



SECO_PAVV

Zustellung mittels E-Mail

An die kantonalen

- **Arbeitsämter**
- **AVG-Verantwortlichen**

Referenz:/Aktenzeichen: Rechtsgr/Weisungen_Arbeitszeitregelung und Lohnzahlungspflicht_2019_d
Sachbearbeiter/in:
Bern, 19. Dezember 2019

Die Arbeitszeitenregelung im Arbeitsvertrag und die damit verbundene Lohnzahlungspflicht des Verleihers

Weisung 2019/1; Präzisierung der Weisungen und Erläuterungen zum AVG

Sehr geehrte Damen und Herren

In der Vergangenheit wurden wir wiederholt mit Fällen konfrontiert, in welchen entgegen der Vorgabe von Art. 19 Abs. 2 Bst. d Arbeitsvermittlungsgesetz¹ (AVG) die Arbeitszeit nicht korrekt vereinbart worden war oder die Arbeitnehmer gestützt darauf nicht korrekt bezahlt worden sind. Einerseits gab es Fälle, in welchen im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer überhaupt keine Arbeitszeit vereinbart und die Gestaltung der Dauer der täglichen Arbeitszeit dem Einsatzbetrieb überlassen worden ist. Andererseits gab es aber auch Fälle, in welchen zwar eine wöchentliche oder tägliche Arbeitszeit vereinbart worden war, in der Realität die Arbeitnehmer dann aber sehr schwankende tägliche Arbeitszeiten hatten: Je nach Arbeitsanfall wurden sie oft bereits nach wenigen Stunden nach Hause geschickt. Dies hatte zur Folge, dass Arbeitnehmer plötzlich viel weniger verdienten als sie erwartet hatten. Gerade für Arbeitnehmer mit niedrigen Löhnen, die dazu noch familiäre Verpflichtungen haben, sind solche Lohnschwankungen resp. Einkommensausfälle finanziell kaum tragbar.

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11

Nach den Vorgaben des Obligationenrechts² (OR) trägt grundsätzlich der Arbeitgeber und somit auch der Verleiher das Risiko einer Lohnzahlungspflicht bei Annahmeverzug (i.F. Lohnrisiko). Der Verleiher muss nach Art. 324 Abs. 1 OR dem Arbeitnehmer einen Lohn zahlen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung angeboten hat, der Arbeitgeber resp. der Einsatzbetrieb ihn aber nicht beschäftigen kann. Dies gilt insbesondere für Betriebsstörungen, wie z.B. durch defekte Maschinen oder Computer, Lieferverzögerungen in der Herstellungskette, oder bei Arbeitsausfällen infolge Schlechtwetter. Dies gilt beim Schlechtwetter jedoch nicht für die Einsätze, welche speziell für eine bestimmte Wettersituation abgeschlossen werden (z.B. Einsätze für die Schneeräumung). Hier darf der Einsatz vom Vorliegen einer bestimmten Wetterlage abhängig gemacht werden.

Ausgenommen von dieser allgemeinen Lohnzahlungspflicht des Verleihers sind die Fälle, in welchen der Arbeitnehmer die nicht erfolgte Arbeit zu verantworten hat, weil er die Arbeitsleistung gar nicht angeboten hat. Hier ist dem Arbeitnehmer kein Lohn nach Arbeitsvertrag zu entrichten.

Insbesondere dürfen dem Arbeitnehmer nicht Versäumnisse des Arbeitgebers, oder beim Verleih des Kunden, in der Planung der Arbeitsabläufe angelastet werden. Es ist die Pflicht des Arbeitgebers, oder beim Verleih des Einsatzbetriebes, sicherzustellen, dass Betriebsstörungen rasch behoben werden, dass keine oder nur kurze Unterbrüche in der Produktionskette geschehen, oder dass nötige Lieferungen on time erfolgen. Solche Arbeitsausfälle dürfen nicht auf den Arbeitnehmer überwältigt werden. Dies ist auch beim Verleih nicht möglich. Umgekehrt geniessen Verleiher, die nicht dem avel GAV Personalverleih unterstellt sind, die Vorzüge von kurzen Kündigungsfristen bei der Temporärarbeit, aber auch die Nichtunterstellung unter die BVG-Pflicht bei Einsätzen bis zu drei Monaten. Zusätzlich kann es auch zu Erleichterungen bezüglich der Lohnzahlungspflicht bei Krankheit kommen, wenn es sich um Einsätze von weniger als drei Monate Dauer handelt.

