

SECO  
Arbeitnehmerschutz  
Effingerstrasse 31  
3003 Bern

[abas@seco.admin.ch](mailto:abas@seco.admin.ch)

Bern, 4. Oktober 2012

## **Stellungnahme Anhörungsverfahren zum neuen Art. 73a ArGV 1: Verzicht auf Arbeitszeiterfassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, am Anhörungsverfahren zum Revisionsprojekt von Art. 73a ArGV 1 teilnehmen zu dürfen.

### **Gesetzliche Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung werden nicht umgesetzt**

Bereits in der Vergangenheit wurde vom SGB immer wieder auf die inakzeptable Situation hingewiesen, dass das heute geltende Arbeitsrecht durch die Praxis verschiedener Branchen und Arbeitgeber, illegal auf die Arbeitszeiterfassung zu verzichten (Lage und/oder Dauer i.S.v. Art. 73 ArGV 1), damit seiner wichtigsten Schutzfunktion beraubt würde.<sup>1</sup> Diese Situation ist aus verwaltungsrechtlicher Perspektive<sup>2</sup> umso besorgniserregender, als sich verschiedene staatliche Akteure (von gewissen kantonalen Arbeitsinspektoraten bis hin zum SECO) offenbar in den letzten Jahren mit dieser Situation arrangiert haben und für eine Implementierung der heute geltenden gesetzlichen Grundlage nicht der nötige Aufwand betrieben wird.<sup>3</sup>

Diese Sachlage wiegt umso schwerer, als das SECO die einheitliche Rechtsanwendung und Kontrolle des Arbeitsgesetzes durch die kantonalen Arbeitsinspektorate überwachen, koordinieren und sicherstellen müsste. Dazu kann das SECO den kantonalen Behörden Weisungen erteilen. Diese gesetzliche Befugnis wird vom SECO jedoch offenbar nicht oder nicht genügend ausgeschöpft, da die Kontrolle und Implementierung der Regelungen zur Arbeitszeiterfassung nicht sichergestellt wird.

---

<sup>1</sup> Insbesondere die Kontrolle und somit Implementierung der Schutzbestimmungen betr. Höchst- und Ruhezeit (Art. 9 ff. ArG und 15 ff. ArG) durch das Instrument der Auskunftspflicht der Arbeitgeber gem. Art. 45 i.V.m. 46. ArGV.

<sup>2</sup> V.a. was die Grundprinzipien der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 und 127 Abs. 1 BV) bzw. der Wahrung von Treu und Glauben und hier des Verbots widersprüchlichen Handelns (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) der Verwaltung angeht. Zu erinnern ist, dass es sich bei diesen Prinzipien nicht nur um „abstrakte“ programmatische Bestimmungen mit Innenwirkung handelt, sondern dass diese zugleich verfassungsmässige Rechte darstellen.

<sup>3</sup> Vgl. zur Illustration die SECO-Publikation „Arbeitsaufsicht – Berichterstattung 2010“ vom 13.09.2011: in der Berichtsperiode wurden bloss 73 Anzeigen gegen Verstösse von gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeiten in zehn Kantonen festgehalten (S. 8).

Trotzdem haben sich die Arbeitnehmervertretungen bereit erklärt, in der Begleitgruppe des Pilotprojektes „Vertrauensarbeitszeit bei Banken“ mitzuarbeiten. Diese Studie sollte zeigen, ob die Kontrolle der Einhaltung des Arbeitsgesetzes bei Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung weiterhin möglich bleiben kann. Die Hauptaussagen der Versuchsanlage sind als sehr ernüchternd zu bezeichnen. So haben 81 % der Stichprobe des Modells 1 (Flexible Arbeitszeiten ohne Zeiterfassung) angegeben, ihre Überstunden nicht genau zu erfassen. Unter diesem Modell 1 konnten kantonale Arbeitsinspektorate nicht feststellen, ob und inwieweit die Arbeitszeitbestimmungen des ArG eingehalten wurden. Dies weil naturgemäss Arbeitsinspektorate für die Kontrolle der gesetzlichen Vorgaben in den Betrieben auf verbindliche und dokumentierte Informationen angewiesen sind. Hier haben die Checklisten und Merkblätter des Modells 1 nicht ausgereicht. Sie zeigen ein systemisches, intrinsisches Versagen des Arbeitszeitmodells „Flexible Arbeitszeit ohne Zeiterfassung“, die Schutzbestimmungen des Schweizer Arbeitsrechts zu erfüllen.

