

**Nachkontrolle zur Inspektion
«Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik
und Zielerreichung»**

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates

vom 25. November 2011

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4123
1 Einleitung	4124
2 Beurteilung des Umsetzungsstandes der Empfehlungen der GPK-N	4124
2.1 Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010	4124
2.2 Strategie des Bundesrates zur Umsetzung des Bundespersonalgesetzes/Festlegung von Sollwerten und Indikatoren (<i>Empfehlung 1</i>)	4125
2.3 Einbettung der Personalstrategie in eine Gesamtstrategie des Bundesrates (<i>Empfehlung 2</i>)	4126
2.4 Einbezug der Sozialpartner (<i>Empfehlung 3</i>)	4127
2.5 Jährliche Information der Bundesversammlung über die vom Bundesrat ergriffenen Massnahmen (<i>Empfehlung 4</i>)	4127
2.6 Prozess- und Leistungsanalyse/Stärkung der zentralen Steuerung der Bundespersonalpolitik (<i>Empfehlung 5</i>)	4127
2.7 Stellung der Human-Resources-Konferenz (<i>Empfehlung 6</i>)	4128
3 Vertrauensarbeitszeitmodell des Bundes	4129
3.1 Einführung des Vertrauensarbeitszeitmodells des Bundes	4129
3.2 Regelung der Vertrauensarbeitszeit beim Bund	4129
3.3 Vorbildliche Personalpolitik des Bundes: Anspruch und Realität im Bereich Vertrauensarbeitszeit	4129
3.3.1 Rechtsgutachten von Professor Thomas Geiser	4129
3.3.2 Praxis in den Departementen und in der Bundeskanzlei	4132
3.4 Beurteilung der GPK-N	4135
3.5 Empfehlungen und Massnahmen	4136
4 Interessen der Kader des Bundes	4138
5 Schlussfolgerungen und weiteres Vorgehen	4138

Anhänge 1–3:

Gutachten zur Vertrauensarbeitszeit in der Bundesverwaltung zu Händen der GPK-N der Bundesversammlung	4140
Nachkontrolle zur Inspektion «Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung»	4160
Stellungnahme zu den Einwänden des EFD zum Berichtsentwurf VAZ	4161

Abkürzungsverzeichnis

ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
BBl	Bundesblatt
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EPA	Eidgenössisches Personalamt
GPK	Geschäftsprüfungskommissionen
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates
HRK	Human-Resources-Konferenz
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PVK	Parlamentarischen Verwaltungskontrolle
VAZ	Vertrauensarbeitszeit
VBPV	Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.31)
VBPV	Verordnung des EDA vom 20. September 2002 zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.343.3)

Bericht

1 Einleitung

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) schloss am 23. Oktober 2009 ihre Inspektion «Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung» ab¹. Sie richtete darin sechs Empfehlungen an den Bundesrat. Dieser nahm am 21. April 2010 zum Bericht und den Empfehlungen der GPK-N und zur dazugehörigen Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) Stellung².

Die GPK-N hat im Jahr 2010 die erwähnte Stellungnahme des Bundesrates behandelt und aufgrund der laufenden Arbeiten und Entwicklungen im Bereich der Bundespersonalpolitik beschlossen, anfangs 2011 die Nachkontrolle zu dieser Inspektion einzuleiten. Im Rahmen der Nachkontrolle nahm die GPK-N zwei weitere Aspekte der Bundespersonalpolitik auf: Das Vertrauensarbeitszeitmodell des Bundes sowie die Vertretung der Interessen des Kaders in der Bundespersonalpolitik. Zu ersterem Thema liess sie ein Rechtsgutachten durch Professor Thomas Geiser von der Universität St. Gallen erstellen³. Das zweite Thema wurde durch verschiedene Anhörungen der GPK-N vertieft.

Der vorliegende Bericht der GPK-N beurteilt sowohl die Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010, den aktuellen Umsetzungsstand der Empfehlungen der GPK-N sowie die zwei hinzugekommenen Schwerpunkte und schliesst damit die Nachkontrolle der GPK-N ab. Der Bericht wurde dem EFD und den Personalverantwortlichen der Departemente und der Bundeskanzlei zur Konsultation unterbreitet.⁴

2 Beurteilung des Umsetzungsstandes der Empfehlungen der GPK-N

2.1 Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010

Die GPK-N hat sich im Sommer 2010 mit der Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 zu der im Titel genannten Inspektion befasst. Sie hielt fest, dass der Bundesrat die Feststellungen der GPK-N teilte und bereit war, alle Empfehlungen umzusetzen. Weitere Abklärungen haben auch gezeigt, dass der Bundesrat bzw. die zuständigen Verwaltungseinheiten erste Massnahmen ergriffen haben.

¹ Bericht der GPK-N «Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung» vom 23.10.2009 sowie der dazugehörige Synthesbericht der PVK vom 17. Juni 2009 zur Evaluation der Steuerung der Bundespersonalpolitik (BBI 2010 2875).

² «Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung» – Bericht der GPK-N vom 23. Oktober 2009, Stellungnahme des Bundesrates vom 21. April 2010 (BBI 2010 2931).

³ Vgl. Anhang.

⁴ Die Konsultation in dieser Phase zielt darauf ab, allfällige materielle und formelle Fehler im Berichtsentwurf sowie berechnete Geheimhaltungsinteressen zu identifizieren. Die Stellungnahme des EFD vom 9.11.2011 findet sich im Anhang 2. Die diesbezüglichen Ausführungen von Prof. Thomas Geiser im Anhang 3.

Die GPK-N begrüsst insbesondere, dass der Bundesrat bereit war, gemäss der Forderung der Kommission bis zur Verabschiedung einer bundesrätlichen Personalstrategie auf Revisionen der einschlägigen Rechtsvorschriften zu verzichten.

Allgemein stellte die GPK-N fest, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme die Absicht erklärte, die Empfehlungen in Zukunft umzusetzen oder sie zum Teil schon als umgesetzt erachtete. Da die Verabschiedung der Personalstrategie durch den Bundesrat auf Ende 2010 angesetzt war, wurde der Beginn der üblichen Nachkontrolle durch die GPK-N auf Anfang 2011 angesetzt und der Bundesrat aufgefordert, bis Ende Januar 2011 die Kommission über den Umsetzungsstand der Empfehlungen zu informieren.

2.2 Strategie des Bundesrates zur Umsetzung des Bundespersonalgesetzes/Festlegung von Sollwerten und Indikatoren (Empfehlung 1)

Der Bundesrat hat am 10. Dezember 2010 die Personalstrategie Bundesverwaltung 2011–2015 verabschiedet. Darin werden auch die Sollwerte und Indikatoren bezeichnet, um die Zielerreichung zu messen. Die quantitative Festlegung dieser Zielwerte erfolgte durch den Bundesrat am 22. Juni 2011.

Naturgemäss beinhaltet eine Strategie grundsätzliche Aussagen, die in der Umsetzung noch konkretisiert werden müssen. Das entsprechende Umsetzungskonzept wurde durch den Bundesrat am 6. Juli 2011 beschlossen und beinhaltet auch zeitliche Vorgaben für die Umsetzung.

Als Erstes ist seitens der GPK-N festzustellen, dass der Bundesrat mit der Verabschiedung einer Personalstrategie, eines entsprechenden Umsetzungskonzepts und von Sollwerten und Indikatoren einen wichtigen Schritt unternommen hat, um seiner Verantwortung in diesem Bereich gerecht zu werden. Im Spannungsfeld zwischen einer zentralen und einer dezentralen Personalpolitik stellen diese Massnahmen einen wichtigen Grundstein für eine zentral geführte Personalpolitik dar.

Auch wenn die GPK-N anerkennt, dass für gewisse Bereiche dezentrale spezifische Lösungen sinnvoll sein können, ist die Bundespersonalpolitik zumindest in ihren grundlegenden Aspekten zentral zu führen. Gewisse problematische Regelungen, wie die Dezentralisierung der Weiterbildung in der Bundesverwaltung, welche im Jahr 2010 rückgängig gemacht wurde, wurden unterdessen korrigiert.

Die GPK-N erachtet die Personalstrategie des Bundesrates als geeignet, um als Leitlinie für die Umsetzung des Bundespersonalgesetzes⁵ zu dienen. Der konkrete Nutzen einer solchen Strategie kann jedoch nur in Kombination mit dem Erlass von Zielwerten und der Qualität des Umsetzungskonzepts beurteilt werden. Bezüglich der Zielwerte, welche der Bundesrat im Juni 2011 verabschiedete, ist die GPK-N der Ansicht, dass diese vor dem Hintergrund von Artikel 4 Bundespersonalgesetz umfassend sind und auch Wirkung auf die Umsetzungsakteure entfalten werden.

Die Beurteilung des Umsetzungskonzepts durch die GPK-N fällt nicht im gleichen Ausmass positiv aus. Viele Massnahmen, welche einen grossen Teil des Umsetzungskonzepts ausmachen, sind gleich wie die Personalstrategie sehr allgemein

⁵ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (Bundespersonalgesetz, BPG; SR 172.220.1).

formuliert bzw. beinhalten nur einen allgemeinen Auftrag zur Erstellung eines Konzepts oder ähnlichem. Die GPK-N wertet dies teilweise als Zeichen, dass in verschiedenen Bereichen kein Konsens zwischen den Departementen und dem Eidgenössischen Personalamt (EPA) über konkretere Umsetzungsmassnahmen gefunden werden konnte. Aus Sicht der GPK-N ist es nun wichtig, dass das Umsetzungskonzept und damit auch die Strategie des Bundesrates möglichst bald weiter konkretisiert wird und der Bundesrat dabei seine Führungsrolle wahrnimmt.

Die GPK-N anerkennt aber bei aller Kritik auch, dass angesichts der zur Verfügung stehenden Ressourcen das EPA und die Personalbereiche der Departemente und der Bundeskanzlei schon eine beachtliche Arbeit geleistet haben. Bei der Erarbeitung der Strategie haben die involvierten Stellen die aktuellen und zukünftigen Rahmenbedingungen identifiziert und als Grundlage für die Erarbeitung der Strategie beigezogen.

Aus Sicht der GPK-N ist ihre Empfehlung 1 damit bisher nur teilweise umgesetzt, denn erst, wenn die allgemein formulierten Teile des Umsetzungskonzepts konkretisiert sind, und das Konzept und die Strategie auch in der Praxis Wirkung zeitigen können, wird dem Grundanliegen der Empfehlung 1 gebührend Rechnung getragen worden sein. Die Geschäftsprüfungskommissionen werden der Weiterentwicklung der konkreten Massnahmen im Rahmen ihrer jährlichen Aussprachen zum Personalreporting besondere Aufmerksamkeit widmen.

2.3 Einbettung der Personalstrategie in eine Gesamtstrategie des Bundesrates (Empfehlung 2)

In ihrer Empfehlung 2 lud die GPK-N den Bundesrat ein, die Strategie zur Bundespersonalpolitik in die Gesamtstrategie des Bundesrates zur Aufgabenerfüllung einzubetten. Der Bundesrat kündigte in der Folge an, dass die in der Personalstrategie gesetzten Schwerpunkte und Ziele Eingang in die übergeordnete Legislatur-, Finanz- und Jahresplanung finden werden.

Die GPK-N begrüsst diese Ankündigung des Bundesrates, welche im Jahresziel 3 des Bundesrates für das Jahr 2011 schon teilweise umgesetzt wurde. Allerdings bezweckt die Empfehlung 2 der GPK-N auch eine bessere Verknüpfung der Bundespersonalpolitik mit den übergeordneten Strategien des Bundesrates zur Aufgabenerfüllung. Damit ist gemeint, dass die Priorisierung und Steuerung der Aufgabenerfüllung durch den Bundesrat und die Departemente vermehrt mit der Priorisierung des Ressourceneinsatzes und der Optimierung der personalpolitischen Rahmenbedingungen verknüpft werden sollen.

In diesem Bereich bestehen Schnittstellen zum Ziel des Bundesrates, die Personalbedarfs- und Personalkostenplanung zu stärken (Ziffer 3.2 der Personalstrategie Bundesverwaltung 2011–2015). Aus Sicht der GPK-N wird damit eine Grundlage geschaffen, um die erwähnte Verknüpfung zwischen Aufgabenerfüllung und Personalressourcen auf der strategischen Ebene zu ermöglichen.

Auch in diesem Bereich wird die GPK-N die Umsetzung im Rahmen ihrer regulären Oberaufsichtstätigkeit verfolgen.

2.4 Einbezug der Sozialpartner (*Empfehlung 3*)

Die GPK-N forderte den Bundesrat in ihrer Empfehlung 3 auf, die Sozialpartner gemäss Artikel 33 Bundespersonalgesetz gebührend in die Erarbeitung der Personalstrategie einzubeziehen.

Im Rahmen der Anhörungen der Direktorin des EPA konnte sich die Kommission davon überzeugen, dass ihrer Empfehlung nachgelebt wurde. Im Rahmen der Nachkontrolle erhielt die Kommission auch Hinweise, dass der Sozialpartnerschaft durch die neue Vorsteherin des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) eine grössere Bedeutung beigemessen wird. Dies ist zu begrüssen.

Gestützt auf die Feststellung, dass noch wesentliche Konkretisierungsarbeiten im Rahmen der Umsetzung der Personalstrategie des Bundesrates anstehen, lädt die GPK-N den Bundesrat ein, die Sozialpartner auch weiterhin gebührend einzubeziehen. Sie wird sich im Rahmen ihrer jährlichen Behandlung des jeweiligen Personalreportings des Bundesrates auch über die Zusammenarbeit der Arbeitgeberin Bund mit den Sozialpartnern informieren lassen.

2.5 Jährliche Information der Bundesversammlung über die vom Bundesrat ergriffenen Massnahmen (*Empfehlung 4*)

Vor dem Abschluss der Inspektion der GPK-N nahm der Bundesrat in der Regel das jährliche Reporting zur Bundespersonalpolitik zu seinen Händen bzw. zuhänden der Bundesversammlung einfach zur Kenntnis, und es war für die parlamentarische Oberaufsicht nicht ersichtlich, ob und wie der Bundesrat aufgrund dieses Reportings Massnahmen ergreift.

Seit dem 27. Januar 2010 ist nun zwischen dem Bundesrat und den Aufsichtskommissionen der Eidgenössischen Räte vereinbart, dass der Bundesrat jeweils im jährlichen Reporting eine personalpolitische Gesamtbeurteilung vornimmt. Dieser Vereinbarung wird seither nachgelebt. Grundsätzlich behandeln die GPK das jährliche Personalreporting seit 2010 in Anwesenheit der Vorsteherin oder des Vorstehers des EFD. Die Empfehlung 4 der GPK-N ist somit umgesetzt.

2.6 Prozess- und Leistungsanalyse/Stärkung der zentralen Steuerung der Bundespersonalpolitik (*Empfehlung 5*)

Aus der Evaluation der PVK vom 17. Juni 2009⁶, welche der GPK-N als Basis für ihre Beurteilung diente, wurde ersichtlich, dass insbesondere Unklarheiten bezüglich der Kompetenzaufteilung zwischen den verschiedenen Hierarchiestufen sowie Kohärenzmängel bei der Umsetzung existierten. Dadurch ergab sich zwischen den Departementen bei der innerdepartementalen Verteilung der Aufgaben und Verantwortungen ein höchst unterschiedliches Bild. Identische Aufgaben waren je nach Departement auf unterschiedlichen Hierarchiestufen angesiedelt, ohne dass diese Ansiedlungen bisher auf einer Prozess- oder Leistungsanalyse beruhten.

⁶ Vgl. Fussnote 1.

Dies veranlasste die GPK-N in ihrer Empfehlung 5 den Bundesrat einzuladen, bei der Erarbeitung seiner Strategie zur Umsetzung des Bundespersonalgesetzes eine Prozess- und Leistungsanalyse erstellen zu lassen, um die Prozesse im Bereich der Bundespersonalpolitik stufengerecht anzusiedeln. In derselben Empfehlung forderte die Kommission den Bundesrat auf, die Rolle und die Stellung des EPA im Hinblick auf eine zentral gesteuerte Personalpolitik zu stärken.

