



<b>Fall-Nr.:</b>	VZ.2007.41
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	24.09.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	24.09.2007

### **Entscheid Kantonsgericht, 24.09.2007**

**Art. 19, 22 AVG und Art. 50 AVV. Gültigkeit eines Verleihvertrags zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb bei fehlender Schriftlichkeit. Dem Schriftformerfordernis von Art. 22 AVG kommt wie in Art. 19 AVG lediglich eine Beweis- und Schutzfunktion zu. In analoger Anwendung von Art. 19 AVG ist auch für den in Art. 22 AVG geregelten Verleihvertrag davon auszugehen, dass die fehlende Schriftform nicht massgebend ist für das Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb. Der Verleiher haftet dem Einsatzbetrieb nicht für die ordentliche Arbeitsleistung, sondern nur für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmers. Ginge man von der Ungültigkeit des Verleihvertrags aus, wäre der Einsatzbetrieb durch die vom Verleiher zur Verfügung gestellte Arbeitsleistung ungerechtfertigt bereichert (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 24. September 2007, VZ.2007.41).**

Erwägungen

I.

1. Der Klägerin wurde von der Zedentin eine Forderung von Fr. 600.-- gegenüber dem Beklagten zum Inkasso abgetreten (kläg. act. 2, Beilage 4). Der Beklagte hatte von der Zedentin einen Arbeitnehmer ausgeliehen und ihn auf einer Baustelle eingesetzt ohne den entsprechenden Verleihvertrag zu unterzeichnen. Die Arbeitsrapporte für die vom Leiharbeiter geleisteten Arbeiten wurden vom Beklagten unterschrieben und die ihm von der Zedentin dafür gestellte Rechnung über Fr. 789.-- (kläg. act. 2, Beilage 10) teilweise beglichen. Die ausstehende Zahlung von Fr. 600.-- begründet der Beklagte



damit, dass nach dem Einsatz des Leiharbeitnehmers eine Bohrmaschine gefehlt habe. Die Kosten für den Ersatz seien daher von der Rechnung abgezogen worden.

2. Mit Eingabe vom 15. Februar 2007 stellte die Klägerin das Begehren, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 600.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 25. November 2006, Fr. 9.25 Verzugszins ab Verfalldatum bis 24. November 2006 sowie die Kosten für den Zahlungsbefehl und das Vermittleramt von insgesamt Fr. 130.-- unter Kosten und Entschädigungsfolge zu bezahlen. Im Weiteren sei der Rechtsvorschlag des Beklagten in der Betreuung Nr. 14XY92 des Betreibungsamtes A in diesem Umfang aufzuheben (vi-act. 1). Der Beklagte beantragte sinngemäss die Abweisung der Klage (vi-act. 5). Am 30. April 2007 wies der Präsident des Kreisgerichts die Klage ab mit der Begründung, zwischen der Zedentin und dem Beklagten sei kein formgültiger Arbeitsverleihvertrag zustande gekommen. Die Verfahrenskosten von Fr. 750.-- wurden der Klägerin auferlegt und dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zugesprochen (EV.2007.12).

3. Gegen diesen Entscheid ergriff die Klägerin am 18. Juli 2007 fristgerecht Rechtsverweigerungsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und an das Gericht zur Neuurteilung zurückzuweisen (act. B/1). Sie macht geltend, der Kreisgerichtspräsident habe bei der Ausübung seiner Befugnisse willkürlich gehandelt.

## II.

1. Gegen den vorliegenden Entscheid des Kreisgerichtspräsidiums ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben, so dass die Rechtsverweigerungsbeschwerde grundsätzlich zulässig ist (Art. 254 Abs. 2 und Art. 225 ZPO). Die Klägerin ist durch den angefochtenen Bescheid beschwert und daher zum Rechtsmittel legitimiert. Die sachliche Zuständigkeit der Präsidentin der III. Zivilkammer folgt aus Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO.

