

Herr Thomas Bertschy
SECO
Direktion für Arbeit
Ressort Arbeitnehmerschutz
3003 Bern

Zürich, 9. April 2010 RDB/sm

**Stellungnahme zur Anhörung
Änderung von Artikel 30 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)**

Sehr geehrter Herr Gaillard
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 4. März 2010 wurden wir zur Vernehmlassung zum oben genannten Geschäft eingeladen. Für die uns gegebene Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

1. Zusammenfassung der Position des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes (SAV)

Unsere Position lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- **Die redaktionelle Anpassung von Art. 30 ArGV 1, dient der Klar- und Einfachheit und wird deshalb von uns grundsätzlich unterstützt.**
- **Wir begrüssen, dass im Interesse der Rechtssicherheit der Begriff der betrieblichen Unentbehrlichkeit auf Verordnungsstufe konkretisiert wird.**
- **Mit der Festschreibung der Praxis in der Verordnung dürfen keine neuen inhaltlichen Einschränkungen zur bisherigen Praxis entstehen.**

Einzelne Anträge:

- **Abs. 1 lit. a: Antrag auf Änderung**
aus betrieblichen Gründen **notwendig** ist
- **Abs. 2^{bis} lit. a Ziff. 1: Antrag Streichung des 2. Satzteiles**
für die es keine Gegenschicht gibt, **die von derselben Arbeitnehmerin oder demselben Arbeitnehmer geleistet werden kann**
- **Abs. 2 bis lit. a Ziff. 2: Antrag auf Änderung**
die **nur** in der Nacht ausgeführt werden **kann**.



- **Abs. 2^{bis} lit b: Antrag auf Ergänzung**
auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann **oder eine grosse Zahl des betroffenen Personals nicht in Nachtschichten eingesetzt werden will.**

2. Allgemeine Beurteilung

Mit der vorgeschlagenen Änderung von Artikel 30 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz soll die Praxis des SECO, wie sie auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurde, auf der Verordnungsstufe festgeschrieben werden. Grundlage für die Praxis des SECO war die Arbeit einer Expertengruppe, die aus Vertretern des SECO und der Sozialpartner bestand. Dabei wurden die Voraussetzungen für Bewilligungen für Nachtarbeit ohne Wechsel definiert; d.h. festgehalten, was unter der betrieblichen Unentbehrlichkeit zu verstehen ist. Diese 2005 in der Eidgenössischen Arbeitskommission (EAK) diskutierte, beschlossene und vom SECO ab 2006 angewandte Verwaltungspraxis hat den neueren Erkenntnissen zur Dauernacht- und zur Wechselschichtarbeit weitgehend, wenn auch nicht vollständig, Rechnung getragen.

Danach sollte Dauernachtarbeit die Ausnahme bleiben, aber dort zugelassen werden, wo sie betrieblich unentbehrlich ist; nämlich unter den alternativen Voraussetzungen, dass keine Gegenschichten existieren und die Arbeit nur in der Nacht ausgeführt werden kann oder in Betrieben mit Wechselschichten nachweisbar nicht genügend Personal rekrutiert werden kann. Die letztere Voraussetzung wurde so verstanden und ausgelegt, dass diese in zwei Konstellationen erfüllt ist: Einerseits, wenn die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen keinen Wechsel in die Nachtschichten wünschen oder umgekehrt. Andererseits, wenn nicht genügend qualifiziertes Personal auf dem üblichen Arbeitsmarkt gefunden werden kann, das bereit ist, auch Nachtschichten zu übernehmen.

In der Zwischenzeit hat das SECO, wie damals bei der Diskussion in der Arbeitskommission versprochen, die Betriebe besucht, welche eine Ausnahmegewilligung für dauernde Nachtarbeit haben und gestützt auf diese Kontrollen einen Bericht erstellt. Dabei hat sich klar ergeben, dass die heute gelebte Praxis in den Betrieben mit Bewilligungen für eine dauernde Nachtarbeit für die Arbeitnehmenden befriedigend ist. Dies hängt stark auch mit der Möglichkeit der Selbstselektion zusammen. Diese geht verloren, wenn alle Mitarbeitenden gezwungen sind, neben Früh- und Spätschichten auch Nachtschichten zu übernehmen.

Die heute vorliegende Verordnungsanpassung von Art. 30 ArGV 1 soll die Praxis so festhalten, wie sie vom SECO bisher umgesetzt wurde. Diese Rechtslage wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. März 2008 (Geschäft Nr. B-1967/ 2007) grundsätzlich bestätigt.

