bei der niedrigsten Leistungsstufe kann der Lohn bis maximal 4 % gesenkt werden. Ähnlich verhält es sich auch bei der SBB, wo für jede Funktion Lohnspektren (eine Bandbreite) vorgesehen ist (Art. 80 ff. SBB GAV).

Beim Personalverleih und dem OR unterstellten Personal gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit. Der Personalverleih kennt aber einen gewerkschaftlich festgelegten Mindestlohn (Art. 20 GAVP), welcher je nach Ort und Bildungsstand des Arbeitnehmers unterschiedlich ist. Grundsätzlich können aber in den privatrechtlichen Verträgen, im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, höhere oder auch tiefere Löhne vorgesehen werden. Durch die geführten Interviews wurde erfahren, dass in der heutigen Praxis der Verwaltung beides der Fall

255 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht. Rz. 2038. RICHLI, New Public Management im Personalrecht, S. 112.

256 Mehr dazu in Kapitel 5 dieser Arbeit.

ist. Jedoch muss beachtet werden, dass auch hier die Grundrechte respektiert werden müssten, insbesondere die Rechtsgleichheit nach Art 8 BV und das Willkürverbot nach Art. 9 BV.

Eine Reihe von weiteren Bestimmungen regeln die Zulagen für öffentlich-rechtliches Bundespersonal.[257] Für Sonntags- und Nachtarbeit sowie Pikettdienst sind besondere Entschädigungen in der VBPV des EFD vorgesehen. In Art. 16 Abs. 1 BPV schreibt einen Teuerungsausgleich vor. Zudem kann ein Anrecht auf einen Ortszuschlag (Art. 43 BPV), Sonderzulagen (Art. 48 BPV) oder eine Funktionszulage (Art. 46 BPV) bestehen.

Das öffentlich-rechtliche Bundespersonal kann nach Art. 32 BPG auch in den Genuss einer Reihe von Vergünstigen und anderen Vorteile kommen. Auch der SBB GAV kennt unter Art. 90 SBB GAV eine Reihe von Zulagen, welche jedoch nicht für privatrechtlich angestelltes und verliehenes Personal gelten.[258] Hier gilt grundsätzlich wieder die Vertragsfreiheit. In diesem Zusammenhang bestehen in der Praxis aber Unterschiede. So können in gewissen Ämtern verliehene Personen vergünstigt in der Kantine Mittagessen, während dies an anderen Orten nur zum «externen» Tarif möglich ist.

### c) Verantwortlichkeit

#### aa) Disziplinarische Verantwortlichkeit

Zur Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs sieht das BPG in Art. 25 eine Reihe von Disziplinarmassnahmen vor, falls die arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt werden sollten. Auf diese Weise verschafft sich der Arbeitgeber die Möglichkeit, die dem Staat geschuldete Dienst- und Treuepflicht durchzusetzen. Damit wird einerseits das gute Funktionieren der Verwaltung gegenüber den öffentlich-rechtlichen Angestellten sichergestellt. Im Vordergrund steht dabei, dass diese durch die Disziplinierung von weiteren Pflichtverletzungen abgehalten werden. Andererseits dienen die Disziplinarmassnahmen auch dazu, das Vertrauen der Bevölkerung in die Verwaltung zu erhalten.[259]

Weder das OR noch der Personalverleih kennen etwas Vergleichbares zu den Disziplinarmassnahmen.

257 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 147 ff.
258 HELBLING, SHK Kommentar Art. 6 BPG, Rz. 58.
259 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 261.

bb) Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Das StGB enthält eine Anzahl Straftatbestände, die eine Person nur in Beamteneigenschaft erfüllen kann.[260] Dabei geht das Strafrecht in Art. 110 Abs. 3 StGB von einem weiten Beamtenbegriff aus, welcher neben dem Bundespersonal auch Personen erfasst, welche provisorisch ein Amt bekleiden, angestellt sind oder nur vorübergehend amtliche Funktionen ausüben.

Besonders interessant scheinen im Hinblick auf verliehenes Personal die Straftatbestände der Bestechung von Beamten (Art. 322$^{ter}$ und 322$^{quater}$ StGB), der Vorteilsgewährung (Art. 322$^{quinquies}$) und der Vorteilsannahme (Art. 322$^{sexies}$ StGB). Nach dem Bundesgericht ist nicht die Anstellung, sondern die Ausübung einer öffentlichen Funktion für das Gemeinwesen entscheiden.[261] Laut StGB sind somit alle Personen Beamte, welche eine öffentliche Aufgabe erfüllen, ohne Rücksicht auf die Natur der Rechtsverhältnisse.[262] Für das StGB gelten demnach auch verliehene Personen grundsätzlich als Beamte und können somit die Straftatbestände, welche eindeutig nur mit Beamteneigenschaft erfüllt werden können, begehen.

d) Rechtsschutz

Der Rechtsschutz bei Streitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ist in den Art. 34 bis Art. 36a BPG geregelt. Kommt keine Einigung zu Stande, erlässt der Arbeitgeber eine Verfügung (Art. 34 Abs. 1 BPG). Diese kann zuerst an das Bundesverwaltungsgericht und danach grundsätzlich auch an das Bundesgericht weitergezogen werden.[263] Grundsätzlich untersteht das Verfahren dem VwVG, dem VGG und dem BGG. Soweit das BPG abweichende Bestimmungen erhält, gelten diese als *lex specialis*.

Bei den dem OR unterstellten Personen gilt das OR und die Zuständigkeit liegt bei den zivilen Gerichten, während das Verfahren der ZPO untersteht.[264] Für verliehenes Personal gilt zudem das AVG von zentraler Bedeutung. Unklar ist, inwiefern auch die Grundrechte und Verfassungsprinzipien in einem solchen Verfahren Anwendung finden würden.[265]

260 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 282.
261 BGE 135 IV 198, E. 3 ff.
262 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2005.
263 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 2076.
264 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 300.
265 WIRTHLIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichen und Privatrecht, S. 77.

## 4.3 Rechtliche Situation von externem Personal im Personalverleih für die Erfüllung von Bundesaufgaben

Externe Mitarbeiter im Personalverleih befinden sich einem Spannungsfeld. Einerseits wünscht sich der Gesetzgeber eine effiziente, schlanke und gut funktionierende Verwaltung (Leistungsverwaltung) und hat deshalb die Kompetenz sich zu organisieren grundsätzlich dem Bundesrat und den untergeordneten Einheiten abgetreten (Art. 8 Abs. 1 und Art. 43 RVOG). Andererseits werden – und dies gilt besonders für den Personalverleih – Rechte und Pflichten von verliehenen Personen gegenüber dem Staat definiert, und zwar auf ähnliche Art und Weise wie dies beim eigenen Personal geschieht. Dabei liegt es in der Kompetenz des Parlaments die grundsätzlichen Vorgaben zur Organisation und Planung des Personalwesen zu machen. In dieser Arbeit wird deshalb die Meinung vertreten, dass der Personalverleih, als privatrechtliches Arbeitsverhältnis, aus diesem Grund einer formellen gesetzlichen Grundlage bedarf.[266]

Inwiefern heute eine genügende Rechtsgrundlage für den Personalverleih besteht, lässt sich nicht abschliessend beantworten. Grundsätzlich kann aber davon ausgegangen werden, dass mindestens für *Berater*, welche im Personalverleih angestellt werden, eine Rechtsgrundlage besteht. Daneben kann es Gründe geben, welche den Personalverleih unverzichtbar für eine funktionierende Verwaltung machen und dafürsprechen, dass man ihn wohl zur Bedarfsverwaltung zählen muss. Grundsätzlich besteht aber immer die Gefahr, dass dabei die Vorgaben des BPG umgangen werden könnten. Eine genügende gesetzliche Grundlage, welche alle Fälle von Personalverleih abdeckt, existiert heute nicht. Dazu kommt, dass auch im Personalverleih ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher eingegangen wird und dieses in jedem Fall dem BPG unterstellt ist. Somit wäre es sinnvoll, eine zukünftige gesetzliche Grundlage für den Personalverleih im BPG zu verankern.

Der Vergleich der heutigen Praxis des Personalverleihs mit den Dienstverhältnissen zeigt auf, dass die im BPG vorgeschriebenen Rechte und Pflichten in gewissen Punkten durchaus sehr stark von den Vorschriften, welche für das im Personalverleih beschäftigte Personal gelten, abweichen. Gerade was die Rekrutierung, den Kündigungsschutz und die Entlöhnung betreffen, ist die Kluft gross. Aber auch betreffend den Pflichten der im Personalverleih Beschäftigen kann es zu grossen Unterschieden kommen. In den für diese Arbeit geführten Interviews wird

266 In diesem Sinne auch: MÜLLER / VON GRAFFENRIED, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, S. 156 ff.

ebenfalls deutlich, dass diese Unterschiede sehr wohl auch in der Praxis existieren, obwohl sie nicht überall gleich ausgeprägt sind.

