Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
Rechtsdienst

Thurgau

Vertragswesen im Personalverleih

Kommentar zum Leih- oder Regiearbeitsvertrag

Auf den Leiharbeitsvertrag sind einerseits die Vorschriften von Art. 319 ff. Obligationenrecht (OR) über den Arbeitsvertrag und andererseits diejenigen von Art. 19 f. Arbeitsvermittlungsgesestz (AVG, SR 823.11) sowie Art. 48 f. Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV, SR 823.111) anwendbar. Die Regelungen des AVG sind zwingende Gesetzesvorschriften, von denen die Parteien des Arbeitsvertrages grundsätzlich nur zugunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers abweichen dürfen. Das AVG geht als Spezialrecht den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR vor, womit jene Regelungen nur subsidiäre Geltung beanspruchen. Ferner sind auf das Arbeitsverhältnis weitere arbeitsrechtliche Erlasse, z.B. das Eidg. Arbeitsgesetz sowie zahlreiche Sozialversicherungsgesetze anwendbar.

Der Arbeitsvertrag zwischen Verleihbetrieb und Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer wird auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit abgeschlossen. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat den Anspruch darauf, beschäftigt zu werden, womit das Risiko für fehlende Einsätze grundsätzlich bei der Arbeitgeberin oder beim Arbeitgeber, d.h. beim Verleihbetrieb, liegt.

Der Zweck des Leiharbeitsvertrages ist der Verleih der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers an einen Drittbetrieb (Einsatzbetrieb). Die Mitarbeiter können jedoch auch im eigenen Betrieb eingesetzt werden. Der Arbeitsvertrag ist schriftlich vor der Arbeitsaufnahme abzuschliessen, es sei denn, die zeitliche Dringlichkeit der Arbeitsaufnahme lasse einen schriftlichen Vertragsabschluss nicht mehr zu; in diesem Falle ist der Vertrag bis zum nächstmöglichen Zeitpunkt schriftlich abzufassen. Verstösst der Verleihbetrieb gegen das Schrifterfordernis, kann das AWA als bewilligende Behörde Sanktionen - z.B. Entzug der Bewilligung oder Verzeigung - ergreifen.

Für jeden Einsatz in einem Drittbetrieb muss ein Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. (siehe Punkt 3.2 des Arbeitsvertrages)

Folgende Punkte sind gemäss Art. 19 AVG im Arbeitsvertrag zwingend zu regeln:

- **Art der zu leistenden Arbeit;**
- **Arbeitsort und Beginn des Einsatzes;**
- **Dauer des Einsatzes oder Kündigungsfrist;**
- **Arbeitszeiten;**
- **Lohn, Spesen, Zulagen und Abzüge für die Sozialversicherung;**
- **Leistungen bei Überstunden, Krankheit, Mutterschaft, Unfall, Militärpflicht und Ferien;**
- **Termine für die Auszahlung des Lohnes, der Zulagen und übrigen Leistungen.**

Verwaltungsgebäude
Promenadenstr. 8, 8510 Frauenfeld
T +41 58 345 54 06, F +41 58 345 54 01
www.awa.tg.ch

Im Folgenden möchten wir ausgewählte Vertragspunkte kurz kommentieren:

Zu 2.2 Spesen

Dem Leiharbeitnehmer, der mehrheitlich im eigenen Betrieb arbeitet, müssen die anfallenden Spesen bei einem Einsatz entschädigt werden. Grundsätzlich sind keine Pauschalen zulässig. Die Beträge sind jeweils detailliert und genau auszuweisen.

