



Memorandum

An Travail.Suisse, Herr Gabriel Fischer, Hopfenweg 21, 3001 Bern

Von Prof. Dr. Thomas Geiser und RA Remo Wagner

Ort/Datum St.Gallen, den 17. März 2015

Betrifft Auswirkungen einer Neuregelung der Arbeitszeiterfassung

Inhaltsverzeichnis

I. Sachverhalt	2
II. Fragestellung	2
III. Einschränkungen	2
IV. Rechtliche Ausführungen	3
1. Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung	3
a) Würdigung der beabsichtigten Änderung.....	3
aa) Lohngrenze von Fr. 120'000	3
bb) Sehr grosse Arbeitszeitsouveränität.....	4
cc) GAV	4
b) Auswirkungen	5
aa) Im Allgemeinen	5
bb) Im Einzelnen.....	5
2. Vereinfachte Arbeitszeiterfassung	8
a) Würdigung der beabsichtigten Änderung.....	8
aa) Gewisse Zeitsouveränität	8
bb) Vereinfachte Arbeitszeiterfassung	8
cc) Vereinbarung	8
b) Auswirkungen	8

I. Sachverhalt

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung hat am 22. Februar 2015 in einer Pressemitteilung bekanntgegeben, dass ein Einigungsvorschlag von Bundesrat Schneider-Ammann betreffend die Überarbeitung der Arbeitszeiterfassung zusammen mit den Sozialpartnern bereinigt wurde. Die Einigung ergänzt die ArGV 1 mit zwei Artikeln. Erstens sollen Mitarbeitende auf eine Arbeitszeiterfassung verzichten können, deren AHV-pflichtiger Lohn (inkl. Boni) mehr als Fr. 120'000 beträgt und die über eine sehr grosse Arbeitszeitsouveränität verfügen. Zudem muss der Verzicht im Rahmen eines GAV erfolgen. Zweitens sollen Mitarbeitende mit einer gewissen Arbeitszeitsouveränität einer vereinfachten Arbeitszeiterfassung unterstehen (notieren der täglichen Arbeitszeit), was mittels eines Vereinbarung erfolgen kann.

II. Fragestellung

Das vorliegende Memorandum nimmt summarisch zur vorgeschlagenen Änderung der ArGV 1 betreffend Arbeitszeiterfassung Stellung und zeigt die sich daraus ergebenden arbeitsrechtlichen Auswirkungen auf.

III. Einschränkungen

Das vorliegende Memorandum beschränkt sich auf die obgenannte Fragestellung und basiert ausschliesslich auf Schweizer Recht sowie den vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen. Kantonales und kommunales Recht wird berücksichtigt, soweit es online abrufbar ist.

Die überarbeitete Fassung der ArGV 1 liegt den Verfassern nicht vor; die nachfolgenden Ausführungen stützen sich ausschliesslich auf die in der Pressemitteilung vom 22. Februar 2015 enthaltenen Informationen. Die Darstellung der sich aus der Änderung der ArGV 1 ergebenden arbeitsrechtlichen Auswirkungen erheben aus diesem Grund sowie unter Berücksichtigung des summarischen Charakters des vorliegenden Memorandums keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beiderlei Geschlecht.

IV. Rechtliche Ausführungen

1. Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung

a) Würdigung der beabsichtigten Änderung

aa) Lohngrenze von Fr. 120'000

Grundsätzlich: Mit der Festsetzung einer Lohngrenze werden Personen von der Arbeitszeiterfassung ausgenommen, die über Gestaltungsfreiheit in der Arbeit (nicht *Arbeitszeit*) und Verhandlungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber verfügen, d.h. Personen ab einer bestimmten Hierarchiestufe. Die Lohngrenze stellt ein objektiv feststellbares Kriterium dar, welchem die Überlegung zugrunde liegt, dass den Arbeitgeber ab einer bestimmten Lohnhöhe nur noch eine verminderte Pflicht zum Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers treffen soll. Diese Auffassung erscheint im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben als vertretbar. Sie stellt auch ein grundsätzlich geeignetes Kriterium dar, um Arbeitnehmer mit höherer Autonomie zu identifizieren und ist insofern nicht grundsätzlich zu beanstanden.