Mit vorliegender Weisung wird dargestellt, wie die Arbeitszeiten im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag aufgrund von Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG geregelt werden können. Ebenfalls wird aufgezeigt, wie gestützt darauf in der Regel die Lohnzahlung zu erfolgen hat.

Regelung der Arbeitszeiten im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag

Nach Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG ist der Verleiher verpflichtet, im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer die Arbeitszeiten schriftlich zu regeln. Es kann nicht auf diejenigen des Einsatzbetriebes verwiesen werden, sondern der Arbeitnehmer muss vor Arbeitsbeginn wissen, wie viele Arbeitsstunden er leisten muss, damit er gestützt darauf seinen Lohn berechnen kann. Auch nach der Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b Abs. 1 Bst. e OR muss der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über die wöchentliche Arbeitszeit informieren, wenn das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangen wurde.

Es kann nicht auf eine Regelung der Arbeitszeit verzichtet werden mit dem Argument, dass sich in solchen Fällen nach Art. 19 Abs. 3 AVG die Arbeitszeit aus den orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen ergeben würde.

Gründe für eine explizite Arbeitszeitregelung sind:

- Erstens verlangt Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG explizit die schriftliche Regelung der Arbeitszeit.

² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Obligationenrecht, OR, SR 220

- Zweitens besteht eine Sanktionsnorm für den Fall, dass die Arbeitszeit nicht schriftlich vereinbart wird. Nach Art. 39 Abs. 2 Bst. c AVG wird, wer als Verleiher vorsätzlich die wesentlichen Vertragsinhalte nicht schriftlich oder nicht vollständig mitteilt (Art. 19) mit einer Busse bis zu 40'000 Franken bestraft. Der Arbeitgeber hat also nicht die Wahl, sondern muss die wesentlichen Vertragsinhalte schriftlich vereinbaren. Ansonsten würde die Strafbestimmung keinen Sinn machen.
 - Drittens dient Art. 19 Abs. 3 AVG nur als Auffangtatbestand für den Fall, dass die Erfordernisse hinsichtlich Form und Inhalt nicht erfüllt werden, dies in erster Linie zum Schutz des Arbeitnehmers: „Die Schriftform soll nicht massgebend sein für das Zustandekommen des Vertrages, sondern hat nur Beweis- und Schutzfunktion. Es wäre unsinnig, bei Nichteinhaltung dieser Formvorschrift den Arbeitsvertrag als ungültig zu betrachten, weil dadurch der gewünschte Schutzzweck dieses Artikels in das Gegenteil verkehrt würde. So müssten nämlich Arbeitnehmer unvermittelt ihre Arbeit einstellen, wenn der Formfehler festgestellt würde,“ so die Botschaft zum revidierten AVG vom 27. November 1985 auf S. 613 (BBl 1985 III 556). Die Bestimmung ist nicht als Rechtfertigung zu verstehen, die Formvorschriften nicht einzuhalten.
 - Viertens ist insbesondere bei Temporärarbeitern auch ein Abstellen auf eine Orts- und Berufsüblichkeit in Bezug auf die Arbeitszeit schwierig, weil diese oft ja gerade nur teilzeitlich oder für kurze Einsätze eingesetzt werden.
 - Fünftens hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-3381/2008 vom 11. März 2009 festgehalten, dass der Arbeitnehmer klarerweise Anspruch darauf hat, in Form eines schriftlichen Dokuments Kenntnis von den wesentlichen Vertragsinhalten zu erhalten (Ziff. 5.4.2) und der Gesetzgeber nur die Ausnahmen zulassen wollte, die der Bundesrat auf Verordnungsstufe in Artikel 48 Arbeitsvermittlungsverordnung³ (AVV) regelt (Ziff. 5.5).
- Im Arbeitsvertrag müssen die Arbeitszeiten deshalb geregelt sein und der Arbeitnehmer muss klar erkennen können, in welchem Umfang er seine Dienste zur Verfügung stellt und mit welchem Verdienst er folglich rechnen darf.

