

---

# ArbOR

---

Mitteilungen des Instituts für  
Schweizerisches Arbeitsrecht

2013



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# ArbOR

---

Mitteilungen des Instituts für  
Schweizerisches Arbeitsrecht

2013

unter Mitwirkung von

Dr. Roland Bachmann

Prof. Dr. Roland A. Müller

lic. iur. Thomas Pietruszak

Prof. Dr. Wolfgang Portmann

Dr. Adrian von Kaenel

MLaw Angela Obrist

herausgegeben von

**Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli**



Stämpfli Verlag

# ArbR 2013

www.staempfliverlag.com

## Redaktion

Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli, Peter Merian-Weg 8, Postfach,  
CH-4002 Basel, Telefon 061/267 24 85, Fax 061/267 24 83

## Verlag

Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, CH-3001 Bern,  
Telefon 031/300 63 12, Fax 031/300 66 88, Postcheck 20-458232-5

## Anzeigenannahme

beim Verlag

## Herstellung

Stämpfli Publikationen AG, Bern

## Erscheinungsweise

Jährlich erscheint in der Regel ein Band.

## Bezugspreis

Abonnementspreis pro Band CHF 55.–/€ 48.–

bei Einzelbezug CHF 58.–/€ 50.–.

Sonderpreis für Mitglieder des Instituts: CHF 44.–/€ 38.–.

Alle Preise verstehen sich zuzüglich Zustellungsgebühr. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen. Der Verlag verfügt noch über gewisse Bestände an früheren Bänden. Diese können mit einem Rabatt von 50% bezogen werden.



# Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih

von lic. iur. Arie Joehro<sup>1</sup>

## Inhalt

I.	Vorgeschichte .....	105
II.	Bedeutung des GAVP .....	107
	1. Geltungsbereich .....	107
	2. Sonderstellung des GAVP im kollektiven Arbeitsrecht .....	108
	3. Wesentliche Errungenschaften des GAVP .....	109
III.	Gesetzeskonformität von Art. 3 Abs. 2 GAVP .....	110
	1. Ausgangslage .....	110
	2. Rechtsnatur eines ave GAV .....	111
	3. Konformität von Art. 3 Abs. 2 GAVP .....	112
IV.	Die Gleichwertigkeit nach Art. 3 Abs. 2 GAVP .....	113
	1. Rechtliche Ausgangslage .....	113
	2. Krankentaggeldversicherung des ave GAVP .....	113
V.	Schlussfolgerungen .....	115

## I. Vorgeschichte

Im Bewusstsein um seine gesamtwirtschaftliche Verantwortung und im Willen der teilweise sehr kritischen Wahrnehmung der Branche in der Politik, der Wirtschaft und der Öffentlichkeit sowie in der Überzeugung dass allgemeine Grundregeln die wenigen, aber politisch und medial ausgeschlachteten «schwarzen Schafe» des Wirtschaftszweigs des Personalverleihs einbinden würde, hat der Vorstand von swissstaffing im März 2007 beschlossen, Gesamtarbeitsverhandlungen aufzunehmen. Für alle Beteiligten kam von Beginn weg nur ein allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag<sup>2</sup> in Frage. Die Parteien einigten sich im Mai 2008

---

<sup>1</sup> Der Autor leitet den Rechtsdienst von swissstaffing, dem Arbeitgeberverband der Schweizer Personaldienstleister. Er präsidiert zudem die Rekurskommission des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih.

<sup>2</sup> Nachfolgend: ave GAV.

nach ersten Sondierungsgesprächen mit möglichen Sozialpartnern und mehreren Verhandlungsrunden auf die Eckwerte des GAV Personalverleih.<sup>3</sup> Die zuständigen Organe der Vertragsparteien stimmten dem ausgehandelten Vertragswerk im Juni 2008 zu und nach kleineren Präzisierungen am Vertragstext reichten sie das Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP im November 2008 beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO ein. Dieses genehmigte den eingereichten Vertragstext und innerhalb der 30-tägigen Einsprachefrist gingen rund 300 Einsprachen gegen die Allgemeinverbindlicherklärung ein. Nach der Stellungnahme zu den Einsprachen, zahlreichen Gesprächen mit einsprechenden Branchenverbänden sowie einer erfolgreichen Mediation zwischen den Verhandlungsparteien, hat der Bundesrat den GAVP mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 allgemein verbindlich erklärt.<sup>4</sup>

