

REALISATOR – INFO Nr. 9

eine Dienstleistung für unsere Kunden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit unserer Info Nr. 9 nehmen wir wiederum einige aktuelle Themen aus der Temporärbranche auf:

Seco- Weisung 2009/2 betreffend die Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag und die damit verbundene Lohnzahlungspflicht des Verleihers

Mit Datum vom 7. September 2009 hat das seco eine neue Weisung betreffend die Arbeitszeitregelung im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag sowie die damit verbundene Lohnzahlungspflicht des Verleihers publiziert.

Realisator AG hat sich zusammen mit anderen Interessenvertretern bereits im Rahmen der Vernehmlassung für einen Verzicht auf den Erlass dieser Weisung oder zumindest eine Milderung bei der Formulierung eingesetzt.

Dennoch: Die Weisung ist da und hat in der Branche grosse Unsicherheit über deren Auswirkungen auf die Verleihpraxis hervorgerufen.

An wen richtet sich die Weisung und was will sie?

Die Weisung richtet sich prinzipiell nur an kantonale Arbeitsämter und deren Beamte, welche vom Gesetzgeber mit dem Vollzug des Bundesgesetzes über die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) betraut worden sind. Sie richtet sich also grundsätzlich nicht an die Verleiher direkt und setzt in diesem Sinne auch kein neues Recht! Vielmehr erteilt sie den Arbeitsämtern verbindliche Richtlinien für die Gesetzesanwendung. Im vorliegenden Fall will sie die zuständigen Amtsstellen anweisen, welche vertraglichen Formulierungen betreffend Arbeitszeit und Lohnzahlungspflicht im Rahmen der Aufsicht über Verleihbetriebe genehmigt werden dürfen und welche nicht.

Ändert die Rechtslage durch diese Weisung?

Nein, an den geltenden arbeitsrechtlichen Grundlagen und Bestimmungen ändert sich überhaupt nichts!

Gemäss Art. 19 Abs. 2 AVG sowie Art. 330b OR muss der Verleiher die Arbeitszeit schriftlich im Arbeits- respektive Einsatzvertrag regeln. Es muss für

den Temporärmitarbeiter (TMA) erkennbar sein, in welchem zeitlichen Umfang er seine Dienste zur Verfügung stellen muss und mit welchem Lohn er gestützt darauf rechnen darf. Die zu leistende Arbeitszeit muss also hinreichend bestimmt oder zumindest objektiv bestimmbar sein.

Ferner gerät der Verleiher gestützt auf Art. 324 OR in Annahmeverzug, wenn er dem TMA nicht die vertraglich abgemachten Einsatzzeiten anbieten kann und dieser nicht seinerseits auf das Anbieten der Arbeitsleistung verzichtet. Dies hat zur Konsequenz, dass der Verleiher den Lohn für die ausgefallene Arbeitszeit im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht trotzdem bezahlen muss, ohne dass der TMA im Gegenzug die Arbeitszeit nachleisten muss!

Die neue Weisung ändert an dieser Rechtslage nichts. Vielmehr dürfen nun die Arbeitsämter vertragliche Abmachungen, welche offensichtlich gegen diese zivilrechtlichen Grundsätze verstossen, nicht mehr weiter genehmigen.

Werden die Verleiher nun vermehrt mit Forderungen auf Lohnfortzahlung für Arbeitsausfälle seitens ihrer TMA respektive deren Vertreter (Gewerkschaften) rechnen müssen?

Die ist wohl eher zu verneinen, da sich die Rechtslage eben nicht geändert hat. Die Teilnahme des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) im Rahmen der Vernehmlassung legt indessen die Vermutung nahe, dass die Gewerkschaften respektive die GAV- Vollzugsorgane diese Thematik mehr in den Brennpunkt ihrer Interessen stellen und hier im Rahmen von Kontrollen, Arbeitnehmervertretungen und dergleichen den Hebel etwas stärker ansetzen werden als bislang.

Welche vertraglichen Regelungen im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag sind zulässig?

- Genaue Angabe der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit: z.B. „40h/Woche oder 8h/Tag“
- Angabe mittels Zeitplan: z.B. „08:00 bis 12:00 Uhr und 13:00 bis 17:00 Uhr“
- Zulässige Verweisung auf die Regelung im Einsatzbetrieb: z.B. „Arbeitszeiten gemäss Arbeitszeitenreglement des Einsatzbetriebes, welches diesem Vertrag beiliegt“
- Abstützung auf anerkannte Praxis und Übung: z.B. „Arbeitszeiten gemäss der von der kantonalen paritätischen Kommission anerkannten Vorschriften, welche dem Vertrag beiliegen“
- Bei allgemeinverbindlich erklärtem GAV: z.B. „Arbeitszeiten gemäss allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag... [BRANCHE], allgemeinverbindlich erklärt am... [DATUM]“

