

DIE REVISION DES ARBEITSZEITERFASSUNGSRECHTS PER 1. JANUAR 2016 – BETRACHTUNGEN AUS SICHT DER ANWALTSCHAFT

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Heller Rechtsanwälte AG

Stichworte: Arbeitsgesetz, Überstunden, Überzeit, Arbeitszeiterfassung

Auf den 1. Januar 2016 tritt das revidierte Arbeitszeiterfassungsrecht in Kraft. Die Novelle gilt (nur) für jene, die dem Eidgenössischen Arbeitsgesetz unterstellt sind, wie beispielsweise die freie Advokatur. Die Revision betrifft die Anwaltschaft selbst, aber auch deren Beratungstätigkeit. Wir Anwältinnen und Anwälte werden die neuen Möglichkeiten unterschiedlich bewerten, je nachdem, ob wir aus Arbeitnehmer- oder aus Arbeitgebersicht urteilen. Darüber hinaus müssen wir verstehen, was wir unseren Firmenkunden empfehlen sollen. Mit fundiertem Hintergrundwissen gelingt die Aufschlüsselung dieser drei Perspektiven. So viel kann vorweggenommen werden: Das Ziel der Revision, die Verhältnisse zu vereinfachen, wurde nicht erreicht.

I. Warum eine Revision?

An die Neuregelung kann nur herangeführt werden, wenn man Grundlagenwissen zum Arbeitsgesetz voranstellt und betroffene wirtschaftliche Realitäten beleuchtet:

1. Die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes

Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 811.11) gilt nicht ausnahmslos für alle Unternehmen oder Arbeitnehmerkategorien in der Schweiz. *Uneingeschränkt* anwendbar ist es auf rund 240 000 Betriebe mit zirka 2,6 Millionen Arbeitnehmenden.¹ Nebst Gesundheitsschutznormen im engeren Sinn finden sich im Arbeitsgesetz und seinen vier Verordnungen auch Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit. So ist beispielsweise Nacht- und Sonntagsarbeit verboten, aber bewilligungsfähig;² die Länge der Pausen und täglichen Ruhezeiten ist vorgeschrieben;³ und dem Grundsatz nach darf pro Woche nicht mehr als fünfeinhalb Tage gearbeitet werden.⁴

2. Überstunden und Überzeit

Arbeiten Angestellte über die vereinbarte oder übliche Soll-Arbeitszeit hinaus, leisten sie Überstunden.⁵ Überschreitet Überstundenarbeit die gesetzlich zulässigen wöchentlichen Höchstarbeitszeiten, spricht das Arbeitsgesetz von «Überzeit».⁶ Für «Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in

Grossbetrieben des Detailhandels» gilt eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden. Für alle anderen sind es 50 Stunden.⁷ Ein Beispiel: Bei einer vertraglichen 42-Stundenwoche leistete die Kanzlistin eines Anwaltsunternehmens, die in einer Woche 46 Stunden das Telefon bediente, 4 Überstunden, davon 1 Stunde Überzeit.

Vor diesem Hintergrund unterscheiden Arbeitsrechtler «Überstunden nach OR» und «Überzeit nach ArG». Für «Überstunden nach OR» kann die finanzielle Entschädigung oder Zeitkompensation vertraglich ausgeschlossen werden (Schriftform!),⁸ sofern dem kein Gesamtarbeitsvertrag entgegensteht. Ansprüche wegen «Überzeit nach ArG» dagegen sind absolut zwingender Natur – für die Kategorie der 50-Stündler bereits ab der ersten, für die Kategorie der 45-Stündler dagegen erst ab der 61. Überzeitstunde pro Jahr.⁹ Die Überzeitentschädigung ist mit einem Zuschlag von 25% zu entrichten.¹⁰

1 STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO: «Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2», Stand August 2015, Seite V-2.