Der zwischen swissstaffing, Unia, Syna, KV Schweiz und Angestellte Schweiz abgeschlossene GAVP ist mit circa 300'000 unterstellten Arbeitnehmenden der in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich grösste GAV der Schweiz und aufgrund seines branchenübergreifenden Charakters einzigartig.

---

<sup>3</sup> Nachfolgend: GAVP.

<sup>4</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih, Änderung vom 13. Dezember 2011, in Kraft seit dem 1. Januar (nachfolgend: BRB GAVP; die vom Bundesrat allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen werden nachfolgend unter Angabe des Artikels wie folgt zitiert: *ave* GAVP). Mit Beschluss vom 20. Juni 2013 hat der Bundesrat per 1. August 2013 Art. 20<sup>bis</sup> GAVP in Kraft gesetzt. Dieser definiert die Lohnkategorien *gelernt* und *angelern*:

- Als *gelernt* gelten Arbeitnehmende mit einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis (EFZ) der Branche oder mit einer abgeschlossenen, mindestens dreijährigen beruflichen Grundbildung, die für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist.
- Als *gelernt* gelten auch Arbeitnehmende mit einer Attestlehre (EBA) der Branche und mindestens drei Jahren Berufspraxis in der auszuübenden Tätigkeit.
- Als *angelern* gelten Arbeitnehmende mit mindestens vier Jahren Berufspraxis in der auszuübenden Tätigkeit, für die es eine Berufsbildung gibt. Der Arbeitnehmende muss dabei pro Kalenderjahr mindestens 1000 Arbeitsstunden absolviert haben.

## II. Bedeutung des GAVP

### 1. Geltungsbereich

Die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten und bleibt es bis zum 31. Dezember 2014.<sup>5</sup> Der GAVP gilt für die den Sozialpartnern angeschlossenen Personalverleihbetriebe und die verliehenen Arbeitnehmenden.<sup>6</sup> Darüber hinaus erfasst der allgemein verbindlich erklärte GAVP die in der Schweiz tätigen Verleihbetriebe, welche über eine eidgenössische bzw. kantonale Arbeitsverleihbewilligung nach AVG<sup>7</sup> verfügen, gemäss Art. 66 UVG<sup>8</sup> in der SUVA-Klasse 70C versichert sind und bezüglich der verliehenen Arbeitnehmenden pro Kalenderjahr dauerhaft eine Lohnsumme von mindestens CHF 1'200'000.-<sup>9</sup> aufweisen.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Art. 4 BRB GAVP.

<sup>6</sup> Art. 357 Abs. 1 OR.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz), SR 823.11.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG), SR 832.20.

<sup>9</sup> Der Bundesrat hat die Lohnsummengrenze mit Blick auf das Arbeitgeberquorum nach Art. 2 Ziff. 3 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311) festgelegt. Diese Grenze hat in den Jahren 2012 und 2013 dazu geführt, dass sich Verleihbetriebe – vorwiegend im lohnmässig hart umkämpften Tessin – aufgespalten haben, um nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des GAVP erfasst zu werden. Das führte unter den Verleihbetrieben im Kanton Tessin zu einer Wettbewerbsverzerrung. Der Regierungsrat des Kantons Tessin hat deshalb am 11. September 2013 den Normalarbeitsvertrag Personalverleih (NAV P TI) erlassen, der am 1. Oktober 2013 in Kraft getreten ist (vgl. [http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html#sprungmarke0\\_24](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html#sprungmarke0_24)). *Der NAV P TI gilt in Abweichung zum ave GAVP bis am 30. September 2015 und sieht im Wesentlichen höhere Mindestlöhne, Ferien- und Feiertagsentschädigungen vor. Eine Harmonisierung mit dem ave GAVP wäre wünschenswert gewesen.* Normalarbeitsverträge dienen der Bekämpfung bzw. Vermeidung von Missbräuchen und können auf Antrag der tripartiten Kommission von der zuständigen Behörde erlassen werden, wenn in einer Branche die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden und kein GAV mit Mindestlohnbestimmungen vorliegt, der allgemeinverbindlich erklärt werden kann (Art. 360a Abs. 1 OR). Falls sich die Arbeitsmarktsituation in den betroffenen Branchen ändert, kann die Änderung oder Aufhebung des Normalarbeitsvertrags beantragt werden (Art. 360b Abs. 4 OR). Im Falle des NAV Personalverleih TI wäre dies