Im nächsten Kapitel wollen wir zusätzlich untersuchen, inwiefern auch die Verfassungsprinzipien und die Grundrechte davon betroffen sein könnten.

# 5. Verfassungsrechtliche Fragestellungen zum Personalverleih in der öffentlichen Verwaltung

Basierend auf den Grundlagen der vorherigen Kapitel und der Idee, dass auch beim Personalverleih ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer eingegangen wird, geht dieses Kapitel der Frage nach, welche Vorgaben die Verfassung an die Beschaffung von verliehenen Personen macht. Dabei stehen in diesem Kapitel vor allem Überlegungen im Zentrum, die sich der Frage widmen wie Personalverleihverträge eingegangen werden können. Da die Thematik komplex und vielschichtig ist, kann vieles nur kurz angesprochen und nicht abschliessend behandelt werden.

## 5.1 Rechtsstaatliche Prinzipien des Verwaltungshandelns im Kontext des Personalverleihs

Die Verfassung bindet die ganze Staatstätigkeit an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und schafft damit sozusagen ein Gegengewicht zur Staatsgewalt.[267] Verankert sind die Grundsätze rechtstaatlichen Handelns in Art. 5 BV. Mit dem Art. 5 BV wird ein gewisser Mindestschutz vor staatlicher Willkür, über die Bindung der Staatsgewalt an das Recht sowie die absolute Geltung gewisser Mindestgarantien, sichergestellt.[268] Dabei sind die Grundsätze rechtsstaatlichen Handels keine verfassungsmässigen Rechte, sondern können nur mit verfassungsmässigen oder gesetzlichen Ansprüchen geltend gemacht werden. Dennoch formuliert Art. 5 BV eigentliche Vorgaben für das staatliche Handeln und ist nicht wie andere Grundsätze nur als Strukturprinzipien mit beschreibendem Charakter zu verstehen. Ein konkretes staatliches Handeln ist an den Grundsätzen staatlichen Handelns in Art. 5 BV zu messen und kann gegebenenfalls auch gegen diese verstossen.[269] Grundsätzlich spielt es in diesem Kontext keine

267 LIENHARD, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 225 ff.

268 EPINEY, Art. 5 Basler BV Kommentar, Rz. 20.

269 BIAGGINI, Art. 5 BV Kommentar, Rz. 4. EPINEY, Art. 5 Basler BV Kommentar, Rz. 34. DUBEY, Art. 5 Cst Commentaire Romand, Rz. 26.

Rolle, ob der Staat privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich handelt.[270] In Bezug auf den Personalverleih bei der öffentlichen Verwaltung ist es vor allem das Legalitätsprinzip, auf welches nachstehend näher eingegangen werden wird.

a) Problemstellung anhand von Beispielen

Mit den nachstehenden Beispielen wird die Problematik, welche bei der heutigen Regelung bezüglich den verfassungsmässigen Grundsätzen bestehen (*könnten*), veranschaulicht. Die Beispiele sind dabei fiktiv gewählt und haben keinen Bezug zu echten Gegebenheiten in der Bundesverwaltung oder bei öffentlichen Unternehmen. Dennoch basieren sie mindestens teilweise auf Situationen, die in den für diese Arbeit geführten Interviews besprochen wurden. Somit widerspiegeln sie trotz ihres fiktiven Charakters denkbare und reale Situationen, welche sich ihn solcher oder ähnlicher Art und Weise in einigen Bundesämtern und bei öffentlichen Unternehmen wiederfinden könnten.

Beispiele:

Beispiel 1: Herr Y und Herr X haben zusammen studiert und beide haben während 20 Jahren in der gleichen Funktion in der gleichen privaten Firma in der IT-Branche gearbeitet. Sie sind beide SAP-Spezialisten und haben beide ähnliche Ausbildungen und Arbeitserfahrungen. Herr Y findet im BAG eine befristete Stelle als IT-Spezialist. Herr X wird über eine Personalverleihagentur, welche IT-Spezialisten an den Bund vermittelt, ebenfalls beim BAG tätig. Dabei verdient X das doppelte von Y. X wurde bei der Anstellung erklärt, dass man ihm leider aufgrund der Lohnskala des Bundes für seine Funktion keinen höheren Lohn anbieten könne.

Beispiel 2: Frau A ist seit 2 Jahren im Personalverleih als Juristin beim ASTRA tätig. Nun wird ihr Vertrag, ohne Angabe von Gründen, nochmals um 2 Jahre verlängert. Frau A wäre gerne festangestellt. Von einem Freund erfährt sie, dass die Verlängerung des Personalverleihs eigentlich nicht erlaubt ist. Eine interne Weisung des Bundesrates zum Personalverleih verbietet diese grundsätzlich.

Beispiel 3: Frau E arbeitet im Personalverleih beim BAG und hat 4 Wochen Ferien im Jahr. Frau B arbeitet im Personaverleih beim BFS und hat 5 Wochen Ferien im Jahr. Das BAG argumentiert, der Standardvertrag des Personalverleihers sei übernommen worden, welcher allgemein nur 4 Wochen Ferien vorsieht.

Beispiel 4: Während einer hitzigen Parlamentsdebatte beschliesst das Parlament aufgrund von Unregelmässigkeiten einen Anstellungsstopp beim Bundesamt Y. Teamleiter E findet dies absolut daneben und realitätsfremd. Normalerweise hätten in seinem Team zwei Personen im nächsten Monat beginnen sollen. Er beschliesst noch am gleichem Tag, die Personen als externes Personal über den Personalverleih zu beschaffen.

270 NÖTZLI, Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, S. 313 ff.

Beispiel 5: Frau B und Herr C arbeiten beiden im Personalverleih beim Bund. Beide werden beim Konsum illegaler Betäubungsmittel während der Arbeitszeit erwischt. Ihr Vorgesetzter kündigt noch am gleichen Tag den Einsatz von Herr C. Frau B bekommt bloss eine mündliche Verwarnung mit der Begründung, sie sei bloss eine Mitläuferin. Herr C sieht darin eine versteckte Disziplinarmassnahme.

b) Problematik der Rechtsstaatliche Prinzipien am Beispiel des Legalitätsprinzips

Im Gegensatz zu Privaten handelt der Staat nicht auf der Basis der Privatautonomie, sondern auf der Grundlage von Recht. Damit unterscheidet sich der Staat fundamental von Privaten. Zwar sind Private ebenfalls an das Gesetz gebunden, benötigen aber für ihr Handeln keine rechtliche Grundlage, sondern dürfen alles, was durch die Rechtsordnung nicht verboten ist.[271] In dieser Arbeit wird die Meinung vertreten, dass für Personalverleih grundsätzlich eine explizite Rechtsgrundlage benötigt wird, da dieser nicht grundsätzlich zur Bedarfsverwaltung gezählt werden kann. Inwiefern diese schon heute besteht, wurde im vorherigen Kapitel erörtert.[272] Dabei muss die Rechtsgrundlage aber auch genügend bestimmt sein.[273]

Trotz seinem umfassenden Rechtsanspruch kann das Legalitätsprinzip aber nicht als absolute Vorgabe verstanden werden, im Sinne, dass der Staat für all sein Handeln immer eine umfassende und alle Eventualitäten abdeckende generell-abstrakte rechtliche Grundlage braucht.[274] Mit einer solchen Voraussetzung wäre der Staat schnell handlungsunfähig und könnte wohl seine öffentlichen Aufgaben nur schwer zufriedenstellend erfüllen. Daher gibt es unterschiedliche Anforderungen an die Bestimmtheit an eine gesetzliche Grundlage.[275] Bei Anpassungen der Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen handelt es sich aber nicht um eine Ausnahme vom Vorbehalt des Gesetzes.[276] Grundsätzlich sind die Anforderungen an die Bestimmtheit dann eher hoch, wenn zum Beispiel das staatliche Handeln mit hoher Intensität auf die Lebensverhältnisse des Einzelnen einwirkt.[277] So gilt für rechtliche Grundlagen für Staatshandel mit Bezug zum Organisationsrecht (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV), und dazu gehört auch das Personalrecht, dass die rechtliche Grundlage nicht nur eine Aussage zu enthalten hat, dass gehandelt werden darf, sondern auch *wer* handeln darf und *wie* dies zu geschehen hat.[278]

---

271 EPINEY, Art. 5 Basler BV Kommentar, Rz. 41.
272 Siehe dazu Punkt 4 dieser Arbeit.
273 BGE 142 II 182 E. 2.2.
274 DUBEY, Art. 5 Cst Commentaire romand, Rz. 48.
275 SCHINDLER, Art. 5 St. Galler BV Kommentar, Rz. 33.
276 EPINEY, Art. 5 Basler BV Kommentar, Rz. 50.
277 DUBEY, Art. 5 Cst Commentaire romand, Rz. 48. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1847.
278 SCHINDLER, Art. 5 St. Galler BV Kommentar, Rz. 35.