Folgende Varianten **sind zulässig** (nicht abschliessend):

- Anzahl der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit, beispielsweise „42 Std./Woche“ oder „8,4 Std./Tag“.
- Angabe mittels eines Zeitplans wie beispielsweise „08h00 bis 12h00 und 13h00 bis 17h30“.
- «Im Durchschnitt 42 Std./Woche» ist zulässig, nicht aber «ungefähr 42 Std./Woche im Durchschnitt», dies wäre zu ungenau.
- „Arbeitszeiten gemäss Arbeitszeitenreglement des Einsatzbetriebes, welches Sie in der Beilage erhalten“, das Arbeitszeitreglement muss aber den rechtlichen Vorgaben entsprechen.
- „Arbeitszeiten gemäss der von der kantonalen paritätischen Kommission anerkannten Vorschriften, welche dem Vertrag beiliegen“.

³ Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111)

- Untersteht der Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag und der verliehene Arbeitnehmer wird von diesem erfasst, ist auch folgende Regelung möglich: "Arbeitszeiten gemäss allgemein verbindlich erklärtem und geltendem Gesamtarbeitsvertrag ...(Name/Branche)". Es ist auch zulässig, im Einzelfall einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitszeit gemäss GAV zu vereinbaren, z.B. «80% gemäss Arbeitszeit GAV xy». Als Beispiel kann eine solche Regelung in dem der AVG-Bewilligungsbehörde zur Prüfung vorgelegten Mustervertrag genehmigt werden. Es geht aber nicht, dass ein Verleiher in der Folge diesen Mustervertrag auf alle Arbeitsverhältnisse zum Einsatz bringt. Denn es ist nicht glaubhaft, dass alle Einsätze nur ein Pensum von 80% umfassen werden. Denkbar hingegen ist, dass für einen Einsatz mehrere Arbeitnehmende bloss ein Teilzeitpensum von beispielsweise 80% leisten.
- Bei unbefristeten oder befristeten überjährigen Anstellungen können auch Jahresarbeitszeit- oder Jahresarbeitsteilzeitmodelle möglich sein. Solche Vereinbarungen sind aber aufgrund von Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG immer vertraglich hinreichend zu präzisieren.
- Bandbreitenmodelle sind in Einzelfällen möglich. Diese müssen jedoch für den konkreten Einsatz realistisch sein. In der Regel dürften Bandbreitenmodelle zwischen 80% und 100%, bzw. 34 Std/Woche bis zu 42 Std/Woche glaubhaft sein. Teilzeitbandbreitenmodelle sind auch möglich, wie zum Beispiel 60% bis 80%, bzw. 26 Std/Woche bis zu 34 Std/Woche.

Im Sinne von Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG und wie oben beispielhaft ausgeführt, muss im Arbeitsvertrag die Bandbreite der Arbeitszeit, welche zu leisten ist, genannt werden. Dabei ist immer die genannte minimale Arbeitszeit und die allfällig darüber hinaus geleistete Arbeitszeit mit dem vereinbarten Stundenlohn zu entschädigen (ausgenommen die in Kap. *Abstellen auf Stunden- bzw. Arbeitsrapport*, s. nächste Seite, genannten Fälle). Für die Zeit in der Bandbreite, in welcher der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann, weil ihn der Einsatzbetrieb nach Hause schickt, muss ihm analog der Arbeit auf Abruf zusätzlich eine Entschädigung bezahlt werden. Eine solche Regelung kann wie folgt lauten: „Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mindestens 34Std./Woche und auf maximal 42 Std./Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 34 Std./Woche werden grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit ab 34 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche wird eine Entschädigung von CHF yy.xx geleistet. Die Entschädigung von Arbeitszeit über 42 Std/Woche richtet sich nach der Vereinbarung bezüglich Überstunden und Überzeit.“

- Im Rahmen der zuvor genannten Punkte ist auch die Vereinbarung von Teilzeitarbeit zulässig. Es muss ein gewisser Prozentsatz festgelegt werden und die Arbeitstage, an denen das entsprechende Pensum gearbeitet wird, geregelt und klar ausgewiesen werden. Zum Beispiel: "Montag, 14h00 bis 18h00, Mittwoch 08h00 bis 12h00 und 14h00 bis 18h00, entspricht einem 30% Teilzeitpensum bei einer 40h-Woche". Auf diese Weise ist es dem Arbeitnehmer möglich, seine übrige Zeit zu organisieren und beispielsweise weitere Anstellungen einzugehen.

