



Aargauische Industrie- und
Handelskammer

Entfelderstrasse 11, Postfach
CH-5001 Aarau

Schweizerischer Arbeitgeberverband
Frau Daniella Lützelschwab
Hegibachstrasse 47
8032 Zürich

per E-Mail an: luetzelschwab@arbeitgeber.ch

Ort, Datum

Aarau, 15. Mai 2015

F:\10_POLITIK\Vernehmlassungen\2015\Arbeitszeiterfassung_SAV.docx

Ansprechperson

Philip Schneider

Telefon direkt

062 837 18 04

E-Mail

philip.schneider@aihk.ch

Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) – Arbeitszeiterfassung

Anhörung

Sehr geehrte Frau Lützelschwab, liebe Daniella

Wir danken Ihnen für die uns mit Schreiben vom 16. April 2015 eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme zur oben genannten Vorlage.

Die Aargauische Industrie- und Handelskammer (AIHK) schätzt es sehr, dass sich der Schweizerische Arbeitgeberverband (SAV) für eine Lösung des Problems der Arbeitszeiterfassung stark gemacht hat.

Der vorliegend zu beurteilende Entwurf für eine Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) geht aus unserer Sicht jedoch zu wenig weit. Er könnte das Problem der Arbeitszeiterfassung **höchstens in Einzelfällen** entschärfen.

Die AIHK lehnt den vorliegenden Entwurf ab. Gemessen am Nutzen sind die **Mängel**, die der Entwurf aufweist, zu zahlreich und zu gravierend. Auf ausgewählte Mängel möchten wir nachfolgend kurz eingehen.

Die AIHK ist im Übrigen gerne bereit, bei einer **Überarbeitung** des vorliegenden Entwurfs mitzuwirken. Im gegenwärtigen Zeitpunkt verzichten wir drauf, – erneut – eine konkrete Lösung vorzuschlagen.

1) E-Art. 73a ArGV 1

A) «Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung»

Aus unserer Sicht ist bereits unklar, worauf sich der Verzicht, den E-Art. 73a ArGV 1 ermöglichen soll, beziehen möchte: auf die **Arbeitszeiterfassung als solche** oder bloss auf die **Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers**. Eine systematische Auslegung im Hinblick auf E-Art. 73b Abs. 3 ArGV 1 spricht eher dafür, dass sich der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung als solche beziehen

möchte. Wenn sich der Verzicht tatsächlich auf die Arbeitszeiterfassung als solche bezieht, dürfte beispielsweise in einer Streitigkeit über die Entschädigung von Überzeitarbeit das zuständige Gericht allfällige private Aufzeichnungen des Arbeitnehmers über seine Arbeitszeiten kaum als Beweismittel berücksichtigen. Wenn sich der Verzicht bloss auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers bezieht, wäre es hingegen nicht ausgeschlossen, dass das zuständige Gericht allfällige private Aufzeichnungen des Arbeitnehmers über seine Arbeitszeiten als Beweismittel berücksichtigt.

B) Anwendungsbereich

▪ «grosse Autonomie»:

Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung soll nur dort möglich sein, wo ein Arbeitnehmer über eine «grosse Autonomie» verfügt. Aus unserer Sicht wäre es problematisch, in eine Verordnung, die das Gesetz näher umschreiben soll (Art. 40 Abs. 1 lit. b ArG), nicht subsumierbare Begriffe wie «grosse Autonomie» aufzunehmen. In – zu – vielen Fällen könnte endlos darüber gestritten werden, ob dem Arbeitnehmer «grosse Autonomie» zukommt oder nicht. Bereits im Jahr 2012 haben wir angeregt, anstatt auf «grosse Autonomie» darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer einen **wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausserhalb des Betriebs** verrichtet. Dieses Kriterium wäre sachgerecht: Für die Bestimmung des Kreises der Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit nicht erfasst werden muss, kann nur massgebend sein, welchen Arbeitnehmern vom Arbeitgeber ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wird. Das sind vorab diejenigen Arbeitnehmer, die einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausserhalb des Betriebs verrichten, deren Arbeitszeiten deshalb gar nicht zuverlässig kontrolliert werden können.

