

# Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung



ROLAND MÜLLER,  
PD Dr. jur., Rechtsanwalt,  
Staad/SG



THOMAS OECHSLE,  
lic. iur., Zürich

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
  - I. Problemstellung
  - II. Abgrenzung
  - III. Begriffsbestimmung
    - 1. Arbeitszeit
    - 2. Überstunden/Überzeit
- B. Gesetzliche und vertragliche Verpflichtung
  - I. Pflicht zur Erfassung aus Gesetz
    - 1. Pflicht zur Erfassung aus Arbeitsgesetz
    - 2. Pflicht zur Erfassung aus Obligationenrecht
    - 3. Pflicht zur Erfassung aus Heimarbeitsgesetz
  - II. Pflicht zur Erfassung aus Vertrag
    - 1. Pflicht zur Erfassung aus Gesamtarbeitsvertrag
    - 2. Pflicht zur Erfassung aus Normalarbeitsvertrag
    - 3. Pflicht zur Erfassung aus Einzelarbeitsvertrag
    - 4. Pflicht zur Erfassung aus allgemeinen Vertragsbestimmungen und Reglementen
  - III. Sanktionen bei Pflichtverletzung
- C. Umsetzung in der Praxis
  - I. Gesetzlicher Umsetzungsbereich
    - 1. Persönlicher Geltungsbereich
    - 2. Fachlicher Geltungsbereich
  - II. Vertraglicher Umsetzungsbereich
    - 1. Individuelle Gestaltungsmöglichkeit
    - 2. Gleichbehandlungsanspruch
- D. Spezialfälle
  - I. Erfassung der Ferienzeit
  - II. Delegation der Erfassungspflicht
    - 1. Delegation an den Arbeitnehmer
      - a. Formelle und materielle Voraussetzungen für eine gültige Delegation
      - b. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Massenentlassung
      - c. Zeitpunkt der Einführung
      - d. Sicherstellung der Delegationsumsetzung
    - 2. Delegation an eine Konzerngesellschaft
    - 3. Delegation beim Leiharbeitsverhältnis
  - III. Qualifikation als Arbeitszeit

- IV. Projektbezogene Zeiterfassung
- V. Forderungen der Revisions- bzw. Kontrollstellen
- E. Zusammenfassung und Empfehlungen
  - I. Zusammenfassung
  - II. Empfehlungen
    - 1. Einführung eines Arbeitszeitreglements
    - 2. Ausnahmeregelungen

## A. Einleitung

### I. Problemstellung

Die Pflicht, die Arbeitszeit zu erfassen und die entsprechenden Unterlagen und Verzeichnisse während mindestens fünf Jahren aufzubewahren, ist gesetzlich verankert.<sup>1</sup> Allerdings sind die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen teilweise unklar, wenn es um gewisse konkrete Fragestellungen geht. Heute ist vermehrt der Wunsch vorhanden, die Arbeitszeiten mittels verschiedenster Modelle zu flexibilisieren.<sup>2</sup> Damit ergeben sich zusätzliche Probleme bei der Erfassung der Arbeitszeit.

Mit der vorliegenden Abhandlung sollen die Probleme im Zusammenhang mit der Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit aufgezeigt und mögliche Lösungen vorgeschlagen werden, um sowohl dem Bedürfnis nach flexiblerer Gestaltung der Arbeitszeit als auch den arbeitsgesetzlichen Vorschriften gerecht zu werden.

### II. Abgrenzung

Diese Arbeit berücksichtigt ausschliesslich privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Allfällige technische Fragestellungen (wie z.B. Handhabung oder Zuverlässigkeit elektronischer Zeiterfassungssysteme) werden nicht erörtert. Ferner werden keine datenschutzrechtlichen Probleme erläutert, welche sich allenfalls mit gewissen Zeiterfassungssystemen ergeben können.<sup>3</sup>

1 Art. 46 ArG (Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz] vom 13. März 1964, SR 822.11) i.V.m. Art. 73 ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10 Mai 2000, SR 822.111).

2 Vgl. dazu THOMAS GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, AJP 1997, 1327–1339.

3 So werden z.B. Stempelkarten meist zentral aufbewahrt und sind somit für jeden einsehbar.

### III. Begriffsbestimmung

#### 1. Arbeitszeit

Als "Arbeitszeit" im Sinne der arbeitsgesetzlichen Vorschriften wird die vertraglich vereinbarte Dauer des Arbeitseinsatzes pro Tag, Woche, Monat oder Jahr verstanden.<sup>4</sup> In speziellen Fällen kann es dabei zu Abgrenzungsproblemen zwischen der Freizeit und der Arbeitszeit kommen.<sup>5</sup> Nicht als Arbeitszeit gelten naturgemäss Ferien, doch hat der Arbeitgeber aus eigenem Interesse einen Nachweis über die vom Arbeitnehmer bezogenen Ferien zu führen.<sup>6</sup>

#### 2. Überstunden/Überzeit

Zu unterscheiden ist hier zwischen den in Art. 321c OR geregelten Überstunden und der in Art. 12 und 13 ArG geregelten Überzeit.

Überstundenarbeit ist eine über die vertraglich geregelte Normalarbeitszeit hinaus gehende Arbeitsleistung.