## 2. *Sonderstellung des GAVP im kollektiven Arbeitsrecht*

Das Verhältnis zu den in den Einsatzbetrieben geltenden Branchen-GAV regelt Art. 3 *ave* GAVP. Nach Abs. 1 ist der GAVP anwendbar, auch wenn für die Einsatzbranche ein anderer GAV gilt: Der GAVP übernimmt von *ave* GAV und solchen gemäss der Liste<sup>11</sup> im Anhang 1 des *ave* GAVP die Bestimmungen über den Lohn und die Arbeitszeit<sup>12</sup> sowie Regelungen über den flexiblen Altersrücktritt<sup>13</sup> in *ave* GAV. Damit schafft der GAVP ein einmaliges System, in welchem sich in den obgenannten Fällen die Bestimmungen von zwei verschiedenen GAV gleichzeitig ergänzen. Die genannte Regelung normiert ein Vorrangprinzip zugunsten der entsprechenden in den Einsatzbetrieben geltenden GAV und ist als Automatismus zu verstehen: Es spielt keine Rolle, ob die nach Art. 20 AVG und Art. 48a AVV relevanten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen günstiger oder schlechter sind als die betreffenden Vorschriften des GAVP. Hier hat das Günstigkeitsprinzip meines Erachtens keine Bedeutung. Die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des betreffenden GAV kommen automatisch zur Anwendung.

Der GAVP ist in folgenden Branchen mit Ausnahme der Bestimmungen über die Mindestlöhne uneingeschränkt anwendbar: Chemisch-pharmazeutische Industrie, Maschinenindustrie, grafische Industrie, Uhrenindustrie, Nahrungsmittelindustrie und Genussmittel-Industrie, öffentlicher Verkehr.<sup>14</sup> In diesen Fällen kommen die orts- und branchenüblichen Mindestlöhne<sup>15</sup> der entsprechenden Branchen zur Anwendung.<sup>16</sup>

---

beispielsweise dann denkbar, wenn *swissstaffing* trotz des Wegfalls der Lohnsummengrenze nach Art. 2 Abs. 2 lit. c BRB GAVP das Arbeitgeberquorum erreichen würde.

<sup>10</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. c BRB GAVP.

<sup>11</sup> In dieser Liste figurieren nicht allgemeinverbindlich erklärte Branchen-GAV (z.B. Schweizerische Holzindustrie) und Firmen-GAV (z.B. GAV Post, *swissport* Zürich und Genf).

<sup>12</sup> Art. 20 Abs. 1 AVG i.V.m. Art. 48a der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV), SR 823.111.

<sup>13</sup> Art. 20 Abs. 3 AVG.

<sup>14</sup> Art. 3 Abs. 3 *ave* GAVP.

<sup>15</sup> Meines Erachtens richtete sich nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung auch eine allfällige Pflicht zur Ausrichtung des 13. Monatslohnes nach der Orts- und Branchenüblichkeit und nicht nach dem *ave* GAVP.

In allen übrigen Fällen ist der GAVP uneingeschränkt anwendbar und erfasst damit auch Branchen, die bisher gesamtarbeitsvertraglich nicht geregelt waren bzw. keinen allgemein verbindlich erklärten oder keinen in der Liste gemäss Anhang 1 des GAVP erfassten GAV kannten.