2 Art. 16 bis 19 ArG.

3 Art. 15 und 15a ArG.

4 Art. 18 bis 21 ArG; Art. 20 und 21 ArGV1.

5 Art. 321c Abs. 1 OR.

6 Art. 12 ArG.

7 Art. 9 Abs. 1 ArG.

8 Art. 321c Abs. 3 OR.

9 Art. 13 ArG; vgl. BGE 4C.47/2007 vom 8. 5. 2007, Erw. 3.1.

10 Art. 13 ArG.

Zudem ist Überzeitarbeit nur in Ausnahmefällen zulässig.¹¹ Erweist sich Überzeitarbeit angestellter Anwältinnen und Anwälte (neudeutsch auch «Associates») als betrieblich gelebte Normalität, ist aus strikt arbeitsgesetzlicher Sicht auf Organisationsversäumnisse der Arbeitgeberin zu schliessen. Sie müsste entweder weitere Anwältinnen und Anwälte einstellen oder Mandate niederlegen.

3. Unerforschte Zweiklassengesellschaft

Unter dem Aspekt der Arbeitszeiterfassung lassen sich Arbeitnehmende grob in gering und mittel Qualifizierte einerseits sowie in Hochqualifizierte und Kader andererseits einteilen. Für gering und mittel Qualifizierte scheint Lohn für Präsenzzeit weitgehend akzeptiert. Wahrscheinlich die meisten Anwaltskanzleien bezahlen ihren Assistentinnen nicht nur die Überzeit nach ArG, sondern auch die Überstunden nach OR, obschon dies (unter Vorbehalt kollektivrechtlicher Regelungen¹²) vertraglich ausgeschlossen werden könnte.¹³

Anders präsentiert sich die Lage bei den Hochqualifizierten und den Kadermitarbeitenden. Sie beziehen gute Saläre – aber für Leistung, und nicht für Präsenzzeit, was den zuschlagspflichtigen Überzeitlohn konzeptionell ausschliesst. Angestellte Gutverdiener mit Überlebensinstinkt akzeptieren das weitgehend und in vielen Unternehmen – ein auch bei Arbeitsinspektoren offenes Geheimnis und oft branchenweites Phänomen.

Sicher, mancherorts ist Überzeitarbeit (auch) ein von der Betriebskultur getriebenes Spiel um Prestige. Wer viel arbeiten muss, ist wichtig, und wer abends als Letzter das Licht löscht, gewinnt. Meistens aber steht Überzeit von Gutverdienern für engagierte Arbeit und ehrliches Bemühen. 2009 haben sich Junganwälte der Zürcher Gruppe U40 zwar öffentlich gegen das Stundenbolzen ausgesprochen.¹⁴ Nach wie vor sind ehrgeizige Berufseinsteiger aber bereit, Leidenschaft und lange Arbeitsstunden in ihr berufliches Fortkommen zu investieren. Das ist gut so, denn Einsatz, und nicht Schonhaltung ist der Schlüssel zum Erfolg, was man allerdings in Zeiten von Work Life Balance kaum mehr vorbehaltlos äussern darf. – Gleichgültig, aus welchen Gründen Angestellte in verantwortungsvollen Positionen Überzeiten leisten: Würde von heute auf morgen entschieden, ab sofort allen Hochqualifizierten und Kadermitarbeitenden zuschlagspflichtigen Überzeitlohn auszuzahlen, wie er gesetzlich vorgesehen ist, ginge ein spürbarer Ruck durch die Schweizer Wirtschaft. Diese Überzeugung vertieft sich mit jedem neuen Unternehmen, in das ich im Rahmen meiner Berufspraxis als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht Einblick erhalte.

4. Arbeitszeiterfassung: Eigentor der Arbeitgeber?

Personalkostenoptimierung durch Vermeiden von Überstundenforderungen schliesst Arbeitszeiterfassung naturgemäss aus. Ohne statistische Daten verbietet es sich, über den Zusammenhang zwischen Überzeitenschädigung und Arbeitszeiterfassung *in der Bankbranche* zu spekulieren. Dennoch: In keinem anderen Wirtschaftsreich ist der Wille zur Arbeitszeiterfassung dermassen gut

untersucht worden. Das Pilotprojekt «*Vertrauensarbeitszeit bei Banken*», zu dem 2011 ein Schlussbericht vorgelegt wurde, umspannte 45 000 Banker, was damals einem Drittel der gesamten Branche entsprach.¹⁵ Auffälligerweise nennt der Schlussbericht keine Zahlen. Die NZZ berichtete später, 30% aller Bankangestellten ab Stufe Direktor würden keine Arbeitszeit erfassen.¹⁶