Unter Überzeitarbeit wird die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit hinaus gehende Arbeitszeit verstanden.<sup>7</sup> Die gesetzliche Höchstarbeitszeit beträgt für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, 45 Stunden.<sup>8</sup> Für alle übrigen Arbeitnehmer beträgt sie 50 Stunden.<sup>9</sup>

### B. Gesetzliche und vertragliche Verpflichtung

#### I. Pflicht zur Erfassung aus Gesetz

##### 1. Pflicht zur Erfassung aus Arbeitsgesetz

Art. 46 ArG verpflichtet den Arbeitgeber dazu, Verzeichnisse oder andere Unterlagen, aus denen die für den Vollzug des Gesetzes und seiner Verordnungen erforderlichen Angaben ersichtlich sind, den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu halten.<sup>10</sup> Art. 73 Abs. 1 ArGV<sup>11</sup> konkretisiert dabei, welche Angaben in diesen Unterlagen enthalten sein müssen. Namentlich müssen daraus ersichtlich sein: die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inklusive Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage,<sup>12</sup> die gewährten wöchentlichen Ruhe- oder Ersatzruhetage, soweit diese nicht regelmässig auf einen Sonntag fallen<sup>13</sup> sowie die Lage und Dauer von Pausen von einer halben Stunde und mehr.<sup>14</sup> Die Aufbewahrungsfrist für diese Unterlagen beträgt nach Ablauf ihrer Gültigkeit mindestens fünf Jahre.<sup>15</sup>

##### 2. Pflicht zur Erfassung aus Obligationenrecht

Aus den Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag<sup>16</sup> lässt sich keine direkte Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit

ableiten. Allerdings bestimmt Art. 321c OR, dass geleistete Überstunden, welche nicht durch Freizeit ausgeglichen werden, durch Normallohn samt einem 25%-igen Zuschlag zu entlöhen sind. Diese Pflicht kann schriftlich im Einzelarbeitsvertrag, durch Normalarbeitsvertrag oder durch Gesamtarbeitsvertrag wegbedungen werden.<sup>17</sup> Damit dieser Pflicht nachgekommen werden kann, müssen mindestens die Abweichungen von der vertraglich geregelten Normalarbeitszeit erfasst werden. Sind keine Aufzeichnungen vorhanden, kann davon ausgegangen werden, dass entsprechend keine Überstunden bzw. keine Überzeit geleistet worden ist.

Das Gesetz sieht keine Sanktionen bei Unterlassung der Dokumentation der geleisteten (Über-)Stunden vor. Dies ist insofern problematisch, als nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, der daraus einen Anspruch ableiten möchte. Demnach hat ein Arbeitnehmer, welcher Überstunden oder Überzeitforderungen geltend macht, zu beweisen, dass er diese Stunden tatsächlich geleistet hat. Ist nun der Arbeitgeber seiner Aufbewahrungspflicht nicht nachgekommen, ist dem Arbeitnehmer unter Umständen dieser Beweis verunmöglicht. In einigen publizierten Urteilen kantonaler Instanzen haben die Gerichte in diesem Fall dem Arbeitgeber den Beweis dafür auferlegt, dass die behaupteten Überstunden nicht geleistet wurden.<sup>18</sup>

#### 3. Pflicht zur Erfassung aus Heimarbeitsgesetz

Im Gegensatz zum Arbeitsgesetz bestimmt das Heimarbeitsgesetz in Art. 4 Abs. 3 sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer zu Verantwortlichen, wenn es darum geht, den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden die für den Vollzug des

4 WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, Rz. 8.

5 Vgl. hierzu das Kapitel D.III "Qualifikation als Arbeitszeit".

6 Vgl. hierzu das Kapitel D.I "Erfassung der Ferienzeit".

7 FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 163.

8 Art. 9 Abs. 1 Bst. a ArG.

9 Art. 9 Abs. 1 Bst. b ArG.

10 Zu den gesetzlichen Ausnahmen siehe hinten unter C.I: Gesetzlicher Umsetzungsbereich.

11 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111.

12 Art. 73 Abs. 1 Bst. c ArGV 1.

13 Art. 73 Abs. 1 Bst. d ArGV 1.

14 Art. 73 Abs. 1 Bst. e ArGV 1.

15 Art. 73 Abs. 2 ArGV 1.

16 Art. 319 ff. OR.

17 Dies ist vor allem bei Arbeitnehmern, welche vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind, die Regel.

18 Ausführlich und mit weiteren Hinweisen: ROGER RUDOLPH, zu Art. 46 ArG, in: THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER (Hrsg.), Arbeitsgesetz (Stämpfli Handkommentar), Bern 2005, N 14.

Gesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihnen Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren.

## II. Pflicht zur Erfassung aus Vertrag

### 1. Pflicht zur Erfassung aus Gesamtarbeitsvertrag

Alle bestehenden Gesamtarbeitsverträge zu besprechen, ist an dieser Stelle nicht möglich. Darum werden nur auszugsweise Bestimmungen einzelner Gesamtarbeitsverträge beispielhaft besprochen. Zudem wird für statistische Angaben auf STÖCKLI<sup>19</sup> zurückgegriffen.

Die wohl meist verbreitete Bestimmung bezüglich der Arbeitszeit in Gesamtarbeitsverträgen betrifft die wöchentliche Dauer der Arbeitsleistung (97% aller GAV).<sup>20</sup> Bestimmungen über Konventionalstrafen oder Kontrollen in den jeweiligen Betrieben sind hingegen nur in ungefähr 33% aller GAV enthalten<sup>21</sup> und konkrete Regelungen zur Zeiterfassung und -kontrolle finden sich gar nur in 6% der Verträge.<sup>22</sup>

So findet sich in der Praxis beispielsweise folgende Bestimmung im Zusammenhang mit der flexibilisierten Arbeitszeit:<sup>23</sup>

*"Die flexibilisierte Arbeitszeit ist die Regel. Der Arbeitgeber<sup>24</sup> legt sie nach den Bedürfnissen des Betriebes und der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse fest.*

*Falls der Arbeitgeber für die Zeiterfassung keine Vorschriften aufstellt, kann der Arbeitnehmer die geleistete Arbeitszeit erfassen und ein Zeitausgleichskonto führen. Der Arbeitgeber stellt dazu geeignete Instrumente zur Verfügung."*

Problematisch ist hier die Kann-Vorschrift. Sollte der Arbeitgeber für die Zeiterfassung keine Vorschriften aufstellen, ist die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Normen nicht gewährleistet. Im Gegensatz zu dieser Regelung finden sich jedoch auch sehr detaillierte Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung:<sup>25</sup>

*"Der Arbeitgeber ist für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Die Arbeitszeitkontrolle ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Führung der Arbeitszeitkontrolle dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen.*

...