Heutige Abschlüsse von Personalverleihverträgen durch die Bundesverwaltung werden hauptsächlich über die Verwaltungsverordnungen des Bundesrats über den Personalverleih geregelt.[279] Diese gibt den Ämtern Grundsätze und Kriterien bezüglich des Personalverleihs vor und sieht im Normalfall eine zeitliche Befristung für den Personalverleih vor. Verwaltungsverordnungen stellen, auch wenn sie eine gewisse Aussenwirkung entfalten können, aber keine gesetzliche Grundlage im Sinne des Art. 5 Abs. 1 BV dar.[280] Dazu kommt, dass wichtige Punkte wie zum Beispiel die Entlöhnung, die Kündigungsfristen und Ferienregelungen in der Weisung nicht geregelt sind. Bei öffentlichen Unternehmen, zum Beispiel der SBB, finden sich keine öffentlich zugängliche Vorgaben zum Abschluss von Personalverleihverträgen.[281] Die einzigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben, neben den Vorgaben, die ganz generell für den Personalverleih gelten, kommen vom öffentlichen Beschaffungsrecht. Diese lassen sich aber erst ab einem gewissen Schwellenwert anwenden.

Grundsätzlich herrscht eine grosse Rechtsunsicherheit bezüglich des Personalverleihs beim Bund und bundesnahen öffentlichen Unternehmen. Dies aufgrund der fehlenden beziehungsweise zu wenig bestimmten rechtlichen Grundlagen. Diese Situation führt dazu, dass es, und die Beispiele zeigen dies auf, grundsätzlich schwierig werden kann, ein vorhersehbares, rechtsgleiches und willkürfreies Staatshandeln zu garantieren. Dabei mag es Gründe geben, welche einen grossen Spielraum für die Verwaltung beim Abschluss von Personalverleihverträgen mindestens teilweise rechtfertigen. Gerade in Notsituationen kann ein grosser Spielraum für die Verwaltung wichtig sein. Diese Gründe sprechen aber nicht dagegen, klare Regeln in gesetzliche Verordnungen zu giessen und somit eine rechtlich klare Situation zu schaffen.

c) Möglicher Lösungsvorschlag: Verordnung zum Personalverleih

Einerseits wäre es sinnvoll, Teile der Weisung zum Personalverleih (Definitionen, Grundsätze und Kriterien) in eine Verordnung zu überführen. Somit hätte der Personalverleih auch in Bezug auf die Normdichte eine genügende rechtliche Grundlage. Dabei sollte die neue Verordnung dann nicht nur für die Bundesverwaltung, sondern für alle dem BPG unterstellten Arbeitgeber des Bundes gelten. Andererseits wäre die Verordnung bezüglich der Rechte und Pflichten von verliehenem Personal zu ergänzen. Grundsätzlich wäre es von Vorteil, überall dort wo es grundsätzlich möglich ist, die gleichen Rechte und Pflichten wie für eigenes Personal

279 Weisungen des Bundesrats zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung vom 19. August 2015. Siehe dazu Punkt 3.1.b dieser Arbeit.

280 Siehe dazu S. 23 dieser Arbeit und die dort erwähnten Fussnoten.

281 Es scheint aber interne, nicht öffentliche, Vorgaben zu geben.

vorzusehen. Wo es Unterschiede geben muss, wäre es angebracht, diese klar herauszuarbeiten und zu benennen. Abschliessend könnte die Verordnung klare Kriterien und Gründe für Ausnahmen von diesen Regeln vorsehen. An anderer Stelle wurde bereits besprochen, warum in dieser Arbeit davon ausgegangen wird, dass die Verordnung sich grundsätzlich nur auf eine Rechtsgrundlage im BPG stützen könnte. Eine Ausnahme bilden dabei die «beratenden» Personen.[282]

Der grosse Vorteil einer solchen Regelung wäre die gewonnene Rechtssicherheit und die damit gewonnene Rechtsgleichheit und Schutz der Freiheit des Individuums vor staatlichen Eingriffen. Dabei ist an diesem Punkt nicht absehbar, wie aufwändig die Umsetzung einer solchen Regelung wäre.

## 5.2 Grundrechte

Unter Grundrechten werden Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat im Bereich elementarer Erscheinungen des menschlichen Lebens verstanden.[283] Der Grundrechtskatalog findet sich in Art. 7 – 34 BV. Neben den Grundsätzen rechtstaatlichen Handelns bilden die Grundrechte den zweiten Teil der Minimalstandards, welche für sämtliche Behörden der Schweiz gelten.[284] In ersten Linie vermitteln die Grundrechte subjektive Rechte gegenüber dem Staat. Dabei sind Grundrechte aber nicht bloss als Schutzrechte der Rechtsunterworfenen gegenüber der Staatsgewalt zu verstehen sondern auch als fundamentale Ordnungsprinzipien, die gegebenenfalls auf Verwirklichung durch schützende, fördernde positive Massnahmen angewiesen sind.[285] Das Gesetz verlangt, dass der Staat nicht einfach untätig zusehen darf, wenn Grundrechte gefährdet werden.[286] In unserem modernen und säkularen Staat sind die Grundrechte zum massgeblichen Legitimationsfaktor moderner Staatlichkeit geworden.[287]

Für das Verwaltungshandeln sind nicht alle Grundrechte von gleicher Relevanz. Im Vordergrund stehen vor allem das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürsverbot (Art. 9 BV) und Verfahrensgarantien im Fokus (Art. 29 BV). Generell können aber im öffentlichen Dienstverhältnis aber auch eine Reihe anderer Grundrechte betroffen sein.[288]

---

282 Siehe dazu das Kapitel 4.
283 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 102.
284 LIENHARD, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 226.
285 BIAGGINI, Art. 5 BV Kommentar, Rz. 4.
286 BIAGGINI, Art. 5 BV Kommentar, Rz. 7.
287 MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35, S. 11.
288 HELBLING, Art. 6 Handkommentar BPG, Rz. 15 ff.

a) Grundrechtsbindung nach Art. 35 BV

aa) Über die öffentliche Aufgabe

Nach Art. 35 abs. 2 BV entsteht die Grundrechtsbindung durch die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Unter staatlichen Aufgaben werden Aufgaben verstanden, die durch die Verfassung oder das Gesetz dem Staat zugewiesen werden. Also Aufgaben, bei denen der der Staat dafür zu sorgen hat, dass die Aufgaben tatsächlich erfüllt werden.[289] In der Literatur werden staatliche Aufgaben auch oftmals als öffentliche Aufgaben bezeichnet. RÜTSCHE hat aufgrund der Praxis des Bundesgerichts folgende drei Kriterien für öffentliche Aufgaben erfasst (1) Aufgaben, die (2) im Auftrag des Gesetzgebers (3) erfüllt sein müssen.[290]

Dabei können staatliche Aufgaben einerseits durch den Staat selbst, andererseits aber auch durch Private übernommen werden. In der Praxis des Bundesgerichts über die Definition einer öffentlichen Aufgabe, steht dabei nicht im Zentrum *wie* die Aufgabe übernommen werden soll , sondern das *ob*.[291] Somit handelt es sich in beiden Fällen weiterhin um eine öffentliche Aufgaben. Dazu kommt, dass der Staat bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe entweder öffentlich-rechtliche Handlungsformen (Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag oder Realakt) [292] oder, in gewissen Fällen, mit privatrechtlichen Handlungsformen (privatrechtlicher Vertrag) [293] handeln kann. Unbestritten ist, dass der Staat überall dort, wo er mittels öffentlich-rechtlicher Handlungsformen Verwaltungsaufgaben übernimmt, an die Grundrechte gebunden ist.[294] Grundsätzlich ist auch unbestritten, dass der Grundrechtsschutz auch bei privatrechtlichen Handlungsformen weiterhin bestehen bleibt.[295] Die Lehrmeinungen decken sich auch mit der Ansicht des Bundesgerichts, nach welcher der Einsatz von privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen zulässig ist, aber die Grundrechtsbindung nicht unterlaufen werden darf.[296]

In der Lehre ist dabei eine Diskussion entstanden, inwiefern der Staat, wenn er privatrechtlich handelt und dabei im Wettbewerb zu Privaten auftritt, an die Grundrechte gebunden bleibt.

---

289 KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 45. HÄNER, Grundrechtsgeltung, S. 1148. RÜTSCHE, Was sind öffentliche Aufgaben, S. 159 ff.

290 RÜTSCHE, Was sind öffentliche Aufgaben, S. 160.

291 RÜTSCHE, Was sind öffentliche Aufgaben, S. 160.Dazu auch: BGE 138 I 274 E. 1.4.

292 Siehe dazu: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 169 ff.

293 Siehe dazu: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 313 ff.

294 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 117.

