

# iusNet

## ARBEITSRECHT UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

[Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht](#) > [Arbeitsrecht](#) > [Kommentierung](#) > [Bund](#) > [Privates Individualarbeitsrecht](#) > Jahresarbeitszeitmodell Für Dienstleistungsbetriebe

Ansicht

Bearbeiten

Kommentierung  
Privates Individualarbeitsrecht

### Jahresarbeitszeitmodell für Dienstleistungsbetriebe

Gedanken zur Änderung der ArGV 2

[Marc Wohlwend](#)

#### I. Einführung in die Thematik

Der Bundesrat hat am 25. Mai 2021 die Vernehmlassung zur Änderung der ArGV 2 eröffnet. Mit der Revision wird ein neuer Art. 34a ArGV 2 eingeführt, um Arbeitnehmenden mit Vorgesetztenfunktion und Spezialistinnen in bestimmten Dienstleistungsbetrieben (Rechts-, Steuer-, Unternehmens-, Management- und Kommunikationsberatung, Wirtschaftsprüfung und Treuhand) die Beschäftigung nach einem Jahresarbeitszeitmodell zu ermöglichen. Voraussetzung dafür ist, dass sie ein Bruttojahreseinkommen von mehr als CHF 120'000 oder einen höheren Bildungsabschluss haben, bei ihrer Arbeit über eine grosse Autonomie verfügen und ihre

#### Zugehörige Gesetzgebung

[Änderung ArGV 2:  
Jahresarbeitszeitmodell für  
Dienstleistungsbetriebe in den  
Bereichen Beratung,  
Wirtschaftsprüfung und Treuhand  
\(Art. 34a\)](#)

Gedanken zur Änderung der ArGV 2

#### Rechtsgebiet(e)

Privates Individualarbeitsrecht

#### Stichworte

[flexible Arbeitszeitmodelle](#) |  
[Arbeitszeit](#) | [Arbeitszeiterfassung](#)

Arbeitszeiten weitgehend selbst festlegen können. Die Frist zur Vernehmlassung läuft bis am 15. September 2021.

## II. Zulässige quantitative Arbeitsbelastung

Die Flexibilisierung wird ermöglicht, indem ein Jahresarbeitszeitmodell schriftlich vereinbart werden darf (Art. 34a Abs. 2 nArGV 2). Die Unterstellung unter ein solches Jahresarbeitszeitmodell führt in erster Linie dazu, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht mehr als primäre massgebliche Referenzgrösse gilt.<sup>1</sup> Als absolute Höchstgrenze werden 63 Arbeitsstunden pro Woche festgelegt. Das macht bei den grundsätzlich erlaubten 5 ½ Arbeitstagen pro Woche<sup>2</sup> circa 11 ½ Arbeitsstunden pro Arbeitstag.

Die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit ist bei der Bemessung der flexiblen Arbeitszeiten massgebend (Art. 18 Abs. 4 ArGV 1). Pausen sind um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen (Art. 18 Abs. 2 ArGV 1). Ein Arbeitstag à 11 ½ Stunden wäre in zwei Teile à 5 ¾ Stunden zu teilen, weshalb zwei zusätzliche 15-minütige Pausen nach Art. 15 ArG zu gewähren sind.<sup>3</sup> Ein Arbeitstag darf also maximal 13 Stunden dauern.<sup>4</sup> Diese 13 Arbeitsstunden können in einem Zeitraum von 15 Stunden zwischen 6 und 23 Uhr geleistet werden (Art. 34a Abs. 3 Bst. d nArGV 2 i.V.m. Art. 10 ArG).

Im Jahr 2002 hat das Bundesgericht in einem obiter dictum noch erwogen, dass sich über das gesundheitlich tragbare quantitative Mass der Arbeitsbelastung nur schwerlich allgemeine Aussagen treffen lassen, gegen 100 Arbeitsstunden pro Woche aber mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen verstossen würden.<sup>5</sup> Von nun an werden jedenfalls 63 Arbeitsstunden die absolute Höchstgrenze im Sinne des Gesundheitsschutzes bilden.<sup>6</sup> Diese Regelung lehnt sich im Übrigen an Art. 7 Abs. 2 Bst. a ArGV 2 an.<sup>7</sup>

Auf das Jahr betrachtet sind 2'115 Arbeitsstunden (47 Arbeitswochen à 45 Arbeitsstunden) zulässig,<sup>8</sup> wobei die Mehrstunden während des Kalender- oder Geschäftsjahres

