

SECO  
Arbeitnehmerschutz  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

Bern, 31. Januar 2014

### **Anhörung Revision Art. 25 ArGV 2**

Sehr geehrter Herr Zürcher  
Sehr geehrter Herr Richoz  
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns zur Umsetzung der Motion Abate zur Sonntagsarbeit in Tourismusgebieten äussern zu dürfen. Unsere vorliegende Stellungnahme bezieht sich auf die Reform von Art. 25 ArGV 2.

Die Stellungnahme ist in drei Teile gegliedert: Zuerst möchten wir uns zum Zeitplan der Reform, dann zur Rechtsnormen-Hierarchie und schliesslich zum materiell-inhaltlichen Teil der Reform in der ArGV 2 äussern. Vorwegnehmend möchten wir in Ziff. 2 auf den bemerkenswerten Umstand hinweisen, dass sich auch Arbeitgeber im Rahmen der sozialpartnerschaftlichen Konsultation negativ zur Form der geplanten Revision (Verordnungsstufe) geäussert haben. Besonders auffallend war u.E., dass keine einzige Branchenvertretung sich in der sehr kurzen Konsultationsphase hinter die präsentierte Reform stellen wollte.

Wir erlauben uns zuletzt in Ziff. 3 dieser Stellungnahme, nochmals in aller Deutlichkeit auch unsere inhaltlichen Bedenken zur konkreten Ausgestaltung der Umsetzung der Motion Abate im vorliegenden Art. 25 Abs. 3 und 4 ArGV 2 vorzubringen, welche die Sonntagsarbeit für potentiell beträchtliche Teile des Schweizer Detailhandels einführen würde. Hierzu konnten sich in der Vergangenheit verschiedenste Akteure auch im Rahmen der Sonntagsallianz äussern, darunter Arbeitsmediziner und Kirchen: Weil der gemeinsame, arbeitsfreie Sonntag eine wichtige soziale und gesellschaftliche Funktion hat, unterliegt Sonntagsarbeit im Arbeitsgesetz sehr strengen Einschränkungen. Seit einigen Jahren wächst jedoch der Druck auf den arbeitsfreien Sonntag. War Arbeit am Sonntag lange nur dort erlaubt, wo sie zwingend notwendig war, zum Beispiel im Gesundheitswesen, so soll sie nun schrittweise auch in anderen Branchen dereguliert werden. Die 24-Stunden-Arbeitsgesellschaft ist die Folge. Leidtragende dieser Deregulierungspolitik sind alle Beschäftigten: Arbeit gegen den sozialen oder biologischen Rhythmus macht häufig krank. Und gerade im Detailhandel ist der Sonntag oft der einzige Tag, der regelmässig für die Familie oder das Sozialleben genutzt werden kann. Fällt er weg, werden die Arbeitsbedingungen im Verkauf noch schlechter.

## 1 Zeitliche Aspekte

Grundsätzlich kritisieren wir den u.E. völlig überhasteten und überambitionierten Zeitplan der Reform. Eine seriöse Vorbereitung der hochkomplexen Reform hätte mehr als eine einmalige Konsultation der Sozialpartner im Rahmen einer Arbeitsgruppe verlangt. Zur Begründung für diese Kritik reicht es aus, auf die verschiedenen juristischen Handlungsfelder, welche durch die Reform materiell berührt werden, hinzuweisen: Einerseits geht es bei der Umsetzung der Motion Abate v.a. um den Gesundheitsschutz der Angestellten, welche durch die Sonntagsruhe in ihrer psychischen und sozialen Integrität geschützt werden. Daneben werden aber auch andere gesamtgesellschaftliche Aspekte tangiert, wie z.B. der Wert des Sonntags als allgemeiner Ruhetag; die Frage der Wettbewerbssituation/Lauterkeit unter direkten Konkurrenten innerhalb der Detaillisten (Ladenbesitzer mit vornehmlich lokalen Klienten versus Touristen-Kunden) sowie föderalistische Überlegungen (Eingriff in die Hoheit der Kantone).

Der Zeitplan, welcher eine Inkraftsetzung der Verordnungsrevision bereits für das zweite Quartal 2014 vorsieht, verunmöglichte die seriöse Behandlung innerhalb der zuständigen Gremien der Sozialpartner sowie die vertiefte Auseinandersetzung innerhalb der Eidg. Arbeitskommission.