2. Im Verfahren der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann unter anderem gerügt werden, dass das Gericht bei Ausübung seiner Befugnisse willkürlich gehandelt habe



## St.Galler Gerichte

(sog. materielle Rechtsverweigerung; Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO). Das Verfahren richtet sich nach dem Rügeprinzip, geprüft werden somit nur die erhobenen und hinreichend begründeten Rügen (Art. 255 Abs. 2 ZPO). Bei der Willkürüge ist anzugeben, welche tatsächlichen Annahmen schlechterdings unhaltbar sind und warum eine Rechtsanwendung mit keinen sachlichen Gründen zu rechtfertigen ist (CHRISTOPH LEUENBERGER/ BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, 1999, N 2b zu Art. 255).

Rügt ein Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe in der Ausübung ihrer Befugnisse willkürlich gehandelt, so greift die Beschwerdeinstanz nur ein, wenn der Entscheid durch keine sachlichen Gründe zu rechtfertigen und offensichtlich falsch ist, insbesondere mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 123 I 5). Soweit die Beschwerde begründet ist, ergeht ein kassatorischer Entscheid (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 4 zu Art. 258).

3. a) Mit der vorliegenden Beschwerde rügt die Klägerin zunächst, die Vorinstanz habe willkürlich den Formmangel der fehlenden Schriftlichkeit des Verleihvertrags von Amtes wegen festgestellt, ohne dass eine entsprechende Einrede der Parteien erfolgte.

Die Frage, ob der Richter die Formungültigkeit von Amtes wegen zu beachten hat, wird von der Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts kontrovers behandelt. In der Lehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, die Formungültigkeit bewirke nur eine relative Nichtigkeit bzw. eine Ungültigkeit sui generis und die Beachtung der Formungültigkeit setze die Erhebung einer entsprechenden Einrede voraus (ALFRED KOLLER/KOLLER, Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 77 ff., N 21 ff. mit weiteren Hinweisen). Das Gericht müsse und dürfe die Formverletzung nur dann von Amtes wegen berücksichtigen, wenn sie den eingeklagten Vollzug eines Verpflichtungsgeschäfts aus registerrechtlichen Gründen ausschliesst; in allen übrigen Fällen müsse der Formmangel von einer Partei tatsächlich geltend gemacht werden (GAUCH/SCHLUEP/ SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., Zürich 2003, N 562). Die Vorinstanz folgte demgegenüber der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche unter Formungültigkeit absolute



## St.Galler Gerichte

Nichtigkeit versteht, die vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, wobei es diese Frage in BGE 112 II 330 (E. 2.a) offen gelassen hat (ALFRED KOLLER, OR AT, Band I, Bern 2006, § 12, N 99 und 110; BSK OR-I/SCHWENZER, 4. Aufl., 2007, N 17 zu Art. 11). Darin kann keine Willkür liegen.

b) Die Klägerin rügt sodann, die Annahme der Formungültigkeit durch die Vorinstanz sei willkürlich. Die Vorinstanz stützt sich in ihrem Entscheid auf das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), welches das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb in Art. 22 regelt. Gemäss Art. 22 AVG muss der Verleiher den Vertrag mit dem Einsatzbetrieb schriftlich abschliessen, wobei Art. 50 AVV eine vorläufige Ausnahmeregelung bei zeitlicher Dringlichkeit vorsieht; in solchen Fällen ist der Vertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt schriftlich abzufassen. Eine generelle Ausnahme vom Gebot der Schriftlichkeit fehlt für den Verleihvertrag (MANFRED REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz, Zürich 1992, N 1 zu Art. 22 AVG). Das AVG äussert sich nicht ausdrücklich zu den Folgen fehlender Schriftlichkeit für den Verleihvertrag. In Anwendung von Art. 11 Abs. 2 OR kommt die Vorinstanz daher zum Schluss, dass die fehlende Schriftlichkeit zu einem ungültigen Vertrag führt.