Konkrete Lohngrenze: Die konkrete Festlegung der Lohngrenze ist eine politische Frage, die deshalb an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden kann. Es wäre wünschenswert, wenn man sich auf eine bewährte Lohngrenze beziehen würde, anstatt eine neue zu schaffen. Würde etwa der maximal versicherbare Verdienst nach UVG (zurzeit Fr. 126'000) herangezogen, der sich etwa auch bei der Regelung des Lohnprivilegs in Art. 219 Ziff. 4 lit. a SchKG bewährt hat, könnte man von Beginn an auf Erfahrungswerte und eine entsprechende Praxis zurückgreifen und somit eine grössere Rechtssicherheit schaffen. Ausserdem erschiene es sachgerechter, für verschiedene Wirtschaftszweige unterschiedliche Lohnhöhen zu definieren (z.B. gemäss Lohnstrukturerhebung des Bundes), um strukturelle Ungleichheiten verschiedener Branchen zu berücksichtigen.

Massgebender Lohn: Der Vorschlag sieht vor, den AHV-pflichtigen Lohn inkl. Boni als massgeblichen Lohn zu definieren, was Fragen nach der Bestimmbarkeit aufwirft. Da variable Gehaltsanteile in der Regel nicht im Voraus bestimmbar sind, ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung jedoch im Allgemeinen im Voraus vereinbart werden will, ergeben sich Unklarheiten bezüglich der Zulässigkeit des Verzichts: Es müsste im Nachhinein geprüft werden, ob ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung im vergangenen Jahr zulässig war oder nicht. Das ist nicht praktikabel. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Lohn im Zeitraum massgebend sein muss, während dem auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet wird, und nicht auf ein Durchschnittswert während der gesamten Anstellungsdauer oder den Lohn im Kontrollzeitpunkt abgestellt werden darf.

bb) Sehr grosse Arbeitszeitsouveränität

Grundsätzlich: Die Arbeitszeitsouveränität erscheint als zwingende Voraussetzung, weshalb überhaupt ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung möglich sein soll. Wenn einem Arbeitnehmer die Arbeitszeit vorgegeben wird, kann sie auch problemlos dokumentiert werden. Richtigerweise können deshalb nur Arbeitnehmer verzichten, die (hierarchieunabhängig) über Arbeitszeitsouveränität verfügen. Das Überschreiten der Lohngrenze alleine darf nicht genügen. Die Zeitsouveränität muss nachgewiesen werden können, wobei sich (trotz Fehlen von Formvorschriften) der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung empfiehlt.¹

Konkrete Vorgabe empfehlenswert: Es empfiehlt sich, eine konkrete Vorgabe in den Wortlaut aufzunehmen, ab wann Arbeitnehmende über „sehr grosse“ Arbeitszeitsouveränität verfügen. Dabei wäre sinnvollerweise eine bestimmte Prozentzahl (z.B. 50%) der vereinbarten oder üblichen Wochenarbeitszeit zu definieren, während der der Arbeitnehmer frei und ohne Weisung bestimmen kann, wann er arbeitet.² Indem auf die Wochenarbeitszeit (und nicht die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss ArG) als Berechnungsgrundlage abgestützt wird, kann der Arbeitgeber Überstunden anordnen, ohne dass diese Stunden in die Berechnung für einen Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung einfließen. Denn Überstunden werden regelmässig vom Arbeitgeber angeordnet. Massgeblich soll deshalb die freie Einteilung der vereinbarten oder üblichen Wochenarbeitszeit sein. Dies macht auch mit Blick auf Teilzeitbeschäftigte Sinn, die im gleichen Umfang von einem allfälligen Verzicht profitieren sollen. Würde die wöchentliche Höchstarbeitszeit als Grundlage herangezogen, wären *per se* diejenigen Teilzeitbeschäftigten vom Verzicht ausgeschlossen, die diese Grenze nicht erreichen.