295 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 120. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1404. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 46.

296 BGE 127 I 84 E.4.c

Dabei haben sich drei Lehrmeinungen herausgebildet. Ein Teil sieht den Staat, sofern er privatrechtlich handelt und in Konkurrenz zu Privaten am Markt auftritt, nicht an die Grundrechte gebunden.[297] Ein anderer Teil sieht den Staat, welcher in Konkurrenz zu Privaten am Markt auftritt und privatrechtlich handelt, zwar weiterhin an die Grundrechte gebunden, aber mit reduzierter Intensivität.[298] Ein dritter Teil geht davon aus, dass der Staat gleich an die Grundrechte gebunden bleibt, auch wenn er privatrechtlich handelt.[299]

<table>
<tr><td></td><td colspan="3">Staat, in Erfüllung öffentlicher Aufgaben</td></tr>
<tr><td>Öffentlich-rechtliche Handlungsformen nutzt</td><td colspan="3">Ist an die Grundrechte gebunden</td></tr>
<tr><td>Privatrechtlicher Handlungsformen nutzt</td><td colspan="3">Ist an die Grundrechte gebunden</td></tr>
<tr><td>Privatrechtlicher Handlungsformen nutzt <u>und</u> im Wettbewerb zu Privaten steht</td><td>Nicht an die Grundrechte gebunden.</td><td>An die Grundrechte gebunden, aber mit weniger hohen Intensität.</td><td>An die Grundrechte gebunden.</td></tr>
</table>

<u>Abbildung 5</u>: Selbsterstellte Übersicht zu den Lehremeinungen zur Grundrechtsbindung.[300]

Unbestritten ist wiederum, dass wenn öffentliche Aufgaben auf ein Unternehmen in Privatrechtsform übertragen werden, das Privatrecht uneingeschränkt gilt. In diesem Fall besteht keine Grundrechtbindung mehr. Vorbehalten bleibt nur die Horizontalwirkung der Grundrechte von Art. 35 Abs. 3 BV.[301]

297 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 123. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 46. NÖTZLI, Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, S. 311 ff.

298 BIAGGINI, Art. 5 BV Kommentar, Rz. 4 ff.

299 DONATSCH, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Rz. 18. NÖTZLI. Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts, S. 310. HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 14.

300 Für die Quellenangaben siehe Fussnote 295 ff.

301 TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 121.

b) Grundrechtsbindung im Personalverleih

Um herauszufinden, ob eine Grundrechtsbindung des Staats auch beim Personalverleih besteht, müssen einerseits die drei Rechtsverhältnisse des Personalverleihs analysiert werden. Andererseits muss aber auch differenziert werden, wer mit *Staat* gemeint wird.

Dem Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer liegt der Leiharbeitsvertrag zugrunde. Dieser dient unmittelbar der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben. Weder der Verleiher noch der Arbeitnehmer gehen dabei den Arbeitsvertrag im Auftrag des Entleihers ein, sondern auf der Basis ihrer Privatautonomie. Dabei sind sie, nach Meinung dieser Arbeit, nicht an die Grundrechte gebunden. Dem Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher liegt der Verleihvertrag zugrunde. Dieser dient der Beschaffung von Arbeitsleistungen, welche dann zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gebraucht werden. Der Personalverleih ist damit der Bedarfsverwaltung anzurechnen.[302] Somit ergibt sich, nach Meinung dieser Arbeit, keine Grundrechtsbindung aus dem Verleihvertrag.

Beim Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer handelt es sich, nach in dieser Arbeit vertretenen Meinung um ein Arbeitsverhältnis «sui generis». Durch die Aufsplittung der Arbeitgeberfunktion gehen wesentliche Rechte und Pflichten vom Verleiher zum Entleiher über, infolgedessen der Entleiher der *faktische* Arbeitgeber des Arbeitnehmers wird. Nach Ansicht dieser Arbeit wird dabei ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 1 BPG eingegangen.[303] Dabei steht das Personal nach Art. 6 Abs. 1 BPG in den in der Verfassung und der Gesetzgebung geregelten Rechten und Pflichten. Darunter fallen auch die Grundrechte.[304]

Sofern es sich beim Staat um die Bundesverwaltung handelt, kann die Frage der Grundrechtsbindung mit Blick auf die Lehrmeinungen mit grosser Sicherheit bejaht werden.[305] Deutlich komplexer ist die Frage zur Grundrechtsbindung von verliehenen Personen bei öffentlichen Unternehmen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass für öffentliche Unternehmen, welche marktwirtschaftlich am Markt agieren und ihr Personal grundsätzlich dem OR unterstellen, die Grundrechtsbindung entfällt. Dies wäre der Fall der SUVA.[306] Bei öffentlichen Unternehmen, welche grundsätzlich dem BPG unterstellt bleiben (wie zum Beispiel die SBB), müsste

302 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1384. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 30.

303 Siehe dazu Punkt 4.2 dieser Arbeit.

304 HELBLING, Art. 6 Handkommentar BPG, Rz. 19.

305 Für die Lehrmeinungen siehe die Fussnote 279.

306 In diesem Sinne: NÖTZLI, Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, S. 312 ff.

konsequenterweise von einer grundsätzlichen Grundrechtsbindung für verliehene Personen ausgegangen werden. Ob diese theoretische Schlussfolgerung jedoch auch in der Praxis standhält, ist fraglich.[307]

c) Beispiel der Problematik der Grundrechtsverletzung im Personalverleih

Mit dem nachstehenden Beispiel wird die Problematik der Grundrechtsverletzungen im Personalverleih veranschaulicht. Das Beispiel ist fiktiv gewählt und bewusst etwas überspitzt. Die Idee dahinter ist, dabei aufzuzeigen, dass es auch im Arbeitsverhältnis «sui generis» zu zahlreichen potenziellen Grundrechtsverletzungen kommen kann.

- Frau Müller arbeitete 30 Jahren lang im Bundesamt für Justiz. Sie gilt als sehr loyale, leistungsfähige Mitarbeiterin und ist nie negativ aufgefallen. Aus ökonomischen Gründen wurde ihr gekündet. Noch während der Kündigungsfrist hat man sich geeinigt, dass man ihr Fachwissen trotzdem noch ein paar Monate braucht, um die restlichen Mitarbeiter einzuarbeiten und hat ihr angeboten, weiterhin für ein paar Monate als Beraterin, im Personalverleih, weiterzuarbeiten. Bei einem Gespräch mit ihrem direkten Vorgesetzten, wurde ihr mündlich erklärt, dass sich vielleicht später doch noch eine Möglichkeit finden liesse, Frau Müller wieder regulär anzustellen. Einige Wochen später heiratet Frau Müller ihren Partner und entscheidet sich, neben dem Nachnamen ihres Ehemannes auch seine Religion anzunehmen. Frau Müller-Mansour teilt ihrem Arbeitgeber die Namensänderung mit. Als ihr direkter Vorgesetzter sieht, dass Frau Müller-Mansour von nun an mit Kopftuch zur Arbeit kommt, stellt er sie vor der ganzen Abteilung zur Rede und äussert sich negativ über ihre Hochzeit, ihren Partner und ihre neue Religion. Er teilt ihr mit, dass er keine Muslima in seiner Abteilung dulde. Sowieso verstehe ihren Wandel nicht so vorschnell zu heiraten und dann noch so jemanden. So etwas wirke überstürzt. Zudem habe er habe auch vernommen, dass sie sich in einem Zeitungsinterview gegen das Burkaverbot ausgesprochen habe. Als Mitarbeiterin im Bundesamt für Justiz müsse sie sich zurückhalten. Nach einigen gegenseitigen Beschimpfungen fordert ihr Vorgesetzter sie auf, die Arbeitsstelle sofort zu verlassen. Am Abend erhält Frau Müller-Mansour ein Telefon von ihrem Arbeitgeber, welcher ihr mitteilt, dass ihre Mission beim Bund beendet sei. Man sei bemüht, ihr schnellstmöglich eine andere Arbeit zu suchen. 2 Tage später erhält Frau Müller-Mansour die schriftliche Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 7 Tagen und dem Vermerk, dass man ihm Moment keine Arbeit für sie habe.

aa) Effektiver Grundrechtsschutz

Aus dem obenstehenden Beispiel können mögliche Einschränkungen und oder Verstösse gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), des Willkürverbots (Art. 9 BV), des Diskrimierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV), der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) und der allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 29 BV) abgeleitet

307 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, Rz. 14. Kritisch: NÖTZLI, Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, S. 313 ff.

werden. Eigentlich wäre Frau Müller-Mansour, nach Ansicht dieser Arbeit, über ihr Arbeitsverhältnis beim Bund in ihren Grundrechten geschützt.