Der Bundesrat nahm am 21. April 2011 wie folgt Stellung: Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten im Personalbereich seien im Rahmen der Bundesverwaltungsreform 05/07 überprüft und neu zugewiesen worden. Diese würden nun angewendet, was eine im Herbst 2009 abgeschlossene Evaluation des EFD bestätigt habe. Es sei eine permanente Aufgabe der Departemente, zusammen mit dem EPA, Aufgaben und Prozesse im Bundespersonalwesen zu überprüfen und nötigenfalls zu optimieren. Dies werde auch im Rahmen der Erarbeitung und Umsetzung der Personalstrategie der Fall sein.

Diese Ausführungen vermögen die GPK-N aus mehreren Gründen nicht zu befriedigen. So erfolgte die Umsetzung der Bundesverwaltungsreform in diesem Bereich ab November 2006 bis Ende 2008, und sie wurde dementsprechend bei der Evaluation der PVK berücksichtigt. Die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme erwähnte Evaluation des EFD stellte u.a. fest, dass die Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten des EPA gemäss Bundesverwaltungsreform 05/07 geklärt und akzeptiert seien. Im Weiteren hielt die Evaluation fest, dass die Organisation des EPA entlang der Human-Resources-Prozesse sinnvoll und adäquat sei und den wachzunehmenden Aufgaben entspreche.

Die von der GPK-N bemängelte innerdepartementale Verteilung der Aufgaben und Verantwortungen im personalpolitischen Bereich war jedoch nicht Gegenstand dieser Evaluation. Auch die Stärkung des EPA im Hinblick auf eine zentral gesteuerte Personalpolitik fiel nicht in den Untersuchungsbereich der Evaluation.

Aufgrund dieser Analyse kommt die GPK-N nicht umhin, ihre Empfehlung 5 als weitgehend nicht umgesetzt zu beurteilen.

2.7 Stellung der Human-Resources-Konferenz *(Empfehlung 6)*

In seiner Stellungnahme teilt der Bundesrat die Feststellung, dass die Human-Resources-Konferenz (HRK) optimal in die Bundespersonalpolitik eingebunden werden muss. Bezüglich der geforderten Überprüfung der Stellung der HRK nahm der Bundesrat jedoch nicht Stellung. Die GPK-N geht deshalb davon aus, dass der Bundesrat die HRK in der Praxis stärken will und so die Empfehlung 6 der GPK-N umsetzt. Bei der Erarbeitung der Personalstrategie des Bundesrates und des Umsetzungskonzepts wurde die HRK richtigerweise involviert.

3 Vertrauensarbeitszeitmodell des Bundes

3.1 Einführung des Vertrauensarbeitszeitmodells des Bundes

Das Modell der Vertrauensarbeitszeit (VAZ) wurde im Jahr 2001 zuerst als Pilotprojekt in gewissen Verwaltungseinheiten getestet und danach für die restliche Bundesverwaltung geöffnet. Eine breitere Anwendung erfuhr das VAZ-Modell jedoch erst, als der damalige Vorsteher des EFD das Modell als Lösung für die mit den teilweise grossen Zeitguthaben von Kaderleuten des Bundes (nicht bezogene Ferien/Überzeit) verbundenen finanziellen Risiken des Arbeitsgebers Bund erachtete. In der Folge führte der Bundesrat innert kurzer Zeit die obligatorische Anwendung dieses Modells für das höhere Kader/Topkader (ab Lohnklasse 30) auf dem Verordnungsweg ein.⁷ Angehörige des sogenannten mittleren Kaders (Lohnklassen 24–29) können auf freiwilliger Basis VAZ mit ihren Vorgesetzten vereinbaren.

3.2 Regelung der Vertrauensarbeitszeit beim Bund

Eine explizite Regelung erfährt die VAZ im Artikel 64a Bundespersonalverordnung. Darin wird festgehalten, dass Angestellte mit VAZ von der Erfassung der Arbeitszeit befreit sind und sie keine Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit kompensieren können. Die Verordnungsbestimmung sieht dafür im Gegenzug eine jährliche pauschale Entschädigung in Form einer Barvergütung von 5 Prozent des Jahreslohnes vor. Ausnahmsweise können sich die betroffenen Angestellten im Einvernehmen mit den Vorgesetzten anstelle der Barvergütung zehn Ausgleichstage oder 100 Stunden auf ein «Sabbatical-Konto» gutschreiben lassen. Zum Teil sind weitere allgemeine Rechtsbestimmungen auf die VAZ beim Bund anwendbar. Darauf wird weiter unten näher eingegangen.

Das VAZ-Modell, das in der Bundesverwaltung seit 1. Januar 2009 angewendet wird, wurde gegenüber den betroffenen Angestellten durch den Bundesrat bzw. das EPA nur oberflächlich dargelegt: Die Einführung wurde in einer Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. Dezember 2008 beschrieben. Für die entsprechende Revision der Bundespersonalverordnung wurden seitens des EPA Erläuterungen zuhanden des Bundesrates erstellt. Diese Erläuterung fokussierten vorwiegend auf die Reduktion der Zeitguthaben der Bundesangestellten und auf die damit verbundenen finanziellen Aspekte.

3.3 Vorbildliche Personalpolitik des Bundes: Anspruch und Realität im Bereich Vertrauensarbeitszeit

3.3.1 Rechtsgutachten von Professor Thomas Geiser

Das Bundespersonalgesetz setzt mit seinen modernen Zielbestimmungen im Artikel 4 die Vorgaben für eine fortschrittliche und vorbildliche Personalpolitik des Bundes. So spricht schon die Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998

⁷ Art. 64a Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (Bundespersonalverordnung, BPV; SR 172.220.111.3).

zum Bundespersonalgesetz von einer «gesellschaftspolitischen Vorbildfunktion».⁸ Richtigerweise spiegelt sich dieses Verständnis auch in der Vision des Bundesrates wieder, wo ausgeführt wird dass die Arbeitgeberin Bundesverwaltung vorbildlich handelt und sich hohe ethische Standards setzt.⁹ Aufgrund dessen hat sich gemäss Beurteilung der GPK-N die Bundesverwaltung auch im Bereich des Arbeitnehmendenschutzes vorbildlich zu verhalten.

So orientieren sich zumindest teilweise auch die Kantone als Arbeitgeber an den personalrechtlichen Regelungen der Bundesverwaltung, insbesondere wenn es um die Einführung neuer Instrumente, wie z.B. die VAZ, geht.¹⁰

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der auf den ersten Blick nur sehr beschränkten Regulierung der VAZ im Artikel 64a Bundespersonalverordnung¹¹ sowie den Bestrebungen des Bundesrates, das Personalrecht des Bundes an die privatrechtlichen Bestimmungen anzugleichen, beauftragte die GPK-N den renommierten Arbeitsrechtsexperten, Professor Thomas Geiser von der Universität St. Gallen, mit der Abklärung folgender Rechtsfragen:

1. Bietet die aktuelle rechtliche Ausgestaltung des VAZ-Modells der Bundesverwaltung einen im Vergleich zum Privatrecht, insbesondere zum Arbeitsgesetz gleichwertigen Arbeitnehmendenschutz?
2. Wie ist das VAZ-Modell vor dem Hintergrund von Artikel 17 Bundespersonalgesetz¹² zu beurteilen?

⁸ BBl 1999 1597.

⁹ Personalstrategie Bundesverwaltung 2011–2015 des Bundesrates, S. 9.

¹⁰ Vgl. z.B. Schlussbericht vom 2. November 2010 der Obergerichtskommission des Kantons Bern zuhanden des Grossen Rats über Zeitguthaben und Austrittsvereinbarungen bei Kaderangestellten in der Kantonsverwaltung sowie die dazugehörige Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 8. November 2010, Regierungsrat zum Bericht der Obergerichtskommission in Sachen Zeitguthaben – Abklärungen liefern sachliche Diskussionsgrundlage.

¹¹ Art. 64a¹ VAZ, (Art. 17 BPG)

¹ Angestellte mit VAZ sind von der Erfassung der Arbeitszeit befreit. Sie können keine Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit kompensieren.

² Für Angestellte der Lohnklassen 30–38 ist VAZ obligatorisch.

³ Angestellte der Lohnklassen 24–29 können VAZ mit ihren Vorgesetzten vereinbaren.

⁴ Angestellte in Funktionen nach Artikel 34 Absatz 2 sind von der VAZ ausgeschlossen.

⁵ Anstelle der Kompensation für Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit erhalten Angestellte mit VAZ eine jährliche Entschädigung in Form einer Barvergütung von 5 Prozent des Jahreslohnes. Die Angestellten können sich im Einvernehmen mit den Vorgesetzten anstelle der Barvergütung ausnahmsweise zehn Ausgleichstage oder 100 Stunden auf ein Sabbaticalkonto gutschreiben lassen.

⁶ Die Ausgleichstage sind in dem Kalenderjahr zu beziehen, in welchem der Anspruch entsteht. Ist dies wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaftsurlaub nicht möglich, so sind sie im Folgejahr zu beziehen. Werden die Ausgleichstage aus anderen Gründen nicht bezogen, verfallen sie entschädigungslos.

¹² Art. 17 Arbeitszeit, Ferien und Urlaub

¹ Die Ausführungsbestimmungen regeln die Arbeitszeit sowie die Ferien und den Urlaub; sie regeln ferner Umfang und Ausgleich von Mehrarbeit und Überzeit.

² Der Bundesrat regelt die maximale Normalarbeitszeit, die Mindestferien sowie den Mutterschaftsurlaub.

Das Gutachten vom 7. Juni 2011 trägt einerseits zur Klärung der Rechtslage bei und gelangt zu wichtigen Feststellungen, weshalb es im Anhang zu diesem Bericht zu finden ist. Nachfolgend sind nur die zentralen Feststellungen aus dem Gutachten wiedergegeben, die teilweise auch für andere Arbeitszeitmodelle der Bundesverwaltung gelten:

- Die Rechtslage insbesondere rund um die VAZ beim Bund ist aufgrund der verschiedenen zur Anwendung gelangenden Erlasse und ihren Querverweisen komplex.
- Das Anstellungsverhältnis der Kader beruht in der Regel auf einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag. Dies bedingt, dass jede Änderung – wie z.B. die Einführung der VAZ – der Zustimmung beider Parteien bedarf.
- Die Festlegung der maximalen Arbeitszeit steht aufgrund einer Delegation des Gesetzgebers vollständig dem Bundesrat zu, welcher sie auf Verordnungsstufe (Bundespersonalverordnung) regelt bzw. sie teilweise an das EFD weiter delegiert hat (Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung¹³). Im Gegensatz dazu ist im Privatrecht die wöchentliche Höchst Arbeitszeit auf Gesetzesstufe geregelt (Art. 9 Arbeitsgesetz¹⁴).
- Vorbehältlich abweichender Regelungen in den personalrechtlichen Erlassen des Bundes sind die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes gemäss Artikel 8 Rahmenverordnung Bundespersonalgesetz¹⁵ auf die Arbeitsverhältnisse beim Bund grundsätzlich anwendbar.
- Aufgrund der vorhergehenden Feststellung ergeben sich Ansprüche der Angestellten auf Pausen, die über die Pausenregelung der Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung¹⁶ hinausgehen.
- Auch für die VAZ gilt eine durchschnittliche Höchst Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche. Wird diese Höchst Arbeitszeit überschritten, besteht seitens des Angestellten ein Anspruch auf Ausgleich der Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes.
- In der Privatwirtschaft haben die Arbeitgeber Verzeichnisse oder andere Unterlagen zu führen, aus denen die für den Vollzug des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen erforderlichen Angaben ersichtlich sind, damit die Vollzugs- und Aufsichtsorgane die Einhaltung der Bestimmungen kontrollieren können¹⁷. Diese Bestimmungen sind jedoch auf die Bundesverwaltung nicht anwendbar. Die personalrechtlichen Vorgaben des Bundes beinhalten ihrerseits keine entsprechende konkrete Bestimmung. Allerdings besteht auch für den Arbeitgeber Bund eine klare rechtliche Verpflichtung für alle Arbeitszeitmodelle Systeme einzurichten, welche die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen sichern und überprüfbar machen.

¹³ Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung, VBPV; SR **172.220.111.31**).

¹⁴ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR **822.11**).

¹⁵ Rahmenverordnung vom 20. Dezember 2000 zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG; SR **172.220.11**).

¹⁶ Mind. 30 Minuten Mittagspause (Art. 28 Abs. 3 VBPV).

¹⁷ Art. 46 ArG.

- Gemäss Artikel 341 Obligationenrecht¹⁸ sind die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis in der Privatwirtschaft anwendbar. Das Arbeitsgesetz sieht sogar eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers vor, falls die Arbeitnehmenden den ihnen zustehenden Ausgleich von Überzeit nicht innerhalb des Jahres beziehen. Der diesbezügliche Schutz der Arbeitnehmenden in der Bundesverwaltung ist aufgrund sehr kurzer Verwirkungsfristen und fehlender Sanktionsmöglichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber Bund schlechter ausgestaltet als in der Privatwirtschaft.

Bezüglich der ersten der beiden von der GPK-N gestellten Fragen, kommt Professor Thomas Geiser zum Schluss, dass die rechtlichen Regelungen des Arbeitnehmendenschutzes in der Bundesverwaltung im Bereich der VAZ schlechter sind als diejenigen in der Privatwirtschaft.

Hingegen bestätigt er die Konformität der Regelungen zur VAZ mit Artikel 17 Bundespersonalgesetz.

3.3.2 Praxis in den Departementen und in der Bundeskanzlei

Nachdem die GPK-N die Rechtsgrundlagen insbesondere der VAZ im Rahmen eines Vergleichs mit den Regelungen in der Privatwirtschaft kritisch durch Professor Thomas Geiser überprüfen liess, war es der Kommission wichtig, einen Überblick über das Verständnis der Regelungen der VAZ im EPA und bei den Personalverantwortlichen der Departemente und der Bundeskanzlei und deren Praxis zur VAZ zu erhalten. Sie führte aus diesem Grund im August 2011 Anhörungen mit der Direktorin des EPA und den genannten Vertretern der Departemente und der Bundeskanzlei anhand eines weitgehend einheitlichen Fragenkatalogs durch:

Definition der Arbeitsleistung

Professor Thomas Geiser hält in seinem Gutachten fest, dass im Rahmen des Arbeitsvertrags der Umfang der Arbeitsleistung ausreichend bestimmt werden muss. Falls dies nicht über die Arbeitszeit erfolgt, muss der Umfang des Aufgabenbereichs umschrieben werden. Die angehörten Personen führten auf eine entsprechende Frage der GPK-N aus, dass bei Personen mit VAZ der Beschäftigungsgrad und nicht die Arbeitszeit im Vertrag festgelegt wird. Einzelne ergänzten, dass die Aufgaben in der Stellenbeschreibung der angestellten Person beschrieben sind.

Zeitliche Flexibilität der Angestellten mit VAZ

Die Antworten auf die Frage der GPK-N, ab welcher Dauer eine Abwesenheit als Ferien einzutragen ist und somit nicht mehr unter die Zeitsouveränität der angestellten Person fällt, fielen je nach Departement bzw. Bundeskanzlei unterschiedlich aus: Zum Teil besteht für Angestellte mit VAZ keine Möglichkeit, frei zu nehmen ausser über Ferien. In mehreren Departementen kann bis zu einem halben Tag frei genommen werden, ohne dass dies als Ferien zu verbuchen wäre. Zumindest in einem dieser Departemente können die Ämter abweichende Regelungen treffen. In zwei

¹⁸ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220).

Departementen fällt eine Abwesenheit von bis zu einem Tag in die Entscheidungsautonomie der angestellten Person mit VAZ. In einem anderen Departement müssen auch Abwesenheiten unter einem halben Tag mit dem Vorgesetzten vereinbart werden. Ein Departement sieht vor, dass eine solche Abwesenheit nicht zur Verlängerung des Wochenendes verwendet werden darf, also der Bezug am Freitag und Montag nicht möglich ist.