### 3. *Wesentliche Errungenschaften des GAVP*

#### a) Weiterbildungs- und Vollzugsbeiträge

Die Weiterbildungs- und Vollzugsbeiträge betragen insgesamt ein Lohnprozent, wobei der Arbeitgeberanteil 0.3% und der Arbeitnehmeranteil 0.7% beträgt.<sup>17</sup> Die Personalverleihbetriebe haben Beiträge nur noch an eine Paritätische Berufskommission, die Schweizerische Paritätische Kommission Arbeitsverleih (SPKA) zu entrichten,<sup>18</sup> was den administrativen Aufwand für die betroffenen Betriebe erheblich gesenkt hat.

#### b) Vollzug

Die Einführung des GAVP brachte für die unterstellten Verleihbetriebe eine Erleichterung im Bereich des Vollzuges: Die Umsetzung, Durchführung und Durchsetzung des GAVP obliegt grundsätzlich der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA). Zur effizienten Durchsetzung des GAVP überträgt diese den Vollzug den paritätischen Berufskommissionen der Branchen mit einem ave GAV bzw. einem GAV nach Anhang 1 des ave GAVP und entschädigt sie dafür.<sup>19</sup> Diese Zusammenarbeit der SPKA mit anderen paritätischen Kommissionen hat bewirkt, dass sich die Anzahl der Kontrollen und damit die Belastung der unterstellten Verleihbetriebe reduziert haben.

#### c) Weiterbildung für verliehene Arbeitnehmende

Neben der Einführung der Mindestlohnbestimmungen hat der GAVP die Situation der verliehenen Arbeitnehmenden mit der Möglichkeit verbes-

---

<sup>16</sup> Für deren Vollzug sind nach Art. 360b OR die tripartiten paritätischen Kommissionen (TPK) zuständig.

<sup>17</sup> Art. 7 Abs. 4 ave GAVP.

<sup>18</sup> Siehe unten, Ziff. III.3.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 32, Art. 34 und Art. 35 ave GAVP.



sert, indem sie von einem branchenübergreifenden Weiterbildungsangebot profitieren.<sup>20</sup> Die verliehenen Arbeitnehmenden kommen aus unterschiedlichen Berufen – sei es beispielsweise aus dem Bau, der Gastronomie, der Logistik, dem Gesundheitswesen, der Informationstechnologie – und suchen für ihre berufliche Zukunft teilweise Anschluss in einem anderen Beruf.

Viele verliehene Arbeitnehmende werden nur kurz in einer Branche eingesetzt. Deshalb erfüllten sie in der Vergangenheit oft die Weiterbildungsvoraussetzungen von Branchen-GAV nicht, obwohl sie den Weiterbildungsbeitrag entrichtet haben. Der Weiterbildungsfonds des GAVP füllt diese Lücke und gibt den Arbeitnehmenden bereits nach 22 geleisteten Arbeitstagen bzw. 176 absolvierten Einsatzstunden<sup>21</sup> einen Anspruch auf eine Weiterbildungs- und allenfalls eine Erwerbsausfallentschädigung.

#### d) Krankentaggeld-Branchenlösung für Personalverleihbetriebe

Da der GAV Personalverleih eine obligatorische KTG Versicherung vorschreibt, haben swissstaffing und die Sozialpartner eine Kollektivkrankentaggeld-Versicherung geschaffen.<sup>22</sup> Diese GAVP konforme Versicherung soll den Personalverleihern eine einfache und kostengünstige Lösung bieten. Die KTG Branchenlösung steht grundsätzlich allen dem GAVP unterstellten Personalverleihbetrieben offen. Das neue Sozialwerk wurde zusammen mit sechs Versicherungsgesellschaften erarbeitet und wird mit 0.4% der Lohnsumme aus dem Sozialfonds des GAVP subventioniert, was zu tieferen Versicherungsprämien führt.