*Der Arbeitgeber führt Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten. Der Mitarbeiter kann jederzeit Auskunft über Arbeits- und Ruhezeiten, Feiertage- und Ferienguthaben verlangen.*

*Kommt der Arbeitgeber seiner Beweisführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen."*

Vorbildlich an dieser Bestimmung ist die Regelung bezüglich der Beweislastverteilung. Damit ist dem Arbeitgeber nicht nur eine gesetzliche Pflicht zur Erfassung auferlegt, sondern es besteht auch ein direktes finanzielles Interesse, die Erfassung der Arbeitszeit ordentlich durchzuführen.

### 2. Pflicht zur Erfassung aus Normalarbeitsvertrag

In den wenigen Normalarbeitsverträgen, welche in der Schweiz erlassen wurden, sind – wenn überhaupt – ausschliesslich Bestimmungen zur Höchstarbeitszeit enthalten. Spezifische Regelungen zur Arbeitszeiterfassung sind, soweit ersichtlich, keine vorhanden.

### 3. Pflicht zur Erfassung aus Einzelarbeitsvertrag

Es besteht die Möglichkeit, die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit mittels Einzelarbeitsvertrag dem Arbeitnehmer zu übertragen. Hierbei müssen jedoch besondere Voraussetzungen erfüllt sein, auf welche später näher eingegangen wird.<sup>26</sup>

In der Praxis wird in Einzelarbeitsverträgen vielfach auf Reglemente verwiesen. Sofern solche *Verweisungen ausdrücklich* geschehen und der Arbeitnehmer *bestätigt*, die entsprechenden Reglemente erhalten zu haben, sind die entsprechenden Bestimmungen für die Vertragsparteien verbindlich. Damit ist es also möglich, auch auf ein spezielles Arbeitszeitreglement zu verweisen.

### 4. Pflicht zur Erfassung aus allgemeinen Vertragsbestimmungen und Reglementen

Bei der nachfolgenden Regelung aus einem Zeitreglement werden dem Mitarbeiter klare Anweisungen erteilt, wie genau die Zeiterfassung zu erfolgen hat:

*"Die Zeiterfassung hat durch die Mitarbeitenden oder die vorgesetzten Stellen zu erfolgen. Zu stempeln sind Arbeitsbeginn und Arbeitsende, Beginn und Ende aller Pausen sowie alle Arbeitsunterbrechungen, die nicht geschäftlich bedingt sind. Die Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit hat in Arbeitskleidung zu erfolgen.*

*Für die Zeitkontrolle ist der jeweilige Geschäftsbereichsleiter verantwortlich."*

Durch die präzise Formulierung wird sichergestellt, dass alle arbeitsgesetzlichen Anforderungen an die Zeiterfassungsunterlagen eingehalten werden. Gleichzeitig wird dem Arbeitnehmer einerseits die Pflicht auferlegt, die Zeit

19 JEAN-FRITZ STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, SSA 32, Bern 1990.

20 STÖCKLI (FN 19), 304.

21 STÖCKLI (FN 19), 118.

22 STÖCKLI (FN 19), 307.

23 Auszug aus der "Vereinbarung über Anstellungsbedingungen der Bankangestellten 2006".

24 Im Rahmen einer "neutralen" Betrachtung wird generell von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesprochen, auch wenn im GAV allenfalls präzisere Bezeichnungen verwendet werden.

25 Auszug aus dem L-GAV des Gastgewerbes Art. 15 und 21.

26 Sieh hierzu D.II.1: Delegation an den Arbeitnehmer.

zu erfassen und er wird andererseits einer Aufsichtsinstanz unterstellt.

Nicht alle Arbeitszeitreglemente sind gleichermaßen geeignet, um den Anforderungen des Arbeitsgesetzes gerecht zu werden, wie an den beiden folgenden Bestimmungen aus der Praxis ersichtlich ist.

*"Die gleitende Arbeitszeit in Eigenverantwortung beruht auf dem Vertrauen in das Verantwortungsbewusstsein unserer Mitarbeitenden. Für das eigene Zeitmanagement sind alle Mitarbeitenden persönlich verantwortlich. Es erfolgt keine Erfassung der Präsenzzeit."*

Oder:

*"Die Mitarbeitenden können innerhalb der Rahmenbedingungen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, in Absprache mit dem Vorgesetzten bzw. der Arbeitsgruppe frei wählen. Dies setzt ein hohes Vertrauensverhältnis voraus und appelliert an die Selbstverantwortung jedes Einzelnen. Die Arbeitszeiten werden nicht erfasst."*

Da bei der hier geregelten Gleitzeitarbeit/Vertrauensarbeit keine vertraglichen Normalarbeitszeiten fixiert sind, kann die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Bestimmungen mit diesen Regelungen nicht gewährleistet werden.

### III. Sanktionen bei Pflichtverletzung

Zuwiderhandlungen gegen Art. 46 ArG sind nicht direkt mit Sanktionen bedroht.<sup>27</sup> Jedoch unterliegen derartige Verstösse dem Verwaltungszwang nach Art. 51 und 52 ArG, allenfalls verbunden mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB. Damit ist indirekt eine strafrechtliche Sanktion möglich.

Das Bundesgericht hat bereits 1984 einen wegleitenden Entscheid<sup>28</sup> zur Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers beim Vollzug des Arbeitsgesetzes gefällt. Konkret wurde der Geschäftsführer (L.) von den kantonalen Behörden verschiedentlich darauf aufmerksam gemacht, dass die im Betrieb geführten Arbeits- und Ruhezeiten den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen. Bei einer weiteren Kontrolle ergab sich, dass die Verzeichnisse und Unterlagen immer noch unvollständig waren. Die kantonale Volkswirtschaftsdirektion erliess darauf hin eine Verfügung, in welcher L. verpflichtet wurde, das Arbeitsgesetz und dessen Verordnungen einzuhalten. Zusammen mit dieser Verfügung wurde bei Nichtbeachtung Bestrafung gemäss Art. 292 StGB angedroht. L. zog diese Verfügung mittels Rekurs und Verwaltungsgerichtsbeschwerde bis vor Bundesgericht, wo er unterlag.