Nicht zulässig sind hingegen z.B. folgende Formulierungen:

- „Gemäss Normalarbeitszeit des Einsatzbetriebes“. Die Normalarbeitszeit ist im Arbeitsvertrag mit Nennung der Tages-, Wochen- oder Monatsstunden ausdrücklich zu nennen, ansonsten wird die Vorgabe von Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG nicht erfüllt.
- „Gemäss Weisung des Einsatzbetriebes“. Die Regelung der Arbeitszeit ist ein wesentliches Vertragselement, das zwischen den eigentlichen Vertragspartnern vor Vertragsbeginn schriftlich zu vereinbaren ist. Die Regelung kann deshalb nicht an

einen Stellvertreter, hier den Einsatzbetrieb delegiert werden. Auch steht der Arbeitnehmer zum Drittbetrieb, in welchen er eingesetzt wird, in keiner vertraglichen Beziehung und kann diesem gegenüber Rechte aus dem Arbeitsvertrag nicht geltend machen.

- Nicht zulässig ist folgende oder eine ähnlich lautende Klausel: "Ich bestätige hiermit, dass Abweichungen von der im ob genannten Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitszeit aus privaten Gründen, die ich selber zu verantworten habe, und auf meinen expliziten Wunsch hin, entstanden sind. Diese Bestätigung erfolgt aus freiem Willen und ich verzichte hiermit ausdrücklich auf die rechtliche Geltendmachung von Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 OR."

Solche oder ähnliche Regelungen können nicht zugelassen werden, weil die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Lohnauszahlung dazu angehalten wird, eine solche Erklärung zu unterschreiben und er die Erklärung nur unterschreibt, weil er befürchtet, sonst keine oder eine verspätete Lohnauszahlung zu erhalten.

Arbeitszeiten im Einsatzvertrag als Grundlage für die Lohnzahlung

Die Arbeitszeiten, die im Einsatzvertrag geregelt sind, bilden in der Folge grundsätzlich die Grundlage für die Lohnzahlung. Den Arbeitnehmern muss es möglich sein, anhand der im Vertrag geregelten Arbeitszeiten ihr Einkommen, das sie bei diesem konkreten Einsatz erzielen, berechnen zu können. Oft finden sich in den Rahmenarbeits- und Einsatzverträgen Klauseln, wonach der Stunden – oder Arbeitsrapport als Basis für die Lohnzahlung dient. Dies ist grundsätzlich zulässig, da der Verleiher zu seinen verliehenen Arbeitnehmern während eines Einsatzes keine Beziehung hat, und wissen muss, wie viele Stunden effektiv gearbeitet wurden und wie viel Lohn er somit zu bezahlen hat. In der Praxis wird die im Einsatzbetrieb effektiv geleistete Arbeitszeit daher regelmässig mit dem Stunden- bzw. dem Arbeitsrapport belegt. Es ist in diesem Zusammenhang aber Folgendes zu beachten:

Gemäss zwingendem Art. 324 OR, der zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgeändert werden darf, bleibt der Arbeitgeber (Verleiher) grundsätzlich zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn er, selbst ohne Verschulden, mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung von Arbeit verpflichtet ist. Wenn im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag vereinbart wird, dass der Arbeitnehmer 40 Stunden pro Woche einen Einsatz in einem Drittbetrieb leistet, hat er grundsätzlich Anspruch auf 40 Stundenlöhne pro Woche, davon ausgehend, dass Stundenlohn vereinbart wurde. Mit der Unterzeichnung des Einsatzvertrages bietet der Arbeitnehmer nämlich seine Dienste in diesem Umfang an und der Arbeitgeber, der den Vertrag ebenfalls unterzeichnet hat, ist demgegenüber verpflichtet, im Umfang der vereinbarten Arbeitszeiten die Arbeitsleistung anzunehmen.

Weicht nun der Stunden- bzw. Arbeitsrapport von den im Einsatzvertrag vereinbarten Stunden nach unten ab, ist der Verleiher, gemäss vorgenannter zwingenden Gesetzesbestimmung, grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer im Umfang von den im Einsatzvertrag vereinbarten 40 Stunden zu entlohnen und es darf nicht einfach auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden. Das Risiko, dass der Einsatzbetrieb nicht im vereinbarten Umfang Arbeit anbieten kann, geht auf den Verleiher über, weil es dieser ist, der mit dem Arbeitnehmer die arbeitsvertragsrechtliche Beziehung pflegt und gehalten ist, die zwingenden Bestimmungen von Art. 319 ff OR zu berücksichtigen.