Die faktischen Chancen der Verwirklichung der Grundrechte hängen dabei aber von effektiven Institutionen ab. Der Schutzauftrag von Art. 35 Abs. 2 BV verlangt, die zum Schutz der Grundrechte erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Massnahmen zu treffen und die hierfür nötigen organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen sicherzustellen. Dabei hängt der Umfang der Schutzpflicht vom Inhalt der erforderlichen Schutzmassnahmen und der Intensität der Beeinträchtigungen ab.[308] Dass Grundrechte im öffentlichen Dienstverhältnis speziell geschützt werden müssen, wurde vom Gesetzgeber seit langem erkannt. Dieser hat den Schutz der Grundrechte im BPG an verschiedensten Stellen konkretisiert.[309] In Fall von Frau Müller finden viele der konkretisierenden Vorschriften des BPG, welche einen effektiven Grundrechtsschutz ermöglichen, grundsätzlich keine Anwendung. Für Frau Müller bedeutet dies, dass sie sich nur sehr schlecht gegen die potenziellen Grundrechtsverletzungen des Beispiels wehren kann. *De facto* bleibt ihr wohl nur die Option, die Kündigung zu akzeptieren und de facto sind ihre Grundrechte wohl somit auch nicht geschützt.

bb) Verwirklichung von Rechtsgleichheit und Willkürverbot

Für das Verwaltungshandeln sind die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot von besonderer Wichtigkeit. Das Bundesgericht verlangt nach Art. 8 Abs. 1 BV eine gleiche Behandlung von *Verhältnissen von Personen* durch den Staat, wenn die Verhältnisse im Wesentlichen gleich oder ähnlich sind. Gleiches gilt auch für den Umkehrschluss. So müssen ungleiche Verhältnisse, ungleich behandelt werden.[310] Dabei muss sich die Ungleich- bzw. die Gleichbehandlung auf wesentliche Tatsachen beziehen. Entscheidend dafür, was als wesentliche Tatsachen erkannt und festgehalten wird, ist die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Wirklichkeit und deren wertende Beurteilung und nicht die Rationalität und Sachlichkeit der Begründung durch Rechtsnormen.[311] Das Rechtsgleichheitgebot erlaubt Ungleichbehandlungen. Diese muss aber mit ersthaften sachlichen Gründen gerechtfertigt werden können. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann der Fall, wenn die Situation, in denen sich zwei oder mehrere Personen

308 WALDMANN, Art. 35 Basler BV Kommentar, Rz. 49.

309 Beispiele: So sind viele in Art. 4 BPG erhaltene Vorschriften eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbots aus Art. 8 BV oder das Berurteilungssystem von Art. 4 Abs. 3 BPG eine Konkretisierung des Willkürverbots Art. 9 BV.

310 BGE 138 I 225 E. 3.6.1

311 SCHWEIZER, Art. 8 St. Galler BV Kommentar, Rz. 19.

oder Gruppen befinden, in wichtigen Aspekten derart verschieden ist, dass sich im Hinblick auf den Regelungszweck eine unterschiedliche Behandlung aufdrängt.[312] Die heutige Situation ist nicht zufriedenstellend, da es einerseits zu einer starken Ungleichbehandlung von verliehenem und festangestelltem Personal kommt. Dies obwohl das *faktische* Arbeitsverhältnis einer verliehenen Person mit dem Bund in vielen Gesichtspunkten dem Arbeitsverhältnis von festangestelltem Personal sehr ähnlich ist.[313] Andererseits kommt es auch zur Ungleichbehandlung von verliehenen Personen untereinander. So hängt die Ungleichbehandlung teilweise stark vom Ort ab, an dem man arbeitet. Während gewisse Ämter und Personalabteilungen sich der ähnlichen Situation bewusst sind und versuchen, wo immer möglich Rechtsgleichheit herzustellen, handeln andere Ämter stärker privatautonom. Dabei kann und soll es aber nicht das Ziel sein, totale Rechtsgleichheit zwischen verliehen und festangestelltem Personal anzustreben. Eine gewisse, und auch nicht abschliessend klar begrenzte Ungleichbehandlung, muss es geben. Es scheint aber, dass diese heute vor allem von der Sensibilität der Person abhängt, welche die Personalverleihverträge abschliesst.

cc) Rechtsschutz der Grundrechte im zivilen Verfahren

Besonders ist auch die Situation bezüglich des Verfahrensrechts. Zwar bleibt das Arbeitsverhältnis beim Bund, auch wenn es den Regeln des OR unterstellt ist, an die Grundrechte gebunden. Laut Art. 6 Abs. 7 BPG sind aber die Zivilen Gerichte und die Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar.[314] Somit sind es die zivilen Gerichte, welche die Grundrechte anwenden müssen. Inwiefern eine verfassungskonforme Auslegung der Rechtsgrundlagen des Personalverleihs möglich sein wird, ist absolut unklar.[315]

d) Besonderes Rechtsverhältnis auch im Personalverleih?

Ganz zum Schluss der Arbeit wollen wir nochmals auf das anfangs erwähnte *besondere Rechtsverhältnis* eingehen. Stehen verliehene Personen auch in einem besonderen Rechtsverhältnis? Ganzheitlich betrachtet befinden sich verliehene Personen zumindest in gewissen Fällen in einer grundrechtsgeschützten Position. Ähnlich wie bei festangestelltem Personal kann es aber

312 Zum Beispiel bei der Besoldung im öffentlichen Dienst. BGE 125 I 166 E. 2a. BGE 125 II 326 E. 10b. oder auch BGE 124 II 193 E. 8d aa.
313 Siehe dazu Kapitel 3.2 zu Personalverleih.
314 HELBLING, Handkommentar BPG, S. 6 und S. 685 ff.
315 So wies dies bei BGE 138 I 113 E 6.4.2 der Fall ist. Siehe dazu: HÄNER, Grundrechtsgeltung, S. 1144.

vorkommen, dass ihnen aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses mit dem Staat ihre Grundrechte eingeschränkt werden.

> Beispiel: Herr X arbeitet als verliehener Informatiker beim VBS. Er installiert seit Monaten eine Software für die Luftabwehr und hat profunde Kenntnisse über die Armee. Herr X findet persönlich, dass der F35 Kampfjet, welcher das Schweizer Militär kaufen möchte, nicht kompatibel ist mit der effektiven Luftabwehr. Sein direkter Vorgesetzter bittet ihn, sich nicht öffentlich zum Thema zu äussern und nicht dem Gegnerkomitee «Stop F35» beizutreten.

Grundsätzlich bräuchte es, zumindest für schwere Grundrechtseinschränkungen, nach Art. 36 BV, eine formelle Rechtsgrundlage. Für viele der besprochenen Einschränkungen, gerade was die Meinungsfreiheit von verliehenen Personen in politischen und sicherheitstechnisch heiklen Bereichen angeht, lässt sich eine solche weder im OR noch im AVG finden. Grundrechtseingriffe wären somit, jedenfalls aus theoretischer Sicht, aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage ungerechtfertigt. In diesen Fällen wäre es wohl am einfachsten, für das Arbeitsverhältnis ganz grundsätzlich einen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag nach Art. 8 Abs. 1 BPG einzugehen und auf den Personalverleih zu verzichten.

## 5.3 Fazit zu den Verfassungsrechtlichen Fragestellungen

«Der Staat ist kein gewöhnlicher Arbeitgeber und bleibt Staat, auch wenn er als Arbeitgeber auftritt.»[316] Mit diesem Satz von Professor RHINOW soll einerseits ausgedrückt werden, dass der Staat grundsätzlich nicht autonom wie ein Privater, sondern auf der Grundlage von Recht handelt. Beim Abschliessen von Personalverleihverträgen, handelt er aber grundsätzlich privatautonom. In den meisten Fällen fehlt eine Rechtsgrundlage, die ihm den Beizug von verliehenen Personen erlaubt. Dazu kommt, dass es grundsätzlich keine rechtlichen Vorgaben gibt, *wie* die Verträge abzuschliessen sind. Weniger problematisch ist dies bei staatlichen Arbeitgebern, welche ihr ganzes Personal grundsätzlich nicht dem BPG, sondern dem OR unterstellen. Sie profitieren grundsätzlich von einer verstärkten Autonomie im Personalwesen. Bei Arbeitgebern, welche dem BPG unterstellt sind, ist die heutige Praxis aber, nach Meinung dieser Arbeit, in vielen Fällen nicht konform mit den Vorgaben von Art. 5 BV, insbesondere mit den Vorgaben des Legalitätsprinzips.