## C. Umsetzung in der Praxis

### I. Gesetzlicher Umsetzungsbereich

#### 1. Persönlicher Geltungsbereich

Das Arbeitsgesetz nimmt in Art. 3 gewisse Personen vom persönlichen Geltungsbereich aus. Auf sie sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes nicht anwendbar.<sup>29</sup> Dies sind

neben anderen "Personen, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben".<sup>30</sup> Von Interesse ist hierbei vor allem die "höhere leitende Tätigkeit". In Art. 9 ArGV 1 konkretisiert der Gesetzgeber die höhere leitende Tätigkeit dahingehend, dass eine solche nur inne hat, wer "auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann".

Da das Gesetz ausdrücklich auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers abstellt, kann die Abgrenzung nicht einfach auf Grund einer Funktionsbezeichnung oder einer bestimmten hierarchischen Stellung im Unternehmen vorgenommen werden.<sup>31</sup> Kern der Umschreibung ist die Frage, ob jemand weit reichende Entscheidungsbefugnisse im Betrieb innehat. Alleine die Möglichkeit, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen, genügt nicht. Die Entscheide müssen sich auf wesentliche Angelegenheiten des Unternehmens beziehen und geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unternehmens insgesamt, mindestens aber eines seiner Hauptteile, nachhaltig zu bestimmen.<sup>32</sup>

Die blosse Zugehörigkeit zum "Kader" reicht demnach in keinem Fall aus, um die Anwendung des Arbeitsgesetzes auszuschliessen.<sup>33</sup> Vielmehr hat die Prüfung, ob die Kriterien erfüllt sind, immer im Einzelfall zu erfolgen.<sup>34</sup> Im Zweifelsfall entscheidet die kantonale Arbeitsbehörde.<sup>35</sup>

### 2. Fachlicher Geltungsbereich

Neben den persönlichen Ausnahmen nimmt das Arbeitsgesetz in Art. 2 auch gewisse betriebliche Abgrenzungen vor. So sind u. a. alle Verwaltungen des Bundes, der Kantone

27 RUDOLPH (FN 18), N 14; ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, 6. A., Zürich 2001, Art. 46 N 1.

28 BGer Urteil vom 27.1.1984 in: JAR 1985, 287 ff.; vgl. auch RENÉ KUHN/GERHARD L. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982 ff., Teil 16 Kapitel 19, 3 ff.

29 Diese Ausnahmen gelten nicht absolut. In Art. 3a ArG werden für einen Teil der ausgenommenen Personen die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz (Art. 6, 35 und 36a ArG) für anwendbar erklärt. Dabei steht es natürlich jedem Arbeitgeber frei, die Bestimmungen auch bei Kadermitarbeitern anzuwenden. Nur "zwingend" ist die Anwendung nicht mehr.

30 Art. 3 Bst. d ArG; für eine vollständige Aufzählung siehe Art. 3 ArG.

31 THOMAS GEISER zu Art. 3 ArG, in: THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER (Hrsg.), Arbeitsgesetz (Stämpfli Handkommentar), Bern 2005, N 21.

32 GEISER (FN 31), N 22.

33 GEISER (FN 31), N 22.

34 BGE 126 III 337 E. 5a.

35 Art. 41 Abs. 3 ArG; MÜLLER (FN 27), Art. 3 N 1.

und der Gemeinden sowie öffentliche Anstalten, die diesen gleichzustellen sind, ausgenommen. Ferner Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs und der Schifffahrt unter der Schweizer Flagge unterstehen, Betriebe der landwirtschaftlichen Urproduktion oder solche mit überwiegend gärtnerischer Pflanzenproduktion, Fischereibetriebe sowie private Haushaltungen.<sup>36</sup>

## II. Vertraglicher Umsetzungsbereich

### 1. Individuelle Gestaltungsmöglichkeit

Neben den gesetzlichen Differenzierungen kann sich auch eine vertragliche Unterscheidung der Arbeitnehmer bezüglich der Erfassung der Arbeitszeit aufdrängen. So ist es sinnvoll, wenn Arbeitnehmern, welche im Innendienst beschäftigt sind, andere Erfassungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, als solchen, die im Aussendienst beschäftigt sind. Die unterschiedliche Behandlung kann sich auch aus der hierarchischen Struktur der Unternehmung ergeben. So ist ein Arbeiter in der Produktion eher in der Lage, regelmässig zu stempeln als ein Arbeitnehmer, welcher Verantwortung zu tragen hat<sup>37</sup> und allenfalls sporadisch an Sitzungen oder Weiterbildungen teilnehmen muss. Fraglich ist, ob allenfalls ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung besteht.

### 2. Gleichbehandlungsanspruch

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht kennt keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Zwar besteht auf Grund einzelner Gesetze – wie z.B. das Gleichstellungsgesetz – ein Anspruch auf Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen, jedoch erlaubt das durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrschte Privatrecht, einzelne tatsächliche und potentielle Vertragspartner nach selber aufgestellten Kriterien ungleich zu behandeln.<sup>38</sup>

Eine solche Ungleichbehandlung ist allerdings nur dann zulässig, wenn dadurch nicht eine Persönlichkeitsverletzung durch Schlechterstellung erfolgt. Als Schlechterstellung können die Arbeitsbedingungen nur dann angesehen werden, wenn sie verglichen mit jenen einer Mehrzahl anderer Arbeitnehmer deutlich ungünstiger sind und der Arbeitnehmer nicht seine Einwilligung dazu gegeben hat. Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung ist nur dann ausgeschlossen, wenn diese selber als unsittlich oder persönlichkeitsverletzend angesehen werden muss.