▪ «Lohngrenze»:

Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung soll nur dort möglich sein, wo das Jahreseinkommen eines Arbeitnehmers 120 000 Franken übersteigt. Aus unserer Sicht ist es wenig sachgerecht, für die Bestimmung des Kreises der Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit nicht erfasst werden muss, eine *starre* «Lohngrenze» vorzusehen. In Frage steht, für welche Arbeitnehmerkategorien auf die Arbeitszeiterfassung soll verzichtet werden können. Die Höhe der Löhne der Arbeitnehmer, die zu den fraglichen Arbeitnehmerkategorien zählen, ist naturgemäss **sehr unterschiedlich**. In einem Grossunternehmen werden ganz andere Löhne gezahlt als in einem Kleinbetrieb.

C) «GAV-Lösung»

▪ Entscheidung:

Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung soll nur dann möglich sein, wenn er in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) vorgesehen ist, der unter anderem «besondere Massnahmen für den Gesundheitsschutz» statuiert. Eine derartige Lösung würde alle Arbeitgeber benachteiligen, die – mit gutem Recht (Art. 28 Abs. 1 BV) – keinem GAV unterstehen

möchten. Es drohten daher **Wettbewerbsverzerrungen**. Das verfassungsrechtliche Gebot der Wettbewerbsneutralität des Staats wäre zumindest beeinträchtigt.

Die vorgesehene «GAV-Lösung» könnte deshalb nur dann verfassungskonform sein, wenn es **sachliche Gründe** für die «GAV-Lösung» gäbe. Derartige Gründe dürfen nicht leichthin angenommen werden. Tarifdispositivität soll bekanntlich vor allem «Feinjustierungen» ermöglichen. Es wäre deshalb allenfalls denkbar, den Sozialpartnern zu ermöglichen, in einem GAV die «Lohngrenze» nach den Gegebenheiten der Branche – nach oben oder nach unten – anzupassen. Dass der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung nur möglich sein soll, wenn er in einem GAV vorgesehen ist, geht aber weit über eine solche «Feinjustierung» hinaus. Sachliche Gründe für eine derartige Lösung sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Es vermittelt bereits kein gutes Gefühl, dass der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, um den es im Arbeitsschutzrecht geht, sozialpartnerschaftlichen Machtkämpfen ausgeliefert werden soll. Es kann sogar bezweifelt werden, ob bei der Regelung der Arbeitszeiterfassung überhaupt ein «kollektiver Tatbestand» vorliegt, wie er gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen typischerweise zugrunde liegt. Dass der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung nach dem vorliegenden Entwurf die Zustimmung jedes betroffenen Arbeitnehmers voraussetzt, spricht jedenfalls nicht dafür, dass ein «kollektiver Tatbestand» vorliegt. Dazu kommt, dass die leitenden Angestellten, um deren Arbeitszeiterfassung es vorliegend der Sache nach geht, herkömmlicherweise nicht zum Kreis der Arbeitnehmer zählen, der von den Gewerkschaften vertreten wird. Die leitenden Angestellten werden beispielsweise bei der Besetzung der Arbeitsgerichte mit Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern traditionellerweise der Arbeitgeberseite zugerechnet. Diese Aufspaltung der Arbeitnehmerschaft würde in Frage gestellt, wenn sich die Gewerkschaften in Zukunft darauf kaprizierten, leitende Angestellte zu vertreten. Darüber hinaus erscheint es als wenig sachgerecht, dass ausgerechnet für Arbeitnehmer, die über eine «grosse Autonomie» verfügen, «besondere Massnahmen für den Gesundheitsschutz» zu treffen wären. Derartige Arbeitnehmer haben «ex definitione» die Möglichkeit, sich ihre Arbeit so einzuteilen, dass für sie keine besonderen Belastungen resultieren. Im Übrigen können «besondere Massnahmen für den Gesundheitsschutz» sachgerecht bloss auf der Betriebsebene statuiert werden. Denn in einem Grossunternehmen sind ganz andere Massnahmen für den Gesundheitsschutz angezeigt als in einem Kleinbetrieb.