Die Befürchtung, mit Arbeitszeitdaten letztlich Beweismittel für Überstundenansprüche zu schaffen, ist gerechtfertigt. Dennoch ist Arbeitszeiterfassung gesetzliche Pflicht.¹⁷ Eine gewisse Berühmtheit erlangte ein Urteil des Obergerichts Luzern vom 10.11.2009. Demnach habe der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Arbeitszeiterfassungspflicht keine vorprozessuale «*privatrechtliche Auskunft- oder Dokumentationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer schaffen wollen.*»¹⁸ Ebenso wenig führt das gesetzeswidrige Unterlassen der Arbeitszeiterfassung zu einer Umkehr der Beweislast:¹⁹ Es obliegt trotzdem den Arbeitnehmenden, geleistete Überstunden zu beweisen. Im Zweifelsfall kann richterliche Schätzung greifen.²⁰

5. Die hohe Kunst der indirekten Argumentation

In der politischen Diskussion zur Arbeitszeiterfassung geben arbeitgebernahe Kreise an, Arbeitszeiterfassung sei zu kompliziert. Arbeitnehmervertreter umgekehrt berufen sich auf Gesundheitsschutz, der die Kontrolle der Arbeitszeiten erfordere. Beide Argumente sind zu wesentlichen Teilen vorgeschoben: Raffinierte, durch digitale Impulse gesteuerte technische Möglichkeiten automatisieren zeitgemässe Arbeitszeiterfassung weitgehend. Und selbst das kostengünstige händische Erfassen von Arbeitszeit in einem Excel Sheet ist nicht aufwendig. Andererseits beziehen sich Kontrollen der Höchstarbeitszeiten nur äusserst indirekt auf Gesundheitsschutz. Die Botschaft zum Arbeitsgesetz stellt sinngemäss klar, primär würden mit den Höchstarbeitszeiten gesellschaftlich-kulturelle Vorstellungen von Freizeit geschützt.²¹ Und das Bundesgericht legt nach, allein auf den Gesundheitsschutz gestützte Höchstarbeitszeitgrenzen würden nicht

11 Art. 12 Abs. 1 ArG.

12 Vgl. beispielsweise für den Kanton Zürich die «*Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der kaufmännischen Angestellten und der juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Kanton Zürich*» vom 8.12.1999 (nachfolgend: GAV Zürich).

13 Art. 321c Abs. 3 OR.

14 BRIGITTE HÜRLIMANN: «*Die Zürcher Anwaltschaft wird jünger und weiblicher – Junge Anwälte wollen sich für mehr Teilzeitarbeit oder gegen das «Stunden-Bolzen» engagieren*», in: NZZ vom 30.6.2009, S. 41.

15 STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO: «*Schlussbericht über das Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit*» vom 21.12.2011, S. 5.

16 DANIEL IMWINKELRIED: «*Der Arbeitsinspektor geht um*», in: NZZ vom 4.9.2014, S. 28.

17 Art. 46 ArG i. V. m. Art. 73 Abs. 1 lit. c bis h ArGV1.

18 Regeste zum Urteil des Obergerichts Luzern vom 12.1.2010, in: JAR 2011, S. 522.

19 BGE 4C.307/2006 vom 26.3.2007, Erw. 3.1.

20 Analog Art. 42 Abs. 2 OR; vgl. BGE 4A_543/2011 vom 17.10.2011, Erw. 3.1.1.

21 BBl 1960 II 965 ff.

bei 45 oder 50 Stunden pro Woche liegen, sondern «*deutlich darüber*».²²

Trotz gegensätzlicher Standpunkte haben sich die Sozialpartner unter Anleitung von Bundesrat Schneider-Ammann nun auf die Revision der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz geeinigt (ArGV1; SR 822.111). Unternehmen können ab 1.1.2016 im Rahmen entsprechender Vereinbarungen für bestimmte Arbeitnehmerkategorien eine sogenannte «*Vereinfachte Arbeitszeiterfassung*» einführen oder ganz auf die Arbeitszeiterfassung verzichten. Nachstehend werden – nicht abschliessend – einzelne, herausragende Voraussetzungen beschrieben.

