



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND  
UNION PATRONALE SUISSE  
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO  
Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen PA  
Vermittlung und Verleih PAVV

Per E-Mail an: info.pavv@seco.admin.ch

Zürich, 3. August 2020 AS/sm  
schwarzenbach@arbeitgeber.ch

**Stellungnahme zum Entwurf der Überarbeitung der Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG; SR 823.11), zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV, SR 823.111) und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (Geb-AVG, SR 823.113)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir wurden eingeladen, zur eingangs erwähnten Konsultation bis zum 14. August 2020 Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens und unterbreiten Ihnen nachfolgend gerne unsere Position.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband (SAV) ist seit 1908 die Stimme der Arbeitgeber in Wirtschaft, Politik und Öffentlichkeit. Er vereint als Spitzenverband der Schweizer Wirtschaft rund 90 regionale und branchenspezifische Arbeitgeberorganisationen sowie einige Einzelunternehmen. Insgesamt vertritt er über 100'000 Klein-, Mittel- und Grossunternehmen mit rund 2 Millionen Arbeitnehmenden aus allen Wirtschaftssektoren. Der SAV setzt sich für eine starke Wirtschaft und den Wohlstand der Schweiz ein. Er verfügt dabei über anerkanntes Expertenwissen insbesondere in den Bereichen Arbeitsmarkt, Bildung und Sozialpolitik.

**Die Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV):**

**Der SAV begrüsst die Aktualisierung der Weisung, zumal durch konkrete praxisorientierte Fallbeispiele der gesetzlich zulässige Rahmen besser verständlich gemacht wird. Wichtig ist jedoch, dass die Präzisierungen praxisfreundlich sind.**

**Unnötige Einschränkungen machen den Verleihbetrieb insgesamt unattraktiver und schaden letzten Endes insbesondere auch den Arbeitnehmenden. Der Personalverleih gewährt nicht nur flexible Lösungen für die Einsatzbetriebe, sondern bietet für Arbeitnehmende auch eine gute Chance für den Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt.**

**Im Einzelnen:**

- Auslegungen, welche nicht das AVG betreffen, sind zu streichen.

./.

- Ziffer 2.6.4.3 ist dahingehend zu präzisieren, dass sich die Anwendbarkeit der DSGVO auf Schweizer Unternehmen jeweils im Einzelfall aus den Artikeln 3 und 27 DSGVO ergibt.
- Ziffer 3.1.1 ist wie folgt zu ändern: «Der Verleiher und der Einsatzbetrieb verfügen über ein geteiltes Weisungsrecht gegenüber dem temporären Arbeitnehmenden, wobei der Verleiher wesentliche Teile des Weisungsrechts an den Einsatzbetrieb abtritt.»
- Ziffer 3.1.1.4 ist dahingehend zu ändern, dass die Abgrenzungskriterien zwischen den Obligationen Arbeitsvertrag, Werkvertrag und Auftrag präziser definiert sind.
- Ziffer 3.8.2 ist mit folgendem Text zu ergänzen: «oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form.»
- Die Ausführungen unter Ziffer 3.8.6 betr. «Dauer des Mietverhältnisses an die Dauer des Arbeitsverhältnisses anpassen», sind zu streichen.
- In Ziffer 3.8.7 sind die Ausführungen, dass im Personalverleih keine Möglichkeit für unentgeltliche Probearbeit besteht zu streichen und es ist zu ergänzen, dass eine Abgrenzung zu Schnuppertagen vorgenommen wird.
- Ziffer 3.8.9 ist mit weiteren Kriterien für die Beurteilung, ob ein Kettenarbeitsvertrag vorliegt oder nicht, zu ergänzen und präzisieren.
- Der SAV begrüsst die Klarstellung unter Ziffer 3.8.13, dass es nicht zulässig ist, bei einem befristeten Vertrag vorzusehen, dass er bei einer stillschweigenden Weiterführung als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt.
- Ziffer 3.8.14 Arbeitszeiten:
  - Die Passage betr. Art. 330b OR ist zu streichen.
  - Die Ausführungen, dass ein Teilzeitvertrag für alle Arbeitsverhältnisse «nicht gehe», ist zu streichen.
  - Das Beispiel ist wie folgt zu ändern: «... Für nicht geleistete Arbeitsstunden ab 34 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche wird keine Entschädigung ... geleistet.»
  - Das Beispiel, dass bei einem Teilzeitvertrag die Arbeitstage, an denen das entsprechende Pensum gearbeitet wird, geregelt sein muss, ist zu streichen.
- Ziffer 3.9.9. ist vollständig zu streichen.