### III. Gesetzeskonformität von Art. 3 Abs. 2 GAVP

#### 1. Ausgangslage

Art. 3 Abs. 2 ave GAVP regelt u.a. die Lohnfortzahlung bei Krankheit:

*«Nicht übernommen werden die Bestimmungen bezüglich Krankentaggeldversicherung [...] sofern die im vorliegenden GAV Personal-*

---

<sup>20</sup> Siehe <http://www.temptraining.ch/>.

<sup>21</sup> Vgl. die Anspruchsvoraussetzungen unter <http://www.temptraining.ch/dynasite.cfm?dsmid=115736>.

<sup>22</sup> Für Einzelheiten siehe <http://www.tempcare.ch/>.

*verleih vorgesehenen Lösungen mindestens gleichwertig mit den Bestimmungen der für die Branchen gültigen allgemeinverbindlich erklärten GAV sind.»*

Diese Einschränkung widerspricht prima vista Art. 20 AVG bzw. Art. 48a Abs. 1 lit. f AVV, wonach die betreffenden Bestimmungen von allgemein verbindlich erklärten GAV auch für verliehene Arbeitnehmende gelten:

*Art. 20 Abs. 1 AVG: «Untersteht ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, so muss der Verleiher gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten [...]»*

*Art. 48a Abs. 1 lit. f AVV: «Lohnbestimmungen sind Regelungen über die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung nach Artikel 324a des Obligationenrechts (OR) wie infolge Krankheit [...]»*

Zur Beurteilung, ob Art. 3 Abs. 2 GAVP konform zu den oben genannten Bestimmungen ist, wird nachfolgend das Verhältnis zwischen einem ave GAV und zu einem Bundesgesetz bzw. einer vom Bundesrat erlassenen Verordnung erörtert.

## 2. *Rechtsnatur eines ave GAV*

Nach herrschender Ansicht hat die Allgemeinverbindlicherklärung<sup>23</sup> wegen des Zusammenspiels von Sozialpartnern und Behörde eine Doppelnatur; sie lässt sich deshalb nicht den Formen des Legislativ- und Verwaltungshandelns zuordnen.<sup>24</sup> Das Bundesgericht bezeichnet die AVE denn auch als «besondere Art der Rechtsetzung, durch die von den Beteiligten selbst geschaffenes Berufsrecht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird».<sup>25</sup> Die ave Bestimmungen eines GAV gelten als Bundesrecht, welches nach dem Konzept des AVEG dem Privatrecht zuzuordnen ist.<sup>26</sup> Das AVEG gibt dem Bundesrat oder der zuständigen kantonalen Behörde die

---

<sup>23</sup> Nachfolgend: AVE.

<sup>24</sup> FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Art. 356–360f OR, 4. Auflage, Zürich 2006, Art. 356b OR N 98; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 356–360 OR, Bern 1999, Art. 356b OR N 52; GIACOMO RONCORONI, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, Kapitel Q N I ff.

<sup>25</sup> BGE 98 II 205, E. 1.

<sup>26</sup> BBl 1954 I 129 und 171; BGE 98 II 205, E. 1.

Kompetenz zur Rechtsetzung durch AVE<sup>27</sup>. Der ave GAVP ist damit ein rechtsverordnungsähnlicher Erlass, der hierarchisch auf der gleichen Stufe steht wie eine vom Bundesrat erlassene Verordnung.

### 3. *Konformität von Art. 3 Abs. 2 GAVP*

Das Verhältnis eines GAV zu einem Bundesgesetz lässt sich wie folgt beurteilen: Die durch die Legislative erlassenen Bundesgesetze stehen auf einer höheren Normstufe als die Allgemeinverbindlicherklärungen der Exekutivbehörde, deren eigene Geltungskraft auf einem Bundesgesetz gründet,<sup>28</sup> Gesamtarbeitsverträge wie der ave GAVP dürfen damit dem zwingenden Bundesrecht wie dem AVG nicht widersprechen.

Art. 20 Abs. 1 AVG verlangt nur, dass die konkrete Regelung eines ave GAV *einzuhalten* ist; sie muss nicht übernommen werden. Mit anderen Worten: Art. 20 Abs. 1 AVG ist genüge getan, wenn die im ave GAVP vorgesehene Regelung bezüglich Krankentaggeld *materiellrechtlich* mindestens gleichwertig ist. Art. 20 Abs. 1 AVG sieht keine Pflicht vor, die Versicherungslösung oder gar das konkrete Versicherungsprodukt eines ave GAV zu übernehmen.