Andererseits ist, wer staatliche Aufgaben nach Art. 35 Abs. 2 BV übernimmt, an die Grundrecht gebunden und ist verpflichtet zur Ihrer Verwirklichung beizutragen. Grundsätzlich gilt auch

316 RHINOW, Grundfragen des öffentlichen Personalrechts, S. 3.

dies auch gegenüber dem Personal. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Person festangestellt oder verliehen ist, sofern ihre Aufgabe zu den öffentlichen Aufgaben zählt. Somit befindet sich mindestens ein Teil der verliehenen Personen in einer grundrechtsgeschützen Position. Dabei ist ihr Grundrechtsschutz aber, im Gegensatz zu festangestelltem Staatspersonal, nicht durch effektive Institutionen garantiert. Grundsätzlich scheint insbesondere die Rechtsgleichheit durch die bestehenden Regeln wenig respektiert. Zudem bestehen auch grosse Fragen bezüglich des Rechtsschutzes. Dazu kommt, dass sich zumindest ein Teil der verliehenen Personen auch in einem *besonderen Rechtsverhältnis* mit dem Staat befindet. Werden verliehenen Personen durch das *besondere Rechtsverhältnis* mit dem Staat in ihren Grundrechten eingeschränkt, bräuchte es dazu grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage. Diese findet grundsätzlich nicht im OR noch im AVG.

# 6. Schlussbemerkungen zum Personalverleih beim Bund und öffentlichen Unternehmen

## 6.1 Fazit zum Personalverleih beim Bund und bundesnahen Unternehmen

Für viele Verwaltungseinheiten entspricht dabei der Beizug von verliehenem Personal diesem Bedürfnis. Die von der Politik und der Gesellschaft gewollten gesamtgesellschaftlichen Veränderungen sind eine Herausforderung für die moderne Verwaltung. Um die ihr zugewiesenen Aufgaben weiterhin effizient meistern zu können, entsteht in der Verwaltung ein Bedürfnis nach Flexibilität im Personalwesen. Dabei ist das Bedürfnis nach alternativen Arbeitsformen je nach Verwaltungseinheit unterschiedlich und hängt stark von ihrer Aufgabe, ihrer Organisation und dem Umfeld, in welchem sie sich bewegt, ab. Durch den Personalverleih können, ohne grossen administrativen Aufwand und ohne langfristige Verpflichtungen, Personen ähnlich wie das eigene Personal, beschäftigt werden. Damit lassen sich kurzfristige Erhöhungen der Arbeitlast und Ausfälle effizient meistern und teilweise auch unliebsame Vorgaben des Personalrechts und der Finanzpolitik umgehen. In diesem Sine ist es nicht verwunderlich, dass auch die öffentliche Verwaltung in den letzten Jahren vermehrt verliehenes Personal beschäftigt hat.

Nichtsdestotrotz darf bei allem Verständnis für den Beizug von verliehenen Personen nicht vergessen werden, dass mit dem Abschluss von Personalverleihverträgen nicht bloss eine *Arbeitsleistung* eingekauft, sondern auch ein *Arbeitsverhältnis* eingegangen wird. Dies ist nach Ansicht dieser Arbeit und der Mehrheit der juristischen Lehre, aber nicht nur zwischen dem Verleiher (Temporärbüro) und dem Arbeitnehmer der Fall, sondern auch zwischen dem Entleiher

(öffentlichen Arbeitgeber) und dem Arbeitnehmer. In diesem Punkt unterscheidet sich der Personalverleih fundamental von anderen alternativen Arbeitsformen wie zum Beispiel dem Auftrag, bei welchem kein Subordinationverhältnis eingegangen wird und deshalb kein Arbeitsverhältnis entsteht.

In welcher Form Arbeitsverhältnisse durch die Verwaltung eingegangen werden können, entscheidet nach der Bundesverfassung im Grundsatz das Parlament und nicht die Verwaltung. Dadurch unterscheidet sich der Staat als Arbeitgeber fundamental von privaten Arbeitgebern. Zudem muss beim Staatshandeln generell immer bedacht werden, dass der Staat grundsätzlich immer auch an die Verfassung, insbesondere die rechtsstaatlichen Grundsätze und die Grundrechte, gebunden bleibt. Deshalb werden im Staatsdienst grundsätzlich öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse eingegangen und nur wenn explizit erlaubt, können Personen dem OR unterstellt werden. Heute entscheidet die Verwaltung, beim Bund im Normalfall die Ämter, allein über den Beizug von Personalverleih. Ohne Rechtsgrundlage des Parlaments oder auch ohne sonstige rechtlichen Vorgaben. Dies, obwohl die Arbeitsverhältnisse von verliehenen Personen, nach Ansicht dieser Arbeit, grundsätzlich dem BPG nach Art. 1 BPG unterstellt sind.

In der Lehre sind privatrechtliche Arbeitsverhältnisse im Staatsdienst grundsätzlich umstritten. Seit 30 Jahren stellt sich die juristische Lehre die Frage, ob es sich dabei grundsätzlich, aufgrund der Bundesverfassung und ihrer Prinzipien, überhaupt um *echte* privatrechtliche Arbeitsverhältnisse handeln kann. Das Bundesgericht sieht privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der Verwaltung auch kritisch, auch wenn es sie nicht grundsätzlich ausschliesst. Dabei muss auch unterschieden werden, ob man mit Staat die Bundesverwaltung oder ein öffentliches Unternehmen meint. Sollen die Grundsätze der Verfassung ernstgenommen und so gut wie möglich umgesetzt werden, sind privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, insbesondere der Personalverleih mit seinem sehr schwachen Kündigungsschutz – nach Ansicht dieser Arbeit - kritisch zu sehen.

In diesem Sinne steht der Personalverleih beim Bund und den öffentlichen Unternehmen mitten in einem Spannungsfelds zwischen einer *Managementlogik* und *Rechtsstaatslogik* und eignet sich thematisch ausgezeichnet für den Abschluss eines Masterstudiums in Public Management und Policy am Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern.

## 6.2 Mögliche Alternativen zum Personalverleih?

Ganz am Schluss der Arbeit sollten noch die Alternativen zum Personalverleih zumindest kurz nachgedacht werden. Dies nicht nur aus juristischen, sondern auch aus ökonomischen

Überlegungen. Das öffentliche Personalrecht bietet jetzt schon Möglichkeiten für mehr Flexibilität, insbesondere die *befristete öffentlich-rechtliche Anstellung* als eine interessante und rechtlich unbestrittene Alternative zum Personalverleih. In gewissen Fällen könnte auch über eine *befristete privatrechtliche Anstellung* nachgedacht werden.

Diese Alternativen setzen aber eine Mehrarbeit für die Personalabteilungen und Anpassungen bei den Rekrutierungsverfahren voraus. Wahrscheinlich müsste auch mehr zwischen den Ämter koordiniert werden. Zudem müsste bei gewissen Verwaltungseinheiten verstärkt an der Arbeitgeberattraktivität gearbeitet werden – hier scheint doch noch einiges an Potenzial zu bestehen. Aus theoretischer Sicht scheint hier eine «win-win-win» Situation sehr gut möglich. Dem Staat entstehen weniger Kosten, die Arbeitnehmer erhalten bessere Arbeitsbedingungen – und, im besten Fall, die Arbeitsgerichte weniger Arbeit.

# IV Anhang 1 Selbstständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Originalunterschrift

Ort und Datum Vorname Name

# V Anhang 2 Einverständniserklärung Veröffentlichung

Ich erkläre hiermit, dass ich der Veröffentlichung der von mir verfassten Masterarbeit im Falle einer Benotung von 5.0 oder höher auf der Homepage des KPM zustimme. Die Arbeit ist öffentlich zugänglich.

Originalunterschrift

Ort und Datum Vorname Name

# VI Anhang 3 Interviews

Die für diese Arbeit geführten Interviews wurden alle während des Sommers 2021 telefonisch geführt. Thema war bei allen Interviews, ob und warum es zu Personalverleih in der Organisation kommt. Danach wurde die rechtliche Situation von verliehenem Personal diskutiert und abschliessend die Arbeitsbedingungen von Personen im Personalverleih. Dabei wurden die Fragen jedes Mal an das Gespräch angepasst und die Antworten anschliessend an das Gespräch stichwortartig notiert und der interviewten Person zugestellt. Die verschiedenen Ämter wurden dabei zufällig ausgewählt und sind nicht repräsentativ. Gerne wären noch weitere Gespräche geführt worden, jedoch wurden viele Interviewanfragen nicht beantwortet.

### 1. Gespräch mit Herr Cruz (Leiter HR-Dienst beim BAK und NB)

Vorteil von Personalverleih: Flexibilität Nachteil: Höhere Kosten

- ➔ Personalverleih kostet mehr, nicht weil die verliehenen Personen mehr verdienen (in administrativen Berufen verdienen sie etwa gleich viel wie sonstige Angestellte) aber weil man Marge an Verleiher zahlen muss. Das muss man bei direkt angestellten nicht.

Zwei unterschiedliche Formen :

- Direkt mit BAK Vertrag (hoch qualifizierte Fachpersonen). Befristete Angestellte. Temporärbüros finden solche Personen nicht. Aus juristischer Sicht kein PV.
- Personalverleih (geringer qualifizierte Berufe). Hier findet man einfach Personal z.B via Adecco etc.

