Urteilskopf

119 V 357

51. Urteil vom 29. Juni 1993 i.S. A. AG gegen Industrie-, Gewerbe- und Arbeitsamt des Kantons Aargau und Versicherungsgericht des Kantons Aargau
Regeste (de):
Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG.

Die Leiharbeit (Regiearbeit) ist einer Temporärarbeit im Sinne dieser Bestimmung gleichzustellen.

Regeste (fr):
Art. 33 al. 1 let. e LACI.

La mise à disposition d'un travailleur (travail en régie) doit être assimilée à un travail temporaire au sens de cette disposition légale.

Regesto (it):
Art. 33 cpv. 1 lett. e LADI.

Il mettere a disposizione un lavoratore (lavoro a regia) è assimilabile al lavoro temporaneo secondo questa disposizione.

Sachverhalt ab Seite 357

BGE 119 V 357 S. 357

A.- Die A. AG betreibt laut Eintrag im Handelsregister die Ausführung von Bauarbeiten aller Art, insbesondere von Montagebauarbeiten und von Generalunternehmeraufträgen, ferner die Vermittlung von Personal, insbesondere von Personal der Baubranche, sowie den An- und Verkauf und die Verwaltung von Immobilien. Am 12. Februar 1992 meldete die Firma beim Industrie-, Gewerbe- und Arbeitsamt des Kantons Aargau (KIGA) ab 24. Februar bis voraussichtlich 24. August 1992 Kurzarbeit für 10 der insgesamt 33 Arbeitnehmer an.
Mit Entscheid vom 31. März 1992 erhob das KIGA teilweise Einspruch, indem es die Entschädigungsdauer auf sechs Monate begrenzte (Art. 36 Abs. 1 AVIG) und die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung insoweit ablehnte, als diese für Arbeitnehmer in einem Temporärarbeitsverhältnis geltend gemacht wurde (Art. 33 AVIG).

B.- Die A. AG liess Beschwerde erheben und beantragen, der Einspruch des KIGA sei insoweit aufzuheben, als davon auch die von ihr unbefristet angestellten Regiearbeitnehmer betroffen seien,

BGE 119 V 357 S. 358

und es sei festzustellen, dass insbesondere die Arbeitnehmer Giovanni N., Georg N., Gérard L., Dominique K. und Franck N. bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten. Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau wies die Beschwerde im wesentlichen mit der Begründung ab, dass die A. AG als Temporärarbeitsfirma jederzeit mit Arbeitsausfällen rechnen müsse, so dass der Eintritt von Beschäftigungslücken ein branchenübliches Unternehmerrisiko darstelle, das gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden könne (Entscheid vom 12. August 1992).

C.- Mit der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die A. AG den vorinstanzlichen Beschwerdeantrag erneuern. Zur Begründung wird vorgebracht, im Hinblick auf die konkreten konjunkturellen Umstände und den Inhalt der abgeschlossenen Arbeitsverträge könne nicht gesagt werden, bei den entstandenen Einsatzlücken und der notwendigen Kurzarbeit handle es sich um branchen- oder betriebsübliche Arbeitsausfälle, welche unter das Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin fielen. Sodann sei zwischen eigentlicher Temporärarbeit und Leih- bzw. Regiearbeit, wie sie hier vorliege, zu unterscheiden. Die Beschwerdeführerin habe ihre "Regie-Arbeitnehmer" mit festem, unbefristetem Arbeitsvertrag angestellt und damit das Risiko für Arbeitsausfälle und Einsatzlücken, soweit branchenüblich und voraussehbar, ausdrücklich übernommen. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes fielen Regie-Arbeitsverhältnisse nicht unter Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG. Bei der Auslegung dieser Bestimmung sei allein darauf abzustellen, ob mit der Gewährung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung die Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer verhindert werden könne, was hier der Fall sei. Das KIGA und das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die als Mitinteressierte zur Vernehmlassung beigeladenen Arbeitnehmer beantragen sinngemäss Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. a) Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist

und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (ARV 1986 Nr. 9 S. 41 E. 1, 1985 Nr. 17 S. 104 E. 1 und 107 E. 1). b) Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ist ein Arbeitsausfall auch insoweit nicht anrechenbar, als er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen. Weil der Temporärarbeitnehmer nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit im Einsatzbetrieb verpflichtet ist, als ihm der Einsatzbetrieb Arbeit anbietet, entsteht bei Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein anrechenbarer Arbeitsausfall (GERHARDS, Kommentar zum AVIG, Band I, S. 436 N 102).