So ist z.B. völlig unklar, inwiefern die hier gemachten materiellen Vorschläge von Art. 25 Abs. 3 und 4 ArGV 2 überhaupt geeignet sind, die Stärkung des Schweizer Tourismus im Hinblick auf Bedürfnisse des Fremdenverkehrs zu gewährleisten – eine seriöse Analyse der Entwicklungen bzw. Trends des Schweizer und internationalen Tourismus oder eine detaillierte Darstellung der Wertschöpfungsmechanismen in unserem Land wurde nicht geleistet. So kann u.E. keine seriöse Entscheidungsfindung stattfinden.

## 2 Aspekte der Normenhierarchie

Zur Verortung der Reform auf Normen-Hierarchiestufe der Verordnung möchten wir uns materiell auf die im SGB-Kurzgutachten vom November 2012 gemachten Ausführungen abstützen, welches Ihnen zugeschickt wurde. Umso mehr, als diese durch ein Gutachten der Universität Neuenburg vollumfänglich bestätigt wurden (vgl. Beilage: Pascal Mahon/Jean-Philippe Dunand, *Avis de droit*, *Projet de Modification de l'art. 24 OLT 2*, Neuenburg 23.12.2013). Die im Gutachten durch zwei der eminentesten Arbeitsrechtsjuristen der Schweiz geäußerte Kritik am normenhierarchischen Vorgehen, insbesondere die fehlende vorgängige Anpassung des ArG in Bezug auf den Begriff des Fremdenverkehrs, darf u.E. nicht ungehört bleiben. In concreto müssen die Inhalte von Art. 25 ArGV 2 (welcher heute u.a. das Öffnungszeitenregime von Läden regelt, die die direkten und täglichen Bedürfnisse der Touristen decken [d.h. Souvenirs, Stadtpläne, Getränke...]) und die von der Motion Abate formulierten Revisionsvorhaben in Relation gesetzt werden mit Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG, welcher innerhalb des hierarchischen Normenordnungsgefüges die Basis bildet für das Verordnungsrecht. Das untergeordnete Recht darf dem übergeordneten Recht, also Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG, in Sinn und Zweck nicht widersprechen, aber auch keine „wichtige“ Regelungen, insbesondere auch was die Normierungsdichte des Rechtssatzes (unbestimmte Rechtsbegriffe) angeht, einführen.

Hier gilt es, Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG näher zu betrachten. Einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung nach definiert diese Ausnahmebestimmung für gewisse Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmenden Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes. Diese Bestimmungen sollen die regelmässig schwächere Vertragspartei der Arbeitsverträge nach Art. 319 ff. OR schützen und als *Lex Specialis* bzw. als neues Recht die nur bruchstückhaften Rege-

lungen im OR erweitern, ergänzen und präzisieren. Zu den Schutzbestimmungen gehören insbesondere auch die Regelungen der Arbeitszeiten, der Lage und Dauer der Erholungsphasen sowie der Pausen, aber auch das generelle Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit (beides systemisch richtig gemeinsam im Kapitel III.2. des ArG geregelt). Nur in absoluten Ausnahmefällen, also bei einem dringenden Bedürfnis bzw. bei einer Unentbehrlichkeit i.S.v. Art. 27 f. ArGV 1, darf von diesen Ruhezeit-Schutzbestimmungen abgewichen werden. Diese Ausnahmen sind, ganz im Sinne und Zweck des ArG, nur sehr restriktiv gehalten, also bei absoluter Unaufschiebbarkeit (technische Unentbehrlichkeit) oder speziell für die Detailhandelsbranche: „Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt sind die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist. Solche Konsumbedürfnisse sind: a. täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde; und b. bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt.“ (Art. 28 Abs. 3 lit. a und b ArGV 1).

Aus dem Zweck des übergeordneten Gesetzes und der systematischen Einbettung von Art. 25 ArGV 2 ins Gefüge der verschiedenen ArG-Verordnungen 1-5 wurde eine artikulierte höchstrichterliche Rechtsprechung gebildet, welche u.a. festlegte, dass das „Shopping“ für sich alleine keine Form des Fremdenverkehrs darstellt und dass allgemein eine restriktive Handhabung der sonntäglichen Öffnungszeiten von Geschäften durchzuführen ist (vgl. besonders BGE 126 II 106 ff.).

Dieses Verständnis wird von der Auslegung von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG gedeckt, welche seit 1964 nicht mehr verändert und in einer Zeit verfasst wurde, als die Sonntagsverkäufe in der sozialen Realität der Schweiz höchst selten waren. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung auch in den Materialien: So führt die ursprüngliche Botschaft zu den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs aus, dass als Fremdenverkehrsgebiete „Ortschaften zu betrachten sind, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildet und in denen der Fremdenverkehr einen typischen Saisoncharakter aufweist“ (BBl 1960 II 983).