Art. 11 Abs. 2 OR bedeutet nicht, dass immer Ungültigkeit anzunehmen ist, wenn eine Norm nicht ausdrücklich eine andere Wirkung der Missachtung der Form vorsieht. Vielmehr regelt Art. 11 Abs. 2 OR die Rechtsfolge, wenn die die Formvorschrift statuierende Norm über die Rechtslage im Fall ihrer Missachtung "weder ausdrücklich noch sinngemäss" etwas anderes bestimmt (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 169; a.A. BK/SCHMIDLIN, N 204 zu Art. 11 OR). Auch die eine Formvorschrift statuierende Norm ist somit auszulegen (vgl. auch BGE 108 II 296, 300, wo auf Gesetzestext und Entstehungsgeschichte verwiesen wird). Laut Botschaft des Bundesrates (BBI 1985 III 556) dient das AVG hauptsächlich dem Arbeitnehmerschutz, welcher in erster Linie dadurch gewährleistet wird, dass u.a. im Bereich des Personalverleihs die Vermittlertätigkeit bewilligungspflichtig ist (BBI 1985 III 557). Bei fehlender Bewilligung wird daher ein Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ungültig (Art. 19 Abs. 6 AVG) und der Verleihvertrag zwischen Entleiher und Einsatzbetrieb nichtig (Art. 22 Abs. 5 AVG). Hingegen kommt der Schriftformerfordernis von Art. 19 und Art. 22 AVG lediglich eine Beweis- und Schutzfunktion zu. So ist nach Art. 19 AVG die Schriftform nicht massgebend für das



Zustandekommen des Arbeitsvertrags, weil sonst der gewünschte Schutzzweck für den Leiharbeitnehmer hinfällig würde; fehlende schriftliche Vereinbarungen werden durch die nicht zwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts (Art. 319 ff. OR) und durch die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen ersetzt (Art. 19 Abs. 3 AVG; BBI 1985 III 613). Dem in Art. 22 AVG geregelten Verleihvertrag kommt ebenfalls eine (mittelbare) Beweis- und Schutzfunktion für den Leiharbeitnehmer zu, insbesondere betreffend dem Recht zum Übertritt in den Einsatzbetrieb (BBI 1985 III 617). In analoger Anwendung von Art. 19 AVG ist demnach auch für den in Art. 22 AVG geregelten Verleihvertrag davon auszugehen, dass die fehlende Schriftform nicht massgebend für dessen Zustandekommen ist. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte. So führt die Botschaft des Bundesrates (BBI 1985 III 617) aus: "Wird der Verleihvertrag nicht schriftlich abgeschlossen oder ist er unvollständig, so führt dies zum Entzug der Bewilligung (Art. 16 lit. b)". Zweifellos wäre die zivilrechtliche Nichtigkeit hier ebenfalls erwähnt worden, wäre eine solche gewollt gewesen. Bestätigt wird dies auch durch die Systematik. In Art. 22 Abs. 5 AVG wird ausdrücklich bestimmt: "Verfügt der Verleiher nicht über die erforderliche Bewilligung, so ist der Verleihvertrag nichtig". Und in Art. 22 Abs. 2 AVG wird die Nichtigkeitsfolge vorgesehen für Vereinbarungen, die es dem Einsatzbetrieb erschweren oder verunmöglichen, nach Ende des Einsatzes mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Art. 22 AVG hält somit in zwei Fällen die Nichtigkeitsfolge ausdrücklich fest. Zweifellos wäre der Gesetzgeber gleich vorgegangen, hätte er auch bei Verletzung der Schriftform Nichtigkeit gewollt. Soweit sich die Lehre zu dieser Frage überhaupt äussert, geht sie denn auch klar davon aus, dass die Verletzung von Formvorschriften keine direkten zivilrechtlichen Folgen hat (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. Aufl., 2006, N 21 zu Art. 319 OR). Willkür liegt vor, wenn ein Entscheid einer klaren gesetzlichen Bestimmung widerspricht (BGE 108 II 296, 298).