Rechtliche Vorgabe einer durchschnittlichen Höchstarbeitszeit

Fünf der befragten Personalverantwortlichen gehen davon aus, dass keine rechtliche Vorgabe bezüglich durchschnittliche Höchstarbeitszeit existiert, wobei gewisse zumindest von einem departementsinternen Richtwert von durchschnittlich 44 Stunden pro Woche ausgehen. Allerdings wurde auch ausgesagt, dass dieser Richtwert oft überschritten wird. Drei Personalverantwortliche hingegen gehen von einer durchschnittlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden aus, wobei ein Departement davon ausgeht, dass diese Grenze für Amtsdirektoren nicht gilt. Auch diese angehörten Personen informierten die GPK-N, dass diese Höchstarbeitszeit regelmässig überschritten werde. Ein Personalverantwortlicher führte dabei aus, dass die Stempelpflicht gerade deshalb mit der VAZ abgeschafft wurde, weil die Personen mit VAZ normalerweise mehr arbeiten. Die Direktorin des EPA geht von der Anwendbarkeit der durchschnittlichen 45 Stunden pro Woche des Arbeitsgesetzes aus.

Inwieweit und wie den Angestellten mit VAZ diese durchschnittliche Höchstarbeitszeit bei der Einführung der VAZ kommuniziert wurde, konnte durch die GPK-N nicht vertieft werden. Nur eine der angehörtten Personen erwähnte gegenüber der Kommission, dass ein diesbezüglicher Richtwert den betroffenen Angestellten kommuniziert wurde. Weder im Antrag des EFD an den Bundesrat noch in der Pressemitteilung des Bundesrates vom 5. Dezember 2008 finden sich Angaben zur Geltung einer durchschnittlichen Höchstarbeitszeit bei VAZ.

Kompensationsansprüche beim VAZ-Modell

Die GPK-N befragte die Personalverantwortlichen, ob in ihrer Verwaltungseinheit eine durchschnittliche Höchstarbeitszeit pro Woche angewendet wird, welche auch bei VAZ nicht überschritten werden darf bzw. deren Überschreitung zu Kompensationsansprüchen der betroffenen Arbeitnehmenden führt, die mit der Kompensation gemäss Artikel 64a Absatz 5 Bundespersonalverordnung nicht abgegolten sind. Die Antwort war einhellig nein und zwar auch bei den Personen, die von einer rechtlichen Vorgabe bezüglich durchschnittlicher Höchstarbeitszeit ausgehen.

Pausenregelung

Die angehörtten Personen gehen davon aus, dass alle Angestellten sowohl am Vormittag wie auch am Nachmittag eine Pause von 15 Minuten machen können. Teilweise wurde bedauert, dass diese Pausen nicht mehr in der Bundespersonalverordnung vorgesehen sind.

Anpassung der Arbeitsverträge aufgrund der Einführung der VAZ

Es erfolgte grundsätzlich keine Anpassung der Verträge. In der Mehrheit der Departemente und auch bei der Bundeskanzlei wird bei der fakultativen Anwendung der VAZ (Personen mit Lohnklasse 24–29) eine Vereinbarung abgeschlossen, die jährlich zu erneuern ist.

Konkretisierung der VAZ in den Departementen

Das VAZ-Modell wurde in einzelnen Departementen noch konkretisiert. Die Mehrheit der angehörten Personen erachtet aber die allgemeinen Vorgaben als ausreichend.

Abschaffung der Stempelpflicht

Die überwiegende Mehrheit der Angestellten mit VAZ erfasst ihre Arbeitszeit nicht mehr.

Kontrollsystem betr. Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Arbeitszeit

Mit Ausnahme der Bundeskanzlei, welche aufgrund ihrer geringeren Grösse in diesem Punkt nicht direkt mit den Departementen verglichen werden kann, wird kein departementsweites Kontrollsystem angewendet, bzw. die Erfassung von Kenngrössen beschränkt sich auf die verbuchten Abwesenheiten (Krankheit, Ferien usw.). Alle angehörten Personen verorten diese Verantwortlichkeit beim jeweiligen direkten Linienvorgesetzten der Angestellten mit VAZ (Führungsverantwortung des Linienvorgesetzten). Es wird auch mehrfach angeführt, dass eine soziale Kontrolle stattfindet, die verhindere, dass die Angestellten mit VAZ zu wenig arbeiten.

Für das EPA fällt die Kontrolle klar in den Vollzug und somit in die Verantwortung der Departemente bzw. der Bundeskanzlei und nicht in das Aufgabenfeld des EPA.

Mehrwert der VAZ/Anpassungsbedarf

Die befragten Personalverantwortlichen orten alle einen klaren Mehrwert beim Arbeitgeber Bundesverwaltung (insbesondere kein Äufnen mehr von Überzeitguthaben, Abbau des administrativen Aufwands aufgrund des Wegfalls der Stempelpflicht). Inwieweit dieses Modell die Attraktivität der Bundesverwaltung auf dem Arbeitsmarkt erhöht, konnte nicht vertieft ergründet werden: Im Bereich des höheren Kaders und des Topkaders scheint die VAZ die Attraktivität zu steigern. Im Bereich der fakultativen VAZ – also beim Basiskader und beim mittleren Kader – besteht der Eindruck, dass andere Arbeitszeitmodelle des Bundes attraktiver sind. Der Nutzen für die betroffenen Angestellten wird tendenziell als geringer betrachtet.

Alle angehörten Personalverantwortlichen begrüssen im Grundsatz das Modell der VAZ, wobei die Meinungen über den sinnvollen Anwendungsbereich auseinandergehen: Gewisse Departemente möchten die VAZ an der Funktion und nicht an der Lohnklasse anbinden und damit die VAZ punktuell auch bei Funktionen mit Lohnklassen unter 24 ermöglichen¹⁹. Andere wiederum sind der Ansicht, dass die Anwendung der VAZ im Bereich des mittleren Kaders nur punktuell sinnvoll ist.

Mehrere Personalverantwortliche identifizieren als Problem für das Modell der VAZ die Sicherstellung der Finanzierung dieses Arbeitszeitmodells.

¹⁹ Im EDA können Mitarbeitende im Ausland, welche eine Führungsfunktion wahrnehmen, auch unterhalb der Lohnklasse 24 im VAZ-Modell arbeiten (gestützt auf die VBPV und die Verordnung des EDA vom 20.9.2002 zur BPV (SR 172.220.111.343.3)).

3.4

Beurteilung der GPK-N

Die Hauptkenntnisse der GPK-N zur VAZ lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das VAZ-Modell, wie es seit 2009 in Kraft ist, wurde mit dem hauptsächlichen Ziel eingeführt, die Überzeitguthaben der Kader und das daraus resultierende finanzielle Risiko der Bundesverwaltung zu verringern. Gemäss Gutachten von Professor Thomas Geiser besteht jedoch für Arbeitsleistungen der Angestellten mit VAZ, die über den Wochendurchschnitt von 45 Stunden hinausgehen, ein Rechtsanspruch auf Ausgleich, der mit der Pauschale von fünf Prozent mehr Lohn für die Anwendung der VAZ nicht abgegolten ist. *Die GPK-N stellt vor diesem Hintergrund fest, dass der finanzpolitische Zweck des Modells im Widerspruch zur Rechtslage steht und es deshalb zweifelhaft ist, ob dieser Zweck erfüllt werden kann.*
- In der Beurteilung der GPK-N sollte die *VAZ beim Bund als modernes personalpolitisches Instrument* ausgestaltet sein und somit nicht nur finanzpolitischen Überlegungen folgen. Die Abklärungen der GPK-N bei der Bundesverwaltung ergaben, dass die VAZ in der Praxis durchaus auch personalpolitischen Aspekten Rechnung trägt. Das VAZ-Modell scheint zumindest beim höheren Kader und beim Topkader grundsätzlich als zeitgemässes Arbeitsmodell wahrgenommen zu werden. Aufgrund der weiteren Feststellungen der GPK-N sind noch weitere Überlegungen notwendig, um das Instrument der VAZ als modernes personalpolitisches Instrument auszugestalten. Damit könnte auch die Attraktivität des Modells gesteigert werden.
- Aufgrund der Art und Weise der Einführung des revidierten Modells der VAZ Anfang 2009 (finanzpolitische Motivation und sehr kurze Dauer zwischen Verordnungsrevision und Inkraftsetzung) wurden die Rahmenbedingungen der VAZ wohl zuwenig abgeklärt. So *vermag das aktuelle Konzept auch nicht vollständig zu überzeugen.*
- Die GPK-N stellt in der Praxis eine bedeutende Diskrepanz in der Erhebung und Kontrolle von Informationen zu Abwesenheiten der Angestellten mit VAZ einerseits und zu geleisteten Arbeitsstunden andererseits fest: Die Absenzen im Sinne eines Ausgleichs sind schon ab kurzer Dauer als Ferien zu verbuchen und mit dem Vorgesetzten zu vereinbaren. Diese Absenzen sowie Absenzen wegen Krankheit, Weiterbildung usw. werden kontrolliert. Zum Teil schränken weitere allgemeine Vorgaben die Zeitsouveränität des Arbeitnehmers mit VAZ in diesem Bereich weiter ein (z.B. kein Ausgleich am Freitag oder Montag), ohne dass eine betriebliche Notwendigkeit auf der Hand liegt. Auf der anderen Seite wird die Arbeitszeit nicht mehr erfasst und die Kontrolle, dass die Angestellten mit VAZ nicht übermässig arbeiten, vollständig an die Selbstverantwortung der Angestellten mit VAZ und an die Führungsverantwortung ihrer Liniovorgesetzten delegiert. Hier stellt die GPK-N ein Ungleichgewicht fest, das auch dem Begriff der *Vertrauensarbeitszeit* nicht gerecht wird.

Diese Kontrolle der Einhaltung, insbesondere der Höchstarbeitszeit, genügt in der Beurteilung der GPK-N nicht, um die entsprechenden Rechtsvorgaben einzuhalten, und vermag auch nicht dem Vergleich mit den entsprechenden Regelungen des Arbeitsgesetzes standzuhalten.

- Die *Wahrnehmung der rechtlichen Vorgaben insbesondere bezüglich der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit* durch das EPA und durch die Personalverantwortlichen der Departemente und der Bundeskanzlei *ist uneinheitlich*. Die Rechtsansprüche, welche aus einer Überschreitung der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit resultieren, scheinen nicht bekannt zu sein. Diese Feststellung ist umso besorgniserregender, als davon auszugehen ist, dass die unmittelbaren Vorgesetzten der Angestellten mit VAZ wohl die diesbezügliche Rechtslage auch nur zum Teil kennen, obwohl dies für die richtige Wahrnehmung ihrer Führungsaufgabe zwingend ist.
- Die *Rechtslage* ist zumindest für die in der Bundesverwaltung anwendbaren Arbeitszeitbestimmungen *sehr komplex*. Wie die Anhörungen der GPK-N gezeigt haben, ist es sogar für die Fachspezialisten der Bundesverwaltung nicht einfach, die geltenden Regelungen zu erfassen. In der Regel sind die betroffenen Angestellten aber keine Arbeitsrechtsspezialisten. Die Angestellten – unabhängig davon, welches Arbeitszeitmodell sie wählen – müssen jedoch in die Lage versetzt werden, die Vorgaben zu verstehen und in der Folge einzuhalten.

Vor diesem Hintergrund erachtet es die GPK-N als wichtig, dass entweder *die Rechtslage mittelfristig vereinfacht wird oder zumindest ausreichende Erläuterungen* zu derselben erarbeitet werden, welche für die ganze betroffene Bundesverwaltung gelten. Von besonderer Bedeutung ist, dass die Angestellten, insbesondere diejenigen mit VAZ, über die geltende durchschnittliche Höchstarbeitszeit ausreichend informiert werden.

- Angesichts der Vorgabe, dass die Bundesverwaltung eine vorbildliche Arbeitgeberin sein soll, kann es nicht angehen, das Bundespersonalrecht unausgewogen zugunsten der Arbeitgeberin an die privatrechtlichen Regelungen des Arbeitsverhältnisses anzugleichen und im Arbeitnehmendenschutz bezüglich Höchstarbeitszeit und Verwirkungsfristen²⁰ ein tieferes Niveau als in der Privatwirtschaft aufrecht zu erhalten.

3.5 Empfehlungen und Massnahmen

Empfehlung 1: Ausgestaltung des Vertrauensarbeitszeitmodells als zeitgemässes Instrument der Personalpolitik

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, das aktuelle Konzept der Vertrauensarbeitszeit vor dem Hintergrund der Feststellungen der GPK-N und des von ihr mandatierten Experten zu überarbeiten und in die Personalstrategie einzubetten. Soweit sinnvoll, ist das Konzept und dessen Umsetzung (z.B. im Bereich des Ausgleichs) für die betroffene Bundesverwaltung zu vereinheitlichen. Dabei ist auch eine Anknüpfung der Vertrauensarbeitszeit an die Funktion statt an die Lohnklasse zu prüfen.

²⁰ Z.B. Art. 31 VBPV.

Empfehlung 2: Grundlage des Ressourcenmanagements des Bundes

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, der GPK-N darzulegen, wie er ohne die Kenngrösse der geleisteten Arbeitszeit ein adäquates Ressourcenmanagement betreiben kann, falls sich die Rahmenbedingungen eines Verwaltungsbereichs ändern und sich der Arbeitsaufwand wesentlich erhöht.

Empfehlung 3: Umfassende Information der Angestellten über Arbeitszeitbestimmungen

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, die Angestellten des Bundes über die geltenden Arbeitszeiten (Höchstarbeitszeit, Pausen usw.) umfassend zu informieren.

Empfehlung 4: Anpassung der Verwirkungsfristen an das Privatrecht/Stärkung der Verantwortung des Linienvorgesetzten betreffend Ausgleich allfälliger Mehrleistungen des Arbeitnehmenden

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, die Verwirkungsfristen an die Bestimmungen des OR anzugleichen und gleichzeitig Massnahmen zu treffen, damit die Linienvorgesetzten ihre Führungsverantwortung wahrnehmen, d.h. den betroffenen Arbeitnehmenden den Ausgleich von Mehrleistungen ermöglichen.

Empfehlung 5: Erarbeitung eines Kontrollkonzepts in Sachen Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, ein Kontrollkonzept zu erarbeiten, das die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen im Bereich der Vertrauensarbeitszeit gewährleistet, ohne die Vorzüge des Vertrauensarbeitszeits-Modells aufzugeben. Das EPA sollte eine stufengerechte Kontrollfunktion in diesem Bereich wahrnehmen.

Empfehlung 6: Sicherstellung der Finanzierung der Vertrauensarbeitszeit

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, die Finanzierung der Vertrauensarbeitszeit auch mittel- und langfristig sicherzustellen.

Empfehlung 7: Arbeitsverträge der Personen mit Vertrauensarbeitszeit

Die GPK-N lädt den Bundesrat ein, durch einen Arbeitsrechtsexperten prüfen zu lassen, wie die aktuellen Verträge der Personen mit Vertrauensarbeitszeit (sowohl im obligatorischen als auch im fakultativen Anwendungsbereich der Vertrauensarbeitszeit) angepasst werden müssen.

Die GPK-N wird im Übrigen in der laufenden Revision des Bundespersonalgesetzes eine Verankerung der Soll- und Höchstarbeitszeit auf Gesetzesstufe beantragen, um formell das Niveau des Arbeitnehmendenschutzes dem Privatrecht anzugleichen.²¹

4 Interessen der Kader des Bundes

Nachdem in der Vergangenheit schon verschiedene Sachverhalte zu Ungunsten des Kaders des Bundes festgestellt wurden (z.B. Lohnschere ab Lohnklasse 24 mit vergleichbaren Arbeitgebern und zu hohe Beiträge der Arbeitnehmenden an die Pensionskasse in gewissen Kaderkategorien) und diese dann teilweise auch korrigiert wurden, beschloss die GPK-N diesen Themenbereich im Rahmen der Nachkontrolle ebenfalls zu vertiefen.

