



Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit

HEINZ HELLER

Unternehmen sind verpflichtet, gegenüber den Arbeitsinspektoraten die betrieblichen Arbeitszeiten zu dokumentieren. Die gesetzlichen Arbeitszeiterfassungspflichten sowie das Management von Überstunden und Überzeitarbeit fordern die Wirtschaft. Viele Unternehmen unterlassen die Erfassung der Arbeitszeit ganz oder teilweise. Vorliegender Aufsatz erläutert «traditionelle» Strategien des Managements von Überstunden und Überzeitarbeit – und versucht mit zwei Ansätzen (und Musterklauseln) zu überzeugen, welche die Problematik teilweise entschärfen können, ohne geltendes Recht zu missachten: Die Produktivitätsklausel ergänzt klassische variable Lohnmodelle um den Faktor Arbeitszeit. Und die auf den 1. Januar 2014 geänderte Kontrollpraxis des SECO lässt Spielraum für Vereinbarungen mit gewissen Kategorien von Arbeitnehmern.

Les entreprises sont tenues de documenter la durée de travail en entreprise vis-à-vis des inspections du travail. Les obligations légales d'enregistrement du temps de travail et la gestion des heures supplémentaires et du travail supplémentaire mettent l'économie à contribution. Beaucoup d'entreprises ne procèdent pas à cet enregistrement, que ce soit en totalité ou partiellement. Le présent article explique les stratégies « traditionnelles » de gestion des heures supplémentaires et du travail supplémentaire et tente de convaincre à l'aide de deux approches (et de clauses types) qui permettent de corriger en partie cette problématique sans enfreindre le droit en vigueur : La « clause de productivité » complète les modèles classiques de rémunérations variables par le facteur temps de travail. Depuis le 1er janvier 2014, la modification de la pratique du SECO en matière de contrôles laisse aussi plus de marge pour des accords avec certaines catégories de travailleurs.

Inhaltsübersicht

- I. Worum es geht
- II. Arbeitsrechtliche Grundlagen
 1. Überstunden nach Obligationenrecht (OR)
 2. Überzeit nach Arbeitsgesetz (ArG)
 3. Wöchentliche und tägliche Höchstarbeitszeitgrenzen
 4. Zeitkompensation oder Entschädigung von Mehrarbeitszeit
 5. Zulässigkeit von Mehrarbeitszeit
 6. Pflicht zur Dokumentation der Arbeitszeit
- III. Traditionelle Strategien des Managements von Arbeitszeit
 1. Aktive Arbeitszeitkontrolle
 2. Schriftlicher Ausschluss von Überstundenansprüchen nach Art. 321c OR
 3. Vertraglich vereinbarte Bewilligungspflicht für Überstunden
 4. Arbeitszeitmodelle mit Zeitautonomie und Verfall von Gleitzeitüberhang
 5. Keine Überstundenansprüche nach Art. 321c OR für leitende Angestellte
 6. «Ernennung» zum höheren leitenden Angestellten im Sinne von Art. 3 lit. d ArG
 7. Festlegung der Soll-Arbeitszeiten auf Höhe der Höchstarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes
 8. Delegation der Arbeitszeiterfassung an Arbeitnehmer
 9. Unterlassen der Arbeitszeiterfassung («Vertrauensarbeitszeit»)
- IV. Zwischenstand
 1. Das Kernproblem sind nicht die Überstunden nach OR, sondern die Überzeit nach ArG
 2. Unternehmenshierarchien aus arbeitszeitrechtlicher Sicht
 3. Politischer Wille zur gleichmässig branchenübergreifenden Durchsetzung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften
- V. Neue Strategien des Managements von Arbeitszeit
 1. Schriftliche Vereinbarungen mit Arbeitnehmern, die der vereinfachten Dokumentationspflicht unterliegen
 2. Die Produktivitätsklausel
- VI. Ausnahmen und Rechtsverhältnisse, die auf Rechtsgrundlagen ausserhalb des Obligationenrechts und des Arbeitsgesetzes basieren

I. Worum es geht

Für einfache Angestellte scheint die Formel «Präsenzzeit gegen Lohn» noch weitgehend akzeptiert. Gegenüber höher Qualifizierten wird zunehmend gefordert, den Preis ihrer Arbeit an deren Produktivität binden zu können¹. Eine mögliche Lösung: die Produktivitätsklausel.

Dabei will kein Unternehmen seine Arbeitnehmer Überlastung und Burnout aussetzen – trotz Zeiten verschwimmender Grenzen zwischen Arbeits- und Freizeit². Aber die branchenunspecifischen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes (ArG) werden von vielen als zu starr und unzeitgemäss empfunden. Seit dem 1. Januar 2014 kann mit Arbeitnehmern, die eine qualifiziert verantwortungsvolle Aufgabe erfüllen, schriftlich eine vereinfachte Dokumentationspflicht vereinbart werden.

Dabei sehen sich Verantwortliche beim Management von Überstunden und Überzeit zunächst mit einer komplexen Rechtslage konfrontiert.

HEINZ HELLER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich.

¹ Vgl. TAGES ANZEIGER vom 22. März 2014, Online-Ausgabe: «Lohn gegen Arbeitszeit soll nicht mehr gelten», (<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/sozial-und-sicher/Lohn-gegen-Arbeitszeit-soll-nicht-mehr-gelten/story/25050581>), Webseite besucht am 22. März 2014).

² Vgl. ROGER RUDOLPH/ADRIAN VON KAENEL, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, in: AJP/PJA 2012 (nachfolgend RUDOLPH/VON KAENEL, Arbeitszeit), 197 ff.

II. Arbeitsrechtliche Grundlagen

1. Überstunden nach Obligationenrecht (OR)

Als «Überstunden» bezeichnet das Obligationenrecht Arbeitszeiten, die jene Soll-Arbeitszeit überschreiten, die «*verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt*» ist (Art. 321c Abs. 1 OR). «*Üblich*» ist primär die betriebsübliche, sekundär die orts- und branchenübliche Arbeitszeit³. Die Frage nach der betriebsüblichen Arbeitszeit kann vor Gericht zum Gegenstand aufwändiger Beweisverfahren werden⁴. Scheitert der Nachweis der vertraglichen oder üblichen Arbeitszeit, scheitert auch der Nachweis von Überstunden⁵. Das Bundesamt für Statistik (BfS) führt eine online abrufbare Statistik über die betriebsüblichen Arbeitszeiten⁶.

2. Überzeit nach Arbeitsgesetz (ArG)

Überschreitet die Zahl der Überstunden die wöchentlichen und täglichen⁷ Höchst-arbeitszeitgrenzen, nennt sie das Arbeitsgesetz «*Überzeit*».

3. Wöchentliche und tägliche Höchst-arbeitszeitgrenzen

Als *wöchentliche* Höchst-arbeitszeiten gelten – im groben Überblick – 45 Stunden für alle «*Arbeitnehmer in industriellen Betrieben*»⁸ sowie für Arbeitnehmer, die «*im Büro oder in büroähnlichen Berufen*»⁹ arbeiten und schliesslich für das «*Verkaufspersonal in Grossbetrieben*

des Detailhandels».¹⁰ 50 Stunden gelten für «*alle übrigen Arbeitnehmer*».¹¹

Gemäss SECO soll sich aus dem Kontext der arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitregelung¹² eine *tägliche* Höchst-arbeitszeitgrenze von 12.5 Stunden (exklusive Pausen) errechnen lassen. Andere argumentieren, je nach ganz konkreter Lage der Arbeitszeiten und der Pausen könnten es auch 13.0 Stunden sein¹³.

4. Zeitkompensation oder Entschädigung von Mehrarbeitszeit

Überstunden und Überzeit werden zusammen oft als «*Mehrarbeitszeit*» bezeichnet. Die Bezeichnung ist aber kein gesetzlich definierter Legalbegriff. Mehrarbeitszeit ist separat zu entschädigen oder – entsprechende Vereinbarung vorausgesetzt – zu kompensieren¹⁴. Die Vereinbarung der Zeitkompensation setzt bei Überstunden nach OR Schriftlichkeit voraus¹⁵, bei Überzeit nach ArG nicht¹⁶.