Die Änderungen bezüglich der Zeiterfassung gewisser Mitarbeiter stellen eine Änderung des Arbeitsverhältnisses dar. Fraglich ist, ob die Änderung als Schlechterstellung zu qualifizieren ist, welche das Einverständnis des Arbeitnehmers voraussetzen würde. Einerseits wird dem Arbeitnehmer mehr Flexibilität bei der Gestaltung seiner Arbeitszeit eingeräumt und die starren Strukturen der Normalarbeitszeit durchbrochen. Andererseits wird die Zeiterfassung mit grosser Wahrscheinlichkeit durch andere Kontrollen wie

z.B. Zielvorgaben ersetzt werden. Damit steigt die Gefahr, dass der Arbeitnehmer – unter Missachtung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften – die Bestimmungen über die Höchstarbeitszeit verletzt. Ob mit der Befreiung von der Pflicht zur Zeiterfassung somit eine Schlechterstellung vorliegt, muss im Einzelfall beurteilt werden. Eine allfällige Reglementsänderung ist daher mit Bedacht vorzunehmen. Die zu beachtenden Punkte werden unter D.2.1 "Delegation an den Arbeitnehmer" abgehandelt.

## D. Spezialfälle

### I. Erfassung der Ferienzeit

Sollte die Arbeitszeit nicht erfasst werden, können sich Probleme ergeben, wenn es um einen allfälligen Feriennachbezug geht. Gemäss der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB<sup>39</sup> hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, welche aus ihr Rechte ableitet.<sup>40</sup> Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet.<sup>41</sup>

Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und nicht als blosse Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers geregelt.<sup>42</sup> Macht ein Arbeitnehmer – während oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – nicht bezogene Ferien geltend, ergibt sich nach dem bisher gesagten folgende Situation: Der Arbeitnehmer muss die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Ferien als auch ihr Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses beweisen. Dies dürfte ihm in aller Regel anhand der

36 Auch hier ist zu beachten, dass diese Ausnahmen nicht absolut gelten und Art. 3a ArG die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz (6, 35 und 36a) für die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden für anwendbar erklärt.

37 Nur solche Arbeitnehmer, welchen nicht die Qualifikation des "höheren leitenden Angestellten" erfüllen.

38 Vgl. hierzu sehr ausführlich: THOMAS GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: JÜRGEN BECKER/RETO M. HILTY/JEAN-FRITZ STÖCKLI/THOMAS WÜRTEMBERGER (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift Manfred Rehbinder, Zürich 2002.

39 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

40 PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich/Basel/Genf 2002, 66 f.

41 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 40), a.a.O.

42 Die Art. 329a bis 329d OR finden sich unter dem Titel "C. Pflichten des Arbeitgebers"; Vgl. zum Ganzen auch BGE 128 III 271, E. 2a bb.

Lohnausweise nicht allzu schwer fallen. Demnach verbleibt dem Arbeitgeber nachzuweisen, dass und wie viele Ferientage dem Arbeitnehmer gewährt wurden. Kann er diesen Nachweis nicht genau erbringen, so kann das Gericht in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen, wie viele Ferientage der Arbeitnehmer bereits bezogen hat<sup>43</sup> und den Arbeitgeber zu Nachleistung verpflichten.

## II. Delegation der Erfassungspflicht

### 1. Delegation an den Arbeitnehmer

Aus dem Arbeitsgesetz und den dazu gehörigen Verordnungen lässt sich nicht ableiten, wer die Zeiterfassung durchzuführen hat. Mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Regelung ist es demnach grundsätzlich möglich, die Arbeitszeiterfassung durch den Arbeitnehmer selber durchführen zu lassen.<sup>44</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die *Verantwortung* zur Zeiterfassung weiterhin beim Arbeitgeber verbleibt<sup>45</sup> und die in Art. 73 Abs. 1 ArGV 1 formulierten Anforderungen an die Dokumentation bestehen bleiben.<sup>46</sup>

#### a. Formelle und materielle Voraussetzungen für eine gültige Delegation

Will ein Arbeitgeber die Arbeitszeiterfassungspflicht delegieren, so hat er einerseits die dazu notwendigen formellen Voraussetzungen zu beachten und andererseits sicherzustellen, dass die Qualität der Aufzeichnungen bzw. der Daten den oben erwähnten Anforderungen des Arbeitsgesetzes genügen.

Die Arbeitszeiterfassungspflicht kann entweder im individuellen Einzelarbeitsvertrag oder in einem gesonderten Arbeitszeitreglement delegiert werden. Die Einführung eines neuen bzw. geänderten Reglements bedeutet eine Änderung der bestehenden Arbeitsverträge.<sup>47</sup> Wird das neue Reglement den (betroffenen) Mitarbeitern mit dem Ersuchen um (schriftliche) Zustimmung vorgelegt, kann allenfalls eine einvernehmliche Vertragsänderung herbeigeführt werden. Diesfalls wäre die Änderung per sofort möglich. Wird die Zustimmung nicht erteilt, bleibt nur die Kündigung der Arbeitsverträge unter gleichzeitigem Anbieten eines neuen Arbeitsvertrages mit den neuen Bestimmungen (Änderungskündigung).<sup>48</sup>

#### b. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Massenentlassung

Bei Änderungskündigung eines Teils oder sämtlicher Arbeitsverträge sind die Vorschriften gemäss OR 335d ff. über die Massenentlassungen einzuhalten.<sup>49</sup> In Abhängigkeit von beschäftigten und gekündigten Arbeitnehmern führt dies zu einer Informations- und Konsultationspflicht des Arbeitgebers.<sup>50</sup> Ist dies der Fall, ist die Arbeitnehmervertretung bzw. die Belegschaft über das geplante Vorhaben zu informieren. Dabei hat die Information zu erfolgen, bevor die Kündigungen ausgesprochen werden.<sup>51</sup> Um Zeit und Aufwand zu

sparen, ist es vermutlich vorteilhaft, immer dann die Verfahrensbestimmungen einer Massenentlassung einzuhalten, wenn deren Anwendbarkeit nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Wenn eine genügend grosse Anzahl der Belegschaft ihre Einwilligung gibt, kann das Verfahren im Anschluss an die Informations- und Konsultationsveranstaltung abgebrochen werden.<sup>52</sup>

#### c. Zeitpunkt der Einführung

Zur Einführung eines neuen oder geänderten Arbeitszeitreglements muss ausreichend Zeit eingeplant werden. Die gesetzlichen Kündigungsfristen werden dabei i.d.R. kaum genügen. Im Falle von Änderungskündigungen benötigt die Informations- und Konsultationsveranstaltung einige Zeit. Weiter sind auch bei einer Änderungskündigung die gesetzlichen Sperrfristen von OR 336c zu berücksichtigen, wodurch sich die Einführung des Reglements bei einzelnen Arbeitnehmern wegen Krankheit oder Unfall verzögern kann.