Die zu diesem Bereich geführten Gespräche mit der Direktorin des EPA, den HR-Verantwortlichen aller Departemente und der Bundeskanzlei sowie mit einem Vertreter der Vereinigung der Kader des Bundes ergaben, dass die aktuelle Situation grundsätzlich zufriedenstellend ist und kein unmittelbarer Handlungsbedarf besteht, die Kaderinteressen verstärkt zu berücksichtigen.

Aus der Perspektive der GPK-N ist jedoch der gebührenden Berücksichtigung der Interessen des Kaders durch den Bundesrat wie durch das EPA auch in Zukunft besonderes Gewicht beizumessen. In diesem Sinne beurteilt die GPK-N den für das Jahr 2012 angekündigten Lohnvergleich zwischen den Löhnen in der Bundesverwaltung und Vergleichsorganisationen sowie die Bereitschaft der Direktorin des EPA, die Aufnahme von kaderspezifischen Fragen in die regelmässigen Personalumfragen zu prüfen, als positiv²². Moderne personalpolitische Massnahmen, wie etwa die Beteiligung des Arbeitgebers Bund an die familienexternen Betreuungskosten, sollten in der Praxis auch bei mittleren und höheren Kadern Anwendung finden und ihre Wirkung entfalten können.

5 Schlussfolgerungen und weiteres Vorgehen

Die GPK-N hält fest, dass ihre Inspektion Wirkung gezeitigt hat und der Bundesrat seither wichtige Massnahmen wie die Verabschiedung der Bundespersonalstrategie getroffen hat. Die Wirkung der neuen Strategie kann noch nicht abschliessend beurteilt werden, da deren Umsetzung in gewissen Punkten erst in den Anfängen steht. Hier ist es wichtig, dass alle Umsetzungsakteure an ihrem bisherigen Willen zur Umsetzung der Strategie festhalten.

²¹ Vgl. dazu auch Ziffer 3.1.1.

²² Der letzte Lohnvergleich stammt aus dem Jahr 2005.

Der Einsatz des VAZ-Modells in der Bundesverwaltung wird durch die GPK-N grundsätzlich begrüsst. Allerdings haben die Abklärungen der GPK-N ergeben, dass das Modell kritisch hinterfragt und verbessert werden muss.

Der Berücksichtigung der Interessen des Kaders ist auch in Zukunft durch den Bundesrat ausgewogen Rechnung zu tragen.

Die GPK-N ersucht den Bundesrat, bis spätestens *7. März 2012* zu ihren Schlussfolgerungen und Empfehlungen Stellung zu nehmen. Zudem bittet sie ihn, aufzuzeigen, wie und bis wann er die Empfehlungen der Kommission umzusetzen gedenkt.

25. November 2011

Im Namen der Geschäftsprüfungskommission

Die Präsidentin: Maria Roth-Bernasconi

Die Sekretärin: Beatrice Meli Andres

Die Präsidentin der Subkommission EFD/EVD:
Brigitta M. Gadiant

Der stv. Sekretär: Christoph Albrecht

Gutachten zur Vertrauensarbeitszeit in der Bundesverwaltung zu Händen der GPK-N der Bundesversammlung

Professor Thomas Geiser, 7. Juni 2011

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

Gutachten zur Vertrauensarbeitszeit in der Bundesverwaltung zu Händen der GPK-N der Bundesversammlung

Inhalt

1. Auftrag und Gegenstand des Gutachtens.....	2
1.1. Auftrag.....	2
1.2. Gegenstand des Gutachtens.....	2
2. Allgemeine Rechtsgrundlagen und Begriff der Vertrauensarbeitszeit.....	3
2.1. Die Leistungsumschreibung im Arbeitsvertrag.....	3
2.2. Grundsatz der Zeitsouveränität.....	4
2.3. Sonderfall Arbeit auf Abruf.....	5
2.4. Begriff der Vertrauensarbeitszeit.....	6
2.4.1. Entstehung und Grundgedanke.....	6
2.4.2. Problematik.....	6
2.4.3. Arten der Vertrauensarbeitszeit.....	7
3. Rechtsgrundlagen für Angestellte in der Bundesverwaltung.....	7
3.1. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis.....	7
3.2. Keine Anwendung der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag im OR.....	8
3.3. Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes bezüglich der Arbeitszeiten?.....	8
3.3.1. Ausgangslage.....	8
3.3.2. Unterscheidung zwischen Zentralverwaltung und anderen Teilen.....	9
3.3.3. Folgerung für die Anstellungen in der Zentralverwaltung.....	10
3.4. Anwendbarkeit des Bundespersonalgesetzes.....	12
3.5. Grundsätze des Bundespersonalgesetzes.....	12
3.6. Normen bezüglich der Arbeitszeit im Besonderen.....	12
4. Kritische Würdigung und Folgerungen.....	13
4.1. Arbeitszeitregelung für die Bundesverwaltung.....	13
4.1.1. Allgemeine Regeln.....	13
4.1.2. Sonderregeln für die Vertrauensarbeitszeit.....	15
4.2. Arbeitszeitkontrolle in der Bundesverwaltung.....	16
4.3. Einführung neuer Arbeitszeitmodelle.....	16
4.4. Vergleich mit dem Privatrecht.....	17

4.5. Folgerung	17
5. Beantwortung der Fragen	18
Literatur	19

1. Auftrag und Gegenstand des Gutachtens

1.1. Auftrag

1.1. Das Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen (FAA-HSG) wurde beauftragt, im Rahmen eines Gutachtens u.a. die folgenden Hauptfragestellungen zu untersuchen:

1. Arbeitnehmendenschutz: Bietet die aktuelle rechtliche Ausgestaltung des Vertrauensarbeitszeitmodells der Bundesverwaltung einen im Vergleich zum Privatrecht, insbesondere zum Arbeitsgesetz gleichwertigen Arbeitnehmendenschutz?

Falls nicht, welche Aspekte müssten rechtlich im Personalrecht des Bundes normiert werden (und wie), um zumindest einen gleichwertigen Schutz zu gewährleisten?

Bei der Beantwortung der Frage sind insbesondere die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

- Die aktuelle Regelung sieht keine Pflicht mehr zur Arbeitszeiterfassung vor.
 - Das Vertrauensarbeitszeitmodell findet eine relativ breite Anwendung. Es ist obligatorisch für Bundesangestellte der Lohnklassen 30 und darüber. Für die Lohnklassen 24 bis 29 ist es fakultativ, d.h. auf Antrag des Angestellten und mit Genehmigung des Linienvorgesetzten möglich. Es bestehen auch Überlegungen, das Arbeitszeitmodell auf tiefere Lohnklassen auszuweiten (LK 23 und tiefer). Hier stellt sich die Frage, ob dies einem Vergleich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im privatrechtlichen Bereich standhält.
 - Ganze Sektionen müssen aufgrund eines Entscheids vorgesetzter Stellen das Vertrauensarbeitszeitmodell anwenden, obwohl ihre Funktionen in den Lohnklassen 24-29 eingestuft sind.
2. Wie ist das Vertrauensarbeitszeitmodell vor dem Hintergrund von Artikel 17 Bundespersonalgesetz zu beurteilen? Ist die aktuelle Umsetzung dieses Artikels mit dem BPG vereinbar?

Falls nicht, welche Anpassungen auf Verordnungsstufen wären notwendig, um das Vertrauensarbeitszeitmodell des Bundes mit dem BPG in Einklang zu bringen?

1.2. Gegenstand des Gutachtens

1.2. Das Gutachten beschränkt sich auf die Arbeitsverhältnisse in der Zentralverwaltung des Bundes. Ausgeklammert werden die Anstellungen bei öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes. Ebenso beschränken sich die Ausführungen auf die öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse unter Ausschluss der Anstellungen nach Obligationenrecht. Die folgenden Ausführungen betreffen somit nur jene Arbeitsverhältnissen, bei denen das Arbeitsgesetz gemäss Art. 3 ArG nicht anwendbar ist¹, wie noch auszuführen sein wird.

¹ Vgl. GEISER, N 10 ff. zu Art. 2 ArG.

2. Allgemeine Rechtsgrundlagen und Begriff der Vertrauensarbeitszeit

2.1. Die Leistungsumschreibung im Arbeitsvertrag

2.1. Das Arbeitsverhältnis charakterisiert sich dadurch, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit der Arbeitgeberin gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Der **Arbeitnehmer verspricht keinen Erfolg, sondern nur, seine Arbeitskraft**. Dadurch unterscheidet sich der Arbeitsvertrag vom Werkvertrag.² Im Gegensatz zu diesem ist nicht der Erfolg einer Arbeit sondern die persönliche Arbeit als solche geschuldet.³

2.2. Damit ein Vertrag zu Stande kommt, genügt es indessen nicht, dass sich die Parteien über die Art der Leistung und der Gegenleistung geeinigt haben. Vielmehr müssen die **Leistungen auch dem Umfang nach bestimmt** oder wenigstens bestimmbar sein. Andernfalls lassen sich die Leistungen nicht ermitteln. Diesbezüglich sieht allerdings das Arbeitsvertragsrecht eine Ausnahme vor, indem der Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn zwar das Entgelt nicht festgelegt worden ist, aber die Arbeitgeberin eine Arbeitsleistung entgegengenommen hat, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten war.⁴ Die gesetzliche Vermutung zu Gunsten eines Vertragsschlusses ist unumstösslich.⁵ Das schliesst selbstverständlich den Gegenbeweis nicht aus, dass nach den Umständen die Arbeit eben unentgeltlich zu erwarten war.⁶ Damit ein Entgelt dennoch bestimmt werden kann, hält Art. 322 OR ausdrücklich fest, dass der **übliche Lohn** geschuldet ist, wenn sich die Parteien über die Lohnhöhe nicht geeinigt haben. Das bleibt zwar im Gesetz sehr vage. Der unbestimmte Rechtsbegriff verpflichtet aber das Gericht gegebenenfalls nach seinem Ermessen die Lohnhöhe zu bestimmen.

2.3. Diese Sonderregel gilt grundsätzlich nur für den Lohn, nicht aber für die Arbeitsleistung. Eine Bestimmung des **Umfangs** der Arbeitszeit ist im Voraus unerlässlich, damit überhaupt ein Arbeitsvertrag vorliegt, weil sonst die Hauptleistung gar nicht bestimmt ist. Allerdings lässt sich die Leistung auf verschiedene Arten messen und schliesslich nötigenfalls doch durch die Übung bestimmen⁷. Üblicher Weise wird der Umfang der Arbeit nach Zeit bemessen. Es wird vereinbart, dass eine bestimmte Anzahl Arbeitsstunden pro Woche geleistet werden muss. Ist im Voraus bekannt, wie viel Zeit ungefähr eine bestimmte Arbeit erfordert, kann die Arbeitszeit auch nach der zu leistenden Arbeit bestimmt werden. So ist es beispielsweise möglich, das Mass der Arbeit nach zu betreuenden Weinstöcken zu bemessen⁸. Der Umfang kann durch den Aufgabenbereich umschrieben werden. Das ist bei leitenden Angestellten regelmässig der Fall. Der Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung wird dann nicht in Zeit bemessen sondern von den in seinem Aufgabenbereich her anfallenden Aufgaben her.

2.4. Auf Grund der Treuepflicht des Arbeitnehmers kann eine **Mehrleistung** - d.h. Mehrstunden (heures supplémentaires) - **geschuldet** sein. Diese zusätzliche Leistung ist aber, soweit sie nicht durch Freizeit und damit eine Minderleistung in einem anderen Zeitpunkt aus-

² Vgl. VISCHER, S. 21 ff.; REHBINDER, 47 zu Art. 319 OR; WYLER, S. 60 f.; Geiser/Müller, Rz. 125;

³ Vgl. CARRUZZO, N. 2 zu Art. 319 CO.

⁴ Art. 320 Abs. 2 OR; vgl. REHBINDER/STÖCKLI, N. 17 zu Art. 320 OR.

⁵ BGE 109 II 228.

⁶ CARRUZZO, N. 8 zu Art. 320 CO.

⁷ Vgl. Art. 321a Abs. 1 OR.

⁸ Vgl. BGE 107 II 431 ff.

geglichen werden kann, regelmässig auch zusätzlich zu entschädigen, in der Regel sogar mit einem Zuschlag. Es handelt sich um Überstunden. Diese werden als die positive Differenz zwischen der geleisteten und der ordentlicher Weise geschuldeten Arbeit definiert.⁹ Eine entschädigungspflichtige Mehrleistung ist bei jedem Arbeitsverhältnis möglich, auch bei einem leitenden Arbeitnehmer. Weil bei diesem aber seine Leistungspflicht nicht nach Stunden sondern auf Grund des Inhaltes der Arbeit definiert wird, kann er keine Überstundenentschädigung fordern, wenn er für die Verrichtung der vereinbarten Aufgaben mehr Zeit benötigt, als die im Betrieb übliche Arbeitszeit.¹⁰ Eine zusätzliche Entschädigung ist aber sehr wohl geschuldet, wenn ihm zusätzliche Aufgaben übertragen werden und er deshalb eine umfangreichere Leistung erbringen muss. Insofern gilt der Grundsatz uneingeschränkt, dass eine entsprechende Mehrleistung zu entschädigen ist.

2.5. Soweit die Arbeitsleistung sich nach Stunden bemisst, ist allerdings für beide Parteien nicht nur deren Gesamtzahl (pro Woche, Monat oder Jahr) entscheidend, sondern **auch ihre konkrete Lage** im Einzelnen. Bei der Bestimmung der Arbeitszeit geht es deshalb nicht nur um den Umfang. In den Arbeitsverträgen wird deshalb in der Regel auch mehr oder weniger genau festgehalten, wie sich die Arbeitszeit verteilt.

2.6. Pacta sunt servanda. Der einmal abgeschlossene Vertrag ist einzuhalten. Weder die eine noch die andere Partei kann den Vertrag einseitig ändern. Vielmehr bedarf es dafür regelmässig des übereinstimmenden Willens beider Parteien. Will nur eine Partei eine Änderung, die andere aber nicht, besteht beim Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer Änderungskündigung. Die änderungswillige Partei kann der anderen kündigen und gleichzeitig einen neuen Vertrag mit den veränderten Bedingungen anbieten.¹¹ Die geänderten Bedingungen gelten aber nur, wenn beide diese wollen. Das ist auch bei Änderungen der Arbeitszeiten zu beachten.

2.2. Grundsatz der Zeitsouveränität

2.7. Wie aufgezeigt geht es nicht nur um die Frage des Umfangs der Arbeit sondern auch darum, wann diese verrichtet werden muss. Wer diesen Zeitpunkt festlegt, wird nicht vom Gesetz vorgegeben, sondern ist im Vertrag einvernehmlich zu vereinbaren.

2.8. Die Zuständigkeit zur konkreten Anordnung der Arbeitszeit und der Freizeit wird regelmässig der einen oder der anderen Partei zugewiesen. Der entsprechenden Partei steht die Zeitsouveränität zu. Diese Partei trägt dann **im vertraglichen Verhältnis** die Verantwortung dafür, dass die entsprechenden Rahmenbedingungen eingehalten werden. Entsprechend hat grundsätzlich es auch diese Partei zu verantworten, wenn am Schluss des Arbeitsverhältnisses zu viel oder zu wenig Arbeit geleistet worden ist. Klassischer Weise ist die Zeitsouveränität bei festen Arbeitszeitmodellen bei der Arbeitgeberin und bei Gleitzeitmodellen beim Arbeitnehmer.

2.9. Wird die Zeitsouveränität dem Arbeitnehmer zugewiesen, so bestimmt er selbständig, wann wie viel gearbeitet wird. In diesem Rahmen sind dann Mehrleistungen in einer Woche keine Überstunden. Der Arbeitnehmer ist ja frei, wie er die Arbeit aufteilen will. Greift indessen die Arbeitgeberin bei einer Zeitsouveränität des Arbeitnehmers in die Aufteilung der Arbeitszeit ein, entstehen dadurch unter Umständen **Überstunden**. In aller Regel wird die Zeitsouveränität zwar vertraglich einer Partei zugewiesen. Gleichzeitig werden aber im Vertrag

⁹ BGE 116 II 69; STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 321c OR.