Neben den äusserst ernüchternden Resultaten der obengenannten Studie ist in diesem Zusammenhang auch auf die weiteren, in den letzten Monaten publizierten Resultate von empirischen Studien zu Arbeitsbedingungen und Zufriedenheit am Arbeitsplatz hinzuweisen. Laut einer repräsentativen Befragung erfassen 16,7 % der Schweizer Arbeitnehmenden die Arbeitszeit nicht („Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz. Auswertung einer repräsentativen Befragung der Schweizer Erwerbsbevölkerung“).

Ebenso tritt aus dieser Studie heraus, dass flexible Arbeitszeiten und Arbeitszeiterfassung sich in keiner Weise widersprechen. Im Gegenteil, die Arbeitszufriedenheit ist bei denjenigen, welche flexible Arbeitszeiten mit Arbeitszeiterfassung kombinieren, am höchsten. Trotzdem erfassen 11 % weisungsgebundene Arbeitnehmende mit niedrigen und mittleren Qualifikationen, die praktisch keinen Einfluss auf ihre Arbeitszeitgestaltung haben, ihre Arbeitszeit nicht und leisten so Gratisarbeit. Es ist anzunehmen, dass die effektive Prozentzahl noch höher ist und dass die Befragungsmethodologie ein mehr oder weniger beträchtliches Dunkelfeld nicht erfassen konnte.

Die Folgen fehlender Arbeitszeiterfassung sind bei allen Berufsgruppen i.S. Gesundheitsprävention und allg. Arbeitsbedingungen schädlich. So hält die obenerwähnte Studie „Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz“ fest, dass die Grenzen zwischen Arbeitszeit und Privatleben immer poröser werden, indem Beschäftigte, deren Arbeitszeit nicht erfasst wird, häufiger in ihrer Freizeit arbeiten, mehr überlange Arbeitstage haben und öfter Mehrarbeit leisten, die weder erfasst noch auf irgendeine Weise abgegolten wird. Es wird sogar gearbeitet, wenn man krank ist – der sogenannte Präsentismus ist bei Beschäftigten, deren Arbeitszeit nicht erfasst wird, höher als in der Vergleichsgruppe (Kombination von flexibler Arbeitszeit mit Arbeitszeiterfassung). Weiter ist im Rahmen der im August 2012 publizierten „Fünften Europäischen Erhebung über die Arbeitsbedingungen“, welche eine repräsentative Untersuchung der Arbeitsbedingungen in der Schweiz präsentierte, festgestellt worden, dass die Schweizer Beschäftigten im Vergleich zu den Ländern der EU im Allgemeinen flexibler arbeiten. Andererseits sind Arbeitstempo und Termindruck in der Schweiz überdurchschnittlich hoch. Zwischen 2005 und 2010 stellt die Studie eine Zunahme der Belastungsfaktoren („Stressoren“) in fast allen Kategorien fest: In keinem anderen von der Studie abgedeckten Land sind z.B. die zwei Stressfaktoren „hohes Arbeitstempo“ und „Termindruck“ stärker ausgeprägt. Diese Daten werden von der vom SECO in Auftrag gegebenen „Stressstudie“ bestätigt (Grebner,

Berlowitz, Alvarado, Cassina 2011): So stieg zwischen 2000 und 2010 die Anzahl der Befragten, die sich im letzten Jahr häufig oder sehr häufig gestresst fühlten, von 26,6 % auf 34,4 %.

### **Folgen für den neuen Art. 73a ArGV 1**

Nach dem Obengenannten ist die vom SECO präsentierte neue gesetzliche Regelung, welche die generalisierte Einführung einer Vertrauensarbeitszeit ohne Arbeitszeiterfassung mit Automatismen einführen würde (175'000 Fr. vertraglich geschuldetes oder im Schnitt der letzten zwei Jahre erzielttes jährliches steuerbares Bruttoeinkommen), materiell als ungeeignet zu bezeichnen, um den Gefährdungen der Gesundheit der Arbeitnehmenden entgegenzuwirken. Das dabei gewählte „Opt-In“-Modell, bei dem der Arbeitgeber individuell-schriftlich in den Verzicht auf Arbeitszeiterfassung einwilligen müsste, erscheint im Übrigen als prädestiniert, um Druckversuchen von Seiten des Arbeitgebers Tür und Tor zu öffnen, bis hin zu möglichen Entlassungsdrohungen bei Verweigerung oder Widerruf der Verzichtserklärung.