Im BAK gibt es wenig Personalverleih. Etwa 3-4 Personen pro Jahr. Für diese Personen gibt's ein Budget, welches eingehalten werden muss. Normalerweise wird der Personalverleihvertrag vom Verleiher vorgegeben. Standartvertrag vom Personalverleiher. Wird so übernommen. 7 Tage Kündigungsfrist. 4 Wochen Ferien (manchmal 5), je nachdem was der Verleiher als Standartvertrag vorsieht.

- ➔ Löhne sind ähnlich wie bei sonstigen Angestellten. Man erstellt ein Profil der Person, die man braucht. Dafür definiert man einen Lohn.
- ➔ Gewisse Leute waren bloss 2 Monate im BAK, andere 1 Jahr.
- ➔ Es ist einfacher über Personalverleih Leute zu beschäftigen. Nicht viel, aber es ist einfacher. Einfacher verlängerbar, aber auch einfacher kündbar. Relativ schnell verfügbar.
- ➔ Grund für Personalverleih: wenn z.B. jemand krank ist, um Spitzen abzudecken oder um alten Pendenzen zu erledigen.

Verliehene Personen sind keine externen Berater, sondern wird als Service betrachtet. Keine Rechtsgrundlage. Weder dem RVOG noch dem BPG unterstellt.

Für gewisse Funktionen ist Personalverleih nicht möglich: Gründe:

- ➔ erstens kostet es mehr
- ➔ schwierig zu finden

- ➔ aber man will auch das die Führungspersonen Werte und Kompetenzen mitbringen, welche man bei Personal, welches im Personalverleih angestellt ist, nicht wirklich hat. Es findet auch keine Abstimmung von Werten, Führungsqualitäten vom Mitarbeiter zur Organisation statt.
- ➔ Personalverleih ist eine Ergänzung zu sonstigem Personal, keine Alternative.

Andere Ämter wie z.B. BFS viel Personalverleih für Projekte.

**2. Conversation téléphonique avec Mme Alexia, Chef Juriste SUVA Genève**

Est-ce que la SUVA engage des personnes via des agences de temporaire ? Travail via des agences, relation triangulaire. Employeur pas la SUVA.

- ➔ La location de service. En principe la SUVA n'engage jamais des personnes temporaires.
- ➔ Les employées de la SUVA ont un profil spécifique, pas possible de trouver si nécessaire. La location des services n'est pas nécessaire.
- ➔ La seule fois où ils ont engagé quelqu'un en manière temporaire était pendant une réorganisation, plutôt au niveau administration.

Les temporaires font-ils partie des employées ?

- ➔ SUVA a soumis tout son personnelle aux CO.
- ➔ En principe pas partie du personnel selon son analyse juridique. Après vu que la SUVA n'engage pas de temporaire, cette question ne se pose pas.

SUVA a-t-elle une CCT ? Non.

**3. Telefongespräch mit Frau Léa Uehlinger (HR) vom BAG**

Klassischer PV :

- ➔ Vorteil: wenn es schnell gehen muss, wie zum Beispiel in der Corona Pandemie. Zudem hat man grundsätzlich manchmal zu wenig Personal und sonst auch keine rechtlichen Möglichkeit, Spitzen abzudecken. Es ist schwierig neue Stellen zu schaffen. Personalverleih hat den Vorteil, dass man Eigenhändig bestimmen kann. Es braucht keine Personalkredite.
- ➔ Nachteile: Eigentlich keine. Es ist einfach teuer.

Personalverleih wird beim BAG übers HR organisiert. Mehrere Personen darin involvierten.
Man arbeitet mit mehreren Verleihern zusammen.

Berufsprofile: alles, immer alles gefunden. Grundsätzlich auch spezialisierte Stellen.
PV wird auch bei Mutterschaftsvertretung gemacht. Oder sonstigen Abwesenheiten. Auch wenn es nicht so kurzfristig ist.

Arbeitsbedingungen:
PV ist immer befristet. Eher selten, dass er mehr als 1 Jahr dauert.
Eigentlich, gleichbehandeln . Lohnklassen.

GAV Personalverleih wird eingehalten.
Häufigkeit: Corona. BAG, viel zusätzliches Personal.

PV nicht BPG unterstellt. Trotzdem handelt es sich um nicht um «Externe»

- ➔ Gleichwertiges Teammitglied. Werden voll ins Team integriert.
- ➔ Können vergünstig essen in der Kantine.

## 4. Telefongespräch mit Frau Robert (HR) vom Bundesamt für Justiz

**Formen von PV :**

- Klassischer PV über Verleiher wie Adecco etc. Im BJ kommt es nur zu sehr wenigen klassischen PV. Grundsätzlich nur KV-Berufe.
    - Gründe :
        - Im BJ arbeiten vor allem Juristen. Es gibt kein Verleiher, welcher auf Juristen spezialisiert ist.
        - Nicht nötig. Über eignes Personal findet man Fachpersonen zum Beispiel besser.
        - BJ hat viele Teilzeitangestellte. Bei Bedarf kommt es in der Praxis dazu, dass diese einspringen können.

- Personalverleih innerhalb eines Auftragsverhältnisses. Hier geht es vielfach auch um komplexe IT-Projekte. Teilweise auch mit Selbstständigen.
    - Richtet sich grundsätzlich nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens

- PV ist auch bei «Beratern» möglich. Hier geht es, um das Fachwissen um zum Beispiel ein Gutachten zu erstellen.

**Vorteile/Nachteile von PV aus Sicht des BJ:**

- PV ist schneller als wenn Stellen öffentlich ausgeschrieben werden müssen.
    - Ausschreibungen führen zu sehr vielen Bewerbungen. Braucht Zeit jemanden zu selektionieren.
- Personalverleih sehr teuer.
- Das BJ ist als Arbeitgeber attraktiv. Man findet Personal relativ einfach selbst. Vermittler etc. sind nicht nötig.

**Arbeitsbedingungen von Personen im PV:**

- Löhne:
    - grundsätzlich wird der Bruttolohn gleich ermittelt wie für BJ-internes Personal, die Netto-Auszahlung ist aber anders aufgrund von unterschiedlichen Sozialversicherungsabzügen z.B.
        -
- Die verliehene Person wird in die Linie eingegliedert. Es besteht die gleiche Subordination wie bei eigenem Personal
    - Meist ist nur dem Team bekannt, dass das Personal im PV angestellt ist.
    - Die im PV angestellte Person hat ein Telefon, E-Mail etc. wie normale angestellte.
- Ferien und andere Konditionen hängen vielfach vom Verleiher ab. Es kann auch dazu führen, dass die Person im Stundenlohn angestellt ist.

## 5. Telefongespräch mit Herr André Stämpfli (HR) vom VBS

2 Formen von Personalverleih.

- Einerseits werden WTO Ausschreibungen für Dienstleistungen gemacht. Eigentlich nur im IT-Bereich. Die Firma, welche die Dienstleistung erhält, verleiht dann Fachspezialisten IT ans VBS. Diese werden ins Personal integriert und bekommen Weisungsbefugnisse von der Linie. Der Grund, wieso man die Personen nicht direkt anstellt: Einerseits, weil ihr Fachwissen nur begrenzte Zeit gebraucht würde (nicht interessant für diese Personen) und weil sie teuer sind. 300k Jahreslohn kann das VBS mit dem BPG nicht zahlen. Läuft nicht übers HR, sondern über die Linie.
- Andererseits werden auch Leute über ein Personalbüro eingestellt. Dies ist aber eher eine Ausnahme. Es kann vorkommen, dass kurzfristig Spitzen abgedeckt werden müssen oder wenn jemand krank ist. Hier sind es vor allem auch administrative Berufe (man holt sich die Personen z.B über Adecco. Für administrative Tätigkeiten relativ einfach). Wird vom HR organisiert.

Personensicherheitsprüfung: SPSV Weisung.

- Jobprofil bekommt Sicherheitsprüfungsstufe (je nachdem zu was man Zugang hat)
- Die Weisung lässt sich auch auf externes Personal anwenden
- Z.b. bei Leuten aus Deutschland war dies nicht möglich, diese Prüfung zu machen.

Vorteile/Nachteile:

- Personalverleih sehr teuer. Kostet 2,3-mal mehr, als wenn man direkt anstellen würde.
- Flexibler als direkte Anstellungen. Personalverleih weder dem BPG unterstellt. Auch den RVOG nicht. Wird als Dienstleistung angesehen und nicht als Personal.

Budget für Personalverleih ist Teil des Personalbudgets des VBS.