#### d. Sicherstellung der Delegationsumsetzung

Mit der Einführung eines neuen bzw. geänderten Arbeitszeitreglements hat der Arbeitgeber seine Vollzugspflichten gemäss Arbeitsgesetz noch nicht erfüllt. Vielmehr ist er verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Delegation auch umgesetzt und die Arbeitszeiterfassung korrekt erfolgt. Die Auftraggeberin hat deshalb zusätzlich zu den formellen Voraussetzungen auch noch die folgenden materiellen Punkte zu beachten:

- Den betroffenen Mitarbeitern sind die notwendigen Instrumente zur Arbeitszeiterfassung zur Verfügung zu stellen (Magnetkarte, Formulare, etc.).
- Die Arbeitszeiterfassung ist stichprobenweise auf ihre Vollständigkeit und Korrektheit zu überprüfen (Vergleich mit effektiv erbrachten Leistung, Nachfrage bei Kunden, etc.).

43 BGE 128 III 271, E. 2b bb.

44 RUDOLPH (FN 18), N 9; MÜLLER (FN 27), N 2.

45 MÜLLER (FN 27), N 2.

46 Seco, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 zum Arbeitsgesetz, Bern 2003, 173–1.

47 Der Arbeitgeber wird in aller Regel die Reglementsänderung vorgängig mit der Arbeitnehmervertretung verhandeln und so die Wahrscheinlichkeit der Akzeptanz des neuen Reglements steigern.

48 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 335 N 3.

49 THOMAS GEISER, Massenentlassungen: Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, AJP 1995, 1411 ff.

50 OR 335 f.

51 OR 335 f.

52 CHRISTOPH SENTI, Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, AJP 2004, 1086.

- Bei Verstössen gegen die Arbeitszeiterfassungspflicht sind Sanktionen vorzusehen (Verwarnungen, Versetzungen, etc. bis hin zur Entlassung)

## 2. Delegation an eine Konzerngesellschaft

Bei einer Konzerngesellschaft besteht die Möglichkeit, dass ein Angestellter innerhalb des Konzerns in verschiedenen Unternehmen arbeitet. Hierbei stellt sich die Frage, ob der Konzernleitung ein Weisungsrecht gegenüber einem Angestellten in leitender Stellung der Tochtergesellschaft zusteht. Das Bundesgericht<sup>53</sup> äusserte sich dahingehend, dass diese Möglichkeit nur dann gegeben ist, wenn ein direktes Vertragsverhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem Arbeitnehmer besteht, sei dies mittels direktem Arbeitsvertrag oder sei dies mittels Rahmenarbeitsvertrag, welcher dann durch direkten Arbeitsvertrag zwischen Tochtergesellschaft und Arbeitnehmer ergänzt wird. Zudem besteht die Möglichkeit, sowohl mit der Muttergesellschaft als auch mit der Tochtergesellschaft parallel je einen Arbeitsvertrag abzuschliessen, welcher unterschiedliche Bereiche der Arbeitsleistung regelt.<sup>54</sup>

Es besteht somit wohl die Möglichkeit, das Weisungsrecht an eine Konzerngesellschaft zu delegieren. Hingegen ist nicht davon auszugehen, dass der Muttergesellschaft ein direktes Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft zusteht, da in diesen Fällen zwischen der beherrschenden Gesellschaft und dem Arbeitnehmer grundsätzlich keine arbeitsvertragliche Beziehung besteht.<sup>55</sup> Somit verbleibt auch die Verantwortung zur Erfassung der Arbeitszeit bei der Tochtergesellschaft.

## 3. Delegation beim Leiharbeitsverhältnis

Unter dem Begriff "Leiharbeitsverhältnis" werden drei Arten des Personalverleihs zusammengefasst:<sup>56</sup> die Temporärarbeit, die Leiharbeit und die gelegentliche Überlassung von Arbeitskräften. In allen drei Fällen besteht zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher ein Einzelarbeitsvertrag und zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb ein Verleihvertrag. Der Arbeitnehmer steht dabei in keiner unmittelbar vertraglichen Beziehung zum Einsatzbetrieb.<sup>57</sup> Zuständig zur Erfassung der Arbeitszeit ist in diesen Fällen der Einsatzbetrieb.

## III. Qualifikation als Arbeitszeit

Schwierigkeiten können sich bei gewissen Arbeitsverhältnissen bezüglich der Qualifikation der "Arbeitszeit" ergeben. So ist – wenn nicht näher geregelt – z.B. fraglich, ob ein Aussendienstmitarbeiter, welcher mit einem Kunden ein Geschäftsessen abhält, dieses als Arbeitszeit verbuchen kann. Wichtig ist es gerade bei Mitarbeitern mit nicht klar deklariertem Arbeitsplatz bzw. nicht klar deklariertem Arbeitszeit, eine Regelung zu finden, um im Zweifelsfall eine Richtlinie zu haben und dem Arbeitgeber eine allfällige Qualifikation zu erleichtern. Eine mögliche Formulierung

wäre (im Wissen darum, dass eine alle Fälle umschreibende Lösung nicht möglich ist):