## I. Vorbemerkungen

Der Entwurf der Überarbeitung der Weisungen und Erläuterungen zum AVG ist sehr spezifisch auf die Branche des Personalverleihs ausgerichtet. Unser Mitglied Swisstaffing lässt sich deshalb selbständig und umfassend mit seiner Eingabe verlauten.

Der SAV als Dachorganisation kommentiert mit der vorliegenden Stellungnahme einzelne Weisungen und Erläuterungen des erwähnten Entwurfs. Die Fokussierung auf die spezifischen Punkte soll vor dem Hintergrund verstanden werden, dass der SAV eine Vielzahl von verschiedenen Branchen mit unterschiedlicher Zielrichtung vertritt. Art. 19 AVG (Arbeitsvertrag) bzw. Ziffer 3.8 stehen dabei im Vordergrund.

Die Kommentierung des SAV folgt der Systematik des Entwurfs «Weisungen und Erläuterungen».

## II. Formeller Antrag

Der SAV erinnert daran, dass die Auslegung der arbeitsrechtlichen Normen, v.a. jene des Einzelarbeitsvertrages nach Art. 319 ff. Obligationenrecht, grundsätzlich den zivilen Gerichten obliegt – und nicht Aufgabe des SECO ist. Als eidgenössische Arbeitsmarktbehörde und Aufsichtsbehörde hat das SECO für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen und kann den Durchführungsstellen im Zusammenhang mit dem Gesetzesvollzug Weisungen erteilen. In den Weisungen und Erläuterungen zum AVG hat es jedoch keinen Platz für die Auslegung der Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag durch das SECO.

**Der SAV beantragt, Auslegungen, welche nicht das AVG betreffen, zu streichen.**

## III. Zu den einzelnen Anträgen (materiell):

### 1. Ziffer 2.6.4.3 Europäische Datenschutz-Grundverordnung

«Die Anwendbarkeit der DSGVO auf Schweizer Unternehmen ergibt sich aus Artikel 3 und 27 DSGVO.» Diese Formulierung ist missverständlich, u.E. kann man verstehen, dass die genannte Verordnung für Schweizer Unternehmen zwingend anwendbar ist.

**Der SAV schlägt eine Präzisierung dahingehend vor, dass die genannten Artikel nur im Einzelfall und bei gegebenen Voraussetzungen auf Schweizer Unternehmen Anwendung finden.**

### 2. Ziffer 3.1.1: Welche Vertragsverhältnisse fallen unter das AVG?

In den Weisungen wird erklärt: «Der Arbeitgeber ist zugleich der Verleiher. Dieser tritt das wesentliche Weisungsrecht ganz oder zu grossen Teilen an einen Dritten (Einsatzbetrieb) ab.» Dies ist zu unpräzise.

**Der SAV schliesst sich dem Vorschlag der Stellungnahme von Swisstaffing an und stellt den Antrag deren Formulierung zu wählen: “Der Verleiher und der Einsatzbetrieb verfügen über ein geteiltes Weisungsrecht gegenüber dem temporären Arbeitnehmenden, wobei der Verleiher wesentliche Teile des Weisungsrechts an den Einsatzbetrieb abtritt.”**

### 3. Ziffer 3.1.1.4 Welches sind die Abgrenzungskriterien zwischen Erfüllung eines Auftrages oder Werkvertrages für den Arbeitgeber und Erbringung einer Arbeitsleistung (= Personalverleih)?

Die Abgrenzung zwischen den Obligationen Auftrag, Werk- und Arbeitsvertrag ist nicht immer ganz einfach. Der SAV empfiehlt daher, die entsprechenden Voraussetzungen der genannten Vertragsarten genauer zu umschreiben und die diesbezüglichen Abgrenzungskriterien präziser zu definieren.