Als Entschädigung von Mehrarbeitszeit ist sowohl der Stundenlohn wie ein Zuschlag von 25 % geschuldet¹⁷. Wie Monatslohn in Stundenlohn umgerechnet wird, erläutert Art. 33 ArGV¹⁸, besser aber die SECO-Wegleitung zum Arbeitsgesetz¹⁹. In der Praxis rechnen viele auf Basis von durchschnittlich 21.75 Arbeitstagen pro Monat (100%-Pensum)²⁰. Referenzwert ist nicht der Nominallohn gemäss Vertrag, sondern der «*tatsächliche*» Stundenlohn, also beispielsweise inklusive des durchschnittlichen variablen Lohns²¹.

³ JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, Dissertation, Bern 2007, 25 f.

⁴ Vgl. beispielhaft den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juni 2012 im Verfahren LA110030.

⁵ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2012 (nachfolgend STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag), ad Art. 321c OR, N 4.

⁶ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/data/07.html>, Webseite besucht am 19. März 2014.

⁷ Zur Terminologie vgl. Art. 12 Abs. 1 ArG (wöchentliche Überzeit) und Art. 12 Abs. 2 ArG (tägliche Überzeit).

⁸ Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG.

⁹ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, 6. Überarbeitung 2011, Stand November 2013 (als pdf-Datei abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=de&>, Webseite besucht am 19. März 2014; nachfolgend: «SECO-Wegleitung Arbeitsgesetz»), ad Art. 9 ArG.

¹⁰ Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG.

¹¹ Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG.

¹² Insbesondere: Art. 10 Abs. 3, Art. 15 ArG.

¹³ RUDOLPH/VON KAENEL Arbeitszeit (FN 2), 201 ff.; STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Merkblatt «*Das Arbeitsgesetz: Die wichtigsten Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen in Kürze*» vom Februar 2011 (als pdf-Datei online abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/04566/index.html?lang=de>, Webseite besucht am 19. März 2014).

¹⁴ Art. 321c Abs. 2 OR; Art. 13 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 2 ArGV1.

¹⁵ Art. 321c Abs. 3 OR.

¹⁶ Art. 13 Abs. 2 OR; THOMAS GEISER, Arbeitsgesetz, Kommentar, Bern 2005 (nachfolgend GEISER: Arbeitsgesetz), ad Art. 13, RZ 15; zum Ganzen siehe SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 13 ArG.

¹⁷ Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 13 Abs. 1 ArG.

¹⁸ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz.

¹⁹ SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 33 ArGV1.

²⁰ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c, N 12.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c, N 12, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

5. Zulässigkeit von Mehrarbeitszeit²²

Obschon von vielen Unternehmen, ja vielleicht von ganzen Branchen faktisch so gehandhabt, bilden Überstunden und Überzeit keine gewissermassen «erweiterte» Soll-Arbeitszeit mit Pufferfunktion.

1. Vielmehr kommt Mehrarbeit Ausnahmecharakter zu. Sie muss vorübergehender Natur sein. Diese Voraussetzung könnte in Frage gestellt sein, wenn sich ein Unternehmen personell besser organisieren könnte, etwa durch adäquatere Arbeitszeitmodelle, durch dauerhafte Personalaufstockung oder durch Beizug von temporären Kräften.
2. Zudem muss die Mehrarbeit notwendig sein, beispielsweise wegen hohen Arbeitsanfalls oder Dringlichkeit der Arbeit.
3. Weiter darf die Mehrarbeit Arbeitnehmer physisch oder psychisch nicht überfordern. Denn gemäss Art. 6 ArG sind Arbeitgeber verpflichtet, die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen.
4. Die Mehrarbeit muss den Arbeitnehmern zumutbar sein. Dies ist einzelfallweise zu beurteilen. Bei Teilzeitarbeitern und Arbeitnehmern mit Familienpflichten²³ beispielsweise sind insbesondere deren weitere Verpflichtungen zu berücksichtigen.
5. Schliesslich darf Mehrarbeitszeit weder nachts (23:00 Uhr bis 06:00 Uhr)²⁴ noch sonntags erfolgen²⁵. Nächtliche und sonntägliche Überzeitarbeit ist aber gestattet in Notfällen, beispielsweise wenn «*unverhältnismässiger Schaden droht*» (Art. 26 Abs. 1 lit. a ArGV1). Dies dürfte nach Ansicht des Schreibenden analog auch für Überstunden nach OR gelten.

6. Pflicht zur Dokumentation der Arbeitszeit

a. Grundlagen

Dem Arbeitsgesetz unterstellte Unternehmen sind verantwortlich für die Einhaltung der entsprechenden Arbeits-

und Ruhezeitvorschriften²⁶. Sie sind zudem verpflichtet, die Arbeitszeiten ihrer Unternehmen zu dokumentieren (Art. 46 ArG). Die Daten sind fünf Jahre aufzubewahren²⁷. Art. 73 Abs. 1 ArGV1 legt im Einzelnen fest, *welche* Daten zu erheben sind. Dabei ist insbesondere die tägliche «*Lage*» der Arbeitszeit zu erfassen, also Anfangs- und Endzeit sowie Anfangs- und Endzeit der Pausen über einer halben Stunde²⁸.

b. Methoden der Arbeitszeiterfassung

Das Arbeitsgesetz schreibt nicht vor, in welcher Form die Arbeitszeitdaten bei Kontrollen vorgelegt werden müssen. Es ist insbesondere keine Formularpflicht vorgesehen. In vielen Unternehmen kommt spezifische Zeiterfassungssoftware zum Einsatz. Zu den so gewonnenen Daten schreibt das SECO: «*Auch bei elektronischer Datenverarbeitung müssen [...] die Informationen schriftlich oder in zu vereinbarenden Form den Behörden zur Verfügung gestellt werden.*»²⁹

Im Dezember 2013 bestätigte das SECO, die «*bewährte[n] und unbürokratischen[n] Möglichkeiten, die Arbeitszeiten zu erfassen, [...] [blieben] nach wie vor zulässig*», wie etwa «*Definition eines allgemeinen Arbeitsmodells und nur Erfassen der individuellen Abweichungen davon*»³⁰.

Die Freiheit bei der Wahl der *Methode* der Arbeitszeiterfassung darf über eines nicht hinwegtäuschen: Weil die tägliche Lage der Arbeitszeit und der Pausen über einer halben Stunde erfasst werden muss, muss jede dem Gesetz³¹ genügende Zeiterfassungsdokumentation letztlich dem klassischen Stempeln recht nahe kommen – was auch von um Rechtskonformität bemühten Unternehmen oft unterschätzt wird.

c. Revisionsbemühungen

«*Der Bundesrat anerkennt, dass die geltenden Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung angepasst werden müs-*

²² Wenngleich die Voraussetzungen der Überzeit in Art. 12 ArG und Art. 25 und 26 ArGV1 deutlich spezifischer formuliert werden als jene der Überstunden (Art. 321c OR), sind sie im Wesenskern doch dieselben. Vgl. Bundesamt für Wirtschaft SECO: «Wann besteht eine Pflicht zur Leistung von Überstunden?» (<http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04667/04673/index.html?lang=de>, Webseite besucht am 19. März 2014); oder, GEISER, Arbeitsgesetz (FN 16), ad Art. 12, RZ 15.

²³ Vgl. Art. 36 Abs. 2 ArG.

²⁴ Art. 10, 16 ArG.

²⁵ Art. 25 Abs. 1 ArGV1.

²⁶ Art. 46 ArG; Art. 73 Abs. 1 ArGV1; Arbeitszeiterfassungspflichten, die auf anderen Rechtsgrundlagen basieren, bilden nicht Gegenstand vorliegendes Aufsatzes; vgl. dazu ROLAND MÜLLER/THOMAS OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, (nachfolgend MÜLLER/OECHSLE, Arbeitszeiterfassung), in: AJP/PJA 2007, 848 ff.

²⁷ Art. 73 Abs. 2 ArGV1.

²⁸ Art. 73 Abs. 1 lit. c und e ArGV1.

²⁹ SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 46 ArG.

³⁰ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO: Weisung an die Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes vom Dezember 2013 (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33319.pdf>, Webseite besucht am 19. März 2014; nachfolgend: SECO-Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht), 3.

³¹ Art. 46 ArG; Art. 73 Abs. 1 lit. c und e ArGV1.

sen. In der modernen Arbeitswelt besteht die Arbeit für einen Teil der Arbeitnehmenden im eigenverantwortlichen Konzipieren, Planen und Agieren, dies teilweise ausserhalb von Bürogebäuden und festen Bürozeiten. Bestimmte Kategorien von Arbeitnehmenden von der Pflicht zur systematischen Arbeitszeiterfassung zu befreien, scheint durchaus eine denkbare Lösung. [...] Seit mehreren Jahren finden Gespräche statt, um durch die Revision von Artikel 73 der Verordnung I zum Arbeitsgesetz (ArGV I) – dessen aktueller Wortlaut nicht mehr ganz den Gegebenheiten der heutigen Arbeitswelt entspricht – eine Lösung zu erreichen»³².

Am 5. Juli 2013 teilte das Departement für Bildung, Wirtschaft und Forschung (WBF) mit, es werde wegen mangelnden Konsenses unter den Sozialpartnern darauf verzichtet, dem Bundesrat die Ende 2012 in Vernehmlassung gegebene Revision des Arbeitszeiterfassungsrechts vorzulegen. Der Entwurf für einen neuen Art. 73a ArGV I hätte eine einfache und klare Lösung vorgesehen: «Arbeitnehmende mit einem jährlichen Bruttoerwerbseinkommen von mehr als 175'000 Franken sowie im Handelsregister eingetragene zeichnungsberechtigte Angestellte hätten auf die Arbeitszeiterfassung verzichten können.»³³

d. Änderung der Kontrollpraxis per 1. Januar 2014

Nachdem die Revision des Arbeitszeiterfassungsrechts gescheitert war, der Druck der Wirtschaft aber blieb, führte das SECO per 1. Januar 2014 die vereinfachte Dokumentationspflicht für gewisse Arbeitnehmerkategorien ein (dazu hinten mehr)³⁴.

III. Traditionelle Strategien des Managements von Arbeitszeit

1. Aktive Arbeitszeitkontrolle

Unternehmen, die die Arbeitszeit arbeitsgesetzkonform erfassen, gewinnen die Kontrolle und können die geleisteten Arbeitszeitpensen aktiv steuern.

2. Schriftlicher Ausschluss von Überstundenansprüchen nach Art. 321c OR

Rechtsansprüche für Überstunden nach OR (Entschädigung oder Zeitkompensation) können im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR). Dies im Gegensatz zu den Überzeitanansprüchen nach Arbeitsgesetz, die zwingender Natur sind.

a. Ausschluss von Entschädigung für die ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr

Für «Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels» muss für die ersten 60 Stunden Überzeit pro Jahr kein Überzeitzuschlag von 25% bezahlt werden (Art. 13 Abs. 1 ArG). Die Entschädigung dieser 60 Überzeitstunden ist zudem dispositiver Natur und kann vertraglich ausgeschlossen werden³⁵.

b. Der Begriff der Überstunden als Oberbegriff für Überstunden nach OR und für Überzeit nach ArG

Als Oberbegriff für Überstunden nach OR und für Überzeit nach ArG kann der allgemeine Begriff der «Überstunden» gleichermaßen verwendet werden wie der Begriff der «Mehrarbeitszeit». Diese Betrachtungsweise deckt sich – wenig bekannt – mit der bundesgerichtlichen Terminologie³⁶.

Wer also wörtlich die Entschädigung für «Überstunden» ausschliesst, schliesst für die Arbeitnehmerkategorie gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG nach Ansicht des Schreibenden auch die Entschädigung für die ersten 60 Stunden Überzeit pro Jahr aus³⁷.

³² Stellungnahme des Bundesrates vom 12. Februar 2014 zur Motion Paul Niederberger vom 9. Dezember 2013 (http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20134104, Webseite besucht am 19. März 2014).

³³ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO: Pressemitteilung vom 11. September 2012: «Bestimmte Arbeitnehmende sollen auf die Arbeitszeiterfassung verzichten können» (<http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=45902>, Webseite besucht am 19. März 2014).

³⁴ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 3.

³⁵ Vgl. SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 12 Abs. 1 ArG.

³⁶ In BGE 126 III 60, Erw. 4.c (französisch) spricht das Bundesgericht in Unterscheidung von Überstunden nach Art. 321c OR und von Überzeit nach den Art. 12 und 13 ArG ausdrücklich von «*réglementations concernant les heures supplémentaires telles que les définit le droit privé et celles que vise le droit public*», in deutscher Übersetzung also von «Überstundenregelungen nach Privatrecht und nach öffentlichem Recht» (Pra 90 2001 Nr. 47, Erw. 4.c).

³⁷ Vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Februar 2004 (AG020017), in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2004, Nr. 4; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 9; GEISER, Arbeitsgesetz (FN 16), ad Art. 13 ArG, RZ 9.

3. Vertraglich vereinbarte Bewilligungspflicht für Überstunden

«Für die Abgeltung von Überstunden ist unerheblich, ob sie vom Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet oder auf eigene Initiative des Arbeitnehmers geleistet wurden», so das Bundesgericht³⁸. Und weiter:

«Zwar ist das Interesse des Arbeitgebers unverkennbar; über die Notwendigkeit von Mehrarbeit im Verhältnis zum vereinbarten zeitlichen Mass unterrichtet zu werden, um allenfalls die erforderlichen Dispositionen in der Arbeitsorganisation treffen zu können [...]. Wenn daher der Arbeitgeber keinerlei Kenntnis über notwendige Mehrarbeit hat und nach den Umständen auch nicht haben muss, spricht einiges dafür; die vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohnes sinngemäss als Verzicht auf Entschädigung für allfällig geleistete Überstunden zu verstehen. Ein entsprechendes Interesse des Arbeitgebers an sofortiger Information ist jedoch nicht erkennbar; wenn er aufgrund der Umstände hinreichende Anhaltspunkte dafür hat, dass die vereinbarte Arbeitszeit zur Erledigung der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben grundsätzlich nicht ausreicht.»³⁹

Von «Überstundenbewirtschaftung» wird gesprochen, wenn bewusst und gezielt hohe Überstundenentschädigungen erarbeitet werden. Deswegen sehen manche Unternehmen vor, Überstunden dürften nur mit dem ausdrücklichen Einverständnis des Vorgesetzten geleistet werden, ansonsten keine Entschädigung geschuldet sei. Solche «Genehmigungspflichten mit Verwirkungsfolge» scheinen auf den ersten Blick im Bereich der Überstunden nach OR zulässig, da die Überstundenentschädigung ohnehin wegbedungen werden kann⁴⁰; dazu lassen sich aber auch Gegenargumente formulieren⁴¹.

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, wenn es sich um Überzeit nach ArG⁴² handelt. Hier dürfte nach Ansicht des Schreibenden für notwendige Überzeitarbeit die Entschädigung einzig dann in Frage stehen, wenn dem Unternehmen mangels Kenntnis und Einwilligung ein Schaden entstanden ist und dem Lohnanspruch ein Schadenersatzanspruch gegenverrechnet werden kann (Art. 323b Abs. 2 OR)⁴³.

4. Arbeitszeitmodelle mit Zeitautonomie und Verfall von Gleitzeitüberhang

a. Eigenverantwortlicher Abbau von Überstunden und Überzeit

Oft wird Arbeitnehmern der eigenverantwortliche Abbau von Überstunden oder Überzeit vertraglich überbunden⁴⁴. Die Klausel findet sich in der Regel bei flexiblen Arbeitszeitmodellen.

b. Angeordneter Abbau von Überstunden und Überzeit

Überzeit darf, je nach Arbeitnehmerkategorie, 170 Stunden⁴⁵ beziehungsweise 150 Stunden⁴⁶ pro Jahr nicht überschreiten. Wenn Überzeit kompensiert wird, dann innert 14 Wochen bis längstens 12 Monaten⁴⁷. Die «Abbaufristen» des Arbeitsgesetzes dürften für Überstunden nach OR analog gelten⁴⁸.

Oft wird deshalb Mitarbeitern der eigenverantwortliche Abbau von Überstunden und Überzeit nur teilweise überbunden. Beim sogenannten «Ampelmodell» teilen Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit im Rahmen des grünen Bereichs zeitsouverän ein. Bei Überschreiten definierter Volumen (gelber Bereich) vereinbaren die Vorgesetzten mit den Mitarbeitern Massnahmen zum Abbau der Mehrarbeitszeit. Im roten Bereich erteilen die Vorgesetzten autoritativ einseitige Weisungen zum Abbau.

c. Der Verfall von Gleitzeitüberhang

Viele Gleitzeitmodelle sehen den Verfall des Gleitzeitüberhangs vor, wenn er nicht innert gewisser Fristen kompensiert wird. Ohne Absicht wird bei diesen Regelungen gerne zweierlei übersehen:

- Erstens setzen diese Modelle absolute Zeitsouveränität der Arbeitnehmer voraus. Absolute Zeitsouveränität mag man hier und dort antreffen, wenn die Arbeit ohne äusseren und insbesondere ohne Fristendruck in Ruhe abgearbeitet werden kann. Dies ist in der Privatwirtschaft selten der Fall, denn der Kunde ist König. Das Bundesgericht stellt zum Verfall von Gleitzeit-

³⁸ BGE 129 III 171, Erw. 2.2.

³⁹ BGE 129 III 171, Erw. 2.2.

⁴⁰ Art. 321c Abs. 3 OR.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 10, Untertitel «Zeitpunkt der Geltendmachung».

⁴² Beziehungsweise um Überzeit ab der 61. Stunde, je nach Arbeitnehmerkategorie (Art. 13 Abs. 1 ArG).

⁴³ Vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 10, Untertitel «Zeitpunkt der Geltendmachung».

⁴⁴ Zeitkompensation: Art. 321c Abs. 2 OR, Art. 13 Abs. 2 ArG.

⁴⁵ Kategorie 45 Stunden Wochenhöchstleistungszeit, Art. 12 Abs. 2 ArG.

⁴⁶ Kategorie 50 Stunden Wochenhöchstleistungszeit, Art. 12 Abs. 2 ArG.

⁴⁷ Art. 25 Abs. 2 ArG; vgl. auch die Sonderregel von Art. 26 Abs. 2 ArGV1.

⁴⁸ STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 11.

überhang klar: «Der Sinn der Gleitzeit liegt gerade darin begründet, dass der Arbeitnehmer in deren Rahmen zeitautonom bestimmen kann, die Soll-Arbeitszeit zu über- oder zu unterschreiten. [...] Wenn betriebliche Bedürfnisse oder anderslautende Weisungen des Arbeitgebers den zeitlichen Ausgleich solcher Guthaben innerhalb des vereinbarten Gleitzeitrahmens [...] nicht zulassen [...], sind die Mehr-Stunden aber nicht mehr als Gleitzeitguthaben, sondern als eigentliche Überstunden zu qualifizieren.»⁴⁹

- Und zweitens gelten die Höchstleistungszeitgrenzen und Überzeitanprüche auch bei diesen Modellen. Überzeitanprüche verfallen also *nicht* mit dem Gleitzeitüberhang⁵⁰.

Was bei flexiblen Arbeitszeitmodellen oft falsch eingeschätzt wird: Wer die Kontrolle behalten will, kommt erst recht nicht um die Erfassung der Arbeitszeit herum.

5. Keine Überstundenansprüche nach Art. 321c OR für leitende Angestellte

Der Schriftformvorbehalt für den Ausschluss von Überstundenansprüchen⁵¹ ist zwingender Natur⁵². Leitenden Angestellten scheint das Bundesgericht dennoch – und auch ohne schriftliche Vereinbarung – *keinen* Anspruch auf Überstundenentschädigung zuzugestehen (unter Vorbehalt gewisser Fallkonstellationen)⁵³.

⁴⁹ BGE 123 III 469, Erw. 3.b.

⁵⁰ Unter Vorbehalt des «60 Stunden-Kontingents» gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG.

⁵¹ Art. 321c Abs. 3 OR.

⁵² Dies, obschon Art. 321c Abs. 3 OR in den Listen der zwingenden Arbeitsrechtsbestimmungen gemäss Art. 361 und 362 OR nicht aufgeführt wird; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 6 und 13.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL Arbeitsvertrag (FN 5), sehen diesen Widerspruch nicht. Sie argumentieren sinngemäss, im massgeblichen BGE 129 III 171, Erw. 2.1 sei der Schriftformvorbehalt des Art. 321c Abs. 3 «elegant» umgangen worden. Denn gemäss Bundesgericht gelte für leitende Angestellte, von denen mehr erwartet werden dürfe, keine betriebliche Arbeitszeit, was Überstunden von vorneherein ausschliesse (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag [FN 5], ad Art. 321c OR, N 6). Diese Argumentation würde nur überzeugen, wenn für leitende Angestellte – andere vertragliche Regelung vorbehalten – die Soll-Arbeitszeit (je nach Branche, Art. 9 ArG) unabhängig von Einzelfallaspekten auf die Minute genau bei 45 oder 50 Stunden pro Woche angesetzt würde, was kaum die Meinung des Bundesgerichts gewesen sein dürfte. Tatsächlich spricht das Bundesgericht in BGE 129 III 171 den Schriftformvorbehalt von OR Art. 321c Abs. 3 nicht an, sondern stellt in der Sache im Ergebnis fest, es sei vertraglich eine Arbeitszeit von 42.5 Stunden die Woche vereinbart worden, weswegen die Überstunden zu entschädigen seien (BGE 129 III 171, Erw. 2.1).

6. «Ernennung» zum höheren leitenden Angestellten im Sinne von Art. 3 lit. d ArG

Höhere leitende Angestellte im Sinne von Art. 3 lit. d ArG fallen nicht unter das Arbeitsgesetz und damit nicht unter dessen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen. Sie haben keinen Anspruch auf Überzeitschädigung.

a. Hohe Anforderungen an die Kategorie der «höheren leitenden Angestellten»

An die Kategorie der «höheren leitenden Angestellten» werden sehr hohe Anforderungen gestellt⁵⁴. Gemäss SECO sollen es «in der Regel nur Top Manager (CEOs, Geschäftsleitungsmitglieder und dergleichen)» sein⁵⁵.

Manche Unternehmen «ernennen» Arbeitnehmer, die die Kriterien zweifelsfrei *nicht* erfüllen, auf Basis schriftlicher Vereinbarungen zu «höheren leitenden Angestellten» und versuchen so, Überzeitsprüche zu vermeiden. Solche Vereinbarungen mögen psychologische Wirkung entfalten, sind vor Gericht aber nicht durchsetzbar.

b. Arbeitszeitbestimmungen sind keine Gesundheitsschutzbestimmungen im engeren Sinn

Dennoch sind die höheren leitenden Angestellten folgenden Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes unterworfen⁵⁶: Art. 6 (allgemeiner Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern) sowie Art. 35 und 35a ArG (Schutz von Arbeitnehmerinnen bei Mutterschaft)⁵⁷.

⁵⁴ Art. 9 ArGV1; eine «höhere leitende Tätigkeit» im Sinne von Art. 3 lit. c ArG und Art. 9 ArGV1 übt gemäss Bundesgericht aus, «wer in einem Betrieb oder Betriebsteil über Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten verfügt und eine entsprechende Verantwortung trägt. [...] Zusammenfassend reicht [...] der Umstand allein nicht aus, dass ein Arbeitnehmer eine Vertrauensstellung im Unternehmen innehat, um zu sagen, diese Person übe eine leitende Tätigkeit aus. Weder Unterschriftsbefugnis oder Weisungsbefugnisse noch die Höhe des Lohnes sind für sich allein entscheidende Kriterien. Wesentliche Angelegenheiten [...] sind solche, die das Unternehmen als Ganzes oder einen bedeutenden Teil davon in seiner Entwicklung oder seiner Struktur nachhaltig beeinflussen. Weil es im Übrigen um Ausnahmebestimmungen geht, sind die obgenannten Vorschriften eng auszulegen. Die Frage muss von Fall zu Fall entschieden werden, unabhängig von der Funktionsbezeichnung oder der durchlaufenen Ausbildung der betreffenden Person, sondern gestützt auf die wirklich ausgeübte Tätigkeit und mit Blick auf die Grösse des Unternehmens [...]» (BGE 126 III 340, Erw. 5.a, französisch = Pra 90 2001 Nr. 47, Erw. 5a, unter Verweis auf BGE 98 Ib 344 Erw. 2 = Pra 62 Nr. 44, Erw. 2).

⁵⁵ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 2 und 4.

⁵⁶ Art. 3a lit. b ArG.

⁵⁷ SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 3a ArG.

Diese Aufzählung ist abschliessend. Zum Verhältnis von Gesundheitsschutz und Arbeitszeit hält das Bundesgericht fest, «*dass die gesetzliche Beschränkung der Arbeitszeit [...] nicht allein auf Überlegungen des Gesundheitsschutzes beruht, sondern allgemeine sozial- und kulturpolitische Aspekte berücksichtigt [...] und insbesondere dem Bedürfnis der Arbeitnehmerschaft nach mehr Freizeit entgegenkommt [...].*»

c. Höhere leitende Angestellte dürfen keine übermässig hohen Arbeitspensen leisten

Erst wenn die Arbeitszeit höherer leitender Angestellter *unabhängig* von den gesetzlichen Höchstarbeitszeiten ein Übermass annimmt, das Art. 6 ArG verletzt, ist eine gesetzliche Grenze überschritten⁵⁸. Das Bundesgericht erklärt, «*eine allein auf den Gesundheitsschutz gemäss Art. 6 ArG gestützte Höchstarbeitszeit [würde] nicht notwendigerweise bei [...] [den gesetzlichen Höchstarbeitszeiten] liegen, sondern allenfalls – je nach Art der Tätigkeit, beruflichem Umfeld und Konstitution des Betroffenen – deutlich darüber liegen.*»⁵⁹ Ausdrücklich erwähnt das Bundesgericht «*Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche*», die dann aber «*mit Sicherheit*» gegen Art. 6 ArG verstossen würden⁶⁰.

WOLFGANG PORTMANN erläutert die Möglichkeit von Stresshaftungsklagen wegen Arbeitsüberlastung. In Italien sei im Jahr 2000 eine solche Klage bei einem Arbeitspensum von 60 Stunden die Woche erfolgreich geführt worden⁶¹.

7. Festlegung der Soll-Arbeitszeiten auf Höhe der Höchstarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes

Es steht Unternehmen frei, wöchentliche Soll-Arbeitszeiten zu vereinbaren, die sich mit den Höchstarbeitszeiten des Arbeitsgesetzes (45 oder 50 Wochenstunden, Art. 9 ArG) decken. Dann sind Überstunden nach OR⁶² von vorneherein ausgeschlossen. Ausdrücklich wegzubedingen wären in diesen Fällen (nur) noch jene 60 Überzeitstunden pro Jahr, die Art. 13 Abs. 1 ArG erwähnt.

⁵⁸ Vgl. GEISER, Arbeitsgesetz (FN 16), ad Art. 3a, RZ 2 sowie ad Art. 6 ArG, RZ 9.

⁵⁹ BGE 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 5.2.2.

⁶⁰ BGE 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 5.3.

⁶¹ WOLFGANG PORTMANN, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern, in: ARV-Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, 2008, 1 ff.

⁶² Art. 321c OR.

8. Delegation der Arbeitszeiterfassung an Arbeitnehmer

Viele Unternehmen delegieren die Arbeitszeiterfassung vollumfänglich an die Arbeitnehmer. Das ist zulässig. Die Verantwortung verbleibt aber bei den Arbeitgebern⁶³. Nicht wenige Unternehmen dürften unterschwellig erwarten, die an die Arbeitnehmer delegierte Arbeitszeiterfassung würde – aus Furcht vor Konsequenzen – entweder nicht erfolgen oder es würde jedenfalls zu wenig aufgeschrieben.

Verbreitet scheint auch die Praxis, Arbeitnehmer «*dürften*» ihre Arbeitszeit erfassen, wenn sie wollten, aber sie «*müssten*» nicht, da man darauf vertraue, sie würden die volle geschuldete Arbeitszeit erbringen.

9. Unterlassen der Arbeitszeiterfassung («Vertrauensarbeitszeit»)

a. Keine Beweislastumkehr bei unterlassener Arbeitszeiterfassung

Im Prozess um Überstunden- und Überzeitanprüche haben Arbeitnehmer den Beweis zu erbringen, es seien Überstunden geleistet worden und sie seien angeordnet oder notwendig gewesen⁶⁴. Unterlassene Arbeitszeiterfassung bewirkt *keine* Beweislastumkehr. Die «*blasse Beweisnot*» der Arbeitnehmer rechtfertigt dies nicht, so das Bundesgericht⁶⁵. Zu mehr Disziplin bei der Arbeitszeiterfassung scheint diese Rechtslage nicht zu motivieren.

b. Faktenlage

Naturgemäss liegen keine verlässlichen Zahlen vor, wie viele Unternehmen die Arbeitszeiterfassung ganz oder teilweise unterlassen, oft unter dem Titel der «*Vertrauensarbeitszeit*».

Eine SECO-Studie vom Januar 2012 stellte auf Basis einer repräsentativen Befragung von 732 Arbeitnehmern fest: «*17% der Schweizer Arbeitnehmenden arbeiten flexibel, ohne dass ihre Arbeitszeit erfasst und dokumentiert wird; unter den hochqualifizierten und leitenden Angestellten beträgt dieser Anteil sogar 26%, bei weisungsgebundenen Arbeitnehmenden mit niedrigen und mittleren Qualifikationen sind es 11%.*»⁶⁶.

⁶³ MÜLLER/OECHSLE, Arbeitszeiterfassung (FN 26), 852 f.

⁶⁴ BGE 129 III 171, Erw. 2.4.

⁶⁵ BGE 4C.307/2006 vom 26. März 2007; STREIFF/VON KAENEL Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 231c OR, N 10.

⁶⁶ COSIMA DORSEHAGEN et al., Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.): Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, Auswertung einer repräsentativen Befragung der Schweizer Erwerbsbevölkerung, Bern 2012, 4.

Das von 2009 bis 2011 durchgeführte SECO-Pilotprojekt «*Vertrauensarbeitszeit bei Banken*» umfasste eine Spannweite von 45'000 Bankangestellten⁶⁷. Es wurden 56 Bankfilialen in 21 Kantonen kontrolliert. Das Ergebnis: «*In 70% der kontrollierten Banken wurde die Arbeitszeit in irgendeiner Form erfasst. Bei 41% konnte die wöchentliche Höchstarbeitszeit, bei 34% die Lage der täglichen Arbeitszeit und bei 46% die Überzeit festgestellt werden. In einem Drittel (36%) der kontrollierten Banken wurde Überzeit geleistet und dann auch häufig (78%) dokumentiert. Die Einhaltung der täglichen Pausen resp. Ruhezeiten konnte in 41% der kontrollierten Banken überprüft werden. Diese Nachweise beruhten teilweise auch auf <gegenseitiger Beobachtung>, <automatischer Buchung von Pausen durch ein System> oder <Schalteröffnungszeiten und fixe Pausenzeiten>. [...] Wurde Sonntagsarbeit geleistet, konnte bei einem Drittel (33%) festgestellt werden, ob die Auflagen erfüllt waren. [...] Das den Mitarbeitenden zur Verfügung gestellte Zeiterfassungssystem für eine freiwillige Zeiterfassung [...] [wurde] kaum benützt.*»⁶⁸

c. Kontrollpraxis der Arbeitsinspektorate und strafrechtliche Sanktionen

Wird im Rahmen von Kontrollen gänzlich unterlassene oder mangelhafte Arbeitszeiterfassung festgestellt, kann die Behörde eine Nachfrist zur Bereinigung der Verhältnisse verfügen⁶⁹. Die Missachtung dieser Nachfrist kann eine Geldbusse zur Folge haben⁷⁰.

Die Missachtung der Nachfrist kann von Strafbehörden aber auch als Beweis gewertet werden, der Arbeitgeber wolle den Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit *vorsätzlich* zuwiderhandeln⁷¹. Dann droht eine Geldstrafe bis 180 Tagessätze⁷². Vor dem 1. Januar 2007 wäre der obere Strafrahmen noch Gefängnis gewesen⁷³.

Bei juristischen Personen werden die direkt verantwortlichen natürlichen Personen bestraft, nicht das Unter-

nehmen⁷⁴. Geldbussen über CHF 5'000 sowie Geldstrafen bewirken einen Eintrag im Strafregister⁷⁵.

2012 besuchten die kantonalen Arbeitsinspektorate 7'928 Betriebe. Die Kantone meldeten 22 Anzeigen sowie 5 Strafurteile wegen Verstössen gegen die Arbeits- und Ruhezeiten⁷⁶. Durchschnittlich erfolgte also nicht einmal eine einzige Anzeige pro Kanton pro Jahr. Beispielfhaft seien folgende Strafurteile aufgeführt: 1988 betrieb sich der Leiter eines EDV-Zentrums auf Notstand, als er seine Mitarbeiter unbewilligte Nacharbeit leisten liess; er wurde freigesprochen⁷⁷. 2007 bestätigte das Bundesgericht eine (noch nach altem Recht) bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 15 Tagen Gefängnis, die wegen Missachtung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes verhängt worden war⁷⁸.

IV. Zwischenstand

1. Das Kernproblem sind nicht die Überstunden nach OR, sondern die Überzeit nach ArG

Die vorstehende Übersicht hat gezeigt: Für rechtskundige Personalverantwortliche erweisen sich bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen und Arbeitszeitreglementen weniger die Überstunden nach Art. 321c OR als Herausforderung, denn diese Ansprüche sind dispositiver Natur. Der Knackpunkt ist das Management von Überzeitanprüchen, die zwingender Natur sind – fallweise unter Vorbehalt der ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG.

2. Unternehmenshierarchien aus arbeitszeitrechtlicher Sicht

Bislang ging die Praxis bei der Diskussion von Arbeitszeitthemen für die Hierarchie in Unternehmen von folgender Dreiteilung aus:

1. *Höhere leitende Angestellte* («*Topmanager*»⁷⁹ im Sinne von Art. 3 lit. d ArG. Sie fallen nicht unter die Ar-

⁶⁷ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Schlussbericht über das Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken vom 21. Dezember 2011 (als pdf-Datei abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=45902>, Webseite besucht am 19. März 2014; nachfolgend SECO-Schlussbericht Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken), 7.

⁶⁸ SECO, Schlussbericht Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken (FN 67), 9.

⁶⁹ Art. 51 Abs. 1 und 2 ArG; Art. 292 StGB.

⁷⁰ Art. 292 StGB.

⁷¹ SECO Wegleitung Arbeitsgesetz (FN 9), ad Art. 59 ArG.

⁷² Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG; Art. 61 Abs. 1 ArG.

⁷³ Art. 61 Abs. 1 ArG in der aktuellen Fassung trat auf den 1. Januar 2007 in Kraft (AS 2006 3459; BBl 1999 1979).

⁷⁴ Art. 59 Abs. 2 ArG; Art. 6 VStrR.

⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung; Art. 366 Abs. 2 lit. a StGB.

⁷⁶ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Arbeitsaufsicht – Berichterstattung 2012 (<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/01737/index.html?lang=de>, Webseite besucht am 19. März 2014), 10 und 11.

⁷⁷ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Juni 1987, ZR 87/1988, 31.

⁷⁸ BGE 6P.10/2007 6S.25/2007 vom 29. März 2007.

⁷⁹ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 4.

beits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes);

2. Leitende Angestellte (denen das Bundesgericht eine Überstundenentschädigung nach Art. 321c Abs. 3 OR nur bei gewissen Fallkonstellationen zugesteht⁸⁰);
3. Übrige Angestellte.

Mit der per 1. Januar 2014 geänderten Kontrollpraxis des SECO ist neu von einer Vierteilung auszugehen:

1. Höhere leitende Angestellte;
2. Angestellte, die der vereinfachten Dokumentationspflicht unterliegen⁸¹;
3. Leitende Angestellte;
4. Übrige Angestellte.

3. Politischer Wille zur gleichmässig branchenübergreifenden Durchsetzung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften

Manche stehen unter dem Eindruck, der Grad der Missachtung der Arbeitszeiterfassungspflicht sei branchenabhängig. Viele vermuten, korrelierend würden Arbeitszeitkontrollen nicht gleichmässig branchenübergreifend durchgeführt⁸².

Keine Umkehr der Beweislast bei unterlassener Arbeitszeiterfassung, zurückhaltend scheinender Strafverfolgungswille, vereinfachte Dokumentationspflicht, die Vermutung eines generellen Vollzugsnotstands bei der Durchsetzung der gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen⁸³: Diese Umstände lassen den Gedanken zu, der politische Wille, die Arbeitszeiterfassungspflicht (und damit die Arbeits- und Ruhezeiten des Arbeitsgesetzes) durchzusetzen, sei wenig spürbar. Dennoch existieren zahlreiche Ansätze, wie Mehrarbeitszeitanprüche gesetzeskonform gemangt werden können.

V. Neue Strategien des Managements von Arbeitszeit

1. Schriftliche Vereinbarungen mit Arbeitnehmern, die der vereinfachten Dokumentationspflicht unterliegen

a. Voraussetzungen der vereinfachten Dokumentationspflicht und Interpretationsspielraum

Im Wesentlichen erfüllt die Kriterien für eine vereinfachte Dokumentationspflicht, wer sich im Rahmen einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung der vereinfachten Dokumentationspflicht unterstellt und zudem kumulativ⁸⁴ folgende Kriterien erfüllt:

1. Arbeitnehmer mit qualifiziert verantwortungsvoller Aufgabe⁸⁵ («Kaderleute mit Weisungsrecht» oder «vollamtliche Projektleiter» oder «Mandatsträger mit Ergebnisverantwortung»⁸⁶, «die im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses bestimmte Aufträge zu erledigen haben und in der Organisation und Abwicklung keiner Weisungspflicht unterliegen»⁸⁷);
2. Autonomie bei der Aufgabenerfüllung («Hoheit in der zeitlichen und organisatorischen Gestaltung der Tätigkeit», «wesentlicher Entscheidungsspielraum»⁸⁸, basierend auf «Pflichtenheft mit grossem Ermessensspielraum»⁸⁹);
3. Kein regelmässiges Leisten von Nacht- und Sonntagsarbeit.

Was bereits in dieser Formulierung kompliziert klingt, ist dennoch der Versuch einer im Vergleich zu den offiziellen Verlautbarungen des SECO verdichteten Darstellung⁹⁰.

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL Arbeitsvertrag (FN 5), ad Art. 321c OR, N 6.
⁸¹ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 2 und 4.

⁸² Vgl. das Interview mit Arbeitsrechtsprofessor Thomas Geiser im TAGES ANZEIGER, Online-Ausgabe vom 12. September 2013: «Beim Arbeitsgesetz sehe ich einen echten Vollzugsnotstand» (<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Beim-Arbeitsgesetz-sehe-ich-einen-echten-Vollzugsnotstand/story/12125630>, Webseite besucht am 19. März 2014); nachfolgend GEISER, TA-Interview 12. September 2013.

⁸³ GEISER, TA-Interview 12. September 2013 (FN 82).

⁸⁴ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 4.

⁸⁵ Den Begriff der «qualifiziert verantwortungsvollen Aufgabe» verwendet das SECO nicht; er ist eine vereinfachende Eigenschöpfung des Schreibenden, der insbesondere die Begriffe «hochqualifizierte Arbeitnehmer» und «leitende Angestellte» vermeiden soll, welche die Praxis in anderem Zusammenhang verwendet. Der vereinfachten Dokumentationspflicht Unterstellte «qualifizieren» sich durch Erfüllung variabler, durch das SECO festgelegten Qualifikationskriterien gemäss der SECO-Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht.

⁸⁶ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 2.

⁸⁷ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 4.

⁸⁸ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 4.

⁸⁹ Sekretariat für Wirtschaft SECO, Notizen für Betriebe «Voraussetzungen für vereinfachte Arbeitszeitdokumentation» (nachfolgend «SECO-Notizen zur Vereinfachten Dokumentationspflicht»).

⁹⁰ Vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Pressemitteilung des SECO vom 19. Dezember 2013 «Arbeitszeiterfassung: Anpassung der Kontrollpraxis» (nachfolgend «SECO-Pressemitteilung Vereinfachte Dokumentationspflicht»); SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30); SECO Notizen zur Vereinfachten

Zudem fällt auf: «Mandatsträger» ist ein politischer Begriff, kein arbeitsrechtlicher. Ergebnisverantwortung obliegt jeder Kaufhauskassierin, die abends ihre Kasse abschliesst und deren Kasse «stimmen» muss. Umgekehrt unterstehen selbst Chief Executive Officers (CEO) im Kompetenzbereich des Verwaltungsrats dessen Weisungen. Ein Chefarzt ist vielleicht nicht in medizinischer Hinsicht, aber bei vielen anderen seiner Kernaufgaben weisungsunterworfen (Organisation, Personalführung, Budgetverantwortung)⁹¹. Keinerlei Weisungen unterliegt kein Arbeitnehmer, sonst würde der Arbeitnehmerstatus per se in Frage stehen, denn Subordination ist eines der Definitionsmerkmale des Arbeitsvertrags⁹².

Mit anderen Worten: Die Weisung des SECO bietet sowohl restriktiv wie extensiv interpretierbaren Spielraum. Das SECO betont, für einen «Grossteil» der Arbeitnehmer gelte weiterhin die vollumfängliche Arbeitszeiterfassungspflicht⁹³. Auch wenn dies der Erwartungshaltung des SECO entsprechen mag: Die Praxis wird zeigen, wie die neue Möglichkeit genutzt wird. Nicht umsonst behält sich das SECO vor, «die Vorgaben anzupassen, insbesondere falls aufgrund der Rechtsprechung Korrekturen erforderlich werden.»⁹⁴

b. Umfang und Methode der vereinfachten Dokumentationspflicht

Für Arbeitnehmer, welche die Kriterien erfüllen, muss nur noch die tägliche (und damit die wöchentliche) Arbeitszeit erfasst werden⁹⁵, «zusammen mit dem dokumentierten Endjahresgespräch»⁹⁶, aber nicht mehr die tägliche Lage der Arbeitszeit.

c. Würdigung

Zunächst ist nicht klar erkennbar, auf welcher Rechtsgrundlage das SECO seine Weisung über die vereinfach-

te Dokumentationspflicht erlassen hat. Jedenfalls scheint Art. 73 Abs. 1 ArGV1 mehr Daten zu verlangen als das SECO.

Faktisch überrascht die SECO-Weisung ebenso. Denn auch beim erst wenige Jahre zurückliegenden Pilotprojekt «Vertrauensarbeitszeit bei Banken» wurden (versuchsweise) minimale Eckpunkte definiert, die kontrolliert werden sollten⁹⁷. Das Projekt scheiterte: «Gemäss der Übungsanlage konnte überwiegend nicht festgestellt werden, ob die Arbeitszeitbestimmungen eingehalten wurden.»⁹⁸

Klar ist: Das SECO hat sich offensichtlich an den knappen Kriterien des Entwurfs zu einem neuen Art. 73a ArGV1 orientiert (Einkommen über CHF 175'000.00; im Handelsregister eingetragene Zeichnungsberechtigte). Fixe Einkommensgrenzen scheinen politisch aber schwer vermittelbar. Denn vergleichbare Pflichtenhefte führen in verschiedenen Branchen zu unterschiedlichen Löhnen. Das SECO versuchte deshalb, beschreibend einen Mitarbeitertypus zu definieren, ohne ihn an eine fixe Lohngrenze zu binden.

d. Mustervereinbarung

Für die nachfolgend präsentierte Mustervereinbarung kann der Schreibende keine Rechtssicherheit garantieren. Die geänderte Kontrollpraxis trat erst vor Monaten in Kraft. Nach Rücksprache mit dem SECO geht der Schreibende aber davon aus, die Stossrichtung der hier formulierten Mustervereinbarung sei in wesentlichen Teilen zutreffend. Das Muster geht von einem Arbeitnehmer aus, der in die Kategorie «45 Wochenstunden» gemäss Art. 9 ArG fällt:

«Mit Bezug auf die gesetzliche Pflicht zur Dokumentation der Arbeitszeit sind die Parteien der übereinstimmenden Ansicht, der Arbeitnehmer unterliege gemäss seinem Pflichtenheft der vereinfachten Dokumentationspflicht, die das SECO mit Weisung vom Dezember 2013 vorsieht. Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Parteien:

Der Arbeitnehmer erfasst täglich mit Datum die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden (exklusive Pausen) und legt die Rapporte Ende jeden Monats vor.

Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitszeit frei einteilen. Dabei beachtet er eigenverantwortlich das Arbeitsgesetz (ArG) mit Verordnungen (ArGV), und namentlich folgende Regeln:

- Die Höchstarbeitszeit beträgt pro Tag 12.5 Stunden (ohne Pausen) und pro Woche 45 Stunden (Art. 9 ArG). Es dürfen nicht mehr als 6 Arbeitstage in Folge geleistet werden (Art. 21 ArGV1).

Dokumentationspflicht (FN 89); Sekretariat für Wirtschaft SECO, Schreiben des SECO an die Dachverbände der Sozialpartner zu Händen der Betriebe und Gewerkschaften vom 19. Dezember 2013; alle Dokumente als pdf-Dateien abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=51509>; Webseite besucht am 19. März 2014).

⁹¹ Vgl. den in dieser Hinsicht sehr illustrativen BGE 122 V 281, Erw. 5.5.

⁹² Art. 319 Abs. 1 OR; vgl. BGE 4A_61/2012 vom 5. Mai 2012, Erw. 2.1.

⁹³ SECO-Pressemitteilung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30).

⁹⁴ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 3.

⁹⁵ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 2: Erforderlich sei die Erfassung der «täglich (und damit auch [...] wöchentlich) geleistete[n] Arbeitszeit [...]»

⁹⁶ SECO Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 3.

⁹⁷ SECO-Schlussbericht, Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken (FN 67), 7.

⁹⁸ SECO-Schlussbericht, Pilotprojekt Vertrauensarbeitszeit bei Banken (FN 67), 11.

- *Nacharbeit (23.00 Uhr bis 06.00 Uhr) und Sonntagsarbeit ist verboten, auch zu Hause (Art. 16, 18 ArG).*
- *Es werden täglich nach Massgabe von Art. 15 ArG arbeitsfreie Pausenzeiten eingehalten.*

Wird ausnahmsweise von diesen Bestimmungen abweichende Überzeitarbeit notwendig, sind die entsprechenden Rechtsnormen und namentlich die Art. 10 Abs. 3 und 12 ArG sowie Art. 25 und 26 ArGV1 zu beachten. Bei Unklarheit über die Rechtslage ist die vorgesetzte Stelle zu konsultieren. Ob Überzeit kompensiert oder entschädigt wird, unterliegt separater Vereinbarung.

Am Ende des Geschäftsjahres wird mit dem Arbeitnehmer ein Jahresendgespräch geführt, das insbesondere die Arbeitsbelastung des Arbeitnehmers thematisiert. Entsprechend gilt vorliegende Vereinbarung jeweils für ein Jahr; kann aber jährlich einvernehmlich erneuert werden.⁹⁹

Der Arbeitnehmer bestätigt durch seine Unterschrift, folgende Unterlagen erhalten zu haben:

1. *Pflichtenheft;*
2. *SECO-Weisung vom Dezember 2013 betreffend vereinfachte Dokumentationspflicht;*
3. *Arbeitsgesetz mit den Verordnungen 1 bis 5, amtliche Ausgabe.*

Diese Vereinbarung steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt von Änderungen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen oder der Kontrollpraxis des SECO oder des kantonalen Arbeitsinspektorats.»

2. Die Produktivitätsklausel

a. Welche Arbeitsqualität schulden Arbeitnehmer?

Ein Arbeitnehmer muss «gegen Leistung einer Vergütung seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, diese Arbeitskraft sinnvoll einzusetzen. Ob es durch den Arbeitseinsatz zu einem bestimmten Arbeitserfolg kommt, ist unerheblich. Zwar wird der Arbeitsvertrag im Hinblick auf ein Arbeitsergebnis abgeschlossen. Geschuldet ist aber nur der Einsatz der Arbeitskraft und nicht, wie beim Werkvertrag, ein bestimmter Arbeitserfolg. Arbeitsleistung im Sinne des Arbeitsvertragsrechts ist demnach ein Wirken und nicht ein Werk.»¹⁰⁰ Schlechte Arbeitsleistung vermag eine ordentliche oder – bei völligem beruflichen Versagen – allenfalls eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen¹⁰¹. Nur bei leistungsbezogenem

variablem Lohn bewirkt schlechte Arbeitsleistung weniger Lohn. Ansonsten rechtfertigt schlechte Arbeitsleistung keine Lohnkürzung, «jedenfalls nicht, so lange den Arbeitnehmer daran kein Verschulden trifft.»¹⁰² Auch gemäss GABRIELA RIEMER-KAFKA kann Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags «niemals» eine Lohnkürzung, sondern lediglich einen Schadenersatzanspruch rechtfertigen¹⁰³. Entgeltminderung bei mangelhafter Arbeitsleistung kennt das Obligationenrecht also nicht. Dies im Gegensatz zum Auftrag, bei dem ebenfalls kein Erfolg geschuldet ist¹⁰⁴.

b. Vom Preis der Arbeit

Schlechte Arbeitsleistung hat viele Gesichter: Die Spannweite reicht von schlichtem Unvermögen bis zu bewusstem passivem Widerstand. Dazwischen liegen Nuancen, wie etwa die Bewerbung auf eine Stelle, der man nicht gewachsen ist. Oder das Peter-Prinzip, wonach in einer Hierarchie jeder dazu neigt, sich bis zur Stufe der eigenen Unfähigkeit befördern zu lassen¹⁰⁵. Zum Ausgleich werden dann die Leistungsträger des Unternehmens mehrbelastet (oder überlastet), was im Durchschnitt die geforderten Arbeitsergebnisse sicherstellt und Kündigungsärger vermeidet. Dieses Phänomen scheint dem Schreibenden im Rahmen der Diskussion um den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz¹⁰⁶ jedenfalls erwähnenswert.

