

Daniel Ch. Bloch

Von: legal <legal@swisstaffing.ch>
Gesendet: Montag, 13. Dezember 2021 10:04
An: Daniel Ch. Bloch
Betreff: Anfrage Ferienguthaben Auszahlung

Sehr geehrter Herr Bloch

Besten Dank für Ihre Anfrage.

Ich nehme Bezug auf unser Telefongespräch.

Meine Kommentare habe ich jeweils im Anschluss an Ihre Fragen direkt **in roter Farbe eingefügt**.

Ich hoffe, Ihnen damit weitergeholfen zu haben.

Freundliche Grüsse

Philipp Müller

Rechtsanwalt
Mitarbeiter Rechtsdienst

Flexwork und soziale Absicherung: www.swisstaffing.ch/whitepaper
Swisstaffing

Stettbachstrasse 10
CH-8600 Dübendorf
Tel.: +41 44 388 95 75

legal@swisstaffing.ch
www.swisstaffing.ch

NOTE: This message contains confidential information and is intended only for the individual named herein. If you are not the herein named addressee you should not disseminate, distribute a copy or otherwise make use of this e-mail. Please notify the sender immediately by e-mail if you have received this e-mail by mistake, and delete this e-mail from your system.

Von: Daniel Ch. Bloch <d.bloch@pcjob.net>
Gesendet: Donnerstag, 9. Dezember 2021 11:01
An: legal <legal@swisstaffing.ch>
Betreff: Anfrage Ferienguthaben Auszahlung

Sehr geehrte Damen und Herren

Die letzten Jahre war es bei vielen Personalverleihern Praxis, am Ende des Jahres das Ferienguthaben auszubezahlen, unabhängig vom Bezug der Ferien und somit die Rückstellungen zu saldieren.

Gemäss Art. 13 Abs 2 Kommentar GAV Personalverleih wäre dies nicht gestattet.

In diesem Zusammenhang haben sich in Gesprächen mit Verleihern folgende Fragen ergeben, **gerade für das Jahresende**

- Ferienbezug im selben Jahr und mindestens zwei Ferienwochen
Im selben Jahr kann noch nachvollzogen werden im Verleih, aber die zwei Ferienwochen nur bedingt.
 - Viele Einsätze sind zu kurz, um ein Ferienguthaben von 2 Wochen aufzubauen, dazu benötigen wir 5-6 Monate Einsatzdauer ohne Ferien
 - Wie strikt ist diese Anweisung zu verstehen

Grundsätzlich handelt es sich bei der Regelung, wonach mindestens 2 Ferienwochen zusammenhängen müssen um eine allgemeine Regelung des Obligationenrechts (OR) und zwar um die in Art. 329c Abs. 1 OR verankerte Regelung. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Ferien dem Erholungszweck dienen müssen. Es handelt sich also nicht um eine GAV Personalverleih (GAVP) spezifische Regelung. Mittels Verweis in Art. 41 GAVP kommt diese Regelung auch für die temporären Mitarbeitenden zur Anwendung.

Wie Sie zurecht erwähnen, gibt es im Personalverleih oft nur kurze Zeit dauernde Arbeitsverhältnisse (wenige Tage oder Monate). In diesen Konstellationen ist ein Ferienbezug von 2 Wochen dann nicht möglich, wenn ein Mitarbeiter im Verlaufe seiner Anstellung gar keine 2 Wochen Ferien akkumuliert. In diesem Sinne sollte die Regelung nach Möglichkeit bestmöglich umgesetzt werden, sofern dies aufgrund der Dauer des konkreten Einsatzes überhaupt möglich ist.

- Ferienbezug im selben Jahr
 - Daraus resultiert eigentlich, dass per Ende Jahr die Ferien saldiert werden müssen. Wie haben wir uns das in der Praxis vorzustellen, davon ausgehend, dass ein TMA keine Ferien bezieht Ende Jahr. Darf eine generelle Auszahlung aller Guthaben erfolgen?

Gemäss Art. 13 Abs. 2 GAVP darf die Auszahlung des Ferienlohnes für maximal dreimonatige, einmalige Arbeitsverhältnisse direkt mit dem Lohn erfolgen, muss aber auf der Lohnabrechnung separat ausgewiesen werden. Die Auszahlung des Ferienlohnes für alle übrigen Arbeitsverhältnisse darf **nur bei Bezug der Ferien oder bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses** erfolgen, sofern der Bezug innerhalb der Kündigungsfrist nicht möglich oder gesetzlich nicht erlaubt ist. Das laufende Ferienguthaben ist auf den Lohnabrechnungen auszuweisen. Daraus ergibt sich, dass Ende Jahr keine generelle Auszahlung aller Ferienguthaben erfolgen darf. Die Ferien sollten nach Möglichkeit im betreffenden Jahr real bezogen werden und ansonsten, wenn dies nicht vollständig möglich ist, im Restumfang ins neue Kalenderjahr transferiert werden. Die Verjährung von Ferienansprüchen beträgt übrigens 5 Jahre.