Mit der Umsetzung der Motion Abate in der Form der Verordnung, welche in der Begründung spezifisch das „Erlebnis Shopping“ als Bedürfnis des Fremdenverkehrs einführen möchte, würde der in jahrelanger Spruchpraxis austarierte Begriff des Fremdenverkehrsgebietes mit einem materiell völlig offenen und nicht fassbaren neuen unbestimmten Rechtsbegriff des „Shopping-Tourismus“ ersetzt werden: Ein eigentlicher juristischer Paradigmenwechsel, welcher nicht mit einer Novelle auf Verordnungsstufe vollbracht werden kann.

Insbesondere ist hier die zeitliche und örtliche Komponente dieser völlig neuen Konzeption von „Shopping-Tourismus“ offen: Juristisch ist es u.E. nicht möglich, das traditionelle Konzept der Saison (eines der heutigen Hauptunterscheidungskriterien bei der Abgrenzung von Fremdenverkehrs-Bedürfnissen und alltäglichem Konsum) oder des Tourismusgebietes durch eine simple Änderung auf Verordnungsstufe mit dem Inhalt der Forderungen von Ständerat Abate zu vereinbaren. Hier kann auch nicht ein Konstrukt helfen, welches über die Definition eines mehr oder weniger eingeschränkten Warenangebots (Art. 25 Abs. 4 lit. a ArGV 2) bzw. durch das Kundensegment (Art. 25 Abs. 4 lit. b) oder eine oberflächliche geographische Einschränkung (Art. 25 Abs. 4 lit. c ArGV 2) das Fenster zu schliessen versucht, welches durch die Reform gerade geöffnet werden soll.

Nach dem oben gesagten ist u.E. klar, dass der Bundesrat für die Umsetzung der Motion Abate nur eine Revision des ArG, also des Gesetzes selbst, angehen sollte. Ein Ausweichen auf den Verordnungsweg (wie vorliegend geschehen) umgeht das Parlament sowie das Referendumsrecht und steht daher im Widerspruch zur demokratischen Ordnung in der Schweiz ... wird nur lange juristische Querelen, ja wohl eine eigentliche Prozessflut und Rechtsunsicherheiten für die betroffenen Arbeitnehmenden und Arbeitgeber mit sich bringen.

Nicht unerwähnt bleiben sollte, dass das Vorgehen über die Ordnungsrevision auch rechtspolitisch höchst bedenklich ist, da der kantonale Souverän sich in den letzten Jahren immer wieder kontrovers zum Thema Ladenöffnungszeiten geäußert hat; so auch wieder vor wenigen Wochen im Zusammenhang mit der Abstimmung zu den Öffnungszeiten von Tankstellenshops und in verschiedenen Kantonen, wie z.B. Luzern oder Basel. Dass nun auf Bundesebene auf Verordnungsstufe der Volkswillen in dieser Materie a priori ausgeschaltet wird, ist nicht akzeptierbar.

### **3 Kommentare zu den einzelnen Absätzen**

Grundsätzlich ist zu erwähnen, dass die vorliegend vorgeschlagenen Deregulierungen zur Sonntagsarbeit gravierende Folgen auf die Gesundheit und das Sozialleben der Angestellten haben werden: Der Sonntag ist zentral für die Synchronisierung des Familien- und Privatlebens sowie zur psychosozialen Regeneration. Umso gravierende ist die Tatsache, dass die Reformvorschläge des SECO keinerlei kompensatorische Massnahmen vorsehen, um den psychosozialen Gesundheitsschutz der betroffenen Arbeitnehmenden zu gewährleisten. Dies ist inakzeptabel für eine prekarierte Branche wie dem Detailhandel, wo sich eine grosse Zahl von Arbeitgebern leider bis zum heutigen Tag weigert, GAV-Lösungen zu akzeptieren bzw. die Sozialpartnerschaft zu pflegen.

Zu Abs. 3 stellt sich die Frage der Konkretisierung des unbestimmten Begriffes des „Einkaufszentrums“. Die in der Erläuterung gemachte Ausführung (kein „einzelner Betrieb“, sondern „räumliche und organisatorische Konzentrationen von Betrieben unter einem Dach“) scheint nicht durchdacht. Wie ist z.B. ein einziger „Betrieb“ zu behandeln, welcher verschiedene Marken-Inseln („Multibrand-Instores“) anbietet, welche u.U. auf eigene Rechnung oder unter Lizenz einer Marke wirtschaften? Weiter ist die Abgrenzung zu einer Arealüberbauung völlig offen: Wie sind z.B. „Einkaufsdörfer“ zu werten? Oder eine Strassenzeile in einer Altstadt, welche zu einem grossen Teil, aber nicht ausschliesslich, von einer einzigen Unternehmung, z.B. einer Holding, betrieben wird?