II. Verzicht auf Arbeitszeiterfassung (Art. 73a ArGV1)

1. Keine Arbeitszeiterfassung für Partner von Anwaltskanzleien

Rund ein Fünftel der aktuell 9270 Aktivmitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV ist in Strukturen mit über zehn Anwälten eingebunden. Wiederum etwa ein Fünftel praktiziert als Einzelanwälte.²³ Diese sind (als Selbständige) bereits nach geltendem Recht dem Arbeitsgesetz und der Arbeitszeiterfassungspflicht nicht unterstellt; für sie gelten keine Höchstarbeitszeiten.

Nach gängiger Auffassung müssen auch Partner und Partner-Verwaltungsräte von Anwaltsgesellschaften keine Arbeitszeit erfassen (und keine Höchstarbeitszeiten einhalten), weil sie eine höhere leitende Tätigkeit ausüben.²⁴ Zwar sind die Gesundheitsvorschriften des Arbeitsgesetzes auch auf sie anwendbar.²⁵ Arbeits- und Ruhezeitvorschriften aber gelten bezeichnenderweise gerade *nicht* als solche Gesundheitsvorschriften.²⁶ – Ob alle 35 Partner-Verwaltungsräte einer grossen Anwaltsaktiengesellschaft mit insgesamt 100 Angestellten noch unter die Definition des höheren leitenden Angestellten fallen, scheint auf dogmatischer Ebene zumindest erörterungswürdig: Können sie mit ihrer Einzelstimme im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft (gerade wenn sie nicht geschäftsführend sind) wirklich «*Entscheiden von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen*»?²⁷

2. Verzicht auf Erfassung der Arbeitszeit angestellter Anwälte, mittels Mini-GAV

Es soll schon Versuche gegeben haben, Junganwälten weismachen zu wollen, sie gälten als wissenschaftliche Mitarbeiter²⁸ und seien deshalb von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes ausgenommen. Zur wissenschaftlichen Tätigkeit gehören aber nur Forschung und Lehre; Akademikerstatus alleine genügt nicht.²⁹

Hingegen steht ab dem 1.1.2016 theoretisch die Möglichkeit offen, mit bestimmten Kategorien von Angestellten den Verzicht auf Arbeitszeiterfassung zu vereinbaren. Der Verzicht ist Anwältinnen und Anwälten zugänglich, die a) über CHF 120 000.- brutto pro Jahr verdienen, b) bei ihrer Arbeit über grosse Gestaltungsautonomie verfügen

und c) ihre Arbeitszeiten zu mehr als der Hälfte selber einteilen können.³⁰ Mit anderen Worten: Die Blockzeiten müssen unter 50% liegen.³¹ Die beiden letzten Voraussetzungen (Gestaltungs- und Zeitautonomie) dürften auf den ersten Blick für die wenigsten vollzeitbeschäftigten angestellten Anwältinnen und Anwälte zutreffen. Allgemein vermutet das SECO, wahrscheinlich würden «*weniger als 10% der Arbeitnehmenden auf die Arbeitszeiterfassung verzichten können*».³² Aber Rechtsnormen sind interpretierbar. Ob das SECO dies bei seiner Schätzung genügend berücksichtigt hat? Legal Engineering funktioniert nicht nur bei derivativen Finanzprodukten.³³

Die Absprache des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung erfordert nebst der Individualzustimmung auch einen entsprechenden Gesamtarbeitsvertrag (GAV). Dieser Mini-GAV muss auch Massnahmen für den Gesundheitsschutz sowie eine interne Anlaufstelle für Fragen zur Arbeitszeit vorsehen.³⁴ Partner des GAV können auf Arbeitgeberseite die Anwaltskanzleien sein. Arbeitnehmeranwälte dagegen sind selber nicht tariffähig. Sie müssten sich also in einem Verband zusammenschliessen.³⁵ Der SAV oder die kantonalen Anwaltsverbände können diese Rolle nicht übernehmen, da sie naturgemäss nicht gegnerunabhängig sind.³⁶ Oder man folgt dem Rat der NZZ: «*In Dienstleistungsbranchen ohne GAV wie etwa Versicherungen, Vermögensverwalter, Treuhänder und Anwälte haben die Betriebe derweil drei Optionen: Umsetzen der Regeln zur Arbeitszeiterfassung und weiterhin Verzicht auf einen GAV; Anstreben eines GAV zum Beispiel mit dem Kaufmännischen Verband und möglicherweise beschränkt auf Regeln zu Arbeitszeiterfassung und Gesundheitsschutz; Andocken an eine branchenverwandte Regelung*».³⁷

Gemäss Botschaft zum Arbeitsgesetz leitet sich die Arbeitszeiterfassungspflicht direkt aus Art. 46 ArG, also

²² BGE 2P.251/2001 vom 14. 6. 2002, Erw. 5.2.1.