Die vorgesehene «GAV-Lösung» könnte ausserdem nur dann verfassungskonform sein, wenn E-Art. 73a ArGV 1 **genügend bestimmt** wäre. Ob E-Art. 73a ArGV 1 genügend bestimmt ist, ist mehr als fraglich. So enthält E-Art. 73a ArGV 1 nicht einmal einen Hinweis darauf, welchen Standards die besonderen Massnahmen für den Gesundheitsschutz, die der GAV statuieren soll, genügen müssen.

▪ **Umsetzung:**

Ein GAV enthält das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite. Dieses Ergebnis kommt durch Geben und Nehmen zustande. Entscheidend ist, wer was in die Waagschale werfen kann. Von der Arbeitgeberseite könnte im vorliegenden Zusammenhang vor allem in die Waagschale geworfen werden, dass gewissen Arbeitnehmern eine «grosse Autonomie» zugestanden wird. Der vorliegende Entwurf verunmöglichte es aber, die «grosse Autonomie» in die Waagschale zu werfen. Denn ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung soll von vornherein nur dort möglich sein,

wo einem Arbeitnehmer «grosse Autonomie» zukommt. Für die Arbeitnehmerseite bestünde deshalb kein Anlass, der Arbeitgeberseite ein Zugeständnis dafür zu machen, dass gewissen Arbeitnehmern eine «grosse Autonomie» zugestanden wird. Dadurch erfolgte eine **Beeinflussung der Verhandlungen zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite**. Eine solche Beeinflussung verletzt das verfassungsrechtliche Gebot der Neutralität des Staats gegenüber den Sozialpartnern.

▪ **Ausgestaltung:**

Nach dem vorliegenden Entwurf soll ein GAV, in dem der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung vorgesehen ist, bloss dann wirksam sein, wenn der GAV mit der «Mehrheit der repräsentativen Arbeitnehmerorganisationen» abgeschlossen worden ist. Unterschieden werden soll also zwischen – privilegierten – repräsentativen Gewerkschaften und – diskriminierten – nicht repräsentativen Gewerkschaften. Dadurch würde ein **Zwei-Klassen-System der Gewerkschaften** geschaffen, das aus verfassungsrechtlicher Sicht fragwürdig ist. Die Ungleichbehandlung beispielsweise damit zu rechtfertigen, dass sozial mächtige Gewerkschaften verantwortungsvoller mit rechtlich eingeräumter Gestaltungsmacht umgehen, wäre abwegig. Die Unterscheidung zwischen repräsentativen Gewerkschaften und nicht repräsentativen Gewerkschaften schaffte aber nicht nur eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Gewerkschaften, sondern auch eine **gravierende Rechtsunsicherheit für die Arbeitgeber**, die durch das Erfordernis der «Mehrheit [!] der repräsentativen Arbeitnehmerorganisationen» sogar noch potenziert würde. Die Rechtsunsicherheit ergibt sich unabhängig davon, dass der verwendete Begriff der Repräsentativität kaum Konturen aufweist. Sie ergibt sich bereits daraus, dass die Arbeitgeberseite oft gar nicht weiss, welche Gewerkschaften repräsentativ sind. Die Repräsentativität einer Gewerkschaft ergibt sich in erster Linie daraus, wie viele Mitglieder die Gewerkschaft hat. Wer Mitglied welcher Gewerkschaft ist, weiss die Arbeitgeberseite aber allenfalls dort, wo die Arbeitgeber verpflichtet sind, von Aussenseitern Solidaritätsbeiträge zu erheben und an die Gewerkschaften abzuführen. Ein GAV, in dem der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung vorgesehen ist, stünde deshalb immer in Gefahr, gar nicht wirksam zu sein, weil sich nachträglich herausstellt, dass die betreffenden Gewerkschaften gar nicht repräsentativ sind. Die Arbeitgeberseite könnte sich nicht dadurch absichern, dass die Arbeitnehmer gefragt würden, ob sie einer Gewerkschaft angehören und welcher Gewerkschaft sie angehören. Derartige Fragen würden die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften verletzen; deren Macht speist sich bekanntlich unter anderem daraus, dass die Arbeitgeberseite nicht genau weiss, wie mächtig die Gewerkschaften in Wahrheit sind.