Schwankungen unterliegen dürfen und die maximale Anzahl von 170 Überzeitarbeitsstunden zwischenzeitlich auch überschritten werden dürfen. Dabei handelt es sich um eine Abweichung von der aktuellen gesetzlichen Regel, wonach jede während des Jahres geleistete Überzeitstunde – unbesehen ihrer Entschädigung oder Kompensation – addiert wird bis zur Erreichung der maximalen Anzahl von 170 zusätzlichen Überzeitarbeitsstunden gemäss Art. 12 Abs. 2 ArG.<sup>9</sup>

Die tägliche Ruhezeit kann mehrmals pro Woche auf neun Stunden herabgesetzt werden, wobei im Durchschnitt von vier Wochen eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden gewährt werden muss.<sup>10</sup> Im Schnitt dürfen also die Arbeitnehmenden im Jahresarbeitszeitmodell am Morgen erst um 10 Uhr wieder im Büro erscheinen, wenn sie dieses am Vorabend erst um 22 Uhr haben verlassen können. Die Dienstleistungsbetriebe müssen die Zeiten notieren, wann die Arbeitnehmenden das Büro betreten und verlassen haben, damit die Arbeitsinspektorate die Einhaltung des ArG und der dazugehörigen Verordnungen überprüfen können.<sup>11</sup>

### III. Überstunden oder Überzeitarbeit?

Es stellt sich nun die Frage, wo die Grenze zwischen Überstunden- und Überzeitarbeit verläuft, weil dafür eigentlich die wöchentliche Höchstarbeitszeit ausschlaggebend ist und die Bestimmungen zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit und Überzeit nicht anwendbar sind (Art. 34a Abs. 3 Bst. a nArGV 2). Im Leitentscheid zur Abgrenzung von Überstunden- und Überzeitarbeit hielt das Bundesgericht fest, dass *[v]om Moment an, in dem die Überstunden das gesetzliche [relative] Maximum überschreiten [...], es sich um Überzeit im Sinne von Art. 12 ArG [handele].*<sup>12</sup> Das gesetzliche (relative) Maximum sind vorliegend die (durchschnittlich) 45 Stunden pro Woche (Art. 34a Abs. 3 Bst. a nArGV 2) und nicht etwa das (absolute) Maximum von 63 Arbeitsstunden pro Woche (das als absolute Grenze im Sinne des Gesundheitsschutzes zu betrachten ist).

Das in französischer Sprache ergangene Urteil erachtete Mehrarbeit als Überzeitarbeit, «[...] *dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal* [...]».<sup>13</sup> Die wöchentliche Höchst Arbeitszeit heisst im französischen Gesetzestext «*la durée maximum de la semaine de travail*», weshalb sich das Wort «Maximum» in die deutsche Übersetzung eingeschlichen hat, obwohl die (relative wöchentliche) Höchst Arbeitszeit als Grenze gilt und nicht etwaige (absolute jährliche) Maximalgrenzen, die ebenfalls in Art. 12 Abs. 2 ArG festgelegt sind.<sup>14</sup> Der erläuternde Bericht zur Vorlage äussert sich nicht zur Grenze von Überstunden- und Überzeitarbeit und hält lediglich fest, dass die Regeln des OR vorbehalten blieben und ein Modell auf Basis der Jahresarbeitszeit grundsätzlich möglich sei.<sup>15</sup> Was heisst das für die Jahresarbeitszeit?

Weil die Arbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis keinen Arbeitserfolg schulden, lässt sich die arbeitsvertragscharakteristische Leistung nur nach Zeit messen.<sup>16</sup> Ein Arbeitsvertrag ohne bestimmbare Arbeitszeit ist nicht möglich<sup>17</sup> und die Vertragsbeziehung würde von anderen OR-Bestimmungen geregelt. Es wird verlangt, dass *Umfang* und *Lage* der Arbeitszeit bestimmbar sind. Jahresarbeitszeit heisst vor allem Zeitautonomie für die Arbeitnehmenden,<sup>18</sup> die nun selbst bestimmen, wann sie ihre Arbeit zwischen 6 und 23 Uhr erbringen. Das genügt dem Grundsatz der Bestimmbarkeit dann, wenn eine Abrechnung auf das zeitliche Intervall eines Monats gewährleistet ist.<sup>19</sup> Behalten sich die Arbeitgebenden das Recht vor, die wöchentliche oder sogar die tägliche Arbeitszeit festzusetzen, liegt ein Vertrag über Arbeit auf Abruf vor.<sup>20</sup>