*"Als Arbeitszeit ist jede Tätigkeit anzusehen, welche in direktem Zusammenhang mit dem Stellenbeschrieb steht, auf explizite Anweisung des Arbeitgebers geschieht oder im Interesse des Unternehmens ist. Kann keine klare Qualifikation erfolgen, ist die Frage vorgängig mit dem Vorgesetzten zu besprechen. Ist dies nicht möglich, muss dieser sobald möglich informiert werden."*

## IV. Projektbezogene Zeiterfassung

Besteht die Möglichkeit, einem Arbeitgeber eine bestimmte Anzahl Stunden vorzugeben, welche er als "verrechenbare Stunden" fix einem Projekt zuordnen können muss? Dabei werden nicht alle Sollstunden zu "verrechenbaren Stunden" bestimmt und der Mitarbeiter ist frei in der Gestaltung seiner Arbeit und an was er die nicht zuordenbaren Stunden arbeitet. Diese Frage stellt sich vor allem bei Kaderangehörigen, und Arbeitnehmern, welche nicht fixe Arbeitszeiten vorgegeben haben.

Es gilt hier zu unterscheiden. Bei allen Arbeitnehmern, welche dem Arbeitsgesetz unterstellt sind, steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei, mittels Weisungsrecht dem Arbeitnehmer vorzugeben, ob und wieweit er selber für die Arbeitszeiterfassung zuständig ist. Allerdings müssen die Anforderungen von Art. 46 ArG erfüllt sein und den zuständigen Vollzugsbehörden müssen die Unterlagen, aus welchen die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Bestimmungen hervorgeht, über fünf Jahre zur Verfügung stehen. Die Möglichkeit, den Arbeitnehmer "nur" die verrechenbaren Stunden erfassen zu lassen und für die restlichen Stunden Vertrauensarbeitszeit zu Grunde zu legen, ist folglich nicht gegeben. Allerdings besteht die Möglichkeit, im Arbeitsvertrag fixe Arbeitszeiten festzulegen und den Arbeitnehmer mittels Weisung dazu anzuhalten, mindestens die vorgegebene Anzahl verrechenbarer Stunden zu leisten. Sind daneben keine weiteren Arbeitszeitaufzeichnungen vorhanden, wird davon ausgegangen, dass die im Vertrag bestimmten Arbeitszeiten eingehalten wurden. Hier besteht allerdings die Gefahr, dass bei allfälligen Forderungen aus dem Arbeitsvertrag eine Beweislastumkehr vorgenommen wird und der Arbeitgeber dazu verpflichtet wird, zu beweisen, dass die vom Arbeitnehmer behaupteten Stunden nicht geleistet wurden.<sup>58</sup>

Bei Arbeitnehmern, welche dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt sind, steht es dem Arbeitgeber frei, ob und wie er

53 BGer Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

54 Dazu ausführlich: ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005.

55 ADRIAN STAEHELIN zu Art. 333 OR, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, N 22.

56 Art. 27 Abs. 1 AVV.

57 STAEHELIN (FN 55), N 17 m.w.H.

58 Vgl. hiezu unter B.I.2: Pflicht zur Erfassung aus Obligationenrecht.

allenfalls Stunden dokumentiert haben möchte. Dies lässt sich im Einzelarbeitsvertrag individuell lösen. Allerdings bleibt zu beachten, dass der Arbeitnehmer immer noch unter die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts fällt. Falls also die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nicht explizit geregelt ist, empfiehlt es sich, die Vergütung der Überstunden schriftlich auszuschliessen.

## V. Forderungen der Revisions- bzw. Kontrollstellen

Die Revisions- bzw. Kontrollstellen von juristischen Personen haben die Ordnungsmässigkeit der Rechnungslegung zu prüfen. Dazu gehört auch die Kontrolle der Rückstellungen. Für Überstunden, Überzeiten und nicht bezogene Ferien sind entsprechenden Rückstellungen vorzunehmen. Dies wiederum ist jedoch nur möglich, wenn eine entsprechend umfassende Arbeitszeiterfassung gegeben ist. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die Revisionsstellen ihre Kunden auffordern, die dazu notwendigen Erfassungssysteme einzurichten und zu betreiben. Der Erlass eines Arbeitszeitreglements mit Festlegungen der konkreten Arbeitszeit im Betrieb und Bestimmungen über den Geltungsbereich und der Arbeitszeiterfassungspflicht kann hier bereits zu einer Lösung führen.

## E. Zusammenfassung und Empfehlungen

### I. Zusammenfassung

Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1 verpflichten nach ihrem Wortlaut den Arbeitgeber, für den Gesetzes- bzw. Verordnungsvollzug massgebliche Verzeichnisse und Unterlagen und die darin enthaltenen Angaben den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden während mindestens fünf Jahren zur Verfügung zu halten. Daraus ergibt sich indirekt auch die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfassung der Arbeitszeit, da die Arbeitnehmer gesetzlich Anspruch auf Ruhezeit, Ferien und Zuschlagszahlungen für Überstunden bzw. Überzeit haben.

Müssen in einem Betrieb alle Arbeitnehmer stets während der gleichen, im Einzelarbeitsvertrag konkret vorgeschriebenen Arbeitszeit tätig sein, so kann sich der Arbeitgeber mit der Erfassung der Fehlzeiten und Ferien begnügen. Leider wird dieser Idealfall äusserst selten sein. Überstunden und Überzeit sowie abweichende Arbeitszeiten von bestimmten Arbeitnehmergruppen (z.B. Reinigungspersonal) führen i.d.R. zu einer umfassenden Arbeitszeiterfassungspflicht.

Der Arbeitgeber muss die Arbeitszeit nicht persönlich erfassen. Er kann die Dokumentation auch den Arbeitnehmern übertragen. Dabei ist zu beachten, dass die Verantwortung zur Zeiterfassung weiterhin beim Arbeitgeber verbleibt und ein Verstoß gegen diese Pflicht Sanktionen nach sich ziehen kann.