cc) GAV

Das Erfordernis, dass der Verzicht zwingend im Rahmen eines GAV vereinbart werden muss, stärkt die Stellung der Sozialpartner, erscheint aber sachlich nicht zwingend notwendig. So finden etwa GAV auf die vorliegend betroffenen Kaderpositionen (Lohn

¹ Idealerweise erfolgt die Vereinbarung der Zeitsouveränität vorgängig zu einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung.

² Sofern zwar eine freie Einteilung vereinbart wird, der Arbeitgeber jedoch systematisch, etwa durch gezielte und kurzfristig terminierte Aufträge indirekt eine Arbeitssituation schafft, die es dem Arbeitnehmer faktisch verunmöglicht, seine Arbeitszeit frei einzuteilen, ist die Voraussetzung nicht erfüllt und der Arbeitnehmer kann nicht gültig auf die Arbeitszeiterfassung verzichten. Weiter ist denkbar, dass der Ort des Arbeitseinsatzes (z.B. Montage beim Kunden) oder äussere Umstände (z.B. Schneefall beim Schneeräumungsdienst) dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nicht frei einteilen kann. In diesen Fällen ist ein Verzicht ebenfalls nicht möglich. In der Praxis werden die letztgenannten Konstellationen nicht zu grösseren Problemen führen, weil etwa bei einer Montage in den Räumlichkeiten des Kunden die Arbeitszeit zwecks Fakturierung häufig ohnehin erfasst und aufbewahrt wird und der Lohn der betroffenen Arbeitnehmer regelmässig unterhalb der Lohngrenze liegt, womit diese Arbeitnehmer für einen Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung schon deshalb nicht in Frage kommen.

mind. Fr. 120'000 und sehr grosse Arbeitszeitsouveränität) regelmässig gar keine Anwendung. Weiter lässt sich argumentieren, dass jeder Arbeitnehmer individuell entscheiden soll, ob er einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung zustimmen will.

b) Auswirkungen

aa) Im Allgemeinen

Mit der besprochenen Regelung entsteht zwingend eine Personengruppe, die zwar dem ArG und den entsprechenden Arbeits- und Ruhezeiten unterstellt ist, deren Einhaltung jedoch im Umfang eines allfälligen Verzichts auf die Arbeitszeiterfassung nicht oder nur sehr erschwert durch die kantonalen Arbeitsinspektorate kontrolliert werden kann. Entgegen der im bisherigen Diskussionsverlauf teilweise geäusserten Kritik wird die Anwendbarkeit des ArG auf diese Personengruppe dadurch aber nicht komplett ihres Sinngehalts entleert, da es dem Arbeitnehmer weiterhin offensteht, Aufzeichnungen über die Arbeitszeit zu machen und die Einhaltung des ArG einzufordern. Es ist zu betonen, dass auch mit der Neuregelung der Arbeitszeiterfassung der Anwendungsbereich des ArG weiterhin unverändert und uneingeschränkt gilt.

bb) Im Einzelnen

Arbeitsgesetzliche Normen, die an die Arbeitszeit anknüpfen, erfahren mit dem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung einen Vollzugsnachteil, weil der Arbeitgeber nicht mehr verpflichtet wird, die Arbeitszeit aufzuzeichnen und aufzubewahren und diese Angaben somit den Vollzugs- und Aufsichtsorganen nicht mehr zur Verfügung stehen. Wie nachfolgend dargestellt wird, bestehen darüber hinaus auch arbeitsvertragliche Normen, die an die Arbeitszeit anknüpfen.