²³ Gemäss Angaben Schweizerischer Anwaltsverband SAV.

²⁴ Art. 3 lit. d ArG.

²⁵ Art. 3a lit. b ArG.

²⁶ BGE 2P.251/2001 vom 14. 6. 2002, Erw. 4.3.1.

²⁷ Art. 9 ArGV1; vgl. BGE 98 Ib 344 und BGE 2C_745/2014 vom 27. 3. 2015.

²⁸ I. S. v. Art. 3 lit. d ArG.

²⁹ Art. 10 ArGV1.

³⁰ Art. 73a Abs. 1 lit. a und b ArGV1.

³¹ STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO: «*Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz – Arbeitszeiterfassung*» vom Oktober 2015 (nachfolgend: SECO-Bericht), Punkt 3.1.3.

³² SECO-Bericht (Fn. 31), Punkt 2 «*Allgemeines*».

³³ Vgl. HEINZ HELLER: «*Contract Engineering: Legal Engineering am Beispiel arbeitsrechtlicher Vertragswelten – Aufbruch in unbekanntes Territorium*», in: AJP 11/2014, S. 1476 ff.

³⁴ Art. 73a Abs. 4 lit. a und b ArGV1.

³⁵ Art. 356 Abs. 1 OR.

³⁶ ZK OR, 1996, ad Art. 356 OR, Rz. 46. Beachtenswert: 1999 unterzeichnete der Zürcher Anwaltsverband ZAV den GAV Zürich (Fn. 12). Dieser GAV betrifft aber nur administratives Personal und Anwaltspraktikanten, also Juristen ohne Anwaltspatent. Hier konnte der ZAV folglich als Arbeitgeberverband auftreten.

³⁷ HANSUELI SCHÖCHLI: «*Umstrittener GAV-Zwang*», in: NZZ vom 22. 8. 2015, S. 32.

direkt aus einem Bundesgesetz ab.³⁸ Ob der Bundesrat mit Art. 73a ArGV1 die Arbeitszeiterfassungspflicht *auf dem Verordnungsweg* teilweise abschaffen darf, ist gerichtlich überprüfbar.³⁹ Bis die Frage geklärt ist, bleibt entsprechende Rechtsunsicherheit.

III. Vereinfachte Arbeitszeiterfassung (Art. 73b ArGV1)

Gemäss geltendem Recht muss, kurz zusammengefasst, Beginn und Ende der Arbeit und der Pausen minutengenau erfasst werden, somit die *Lage* der Arbeitszeit.⁴⁰ Für Mitarbeitende, die ihre Arbeitszeiten zu mehr als einem Viertel selber einteilen können (Blockzeiten unter 75%),⁴¹ besteht ab dem 1.1.2016 die Möglichkeit der Vereinfachten Arbeitszeiterfassung. Dabei soll pro Tag nur noch eine einzige Zahl erfasst werden, nämlich die Dauer der geleisteten Arbeitszeit. Dieses Konzept ist gänzlich praxisuntauglich: Soll die tägliche Arbeitszeit geraten, geschätzt oder gefühlt werden? Nur wenn man sich irgendwo Beginn und Ende der Arbeit und der Pausen notiert, kann man die geleistete Arbeitszeit errechnen. Somit bleibt alles beim Alten. Falschangaben zur Arbeitszeit bergen übrigens Risiken. Jedenfalls genügte dem Obergericht des Kantons Bern eine Abweichung von insgesamt 7,78 Stunden im Wert von CHF 550.– Lohn für eine Verurteilung wegen Betrug.⁴²