- Bandbreitenmodell, mit Minimal- und Maximalstundenangabe und Rufbereitschaft (Variante I): z.B. „Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mind. 30h/Woche und max. 42h/Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 30h/Woche werden mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit ab 30h/Woche bis 42h/Woche wird eine Entschädigung von CHF xx.xx bezahlt. Die Entschädigung von Arbeitszeit über 42h/Woche richtet sich nach der Vereinbarung bezüglich Überstunden und Überzeit.“
- Bandbreitenmodell, mit Minimal- und Maximalstunden ohne Rufbereitschaft (Variante II): z.B. „Die normale Arbeitszeit beläuft sich auf mind. 30h/Woche und max. 42h/Woche. Die effektiv geleistete Arbeit, mindestens aber 30h/Woche werden mit dem vereinbarten Stundenlohn abgegolten. Für nicht geleistete Arbeit innerhalb der Bandbreite wird der Arbeitnehmer nicht entschädigt, da er seine Arbeitszeit im Rahmen der Bandbreite frei wählen kann. Die Entschädigung von Arbeitszeit über 42h/Woche richtet sich nach der Vereinbarung bezüglich Überstunden und Überzeit.“
- Gleitzeitmodell: z.B. „40h/Woche – gleitende Arbeitszeit“

Welche Regelungen sind nicht zulässig?

- „Gemäss Normalarbeitszeit des Einsatzbetriebes“
- „Gemäss Weisung des Einsatzbetriebes“

Was empfiehlt Ihnen Realisator AG für die praktische Umsetzung?

1. Analysieren Sie den tatsächlichen Arbeitsbedarf vor Vertragsabschluss genau und vermeiden Sie eine zu hohe Angabe bei der vertraglichen Sollarbeitszeit (Lohnfortzahlungsrisiko!)
2. Vereinbaren Sie im Zweifelsfalle besser eine tiefere Sollarbeitszeit (Achtung! Bei GAV- unterstellten Arbeitseinsätzen können Sie im Regelfall eine tiefere Sollarbeitszeit nur durch Herabsetzung des Beschäftigungsgrades, z.B. 90% - Pensum, vereinbaren).
3. Wählen Sie bei GAV- unterstellten Arbeitseinsätzen grundsätzlich folgende Formulierung im Einsatzvertrag:
„Arbeitszeiten gemäss allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag... [BRANCHE], allgemeinverbindlich erklärt am... [DATUM]“

4. Wählen Sie bei allen übrigen Arbeitseinsätzen folgende Formulierung im Einsatzvertrag:

„xxh/Woche – gleitende Arbeitszeit“

Gemäss seco ist dies wohl die einzig praktikable Möglichkeit, eine gewisse Flexibilisierung bei der Regelung der vertraglichen Arbeitszeit zu bewirken. Das seco rät explizit von einer Anwendung der Bandbreitenmodelle ab.

5. Berechnen Sie die Sollarbeitszeit für die ganze Dauer des Arbeitseinsatzes und überwachen Sie die Entwicklung der effektiv geleisteten Arbeitszeit während des Einsatzes (Arbeitszeitkontrolle). Ergreifen Sie rechtzeitig Massnahmen, wie das Anordnen von Kompensationstagen bei Überstunden oder die Vertragsanpassung bei regelmässigen Minusstunden (Lohnfortzahlungsrisiko!).
6. Passen Sie allenfalls Ihre Rahmenarbeitsverträge an und nehmen Sie den sogenannten Gleitzeitüberhang von der Berechtigung für Überstundenentschädigung aus.
7. Passen Sie allenfalls Ihre Arbeitszeitrapporte an und versehen Sie diese mit folgender, vom TMA zu unterzeichnenden Erklärung:

„Der Mitarbeiter bestätigt mit seiner Unterschrift auf diesem Arbeitszeitrapport, dass Abweichungen von der vereinbarten Arbeitszeit allein auf seinem ausdrücklichen Willen basieren und erklärt sich hiermit einverstanden, dass nur die geleisteten und vom Einsatzbetrieb auf diesem Arbeitszeitrapport unterschriftlich bestätigten Arbeitsstunden ausbezahlt werden.“

Wie unterstützt Sie E@sytemp bei der Umsetzung dieser Vorgaben?

Realisator AG evaluiert derzeit die technischen Möglichkeiten für die Einführung eines Arbeitszeitkontos (analog Ferienguthaben), welches Sie bei der Durchführung der Arbeitszeitkontrolle unterstützen soll. Mit einem allfälligen neuen Release ist indessen nicht vor Frühling 2010 zu rechnen.

Generell empfehlen wir Ihnen dringend, eine Arbeitszeitkontrolle in Ihrem Betrieb einzuführen, unabhängig vom Bestehen dieser Weisung. Mit der Einführung einer griffigen Arbeitszeitkontrolle lösen Sie auf einen Schlag drei Probleme:

- Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben über die Arbeitszeitaufzeichnung
- Vermeidung von Zuschlagszahlungen für Überstunden
- Verringerung des Risikos der Lohnfortzahlung für betriebliche Arbeitsausfälle

Bei Fragen sowie für eine weitere juristische Beratung im Rahmen der Vertragsgestaltung steht Ihnen unsere Abteilung „Tax & Legal“ gerne zur Verfügung.