Weiter ist das Modell der retrospektiven, zweijährlichen Bruttoerwerbseinkommens-Berechnung als untauglich zu bezeichnen: Eine Ex-Post-Einteilung in die Kategorie der Verzichts-Lohnklasse aufgrund des in den letzten zwei Jahren erzielten jährlichen steuerbaren Bruttoerwerbseinkommens (also inkl. variablen Lohnbestandteilen) würde eine inakzeptable Rechtsunsicherheit beim Arbeitnehmer herbeiführen. Einerseits könnte dies auch bei Lohnabhängigen mit einem sehr kleinen garantierten, vertraglichen Bruttolohn dazu führen, dass sie plötzlich mit einem Verzichtswunsch des Arbeitgebers konfrontiert werden. Andererseits wäre die Gefahr gross, dass Arbeitnehmer, die einmal im System der Vertrauensarbeitszeit gem. Art. 73a Abs. 1 ArGV1 „gefangen“ wären, aufgrund des Drucks des Arbeitgebers nicht auf ihr Widerrufsrecht zurückgreifen könnten, auch wenn sie in den Folgejahren nie mehr ein ähnlich hohes Bruttoerwerbseinkommen erreichen würden. Es braucht an dieser Stelle auch nicht weiter ausgeführt zu werden, dass mit dieser Regelung einem Missbrauch von Seiten der Arbeitgeber durch zweimalige willkürliche Festsetzung von jährlichen variablen Lohnbestandteilen (z.B. Gratifikationen, Berechnungsschlüssel von leistungsabhängigen Zahlungen, etc.) fast keine Grenzen gesetzt würden.<sup>4</sup>

Der Vollständigkeit halber und eventualiter möchte der SGB zur Lohn-Schwelle von 175'000.- Fr. für den Verzicht auf Arbeitszeiterfassung ausführen, dass diese zu tief angesetzt ist. Die Vertrauensarbeitszeit ist auch im Bundespersonalrecht äusserst umstritten, wo gem. Art. 64a Abs. 2 und 3 BPV bereits eine ähnliche materielle Regelung besteht, wie sie nun in Art. 73a ArGV 1 eingeführt werden soll. So wurde am 18.09. die Motion 12.3648 der GPK des Nationalrats überwiesen, welche eine faktische Abschaffung der Vertrauensarbeitszeit auch bei Bundes-Kadern mit einem höheren Jahreslohn als 200'000.- Fr. verlangt. Das private Arbeitsrecht sollte nicht hinter den aktuellsten Entwicklungen des Bundespersonalrechts zurückbleiben. In verschiedenen Branchen kann auch ein Lohn von 175'000.- Fr. (gerade auch bei der Berechnungsvariante inkl. variable Lohnbestandteile) kein Garant sein, dass die angestellte Person einen genügend hohen Grad an Autonomie hat, die ihr einen grossen Handlungsspielraum in der Erfüllung ihrer Aufgaben gibt, um den Arbeitsalltag grundsätzlich selbständig gestalten zu können. Auch bei Arbeitnehmenden-Kategorien, die 175'000.- Fr. verdienen, kann nicht automatisch und generell davon ausgegangen

<sup>4</sup> Vgl. zur häufig willkürlichen Festsetzung von variablen Lohnbestandteilen im Bankensektor: NZZ vom 27. Januar 2009, „Völlig intransparent“, <http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/uebersicht/voellig-intransparent-1.1800937> (besucht am 19.09.2012).

werden, dass sie gegenüber ihrem Arbeitgeber über Verhandlungsmacht verfügen und in der Lage sind, eine zu grosse Arbeitsmenge im Verhältnis zu der zur Verfügung stehenden Zeit zu thematisieren, wie das vom SECO suggeriert wird.