Zu 2.3 Überstunden / Überzeit / Nachtarbeit

Arbeitsstunden, welche die wöchentliche Arbeitszeit überschreiten, jedoch unter der Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 und 12 Arbeitsgesetz (ArG) liegen, gelten als Überstunden. Sie müssen mit Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen werden oder können mit einem festzulegenden prozentualen Zuschlag entschädigt werden. Arbeitsstunden, welche über der Höchstarbeitszeit nach ArG liegen, gelten als Überzeit. Überzeitarbeit ist zwingend mit einem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen. Ein Freizeitausgleich 1:1 ist nur dann möglich, wenn der betroffene Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin dies wünscht oder damit einverstanden ist.
Nacht- oder Schichtarbeit ist bewilligungspflichtig. Arbeitnehmenden, die nur vorübergehend (max. 24 Nächte pro Kalenderjahr) Nachtarbeit verrichten, hat der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin gemäss Art. 17 ArG einen Lohnzuschlag von 25% zu bezahlen. Arbeitnehmende, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, in der sie Nachtarbeit geleistet haben. Die Ausgleichsruhezeit muss gewährt werden und darf nicht mit monetären Leistungen verrechnet werden.

Zu 2.7.1 Ferien

Die Abgeltung von Ferienansprüchen durch Lohnzusätze während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist gemäss einer zwingenden Bestimmung des Obligationenrechts (Art. 329d OR) nicht zulässig. Die Ferien müssen bezogen werden.

Zu 2.8 Sozialleistungen

Bei Unfall, Krankheit, Militär- und Zivilschutz, sowie Schwangerschaft und Niederkunft sind im Mustervertrag lediglich die äussersten Minima statuiert. Es empfiehlt sich, für den Krankheitsfall sowie bei Schwangerschaft und Niederkunft eine entsprechende Krankentaggeldversicherung abzuschliessen. Die Lösung muss mindestens gleichwertig Art. 324a OR sein. Die Prämien können zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin / Arbeitnehmer je hälftig geteilt werden. Bei der Prämienaufteilung ist darauf zu achten, dass es nicht gestattet ist, für Männer und Frauen unterschiedliche Prozentsätze festzulegen.

Die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR beginnt bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen ab dem 1. Arbeitstag des 4. Monats. Befristete Arbeitsverhältnisse, welche für eine Dauer von über drei Monaten abgeschlossen wurden, beginnt die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR bereits ab dem 1. Arbeitstag.
Mutterschaftsentschädigung: Arbeitsverhinderung infolge Schwangerschaft vor der Niederkunft muss über die normale Krankentaggeldentschädigung abgewickelt werden. Arbeitnehmerinnen haben gemäss Artikel 16b ff Erwerbsersatzgesetz (EOG) Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung, wenn sie während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinn des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVG, versichert waren, während dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und im Zeitpunkt der Niederkunft immer noch Arbeitnehmerinnen sind. Der Entschädigungsanspruch entsteht am Tag der Niederkunft. Die Mütter erhalten während dem maximal 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde. Sind die Leistungen der Mutterschaftsentschädigung geringer, sind diese für beschränkte Zeit vom Arbeitgeber auf 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde, zu ergänzen (Art. 324b Abs. 2 OR). Der Arbeitgeber ist vorleistungspflichtig. Die Mutterschaftsentschädigung wird in Form eines Taggeldes (max. 98 Taggelder) ausbezahlt. Der Anspruch endet vorzeitig, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnimmt. (http://www.ahv.ch/Home-D/allgemeines/MEMENTOS/6.02-D.pdf)
Bei Beschäftigung bei Mutterschaft gibt es noch einige Regelungen aus dem Arbeitsgesetz zu beachten
(http://www.seco-admin.ch/themen/arbeit/arbeitnehmer/frauen/index.html).
So dürfen z.B. Wöchnerinnen während der ersten acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden. So könnte eine finanzielle Lücke entstehen, da die Mutterschaftsentschädigung 14 Wochen nach Niederkunft endet. Will die Mutter bis Ende der 16. Woche nach Niederkunft nicht arbeiten, ist der Arbeitgeber für diese zwei Wochen nicht lohnfortzahlungspflichtig. Bringt sie jedoch ein Arztzeugnis, welches eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bestätigt, ist der Arbeitgeber im Rahmen von Art. 324a OR lohnfortzahlungspflichtig. Weitergehende ave-GAV Bestimmungen gehen vor. Diese müssen selbstverständlich vom Verleiher als Arbeitgeber eingehalten werden. Es ist aufzuführen, dass auch Nichtbetriebsunfälle gedeckt werden, wenn die wöchentliche Arbeitszeit mindestens 8 Stunden beträgt. Liegt die wöchentliche Arbeitszeit unter 8 Stunden, gelten Unfälle auf dem Arbeitsweg als Betriebsunfälle. Gemäss Art. 91 Abs. 1 UVG muss die volle Prämie der Betriebsunfallversicherung von der Arbeitgeberin bzw. vom Arbeitgeber getragen werden.
Die Unfallversicherung (UVG) und der Erwerbsersatz bei Militär-, Zivildienst und Zivilschutz (EO) sind obligatorische Versicherungen. Die Lohnfortzahlungspflicht beginnt ab 1. Arbeitstag. Allfällige Wartezeiten (Karenztage bei UVG) müssen vom Arbeitgeber mit 80% des Lohnes entrichtet werden (Art. 324b Abs. 3 OR). Gemäss Art. 324b Abs. 2 OR