Die Ausführungen dieses Urteils beziehen sich auf die vom SECO gelebte Praxis. Das Bestreben, diese Praxis in der Verordnung festzuschreiben, ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüssen. Dabei ist aber darauf hinzuweisen, dass der Bundesrat die Kompetenz hat, diese Voraussetzungen für Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesschicht in einer Verordnung zu kodifizieren. Es gibt deshalb keinen Grund, von den zusammen mit den Sozialpartnern erarbeiteten Voraussetzungen abzuweichen.

Nachtarbeit ohne Wechsel bleibt auf Grund des heutigen Arbeitsgesetzes eine Ausnahme. Das SECO hat in seiner Praxis für die Bewilligungserteilung das Kriterium der Personalrekrutierung als Voraussetzung für die Bewilligung von Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit angewandt. Demnach wird Dauernachtarbeit dann bewilligt, wenn ein Betrieb mit Schichtsystem nachweisen kann, dass sein Personal nicht in rotierenden Schichten arbeiten will, d.h. nicht von Tages- in die Nachtschicht und umgekehrt von der Nacht- in die Tagesschicht wechseln will, oder dass entsprechendes Personal nicht rekrutiert werden kann.



tiert werden kann. Damit wird sachlich überzeugend der Fall, dass die Mitarbeitenden nicht wechsel-schichtig arbeiten wollen, von dem Fall unterschieden, dass ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen mindestens dreischichtig arbeiten muss, allein wegen Personalmangels – weil nicht genügend qualifi-ziertes Personal auf dem üblichen Arbeitsmarkt zu finden ist – dabei jedoch nicht in drei gleichmässig wechselnden Schichten arbeiten kann. (Antwort des Bundesrates vom 23.11.2005 auf die Interpellation Wandfluh (05.3530) Benachteiligung von Dauernachtarbeit vom 4.10.2005)

3. Zu den Artikeln im Einzelnen

3.1. Art. 30 Abs. 1 Einleitungssatz und lit. a

Die Verdeutlichung der Abgrenzung zwischen Absatz 1 und 2 mit der dahingehenden redaktionellen Anpassung des Einleitungssatzes erachtet wir als sinnvolle Lösung, den Art. 30 ArGV 1 praxisnaher zu gestalten.

Die Angleichung der Formulierung von Abs. 1 Bst. a, sowie Abs. 2 Bst. b hat eine Änderung der Praxis zur Folge und wird deshalb abgelehnt.

Nachtarbeit für die Dauer von mehr als sechs bis höchstens zwölf Wochen, war bisher zulässig, wenn die Nachtarbeit aus betrieblichen Gründen **notwendig** ist, Nachtarbeit für die Dauer von mehr als zwölf Wochen muss betrieblich **unentbehrlich** sein. Diese Unterscheidung aufzugeben und an beide Tatbe-stände die höheren Anforderungen zu stellen, ist nicht gerechtfertigt.

Abs. 1 lit. a: Antrag auf Änderung

a. aus betrieblichen Gründen **notwendig** ist.

3.2. Art. 30 neuer Abs. 2^{bis}

Wir begrüssen, dass die betriebliche Unentbehrlichkeit konkretisiert wird. Unter keinen Umständen darf diese Konkretisierung jedoch zu einer Verschärfung der Praxis führen. Wir gehen davon aus, dass es sich, wie vom SECO auch ausgeführt, lediglich um eine Festschreibung der heute angewandten Praxis auf Verordnungsstufe handeln soll.

3.3. Art. 30 Abs. 2^{bis} lit. a Ziff. 1

a. es sich um eine Arbeit handelt:

1. für die es keine Gegenschicht gibt, die von derselben Arbeitnehmerin oder demselben Arbeitnehmer geleistet werden kann;

In der Version, wie sie in der Wegleitung des SECO zu Art. 30 V1 steht, beschränkt sich die Formu-lierung darauf, dass es keine Gegenschicht gibt. Der Verordnungsentwurf hält nun im Sinne einer nicht akzeptablen Einschränkung fest, dass es keine Gegenschicht gibt, *die von derselben Arbeitnehmerin oder demselben Arbeitnehmer geleistet werden kann*. Damit wird eine Einschränkung eingeführt, wel-che nicht gerechtfertigt ist.

Unbestrittenermassen ist für jede Art von Nachtarbeit eine Bewilligung für den Betrieb einzuholen. Wäh-rend man lange Zeit davon ausgegangen ist, die Leistung von Nachtarbeit ohne einen Wechsel mit Tagesschichten sei belastender für die Gesundheit, als wenn ein Wechsel mit Tagesschichten erfolge,



kommt die neuere Forschung wie auch der Bericht des SECO zum Schluss, dass verschiedene Faktoren zusammenspielen und insbesondere die Freiwilligkeit und die damit verbundene Selbstselektion eine entscheidende Rolle spielen. Damit kann nicht mehr a priori gesagt werden, Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesschichten sei gesundheitlich belastender.