2. a) Das Temporärarbeitsverhältnis umfasst drei Rechtsverhältnisse, nämlich (a) einen Vertrag sui generis zwischen der Organisation für temporäre Arbeit (Verleiher) und dem Kunden (Entleiher), mit welchem der Verleiher dem Entleiher gegen Entgelt die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verspricht, (b) ein Arbeitsverhältnis

zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher, wobei in der Regel zwischen einem generellen Arbeitsvertrag (Rahmenvertrag) und einem individuellen Arbeitsvertrag (Einsatzvertrag) unterschieden wird, sowie (c) das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Kunden, bei dem es sich nicht um ein eigentliches arbeitsvertragliches Verhältnis handelt, welches jedoch gewisse vertragliche oder quasivertragliche Beziehungen umfasst (in ARV 1988 Nr. 6 S. 73 publizierte E. 3 von BGE 114 V 336). Das am 1. Juli 1991 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11) vom 6. Oktober 1989 unterscheidet zwischen Temporärarbeit, Leiharbeit und dem gelegentlichen Überlassen von Arbeitskräften an Dritte. Anders als bei der Temporärarbeit, wo der Verleiher mit dem Arbeitgeber in der Regel zunächst nur einen Rahmenvertrag abschliesst und dem Arbeitnehmer in der Folge individuelle Einsatzverträge anbietet,

BGE 119 V 357 S. 360

stellt der Verleiher bei der Leiharbeit den Arbeitnehmer ausschliesslich zum Zwecke der "Ausleihe" an Drittbetriebe ein (REHBINDER, Berner Kommentar zum ZGB, Art. 333 OR N 12). Der Leiharbeit entspricht die früher als Regiearbeit bezeichnete Form des Personalverleihs, bei welcher der Arbeitnehmer in der Regel über einen Arbeitsvertrag verfügt, der sich über mehrere Einsätze hinaus auf unbestimmte Zeit erstreckt. Dabei hat der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die ihm zugewiesenen Arbeitseinsätze abzulehnen (THÉVENOZ, Le travail intérimaire, Diss. Genf 1987, S. 29 N 31). Die Grenze zwischen Temporärarbeit einerseits und Leih- bzw. Regiearbeit anderseits ist in der Praxis nur schwer zu ziehen. THÉVENOZ (a.a.O., S. 31 N 35) vertritt die Meinung, es sei von Temporärarbeit im nicht eigentlichen Sinn zu sprechen, wenn sich der Arbeitsvertrag über mehrere Einsätze erstrecke. GERHARDS (a.a.O., S. 436 N 101 ff.) unterscheidet zwischen Temporärarbeitsverhältnissen des klassischen Typs und atypischen Temporärarbeitsverhältnissen, welche sich dadurch kennzeichnen, dass eine Entlöhnung durch die Temporärorganisation auch während der Einsatz- bzw. Beschäftigungslücken erfolgt.
b) Aus den in den Akten enthaltenen Arbeitsverträgen geht hervor, dass die Beschwerdeführerin die in Rede stehenden "Regie-Arbeitnehmer" mit unbefristeten, nach den Bestimmungen des Obligationenrechts kündbaren Verträgen anstellt. Die als "Arbeitsvertrag" oder "Festvertrag" bezeichneten Anstellungsverträge sind nicht in allen Teilen identisch, stimmen jedoch darin überein, dass die Beschäftigung im Rahmen einer festen wöchentlichen Arbeitszeit zu einem vertraglich vereinbarten Stundenlohn erfolgt. Grundlage für jede Lohnzahlung bildet der Arbeitsrapport, welcher ausgefüllt und vom Kunden unterzeichnet werden muss. Ohne visierten Rapport ist eine Lohnzahlung nicht möglich. Der Vertrag regelt ferner die Leistungen für Überstunden, bei Krankheit, Unfall, Militärdienst sowie den Ferienanspruch. Schliesslich verpflichtet sich der Arbeitnehmer, unter Androhung einer Konventionalstrafe, kein Anstellungsverhältnis bei einem der Kunden der Beschwerdeführerin einzugehen. Der Umstand, dass ein Anspruch auf Lohnzahlung nur besteht, soweit ein vom Kunden visierter Arbeitsrapport vorliegt, könnte darauf schliessen lassen, dass es sich um ein Temporärarbeitsverhältnis des "klassischen" Typs handelt. Anderseits ist der Vertrag auf unbestimmte Zeit und mit einer festen Arbeitszeit geschlossen, was für die Darstellung der Beschwerdeführerin spricht, wonach sie