¹⁰ BGE 129 III 171.

¹¹ Es sind dabei verschiedene Vorgehensweisen möglich.

die Rahmenbedingungen für die Ausnutzung dieses Gestaltungsrechts umschrieben. Umso enger der entsprechende Rahmen, umso weniger Souveränität steht der entsprechenden Partei zu. Insofern kann die konkrete Ausgestaltung sehr unterschiedlich sein.

2.10. Zu beachten ist allerdings, dass das **Arbeitsgesetz den Rahmen für die Arbeitszeiten absteckt**, indem es die maximalen wöchentlichen und täglichen Arbeitszeiten bestimmt,¹² Pausen festlegt¹³ und die Nacht- und Sonntagsarbeit grundsätzlich verbietet¹⁴. Die Regelung bietet eine gewisse Flexibilität. Sie ist dafür sehr kompliziert. Diese Regeln sind zwingendes Recht. Die Parteien können auch nicht einverständlich davon abweichen. Für die Einhaltung dieser Regeln ist nach Gesetz die Arbeitgeberin verantwortlich.¹⁵ Es ist deshalb nicht möglich, die Verantwortung dafür vollständig auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Selbst wenn die Zeitsouveränität vollständig beim Arbeitnehmer liegt, hat die Arbeitgeberin die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes eingehalten werden.¹⁶ Sie haftet straf- und zivilrechtlich dafür.¹⁷ Die strafrechtliche Haftung für die Einhaltung der Arbeitszeiten trifft nur die Arbeitgeberin nicht auch den Arbeitnehmer.¹⁸

2.11. Bei den Arbeitszeitsvorschriften des Arbeitsgesetzes handelt es sich um öffentlich-rechtliche Bestimmungen, deren Einhaltung von staatlichen Stellen zu kontrollieren ist. Um dies zu ermöglichen verpflichtet Art. 46 ArG die Arbeitgeberin, gewisse **Verzeichnisse zu führen und Unterlagen den Behörden zur Verfügung zu stellen**.¹⁹ In der Verordnung wird dann präzisiert, dass aus diesen Verzeichnissen namentlich die geleistete tägliche und wöchentliche Arbeits- und Überzeit und deren Lage sowie die Dauer und die Lage der Pausen von einer halben Stunde und mehr ersichtlich sein müssen.²⁰

2.3. Sonderfall Arbeit auf Abruf

2.12. Nicht genügend bestimmt ist die Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer sich verpflichtet, seine Arbeitszeit nach Bedarf zur Verfügung zu stellen, ohne dass eine Minimdauer festgesetzt wird²¹. Wenn keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu den einzelnen Einsätzen besteht, kann nicht von einem zulässigen (umfangmässig unbestimmten) Rahmenarbeitsvertrag ausgegangen werden, der die einzelnen selbständigen (umfangmässig bestimmten) Einsätze verbindet. Daran muss schliesslich auch eine völlig freie Ausgestaltung einer kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit (sog. KAPOVAZ) scheitern²². Art. 321c Abs. 1 OR zeigt aber deutlich, dass eine gewisse Kapazitätsorientierung zulässig ist. Der Arbeitnehmer ist zu Mehrarbeit verpflichtet, soweit diese sich als notwendig erweist und dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Obgleich die Bestimmung bei den absolut zwingenden Normen eingereiht ist, können die Parteien die Frage der Zumutbarkeit durch vertragliche Vereinbarungen beeinflussen. Im Arbeitsvertrag kann festgehalten werden, dass mit Überstunden in einem bestimmten Umfang gerechnet werden muss und wann ungefähr sie anfallen werden. Der Arbeitnehmer kann sich dann entsprechend organisieren, so dass ihm die Leistung der Überstunden eher

¹² Art. 9 f. ArG; wie lange die tägliche Höchstarbeitszeit ist, wird in der Lehre unterschiedlich berechnet.

¹³ Art. 15 ArG.

¹⁴ Art. 16 ff und 18 ff. ArG.

¹⁵ VON KAENEL, N 39 zu Art. 9 ArG; MÖLLER, N 1 zu Art. 9 Abs. 1 ArG.

¹⁶ RUDOLPH, N 9 zu Art. 46 ArG.

¹⁷ Zur Frage, welche Person konkret strafbar ist, vgl. MORELLON, N 9 ff. zu Art. 59 ArG.

¹⁸ Vgl. Art. 59 ArG im Vergleich zu Art. 60 ArG; siehe auch VON KAENEL, N 39 zu Art. 9 ArG.

¹⁹ RUDOLPH, N 2 zu Art. 46 ArG.

²⁰ Art. 73 Abs. 1 Bst. c und e ArGV1.

²¹ BRUNNER/BÖHLER/WAEGER, N 5 zur Teilzeitarbeit; vgl. zum Ganzen: RONCORONI, S. 591 ff.

²² A.M. REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 50.

zumutbar ist. Richtet er sich darauf nicht ein, verletzt er seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag.

2.13. Die Lehre ist sich darüber einig, dass die **Notwendigkeit** von Überstunden auch gegeben sein kann, wenn der entsprechende erhöhte Arbeitsanfall voraussehbar war²³. Zudem genügt es, dass die Überstunden wegen eines erhöhten Arbeitsanfalls notwendig werden. Warum der Arbeitsanfall sich erhöht hat, ist demgegenüber weitgehend ohne Bedeutung. Hat der Arbeitgeber mehr Aufträge angenommen, als mit der ordentlichen Arbeitszeit zu bewältigen ist, sind die Überstunden im Sinne von Art. 321c Abs. 1 OR notwendig. Eine Kapazitätsorientierung ist insoweit zulässig. Es ist damit möglich in einem Arbeitsvertrag ein Mindestmass an Arbeitszeit mit der Vereinbarung vorzusehen, dass regelmässig mit Überstunden gerechnet werden muss. Umso konkreter der Anfall der Überstunden im Vertrag objektiviert werden kann, umso eher ist es dem Arbeitnehmer zumutbar, die entsprechenden Überstunden dann auch zu leisten.

2.4. Begriff der Vertrauensarbeitszeit

2.4.1. Entstehung und Grundgedanke

2.14. Schliesslich stellt auch die Vertrauensarbeitszeit einen Sonderfall dar. Dabei sind allerdings verschiedene Ausgestaltungen zu unterscheiden. Allen Formen ist gemeinsam, dass die **Zeitsouveränität** in erster Linie **beim Arbeitnehmer** liegt.

2.15. Ausgangspunkt für die Vertrauensarbeitszeit bildet die **Flexibilisierung der Arbeitszeiten** durch die Einführung der Gleitzeit. Damit wurde die Zeitsouveränität dem Arbeitnehmer übertragen. Gleichzeitig wurde aber regelmässig mit **Stempeluhren** oder ähnlichen Systemen eine **Arbeitszeitkontrolle** vorgesehen, welche es den Parteien erlaubte, die Einhaltung der Rahmenbedingungen zu kontrollieren und auch gegenüber den Behörden nachzuweisen. In neuerer Zeit wurden diese Kontrollen nun aber nicht mehr als Zeitgemäss empfunden. Einer Ergebnisorientierung des Arbeitsverhältnisses entspricht es eher, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer vertraut, dass er seine Leistung erbringt, und der Arbeitnehmer ohne weitere Kontrollen seine Zeit selbständig einteilen kann. Die **Einhaltung der Arbeitszeit beruht dann auf Vertrauen**; die Parteien vereinbaren **Vertrauensarbeitszeit**. Entsprechend geht es bei der Vertrauensarbeitszeit in erster Linie um die Kontrolle und nicht um den Umfang der Arbeitsleistung.

2.4.2. Problematik

2.16. Bei der Vertrauensarbeitszeit vertrauen sich die Parteien gegenseitig, dass die Leistung im vereinbarten Umfang eingefordert und erbracht wird. Das bedeutet aber noch nicht, dass auch der Staat den Parteien vertraut. Es geht nicht nur um die Einhaltung der vertraglichen vereinbarten Leistungen sondern auch darum, dass die **öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen bezüglich der Arbeitszeiten eingehalten werden**. Dies muss aber auch bei der Vertrauensarbeitszeit der Staat kontrollieren. Wie soll das aber geschehen, wenn die Parteien die Arbeitszeiten gar nicht erfassen? **Gewisse Aufzeichnungen** sind deshalb auch hier **zwingend notwendig**.²⁴

2.17. Das Vertrauen kann zudem auch von einer Partei gegenüber der anderen missbraucht werden, sei es, dass der Arbeitnehmer weniger Arbeit leistet, als er eigentlich sollte, oder dass eine erhebliche grössere Arbeitsleistung erbracht wird, weil die von der Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer aufgetragenen Arbeiten erheblich mehr Zeit in Anspruch nehmen als vorgese-

²³ STAEHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR.

²⁴ Art. 46 ArgV und Art. 73 ArgV1; vom Rz. 2.10.

hen. Aus dem Wesen des Arbeitsvertrages ergibt sich, dass sich die Arbeitgeberin ihrer Verantwortung nicht vollständig entziehen kann. Erbringt der Arbeitnehmer eine **echte Mehrleistung**, so ist diese auch zusätzlich zu vergüten.²⁵ Liegt eine Minderleistung vor, bleibt der Lohn in vollem Umfang geschuldet, weil die Arbeitgeberin beim Arbeitsvertrag zwingend das Betriebsrisiko trägt.²⁶

2.4.3. Arten der Vertrauensarbeitszeit

2.18. Auch das Modell der Vertrauensarbeitszeit ist kein einheitliches. Vielmehr haben sich viele unterschiedliche Arten in der Praxis herausgebildet. Eine reine Vertrauensarbeitszeit, bei der ausser den öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbestimmungen keinerlei weiteren Grenzen für die Arbeitsleistungen vereinbart sind, ist eher selten. In aller Regel legen die Parteien dennoch gewisse Regeln fest, sei es dass gewisse Präsenzzeiten festgehalten werden oder dass eine Sollarbeitszeit vereinbart wird. Letzteres trifft meistens zu, damit einerseits klargestellt wird, ob es sich um eine Vollzeit- oder Teilzeitstelle handelt und andererseits auch der Umfang der Arbeitszeit festgehalten werden kann, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit oder aus ähnlichen Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist.

2.19. Daraus ergeben sich **zwei Grundtypen der Vertrauensarbeitszeit**, welche allerdings auch in der einen oder anderen Art vermischt werden können:

- Die Arbeitszeit kann dem Umfang nach in Stunden festgelegt werden, sei es mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit oder mit einer Jahresarbeitszeit und dem Arbeitnehmer wird **bloss der Zeitpunkt der Leistung** an Heim gestellt.
- Die Parteien können auch darauf **verzichten**, den **Umfang der Arbeitszeit nach Stunden festzulegen** und das Mass der Leistung nur nach den Aufgaben umschreiben. Dem Arbeitnehmer ist dann nicht nur frei gestellt, wann er die Leistung erbringen will, sondern auch wie viel Zeit er dafür aufwenden will.

2.20. Zu beachten ist schliesslich, dass es eigentlich um **zwei vollständig unterschiedliche Dinge** geht:

- Zum einen geht es um die Frage, ob feste Arbeitszeiten bestehen oder die Parteien flexible Arbeitszeiten vereinbart haben. Trifft letzteres zu, fragt sich, bei wem die Zeitsouveränität liegt.
- Zum andern geht es um die Kontrolle. Diese spielt bei festen und bei variablen Arbeitszeiten eine Rolle. Die Parteien können ein System mit technischen oder anderen Kontrollen vorgesehen haben oder eben dem Arbeitnehmer die Aufgabe übertragen haben, selber festzustellen, ob die vereinbarten Regeln eingehalten sind. Im letzten Fall liegt Vertrauensarbeitszeit vor.

3. Rechtsgrundlagen für Angestellte in der Bundesverwaltung

3.1. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

3.1. Die Lehre zum Arbeitsrecht unterscheidet zwischen dem Arbeitsverhältnis einerseits und dessen rechtlicher Basis andererseits. Unter dem Arbeitsverhältnis wird die Dauerbeziehung verstanden, welche den Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberin verbindet und typischer Weise mit der Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation beginnt. Davon kann die Rechtsgrundlage dieser Beziehung unterschieden werden, welche im Privatrecht regelmässig - aber nicht zwingend - in einem Arbeitsvertrag besteht und im öffentlich-rechtlichen Arbeits-

²⁵ Art. 321c OR.

²⁶ Art. 324 OR.

verhältnis durch die Anstellungsverfügung oder den öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrag geregelt wird.

3.2. Traditionell erfolgte die öffentlich-rechtliche Anstellung durch eine **zustimmungsbedürftige Verfügung**. Die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses richtete sich dann nach den entsprechenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Weil die Grundlage ein hoheitlicher Akt der Arbeitgeberin war, konnte das Rechtsverhältnis durch diese auch jederzeit umgestaltet werden - gegebenenfalls auch kurzfristig. Die Umgestaltung erfolgte durch Gesetzes- oder Verordnungsrevision. In neuerer Zeit ist der Staat nun dazu übergegangen, sein Personal nicht mehr durch eine zustimmungsbedürftige Verfügung sondern durch einen **öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag** anzustellen²⁷. Wird diese Rechtsänderung ernst genommen, bedeutet dies, dass die Anstellung auf konsensualer Basis ruht und damit auch jede Änderung der **Zustimmung beider Parteien** bedarf. Eine Änderung der Anstellungsbedingungen ist damit nur noch möglich, wenn der Arbeitnehmer mit der Änderung einverstanden ist.²⁸ Der Gesetzgeber kann nicht mehr Einseitig die Arbeitsbedingungen ändern, weil er damit in erworbene Rechte eingreift, was nur unter sehr eingeschränkten, kaum je gegebenen Voraussetzungen von der Verfassung her zulässig ist²⁹. Er greift in bestehende vertragliche Rechte ein. Solche fallen aber auch unter die Eigentumsgarantie der Verfassung.³⁰

3.2. Keine Anwendung der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag im OR

3.3. Grundsätzlich gelten für das dem Bundespersonalgesetz unterstellte Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30.3.1911 (OR)³¹ sinngemäss, sofern das Bundespersonalgesetz oder andere Bundesgesetzes nichts Abweichendes bestimmen.³² Dabei bestimmt das Bundespersonalgesetz in denjenigen Bereichen abweichende Regelungen, in denen sich das OR für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses beim Bund nicht eignet. Das BPG stellt im Vergleich zum OR das Spezialgesetz dar und statuiert daher lediglich Abweichungen vom OR. Die Abweichungen bestehen dabei hauptsächlich darin, dass das BPG einen höheren sozialen Mindest-Standard festhalten will als das OR.³³ In Bezug auf die Arbeitszeit lässt sich sagen, dass der Bundesrat in Art. 64 Abs. 2 BPV die maximale Normalarbeitszeit regelt, während das OR in Art. 329 lediglich die Gewährung eines freien Tages pro Woche, die üblichen freien Stunden und Tage sowie – im gekündigten Arbeitsverhältnis – der für die Stellensuche nötigen Zeit vorschreibt.³⁴

3.3. Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes bezüglich der Arbeitszeiten?

3.3.1. Ausgangslage

3.4. Die Frage der Anwendbarkeit des ArG auf die öffentlich-rechtlichen Anstellungen ist äusserst komplex und wenig verständlich geregelt. Eine oberflächliche Lektüre von Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG liesse vermuten, das ArG sei nie anwendbar. Das trifft allerdings so nicht

²⁷ Art. 8 Abs. 1 BPG.

²⁸ Art. 30 BPV.

²⁹ Vgl. Art. 26 und Art. 36 BV.

³⁰ VALLENDER, N. 20 zu Art. 26 BV

³¹ SR. 220.