c) Vorliegend ist weiter zu berücksichtigen, dass die Zedentin dem Beklagten den Verleihvertrag gemäss Art. 22 AVG zusammen mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vor Arbeitsbeginn des Leiharbeitnehmers zustellte (kläg. act. 2, Beilage 7 und 8) und der Beklagte danach die Arbeitsrapporte unterzeichnete und damit hinsichtlich der AGB sowie der vereinbarten Tarife seine Schuld anerkannte (kläg. act. 2, Beilage 9). Art. 13 OR verlangt nicht, dass sich die Unterschriften auf einer



einheitlichen Vertragsurkunde finden, der Austausch einzelner Erklärungen genügt (BBI 2001 5679, 5707). Es ist nicht einmal nötig, dass die Erklärungen formal identisch sind, solange die Bezugnahme auf einen bestimmten Vertrag sichergestellt ist (BSK OR-I/SCHWENZER, N 10 zu Art. 13; KOLLER, a.a.O., § 12 N 44). Da die schriftliche Unterzeichnung des Verleihvertrags nach Art. 50 AVV auch nachträglich möglich ist, wäre zwischen der Zedentin und dem Beklagten ein gültiger Verleihvertrag zustande gekommen, selbst wenn man - wie die Vorinstanz - von der Schriftform als Gültigkeitserfordernis ausgeht. Die Begründung im angefochtenen Entscheid steht damit im Widerspruch zum Sachverhalt und ist auch von daher willkürlich.

d) Es genügt allerdings nicht, wenn sich der vorinstanzliche Entscheid nur in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung rechtfertigt sich erst, wenn er im Ergebnis willkürlich erscheint (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 5c zu Art. 254 ZPO mit weiteren Hinweisen). Der Beklagte bestreitet den klägerischen Entschädigungsanspruch als solchen nicht. Vielmehr stellt er einen eigenen Schadenersatzanspruch. Er macht geltend, der Verleiher sei haftbar für die Wiederanschaffungskosten der Bohrmaschine, die angeblich nach dem Einsatz des Leiharbeitnehmers fehlte (vi-act. 5). Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb beruht jedoch auf einem Verleihvertrag und ist als Dienstverschaffungsvertrag ein Vertrag sui generis. Der Verleiher haftet aus diesem nicht für die ordentliche Arbeitsleistung, sondern nur für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmers (BK/REHBINDER, Band VI, 1985 N 56 zu Art. 319 OR; BSK OR-I/PORTMANN, N 34 zu Art. 319). Die Zedentin haftet demnach nicht für den angeblich durch den Leiharbeitnehmer verursachten Schaden. Eine unsorgfältige Auswahl oder Instruktion wurde vom Beklagten nicht behauptet. Die Klägerin hat somit Anspruch auf den vollständigen Betrag. Indem die Vorinstanz die Klage abwies, handelte sie auch im Ergebnis willkürlich.

4. Selbst wenn im Übrigen mit der Vorinstanz von Nichtigkeit des Verleihvertrages wegen Nichteinhaltung der Schriftform (als Gültigkeitsvoraussetzung) auszugehen wäre, würde sich die Klageabweisung als willkürlich erweisen. Hat jemand aufgrund eines nichtigen oder formungültigen Vertrages geleistet, so hat er einen Rückforderungsanspruch aus Art. 63 Abs. 1 OR (BGE 115 II 28 ff; BSK OR-I/SCHULIN, N 3 zu Art. 63 OR). Art. 22 Abs. 5 AVG wiederholt dies sogar ausdrücklich für den Fall



der Nichtigkeit wegen Fehlens der erforderlichen Bewilligung. Die Zedentin hat die volle Leistung erbracht. Der Betrag entspricht dem vertraglichen Erfüllungsanspruch, denn die geleisteten Stunden sind ausgewiesen und die verrechneten Tarife akzeptiert (kläg. act. 2, Beilage 9). Der Beklagte erfüllte seine Gegenleistung nur teilweise und verrechnete den Rest mit seinem angeblichen Anspruch auf Schadenersatz. Ein Schadenersatzanspruch des Beklagten könnte sich in diesem Fall (kein gültiger Vertrag) nur auf die Verschuldungshaftung von Art. 41 OR stützen. Der Beklagte hat nicht dargetan, inwiefern der Zedentin ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden könnte, wenn der von ihr zur Verfügung gestellte Arbeitnehmer selber für einen Schaden verantwortlich ist. Der Beklagte wäre daher im Umfang des nicht bezahlten Restbetrags bereichert.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Entscheid der Vorinstanz willkürlich ist. Der angefochtene Entscheid vom 30. April 2007 ist demnach aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.