**Der SAV teilt den Vorschlag von Swisstaffing und unterstützt diesen.**

### 4. Ziffer 3.8.2 Schriftlichkeit (Art. 48 AVV)

Die Digitalisierung schreitet fortlaufend voran und nimmt einen immer grösser werdenden Platz in unserem Arbeits- und Vertragsleben ein. Das starre Schriftlichkeitserfordernis kann so oftmals hinderlich

sein. Gemäss Swisstafing wächst der Digitalisierungsdruck seitens der Einsatzbetriebe auf die Personalverleiher. Ein Grossteil der Einsatzbetriebe möchte keine Verleih- und Einsatzverträge mehr handschriftlich unterzeichnen. Dies aufgrund von Zeitdruck, insbesondere bei kurzfristigen Einsätzen, aber auch aufgrund der Kompatibilität mit internen digitalen Geschäftsprozessen.

Der SVA begrüsst deshalb eine Lösung, die den Vertragsparteien eine flexiblere und schnellere Form zur Vertragsunterzeichnung innerhalb von Art. 19 und 22 AVG sowie Art. 48 AVV erlaubt, welche die Beweisbarkeit einer klaren und eindeutigen Willensbekundung festhält. Mit dem Zusatz: «oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form» wäre diesem Erfordernis genüge getan.

**Der SAV beantragt, diese Ziffer mit dem Passus «oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form» zu ergänzen.**

#### 5. Ziffer 3.8.6 Zusätzliche Vermietung von Wohnraum

In den Weisungen und Erläuterungen wird ausgeführt, dass das Mietverhältnis in einem eigenständigen Vertrag und mit einer vom Arbeitsverhältnis unabhängigen Dauer zu vereinbaren ist. Nach Rückmeldung eines unserer Mitglieder ist nicht ersichtlich, warum die Dauer des Mietvertrages nicht an die Dauer des Arbeitsverhältnisses geknüpft werden darf – dies ist eine weitverbreitete Praxis, selbst wenn eine separate Vereinbarung vorliegt.

**Der SAV verweist auf seinen formellen Antrag unter II., wonach die Auslegung des SECO keinen Einzug in die Weisungen und Erläuterungen finden soll. Die genannten Ausführungen sollen gestrichen werden.**

#### 6. Ziffer 3.8.7 Unentgeltliche Probearbeit

Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit muss die Zulässigkeit des entschädigungslosen Probearbeitens bejaht werden (vgl. BGE 8C\_726/2011 vom 11.1.2012 E. 3.3.). Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Probearbeit im Bereich Personalverleih ausgeschlossen sein soll. Es wird damit eine Ungleichbehandlung mit Arbeitgebern geschaffen, die nicht in der Branche des Personalverleihs arbeiten. Eine solche Einschränkung könnte allenfalls eine falsche Signalwirkung auf andere Branchen haben, was keinesfalls gewünscht ist. Bei Schnuppertagen, d.h. dem Kennenlernen von Beruf/Betrieb und dem Miterleben des Arbeitsalltags hat die schnuppernde Person (meist Jugendliche) im Unterschied zum Probearbeiten keinen Anspruch auf Entlohnung. Diese Unterscheidung sollte in den Weisungen und Erläuterungen der Präzisierung halber aufgenommen werden.

**Der SAV beantragt, die Ausführungen, dass es im Personalverleih keine Möglichkeit für unentgeltliche Probearbeit besteht zu streichen und, dass eine Abgrenzung zu Schnuppertagen vorgenommen wird.**

#### 7. Ziffer 3.8.9 Kettenarbeitsverträge

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht von Rechtsmissbrauch auszugehen, wenn für den Abschluss mehrerer aufeinanderfolgenden befristeter Verträge ein sachlicher Grund besteht und diese Vertragsgestaltung nicht bezweckt, den Kündigungsschutz zu umgehen oder das Entstehen von Rechtsansprüchen, zu verhindern (BGE 129 III 618 E.6.2). Es ist in der Rechtsprechung keine Rede von einer Weiterführung des Vertrages, wenn eine bestimmte Dauer des ersten Einsatzes mit einer

bestimmten Dauer unterbrochen wird, wie dies die Weisungen und Erläuterungen tun. Ob ein Kettenarbeitsvertrag vorliegt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände und sachlichen Gründe zu prüfen. Als sachliche Gründe seien hier beispielsweise Saisonarbeitsverträge zu nennen.