³² Art. 6 Abs. 2 BPG.

³³ HELBLING/POLEDNA, S. 23-25.

³⁴ HELBLING/POLEDNA, S. 26.

zu, wie schon der Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ArG zeigt. Es ist vielmehr in mehrfacher Hinsicht zu unterscheiden:

- Eine Vielzahl von Bestimmungen, sind auch für die Verwaltung von Bund, Kanton und Gemeinde anwendbar, weil gar nicht auf die Umschreibung des Anwendungsbereiches des ArG abgestellt wird.³⁵ Nicht aufgeführt in dieser Bestimmung sind jedoch die Regeln über die Arbeitszeiten.
- Für die Frage der Anwendbarkeit der Arbeitszeitbestimmungen des ArG ist - wie noch zu zeigen sein wird - zwischen der Zentralverwaltung und den anderen Teilen der staatlichen Einrichtungen zu unterscheiden.
- Schliesslich ist Art. 71 ArG zu beachten, der öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält und damit allerdings mehr Fragen aufwirft als Klarheit schafft.

3.3.2. Unterscheidung zwischen Zentralverwaltung und anderen Teilen

3.5. Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG nimmt die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom Anwendungsbereich des ArG grundsätzlich aus. Auf dem Verordnungsweg kann der Bundesrat zudem einerseits öffentliche Anstalten den Verwaltungen gleich stellen und damit auch vom Anwendungsbereich ausnehmen und andererseits das ArG für einzelne Betriebe der Verwaltung anwendbar erklären³⁶. Der Vorbehalt der Verordnung schränkt den Anwendungsbereich somit nicht nur ein, sondern erweitert ihn auch³⁷.

3.6. Für die Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG ausserhalb der Zentralverwaltung entscheidend ist, ob es sich bei der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin um eine Körperschaft oder um eine Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt.³⁸

- Eine **Körperschaft** ist eine **juristische Person mit Mitgliedern**. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind insbesondere Bürgergemeinden, Korporationen, Kirchgemeinden, an diversen Universitäten auch die Studentenschaften.
- **Anstalten** sind demgegenüber **Zweckvermögen**, wie beispielsweise die Post oder in der Regel die Kantonalbanken, häufig Spitäler oder die Universitäten. Das Gesetz kann sie mit **eigener Rechtspersönlichkeit** ausstatten. Dann sind sie selbständige Anstalten.

3.7. Daraus ergibt sich für die Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG wohl, dass diese gemäss der Umschreibung des Anwendungsbereichs des ArG auf die hier interessierende **Zentralverwaltungen von Bund, Kanton und Gemeinden** nie anwendbar sind.³⁹ Das gilt auch dann, wenn die entsprechenden Arbeitnehmer privatrechtlich angestellt sind.

3.8. Handelt es sich demgegenüber um eine **andere öffentlich-rechtliche Körperschaft oder um eine Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit**, ist danach zu differenzieren, ob die Arbeitnehmenden mehrheitlich öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind⁴⁰. Sind die Arbeitnehmer mehrheitlich öffentlich-rechtlich angestellt, sind die Arbeitszeitbestimmungen grundsätzlich nicht anwendbar.⁴¹ Auf die Minderheit der privatrechtlich ange-

³⁵ Vgl. insbesondere Art. 3a ArG.

³⁶ Art. 2 Abs. 2 ArG; MÜLLER, ArG, N. Abs. 1 und Abs. 2 zu Art. 2 ArG; GEISER, N. 10 ff. zu Art. 2 ArG.

³⁷ BIGLER, N 11 zu Art. 2 ArG.

³⁸ Art. 7 ArGV 1.

³⁹ Vgl. aber hinten Rz. 3.12.

⁴⁰ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1; vgl. dazu: GEISER, N. 13 zu Art. 2 ArG.; ZWAHLEN, Kommentar-Hug, Art. 2 N. 12; MÜLLER, ArG, Art. 2 Abs. 2 N. 1; TSCHUDI, S. 26; CANNER/SCHOOP, Art. 2 N. 1.

⁴¹ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1.

stellten Arbeitnehmer ist dann aber das ArG doch anzuwenden, sofern die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbestimmungen nicht günstiger sind.⁴² Daraus ergibt sich allerdings auch das erstaunliche Ergebnis, dass wohl die Arbeitszeitbestimmungen der Personalgesetze von Bund und Kanton auch auf die privatrechtlich angestellten Mitarbeiter anwendbar sind, sofern diese Bestimmungen arbeitnehmerfreundlicher sind als das ArG.

3.9. Handelt es sich bei der Arbeitgeberin demgegenüber um eine **öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit**, sind die Arbeitszeitbestimmungen des ArG anwendbar, auch wenn die Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt sind. Allerdings ist Art. 71 ArG zu beachten, welcher günstigere öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält.

3.10. Die Tragweite von Art. 71 ArG in seiner geänderten Fassung ist allerdings wenig geklärt. Es ist unstritten, dass gemäss Art. 71 Bst. b ArG in allen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften, welche grundsätzlich unter das ArG fallen, die öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen bezüglich der Arbeitszeiten nicht schlechter sein dürfen, als jene des Arbeitsgesetzes⁴³. Fraglich erscheint aber, wie es sich verhält, wenn gemäss den aufgezeigten Regeln nach Art. 2 ArG und Art. 7 ArGV 1 die Arbeitszeitbestimmungen des ArG als nicht anwendbar erklärt werden. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass der betriebliche Anwendungsbereich gegeben sein muss, damit Art. 71 Bst. b ArG anwendbar ist⁴⁴. Mit Fug kann das allerdings in Frage gestellt werden. Die in Art. 71 Bst. b ArG vorgesehene Einschränkung des Vorranges öffentlich-rechtlicher Anstellungsbedingungen verhindert nur dann Wettbewerbsverzerrungen und schützt Arbeitnehmer unabhängig der Art ihrer Anstellung gleichmässig, wenn die Bestimmung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betrieb bloss wegen Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG nicht dem Arbeitsgesetz untersteht. Dass es ohne weiteres Möglich ist, einzelne Normen des ArG auf Betriebe und Anstellungsverhältnisse anzuwenden, die vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind, zeigen auch andere Bestimmungen des ArG. Schliesslich bleibt zu beachten, dass die Gesundheitsbestimmungen des ArG gemäss Art. 2 Abs. 1, Ingress und Art. 3a ArG ohnehin bezüglich des Gesundheitsschutzes auf öffentlich-rechtlich organisierte Betriebe anwendbar sind⁴⁵.

3.3.3. Folgerung für die Anstellungen in der Zentralverwaltung

3.11. Für die Zentralverwaltung des Bundes kann allerdings davon ausgegangen werden, dass das ArG grundsätzlich nicht anwendbar ist, unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind.

3.12. Zu beachten ist nun aber, dass die **Rahmenverordnung BPG**⁴⁶ ausdrücklich die Art. 9 ff. ArG auf die Arbeitsverhältnisse beim Bund für anwendbar erklärt.⁴⁷ Eine Einschränkung der Anwendung dieser Bestimmungen auf bloss einen Teil der Arbeitsverhältnisse ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht. Insofern scheint es fraglich, ob die in Art. 3 ArG enthaltenen Einschränkungen des personellen Anwendungsbereiches des Arbeitsgesetzes auch hier gelten. Von Bedeutung ist diese Ausnahme vom Anwendungsbereich des ArG insbesondere mit Blick auf die Nichtanwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Arbeitnehmer, "die eine höhere leitende Tätigkeit" ausüben.⁴⁸

⁴² Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

⁴³ MAHON, N. 10 zu Art. 71 ArG.

⁴⁴ MAHON, N. 11 zu Art. 71 ArG; GEISER, 9. zu Art. 2 ArG.

⁴⁵ Vgl. dazu GEISER, Kommentare zu Art. 3a ArG.

⁴⁶ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) vom 20. Dezember 2000 [SR 172.220.11].

⁴⁷ Art. 8 Abs. 1 Rahmenverordnung BPG.

⁴⁸ Art. 3 Bst. d ArG.

3.13. Die Frage ist allerdings nur beschränkt von Bedeutung, weil das Bundesgericht den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit sehr eng auslegt. Das Gesetz stellt ausdrücklich auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers ab, nicht auf eine Funktionsbezeichnung, eine Entlohnung oder eine bestimmte hierarchische Stellung im Unternehmen. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer tatsächlich die entsprechende Entscheidungsbefugnis ausübt oder nicht⁴⁹. Die Verordnung 1 zum ArG hält aber auch fest, dass die tatsächliche Arbeit alleine für den Ausschluss vom Anwendungsbereich nicht genügt. Die höhere leitende Tätigkeit schliesst jemanden vom Anwendungsbereich des ArG nur aus, wenn er diese Tätigkeit auch auf Grund seiner Stellung ausübt. Entsprechend lässt sich die Unterscheidung, ob jemand unter die Ausnahme fällt oder nicht, mit **Sicherheit nicht nach einer Lohnklasseneinteilung vornehmen**.

3.14. Das Gesetz fordert zudem ausdrücklich, dass es sich um eine "höhere" leitende Tätigkeit handeln muss. Die blosse Tatsache, dass jemand einen Vertrauensposten innehat, genügt nicht. Die Prüfung hat immer im Einzelfall zu erfolgen⁵⁰. Eine Bildung von Fallgruppen ist abzulehnen. Wohl hat die Botschaft zum Arbeitsgesetz eine nicht abschliessende Liste von Beispielen "höherer leitender Mitarbeiter" aufgeführt⁵¹. Erwähnt werden "Direktoren", "Betriebsleiter" und "höheres Forstpersonal". Sie hält auch ausdrücklich als nicht dazu gehörend Werkmeister und Poliere fest⁵². Das Bundesgericht verglich als "Abteilungschefs" bezeichnete Mitarbeiter nach ihrer tatsächlichen Stellung mit Werkmeistern und verneinte die Qualifikation als höhere leitende Angestellte⁵³. Solche Kategorienbildungen müssen aber letztlich immer daran scheitern, dass es auf die Stellung im Einzelfall ankommt. Die blosse Zugehörigkeit zum "Kader" reicht in keinem Fall aus, um die Anwendung des ArG auszuschliessen. **Kern der Umschreibung** stellt die Frage dar, ob jemand auf Grund seiner Stellung und Verantwortung weit reichende **Entscheidungsbefugnisse** im Betrieb hat⁵⁴. Die Möglichkeit, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen genügt nicht⁵⁵. Zudem müssen diese Entscheide sich auf **wesentliche Angelegenheiten** des Unternehmens beziehen. Sie müssen geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unternehmens insgesamt, mindestens aber eines seiner hauptsächlichen Teile nachhaltig zu bestimmen⁵⁶. Es handelt sich im Wesentlichen um die oberste Führungshierarchie, die Geschäftsleitung eines Unternehmens. Gebiete, die für eine solche Entscheidungsbefugnis in Betracht kommen, sind u.a. die Einstellung und der Einsatz des Personals⁵⁷, die Einteilung der Arbeitszeiten im Unternehmen oder im Verantwortungsbereich (nicht lediglich der eigenen Arbeitszeit oder einiger weniger unmittelbar unterstellter Mitarbeiter), die Lohnpolitik sowie "Grundsatzfragen der Geschäftspolitik"⁵⁸. Die Entscheidungsbefugnis muss schliesslich auch, wie dies der Verordnungstext zum Ausdruck bringt⁵⁹, mit einer **entsprechenden Verantwortung** einhergehen⁶⁰. Der Angestellte muss demnach für seine Entscheide der obersten Unternehmensleitung (Verwaltungsrat, Generaldirektion) rechenschaftspflichtig⁶¹ und ggf. auch haftbar sein.

⁴⁹ GEISER N. 21 zu Art. 3 ArG; BGE 98 Ib 348; 126 III 340 f.

⁵⁰ BGE 126 III 340.

⁵¹ BBl 1960 947 f.

⁵² BBl 1960 947 f.

⁵³ BGE 98 Ib 349.

⁵⁴ BGE 98 Ib 348.

⁵⁵ BGE 98 Ib 348; 126 III 341; BIGLER, Art. 3 lit. d.

⁵⁶ BGE 126 III 340.

⁵⁷ GEISER N. 22 zu Art. 3 ArG..

⁵⁸ BGE 98 Ib 349.

⁵⁹ Art. 9 ArGV1.

⁶⁰ BGE 98 Ib 348; 126 III 340; GEISER N. 22 zu Art. 3 ArG.

⁶¹ GEISER N. 22 zu Art. 3 ArG.

3.15. Diese Voraussetzungen treffen nur auf einen sehr geringen Teil der Angestellten des Bundes zu, welche der Vertrauensarbeitszeit unterstehen. Von daher kann im Weiteren davon ausgegangen werden, dass die **Arbeitszeitbestimmungen des ArG auf die hier zu betrachtenden Arbeitsverhältnisse** durch Verweis auf Verordnungsstufe **anwendbar** ist.

3.4. Anwendbarkeit des Bundespersonalgesetzes

3.16. Das Bundespersonalgesetz vom 24.3.2000 (BPG)⁶² ist gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a BPG auf das Personal der Bundesverwaltung nach Art. 2 Abs. 1 und 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21.3.1997 (RVOG)⁶³ anwendbar. Ebenso kommen die Ausführungsbestimmungen auf das Personal der Bundesverwaltung zur Anwendung.⁶⁴

3.5. Grundsätze des Bundespersonalgesetzes

3.17. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nach BPG sieht grundsätzlich für den Abschluss des Arbeitsverhältnisses ebenfalls das Konsensprinzip vor.⁶⁵ Zudem erfolgt die Anstellung im Normalfall auf unbestimmte Zeit.⁶⁶ Es gibt jedoch auch Personal, welches auf Amtsdauer gewählt ist, dieses genießt immer noch einen Beamtenstatus.⁶⁷ Ein befristetes Arbeitsverhältnis ist nur in Ausnahmefällen möglich und darf längstens auf 5 Jahre abgeschlossen werden.⁶⁸ Die Kündigungsmöglichkeiten sind auf Arbeitgeberseite auf normierte Kündigungsgründe beschränkt.⁶⁹

3.6. Normen bezüglich der Arbeitszeit im Besonderen

3.18. Die **Arbeitszeit wird im Bundespersonalgesetz in Art. 17 BPG geregelt**. Dabei wird in Art. 17 Abs. 1 BPG festgehalten, dass die Ausführungsbestimmungen die Arbeitszeit sowie die Ferien und den Urlaub regeln. Zudem regeln die Ausführungsbestimmungen auch den Umfang und den Ausgleich von Mehrarbeit und Überzeit. Der Bundesrat regelt die maximale Normalarbeitszeit, die Mindestferien sowie den Mutterschaftsurlaub.⁷⁰

3.19. Der Schweizerische Bundesrat hat auf Grund des Gesetzes zwei allgemeine Verordnungen zum Bundespersonalgesetz erlassen, die **Rahmenverordnung BPG**⁷¹ und die **Bundespersonalverordnung vom 3.7.2001 (BPV)**⁷². Es fragt sich, wie diese Verordnungen zu einander stehen, wenn sie widersprechende Regelungen enthalten. Von der Normhierarchie her sind die beiden Regelwerke gleichgeordnet. Aus diesem Kriterium lässt sich folglich kein Vorrang der einen gegenüber der anderen festhalten. Als entscheidend wird in aller Regel der Detaillierungsgrad anzusehen sein, so dass das Speziellere dem Allgemeineren und damit die BPV der Rahmenverordnung vorgeht. Das bedeutet aber auch, dass die Normen der BPV auch dann gültig sind, wenn sie den Regeln des Arbeitsgesetzes widersprechen, weil dieses hier ja nicht als Gesetz, sondern bloss als Verordnung zur Anwendung gelangt, da es nur auf Verordnungsstufe für anwendbar erklärt wird.

⁶² SR. 172.220.1.

⁶³ SR 172.010.

⁶⁴ Art. 1 BPV. Art. 1 Abs. 1 VBPV.

⁶⁵ Vischer, 2005, S. 315.