Arbeitszeiten (Art. 9 ff. ArG, Art. 13 ff. und 22 ff. ArGV 1): Die vom Arbeitnehmer täglich und wöchentlich geleistete Arbeitszeit, einschliesslich Ausgleichs- und Überzeit muss nicht mehr erfasst werden. Der Verzicht auf die Erfassung bedeutet indes keinesfalls, dass die entsprechenden Normen des ArG nicht mehr eingehalten werden müssen. Will der Arbeitnehmer etwa die Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (45 bzw. 50 Stunden) oder den Lohnzuschlag für Überzeit (mind. 25%) durchsetzen, ist er auf eigene Aufzeichnungen und (sonstige) Beweismittel angewiesen. Obschon es sich hierbei um öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Arbeitgebers handelt, steht dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu.

Problematisch erscheint, dass für den Arbeitgeber nicht mehr feststellbar ist, wieviele Überzeit geleistet wurde. Dieser muss aber die Möglichkeit besitzen, auf anfallende Überzeit zu

reagieren und allenfalls die Arbeit neu zu organisieren. Die Statuierung einer Pflicht des Arbeitnehmers, die Überzeit innert einer bestimmten Zeit geltend zu machen bzw. der Entfall des Anspruchs auf Geltendmachung von Überzeit während dem Zeitraum des Verzichts auf die Arbeitszeiterfassung, ist auf Verordnungsstufe nicht möglich, weil solche Bestimmungen gegen Art. 128 Ziff. 3 OR bzw. Art. 341 OR i.V.m. Art. 13 ArG verstossen würden. Denkbar wäre stattdessen die Statuierung einer Informationspflicht des Arbeitnehmers bei Überzeit.

Pausen und Ruhezeiten (Art. 15 ff. ArG, Art. 18 ff. ArGV 1): Durch den Verzicht auf die Erfassung der Arbeitszeit werden die Lage und Dauer der Pausen, die tägliche Ruhezeit (grundsätzlich mind. 11 Stunden), der wöchentliche freie Halbtag oder Ruhetag sowie die Nacht- und Sonntagsarbeit nicht mehr erfasst.

Arbeitnehmer, die etwa den Lohn- oder Zeitzuschlag bei Nacht- oder Sonntagsarbeit oder die medizinische Untersuchung bei längerer Nachtarbeit durchsetzen wollen, sind auf eigene Aufzeichnungen und (sonstige) Beweismittel angewiesen. Wie gross der Anteil von Personen mit einem Lohn von mehr als Fr. 120'000 und sehr grosser Arbeitszeitsouveränität ist, die Nacht- und Sonntagsarbeit leisten, ist indes unklar. Es erscheint deshalb schwierig abzuschätzen, inwiefern die neue Bestimmung in der Praxis tatsächlich zu Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der obgenannten Vorschriften führt.

Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassung zeitigt keine wohl wesentlichen Auswirkungen auf die Durchsetzung der Pausenregelung, weil die Einhaltung der zwingenden Pausenregelung jeweils nur *pro futuro* gefordert werden kann und dafür eine Arbeitszeiterfassung (weil vergangenheitsorientiert) grundsätzlich nicht zweckdienlich ist. Mit einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung wird (lediglich) das ohnehin bereits bestehende Vollzugsdefizit vergrössert.

Überstunden (Art. 321c OR): Will ein Arbeitnehmer den Lohnzuschlag für Überstundenarbeit (25%) geltend machen, obliegt ihm grundsätzlich die Beweislast, dass er Überstunden geleistet hat und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren. Bei einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung ist der Arbeitnehmer dabei auf eigene Aufzeichnungen und (sonstige) Beweismittel angewiesen. Inwiefern den eigenen Aufzeichnungen des Arbeitnehmers ein Beweiswert zukommt, muss als unklar bezeichnet werden.³ Mit einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung geht somit wohl eine grössere Ungewissheit mit Bezug die Beweisbarkeit der Überstunden einher. Der Beweiswert von Arbeitszeiterfassungen durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer mit einem Erfassungssystem des Arbeitgebers (z.B.

³ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c N 10.

interne Zeiterfassungssoftware) dürfte dabei im Allgemeinen regelmässig höher eingestuft werden, weil diesfalls der Arbeitgeber zumindest das Erfassungssystem anerkennt.

Aus Arbeitgebersicht besteht dieselbe Problematik wie bei der Überzeit, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen wird. Bis wann ein Arbeitnehmer seine Ansprüche aus Überstundenarbeit (ohne die obgenannte Informationspflicht) gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen muss, bevor sie verfallen, wird von Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.⁴

Lohnanspruch (Art. 322 ff. OR): Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung zeitigt grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers. Das (wohl eher theoretische) Risiko, dass ein Arbeitgeber die Lohnzahlung ganz oder teilweise mit dem Argument verweigert, dass der Arbeitnehmer (eventual-)vorsätzlich seine Arbeitszeit nicht geleistet hat, ist mit dem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung nicht grösser. Soweit der Arbeitnehmer das grundsätzliche Anbieten seiner Arbeitsleistung belegen kann und der Arbeitgeber diese ohne Beanstandung entgegengenommen hat, wird die Vermutung begründet, dass die Arbeitsleistung vertragskonform erbracht wurde. Macht der Arbeitgeber eine Vertragsverletzung in Form von zu wenig geleisteten Arbeitsstunden geltend, ist er für diesen Umstand beweispflichtig und insofern selbst auf eine Arbeitszeiterfassung angewiesen.

Ferienanspruch (Art. 329a ff. OR): Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung zeitigt grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Ferienanspruch des Arbeitnehmers. Er entbindet insbesondere nicht von der Pflicht des Arbeitgebers, für jeden Arbeitnehmer ein Ferienkonto zu führen.

⁴ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c N10 m.w.H.

2. Vereinfachte Arbeitszeiterfassung

a) Würdigung der beabsichtigten Änderung

aa) Gewisse Zeitsouveränität

Auch hier empfiehlt es sich, eine konkrete Vorgabe in den Wortlaut aufzunehmen, ab wann Arbeitnehmende über „gewisse“ Arbeitszeitsouveränität verfügen. Sinnvollerweise wäre analog zu den obenstehenden Ausführungen eine bestimmte Prozentzahl der vereinbarten oder üblichen Wochenarbeitszeit festzulegen, während der der Arbeitnehmer frei und ohne Weisung bestimmen kann, wann er arbeitet.

bb) Vereinfachte Arbeitszeiterfassung

Der Vorschlag sieht vor, dass im Rahmen der vereinfachten Arbeitszeiterfassung nur die tägliche Arbeitszeit notiert werden muss. Es erscheint unklar, ob darunter die Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verstanden werden muss, oder ob z.B. der Eintrag eines Arbeitstages à 8.40 Stunden ohne Beginn und Ende zulässig ist. Im letztgenannten Fall wären etwa die Lage und Dauer der Pausen, Überstunden und Überzeit nicht mehr dokumentiert. Diese Unklarheiten sind vom Ordnungsgeber zu klären.

cc) Vereinbarung

Dass der Verzicht mittels gewöhnlicher Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer erfolgen kann, und nicht im Rahmen eines GAV vereinbart werden muss, erscheint sinnvoll. Auch wenn keine Formerfordernisse bestehen, empfiehlt sich der schriftliche Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung.

b) Auswirkungen

Mangels konkreter Angaben zur Ausgestaltung der vereinfachten Arbeitszeiterfassung können die Auswirkungen nicht im Einzelnen festgestellt werden. Soweit die Erfassung bestimmter Angaben auch unter der vereinfachten Arbeitszeiterfassung nicht mehr erforderlich ist, kann auf die entsprechenden Ausführungen beim vollständigen Verzicht verwiesen werden.

* * *