**Der SAV fordert die Präzisierung der Kriterien betr. Kettenarbeitsvertrag.**

#### **8. Ziffer 3.8.13 Die Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen**

In dem Personalverleih zu Grunde liegenden Dreiecksverhältnis darf es keine Situation geben, in welcher der Verleiher der Meinung ist, dass das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf beendet sei und ihn dadurch keine Lohnfortzahlungspflicht mehr treffe. Der Arbeitnehmer arbeitet jedoch weiterhin beim Einsatzbetrieb, dies in der Annahme, das Arbeitsverhältnis sei stillschweigend fortgesetzt worden und der Einsatzbetrieb akzeptiert diese Fortsetzung der Arbeit. Die Weisungen halten deshalb fest, dass es bei einem befristeten Vertrag nicht zulässig ist, dass er bei einer stillschweigenden Weiterführung als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt.

**Der SAV begrüsst, dass es gemäss den Weisungen nicht zulässig ist, bei einem befristeten Vertrag vorzusehen, dass er bei einer stillschweigenden Weiterführung als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt.**

#### **9. Ziffer 3.8.14 Arbeitszeiten**

##### Art. 330b OR

In den Weisungen und Erläuterungen zum AVG wird auf Seite 101 aufgeführt, dass nach der Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b Abs. 1 lit. e OR der Arbeitgeber (...) schriftlich über die wöchentliche Arbeitszeit informieren muss (...). Für den SAV ist dieser Hinweis unklar bzw. er verwirrt. Bei Art. 330b OR handelt es sich lediglich um eine Obliegenheit des Arbeitgebers, dies im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 AVG.

**Der SAV beantragt, diese Passage zu streichen.**

##### Teilzeitvertrag

Auf Seite 103 der Weisungen ist vermerkt, «dass es nicht angehe, dass ein Verleiher in der Folge diesen Mustervertrag (von eben einem 80% Pensum) auf alle Arbeitsverhältnisse zum Einsatz bringt». Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit ist nicht ersichtlich, weshalb ein solcher Mustervertrag nicht auf alle Arbeitsverhältnisse Anwendung finden sollte.

Das Obligationenrecht geht vom Grundprinzip der Vertragsfreiheit aus. Sie gibt einer Person die Freiheit, innerhalb der Schranken des Gesetzes zu entscheiden, mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschliessen will. Dazu gehört auch, ob man ein Pensum von 100% eingehen möchte oder von weniger Stellenprozenten.

Schliesslich sei erwähnt, dass eine Teilzeitstelle nicht nur den Arbeitgebern Vorteile bringen kann, es gibt auch viele Arbeitnehmende, die sich ein Teilzeitpensum wünschen. Dies aus den unterschiedlichsten Gründen, sei dies, um familiären Pflichten nachzugehen oder sei es, um mehr Zeit für ein Hobby zu haben.

**Der SAV beantragt, die zitierte Stelle zu streichen.**

#### Bandbreitenmodell/Unechte Arbeit auf Abruf

Gemäss Weisungen ist die unechte Arbeit auf Abruf nicht möglich: «Für die Zeit in der Bandbreite, in welcher der Arbeitnehmende nicht arbeiten kann, weil ihn der Einsatzbetrieb nach Hause schickt, muss ihm analog der Arbeit auf Abruf zusätzlich eine Entschädigung bezahlt werden.» Es ist allerdings nicht einzusehen, weshalb unechte Arbeit auf Abruf unzulässig sein soll. Vielmehr kann es einem tatsächlichen betrieblichen Bedürfnis entsprechen, im Notfall auf eine Person in Form unechter Arbeit auf Abruf zurückzugreifen.

Unter Bandbreitenmodell bei unechter Arbeit auf Abruf kann ein Arbeitsverhältnis mit Mindestarbeitszeiten verstanden werden und es ist aus der Sicht des SAV nicht verständlich, weshalb dies unzulässig sein sollte. Der Arbeitnehmer kann dabei selber bestimmen, wieviel Einsätze er innerhalb dieser Bandbreite annehmen möchte. Dabei sind nur die tatsächlich geleisteten Einsätze zu bezahlen.