sind Versicherungsleistungen auf 80% zu ergänzen, wenn die Versicherungsleistungen geringer sind (EO). Dies gilt insbesondere für die Mutterschaftsentschädigung, sofern die Mutter anspruchsberechtigt ist.
BVG: Nach Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) unterstehen Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr vollendet haben und bei einem Arbeitgeber einen bestimmten Mindestjahreslohn (Fr. 21'150) beziehen, der obligatorischen Versicherung.
Art. 7 Abs. 1 BVG definiert, ab wann die Arbeitnehmer gegen welche Risiken zu versichern sind (gegen den Tod und die Invalidität ab 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres, gegen das Alter ab 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres).

Zu 2.9 Kündigung

Beim Leiharbeitsverhältnis wechselt bei einem Einsatz nur der Arbeitsort. Das Arbeitsverhältnis wird nicht unterbrochen. Deshalb gelten die Kündigungsfristen gemäss Art. 19 Abs. 4 lit. a und b AVG für den Leiharbeitsvertrag nicht. Es treten die Fristen gemäss Art. 335c OR in Kraft.

Zu 2.11 Datenschutz

Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber darf Daten über die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer nach Austritt aus dem Betrieb nur mit der Zustimmung der betroffenen Person bearbeiten. Die Zustimmung hat schriftlich zu erfolgen und kann jederzeit widerrufen werden. Der Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin ist auf dieses Recht aufmerksam zu machen. Vorbehalten bleiben Verpflichtungen aufgrund anderer Normen zur Aufbewahrung einzelner Daten.
Referenzen oder Gutachten über Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen ebenso nur mit deren Zustimmung eingeholt werden, sei es vom Verleiher selber oder von Einsatzbetrieben.

Zu 3.4 Abzüge für Sozialleistungen

Alle Abzüge (NBU, ALV, AHV / IV / EO, Lohnausfallversicherung, BVG) müssen in Prozenten aufgeführt werden. Der Arbeitnehmeranteil ist massgebend.

Wichtiger Hinweis

Bei dem von uns ausgearbeiteten Vertrag handelt es sich um einen reinen Mustervertrag. Bei der Vorbereitung zur Erteilung der Bewilligung zum Personalverleih oder Bewilligungsänderungen prüfen wir die Verträge und fordern vom Gesuchsteller bei Unstimmigkeiten entsprechende Anpassungen. Dies soll jedoch die Verleiher nicht davon abhalten, bei anstehenden Änderungen infolge Gesetzesrevisionen das Vertragswesen stets selbständig auf dem neuesten Stand zu halten.

Es steht Ihnen selbstverständlich frei, selbstgestaltete Verträge mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern abzuschliessen, die jedoch den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und Personalverleih (AVG) vom 6. Oktober 1989 entsprechen müssen.