⁶⁶ Art. 9 Abs. 1 BPG.

⁶⁷ Art. 9 Abs. 4 BPG i.V.m. Art. 32 BPV.

⁶⁸ Art. 9 Abs. 2 BPG.

⁶⁹ Art. 12 Abs. 6 BPG.

⁷⁰ Art. 17 Abs. 2 BPG.

⁷¹ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) vom 20. Dezember 2000 [SR 172.220.11].

⁷² SR. 172.220.111.3.

3.20 In Art. 64a BPV wird die Ausgestaltung der Vertrauensarbeitszeit näher geregelt, während in Art. 65 BPV auf die Mehrarbeit und die Überzeit eingegangen wird. Betreffend die Vertrauensarbeitszeit hält Art. 64a BPV fest, dass Angestellte mit Vertrauensarbeitszeit von der Erfassung der Arbeitszeit befreit sind und sie zudem keine Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit kompensieren können. Danach wird festgehalten, inwiefern den Arbeitnehmern der verschiedenen Lohnklassen die Vereinbarung der Vertrauensarbeitszeit offen steht, bzw. für welche Lohnklassen dieses Arbeitszeitmodell obligatorisch ist.⁷³ Anstelle der Kompensation für Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit erhalten Angestellte mit Vertrauensarbeitszeit eine jährliche Entschädigung in Form einer Barvergütung von 5 Prozent des Jahreslohnes. Im Einvernehmen mit den Vorgesetzten können sich die Angestellten ausnahmsweise zehn Ausgleichstage oder 100 Stunden auf ein Sabbaticalkonto gutschreiben lassen. Dabei müssen die Ausgleichstage in dem Kalenderjahr bezogen werden, in welchem der Anspruch entsteht. Ist dies wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaftsurlaub nicht möglich, so sind sie im Folgejahr zu beziehen. Werden die Ausgleichstage aus anderen Gründen nicht bezogen, verfallen sie entschädigungslos.

3.21. Schliesslich bestehen auch Normen bezüglich der Arbeitszeit in der **Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung vom 6.12.2001 (VBPV)**⁷⁴. Im fünften Abschnitt dieser Verordnung, werden Normen bezüglich Arbeitszeit, Ferien und Urlaub statuiert.⁷⁵ Das Vertrauensarbeitszeitmodell gilt als flexibles Arbeitszeitmodell. Die Barvergütung von 5 Prozent des Jahreslohnes, welche anstelle der Kompensation für Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit tritt, umfasst sowohl den Lohn nach Art. 36 BPV als auch die Funktionszulagen nach Art. 46 BPV.

3.22. Das **Personalamt und wohl auch die einzelnen Arbeitgeber** i. S. des Personalgesetzes bzw. die einzelnen Dienststellen haben sodann erläuternde **Richtlinien erlassen**. Zu erwähnen sind insbesondere die Erläuterungen des Personalamtes von 2009 und die Richtlinien des Eidgenössischen Personalamtes für die Vertrauensarbeitszeit.⁷⁶

4. Kritische Würdigung und Folgerungen

4.1. Arbeitszeitregelung für die Bundesverwaltung

4.1.1. Allgemeine Regeln

4.1. Das Bundespersonalgesetz enthält bezüglich der Arbeitszeit nur eine Verweisnorm, ohne jegliche Konkretisierung.⁷⁷ Andere Gesetze, welche eine maximale Arbeitszeit vorsehen oder die Lage der Arbeitszeiten eingrenzen, sind auf die Bundesverwaltung nicht anwendbar. Es gibt damit für die Festlegung der Arbeitszeiten in der zentralen Bundesverwaltung **keinerlei gesetzliche Schranken**.

⁷³ Art. 64a Abs. 2-4 BPV.

⁷⁴ SR. 172.220.111.31

⁷⁵ Art. 28-40 VBPV.

⁷⁶ EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Flexible Arbeitszeit/Arbeitszeitmodelle, Januar 2009; EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Richtlinien für die Vertrauensarbeitszeit, Dezember 2003.

⁷⁷ Art. 17 BPG.

4.2. Einschränkungen finden sich erst auf Verordnungsstufe, wobei mangels gesetzlicher Einschränkungen der Verordnungsgeber, d.h. der **Bundesrat vollständig frei** ist, wie er die Arbeitszeiten regeln will.⁷⁸

4.3. Die normale Wochenarbeitszeit beträgt **41 Stunden und für Angestellte 42 Stunden**.⁷⁹ Wobei die zusätzliche Stunde bei den Angestellten durch eine Woche Freizeit pro Kalenderjahr ausgeglichen wird.⁸⁰ Diese Ausgleichswoche ist innerhalb des Kalenderjahres, allenfalls im folgenden Jahr zu beziehen. Ansonsten der Anspruch verfällt.⁸¹ Die Verordnung verwendet den Begriff der "durchschnittlichen Wochenarbeitszeit"⁸². Eine Arbeitszeit wird aber nur dann im *Durchschnitt* eingehalten, wenn auf eine lange Dauer bemessen weder mehr noch weniger geleistet wird. Insofern handelt es sich um die normale, vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitszeit.

4.4. Die Arbeitszeiten können gemäss der Verordnung **nach Bedarf auf 45 Stunden verlängert werden**.⁸³ Dabei unterscheidet die Verordnung zwischen Mehrarbeit und Überzeit. Erstere ist bei Teilzeitangestellten die über das vertraglich Vereinbarte hinausgehende Arbeitszeit bis zum Vollzeitpensum, d.h. 41 bzw. 42 Stunden pro Woche⁸⁴. Als Überzeit wird die Arbeit bezeichnet, welche ein Vollzeitpensum übersteigt⁸⁵. Dabei lässt die BPV ein Übersteigen der genannten 45 Stunden pro Woche uneingeschränkt zu.⁸⁶ Die Verordnung regelt dann nur, dass grundsätzlich ein Ausgleich in Freizeit und in welchem Zeitrahmen zu erfolgen hat. Ist ein Ausgleich in Freizeit nicht möglich, hat eine Entschädigung zu erfolgen, wobei das Maximum der Entschädigung - nicht jedoch der geleisteten Stunden - in der BPV festgehalten wird.⁸⁷ Die Regel des Ausgleiches zeigt, dass die Ausdehnung auf 45 Stunden nicht als eine allgemeine Erhöhung der geschuldeten Arbeit zu verstehen ist, sondern Ausnahmesituationen Rechnung getragen werden soll. Diese Regeln der BPV stehen in einem gewissen Widerspruch zu den nach der Rahmenverordnung zum BPG anwendbaren Arbeitszeitnormen des ArG. Nach diesem liegt Überzeit nur vor, wenn mehr als 45 Stunden pro Woche gearbeitet werden. Dafür ist dann aber der Umfang begrenzt und der Ausgleich (oder die Entschädigung) zwingend und die Arbeitgeberin für die Einhaltung der Regeln verantwortlich.

4.5. Bezüglich der **Lage der Arbeitszeiten** hält die BPV nur fest, dass für Arbeiten zwischen 20 und 5 Uhr Zuschläge geschuldet sind.⁸⁸ Erst auf Ebene der Verordnung des EFD findet sich sodann im Zusammenhang mit der gleitenden Arbeitszeit eine **Pausenregelung**, die allerdings nur vorsieht, dass über Mittag eine Pause von mindestens 30 Minuten eingelegt werden muss.⁸⁹ Aus dem auf Grund der Rahmenverordnung zum BPG anwendbaren ArG ergibt sich demgegenüber eine andere Zuschlagsregelung, die teilweise weitergeht, teilweise aber auch enger ist. Überdies ergeben sich Ansprüche auf weitere Pausen⁹⁰.

⁷⁸ Vorbehalten sind selbstverständlich die allgemeinen verfassungsrechtlichen Scharanken wie namentlich die Rechtsgleichheit und das Verbot der Diskriminierung von Mann und Frau.

⁷⁹ Art. 64 Abs. 1 und 2 BPV.

⁸⁰ Art. 64 Abs. 2 BPV.

⁸¹ Art. 64 Abs. 2^{bis} BPV.

⁸² Art. 64 Abs. 1 und 2 BPV.

⁸³ Art. 64 Abs. 3 BPV.

⁸⁴ Art. 65 Abs. 3 BPV.

⁸⁵ Art. 65 Abs. 1 und 2 BPV.

⁸⁶ Vgl. Art. 65 Abs. 5 Bst. b BPV.

⁸⁷ Art. 65 Abs. 5, Ingress BPV.

⁸⁸ Art. 64 Abs. 5 und 6 BPV.

⁸⁹ Art. 28 Abs. 3 VBPV.

⁹⁰ Art. 15 f. ArG.

4.6. Das Bundespersonalrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es auf Verordnungsstufe eine **Vielzahl von unterschiedlichen Arbeitszeitmodellen** bietet. Die BPV enthält allerdings nur die Grundnorm.⁹¹ Die verschiedenen Modelle finden sich sodann erst auf Stufe der Verordnung des EFD. Es handelt sich um gleitende Arbeitszeit, Bandbreitenmodelle, Jahresarbeitszeit, Gruppenarbeitszeit, Sabbaticals, Vertrauensarbeitszeit und Telearbeit⁹². Die entsprechenden Regeln zeigen auf, dass dabei sehr wohl der zeitliche Umfang der Arbeit variieren kann. Geht man von der in Art. 64 Abs. 2 BPV festgesetzten normalen Arbeitszeit für Angestellte von 42 Wochen aus, ergibt sich dass mit diesen Modellen der geschuldete Umfang auf 44 bzw.⁹³ maximal 45 Stunden⁹⁴ erhöht werden kann. Die Verordnung des EFD und die Richtlinien des Personalamtes sehen vor, dass es sich um eine echte Erhöhung der ordentlichen Arbeitszeit handeln kann, indem die Mehrleistung durch eine entsprechende Lohnerhöhung entschädigt und nicht durch Freizeit, auch nicht durch zusätzliche Freitage, ausgeglichen wird. Zu beachten ist aber, dass in jedem Fall eine zusätzliche Leistung der Arbeitgeberin dafür geschuldet und nicht einfach eine einseitige Erhöhung der Arbeitszeit vorgesehen ist.

4.7. Nichts deutet indessen darauf hin, dass für einzelne Arbeitszeitmodelle der in Art. Rahmenverordnung BPG enthaltene Verweis auf die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes⁹⁵ nicht gelten soll. Die Bestimmungen der Verordnung zu den einzelnen Arbeitszeitmodellen sind von daher **immer auf dem Hintergrund der Bestimmungen des ArG zu lesen** und Abweichungen von diesen sind nur anzunehmen, wo sich diese **ausdrücklich aus der Verordnung ergeben**.

4.1.2. Sonderregeln für die Vertrauensarbeitszeit

4.8. Es fragt sich nun, ob die Regeln zur Vertrauensarbeitszeit eine Abweichung vom zeitlichen Umfang der zu leistenden Arbeit vorsehen. **Massgebend ist dafür Art. 64a BPV**. Das BPG selber enthält keine konkreten Angaben zur Vertrauensarbeitszeit und die Verordnung des EFD hat sich an die Vorgaben der BPV zu halten. Sie kann nicht darüber hinausgehende Pflichten und Rechte schaffen.

4.9. Art. 64a BPV regelt **in erster Linie die Zeiterfassung** und nicht den Umfang der geschuldeten Leistung.⁹⁶ Er hält sodann fest, auf **welche Arbeitsverhältnisse die Vertrauensarbeitszeit Anwendung** findet.⁹⁷ Schliesslich regelt die Norm den Ausgleich. Dabei wird einerseits festgehalten, dass keine Mehrarbeit, Überzeit oder Gleitzeit ausgeglichen werden kann.⁹⁸ Andererseits wird dann aber ein genereller Ausgleich in Geld oder Freizeit vorgesehen.⁹⁹

4.10. Art. 64a Abs. 1 BPV will wohl in klausulierter Form zum Ausdruck bringen, dass diese Arten von Mehrleistungen gar nicht zur Anwendung gelangen, weil eben keine festen Arbeitszeiten bestehen. Dafür findet ein Ausgleich durch freie Tage oder durch einen Lohnzuschlag statt.¹⁰⁰ Die Regelung eines Ausgleichs zeigt, dass der Verordnungsgeber offenbar von

⁹¹ Art. 64 Abs. 4 BPV.

⁹² Vgl. isb. Art. VBPV.

⁹³ Art. 31 Abs. 1 VBPV.

⁹⁴ Art. 32 VBPV.

⁹⁵ Art. 8 Abs. 1 Rahmenverordnung BPG.

⁹⁶ Art. 64a Abs. 1 BPV.

⁹⁷ Art. 64a Abs. 2 bis 4 BPV.

⁹⁸ Art. 64a Abs. 1 BPV.

⁹⁹ Art. 64a Abs. 5 und 6 BPV.

¹⁰⁰ Art. 64a Abs. 5 und 6 BPV.

einer Mehrleistung des Arbeitnehmers ausgeht. Nicht konkretisiert wird, ob die Mehrleistung in einer höheren Effizienz oder in einer zeitlichen Mehrleistung besteht. Darauf antwortet auch die Art des Ausgleiches nicht. Der Ausgleich in Geld macht sowohl bei mehr Arbeitsstunden wie auch bei einer höheren Effizienz des Arbeitnehmers in (gleicher oder) kürzerer Arbeitszeit Sinn. Mehr Freitage erscheinen in erster Linie als Ausgleich für längere Arbeitszeiten. Dieser Ausgleich macht aber auch Sinn, wenn die Arbeit nicht länger gedauert hat, sondern bloss intensiver war. Die Begrenzung des Masses des Ausgleichs in Zeit oder Geld zeigt aber in jedem Fall, dass offenbar der Erhöhung der Leistung enge Schranken gesetzt werden sollten. Von daher darf wohl angenommen werden, dass die 45 Stunden, welche für die Jahresarbeitszeit vorgesehen sind¹⁰¹, auch bei der Vertrauensarbeitszeit im Durchschnitt nicht überschritten werden sollen. Ich komme damit zum Schluss, dass mit der **Vertrauensarbeitszeit die Bandbreite der geschuldeten Arbeitszeit zwar bis zu 45 Stunden in der Woche ansteigen kann, dass aber dieses Mass nicht überschritten werden darf**. Das hindert nicht, dass in einer Woche mehr gearbeitet werden kann. Es bedeutet aber, dass im Durchschnitt nicht mehr gearbeitet werden muss. Nur die "Überzeit" im Sinne der BPV, d.h. die Zeit bis 45 Stunden pro Woche, ist nicht auszugleichen. Demgegenüber besteht sehr wohl ein Anspruch auf Ausgleich der Überzeit im Sinne des Arbeitsgesetzes, d.h. für jene Arbeit, welche 45 Stunden pro Woche übersteigen.

4.11. Uneingeschränkt einzuhalten sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über die **Pausen und die Lage der Arbeitszeit**. Diesbezüglich ist der BPV auch bei der Vertrauensarbeitszeit keinerlei Einschränkung zu entnehmen.

4.2. Arbeitszeitkontrolle in der Bundesverwaltung

4.12. Nicht anwendbar auf die Bundesverwaltung ist die Bestimmung über die Verzeichnisse und anderen Unterlagen, welche die Arbeitgeberin den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu stellen hat und die dazugehörigen Verordnungsbestimmungen.¹⁰² Insofern ist **keine Bestimmung** zu sehen, welche die Bundesverwaltung zu einer **genauen Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften** und damit zu einer detaillierten Aufzeichnung der Arbeitszeiten **verpflichten würde**.

4.13. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, die Bundesverwaltung sei nicht verpflichtet in ihrem eigenen Organisationsbereich die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überwachen, zu prüfen und zu dokumentieren. Schon das Gesetz verpflichtet zum Controlling und Reporting.¹⁰³ Die Arbeitgeber des Bundes sind gemäss Gesetz ausdrücklich verpflichtet Willkür im Arbeitsverhältnis zu verhindern.¹⁰⁴ Dazu gehört ohne jeden Zweifel in erster Linie dafür zu sorgen, dass die gesetzlichen Bestimmungen überhaupt eingehalten werden. Insofern besteht sehr wohl in der Bundesverwaltung eine **Verpflichtung Systeme einzurichten, welche die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen sichern und überprüfbar machen**. Die Vertrauensarbeitszeit ist kein Freipass für die Abweichung von den Arbeitnehmerschutzbestimmungen.