In Betrieben über 50 Mitarbeitenden wird Vereinfachte Arbeitszeiterfassung mit der Arbeitnehmervertretung oder mit der Mehrheit der Arbeitnehmenden vereinbart. Die Absprache muss ein paritätisches Verfahren vorsehen, das die Praxis der Vereinfachten Arbeitszeiterfassung überprüft.⁴³ – In Betrieben unter 50 Mitarbeitenden kann Vereinfachte Arbeitszeiterfassung über Individualabsprachen erfolgen. Zusätzlich müssen Endjahresgespräche zur Arbeitsbelastung geführt und dokumentiert werden.⁴⁴ Ich habe 2014 eine Mustervereinbarung zur Vereinfachten Arbeitszeiterfassung publiziert, die allerdings den neuen Verhältnissen anzupassen wäre.⁴⁵

IV. Ausblick

1. Billable hours

Viele Unternehmen verkaufen Arbeitszeit. So auch Anwältinnen und Anwälte. Sie verrichten Wissensarbeit und verrechnen Stunden. Interessieren sich solche Unternehmen für den Verzicht auf Arbeitszeiterfassung oder für die Vereinfachte Arbeitszeiterfassung, werden sie sehr sorgfältig über ihre interne Kommunikation nachdenken müssen: Verrechenbare Arbeitszeit wird genauestens erfasst, weil sie dem Unternehmen Umsatz bringt, während die weitere Arbeitszeit der Arbeitnehmer keine Erfassung wert ist?

2. Know where time goes

In seinem Klassiker *«The Effective Executive»*⁴⁶ widmet PETER F. DRUCKER dem Thema *«Know thy time»* ein ganzes Kapitel. Er empfiehlt, Arbeitszeit zu erfassen und zu managen. Nur wer Arbeitszeit erfasst, hat die Personaleinsatzplanung und das Controlling im Griff. Wie sonst

kann beispielsweise der Abbau von Ferien- und Überzeitguthaben rechtzeitig angeordnet werden, damit das Unternehmen im Jahresabschluss keine Rückstellungen vornehmen muss, die den auszuweisenden Gewinn mindern?

Nicht nur aus Arbeitgebersicht ist Arbeitszeit eine Investition. *Arbeitnehmende* investieren Abschnitte ihrer Lebenszeit, ihre teuerste und nicht erneuerbare Ressource. Dieses Engagement wird mit Arbeitszeiterfassung wertgeschätzt. Bei völligem Verzicht auf Dokumentation der Arbeitszeit oder bei untauglichen Arbeitszeiterfassungsmethoden (Vereinfachte Arbeitszeiterfassung) werden die Grenzen zwischen Freizeit und Arbeitszeit noch mehr verschwimmen. Resultat: Work Life *Blend* statt Balance. Bei Arbeitnehmenden in verantwortungsvoller Stellung war schon von *«interessierter Selbstgefährdung»* die Rede,⁴⁷ auch wenn Burn-out bekanntermassen multifunktionale Ursachen hat.

3. Nicht den Sack schlagen, wenn man den Esel meint

Die Statistik weist generell zunehmende Arbeitszeiten aus.⁴⁸ Und der starke Franken verteuert die Lohnkosten zusätzlich. Warum soll Lohn umfassend, Überstundenlohn aber nur beschränkt der Vertragsfreiheit zugänglich sein? Überstunden teilweise im Obligationenrecht und für den Rest im Arbeitsgesetz zu regeln, scheint jedenfalls systemwidrig. Dies umso mehr, als sich die Regelung des Überzeitlohns *im Arbeitsgesetz* nicht mit Gesundheitsschutz begründen lässt. Denn Geld macht zwar zufrieden, aber nicht gesund.

Jüngst prüfte ich das zweiwöchige Arbeitszeitkonzept eines Unternehmenskunden. Die Zulässigkeit des Konzepts stand oder fiel mit der rechtlichen Qualifikation des freien Montags der zweiten Woche. Ich rang mit zahllosen weit verstreuten Splitterbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen: Regulärer wöchentlicher freier Ruhetag?⁴⁹ Nein. Kompensationstag für die Sonntagsarbeit⁵⁰ der ersten Woche? Nein. Nach zwei Tagen dann die Lösung: Es müssen zwei zusammengefasste wöchentliche freie Halbtage⁵¹ sein! Kurz: Die Ar-

³⁸ BBI 1960 II 1001.

³⁹ BGE 97 I 438, Erw. 3; BGE 99 Ib 409, Erw. 2; BGE 124 I 127.

⁴⁰ Vgl. Art. 73 Abs. 1 lit. c bis h ArGV1.

⁴¹ SECO-Bericht (Fn. 31), Punkt 3.2.2.

⁴² Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 20. 9. 2011, Verfahren SK 2011 129.

⁴³ Art. 73b Abs. 1 und 2 ArGV1.

⁴⁴ Art. 73b Abs. 3 ArGV1.

⁴⁵ HEINZ HELLER: *«Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit»*, in: AJP 5/2014 (nachfolgend: HELLER, *Überstundenmanagement*), S. 617 ff.

⁴⁶ PETER F. DRUCKER: *«The Effective Executive – The definitive Guide to Getting the Right Things Done»*, New York 1966.

⁴⁷ HANSUELI SCHÖCHLI: *«Zeiterfassung bis 175 000 Fr. – Bund schlägt Minireform zur Arbeitszeiterfassung vor»*, in: NZZ vom 12. 9. 2012, S. 27.

⁴⁸ NATALIE GRATWOHL: *«Mehr Absenzen als Überzeit – die Zahl der Arbeitsstunden in der Schweiz ist gestiegen»*, in: NZZ vom 22. 5. 2015, S. 23.

⁴⁹ Art. 20 Abs. 1 ArG i. V. m. Art. 21 ArGV1.

⁵⁰ Art. 20 Abs. 2 ArG.

⁵¹ I. S. v. Art. 16 Abs. ArGV1.

beits- und Ruhezeitregelungen des Arbeitsgesetzes sind – gerade mit Bezug auf die zunehmend flexibilisierten Arbeitswelten – zu willkürlich und zu kompliziert, jedenfalls unzeitgemäss.

Richtig wäre also, in der politischen Diskussion a) die zuschlagspflichtige Überzeitemtschädigung und b) das Arbeits- und Ruhezeitkorsett des Arbeitsgesetzes anzusprechen – und nicht auf der Ebene der Arbeitszeiterfassung Stellvertreterdiskussionen zu führen. Aus diesem Grund verfolgt die Motion Paul Niederberger⁵² meiner Meinung nach die falsche Stossrichtung. Dieser seit Dezember 2013 im parlamentarischen Prozess hängige Vorschlag verlangt eine Änderung des Arbeitsgesetzes. Mitarbeitenden bestimmter Branchen soll die Möglichkeit eröffnet werden, einen individuellen Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung zu erklären (Opting-out). Viele halten eine entsprechende Änderung des Arbeitsgesetzes durch das Parlament (im Moment) für aussichtslos. Nicht ohne Grund fand die hier besprochene Revision des Arbeitszeiterfassungsrechts auf dem Verordnungsweg statt. Denn die Verordnungen zum Arbeitsgesetz kann der Bundesrat⁵³ in Eigenkompetenz ändern.

4. Alternative Herangehensweisen

Die vertraglichen Lösungen, die dem Überzeitregime des Arbeitsgesetzes entgegengesetzt werden können, sind noch längst nicht ausgelotet. Ich habe dazu die Produktivitätsklausel vorgeschlagen.⁵⁴ Sie setzt das Arbeitsergebnis (beispielsweise verrechenbare Stunden) ins Verhältnis zu der dafür aufgewendeten Arbeitszeit. Das kann Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden Vorteile bringen – und nebenbei auch Entschädigungen für Mehrarbeitszeit austarieren. Die Überzeitemtschädigung selbst bleibt zwar weiterhin geschuldet, aber der Referenzlohn als Berechnungsgrundlage ändert sich.