BGE 119 V 357 S. 361

das Arbeitgeberrisiko auch für Einsatz- und Beschäftigungslücken trägt. Gegen die Annahme eines "klassischen" Temporärarbeitsverhältnisses spricht sodann, dass anstelle eines Rahmenvertrages mit anschliessenden Einsatzverträgen ein fester Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass ein atypisches Temporärarbeitsverhältnis im Sinne der Leiharbeit vorliegt. Zu prüfen ist somit, ob der gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG für Temporärarbeitsverhältnisse geltende Ausschluss von der Anspruchsberechtigung auch

auf Leiharbeitsverhältnisse Anwendung findet, bei denen der Arbeitnehmer fest angestellt ist und die Temporär- oder Leiharbeitsfirma das Risiko der fehlenden Arbeitsmöglichkeit im Einsatzbetrieb durch Weiterzahlung des Lohnes selbst trägt.

3. a) Nach der Rechtsprechung zu dem bis Ende 1983 gültig gewesenen Art. 28 AlVG hat ein Versicherter, der mit einer Organisation für temporäre Arbeit einen "festen Arbeitsvertrag" abschliesst und in den Zeiten zwischen den befristeten Arbeitseinsätzen ohne Beschäftigung ist, in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Denn in solchen Fällen ist der Eintritt von Beschäftigungslücken das normale, branchenübliche Unternehmerrisiko einer solchen Temporärarbeitsfirma, welches nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden darf. Einer Umgehung dieses Grundsatzes würde offensichtlich Vorschub geleistet, wenn das typische Risiko von Beschäftigungslücken bei Temporärarbeitsverhältnissen durch Abschluss eines sogenannten "festen" Temporärarbeitsvertrages auf dem Weg über versicherte Teilarbeitslosigkeit durch die Arbeitslosenversicherung abgedeckt werden könnte (BGE 108 V 95). Diese Rechtsprechung findet auch auf das neue, seit 1. Januar 1984 geltende Recht Anwendung (BGE 114 V 339 E. 5a). Sie beruht auf der Überlegung, dass der Arbeitgeber, der mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät, gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleibt, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (BGE 114 V 339 E. 5a mit Hinweisen). Wie das Eidg. Versicherungsgericht erkannt hat, ist diese Praxis auch bei Arbeitslücken infolge schlechten Wetters (nicht veröffentlichtes Urteil L. vom 16. Februar 1983) und bei Kurzarbeit in der Einsatzfirma (nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 14. März 1984) anwendbar. b) Zur Frage, ob als Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG auch die Leiharbeit ("Regiearbeit") zu gelten hat und ob aufgrund dieser Bestimmung ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung

entfällt, weil es an einem anrechenbaren Arbeitsausfall fehlt, hatte sich das Eidg. Versicherungsgericht bisher nicht zu äussern. Das KIGA ist der Auffassung, die Gleichstellung der Leiharbeit mit der Temporärarbeit im eigentlichen Sinne ergebe sich unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung. Würde nämlich unter dem Begriff der Temporärarbeit in Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG allein die Temporärarbeit im "klassischen" Sinn verstanden, so erwiese sich die Erwähnung der Temporärarbeit als überflüssig, weil nach der gleichen Bestimmung bei Vorliegen eines befristeten Arbeitsvertrages ohnehin kein anrechenbarer Arbeitsausfall besteht (vgl. die vom KIGA des Kantons Aargau herausgegebene "Kommentierte Ausgabe des AVIG", S. 53 f.). Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die gleichzeitige Erwähnung der "Arbeitsverhältnisse auf bestimmte Dauer" und der "Arbeitsverhältnisse im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit" in dieser Bestimmung ändere nichts daran, dass "Regie-Arbeitsverhältnisse" der vorliegenden Art nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht unter Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG fielen. Auch bestünden zwischen einem eigentlichen befristeten Arbeitsvertrag und dem typischen Temporärarbeitsvertrag rechtliche Unterschiede, die eine gesonderte Erwähnung rechtfertigten.
Ob sich, wie das KIGA annimmt, eine Gleichstellung des Leiharbeitsverhältnisses mit dem Temporärarbeitsverhältnis im "klassischen" Sinn schon aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes ergibt, kann dahingestellt bleiben. Mit GERHARDS (a.a.O., S. 436 N 102 ff.) ist festzustellen, dass der Beschäftigte sowohl bei der eigentlichen Temporärarbeit als auch bei der Leiharbeit nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist, als ihm der Einsatzbetrieb solche anbietet, weshalb beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Der Umstand, dass die Organisation für Temporärarbeit den Arbeitnehmer während Beschäftigungslücken entlöhnt, ändert hieran nichts, weil der Arbeitsausfall nicht in ihrem Betrieb, sondern im Einsatzbetrieb entstanden ist. Dazu kommt, dass Temporär- und Verleiharbeitsfirmen in gleicher Weise darauf ausgerichtet sind, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen, und deshalb jederzeit mit Arbeitsausfällen zu rechnen haben. Einsatzlücken der von solchen Firmen beschäftigten Arbeitnehmer sind daher zumindest teilweise auch branchen- oder betriebsüblich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG. Da im Einzelfall kaum zuverlässig festzustellen wäre, inwieweit die Beschäftigungslücke wirtschaftlich bedingt ist und inwieweit sie sich aus

den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ergibt, rechtfertigt es sich auch unter diesem Gesichtspunkt, das Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich dem Temporärarbeitsverhältnis gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen. Diese Lösung hält sich im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung, wonach in der Regel kein entschädigungsberechtigender Arbeitsausfall besteht, wenn der Temporär- bzw. Leiharbeitnehmer fest angestellt ist und die Temporär- bzw. Verleihfirma das Risiko der fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit durch Weiterzahlung des vollen Lohnes selbst trägt (BGE 114 V 339 E. 5a, BGE 108 V 95).
c) Was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht wird, vermag zu keinem andern Ergebnis zu führen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann nicht allein darauf abgestellt werden, ob mit der Gewährung eines Anspruches auf Kurzarbeitsentschädigung die Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer vermieden werden kann. Das Gesetz macht den Anspruch davon abhängig, dass gleichzeitig ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt, welcher zudem voraussichtlich vorübergehend ist (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall aber nur im Rahmen der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung. Diese kann nach dem Gesagten nur in dem Sinne verstanden werden, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mangels eines anrechenbaren Arbeitsausfalls grundsätzlich auch dann entfällt, wenn es sich nicht um ein eigentliches Temporärarbeitsverhältnis, sondern um ein Leiharbeitsverhältnis mit festem Arbeitsvertrag handelt. Unerheblich ist, inwieweit die Anstellungsverträge den Charakter von Einzelarbeitsverträgen im Sinne von Art. 319 ff. OR aufweisen. Entscheidend ist, dass insofern keine gewöhnlichen Arbeitsverträge vorliegen, als der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht für den Arbeitgeber, sondern für einen Dritten (Einsatzbetrieb) erbringt und schon aus diesem Grund mit Arbeitsausfällen zu rechnen ist. Anders wäre höchstens dann zu entscheiden, wenn sich die Temporär- bzw. Leiharbeitsfirma vertraglich verpflichtet hätte, den Arbeitnehmer bei Einsatzlücken selber zu beschäftigen. Dies ist in den eingereichten Arbeitsverträgen jedoch nicht vorgesehen und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Es muss daher bei der Feststellung bleiben, dass die Beschwerdeführerin für die von ihr beschäftigten Leiharbeitnehmer keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat, weil der geltend gemachte Arbeitsausfall gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG nicht anrechenbar ist. Damit kann offenbleiben, ob der Anspruch - wie die Vorinstanz annimmt - auch

deshalb abzulehnen wäre, weil der Arbeitsausfall branchen-, berufs- oder betriebsüblich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG ist.

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.