

## **Merkblatt: Personalverleih und Arbeit auf Abruf**

Sowohl beim Personalverleih als auch bei der Arbeit auf Abruf steht das Bedürfnis nach Flexibilisierung im Vordergrund. Die beiden genannten Formen sind jedoch begrifflich zu unterscheiden und folgen unterschiedlichen Regeln.

Nichtsdestotrotz kann Arbeit auf Abruf auch im Anwendungsbereich des Personalverleihs zulässig sein, sofern die dort geltenden Regeln – etwa betreffend Arbeitszeit und Entschädigung für Bereitschaftsdienst – eingehalten werden.

### **1. Definition der Arbeit auf Abruf**

Bei der Rechtsnatur des Abrufs muss zwischen folgenden Formen unterschieden werden:

#### *a) Echte Arbeit auf Abruf*

Bei der echten Arbeit auf Abruf hat der Arbeitgeber ein alleiniges Recht den Zeitpunkt und die Dauer des effektiven Arbeitseinsatzes zu bestimmen. Der Arbeitnehmer ist deshalb bei Abruf grundsätzlich verpflichtet, die Arbeitstätigkeit aufzunehmen. Bei der echten Arbeit auf Abruf gilt es hinsichtlich Bestimmtheit der Lage und Dauer der Arbeitszeit zu differenzieren:

- i) Unbestimmte Lage und unbestimmte Dauer:* Der Arbeitnehmer hat für die Dauer der üblichen Arbeitszeit permanent Bereitschaftsdienst zu leisten und die Abrufe erfolgen in unregelmässigen Abständen
- ii) Bestimmte Lage und unbestimmte Dauer:* Der Bereitschaftsdienst kann vertraglich auf einen bestimmten Zeitraum reduziert werden. Die Abrufe erfolgen aber auch hier in unregelmässigen Abständen
- iii) Unbestimmte Lage und bestimmte Dauer:* Der Arbeitnehmer hat für die Dauer der üblichen Arbeitszeit permanent Bereitschaftsdienst zu leisten. Vertraglich wird jedoch eine bestimmte Mindestarbeitszeit vereinbart (→ siehe Bandbreitenmodell, S. 2)

Bei der echten Arbeit auf Abruf sind die effektiven Arbeitseinsätze zu entlohnen. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 124 III 249 klargestellt, dass auch der Bereitschaftsdienst zwingend eine Entschädigungspflicht zur Folge hat.

#### *b) Unechte Arbeit auf Abruf*

Bei der unechten Arbeit auf Abruf steht dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsrecht zu. Es handelt sich deshalb eher um Gelegenheitsarbeit als um Arbeit auf Abruf.

Zu entschädigen ist nur die effektiv geleistete Arbeitszeit. Die Frage der Kostenentschädigung des Bereitschaftsdienstes ist bei dieser Form irrelevant, weil der Arbeitnehmer durch das Ablehnungsrecht frei entscheiden kann, ob er den Einsatz annehmen will oder nicht.

## **2. Vereinbarkeit von Personalverleih und Arbeit auf Abruf**

Die Arbeitszeiten, die im Einsatzvertrag geregelt sind, bilden im Rahmen des Personalverleihs die Grundlage für die Lohnzahlung und sind zu entschädigen. Das Risiko, dass der Einsatzbetrieb nicht im vereinbarten Umfang Arbeit anbieten kann, trägt der Verleiher.

### *a) Echte Arbeit auf Abruf*

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 deshalb 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.

Personalverleih in Form von echter Arbeit auf Abruf ist deshalb nur in der oben unter *Ziff. 1. a) iii)* erwähnten Konstellation („*unbestimmte Lage und bestimmte Dauer*“) denkbar. Die Dauer der (Mindest-)Arbeitszeit muss zwingend definiert werden, um der Anforderung von Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG zu genügen. Folglich erachtet das Seco in seiner Weisung 2009/2 auch nur diese Form der Arbeit auf Abruf als für den Personalverleih denkbar.

Im Einsatzvertrag ist ein Pensum „Arbeit auf Abruf“ aber nicht zulässig. Die Anzahl der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit, bspw. „40 Std./Woche“ oder „8 Std./Tag“, ist im Arbeitsvertrag somit zwingend anzugeben. Es empfiehlt insoweit, mit dem Bandbreitenmodell zu operieren (vgl. dazu S. 3 der erwähnten Seco-Weisung):

- ⇒ Beispiel: *„Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mindestens 30 Std./Woche und auf maximal 42 Std./Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 30 Std./Woche werden grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit ab 30 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche wird eine Entschädigung von ... CHF geleistet. Der Mitarbeitende hat sich während dieser Zeit zur Verfügung der X AG zu halten.“*

Bei diesem Modell ist immer die genannte minimale Arbeitszeit und die allfällig darüber hinaus geleistete Arbeitszeit mit dem vereinbarten Stundenlohn zu entschädigen. 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 ist, desto stärker wird die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers eingeschränkt, weshalb die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst auch höher ausfallen muss.

Demgegenüber sind die oben unter *Ziff. 1. a) i) und ii)* erwähnten Varianten im Personalverleihverhältnis nicht zulässig, da sie die Dauer der Arbeitszeit gerade nicht festlegen. Sie vermögen deshalb den Anforderungen von Art. 19 Abs. 2 lit. d AVG nicht gerecht zu werden (vgl. S. 2 ff. der erwähnten Seco-Weisung).

b) *Unechte Arbeit auf Abruf*

Bei der unechten Arbeit auf Abruf besitzen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam die Zeitautonomie, d.h. die beiden Parteien einigen sich von Fall zu Fall über einen Arbeitseinsatz.

Diese Form der Arbeit auf Abruf entspricht faktisch derjenigen der Temporärarbeit (vgl. Art. 27 Abs. 2 AVV). Ein allfälliger Abruf ist im Fall von unechter Arbeit auf Abruf als blosser Offerte zu betrachten, weil der Arbeitnehmer das Einsatzangebot ablehnen kann. Pro Einsatz wird deshalb ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen (→ *siehe auch unser Merkblatt zu den Kettenarbeitsverträgen*).

Es ist hier auch möglich, mit dem Bandbreitenmodell zu operieren (vgl. dazu Ziffer 2 auf S. 3 der Seco-Weisung). Da der Arbeitnehmer aber selber bestimmen kann, wieviel er innerhalb der Bandbreite arbeiten will, ist nur die effektiv geleistete Arbeitszeit zu entschädigen:

- ⇒ Beispiel: *„Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mindestens 30 Std./Woche und auf maximal 42 Std./Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 30 Std./Woche werden grundsätzlich mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit ab 30 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche ist keine Entschädigung vorgesehen. Der Mitarbeitende ist während dieser Zeit frei und hat sich nicht zur Verfügung der X AG zu halten.“*

Dübendorf, März 2017

**Bei Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst zur Verfügung: <http://swissstaffing.ch/services/rechtsdienst/>**