▪ **Ausrichtung:**

Die Frage, in welchen Fällen auf eine Arbeitszeiterfassung verzichtet werden kann, ist keine Frage, die sich in jeder Branche anders darstellt. Es liegt mit anderen Worten kein Branchenproblem, sondern ein Arbeitnehmerkategorienproblem vor. Von daher läge es noch am nächsten, das Problem der Arbeitszeiterfassung in einem **branchenübergreifenden GAV** zu regeln. Ausgerechnet gemischtgewerblichen (regionalen) Arbeitgeberverbänden, denen Exponenten allesamt mit (regionalen oder überregionalen) Gewerkschaften branchenübergreifende GAV abgeschlossen haben, soll es aber erschwert und praktisch sogar verunmöglicht werden, einen GAV abzuschliessen, der den Verzicht auf

die Arbeitszeiterfassung vorsieht: Nach dem vorliegenden Entwurf muss der GAV, in dem der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung vorgesehen ist, von der Mehrheit der repräsentativen Arbeitnehmerorganisationen «der Branche oder des Betriebs» abgeschlossen worden sein. Diese Regelung ist auf sog. Branchenverträge und sog. Firmenverträge zugeschnitten. Sie ist aber offensichtlich nicht auf branchenübergreifende GAV zugeschnitten. Es steht zu befürchten, dass im Falle eines branchenübergreifenden GAV das Erfordernis der Mehrheit der repräsentativen Arbeitnehmerorganisationen «der Branche oder des Betriebs» – wenn überhaupt – bloss dadurch erfüllt werden könnte, dass der branchenübergreifende GAV mindestens mit einer Gewerkschaft abgeschlossen würde, die *branchenübergreifend* repräsentativ ist. Derart mächtige Gewerkschaften gibt es in der Schweiz nicht. Dadurch, dass es gemischtgewerblichen Arbeitgeberverbänden ohne Grund erschwert und praktisch sogar verunmöglicht wäre, einen GAV abzuschliessen, der den Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung vorsieht, verletzt der vorliegende Entwurf das Gebot der Rechtsgleichheit.

▪ Wirkung:

Ein GAV, der den Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung vorsieht, soll es wohl nicht nur Gewerkschaftsmitgliedern, sondern auch Aussenseitern ermöglichen, individuelle Verzichtsvereinbarungen abzuschliessen, in denen auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet wird. Der GAV soll mit anderen Worten normative Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder *und* auf diejenigen von Aussenseitern haben. Fraglich ist, woraus sich die **Legitimation der Gewerkschaften**, GAV mit normativer Wirkung auch für die Arbeitsverhältnisse von Aussenseitern abzuschliessen, ergeben soll. Diese Legitimation wäre höchstens dann gegeben, wenn an die Repräsentativität der Gewerkschaften überrissene Anforderungen gestellt würden, wenn beispielsweise bloss eine Gewerkschaft als repräsentativ anerkannt würde, deren Mitglieder mehr als 50 Prozent der Arbeitnehmer einer Branche oder eines Betriebs ausmachten. Dem Erläuternden Bericht des SECO zum vorliegenden Entwurf ist zu entnehmen, dass keine derartigen Anforderungen an die Repräsentativität der Gewerkschaften gestellt werden sollen. Das Problem der Legitimation der Gewerkschaften bliebe daher ungelöst.

