

## **Merkblatt: Ausgestaltung der Arbeitszeit**

Das vorliegende Merkblatt enthält nebst den rechtlichen Grundlagen praktische Handlungsoptionen zur Minimierung des Risikos von Annahmeverzug in der Praxis und im Hinblick auf eine Lohnbuchkontrolle.

### **1. Definition und rechtliche Grundlagen**

Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Es liegt somit Annahmeverzug vor, wenn der Arbeitgeber nicht genügend Arbeit anbieten kann, sofern der Arbeitnehmer seine Arbeit erfolglos angeboten hat.

Die Schweizerische Paritätische Berufskommission Personalverleihverleih (SPKP) hat gestützt auf Art. 32 ff. GAV Personalverleih in Ergänzung zum Verfahrensreglement eine Richtlinie zur Vollzugskompetenz der RPKP erlassen. Sofern die IST-Arbeitszeit kleiner als die SOLL-Arbeitszeit ist und anlässlich der Kontrolle *aufgrund konkreter Anhaltspunkte* ein Annahmeverzug des Arbeitgebers *vermutet* werden kann, hat die SPKP die an sich fehlende Vollzugskompetenz betr. Annahmeverzug dahingehend präzisiert, dass in diesen Fällen die Kontrollkompetenz insoweit vorhanden ist, als dass die RPKP eine *Empfehlung* zur Ausgleichszahlung abgeben kann.

Es besteht aber keine verbindliche Verpflichtungskompetenz bzw. Kompetenz, den Nachweis von Ausgleichzahlungen zu verlangen, oder gar zu sanktionieren. Weder dürfen Verfehlungen in diesem Bereich strafwirksam nach Konventionalstrafenrechner sein noch zu Konventionalstrafen infolge Kontrollrenitenz führen (Nachweis der Ausgleichzahlungen).

### **2. Handlungsoptionen zur Minimierung des Risikos von Minusstunden**

#### **2.1 Ausgestaltung der Arbeitszeit im Einsatzvertrag**

Nach **Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG** ist der Verleiher verpflichtet, die Arbeitszeiten mit dem Arbeitnehmer schriftlich zu vereinbaren. Im Einsatzvertrag müssen die Arbeitszeiten somit klar geregelt sein. Der Arbeitnehmer muss klar erkennen können, in welchem Umfang er seine Dienste zur Verfügung stellt und mit welchem Verdienst er folglich rechnen darf. Im Einsatzvertrag ist deshalb ein Pensum „Arbeit auf Abruf“ oder ein Pensum „gemäss Kundenbedürfnis“ nicht zulässig. Die Anzahl der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit, bspw. „40 Std./Woche“ oder „8 Std./Tag“, ist im Arbeitsvertrag somit zwingend anzugeben.

Eine dem tatsächlichen Bedürfnis entsprechende Ausgestaltung der Arbeitszeit im Einsatzvertrag ist sehr wichtig, weil die im Einsatzvertrag geregelten Arbeitszeiten die Grundlage für die Lohnzahlung bilden. Ein im Einsatzvertrag falsch oder zu hoch festgelegtes Arbeitspensum, das in der Praxis nicht eingehalten werden kann, kann somit zu Annahmeverzug führen.

Nachfolgend werden einzelne gemäss SECO-Weisung 2019/1 zur Arbeitszeitenregelung zulässige Formulierungen aufgeführt:

- **Anzahl der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit festlegen**, bspw. "42 Std./Woche" oder "8,4 Std./Tag".

Zur Vermeidung von Minusstunden empfiehlt es sich, jeweils im Einzelfall das effektive Stundenbedürfnis mit dem Einsatzbetrieb abzuklären und die Stundenanzahl im Einsatzvertrag nicht zu hoch anzusetzen (Bsp.: Wenn der Einsatzbetrieb dem temporären Mitarbeitenden ein Pensum zwischen 60% bis 70% zusichern kann, sollte das Pensum im Einsatzvertrag mit 60% festgelegt werden.)

- Die Formulierung **«im Durchschnitt 42 Std./Woche» ist neu zulässig.**

Eine solche Formulierung erlaubt es, (kleinere) Schwankungen der Arbeitszeit abzufedern (Bsp.: Mitarbeiter A leistet bei einem auf 1 Monat befristeten Einsatz in der 1. und 2. Woche 40 Std. und in der 3. sowie 4. Woche 44 Std. = im Durchschnitt 42 Std./Woche).

- "Arbeitszeiten gemäss Arbeitszeitenreglement des Einsatzbetriebes, welches Sie in der Beilage erhalten".
- Untersteht der Einsatzbetrieb einem AVE 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 festzulegen, z.B. «80% gemäss Arbeitszeit GAV xy».

## **2.2 Schwankende Arbeitszeiten**

Bei stark schwanken Arbeitszeiten stehen Ihnen zur Vermeidung von Minusstunden insbesondere die nachfolgende Möglichkeit offen:

- **Abschluss eines neuen Einsatzvertrages** (mit der entsprechenden Anzahl Arbeitsstunden) **für jeden weiteren Einsatz.**

Bsp.: Einsätze in der Eventbranche: Von Anfang bis Mitte Januar kann ein Pensum von 3 Tagen/Woche garantiert werden; ab Mitte bis Ende Januar können noch 2 Tageseinsätze garantiert werden. Im Februar kann voraussichtlich lediglich ein Einsatz bis Ende Februar garantiert werden.

Diese Lösung ist zwar mit einem gewissen administrativen Aufwand verbunden, da für jeden neuen Einsatz auch ein neuer Einsatzvertrag abgeschlossen werden muss. Der Mehraufwand hält sich in der Regel aber in Grenzen, da der Einsatzvertrag oft nur punktuell (etwa bei der Arbeitszeit oder beim Lohn) angepasst werden muss.

Sollte der Personalbedarf des Einsatzbetriebes stark schwankend und kurzfristig sein, sind sachliche Gründe auszumachen, die es als zulässig erscheinen lassen, mit dem Mitarbeiter mehrere befristete Einsatzverträge abzuschliessen. Insoweit liegt kein (unzulässiger) Kettenarbeitsvertrag vor (siehe

das swissstaffing-Merkblatt zu den Kettenarbeitsverträgen), das heisst, jeder einzelne befristete Einsatzvertrag ist gesondert zu betrachten und es liegt kein einheitliches unbefristetes Arbeitsverhältnis vor.

Bei kleineren Schwankungen ist es zudem möglich, mit dem **Bandbreitenmodell** zu arbeiten (siehe auch unser Merkblatt «Personalverleih und Arbeit auf Abruf»): Bei diesem Modell sind immer die genannte minimale Arbeitszeit und die allfällig darüber hinaus geleistete Arbeitszeit mit dem vereinbarten Stundenlohn zu entschädigen. Diese müssen jedoch für den konkreten Einsatz realistisch und glaubhaft sein. Teilzeitbandbreitenmodelle sind auch möglich. Für die Zeit in der Bandbreite, in welcher der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann, weil ihn der Einsatzbetrieb nicht braucht, muss ihm analog der Arbeit auf Abruf eine Entschädigung bezahlt werden. Über die Höhe dieser Entschädigung hat sich das Bundesgericht aber nicht geäussert. Dabei sind folgende Grundsätze zu beachten: der Bereitschaftsdienst darf mit einem reduzierten Lohn entschädigt werden. Je kürzer die Ankündigungsfrist des betreffenden Einsatzes ist, desto stärker wird die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers eingeschränkt, weshalb die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst auch höher ausfallen muss.

### **2.3 Klauseln zur Minimierung des Risikos von Annahmeverzug**

Es ist umstritten, ob eine Verzichtsklausel des Arbeitnehmers auf die Geltendmachung des Annahmeverzugs im **Stundenrapport** rechtswirksam ist. swissstaffing vertritt die Ansicht, dass eine solche Klausel (vgl. Musterklausel hiernach) auf dem Stundenrapport grundsätzlich zulässig sei.

Beispiel:

*«Ich bestätige hiermit, dass Abweichungen von der im Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitszeit aus privaten Gründen, die ich selber zu verantworten habe, 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.»*

Um im Hinblick auf eine Lohnbuchkontrolle Sicherheit zu haben, empfehlen wir Ihnen, dass zusätzlich zu einer solchen Klausel immer auch die konkreten Gründe für die Abweichungen der tatsächlich geleisteten Stunden von den vereinbarten Arbeitsstunden (Minusstunden) im Rapport angegeben werden. Wenn der Mitarbeitende bspw. auf eigenen Wunsch am Freitagnachmittag früher nach Hause gehen wollte, ist dies auf dem Stundenrapport mit der entsprechenden Zeitangabe so anzugeben (individuelle Gründe). Zudem ist es zu empfehlen, sich solche Abwesenheiten schriftlich (mindestens per E-Mail oder SMS) bestätigen zu lassen.