**Der SAV beantragt, das Beispiel wie folgt zu ändern: «... Für nicht geleistete Arbeitsstunden ab 34 Std./Woche bis zu 42 Std./Woche wird keine Entschädigung ... geleistet.»**

#### Arbeitstage von Teilzeitangestellten

In den Weisungen wird festgehalten, dass «die Arbeitstage, an denen das entsprechende Pensum gearbeitet wird, geregelt und klar ausgewiesen» sein muss. Mit dieser Einschränkung beraubt man die Einsatzbetriebe der angestrebten Flexibilität, die der Betrieb durch den Einsatz von Temporärmitarbeitenden erhalten möchte. Für Branchen mit starken Schwankungen im Arbeitsanfall widerspricht diese Regelung jeglicher Flexibilisierung. Untersteht ferner ein Einsatzbetrieb einem GAV sind ausschliesslich die in dem GAV vereinbarten Arbeitszeiten massgebend.

**Der SAV beantragt die Streichung dieses Beispiels.**

### **10. Ziffer 3.9.9. Welcher ave GAV ist anwendbar bei Wechsel des Einsatzortes?**

Die Weisungen erklären, dass der Sitz des Verleihbetriebs für die Frage, welcher ave GAV anwendbar ist, keine Bedeutung habe. Der Sitz des Einsatzbetriebs sei ebenfalls nicht relevant, da dies eine Ungleichbehandlung gegenüber den aus dem Ausland in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden bewirken würde. Für diese gelte der am Ort der Arbeitsleistung gültige ave GAV. Zweitens könnte, wenn nur am Arbeitsort, nicht aber am Ort des Einsatzbetriebes ein ave GAV bestehe, dieser nicht auf die verliehenen Arbeitnehmenden angewendet werden. Zur Frage, welcher ave GAV gilt, wenn der Arbeitnehmende den Arbeitsort wiederholt in rascher Folge wechselt, halten die Weisungen fest: Nur, wenn am Entsendort (dem anderen Arbeitsort) ein ave GAV existiert, der deutlich höhere Mindeststandards enthält als derjenige am Herkunftsort (Hauptarbeitsort), gilt das Vorortprinzip. Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden. Der Vergleich mit dem Entsendegesetz ist hier fehl am Platz. Zu vergleichen

wäre die Einhaltung des ave GAV am effektiven Arbeitsort mit dem ave GAV des Stammpersonals des Einsatzbetriebes. Im Rahmen eines ave GAV kommt für das Stammpersonal der ave GAV am Sitz des Einsatzbetriebes zur Anwendung. Würde man für den verliehenen Arbeitnehmer auf den effektiven Arbeitsort abstellen, hätte dies zu Folge, dass eine Ungleichbehandlung mit dem Stammpersonal eines Einsatzbetriebes erfolgt. Zudem würde der regelmässige Wechsel des effektiven Arbeitsorts und damit allenfalls des anwendbaren ave GAV zu unnötigem Mehraufwand führen, da regelmässig neue Bestimmungen eingehalten werden müssten. Dies würde zudem dem schriftlichen Arbeitsvertrag im Weg stehen, da dieser jeweils angepasst werden müsste.

**Der SAV beantragt die Streichung dieser Ziffer.**

### **11. Ziffer 3.11.9 Die Folgen bei einer Massentlassung**

Bei dieser Ziffer erinnert der SAV daran, dass entlehene Arbeitnehmer nicht zur Anzahl Beschäftigten eines Einsatzbetriebes gehören (vgl. Ausführungen von Swisstaffing). Diese Temporärmitarbeiter werden somit nach wie vor bei einer Massentlassung des Entsendebetriebs nicht mitgezählt und sind für die Erfüllung der in Art. 335d OR vorgesehenen Quoren nicht massgebend.

Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Eingabe und stehen Ihnen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND



Daniella Lützel Schwab Saija, lic.iur.  
Mitglied der Geschäftsleitung  
Ressort Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht



Andrea Schwarzenbach, MLaw  
stv. Ressortleiterin Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht