

Arbeitszeitreglement und Arbeitszeiterfassung

Vortrag Weblaw-Webinar 23.08.2016

Dr. Heinz Heller

Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

www.rechtsanwalt-zuerich.ch

Vorbemerkung

- Vortrag setzt Anwendbarkeit von OR und Arbeitsgesetz (ArG) voraus, bezieht sich somit weder auf öffentliches Personalrecht noch auf GAV / NAV-Normen.
- Zitiervorschlag: HEINZ HELLER:
"Arbeitszeitreglement und Arbeitszeiterfassung",
Weblaw-Webinar vom 23.08.2016

Problemstellung

Überstunden und Überzeit

White Collar Worker i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG:

42h/Wo



45h/Wo



Art. 321c OR:
Vertraglicher Verzicht
auf Überstundenlohn
möglich

Art. 13 ArG:
Vertraglicher Verzicht
auf Überzeitlohn
nicht möglich

Problemstellung

Lohn für Präsenzzeit für Gutverdiener?

- Arbeitszeiterfassungspflicht: Zu erfassen sind (gemäss Art. 73 ArGV1) sämtliche Eckdaten, also Anfang und Ende von Arbeit und Pausen – und zwar minutengenau.
- Wenn die Wirtschaft zunehmend nicht mehr bereit ist, im Hochlohnbereich Lohn für Präsenzzeit zu bezahlen, und den Lohn für Leistung fordert, kann sie (im Bereich der Überzeit nach ArG)
 1. auf die Nebeneffekte der Art. 73a / 73b ArGV1
 2. oder auf aufrichtigere, griffigere, innovative Alternativen setzen.

Arbeitszeitreglement und Arbeitszeiterfassung

**TEIL I: NEBENEFFEKTE VON ART.
73A / 73B ARGV1**

73a ArGV1 – Verzicht auf Zeiterfassung

Voraussetzungen

- Möglichkeit der Absprache des Verzichts auf Arbeitszeiterfassung (Individualzustimmung und Mini-GAV).
- In Frage kommende Arbeitnehmerkategorien:
 - Einkommen über CHF 120'000 brutto pro Jahr;
 - grosse Gestaltungsautonomie bei der Arbeit;
 - Arbeitszeitautonomie: Können ihre Arbeitszeiten zu mehr als der Hälfte selber einteilen (Blockzeiten unter 50%).

73a ArGV1 – Verzicht auf Zeiterfassung Bundesrechtswidrig?

- (Nicht nur) meiner Ansicht handelte der Bundesrat ausserhalb seiner Verordnungskompetenz:
 - 73a ArGV1 ist meiner Ansicht nach bundesrechtswidrig, da er Art. 46 ArG widerspricht. – Doch wer soll das je gerichtlich ausfechten?
 - Mini-GAV-Pflicht als Verstoss gegen Koalitionsfreiheit (28 BV), wegen indirektem Koalitionszwang?

73b ArGV1 – Vereinfachte Zeiterfassung

Voraussetzungen

- Möglichkeit der Absprache, dass pro Tag nur noch eine einzige Zahl erfasst wird, nämlich die Dauer der geleisteten Arbeitszeit (Individualabsprache oder Betriebsabsprachen in Betrieben über 50 Mitarbeiter).
- In Frage kommende Arbeitnehmerkategorien:
 - Arbeitszeitautonomie: Können ihre Arbeitszeiten zu mehr als einem Viertel selber einteilen (Blockzeiten unter 75%);
 - Endjahresgespräche zur Arbeitsbelastung.

73b ArGV1 – Vereinfachte Zeiterfassung Konzept ist 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.

Nebeneffekte von 73a / 73b ArGV1

Was hindert die Wirtschaft, 73a / 73b ArGV1 als Abschaffung der Überzeimentschädigung durch die Hintertüre zu interpretieren? Denn wenn Hochqualifizierte und Kader keine Arbeitszeit erfassen, können sie auch ihre Überzeitansprüche 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. Vom Home-Office und Teilzeitarbeitenden jedenfalls kennt man das Phänomen der Selbstausbeutung bereits bestens.

Literatur

HEINZ HELLER:

- *"Die Revision des Arbeitszeiterfassungsrechts per 1. Januar 2016 – Betrachtungen aus Sicht der Anwaltschaft"*, in: *AnwaltsRevue* 11/12-2015, S. 469 ff.
- *"Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit"*, in: *AJP* 5/2014, S. 609 ff.

(mit Mustervereinbarung zur Vereinfachten Arbeitszeiterfassung, die allerdings dem neuen Art. 73b ArgV1 anzupassen wäre.)

Alternativen zu den Nebeneffekten von Art. 73a / 73b ArGV1

"Erstens sind Zeitlohn und Leistungslohn in der Realwirtschaft nur scheinbare Gegensätze. Zweitens birgt der Begriff der 'Zeitautonomie' Tücken. Drittens ist Arbeitszeiterfassung ein Muss für alle, die Leistung kontrollieren und steuern wollen. Und viertens bringen die traditionellen variablen Lohnmodelle keine Effizienzsteigerung. Wer das versteht, und auch die rechtliche Seite dieser vier Themen beherrscht, kann sich bei Firmenkunden mit innovativen, griffigen Arbeitszeitreglementen einen besseren Namen schaffen als mit dem Verweis auf die neuen Art. 73a und 73b ArGV1."

(Weblaw-Seminar-Flyer zu diesem Vortrag)

Arbeitszeitreglement und Arbeitszeiterfassung

**TEIL II: ANALYSE VON ASPEKTEN
DES LEISTUNGSLOHNS**

Zeitautonomie

Anknüpfungsbegriff für ...

- Art. 73a ArGV1 (Verzicht auf Arbeitszeiterfassung)
= 50% Arbeitszeitautonomie;
- Art. 73b ArGV1 (Vereinfachte Arbeitszeiterfassung)
= 25% Arbeitszeitautonomie;
- Gleitzeit.

Zeitautonomie

Gleitzeit

- Der häufigste und gravierendste Fehler bei flexiblen Arbeitszeitmodellen ist, das falsche zu wählen. Ein Beispiel: Die Geschäftsleitung entscheidet sich mit Überzeugung für Gleitzeit, weil dann per Jahresende *"das Arbeitszeitsaldo glattgestellt werden kann und die Überstunden entschädigungslos verfallen"* (vgl. BGE 123 III 469, Erw. 3.b.).
- Überstunden \neq positives Gleitzeitsaldo! – Ob Gleitzeit vorliegt, definiert sich nach der Frage, ob Zeitautonomie gegeben ist.

Zeitautonomie

Voraussetzung: Aufschiebbare Arbeit

- Logisch: Vertraglich festgelegte oder angewiesene Arbeit ist keine zeitautonom geleistete Arbeitszeit.
- (Arbeitnehmende sollen bei Gleitzeit individuell angewiesene Arbeit verweigern können, wenn diese nicht die Eigenschaften von Überstundenarbeit – Notwendigkeit und Zumutbarkeit – aufweist, REHBINDER/STÖCKLI, in: BK Bd. VI/2/2/1, 2010, ad Art. 321c OR, Rz. 7.)
- Aber: Auch unaufschiebbare Arbeit lässt keine Zeitautonomie zu. – "Selber funktionieren müssen" bedeutet nicht zwingend "zeitautonom" arbeiten!

Zeitautonomie

Wunsch und Wirklichkeit

- Wie viele der Hochqualifizierten und Kader, auf die Art. 73a / 73b ArGV1 zielen, leisten "*aufschiebbare*" Arbeit, die Zeitautonomie im geforderten Ausmass (50% / 25%) überhaupt zulässt?
- Tipp für Anwälte: Entsprechenden Hinweis gegenüber Mandanten anbringen!

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze?

Definition Zeitlohn

- Die meisten verstehen unter "*Zeitlohn*" Lohn nach gearbeiteten Zeitabschnitten (vgl. Art. 319 Abs. 1 OR).
- Überprüfen wir einen der "*klassischen*" Zeitlöhne, den Monatslohn:

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze? Monatslohn als Pauschallohn?

- Wieviel monatlich gearbeitet wird, hängt von der Anzahl Werktagen im *konkreten* Monat ab (ändernd).
- Der Monatslohn wird folglich nicht für eine vordefinierte Soll-Arbeitszeit bezahlt.
- Auch nicht für eine vorhersagbare *effektiv* zu leistende Arbeitszeit, soweit Überstunden anfallen, die im Lohn inkludiert sind (321c III OR).

Solcher Monatslohn ist somit faktisch (nicht rechtlich) weder Zeit-, noch Zeitbandbreitenlohn, sondern Pauschallohn (= Leistungslohn?).

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze?

Definition Leistungslohn

- Die meisten verstehen unter "*Leistungslohn*" einen durch den Arbeitnehmer beeinflussbaren Lohn.
Überprüfen wir das an Beispielen:

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze?

Leistungslohn als Zeitlohn

- "*Klassischer*" Leistungslohn erweist sich zunächst fallweise als Zeitlohn, so beispielsweise bei der Berechnung des Arbeitsunfähigkeitslohns des Akkordarbeiters, des Provisionsberechtigten, des Gewinnbeteiligten.

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze?

Leistungslohn-Klassiker Bankenbonus

- Klassischer Leistungslohn entpuppt sich oft als kaum durch Leistung beeinflussbar.
- Als Beispiel diene der vom Bundesgericht x-fach abgehandelte "*Bankenbonus*":
 - Ein Teil Unternehmensergebnis (EBIT)
 - Ein Teil Abteilungsergebnis
 - Ein Teil Erreichen der Ziele gemäss individueller Zielvereinbarung
 - Ein Teil "*individueller*" Leistung (qualifikationsabhängig, macht oft nur rund 10% vom Bonus aus)

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze? **Leistungslohn-Klassiker Provision**

- Zwei Lebensversicherungsvertreter erhalten Leistungslohn. Der eine ist faul, der andere fleissig. Dennoch verkauft der Faule mehr Versicherungen. Denn ihm wurde das Villenviertel als Rayon zugeteilt, während sich der Fleissige im städtischen Armenviertel abmüht.
- Ist das ein durch Leistung beeinflussbarer Leistungslohn?

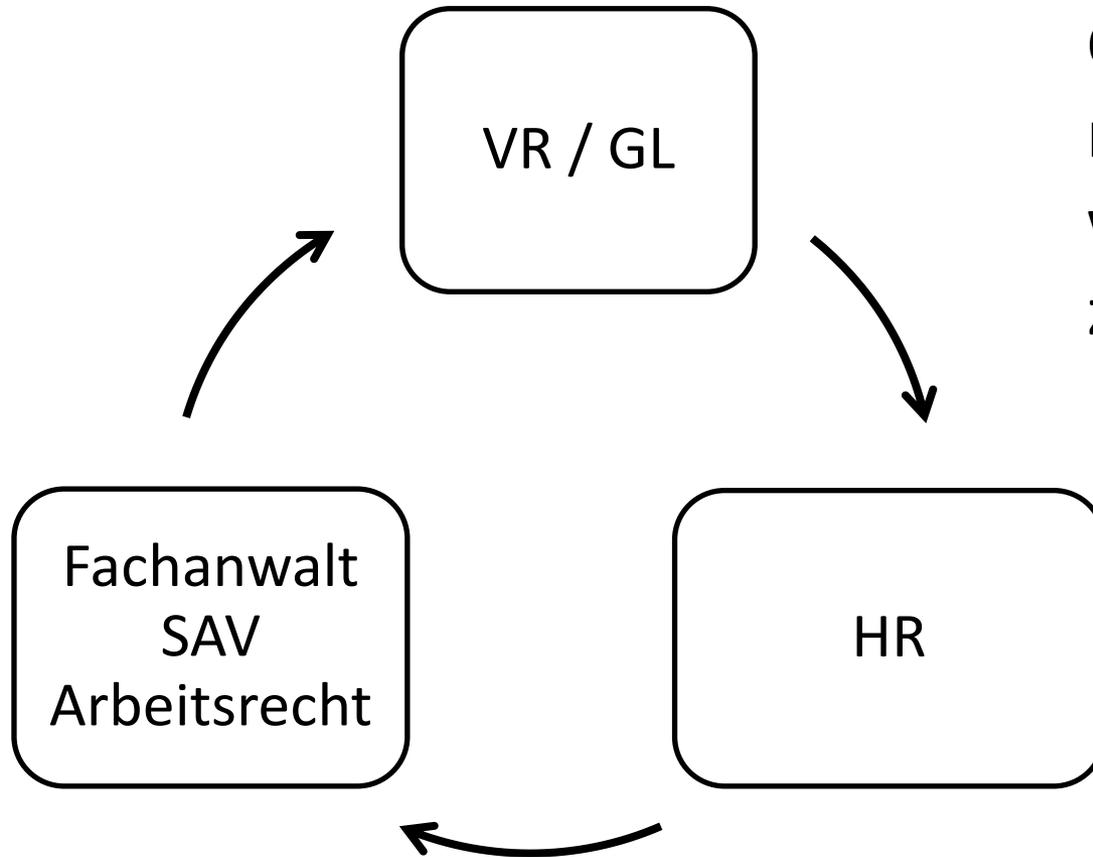
Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze? Die "*Wahrheit*" über Leistungslohn

- Eines der bestignorierten unangenehmen Wahrheiten in Wirtschaft und Verwaltung:
 - Die Leistungsträger werden mit mehr Arbeit „*belohnt*“ (Effizienzstrafe) und somit *faktisch* lohndiskriminiert,
 - während die Low Performer und Überstundenbewirtschafter von Überstundenboni profitieren.
- Hierzu existieren nahezu keine Gegenkonzepte – weder von arbeitsrechtlicher noch von HR-Seite!

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze? Zwei Kernfragen

1. Nachdem die Grenzen zwischen Zeit- und Leistungslohn sich als fließend erweisen: **Kann die Gestaltung der Arbeitszeit und des damit verbundenen Zeitlohns auch als Instrument des Leistungslohns verstanden werden?**
2. Vermeidung der Arbeitszeiterfassung bzw. Setzen auf die Nebeneffekte von Art. 73a / 73b ArGV1: **Gibt es keine alternativen Rezepte gegen unkalkulierbare Personalkosten infolge Überzeitanprüchen?**

Zeitlohn und Leistungslohn: Klare Gegensätze?
Warum stellt diese zwei Fragen niemand?



Chancen, die niemand sieht, weil sich niemand zuständig fühlt.

Arbeitszeitreglement und Arbeitszeiterfassung

TEIL III: ALTERNATIVE KONZEPTE

Voraussetzung passgenauer Arbeitszeitkonzepte: **Legal Engineering**

- Legal Engineering geht weit über die Anwendung von juristischem Know How, und bezieht ökonomische Überlegungen mit ein. Dazu müssen Anwälte das Geschäft ihrer Kunden gut kennen.
- *"Statt wie bei Standardsituationen – mögen diese komplex oder einfach sein – risikoavers gefestigte und unanfechtbare Rechtspraktiken zu empfehlen, wagen sich Legal Engineers in unbekannte Gefilde. Hier müssen sie sorgfältig darauf achten, rote Linien zu erkennen, die Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis vielleicht noch gar nicht gezogen haben."*

Literatur

HEINZ HELLER:

- *"Contract Engineering: Legal Engineering am Beispiel arbeitsrechtlicher Vertragswelten – Aufbruch in unbekanntes Territorium"*, in: AJP 11/2014, S. 1476 ff.

Leistungslohn ohne Arbeitszeiterfassung?

- Wie detektiert man die Effizienten und die Leistungsträger? – (Auch) durch Arbeitszeiterfassung!
- Selbst ohne gesetzliche Pflicht empfiehlt sich detaillierte Arbeitszeiterfassung, spezifiziert nach den im Einzelnen erbrachten Leistungen (ähnlich einer anwaltlichen Honorarrechnung).
- *"Know where time goes, record it, manage it"* (frei nach PETER F. DRUCKER: *"The effective executive"*, 1964). – Arbeitszeiterfassung ist Controlling-Instrument!

Produktivitätsklausel

- Sie setzt das Arbeitsergebnis (beispielsweise verrechenbare Stunden) ins Verhältnis zu der dafür aufgewendeten Arbeitszeit. Die Überzeitent-schädigung selbst bleibt zwar weiterhin geschuldet, aber der Referenzlohn als Berechnungsgrundlage ändert sich.

Weiterführende Literatur

HEINZ HELLER:

- *"Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit"*, in: AJP 5/2014, S. 609 ff.

(mit Beschreibung sowie Musterformulierung der Produktivitätsklausel)

Turboprämie

Fragestellung

- Gemäss BGE 138 I 356, Erw. 5.4.5.1 gilt: "*Abreden, mit denen Überzeitanprüche mit einem [...] Bonus abgegolten oder verrechnet*" werden, sind unzulässig.
- Was gilt, wenn der Arbeitgeber anbietet, Überzeitanprüche deutlich unter dem gesetzlichen Anspruch zu entschädigen, dafür sofort und ohne Prozess, allerdings unter der Bedingung, dass der Anspruch verfällt, sofern der Arbeitnehmer (weitergehende) Überzeitanprüche einklagt.

Turboprämie Erwägungen

- Der Mitarbeiter entscheidet also zwischen Kürzung des zwingenden gesetzlichen Anspruchs (aber sofortiger Auszahlung) und Zivilprozess.
 - Beachte zunächst Art. 341 OR.
 - Undenkbar, dass so etwas zulässig ist? Vgl. ähnlichen Fall gemäss Urteil des BAG vom 3. Mai 2006 im Verfahren 4 AZR 189/05 ...

"Effizienzbonus"

- Überzeitanprüche werden zwar ausbezahlt, aber vom variablen Lohn wieder abgezogen.
 - Rote Linie: Für Entschädigung von Überzeit hat das Bundesgericht die Verrechnung mit einem Bonus ausdrücklich untersagt (BGE 138 I 356, Erw. 5.4.5.1.).
 - Zudem scheint der Mechanismus unfair, da Überstunden sowohl wegen Ineffizienz wie auch wegen objektiv zu viel Arbeit anfallen können.

Zu Handen Arbeitsinspektor:

Absprachen mit Handelsreisenden

- Handelsreisende fallen nicht unter Arbeitszeiterfassungspflicht (Art. 3 ArG).
 - Voraussetzung: Über 50% auswärts.
 - Schriftliche Absprachen, in denen die Handelsreisenden bestätigen, dass bei ihnen die gesetzlichen Voraussetzungen eines Handelsreisenden faktisch gegeben sind.

Reglemente zur Abgrenzung von Freizeit und Arbeitszeit

- (Bezahlte) Pausen.
- Ständige Erreichbarkeit.
- Geschäftsessen.
- Geschäftsreisen, Messebesuche, Fachtagungen.
- Arbeitsweg und Fahrten von zu Hause zum Einsatzort.
- (Freiwillige) Teilnahme an externen und internen Beziehungspflege-Anlässen.
- Weiterbildung.

Literatur

HEINZ HELLER:

- *"Arbeitszeit oder Freizeit – eine Gratwanderung"*,
in: HR-Today, 11/2015, S. 32 f.

Höchstleistungszeitgrenze: 50h oder 45h?

Art. 9 Abs. 5 ArG

- *"Auf Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, die im gleichen Betrieb oder Betriebsteil zusammen mit Arbeitnehmern beschäftigt werden, für die eine längere wöchentliche Höchstleistungszeit gilt, ist diese ebenfalls anwendbar."*
- Verkürzt und vereinfacht *"übersetzt"*: White Collar Workers, die mit Blue Collar Workers zusammenarbeiten, gilt eine Höchstleistungszeit von 50h, nicht von 45h.

Höchstleistungszeitgrenze: 50h oder 45h?

Anknüpfungsbegriffe

- "*Betrieb*" ≠ Arbeitgeber! Bestimmte Einrichtungen oder Anlagen müssen nicht vorhanden sein. Kann der Begriff auch funktional, also beispielsweise abteilungsübergreifend verstanden werden?
- "*Betriebsteil*" = Offensichtlich abgrenzbar? Gleiches Team? Funktionaler Zusammenhang?
- 50%-Regel des SECO: Zählen Köpfe oder Stellenprozentage? Deutungshoheit über das Arbeitsgesetz liegt nicht beim SECO, sondern bei den Gerichten; vgl. aber BGE 2C_462/2011 vom 09.05.2012.

Höchstleistungszeitgrenze: 50h oder 45h?

Methodik für Beratungsarbeit

1. Betrieb oder Betriebsteil definieren.
2. Industrieller Betrieb?
 - Stichworte: Unterstellungsverfügung, Art. 5 ArG;
 - 45h Wochenhöchstleistungszeit, Art. 9 Abs. 1 ArG.
3. Mix Blue Collar / White Collar Worker analysieren.
4. 50%-Regel interpretieren.
5. Im Zweifelsfall Absprache mit Arbeitsinspektorat ("*Ruling*"); Behördenkontakte müssen gut vorbereitet sein!

Literatur

HEINZ HELLER:

- Thesenpapier "*Höchstarbeitszeit gemäss der Gleichstellungsnorm Art. 9 Abs. 5 ArG*", St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht, Freitag, 28. November 2014, Grand Casino Luzern

1. Zwischen dem Zeitlohn und dem Leistungslohn verläuft eine unscharfe Trennlinie. Das eröffnet neue Denkhorizonte.
2. In der Wirtschaft dominiert die Effizienzstrafe und der Ineffizienzbonus.
3. Überzeitkosten kann man (widerrechtlich) durch Unterlassen von Arbeitszeiterfassung vermeiden, oder indem man auf die Nebeneffekte von Art. 73a / 73b ArgV1 setzt. – Gegenkonzept hierzu sind Arbeitszeitreglemente mit Anreizen zur Überstundenvermeidung.

4. Allerdings: Entsprechende arbeitsrechtliche Konzepte müssen unternehmensspezifisch ausgelegt sein (Know your customer).
5. Beim entsprechenden "*Legal Engineering*" gilt, was auch in der Formel 1 gilt: Tüfteln, überprüfen, und nur das Beste schafft es in die Serie.

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Unentgeltlich abrufbare Artikel zu
Arbeitszeitgestaltung, Arbeitszeiterfassung und
Pausen auf www.rechtsanwalt-zuerich.ch

Dr. Heinz Heller

Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

www.rechtsanwalt-zuerich.ch