Im **Rahmenarbeitsvertrag** kann zudem folgende Klausel, welche vom SECO genehmigt wurde, erwähnt werden:

*„Der Mitarbeiter hat wöchentlich einen vom Einsatzbetrieb unterschriebenen Stundenrapport zu erstellen und der Musterstaff unverzüglich einzureichen. Weichen die tatsächlich geleisteten Stunden von den vereinbarten Arbeitsstunden ab, wird nur die nachgewiesene Arbeitszeit vergütet, es sei denn, der Arbeitnehmer kann nachweisen, dass die Annahme seiner Arbeitsleistung durch den Einsatzbetrieb verweigert wurde. Über solche Vorfälle ist die Musterstaff unverzüglich zu informieren.“*

Fazit: Auch wenn die Verzichtsklausel im Stundenrapport umstritten ist, macht es Sinn, eine solche Klausel im Rahmenarbeitsvertrag und auf dem Stundenrapport aufzuführen. Zudem ist zu empfehlen, allfällige Abwesenheiten jeweils auf dem Stundenrapport anzugeben und/oder sich diese schriftlich (mindestens per E-Mail oder SMS) vom Mitarbeiter bzw. Einsatzbetrieb bestätigen zu lassen und dieser Bestätigungen in den Personaldossiers abzulegen.

### **3. Lohnbuchkontrolle und Information der Mitarbeiter**

#### **3.1 Richtlinie Vollzugskompetenz der SPKP**

Gemäss Richtlinie Vollzugskompetenz der SPKP können die RPKP festgestellte Abweichungen der Ist von der Soll-Arbeitszeit zur Nachzahlung empfehlen. Die vermutungsweise festgestellten Verstösse dürfen jedoch nicht strafwirksam in den Konventionalstrafen- und/oder den Kontrollkostenrechner einfließen. Der Sachverhalt darf im Kontrollbericht lediglich vermutungsweise festgehalten und die Ausgleichszahlung im Beschluss empfohlen werden. Die Richtlinie Vollzugskompetenz hält ausserdem fest, dass die Arbeitnehmenden nach Erlangung der Rechtskraft des Beschlusses und ohne Gegenbericht der kontrollierten Firma über ihre möglichen Ansprüche orientiert werden.

#### **3.2 Stellungnahme zum Vorwurf des Annahmeverzugs im Rahmen von Lohnbuchkontrollen:**

Im Rahmen von Lohnbuchkontrollen wird den Verleihbetrieben vor Erlass des Entscheids durch die zuständige RPKP jeweils das Recht auf Stellungnahme eingeräumt. Betreffend Annahmeverzug wird empfohlen, bereits im Rahmen der Stellungnahme glaubhaft darzulegen, was die Gründe für die allfälligen Minusstunden sind.

So sollten insbesondere die Stundenrapporte von den Verleihern in Bezug auf die Minusstunden überprüft und die Gründe dafür (wie bspw. Kompensation, Ferien, Betriebsferien, unbezahlter Urlaub oder vorzeitiges Verlassen der Arbeitsstelle auf eigenen Wunsch) angegeben werden. Mittels einer sorgfältigen Analyse und Vorbereitung lassen sich bereits im Vorfeld Differenzen von Soll- zu Ist-Stunden vermeiden, bzw. zumindest plausibel erklären.

#### **3.3 Handlungsoptionen betreffend Nachzahlungen und Information der TMA**

Die RPKP können im Rahmen ihrer Beschlüsse nach der Rechtsmittelbelehrung am Schluss des Entscheids und unter dem Titel «**Empfehlung Annahmeverzug**» jeweils empfehlen, die vermuteten Fälle von Annahmeverzug zu begleichen. Ohne Gegenbericht des Personalverleihers können die RPKP die betroffenen Arbeitnehmenden nach Rechtskraft des Entscheids über ihre möglichen Ansprüche in Kenntnis setzen.