Gemäss Art. 324 OR tragen die Arbeitgebenden das Betriebsrisiko und damit auch das wirtschaftliche Risiko. Zwar gewähren Art. 322a ff. OR eine *Beteiligung* der Arbeitnehmenden am Betriebsrisiko,<sup>21</sup> doch gilt das nicht für die Arbeitszeit. Die Arbeitgebenden sind stets verpflichtet, den Arbeitnehmenden genügend Arbeit zuzuteilen (vgl. Art. 326 Abs. 4 OR), sie ansonsten in Verzug geraten (Art. 324 OR). Eine Pflicht zur Leistung von «Minusstunden» lässt sich aus

dem OR nicht ableiten und würde gegen Art. 324 OR verstossen, der relativ zwingend ist (Art. 362), weshalb gegenteilige Abmachung nichtig sind. Sie werden also so viel Arbeit zuteilen, dass die Arbeitnehmenden durchschnittlich 45 Arbeitsstunden pro Woche<sup>22</sup> oder durchschnittlich 195 Arbeitsstunden pro Monat (bei 4.33 Wochen pro Monat) ausgelastet sind. Das führt dazu, dass den Arbeitnehmenden möglichst viel Arbeit für diese durchschnittlich 45 Wochenarbeitsstunden zugeteilt wird, was zu einem Anstieg der Arbeitsintensität führt und eine Belastung der Gesundheit mit sich bringen kann.

Auch die Vereinbarung eines Jahreslohnes mit monatlichen Akontozahlungen kommt nicht umhin, die monatliche Mindestarbeitszeit festzulegen. Und auch wenn die monatliche Arbeitszeit als Richtwert definiert ist, die den Umfang an Arbeitszeit bestimmbar machen, haben die Arbeitnehmenden mit Jahresarbeitszeit kein Interesse daran, unter diesem Richtwert zu bleiben, weil sie dann Lohnneinbussen am Ende des Intervalls befürchten müssen.<sup>23</sup> Weil die Arbeitnehmenden mit Jahresarbeitszeit autonom über die Arbeitszeit verfügen, werden sie darauf achten, nicht zu wenig zu arbeiten. Die Arbeitnehmenden verletzen den Vertrag nicht, wenn sie Arbeitszeit leisten, wenn es nichts zu tun gibt.<sup>24</sup> Zu beachten ist zudem, dass sich bspw. bei einem Pensum-Band das relevante Bruttojahreseinkommen und die maximal zulässige Jahresarbeitszeit anteilmässig reduzieren (Art. 34a Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 Bst. a nArGV 2).

Mit der Vereinbarung der Jahresarbeitszeit wird somit das Intervall des Geschäfts- oder Kalenderjahres festgelegt, in dem der vereinbarte Umfang an Jahresarbeitszeit erbracht werden muss, wobei die Arbeitnehmenden ihre Arbeitszeit autonom zwischen 6 und 23 Uhr erbringen dürfen. Den Arbeitgebenden verbleibt das Recht, den Arbeitnehmenden Arbeit zuzuteilen. Die pro Monat abgerechnete Überstunden- und Überzeitarbeit, die von der geleisteten Wochenarbeitszeit bestimmt wird, muss in den Folgemonaten kompensiert werden, sodass das Arbeitsstundenkonto am Ende des Intervalls ausgeglichen ist. Die Arbeitnehmenden

verpflichten sich mit der Jahresarbeitszeit zum Ausgleich der Überbeschäftigung innert eines Geschäfts- oder Kalenderjahres (Art. 321c Abs. 2 OR). Das korreliert mit der Norm zur Überstundenarbeit, die die Parteien ausschliesslich über die Kompensation von Überstundenarbeit, also von *Mehrarbeit*, frei verfügen lässt. Minusstunden hingegen verstossen gegen Art. 324 OR, weil sie eine unzulässige Übertragung des betrieblichen Risikos auf die Arbeitnehmenden darstellen. Die Jahresarbeitszeit ist folglich weder vom monatlichen (zuzuteilende Arbeit) noch vom wöchentlichen Intervall (Überstunden-/Überzeitarbeit) gänzlich losgelöst.