Weiter kann sich der SGB nicht mit der Bestimmung von Art. 73a Abs. 4 ArGV 1 einverstanden erklären, welche wiederum in einem nicht individualisierten Automatismus für alle gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung einer Handelsgesellschaft ermächtigten Person auf die Arbeitszeiterfassung verzichten möchte, egal wie hoch ihr Bruttoerwerbseinkommen ist. Verlangten nämlich zur Eintragung von Zeichnungsberechtigten die meisten Handelsregisterämter gem. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR in der Vergangenheit einen Verwaltungsratsbeschluss bei der AG, stellten viele Handelsregisterämter eine Praxisänderung in Aussicht, nach welcher eine Delegation dieser Kompetenz auf das Management zulässig ist; je nach Branche und Grösse des Betriebes muss also mit einer Inflationierung dieser Vertretungsbefugnisse gerechnet werden.<sup>5</sup> Gerade im Bankenbereich ist es keine Seltenheit, dass ein Prokurist weniger als 100'000.- Fr. verdient. Bei solch relativ tiefen Löhnen über den Verordnungsweg die Vertrauensarbeitszeit einzuführen, würde die Vollzugskompetenz des ArGV 1 sprengen.

## Fazit

Der SGB fordert, dass das Pilotprojekt „Vertrauensarbeitszeit bei Banken“ mit sofortiger Wirkung beendet wird, insbesondere mit Hinsicht auf alle Arbeitnehmenden, die unter das Modell 1 fallen und nicht eine höhere leitende Tätigkeit gem. Art. 3 lit. d ArGV i.V.m. 9 ArGV 1 ausüben.

Der SGB lehnt den vorliegenden Entwurf von Art. 73a ArGV 1 grundsätzlich ab, da im Lichte der obengenannten publizierten Studien und des Pilotprojektes flexible Arbeitszeiten ohne Weiteres mit einer unbürokratischen Arbeitszeiterfassung kombiniert werden können. Die Erfahrungen der Studien zeigen, dass eine solche Arbeitszeiterfassung, kombiniert mit flexiblen Arbeitszeiten, am besten geeignet ist, um gesundheitliche Probleme beim Personal zu verhindern und den übergeordneten ArG-Bestimmungen Achtung zu verschaffen. Eine Aushöhlung besonders des ArG-Arbeitnehmerschutzes auf dem Verordnungsweg akzeptiert der SGB nicht.

Weiter möchte der SGB festhalten: Dass im vorliegenden Vorschlag das SECO bei der Festsetzung des Bruttoerwerbseinkommens unter der Limite von 200'000.- Fr. geht, kann nicht nachvollzogen werden. Noch negativer ist die Lösung von Abs. 4 zu qualifizieren: Hier wird quasi durch die „Hintertüre“ mit dem starren Abstützen auf den Handelsregistereintrag eine vereinfachte und generalisierte Möglichkeit der Abschaffung der Arbeitszeiterfassung eingeführt, egal wie hoch der Bruttolohn oder die reale organisatorische Situation im Betrieb ist. Eine solche Lösung, die bereits systemisch nicht Einzelfallgerechtigkeit herstellen kann, lehnt der SGB in aller Deutlichkeit ab.

Der SGB möchte an dieser Stelle nochmals betonen: Die bereits heute geltende Regelung für höhere leitende Angestellte gem. Art. 3 lit. d ArGV i.V.m. 9 ArGV 1 erlaubt es den Arbeitgebern, auf viable und einfache Art und Weise Vertrauensarbeitszeit für Kader einzuführen. Weiter zeigen die oben zitierten empirischen Studien, dass flexible Arbeitszeiten und Arbeitszeiterfassung gerade mit den modernen Technologien problemlos zu vereinen sind und zu weniger Gesundheitsgefährdun-

<sup>5</sup> Vgl. dazu Christoph Käser/Markus Gysi, Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung und moderne Konzepte zur Regelung der Zeichnungsberechtigungen, in: Jusletter 6. Juni 2011.

gen (Stress) und mehr Zufriedenheit führen. Es bleibt zu hoffen, dass das SECO und der Bundesrat entsprechend diesen Erkenntnissen handeln und sich nicht einem allfälligen Druck der Arbeiterschaft beugen wird, auf Kosten der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu legiferieren.

Der SGB fordert weiter das SECO dringend auf, Art. 75 Abs. 1 lit. a ArGV 1 zu implementieren und für eine einheitliche und koordinierte Durchsetzung der Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung in den Kantonen zu sorgen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

**SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



Paul Rechsteiner  
Präsident



Luca Cirigliano  
Zentralsekretär