und vorsätzlich schlecht verrichtet oder wenn er trotz Abmahnung wiederholt grobfahrlässig und damit schuldhaft sein Fehlverhalten wiederholt. Auch wenn die Arbeitsleistungen sich im Verlauf des Arbeitsverhältnisses zunehmend verschlechtern, rechtfertigt sich eine fristlose Entlassung nicht, soweit den Arbeitnehmer daran kein Verschulden trifft (Urteil des BGer vom 23.12.1998, in JAR 1999 S. 273). Ungenügender Arbeitseinsatz (z.B. durch Schwatzen, Umherspazieren, ausgedehnte private Telefongespräche) ist nur Anlass zu fristloser Kündigung, wenn dies trotz mehrerer Verwarnungen wiederholt vorkommt. Das Nachlassen des Arbeitseifers und des Arbeitserfolges bietet keinen Grund zur fristlosen Entlassung. Nur bei grobem Verschulden (Absicht oder grober Fahrlässigkeit) des Arbeitnehmers, welches das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erheblich beeinträchtigt, ist die fristlose Entlassung zulässig, z.B. bei mangelnder Fähigkeit, verbunden mit fehlender Initiative und gänzlich ungenügendem Interesse an der Arbeit [...]» (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Januar 2012 im Verfahren LA 110002, Erw. 1.d.ee).

⁹⁹ SECO-Weisung Vereinfachte Dokumentationspflicht (FN 30), 4.

¹⁰⁰ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, ad Art. 319 OR, RZ 5.

¹⁰¹ «Eine schlechte Arbeitsleistung ist grundsätzlich kein Grund für eine fristlose Entlassung. Anders kann es sich nur verhalten, wenn dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit in schwerwiegender Weise

¹⁰² BGE 4C.133/2000 vom 8. September 2000, Erw. 2.c.

¹⁰³ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Arbeitsrecht – Kommentierte Tafeln, Bern 2013, 45.

¹⁰⁴ HUBERT STÖCKLI, Sorgfaltsmangel und Vergütung, publiziert in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, 931 ff.

¹⁰⁵ LAURENCE J. PETER/RAYMOND HULL, Das Peter-Prinzip oder die Hierarchie der Unfähigen, Reinbek bei Hamburg 1972.

¹⁰⁶ Vgl. SABINE STEIGER-SACKMAN, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz – Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Situation, Dissertation, Zürich 2013.

Einen möglichen Lösungsansatz könnte fallweise die Produktivitätsklausel bieten, die Vorteile sowohl für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer bringen kann – und nebenbei auch Entschädigungen für Mehrarbeitszeit austarieren würde.

c. Prinzip der Produktivitätsklausel

Mit der Produktivitätsklausel werden die klassischen variablen Lohnmodelle lediglich um den Faktor Arbeitszeit ergänzt. Das Arbeitsergebnis wird ins Verhältnis zur dafür aufgewendeten Arbeitszeit gesetzt. Wenn also zwei den gleichen Arbeitserfolg erzielen, verdienen sie gleich oder annähernd gleich viel, auch wenn der eine mehr Arbeitszeit aufwendete als der andere.

d. Umgehung des Arbeitsgesetzes?

Der Schreibende kann die Rechtssicherheit von Produktivitätsklauseln nicht garantieren. Ein Beispiel: Vor Gericht könnte im Bereich der Überzeit arbeitnehmerseitig das Argument aufgebracht werden, es würden die arbeitsgesetzlichen Zuschlagsbestimmungen für Überzeit (Art. 13 ArG) umgangen. Richtig ist aber: Mit Produktivitätsklauseln werden jene Faktoren, an die variabler Lohn üblicherweise gebunden wird (Betriebsergebnis, Abteilungsergebnis, individuelle Leistung, Anzahl Geschäftsabschlüsse, verrechenbare Stunden und dergleichen) lediglich um (irgend-) einen weiteren Faktor ergänzt. Der Überzeitzuschlag bleibt weiterhin geschuldet, einzig der Referenzlohn als Berechnungsgrundlage ändert sich. Dies ist aber bei jeder Art variablen Lohns der Fall.

e. Muster einer Produktivitätsklausel

Für die nachfolgend präsentierte Musterproduktivitätsklausel lässt sich keine Rechtssicherheit garantieren – auch mangels Literatur oder Gerichtspraxis, die diesen Ansatz thematisieren¹⁰⁷. Das Beispiel geht von einem Berater aus, dessen verrechenbare Arbeitszeit Kunden in Rechnung gestellt wird und der auf Basis eines teilvariablen Lohnmodells arbeitet:

«Der Arbeitnehmer wird auf Basis der verrechenbaren Quote variabel entlohnt. Als verrechenbare Quote definieren die Parteien das Verhältnis der durchschnittlichen täglichen (den Kunden) verrechenbaren Arbeitszeit zur gesamten durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers. Die Parteien halten eine verrechenbare Quote von 80% für angemessen.

Als kalkulatorischen Basiswert, der mit der verrechenbaren Quote multipliziert wird, vereinbaren die Parteien CHF 10'000.00 brutto pro Monat.

Der variable Monatslohn des Arbeitnehmers wird nach folgender Formel berechnet: Die verrechenbare Quote wird zunächst mit 125% und das Ergebnis mit dem kalkulatorischen Basiswert multipliziert.

Ein Berechnungsbeispiel: Angenommen, im Durchschnitt würden 6.0 verrechenbare Stunden pro Arbeitstag erzielt. Je nach dafür aufgewendeter Arbeitszeit fällt dafür folgender Monatslohn an:

- a. 6.0 Stunden tägliche Arbeitszeit; verrechenbare Quote 100.00%; Monatslohn CHF 12'500.00 brutto (100% x 125% des kalkulatorischen Basiswerts);
- b. 7.5 Stunden tägliche Arbeitszeit; verrechenbare Quote 80.00%; Monatslohn CHF 10'000.00 brutto (80% x 125% des kalkulatorischen Basiswerts)¹⁰⁸;
- c. 9.0 Stunden tägliche Arbeitszeit; verrechenbare Quote 66.66%; Monatslohn CHF 8'333.35 brutto (66.66% x 125% des kalkulatorischen Basiswerts).

Der Arbeitgeber verpflichtet sich zur Bezahlung eines Mindestlohns von CHF 6'000.00 brutto pro Monat unabhängig von der verrechenbaren Quote. Der Mindestlohn versteht sich als untere Mindestlohngrenze und nicht als (zum variablen Lohn zu addierender) zusätzlicher Fixlohn.»

VI. Ausnahmen und Rechtsverhältnisse, die auf Rechtsgrundlagen ausserhalb des Obligationenrechts und des Arbeitsgesetzes basieren

Vorliegender Aufsatz behandelt Rechtsverhältnisse, wie sie nach dem Arbeitsgesetz und dem Obligationenrecht gelten. Andere Rechtsgrundlagen, wie etwa Gesamtarbeitsverträge oder öffentliches Personalrecht, berücksichtigt er nicht. Namentlich Gesamtarbeitsverträge können zu einer völlig anderen Betrachtungsweise der hier behandelten Themen führen. Manche Gesamtarbeitsverträge sehen beispielsweise die zwingende Entschädigung von Überstunden oder Lohnnachzahlungen vor bei Kontrollen durch die paritätischen Vollzugsorgane, oft verbunden mit Konventionalstrafen sowie Übernahme der Verfahrenskosten.

Dieser Aufsatz geht zudem von den *grundsätzlichen* Regelungen des Arbeitsgesetzes aus. Diese Grundsätze werden durch zahlreiche restriktive und extensive Ausnahmen durchbrochen, beispielsweise für die Höchstarbeitszeitgrenzen und für die Zulässigkeit von Überzeitarbeit.

¹⁰⁷ RENÉ HIRSIGER äussert sich zwar ausführlich zum Zusammenhang zwischen Arbeitszeitvorschriften und variablem Lohn, aber nicht zur Frage, ob die Arbeitszeit zum Arbeitserfolg ins Verhältnis gesetzt werden darf (RENÉ HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Dissertation, St. Gallen 2011, 102 ff.).

¹⁰⁸ Der Leser erkennt: 80% x 125% ergeben 100% des anvisierten Monatslohns von CHF 10'000.00 brutto für a) eine verrechenbare Quote von 80% sowie (kumulativ) b) für die Einhaltung der Soll-Arbeitszeit.