Personen, welche nicht vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind, können nur mittels Än-

derung des Arbeitsvertrages zur Erfassung der eigenen Arbeitszeit angehalten werden. Können die Verträge nicht mittels gegenseitiger Übereinkunft geändert werden, sind die Änderungen mittels Änderungskündigung durchzuführen. Dabei ist zu beachten, dass – in Abhängigkeit der Anzahl beschäftigter und gekündigter Mitarbeiter – allenfalls die Vorschriften über die Massenentlassung zur Anwendung kommen. Damit die Mitarbeiter der Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nachkommen können, müssen sie ausreichend über die gesetzlichen Bestimmungen informiert werden und es müssen Instrumente geschaffen werden, die eine Durchsetzung der Delegation ermöglichen. Eine Verletzung der Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit sollte mit Sanktionen belegt werden.

Der völlige Ausschluss der Dokumentationspflicht ist nur für Personen erlaubt, welche das Gesetz in Art. 3 ArG explizit vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausnimmt. Dabei ist im Fall der "höheren leitenden Tätigkeit" nicht auf den Stellenbeschrieb oder die Stellenbezeichnung, sondern nur auf die effektive Tätigkeit abzustellen. Der Arbeitnehmer muss in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weit reichende Entscheidungsbefugnisse verfügen oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen können und dadurch die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung des Betriebes oder eines Betriebsteiles nachhaltig beeinflussen können. Der Entscheid, ob diese Qualifikation erfüllt ist, kann nicht generell beantwortet werden, sondern muss von Fall zu Fall neu erfolgen. Im Zweifelsfall entscheidet die kantonale Arbeitsbehörde. Neben den arbeitsgesetzlichen Bestimmungen sind auch die obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Überstunden zu beachten bzw. die Überstundenentschädigungen vertraglich wegzubedingen.

Ein genereller Anspruch auf Gleichbehandlung existiert im schweizerischen Arbeitsrecht nicht.<sup>59</sup> Einzig in Bezug auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers muss die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer gewährleistet sein. Somit kann eine Änderung des Status einzelner Mitarbeiter nicht mittels Weisung, sondern nur mittels gegenseitiger Vertragsänderung oder Änderungskündigung umgesetzt werden.

### II. Empfehlungen

#### 1. Einführung eines Arbeitszeitreglements

Um die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu erleichtern, empfiehlt sich der Erlass eines Arbeitszeitreglements. Dazu ist in einem ersten Schritt eine Informations- und Konsultationsveranstaltung mit den betroffenen Mitarbeitern durchzuführen. Geben die Mehrheit oder alle Arbeitnehmer ihr Einverständnis zur Änderung der vertraglichen Bestimmung, kann die Änderung per sofort in Kraft treten.

59 Der Gleichbehandlungsanspruch gemäss Gleichstellungsgesetz besteht nur zwischen Mann und Frau.

Ist die Zustimmung nicht von allen Arbeitnehmern ergangen, müssen die neuen Bestimmungen mittels Änderungskündigung durchgesetzt werden. Hierbei sind allenfalls die gesetzlichen Bestimmungen zur Massenentlassung zu beachten. Ferner ist bei der geplanten Einführung auf einen bestimmten Termin hin zu beachten, dass die gesetzlichen Sperrfristen auch bei Änderungskündigungen gelten.

## 2. Ausnahmeregelungen

Es ist möglich, für einen Teil der Mitarbeiter Sonderregelungen aufzustellen. Insbesondere für Kader- und Aussendienstmitarbeiter sind derartige Bestimmungen zweckmässig. Konkret kann diesen Mitarbeitern die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung delegiert werden. Dazu empfiehlt sich beispielsweise folgende Formulierung:

*"Die Mitglieder der erweiterten Geschäftsleitung und die von der Gesellschaft bezeichneten Kategorien von Prokuristen sind von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gemäss Arbeitszeitreglement ausgenommen.*

*Die von der Erfassungspflicht ausgenommenen Mitarbeiter sind für das Management ihrer Arbeitszeit selber verantwortlich. Sie haben dafür zu sorgen, dass sie die ihnen übertragenen Aufgaben fristgerecht erfüllen, ohne dadurch eine gesundheitsschädigende Arbeitsbelastung zu erreichen.*

*Soweit die von der Erfassungspflicht ausgenommenen Mitarbeiter dem Arbeitsgesetz unterstehen, haben sie zudem die Arbeitszeiten soweit zu dokumentieren, dass gegenüber den Behörden jederzeit die Einhaltung der einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen nachgewiesen werden kann."*

In dieser Regelung werden bewusst keine Sanktionen angedroht. Dies kann im allgemeinen Teil des Arbeitszeitreglements statuiert werden.

L'art. 46 LTr et l'art. 73 OLT 1 obligent l'employeur à tenir à disposition des autorités d'exécution et de surveillance durant au moins cinq ans les principaux registres et pièces concernant la mise en œuvre des dispositions légales sur la protection des travailleurs. Il en découle indirectement l'obligation pour l'employeur de saisir la durée du temps de travail. L'employeur n'est pas tenu de saisir personnellement le temps de travail. Il peut en déléguer la documentation aux employés. Il y a lieu de relever que l'employeur demeure responsable de la saisie du temps de travail et qu'une violation de cette obligation peut entraîner des sanctions. Les personnes qui ne sont pas exclues du champ d'application de la loi sur le travail ne peuvent être tenues que moyennant une modification du contrat de travail de saisir leur propre temps de travail. Si des contrats de travail ne peuvent être modifiés par consentement réciproque, les modifications doivent intervenir par le biais d'un licenciement pour motif de modification. Il y a lieu, le cas échéant, de respecter les prescriptions relatives au licenciement collectif. Les collaborateurs doivent être suffisamment informés sur les dispositions légales concernant la durée du travail et des instruments doivent être mis en place permettant une application de la délégation. L'exclusion totale de l'obligation de documentation n'est permise que pour les personnes explicitement nommées à l'art. 3 LTr. Concernant le cas de "fonction dirigeante élevée", il convient de ne pas se référer au descriptif ou à l'appellation du poste, mais à l'activité effectivement déployée.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)