V. Exkurs: Drohen Anwaltskanzleien Arbeitszeitkontrollen?

Das eventualvorsätzliche systematische Leistenlassen von Überzeitarbeit als Normalzustand für bestimmte Arbeitnehmerkategorien des Unternehmens kann eine Straftat⁵⁵ und somit einen Fall für die Staatsanwaltschaft darstellen. Eine Verurteilung der persönlich Verantwortlichen⁵⁶ würde zu einem Eintrag im Strafregister führen.⁵⁷ Bei betrieblichen Erstkontrollen der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften prüfen Arbeitsinspektoren allerdings praktisch nie, ob ein systematischer Verstoss vorliegt. Vielmehr setzen sie Nachfrist, und dann noch eine, diesmal unter Androhung einer Busse.⁵⁸ Erst beim dritten Anlauf wird Strafanzeige beim Staatsanwalt angedroht. Rechtsdogmatisch drängt sich damit eine Frage auf, die niemand stellen will: Können sich Arbeitsinspektoren der Begünstigung⁵⁹ schuldig machen, wenn sie offensichtlich systematische Verstösse gegen das Arbeitszeitregime des Arbeitsgesetzes aufdecken, aber keine Strafanzeige erstatten? Diese Anmerkung mag akademisch scheinen, erweist sich letztlich aber als Aussage zum (bestehenden oder eben nicht

bestehenden) politischen Willen, die Höchstarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes durchzusetzen.

Bislang leb(t)en gewisse Branchen in der Schonzone, so auch die Anwaltschaft. Aber erstens trifft die kantonalen Arbeitsinspektorate bei Privatanzeige eine Kontrollpflicht. Und Privatanzeigen werden nicht selten von Angehörigen oder Interessengruppen erstattet, also nicht von betroffenen Arbeitnehmenden. Zweitens sagen die Behörden hinter vorgehaltener Hand, mit der «Entlastung» der Unternehmen durch die Revision der Arbeitszeiterfassungspflicht würden in anderen Bereichen nun die Schrauben angezogen, das sei der politische Deal. Und drittens beobachtet man neuerdings: Die kantonalen Arbeitsinspektorate spüren Brennpunkte auf und kontrollieren dann Schwerpunktsbereiche systematisch – statt wie früher nur stichprobenweise. Jüngst so geschehen bei den Assistenzärzten⁶⁰ in allen Spitälern des Kantons Zürich. – Preisfrage: Wie gross ist der Unterschied zwischen Assistenzärzten und Associates?

VI. Wie sagen wir unseren Unternehmenskunden?

Unseren Mandanten werden wir sagen müssen: Das revidierte Arbeitszeiterfassungsrecht schafft die Überzeitemtschädigung nicht ab. Zudem bringt die Revision keine Vereinfachung, sondern eine ausgeprägte Verkomplizierung der Verhältnisse. Die neuen Vorgaben sind mit Rechtsunsicherheiten verbunden und verschärfen die Schwierigkeiten, Arbeit von Freizeit zu trennen. Die neuen Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung werden per 1.1.2016 in Kraft treten, obschon sie im Vernehmlassungsverfahren auf massive und überzeugende Kritik der Mehrheiten aller Lager stiessen.

Andererseits kann es den Unternehmen niemand verwehren, auf die (gewollten?) Nebeneffekte der Revision zu setzen und sie als teilweise Abschaffung der Überzeitemtschädigung durch die Hintertüre zu interpretieren. Denn wenn Hochqualifizierte und Kader keine Arbeitszeit erfassen, können sie auch ihre Überzeitemtsprüche nicht berechnen. Und wenn bei der Vereinfachten Arbeitszeiterfassung Arbeitnehmende die geschätzte, geratene oder gefühlte Arbeitszeit tendenziell zu tief ansetzen, was abzuwarten bleibt, werden ebenfalls Personalkosten eingespart.

52 Motion von PAUL NIEDERBERGER vom 9.12.2013: «Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Möglichkeit der Verzichtserklärung in gewissen Branchen», Curia Vista, 13.4104.

53 Im Rahmen von Art. 40 ArG.

54 HELLER, Überstundenmanagement (Fn. 44), S. 619 ff.

55 Art. 59 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 61 Abs. 1 ArG.

56 Art. 59 Abs. 2 ArG i. V. m. Art. 6 VStrR (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0).

57 Art. 61 Abs. 1 ArG i. V. m. Art. 10 Abs. 3 StGB i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. a VOSTRA-Verordnung (Verordnung über das Strafregister; SR 331).

58 Vgl. Art. 51 ArG.

59 Art. 305 StGB.

60 Vgl. Art. 4a ArGV1.