GAV Personalverleih – Aktueller Stand

Gegen das Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des GAV Personalverleih sind beim seco insgesamt 265 Einsprachen eingegangen, davon über 200 von Temporärfirmen! Die meisten Einsprecher aus der Temporärbranche haben dabei unsere Mustereinsprache verwendet. Realisator dankt Ihnen an dieser Stelle herzlich für Ihre Unterstützung!

Das AVE- Gesuch hat nicht nur unter Personalverleihern für Gesprächsstoff gesorgt. Auch viele Drittverbände, welche primär das Eingreifen von swissstaffing in „fremde Branchenbelange“ (Tarifautonomie) bemängeln, wie auch Firmen, welche über das Erscheinen ihres Firmen- GAV im Anhang I (nicht ave- GAV) überrascht waren, haben Einspruch erhoben.

Wie geht es nun weiter?

Das seco hat alle Einsprachen an die Sozialpartner, also im Wesentlichen swissstaffing und die Gewerkschaften, zur Stellungnahme weitergereicht. Die Frist zur Stellungnahme ist am 18. Oktober 2009 abgelaufen. In der Folge wird nun das seco sämtliche Einsprachen beurteilen. Allenfalls finden Nachverhandlungen mit Arbeitgeberverbänden statt.

Nach Abschluss allfälliger Verhandlungen wird das seco einen Antrag an den Bundesrat mit Empfehlung zur Annahme oder Ablehnung des Gesuchs um AVE stellen. Der Bundesrat entscheidet dann frei, aufgrund der Vorbringen der Parteien, der Einsprecher sowie des Antrages des seco. Gegen den Entscheid des Bundesrates steht kein Rechtsmittel offen.

Trotz des offenbar starken politischen Willens in Bern, wo man gerne einen ave GAV Personalverleih sehen würde, sowie prominenter Gutachter auf Seiten der Sozialpartner, sind wir nach wie vor der Meinung, dass die Einsprachen materiell begründet sind und ein rechtlich vertretbarer Entscheid nicht leichthin gefällt werden kann.

Tarifmitteilung Quellensteuer: Ein Dokument von zentraler Bedeutung

Gemäss Weisung der kantonalen Finanzdirektionen zur Durchführung der Quellensteuer für ausländische Arbeitnehmer sind Sie als Arbeitgeber verpflichtet, **vor Auszahlung der steuerbaren Leistung die Quellensteuerpflicht und den anwendbaren Tarif abzuklären.**

Die Tarifmitteilung resp. die Meldung des Tarifes wird Ihnen durch das kantonale Steueramt oder aber das zuständige Gemeindesteuernachrichtungsamt nach Einreichung des Anmeldeformulars für quellensteuerpflichtige Personen zugestellt. Bei Arbeitnehmern ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz ist die Gemeinde zuständig, in welcher der Arbeitgeber Sitz oder Betriebsstätte hat.

In der Praxis werden die Quellensteuer-Parameter im E@syTemp vielfach ohne Vorlage eines Tarifentscheides, aufgrund der eigenen Einschätzung des Personalberaters oder aber nachweislosen Angaben des Arbeitnehmers, hinterlegt. Dies hat zur Folge, dass bei der Abrechnung falsche Tarife zur Anwendung kommen.

Bei Quellensteuer-Revisionen mussten wir die Erfahrung machen, dass für die Revisoren die Tarifmitteilung das zentrale Basisdokument darstellt. Bei Fehlen dieses Papiers wird, ohne weitere Abklärung, die Berechnung zum höchsten Tarif (A0) vorgenommen, was in vielen Fällen zu grossen Differenzbeträgen zulasten des Arbeitgebers führt. Wohl steht dem Arbeitgeber das Recht zu, solche Einschätzungen mittels Rekurs anzufechten, doch wird dafür wiederum die Tarifmitteilung benötigt. Und bei Revisionen von 5 Jahren in die Vergangenheit wird es für Sie als Arbeitgeber sehr aufwendig, die fehlenden Papiere zu beschaffen. Bei Differenzaufrechnungen besteht das Risiko, dass der Arbeitnehmer für Sie nicht mehr erreichbar ist, die Differenzen somit nicht weiterverrechnet werden können und diese letztendlich bei Ihnen als Arbeitgeber und Schuldner der steuerbaren Leistung hängen bleiben.

Für die Umsetzung dieses sensitiven Punktes empfehlen wir Ihnen dringend, die anwendbaren Tarife über einen betriebsinternen Prozess sauber zu ermitteln und die in jedem Fall erforderliche Tarifmitteilung in der Dokumentenverwaltung des Personalstammes von E@syTemp elektronisch zu hinterlegen. Mutationen im Bereich der Quellensteuer sind unter den Notizen des Personalstammes mittels entsprechendem Eintrag zu dokumentieren.

Freienbach, im November 2009