Die SPKP legt den Begriff «Gegenbericht» im Sinne der Richtlinie Vollzugskompetenz wie folgt aus:

Ein Gegenbericht muss folgenden Anforderungen genügen:

- Sofern der Personalverleiher nicht einverstanden ist, dass es sich um Annahmeverzug handelt: Unterlagen, die aufzeigen, dass keine Unterschreitung der vertraglich festgelegten Arbeitszeiten vorliegt oder dass diese in der Verantwortung des Arbeitnehmenden liegt.
- Sofern der Personalverleiher damit einverstanden ist, dass es sich um Annahmeverzug handelt: Unterlagen, die belegen, dass die Nachzahlungen an die Arbeitnehmenden erfolgt sind.

Somit ergeben sich folgende Handlungsoptionen nach Erhalt des Entscheids der RPKP:

- Im Umfang, in dem der Personalverleiher mit den festgestellten Annahmeverzugsfällen einverstanden ist, empfiehlt sich eine umgehende Lohnnachzahlung an die betreffenden Arbeitnehmer sowie die anschliessende Einreichung der Unterlagen an die RPKP, dass die Nachzahlungen erfolgt sind.
- Sofern der Personalverleiher mit dem festgestellten Annahmeverzug nicht einverstanden ist, sollte er Unterlagen (wie z.B. Stundenrapporte, interne Jahres- und Absenzenkontrollen oder ausdrückliche Bestätigungen des Arbeitnehmers oder des Einsatzbetriebs) einreichen, die aufzeigen, dass keine Unterschreitung der vertraglich festgelegten Arbeitszeiten vorliegt oder dass diese in der Verantwortung des Arbeitnehmenden liegt (bspw. Nachweis mittels Vermerk auf dem Stundenrapport, dass der Arbeitnehmende am betreffenden Tag auf eigenen Wunsch früher ins Wochenende ging).
- Falls weitere Punkte des RPKP-Entscheids angefochten werden, ist es auch möglich, die Ausführungen in Bezug auf die Empfehlung zum Annahmeverzug im Rahmen eines Rekurses geltend zu machen.

Die Bestätigung des Arbeitnehmers kann z.B. folgenden Wortlaut haben:

*Bestätigung z.Hd. [Verleihbetrieb]  
betreffend  
Einsätze bei [Einsatzbetrieb]:  
von ... bis ...*

*Aus gesundheitlichen/privaten Gründen war es mir nicht immer möglich, die vereinbarte Arbeitszeit zu leisten.*

*Ich bestätige deshalb, dass Abweichungen von der vereinbarten Arbeitszeit aus Gründen entstanden sind, die ich selber zu verantworten habe bzw. mit denen ich einverstanden war. Mein Lohn wurde mir, unter Berücksichtigung dieser selbst zu verantwortenden Abweichungen, vollständig ausbezahlt.*

*Diese Bestätigung erfolgt aus freiem Willen.*

.....  
Ort, Datum

.....  
[Unterschrift Kandidat]

Falls die Anforderungen des Gegenberichtes nicht erfüllt werden, dürfen die RPKP die betroffenen Arbeitnehmenden lediglich über die Tatsache informieren, dass eine Kontrolle durchgeführt wurde, aus der sich möglicherweise Ansprüche von Arbeitnehmern ergeben könnten. Es besteht aber keine Kompetenz, den Nachweis von Ausgleichzahlungen zu verlangen, oder gar zu sanktionieren.

#### **4. Forderungen aus Annahmeverzug**

Die Personalverleiher sind oft mit der Situation konfrontiert, dass Mitarbeitende bzw. ihre Vertreter Ansprüche aus Annahmeverzug für einzelne Zeitperioden (Monate, Jahre) geltend machen, obschon der Arbeitnehmer über die gesamte Einsatzdauer mehr als die vereinbarten SOLL-Stunden geleistet hat. Es gibt aus unserer Sicht keine allgemeine gesetzliche Grundlage, um fehlende Arbeitsstunden jede Woche bzw. jeden Monat ausgleichen bzw. nachzahlen zu müssen, wenn der Arbeitnehmer insgesamt die vereinbarten Stunden erreicht hat und das Pensum nicht missbräuchlich zu tief angesetzt wurde. Falls Sie mit solchen Forderungen konfrontiert werden, empfehlen wir Ihnen, Kontakt mit dem Rechtsdienst aufzunehmen, um die Rechtslage im Einzelfall abzuklären.

Bei weiteren Fragen oder Unklarheiten steht Ihnen unser Rechtsdienst unter 044 388 95 75 oder [legal@swissstaffing.ch](mailto:legal@swissstaffing.ch) gerne zur Verfügung.

Dübendorf, April 2021