Gerade in den Dienstleistungsbetrieben, die von der Revision erfasst werden (Rechts-, Steuer-, Unternehmens-, Management- und Kommunikationsberatung, Wirtschaftsprüfung und Treuhand), bildet die Arbeitszeit (zumindest mittelbar) häufig Anknüpfungspunkt für Sondervergütungen. Dass sich die Arbeitnehmenden mit Jahresarbeitszeit verpflichten, Überbeschäftigung während des Intervalls auszugleichen, dürfte deshalb Auswirkungen auf die Sondervergütungssysteme haben, weil die Arbeitnehmenden mit Vorgesetztenfunktion und Spezialistinnen kaum auf Sondervergütungen verzichten möchten. Jedenfalls könnte damit die Tendenz in dieser Branche zu sehr langen Arbeitszeiten mit der Vereinbarung von Jahresarbeitszeit über das Intervall betrachtet verpflichtend durchbrochen werden. Das ist insbesondere auch aus Sicht des Gesundheitsschutzes zu begrüssen. Trotzdem gelten irreguläre Arbeitszeiten als mental belastend, weshalb die Vorlage besondere Massnahmen des Gesundheitsschutzes vorsieht (Art. 34a Abs. 4 nArGV 2).

#### IV. Massnahmen des Gesundheitsschutzes

Den psychosozialen Risiken, wie Stress, Überarbeitung, Schwierigkeiten bei der Vereinbarkeit von Privatleben und Beruf etc., soll besondere Beachtung geschenkt werden, weshalb die Arbeitgebenden verpflichtet werden, zu diesem Zweck systematisch die gesundheitlichen Gefährdungen im

Bereich psychosoziale Risiken zu ermitteln.<sup>25</sup> Das kann die Arbeitsorganisation, die Arbeitsinhalte, die Arbeitsintensität oder die Arbeitsbedingungen betreffen. Die Arbeitgeberin wird verpflichtet, sich die notwendigen Kenntnisse dafür anzueignen.<sup>26</sup> Sind diese besonderen Kenntnisse nicht innerhalb des Betriebes vorhanden, müssen externe Fachpersonen beigezogen werden.<sup>27</sup>

Damit sind Spezialistinnen gemeint, die spezifische Fachkenntnisse mit Blick auf Arbeit ausweisen. Man darf sich hier an Art. 11d VUV orientieren. Für psychosoziale Risiken eignen sich allen voran Arbeitsärztinnen. Nur mit dem Beizung von Spezialistinnen kann auch ein allfälliges Haftungsrisiko kontrolliert werden. Die Arbeitgeberin ist bekanntlich verpflichtet, eine arbeitsmedizinische Abklärung durchzuführen, sobald Hinweise vorliegen, dass die Gesundheit einer Arbeitnehmerin durch die von ihr ausgeübte Tätigkeit beeinträchtigt wird (Art. 3 Abs. 3 ArGV 3). Eine Unterlassung kann eine Haftung begründen, wenn sie kausal für einen Schaden ist.<sup>28</sup> Die Jahresarbeitszeit will also mit Weitsicht vereinbart werden.

## V. Vollzug der neuen Regelung

Im Anwendungsbereich des ArG ist jede Arbeitgeberin gemäss Art. 73 ArGV 1 verpflichtet, dem kantonalen Arbeitsinspektorat eine Dokumentation über die Arbeits- und Ruhezeiten ihrer Belegschaft zur Verfügung zu halten. Diese muss klar und verständlich aufgebaut und so gegliedert sein, dass der Informationsinhalt für Arbeitgeberin und für Arbeitnehmerin wie auch für die zuständige Behörde erfassbar und überprüfbar ist.<sup>29</sup> Der erläuternde Bericht zur Vorlage hält unmissverständlich fest, dass die tatsächliche Arbeitszeit zu erfassen ist.<sup>30</sup>

In Dienstleistungsbetrieben wird häufig zwischen (gegenüber der Klientschaft) verrechenbaren Stunden und Arbeitsstunden unterschieden. Als Arbeitsstunden gelten jene Stunden, die Arbeitnehmende effektiv aufwenden, um ihre arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1)

und nicht jene, die der Klientschaft in Rechnung gestellt werden. Viele Dienstleistungsbetriebe sehnen sich nach dieser Flexibilisierung, um ihre gelebte Praxis legalisieren zu können. Der damit verbundene Aufwand (Überstunden-, Überzeit- und Arbeitszeiterfassung sowie Erfassung der Ankunft und des Verlassens des Büros) und die damit einhergehenden Kompensationen (Freizeit oder Entschädigung) dürften aber wohl noch zu reden geben.