Zu Abs. 3 ist weiter zu fragen, inwiefern überhaupt von „internationalem Fremdenverkehr“ und seinen Bedürfnissen gesprochen werden kann, wenn in Abs. 4 lit. c. dann generisch und ohne Weiteres ein ganzer Grenzstreifen von 10 km um die ganze Schweiz herum gleich behandelt wird und so nicht nach Massgabe der spezifischen Bedürfnisse verschiedenster sprachlicher, landschaftlicher und auch kultureller Regionen unterschieden wird (Berg-, Stadt-, Land-, Agglomerationsgebiete; Regionen mit unterschiedlichen Verhältnissen zur Sonntagsruhe, Fremdenverkehrsgebiete i.S.v. Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und Gebiete, die vom heutigen Gesetz nicht abgedeckt werden und überhaupt keine [weder nationale noch internationale] Fremdenverkehrs-Tradition aufweisen...).

Zu Abs. 4 Satz 1: Zu fragen ist, wie die Kantone ein solches Gesuch zu behandeln haben. Insbesondere macht der Erläuternde Bericht hier keine präzisen Ausführungen, inwiefern die Kantone noch eigene Ermessensspielräume haben, um schädliche Auswirkungen des Sonntagsverkaufs

auf ihre spezifischen kantonalen Begebenheiten zu minimieren oder kulturelle und religiöse oder Polizei-Güter-Abwägungen einfließen zu lassen. Auch hier zeigt sich die Vorlage viel zu wenig differenzierend und wenig durchdacht.

Zu lit. a: Inwiefern hier Luxusgüter überhaupt einen spezifischen Bezug zum internationalen Fremdenverkehr aufweisen, muss stark bezweifelt werden. Vielmehr ist es so, dass der Begriff „Luxusgüter“ eben gerade nicht „typische“ Schweizer Produkte beinhaltet, welche Touristen erwerben könnten (z.B. Leinen-Textilien, Käse, Schokolade, alltägliche Gebrauchszuhen z.B. der Marke „Swatch“, Holz-Schnitzereien, etc.). Weiter wird es kantonaler Willkür überlassen, wie ein solches Warenangebot überhaupt gemessen wird: Anhand des Wertes der ausgestellten Ware? Anhand der flächenmässigen Ausgestaltung der Auslage?

Zu lit. b: Dass die Einkaufszentren den Umsatz mit überwiegend internationaler, also nicht-schweizerischen Kundschaft tätigen müssen, erlaubt immer nur eine Ex-Post-Kontrolle der Voraussetzung. So muss bspw. Ende Jahr bzw. im nächsten Jahr geprüft werden, ob überhaupt die Vorgaben erfüllt wurden. Es ist anzunehmen, dass so Verstösse, wenn überhaupt, selten entdeckt werden und dann auch zu geringen oder gar keinen Sanktionen führen werden. Dies ist nicht akzeptabel. Hier müsste vielmehr eine „Real-Time-Lösung“, z.B. über elektronisches Monitoring, eingeführt werden.

Weiter ist zu kritisieren, dass eine regelrechte „Ausweispflicht“ für Kunden solcher Einkaufszentren eingeführt werden würde: Um das Erfordernis der überwiegend internationalen Kundschaft überhaupt liquid zu machen, muss ja die Identität der Kunden, zumindest was ihren Wohnort angeht, bekannt sein und registriert werden. Eine solche „inquisitorische“ Registrierung ist einerseits sehr schwierig durchzuführen und datenschutzrechtlich auch höchst problematisch.

Auch dem wichtigen Aspekt der Rechtssicherheit wird so nicht Rechnung getragen. Eigentümer bzw. Betriebe solcher Einkaufszentren würden sich der ständigen Ungewissheit ausgesetzt sehen, ex post aus dem Regime von Art. 25 ArGV 2 herauszufallen.

Zu lit. c: Bereits erwähnt wurde, dass grundsätzlich zu bezweifeln ist, dass die Qualifizierung eines Streifens von 10 km rund um die Grenze zu einer „neuen“, generalisierten Form von Fremdenverkehrsgebiet in der Verordnung vom Gesetz gedeckt wird. Hier überschreitet u.E. der Bundesrat klar seine Verordnungskompetenz (Vgl. Bemerkungen oben unter Ziff. 1 und 2).

Besten Dank für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen und der Analyse im beiliegenden Gutachten der Prof. Mahon/Dunand.

Freundliche Grüsse

**SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



Paul Rechsteiner  
Präsident



Luca Cirigliano  
Zentralsekretär

Beilage: Rechtsgutachten