Zudem hat der Bundesrat Art. 3 Abs. 2 GAVP allgemein verbindlich erklärt. Daraus lässt sich schliessen, dass der Bundesrat diese Bestimmung als bundesrechtskonform erachtet. Andernfalls hätte sie nicht allgemein verbindlich erklärt werden dürfen und sie wäre nicht in den ave GAVP aufgenommen worden. Das SECO vertritt in seiner Erklärung vom 23. Juli 2012 die gleiche Meinung.<sup>29</sup>

Die Beziehung zwischen einem ave GAV und einer Verordnung ist anders einzustufen als jene zu einem Bundesgesetz. Hier stehen sich zwei Erlasse derselben Normstufe gegenüber, weshalb diese Konkurrenz nach den allgemeinen Prinzipien der Methodenlehre zu beurteilen ist: Danach geht in der Regel die jüngere Rechtsnorm der älteren vor, bzw. die spezielle Regelung der allgemeinen.<sup>30</sup> Art. 3 Abs. 2 ave GAVP ist im Verhältnis zur AVV sowohl die jüngere als auch die speziellere Norm. Bei Erlass von Art. 48a und b AVV gab es noch keinen ave GAVP. Die Regelung des

---

<sup>27</sup> Art. 7 AVEG.

<sup>28</sup> Art. 357 Abs. 2 OR.

<sup>29</sup> Siehe <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/04789/index.html?lang=de>.

<sup>30</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, Bern 2013, S. 111 ff.

Art. 3 Abs. 2 GAVP wie oben zitiert geht damit der entsprechenden Regelung der AVV vor.

## IV. Die Gleichwertigkeit nach Art. 3 Abs. 2 GAVP

### 1. *Rechtliche Ausgangslage*

Art. 3 Abs. 2 ave GAVP sieht vor, dass Bestimmungen zur Krankentaggeldversicherung des ave GAVP denjenigen eines ave GAV bzw. eines GAV nach Anhang 1 des ave GAVP vorgehen, erstere *mindestens gleichwertig* ist. Es ist dabei fraglich, was unter dem Begriff der «Gleichwertigkeit» zu verstehen ist.

### 2. *Krankentaggeldversicherung des ave GAVP*

Zunächst könnte die «Gleichwertigkeit» von Bestimmungen zur Krankentaggeldversicherung nach den Grundsätzen des Günstigkeitsprinzips ausgelegt werden. Meines Erachtens ist jedoch fraglich, ob der Begriff der «Gleichwertigkeit» nach den Grundsätzen des Günstigkeitsprinzips ausgelegt werden darf: Erstens handelt es sich um verschiedene Instrumente<sup>31</sup> mit unterschiedlichem Vorgehen bei der praktischen Anwendung.<sup>32</sup> Zweitens ist nach Auffassung diverser Autoren<sup>33</sup> die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bei zwei ave GAV abzulehnen.<sup>34</sup> Drittens ist das Günstigkeitsprinzip nach Art. 357 OR nur in Bezug auf normative, nicht aber schuldrechtliche oder indirekt-schuldrechtliche GAV-Bestimmungen an-

---

<sup>31</sup> Der Begriff der Gleichwertigkeit stammt aus Art. 324a Abs. 4 OR, das Günstigkeitsprinzip aus Art. 357 Abs. 2 OR (Vergleich Einzelarbeitsvertrag mit einem GAV); Art. 358 OR vergleicht GAV mit zwingendem Gesetzesrecht, Art. 4 Abs. 2 AVEG ave GAV mit nicht ave GAV.

<sup>32</sup> Vgl. zur Gleichwertigkeit nach Art. 324a Abs. 4 OR: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 324a/b OR N 23 f.; zum Günstigkeitsprinzip mit Gruppenvergleich: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 357 OR N 3.