Die Umsetzung der neuen Bestimmung erfolge künftig im Rahmen des ordentlichen Vollzugs und es seien keine Subventionen und kein zusätzliches Personal vorgesehen, so der erläuternde Bericht.<sup>31</sup> Die geplanten Änderungen würden daher auch keine finanziellen oder personellen Auswirkungen für Bund und Kantone haben.<sup>32</sup> Diese Behördenlogik ist widersprüchlich, wenn im erläuternden Bericht zur Vorlage gleichzeitig steht, dass mit dem Wegfall der wöchentlichen Höchstarbeitszeit als einfach zu kontrollierender Grenze detaillierte Arbeitszeitkontrollen erforderlich sind, die für die Arbeitsinspektorate als aufwändiger erachtet werden.<sup>33</sup> In der Konsequenz werden die unterdotierten Arbeitsinspektorate<sup>34</sup> weniger andere Betriebe kontrollieren können, wenn sie Kontrollen in Dienstleistungsbetrieben nach Art. 34a nArGV 2 durchführen. Den Kontrollen durch die kantonalen Arbeitsinspektorate wird aber gemäss Art. 34a Abs. 4 nArGV 2 besondere Beachtung geschenkt, weshalb der Gesundheitsschutz für die Arbeitnehmenden mit Jahresarbeitszeit besonders wichtig ist und dem weit verbreiteten «business-friendly»-Ansatz<sup>35</sup> Grenzen setzen wird.

---

1 Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 3, Internet: <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/...> (Abruf: 08.06.2021).

2 Vgl. Art. 21 ArGV.

- 3 Art. 15 Abs. 1 Bst. a ArG i.V.m. Art. 18 Abs. 2 ArGV 1.
- 4 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 7.
- 5 BGer Urteil 2P.251/2001 und 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, E. 5.3.
- 6 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 6.
- 7 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 6.
- 8 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 6.
- 9 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 7.
- 10 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 8.
- 11 Siehe unten unter Ziff. V.
- 12 Vgl. die deutsche Übersetzung in Pra 90 (2001) Nr. 47 = BGE 126 III 337, E. 6c.
- 13 BGE 126 III 337, E. 6c.
- 14 Vgl. Egli Hans-Peter, Verhältnis zwischen den Bestimmungen über Überstunden (Art. 321c OR) und über Überzeit (Art. 13 ArG), Bemerkungen zu BGE 126 III 337, in: AJP 1/2001, 120–125, 122 und 123 ff.
- 15 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 6.
- 16 Geiser Thomas, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, in: AJP 11/1997, 1327–1339, 1328.
- 17 Geiser (Fn. 16), 1328.
- 18 Riemer-Kafka Gabriela, Einseitige Arbeitszeitänderungen durch den Arbeitgeber, in: AJP 3/2017, 312–326, 313.
- 19 BJM 2009 95–98, 97 f.
- 20 Siehe Geiser (Fn. 16), 1332.
- 21 Geiser (Fn. 16), 1336.
- 22 Art. 34a Abs. 3 Bst. a nArGV 2.

- 23 Es ist zu beachten, dass Rückforderungsansprüche der Arbeitgebenden verwirken können, wenn sie vorbehaltlos ausbezahlt werden (vgl. Pietruszak Thomas, Besprechung BGer Urteil [4A\_291/2008] vom 2. Dezember 2008, in: ARV 2/2009, 124–128, 128) und die Arbeitgebenden aufgrund der detaillierten Pflichten zur Arbeitszeiterfassung um stets die Minusstunden wissen (vgl. Senti Christoph, Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber, in: AJP 1/2014, 40–59, 51).
- 24 Darin ist aber allenfalls eine Schlechtleistung zu sehen (Geiser Thomas, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in: AJP 9/1998, 1019–1032, 1026).
- 25 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 26 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 27 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 28 BVGer Urteil A-6750/2018, E. 6.5.
- 29 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 8.
- 30 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 8.
- 31 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 32 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 33 Erläuternder Bericht (oben Fn. 1), 9.
- 34 Siehe Schaub Lukas/Cirigliano Luca, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate: Analyse und Forderungen unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Konvention Nr. 81, in: ARV 3/2020, 183–200, 195 ff.
- 35 Weissbrodt Rafaël, Wirkung des Vollzugsschwerpunktes der Arbeitsinspektion zu psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz, Schlussbericht vom 21. Juni 2018, 64, Internet: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52837.pdf> (Abruf: 08.06.2021).