D) Individuelle Verzichtsvereinbarung

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung ausser der Zustimmung der Gewerkschaften auch noch die **Zustimmung jedes betroffenen Arbeitnehmers** voraussetzen soll. Das Erfordernis der doppelten Zustimmung erlaubt es der Arbeitnehmerseite, der Arbeitgeberseite für *ein* Zugeständnis *zwei* Gegenleistungen abzurufen. Dass die Zustimmung jedes betroffenen Arbeitnehmers eigentlich überflüssig ist, zeigt sich daran, dass der Arbeitnehmer die Zustimmung bloss ein Mal pro Jahr soll widerrufen können. Wenn das Erfordernis der Zustimmung jedes betroffenen Arbeitnehmers erforderlich wäre, um die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen, wäre nicht einzusehen, weshalb der Arbeitnehmer seine Zustimmung nicht jederzeit, sondern bloss ein Mal pro Jahr widerrufen können sollte.

2) E-Art. 73b ArGV 1

Die Vereinfachung der Arbeitszeiterfassung, die E-Art. 73b ArGV 1 bewirken möchte, wäre **marginal**. Von bestimmten Arbeitnehmern müsste zwar nicht mehr die Lage der Arbeitszeit erfasst werden, wohl aber deren Dauer. Eine echte Erleichterung ergäbe sich schon deshalb nicht, weil die Überprüfung der erfassten Arbeitszeiten auf ihre Plausibilität, die der Arbeitgeber von Zeit zu Zeit vornehmen würde oder sogar müsste, naturgemäss erschwert wäre, wenn die Arbeitnehmer nur noch die Dauer der Arbeitszeit erfassen.

Nach unserer Einschätzung bliebe E-Art. 73b ArGV 1 weitgehend **«toter Buchstabe»**. Dennoch möchten wir abschliessend auf folgende beiden Punkte hinweisen:

- E-Art. 73b ArGV 1 möchte es den Arbeitgebern ermöglichen, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Firmenvertrag mit der «Arbeitnehmervertretung einer Branche oder eines Betriebs» für bestimmte Arbeitnehmerkategorien eine vereinfachte Arbeitszeiterfassung zu vereinbaren. E-Art. 73b ArGV 1 erweckt den Eindruck, dass die Betriebsvereinbarung und der Gesamtarbeitsvertrag austauschbare Rechtsquellen sind. Ignoriert wird damit insbesondere Art. 38 Abs. 2 ArG, der vorsieht, dass eine Betriebsvereinbarung bloss Bestimmungen enthalten kann, deren «Gegenstand in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, nicht üblicherweise durch Gesamtarbeitsvertrag oder durch andere kollektive Vereinbarung geregelt wird». E-Art. 73b ArGV 1 erweist sich daher als **gesetzeswidrig**.
- E-Art. 73b ArGV 1 sieht ein «paritätisches Verfahren» vor, in dem die Einhaltung der Betriebsvereinbarung oder des Firmenvertrags überprüft werden soll. Es ist völlig unklar, wie weit die Überprüfungsbefugnisse innerhalb des «paritätischen Verfahrens» gingen. Wenn die Befugnisse nicht bloss «auf dem Papier» bestehen sollen, wären **datenschutzrechtliche Probleme** vorgezeichnet. Das «paritätische Verfahren» wäre kaum ein Verfahren, innerhalb dessen der Datenschutz keine Beachtung finden muss.

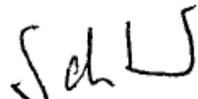
Für die Berücksichtigung unserer Ausführungen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

AARGAUISCHE INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER
Geschäftsstelle

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'P Lüscher', written over a white rectangular background.

Peter Lüscher
Geschäftsleiter

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Schneiter', written over a white rectangular background.

Philip Schneiter
lic. iur., Rechtsanwalt