Gelernte Arbeitnehmende können in aller Regel nach einer Einführung an verschiedenen Stellen eingesetzt werden, auch wenn ihnen die Arbeit nicht zwingend gefällt. Die Untersuchung des SECO hat ergeben, dass die Arbeitnehmenden, die dauernd in der Nacht arbeiten, dies freiwillig tun und ohne weiteres auf ihren Wunsch hin in Tagesschichten eingeteilt werden können. In aller Regel werden für die Nachtschichten weniger Arbeitnehmende gebraucht, da Arbeiten, die nicht an eine bestimmte Zeit gebunden sind, richtigerweise auf den Tag gelegt werden. Damit kann mit einer verhältnismässig geringen Zahl von Arbeitnehmenden welche freiwillig dauernd in der Nacht arbeiten, vermieden werden, dass eine grosse Zahl Arbeitnehmende gegen ihren Willen auch in der Nacht arbeiten muss.

Würde nun eine Einschränkung eingeführt, dass Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesschichten nur noch dann erlaubt sein soll, wenn es sich um eine Spezialistentätigkeit handelt, würde eine neue, auf Grund der Kontrollen des SECO als unnötig erwiesene Einschränkung eingeführt.

lit. a Ziff. 1: Antrag Streichung des 2. Satzteiltes:

Es ist auf die Einschränkung der Spezialisierung zu verzichten:

Ziff 1. für die es keine Gegenschicht gibt, **die von derselben Arbeitnehmerin oder demselben Arbeitnehmer geleistet werden kann**; ist zu streichen.

3.4. Art. 30 Abs. 2^{bis} lit. a Ziff. 2

(es sich um eine Arbeit handelt) die überwiegend in der Nacht ausgeführt werden muss;

Auch hier ist eine Veränderung in der Formulierung festzustellen: gemäss Wegleitung handelt es sich um Arbeit, die nur in der Nacht ausgeführt werden kann.

Auf den ersten Blick erscheinen die Formulierungen als gleichwertig. Die Ausführungen im erläuternden Bericht lassen jedoch darauf schliessen, dass auch diese Bestimmung neu einschränkender ausgelegt werden soll.

Auch in einem normalen Dreischichtbetrieb muss es in bestimmten Fällen möglich sein, Nachtarbeit ohne Wechsel zu bewilligen.

Das Beispiel des Zeitungsdruckes, ein Beispiel für eine Tätigkeit, die nur in der Nacht ausgeführt wird, ist unbestritten. Eine Einschränkung auf diese Ausnahmetätigkeiten ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die bewährte Praxis weitergeführt werden soll. Für die meisten dieser Tätigkeiten besteht ohnehin eine Ausnahmebewilligung in der Verordnung 2.

lit.a Ziff. 2: Antrag auf Änderung

Die **nur** in der Nacht ausgeführt werden **kann**.

3.5. Art. 30 Abs. 2^{bis} lit.b

auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann.

In der Version der Wegleitung lautet die Formulierung: (Personal) das bereit ist, in einem Wechselschichtsystem auch in der Nacht zu arbeiten

Nach dem Entwurf liegt betriebliche Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesschicht unter anderem dann vor, wenn auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts genügt es jedoch bereits, dass eine grosse Zahl des betroffenen Personals für den Fall eines Wechselschichtregimes mit einer Kündigung droht und bei Verwirklichung der Drohung nicht ersetzt werden könnte. Die Drohung muss demnach nicht verwirklicht werden. Der Arbeitgeber muss sich damit nicht zwingend in der Lage befinden, auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutieren zu können. Dass die Drohungen nicht verwirklicht werden, ist insbesondere in dem Fall denkbar, dass die betroffenen Arbeitnehmer auf Grund der Arbeitsmarktlage keine andere Stelle finden, die ihren Vorstellungen entspricht.

Wenn allein darauf abgestellt wird, dass auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann, dann wird die Zulässigkeit von Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesschicht letztlich konjunkturabhängig, was kaum sinnvoll ist.

lit b: Antrag auf Ergänzung

b. auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann **oder eine grosse Zahl des betroffenen Personals nicht in Nachtschichten eingesetzt werden will.**

4. Zusammenfassung

Wir begrüssen grundsätzlich die Klärung des Einleitungssatzes in Art. 30 V 1 und die Ergänzung mit dem neuen Absatz 2 bis. Wir legen Wert darauf, dass sich aus den Präzisierungen in der Verordnung keine Änderung, insbesondere keine Verschärfung der bisherigen Praxis ergibt.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, welche Sie unseren Bemerkungen entgegenbringen und bitten Sie, unsere Anträge, welche die Vernehmlassungen unserer Mitglieder zusammenfassen, zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Thomas Daum
Direktor

Ruth Derrer Balladore
Mitglied der Geschäftsleitung

per Mail: thomas.bertschy@SECO.admin.ch