- - bei Ferienbezug im Umfang der effektiv bezogenen Ferien
 - Das bedeutet, dass wir sowohl eine Ferienkontrolle und eine Tageberechnung gemäss bestehendem Ferienguthaben und aktuellem Stundenlohn erstellen müssten **Das ist korrekt.** – Ich kenne wenige, welche so etwas auch nur Ansatzweise machen
 - Praxis ist, dass der TMA Ferien bezieht und dabei einen Teil oder das gesamte Ferienguthaben auf Wunsch erhält.

Die von Ihnen erwähnte Praxis widerspricht Art. 13 Abs. 2 AVG. Ich verweise hierzu auf meine hiervor gemachten Ausführungen.

- Ferienbezug bei wiederholenden Kurzeinsätzen
 - In Absprache mit den verschiedenen Paritätischen Kommissionen gibt es Verleiher, die zur korrekten Einhaltung von Kündigungs- und Arbeitszeitvorschriften (Seco Anweisung Dez 2019) sogenannte Kurzeinsätze verwenden. Dabei handelt es sich um Einsätze, die kein Mindestpensum verwenden können und somit jeweils fix für 1-2 Tage gemacht werden. Somit wird ein «fehlerhafter» Annahmeverzug umgangen. Die Problematik dahinter ist diejenige mit den Ferien dieser TMA. Die Ferien werden per se nicht festgehalten (oder nur bei TMA mit regelmässigen Einsätzen), sie haben in dieser Zeit einfach keinen Einsatz. Wie wirken sich die obgenannten Fragen auf dieses Vertragsverhältnis aus...?

Dies bedeutet, dass es sich um mehrere kurze befristete Einsätze von wenigen Tagen (und unter 3 Monaten) handelt. Es ist in diesem Zusammenhang auf Art. 13 Abs. 2 GAVP zu verweisen. Sofern es sich nicht um ein einmaliges Arbeitsverhältnis handelt, ist die Auszahlung des Ferienlohnes auch in diesen Konstellationen nur bei Bezug der Ferien oder bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sofern der Bezug innerhalb der Kündigungsfrist nicht möglich oder gesetzlich nicht erlaubt ist, zulässig.

Zusätzlich werde ich eine schon länger im Raum stehende Frage auf, ohne einen Sturm im Wasserglas auslösen zu wollen. Als Verleiher haben wir keine Kontrollmöglichkeiten, was die Ferien der TMA angeht.

- Die wenigsten Verleiher (meines Wissens) führen eine Kontrolle über bezogene Ferientage (dürften ja auch nur die entsprechenden 4-5 Wochen sein)

- Noch weniger ist eine Kontrolle möglich, ob der TMA in dieser Zeit tatsächlich Ferien macht oder bei einem anderen Verleiher oder in einer anderen Teilzeitstelle arbeitet. Als Festangestellte haben wir entsprechende Klauseln und das OR, TMA meines Wissens nicht.

Wie soll die Branche generell mit den Ferien umgehen und welche Kontrollmöglichkeiten müsste man allenfalls in Zukunft andenken? Wie weit ist der Verband in diesen Fragen? Bzw. die Gegenfrage, wer kann mit welcher Art juristischer Schwierigkeiten rechnen?

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB), derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Die Beweislast für den Ferienbezug liegt bei der Arbeitgebenden Partei. Steht die Höhe des Ferienanspruchs fest, hat die Arbeitgeberseite also nachzuweisen, in welchem Umfang die gesetzlich oder vertraglich zustehenden Ferientage bezogen worden sind. Gelingt ihr dies nicht, riskiert sie eine Nachforderung bereits bezogener aber nicht bewiesener Ferientage. Das macht klar, wie wichtig eine korrekte und laufend nachgeführte Ferienkontrolle ist.

Betr. Kontrollpflichten hinsichtlich der Frage, ob ein Mitarbeiter effektiv Ferien macht oder während seiner Ferien arbeitet, ist darauf hinzuweisen, dass die Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber als grundlegende Pflicht des Arbeitsverhältnisses eine Treuepflicht haben. Die Mitarbeiter sind daher grundsätzlich verpflichtet, während der Ferien keine Arbeiten oder gar konkurrenzierenden Tätigkeiten auszuüben (aus der Treuepflicht leitet sich auch das allgemeine Konkurrenzverbot während des Arbeitsverhältnisses ab). Sie können die Mitarbeiter auf diese allgemeine und eigentlich selbstverständliche Pflicht hinweisen.

Der zweite Teil ist unscharf formuliert und ich erwarte hier kein Rechtsgutachten sondern einen ersten, unverbindlichen Kommentar 😊

Die Fragen im oberen Teil hingegen sind aktuell und sollten soweit möglich zeitnah beantwortet werden können.

Vielen Dank für Ihre Mühe, ich bin sehr gespannt auf die Antworten.

Mit freundlichen Grüßen

Daniel Ch. Bloch

VRP, CEO, Entwicklungsleiter



btv-data ag

Software & Services für den Personalverleih

Wilhelm Kutter-Weg 29, 2503 Biel/Bienne

032 560 43 01

www.pcjob.net | www.facebook.com/pcjob.net | www.btv-data.ch