<sup>33</sup> STÖCKLI, a.a.O., Art. 356 OR N 70; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 356 OR N 2, S. 1423 f., Ziff. 6; ablehnend: RONCORONI, a.a.O., N 195 und 287.

<sup>34</sup> Art. 4 Abs. 2 AVEG sieht nur bei Konkurrenz eines nicht ave GAV mit einem ave GAV die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips vor.

wendbar.<sup>35</sup> Schliesslich betrifft das Günstigkeitsprinzip nur den Vergleich zwischen Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag.<sup>36</sup>

Damit ist meines Erachtens fraglich, ob zur Klärung der «Gleichwertigkeit» gemäss Art. 3 Abs. 2 ave GAVP ungesehen auf das Günstigkeitsprinzip abgestellt werden darf, oder nicht vielmehr dieser Begriff aus sich heraus bzw. unter analogem Beizug der Rechtsprechung und Kasuistik nach Art. 324a Abs. 4 OR ausgelegt werden müsste.<sup>37</sup> Diesbezüglich kann auf die ausführliche Darstellung im Praxiskommentar von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH verwiesen werden.<sup>38</sup> Beachtlich ist dabei, dass bei der Prüfung der Gleichwertigkeit im Prinzip alle zugesicherten Leistungen<sup>39</sup> für sämtliche Verhinderungsgründe<sup>40</sup> nach Art. 324a OR miteinbezogen werden müssten.<sup>41</sup> Mit anderen Worten: Gilt es zu prüfen, ob die Versicherungsleistungen und Kosten der Krankentaggeldversicherung nach GAVP gleichwertig sind gegenüber denjenigen eines ave GAV, müssten bei der Prüfung neben dem Vergleich der Leistungen bei Krankheit auch die Regelungen betreffend Lohnfortzahlung bei Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, etc.<sup>42</sup> miteinbezogen werden.

Diese Handhabung würde in der Praxis zu einer grossen Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Personalverleihbetrieben führen. Ein *ausdrücklich* geregelter allgemeiner Vorrang der Bestimmungen zur Krankentaggeldversicherung des ave GAVP gegenüber denjenigen anderer ave GAV bzw. GAV nach Anhang 1 des ave GAVP wäre deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit, der Praktikabilität sowie des geringeren administrativen Aufwands wünschenswert.

---

<sup>35</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 357 OR N 2 ff.; PETER SCHMID, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Kapitel J N 26 ff.; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., Art. 357 OR N 19 ff.

<sup>36</sup> Siehe ausdrücklich in Art. 357 Abs. 2 OR.

<sup>37</sup> Art. 4 Abs. 2 AVEG sieht nur bei Konkurrenz eines nicht ave GAV mit einem ave GAV die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips vor.

<sup>38</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 24. Dabei ist hervorzuheben, dass die Gerichtspraxis zur Gleichwertigkeit noch nicht gefestigt ist.

<sup>39</sup> D.h. die Gesamtheit der Leistungen beispielsweise im Krankheitsfall wie die Höhe des Taggeldes, die Dauer der Taggeldberechtigung, die Karenztage, der Umfang der Versicherungsdeckung (insbesondere die Versicherungsvorbehalte und Leistungsausschlüsse etwa für die Teilarbeitsunfähigkeit, Prämienaufteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Höhe und Verwendung der Überschussanteile.

<sup>40</sup> Also Krankheit, Unfall, gesetzliche Pflichten etc.

<sup>41</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b OR N 24.

<sup>42</sup> Vgl. dazu den Katalog in Art. 324a OR.

## **V. Schlussfolgerungen**

Nach den obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 2 aVE GAVP in Bezug auf die Krankentaggeldversicherung konform ist zu Art. 20 Abs. 1 AVG.

Wie dargelegt bestehen bereits heute stichhaltige Gründe für die Anwendung eines generellen Vorranges der Bestimmungen zur Krankentaggeldversicherung des GAVP. De lege ferenda wäre wünschenswert, einen solchen generellen Vorrang ausdrücklich im GAVP zu regeln.