Zulässiges Abstellen auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport resp. Abweichen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit

In der Praxis kann es toleriert werden, dass die täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeiten schwanken, solange im Mittel monatlich oder bei kurzen Einsätzen wöchentlich mindestens die vereinbarte Arbeitszeit geleistet und entschädigt wird. In diesem Sinne kann auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden.

Abweichungen der Arbeitszeit von 5% können im Einzelfall gerechtfertigt sein. Es kann aber nicht toleriert werden, wenn in der Folge alle Arbeitnehmenden 5% weniger arbeiten und eine entsprechende Lohnreduktion in Kauf nehmen müssen.

Ebenfalls ist es natürlich zulässig, auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abzustellen, wenn die Nichtleistung der vereinbarten Arbeitszeit im Verschulden des Arbeitnehmers (unentschuldigtes Fernbleiben oder Verlassen der Arbeitsstelle) liegt.

Schliesslich dienen die Angaben in den Stunden- bzw. Arbeitsrapporten ebenfalls dazu, allfällige Überstunden oder Überzeiten abzurechnen, die durchschnittlich vereinbarten Arbeitszeiten gemäss Arbeitsvertrag nachzuweisen und die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes sicherzustellen.

Wir bitten Sie, bei der Prüfung der Musterverträge im Bewilligungsgesuchverfahren, aber auch bei Abklärungen in Einzelfällen auf die gemachten Ausführungen abzustellen. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass bei nicht schriftlicher Regelung der Arbeitszeit nach Art. 19 Abs. 2 Bst. d AVG gegen fehlbare Verleiher eine Anzeige im Sinne von Art. 39 Abs. 2 Bst. c AVG erstattet werden kann. Ebenfalls kann dem Betrieb nach Art. 16 Abs. 1 Bst. b und c AVG die Verleihbewilligung entzogen werden, weil er wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen das AVG verstossen hat (Art. 16 Abs. 1 Bst. b) und die Bewilligungsvoraussetzung von Art. 13 Abs. 2 Bst. b AVG nicht mehr erfüllt ist, da der verantwortliche Leiter bei einer solchen Geschäftstätigkeit keine fachgerechte Verleihfähigkeit mehr gewährleisten kann (Art. 16 Abs. 1 Bst. c).

Wir danken Ihnen bestens für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Staatssekretariat für Wirtschaft



Peter Gasser

Leiter Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen

- Version in französischer Sprache verfügbar
- Wird auf www.arbeit.swiss publiziert

Adressatenliste:

- Schweizerischer Arbeitgeberverband, Hegibachstrasse 47, Postfach, 8032 Zürich, verband@arbeitgeber.ch
- Schweizerischer Gewerbeverband, Schwarztorstrasse 26, Postfach, 3001 Bern, sgv@crm.sgv-usam.ch
- swissstaffing, Stettbachstrasse 10, 8600 Dübendorf, info@swissstaffing.ch
- Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Monbijoustrasse 61, Postfach, 3000 Bern 23, info@sgb.ch
- Travail Suisse, Hopfenweg 21, Postfach 3119, 3001 Bern, info@travailsuisse.ch
- unia, Zentralsekretariat, Weltpoststrasse 20, 3000 Bern 15, info@unia.ch
- syna, Zentralsekretariat, Römerstrasse 7, Postfach 1668, 4600 Olten, info@syna.ch
- Kaufmännischer Verband Schweiz, Hans-Huber-Strasse 4, 8002 Zürich, info@kfmv.ch
- Angestellte Schweiz, Martin Disteli-Strasse 9, 4600 Olten, info@angestellte.ch
- tempcontrol, Geschäftsstelle Vollzug GAV Personalverleih, Postfach 272, 3000 Bern 15, tempcontrol@tempservice.ch
- Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden VSAA, Haus der Kantone, Speichergasse 6, Postfach, 3001 Bern, info@vsaa.ch
- eCare AG, Hinterbergstrasse 11, 6330 Cham, info@ecare.ch