Arbeitsbedingungen:

- Löhne: grosser Unterschied, ob ich übers VBS oder über Personalverleih angestellt bin. Vor allem bei IT-Fachspezialisten.
    - Bei den IT-Projekten kennt der Bund die Löhne etc. nicht. Er bezahlt einfach für das Projekt. Ein Tag Personalverleih kostet zwischen 1000 - 3000.- CHF (alles inbegriffen: Löhne, Marge für Verleiher, Risiko)
    - Bei den IT-Projekten gibt es keine Kündigung. Falls jemand seine Arbeitsleistung nicht erbringt, kann man den Dienstleister anfragen jemanden anderen zu stellen.
    - Externe Berater. Doppelt so hohe Löhne wie direkt angestellte.

Warum braucht es Subordination? Warum wird das IT-Personal in die Linie eingegliedert?

- Man möchte die Führung und die Weisungsbefugnisse auch über verliehene Personen.

**6. Telefongespräch mit Manfred Schwander HR-Beratung internationale Zusammenarbeit bei der DEZA**

Was wird unter Personalverleih verstanden?

- Dreieck-Verhältnis, Arbeitnehmer wird über eine Agentur angestellt und verliehen.
- Direkter Personalverleih über Temporärfirmen (z.B Adecco). Gibt es bei der DEZA nicht.
- Was es gibt sind:
    - Pools für Auslandseinsätze auf welche die DEZA bei Katastrophen (z.B Explosion in Beirut) zurückgreifen kann. Ist aber kein Personalverleih im rechtlichen Sinne.
    - Es gibt Personen, welche ein Mandate mit der DEZA haben und für die DEZA Aufträge erledigen. Dies ist aber kein PV.
    - Gewisse Services sind ausgelagert. Beispiele sind Securitas oder das Reinigungspersonal. Werden über das öffentliche Beschaffungswesen ausgeschrieben. Dies ist auch kein Personalverleih.
    - Es findet auch kein Headhunting über Personalverleiher statt.

Bei der DEZA gibt es keinen Personalverleih, in Sinne der Masterarbeit.

Warum gibt es keinen Personalverleih (Vorteile/Nachteile)

- DEZA ist gross. 6000 Mitarbeiter. Sie hat einen grossen HR-Apparat. Es ist nicht notwendig und auch nicht effizient HR-Funktionen extern zu vergeben.
    - Personalverleih ist teuer im Vergleich zu internem Personal
- Dazu kommt:
    - DEZA hat einen planbaren Personalbedarf. Es gibt wenig unvorhergesehene Abgänge.
    - DEZA hat viel Fachpersonal, welches intern ausgebildet wird/wurde. Gewisse Jobprofile existieren so nur bei der DEZA. Es gibt wenig direkte Konkurrenz mit der Privatwirtschaft, da nur der Staat in der staatlichen Entwicklungshilfe tätig ist. (Was es gibt ist das HEKS, Fastenopfer)
        - Viel Personal wird intern über Concours über Jahre ausgebildet. Nicht möglich diese Personen über ein Temporärbüro zu finden.
    - DEZA ist ein sehr attraktiver Arbeitgeber. Auf ausgeschriebene Stellen gibt es 100te von Bewerbungen. Man findet einfach Personal.
    - Personalverleih ist teuer. Die DEZA verdient kein Geld, sondern gibt nur Geld aus. Steuergeld. Es besteht ein grosser Druck dieses effizient auszugeben.

➔ Was es gibt sind befristete Stellen.
➔ Bei Krankheit oder Mutterschaft werden intern Lösungen gesucht und gefunden.
    - Dadurch das es wenig Abhänge und Wechsel gibt, ist man ein eingespieltes Team. Dies ermöglicht bei Krankheit etc. intern Lösungen zu finden.

Auch bei Diskussionen mit dem EPA war Personalverleih bei der DEZA nie ein Team. Personalverleih bei der DEZA ist schlichtweg nicht notwendig.

## 7. Telefongespräch mit Walter Spizzo (HR) vom EDI-GS

Grundsätzlich wenig Personalverleih bei den 8 Ämtern des EDI.

2 Formen von Personalverleih beim EDI

- Über Projekte. Ab 230'000 WTO Ausschreibungen. Häufig hat man über solche Projekte etwas Budget übrig. Z.b. ein Projekt zum Change-Management. Man schreibt das Projekt aus, definiert was man brauchte etc. Eine Firma bekommt den Zuschlag und verleiht ihr Personal, um das Projekt zu realisieren.
- Direkter Personalverleih über Temporärfirmen (z.B Adecco). Wird vor allem gemacht, um Spitzen abzubauen. Personen werden direkt in die Linie eingegliedert. Z.b. das BAG hat während Corona hier sicherlich auf Personalverleih zurückgegriffen während der Pandemie. Betrifft einerseits:
    - IT-Fachkräfte. Hochspezialisiertes Personal.
    - Administratives Personal. Weniger qualifiziertes Personal.
- Headhunting über Personalverleiher. Die Personen werden dann aber direkt beim Bund angestellt. Kein Personalverleih.

Vorteile/Nachteile von Personalverleih

- Flexibilität, Zeit, alles wird vom Verleiher organisiert (z.B. Sozialversicherungen, Löhne etc.). Risiko liegt beim Arbeitgeber nicht beim Bund.
- höhere Kosten. Bei administrativen Tätigkeiten bezahlt man den Lohn + 30% an Marge ans Temporärbüros. Teilweise fehlt das Geld für Personalverleih. Wenn möglich versucht man zu internalisieren, um Kosten zu sparen.

Arbeitsbedingungen:

- Verliehene Personen sind nicht dem BPG unterstellt. Kein Bundespersonal, sondern Dritte.

- Man versucht möglichst ähnliche Bedingungen zu schaffen wie beim Bundespersonal, aber schlussendlich ist dies nie möglich. Teilweise keine Ferien (man bekommt eine finanzielle Entschädigung). Man verhandelt und diskutiert mit den Personalbüros, es gibt ethische Kriterien, um Lohndumping/schlechte Arbeitsbedingungen zu vermeiden.
- Eher weniger gebraucht wird Personalverleih bei Krankheit. Hier versucht man über die 8 Ämter hinweg eine Lösung zu finden, damit jemand einspringen kann.

Personaldruck und Personalverleih :

Parlament macht Druck: möchte, dass beim Bund weniger Personal arbeitet. Man versteht nicht was das Personal eigentlich tut. Gleichzeitig teilt man dem Bund neue Aufgaben zu, aber nicht das Budget für neues Personal. Man versucht sich anzupassen, umzuorganisieren. Um die Aufgabe trotzdem stemmen zu können, kann es sein, dass man auf Personalverleih ausweicht. Für die verliehenen Personen ist dies nicht immer angenehm, weil man zum Beispiel keine Ferien hat.

## 8. Telefongespräch mit Herr Roger Rindlisbacher, Strategischer Einkäufer Personalverleih SBB

Grundsätzlich greift die SBB sehr viel auf Personalverleih zurück, und zwar bei allen möglichen Berufsprofilen (vom Reinigungspersonal bis zum Management) auch wenn nicht bei allen Berufsprofilen gleich stark.

Es ist schwierig in der Praxis den Personalverleih vom zum Beispiel dem Auftrag (394 OR) abzugrenzen. Zum Beispiel den Projektleiter: Einerseits Lieferobjekt, andererseits Personalressource.

<u>Verschiedene Formen von Personalverleih</u>

- In dieser Arbeit interessiert: Klassischer Personalverleih über Temporärfirmen (z.B Adecco, Manpower etc.). Personen werden direkt in die Linie eingegliedert.

<u>Vorteile/Nachteile von Personalverleih</u>

- Flexibilität, Leute sind schnelle verfügbar und nur dann, wenn man sie braucht.
- Höhere Kosten. Aber auch das BöB (Beschaffungsrecht). Personalverleih muss öffentlich ausgeschrieben werden, man kann nicht den Personalverleih auswählen wen man will, sondern muss gemäss Beschaffungsregeln auswählen. Dies ist manchmal problematisch, da man weiss, dass man mit gewissen Verleihern schlechte Erfahrungen gemacht hat.

<u>Arbeitsbedingungen:</u>

- Grundsätzlich ist Personalverleih nicht dem GAV SBB und dem BPG unterstellt. Kein eigenes Personal.
    - Führt dazu, dass verliehene Personen wie externe behandelt werden. Man darf zum Beispiel nicht vergünstigt in der Kantine essen. Es gibt aber regionale Unterschieden. Hängt vom direkten Chef ab.
    - Personalverleih GAV und Branchen und Ortsübliche GAV zu den bestimmten Branchen sind aber anwendbar. So werden zum Beispiel diese Mindestlöhne eingehalten.
- Es gibt keine Befristung von temporär Anstellungen wie beim Bund. Man versucht, aber wenn möglich zu internalisieren Grundsätzlich kann gesagt werden, dass es eine interne Vorgabe gibt ähnlich wie beim Bund. Bis anhin waren es 4 Jahre. Man prüft aber aktuell, ob man diese analog des Bundes auf 2 Jahre reduziert. Ebenfalls ist diese maximale Beschäftigungsdauer je Profil unterschiedlich.