4.3. Einführung neuer Arbeitszeitmodelle

4.14. Zu beachten ist schliesslich, dass das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis beim Bund nicht mehr auf Verfügung sondern auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruht.¹⁰⁵

¹⁰¹ Art. 32 Abs. 2 VBPV.

¹⁰² Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1.

¹⁰³ Art. 4 und 5 BPG.

¹⁰⁴ Art. 4 Abs. 3 BPG.

¹⁰⁵ Vgl. vom Rz. 3.2.

Entsprechend sind auch Abänderungen der Anstellungsbedingungen nur im gegenseitigen Einverständnis möglich, wie Art. 30 BPV ausdrücklich festhält. Zu den Anstellungsbedingungen gehört zweifellos Umfang und Lage der Arbeitszeit. Wird ein Arbeitszeitmodell abgeändert, so bedarf es dafür grundsätzlich einer Vertragsänderung und deshalb des Einverständnisses beider Parteien. Die Änderung kann nicht einseitig von der Arbeitgeberin verordnet werden, auch nicht vom Ordnungsgeber.

4.4. Vergleich mit dem Privatrecht

4.15. Mit Blick darauf, dass der Bundesrat als Ordnungsgeber gleichzeitig Arbeitgeber ist, hat im öffentlichen Recht die **Arbeitgeberin die Möglichkeit die Arbeitszeit vollständig frei mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren**, was eine private Arbeitgeberin nur bei höheren Leitenden Angestellten kann, bei denen das Arbeitsgesetz nicht anwendbar ist. Bei allen übrigen Arbeitnehmern - einschliesslich des Kaders - ist dies nicht möglich, weil das Arbeitsgesetz maximale Arbeitszeiten vorschreibt.

4.16 Auf **Verordnungsstufe** regelt der Bundesrat sodann die **durchschnittliche Arbeitszeit im Rahmen** dessen, was auch in der Privatwirtschaft durchaus **üblich** ist. Abweichend vom Privatrecht ist dann aber die Verwirkung der Ausgleichswoche. Im privaten Arbeitsverhältnis sind solche Verwirkungen nicht möglich, weil Art. 341 OR den Untergang von Ansprüchen des Arbeitnehmers durch Zeitablauf zusammen mit den Bestimmungen über die Verjährung im allgemeinen Teil des Obligationenrechts abschliessend und zwingend regelt. Entsprechend können die Forderungen auch nicht durch blosses Nichtgeltendmachung verwirken.¹⁰⁶ Soweit es um Überzeiten im Sinne des Arbeitsgesetzes geht, trifft die Verantwortung für den Ausgleich sogar die private Arbeitgeberin und sie macht sich strafbar, wenn der Arbeitnehmer den Ausgleich nicht bezieht.¹⁰⁷

4.17. Während für das private Arbeitsverhältnis das Arbeitsgesetz maximale wöchentliche Arbeitszeiten vorschreibt, welche nur in einem engen Rahmen überschritten werden können¹⁰⁸, erlaubt es das Bundespersonalrecht auf Gesetzesstufe der Arbeitgeberin **beliebig lange Arbeitszeiten anzuordnen**, sofern dies vom Arbeitsanfall her notwendig ist. Auch die Lage der Arbeitszeiten und die Pausen sind für das Bundespersonal auf Gesetzesstufe gar nicht geregelt. Auf Verordnungsstufe findet sich ausschliesslich der Verweis auf die Regelung des Arbeitsgesetzes, von der dann allerdings in der BPV wiederum teilweise abgewichen wird.

4.18. Während im Privatrecht genau geregelt ist, in welchem Umfang die Arbeitgeberin die Einhaltung der Regeln über die maximalen Arbeitszeiten, die minimalen Pausen und das Nacht- und das Sonntagsarbeitsverbot **dokumentieren** muss, und dass die **Arbeitgeberin dafür die Verantwortung trägt**, fehlen im Bundespersonalrecht diesbezüglich klare Bestimmungen. Diese Verpflichtungen müssen für Arbeitsverhältnisse beim Bund aus allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts abgeleitet werden. Ohne Konkretisierung hat hier aber der Arbeitnehmer kaum eine Möglichkeit sich auf eine verlässliche Praxis zu berufen.

4.5. Folgerung

4.19. Das geltende Recht bietet eine **ausreichende Rechtsgrundlage** für die Einführung der Vertrauensarbeitszeit in der Bundesverwaltung. Ein solches Arbeitszeitmodell ist für Teile der

¹⁰⁶ Vgl. STREIFF/VON KAENEL, N. 4 zu Art. 341 OR.

¹⁰⁷ Art. 59 Abs. 1 Bst. b ARG.

¹⁰⁸ Art. 12 ARG: 170 Std. pro Jahr für Arbeitnehmer mit maximaler Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche und 140 Stunden für Arbeitnehmer mit einer maximalen wöchentlichen Arbeitszeit von 50 Stunden.

Bundesverwaltung sicher ebenso **sinnvoll**, wie für Teile der Privatwirtschaft. Sie weist sowohl für die Arbeitnehmer wie auch für die Arbeitgeberin Vorteile auf.

4.20. Mit der Vertrauensarbeitszeit soll aber **nicht der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung vergrössert** werden. Vielmehr geht es darum, die vereinbarte Arbeitsleistung effizienter einzusetzen, indem dem Arbeitnehmer mehr Freiräume in der Ausgestaltung seiner Arbeit gewährt und eine bessere Anpassung der Arbeit an die Bedürfnisse der Arbeitgeberin möglich werden. Damit verbunden ist zwingend eine **Verminderung der Kontrollen**.

4.21. Vertrauensarbeitszeit setzt indessen sinnvoller Weise voraus, dass der Rahmen, in dem sie sich abspielen soll, klar abgesteckt ist. Das geschieht durch die Anwendbarkeit der Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes. Indessen wäre es **sinnvoll, wenn die Anwendbarkeit nicht erst auf Verordnungsstufe sondern schon auf Gesetzesstufe festgelegt würde**. Dadurch wäre die Normhierarchie in dem Sinne klar, dass sich die Verordnungen und die nachfolgenden Normen an die Vorgaben des Arbeitsgesetzes halten müssten und von diesen nicht abweichen könnten.

4.22. Mit Blick auf die fehlende Aufzeichnung der Arbeitszeiten bei der Vertrauensarbeitszeit, wäre es angebracht, wenn die **Bundesverwaltung ähnliche Kontrollsysteme entwickeln würde**, wie diese nunmehr auch in der Privatwirtschaft, namentlich bei den Banken, vorgesehen sind. Sie bestehen in einem klaren Reporting jedes einzelnen Mitarbeiters gegenüber seinen Vorgesetzten über die Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften. Sodann haben die Vorgesetzten ihren jeweils vorgesetzten Stellen die Einhaltung dieser Regeln zu bestätigen und gegebenenfalls über Abweichungen zu rapportieren. Das erlaubt dann auch, Massnahmen zu ergreifen, wenn sich zeigt, dass die Regeln nicht eingehalten worden sind. Das kann die unbequeme Konsequenz haben, dass unter Umständen mehr Personal eingestellt oder Dienstleistungen abgebaut werden müssen, Reorganisationen vorgenommen werden oder sich die Arbeitgeberin von Arbeitnehmern mit ungenügenden Leistungen trennen wird. Kontrollsysteme führen aber zu Transparenz und überdies machen Arbeitnehmerschutzvorschriften keinen Sinn, wenn sie nicht auch eingehalten werden.

5. Beantwortung der Fragen

1.a) Arbeitnehmendenschutz: Bietet die aktuelle rechtliche Ausgestaltung des Vertrauensarbeitszeitmodells der Bundesverwaltung einen im Vergleich zum Privatrecht, insbesondere zum Arbeitsgesetz gleichwertigen Arbeitnehmendenschutz?

Wie dargelegt bietet das Personalrecht keinen gleichwertigen Schutz,

- weil das Gesetz selber nur ganz allgemeine Grundsätze enthält,
- die Verordnungsbestimmungen bezüglich Ausgleich zum Teil einen geringeren Schutz bieten als die Regeln des Arbeitsvertragsrechts und des Arbeitsgesetzes sowie
- die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitnehmerschutzregeln nicht geregelt und die Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin für die Einhaltung der Schutzbestimmungen nicht verankert sind.

1.b) Falls nicht, welche Aspekte müssten rechtlich im Personalrecht des Bundes normiert werden (und wie), um zumindest einen gleichwertigen Schutz zu gewährleisten?

- Es müsste der Vorrang der sich aus dem Arbeitsgesetz ergebenden Arbeitszeitbestimmungen gegenüber der Verordnung festgehalten werden sowie

- Kontrollmechanismen für die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen geschaffen und die Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin für die Einhaltung verankert werden. Letzteres bedeutet insbesondere, dass für den Bezug von Ausgleichzeiten und -tagen keine Verwirkungsfristen vorgesehen werden dürfen.

2.a) Wie ist das Vertrauensarbeitszeitmodell vor dem Hintergrund von Artikel 17 Bundespersonalgesetz zu beurteilen? Ist die aktuelle Umsetzung dieses Artikels mit dem BPG vereinbar?

Das BPG lässt dem Ordnungsgeber ein weites Ermessen. Es bestimmt nicht, dass die Anstellungsbedingungen beim Bund den gleichen Arbeitnehmerschutz aufweisen müssen, wie bei einer privatrechtlichen Anstellung. Insofern genügt das derzeitige Vertrauensarbeitszeitmodell den Anforderungen von Art. 17 BPG, auch wenn dies möglicher Weise mit Blick auf den im Vergleich zur Privatwirtschaft schlechteren Arbeitnehmerschutz unbefriedigend erscheinen mag.

2.b) Falls nicht, welche Anpassungen auf Verordnungsstufen wären notwendig, um das Vertrauensarbeitszeitmodell des Bundes mit dem BPG in Einklang zu bringen?

Diese Frage erübrigt sich folglich.

*

Minusio, 7. Juni 2011

Prof. Thomas Geiser

Literatur

- FRIEDRICH-WALTER BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1986;
CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004;
RUDOLF CANNER/RÉNÉ SCHOOP, Arbeitsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1976;
PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zürich 2009;
THOMAS GEISER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009;
PETER HELBLING/POLEDNA TOMAS, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999.
PASCAL MAHON, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
LAURENT MORREILLON, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, Zürich 2001;
ROLAND A. MÜLLER, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992;
MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002;
GIACOMO RONCORONI, Lavoro su chiamata e lavoro occasionale, in: Caimi/Ometta/Corti (Hrsg.), Il ticino e il diritto, Lugano 1997, S. 591 ff.;
ROGER RUDOLPH, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996;
ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006;
HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985;
KLAUS VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.) Die Schweizerische Bundesverfassung Kommentar, Zürich 2008;

FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/4, Basel 2005;

ADRIAN VON KAENEL, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;

REMY WYLER, Droit du travail, Berne 2008;

HENRI ZWAHLEN, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971.

Nachkontrolle zur Inspektion «Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung»

Stellungnahme des EFD vom 9. November 2011



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Die Vorsteherin des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD

CH-3003 Bern
EFD

An die Präsidentin
Subkommission EFD/EVD GPK-N
Nationalrätin Brigitta Gadiant
Geschäftsprüfungskommission
3003 Bern

Bern, 9. November 2011

Nachkontrolle zur Inspektion "Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung": Stellungnahme zum Berichtsentwurf

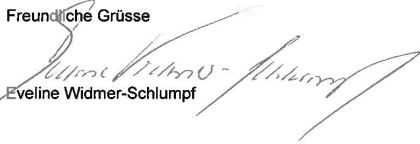
Sehr geehrte Frau Präsidentin

In Ihrem Schreiben vom 21. Oktober 2011 fordern Sie mich auf, zum Berichtsentwurf der Subkommission EFD/EVD der GPK-N zur Nachkontrolle der Inspektion „Bundespersonalgesetz: Steuerung der Personalpolitik und Zielerreichung“ Stellung zu nehmen. Wir haben die Ausführungen geprüft und auch die Personalverantwortlichen der Departemente miteinbezogen.

Wir möchten Sie auf einen materiellen Fehler im Bericht im Zusammenhang mit den Untersuchungen zur Vertrauensarbeitszeit aufmerksam machen. In Kapitel 3.3.1 auf Seite 9 des Berichtsentwurfs steht, dass vorbehaltlich Abweichungen in den personalrechtlichen Erlässen des Bundes die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes gemäss Artikel 8 Rahmenverordnung BPG auf die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich anwendbar seien. Für das Bundespersonal gelangen aber nur die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes betreffend Höchstarbeitszeit zur Anwendung (vgl. Art. 8 Abs. 1 Rahmenverordnung BPG). Eine weitergehende Ausdehnung der Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes auf das Bundespersonal ist aufgrund von Artikel 2 Absatz 1 Arbeitsgesetz und einer fehlenden entsprechenden gesetzlichen Grundlage im Bundespersonalrecht zu verneinen.

Weitere materielle und formelle Fehler oder schützenswerte vertrauliche Informationen haben wir bei unserer Prüfung nicht gefunden. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme vor der Veröffentlichung. Eine ausführliche materielle Stellungnahme folgt in der Antwort des Bundesrates.

Freundliche Grüsse


Eveline Widmer-Schlumpf

Bundesgasse 3, 3003 Bern, Schweiz
www.efd.admin.ch

Stellungnahme zu den Einwänden des EFD zum Berichtsentwurf VAZ

Professor Thomas Geiser, 12. November 2011

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser
Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht FAA-HSG
Guisanstrasse 92
9010 St. Gallen

I. Ausgangslage

Mit Mail vom 11. November 2011 haben Sie mich gebeten zu den Einwänden des EFD zum Berichtsentwurf der GPK-N Stellung zu nehmen.

1. Im Berichtsentwurf heisst es:

«Vorbehältlich abweichender Regelungen in den personalrechtlichen Erlassen des Bundes sind die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes gemäss Artikel 8 Rahmenverordnung Bundespersonalgesetz auf die Arbeitsverhältnisse beim Bund grundsätzlich anwendbar.

Aufgrund der vorhergehenden Feststellung ergeben sich Ansprüche der Angestellten auf Pausen, die über die Pausenregelung der Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung hinausgehen.»

2. Das EFD schreibt dazu in seiner Stellungnahme:

«Wir möchten Sie auf einen materiellen Fehler im Bericht im Zusammenhang mit den Untersuchungen zur Vertrauensarbeitszeit aufmerksam machen. In Ziffer 3.3.1 des Berichts steht, dass vorbehältlich Abweichungen in den personalrechtlichen Erlassen des Bundes die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes gemäss Artikel 8 Rahmenverordnung BPG auf die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich anwendbar seien. Für das Bundespersonal gelangen aber nur die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes betreffend Höchstarbeitszeit zur Anwendung (vgl. Art. 8 Abs. 1 Rahmenverordnung BPG). Eine weitergehende Ausdehnung der Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes auf das Bundespersonal ist aufgrund von Artikel 2 Absatz 1 Arbeitsgesetz und einer fehlenden entsprechenden gesetzlichen Grundlage im Bundespersonalrecht zu verneinen.»

II. Fragestellung

Es geht folglich um die Frage, welche Bedeutung dem Verweis in Artikel 8 Absatz 1 Rahmenverordnung BPG beigemessen wird.

III. Stellungnahme

Für die Antwort auf die gestellte Frage ist die Auslegung von Artikel 8 Absatz 1 Rahmenverordnung BPG massgeblich.

1. Wortlaut

Bei der Auslegung ist vom Wortlaut der Bestimmung auszugehen.

Die Bestimmung lautet:

Art. 8 Arbeitszeit und Ferien

(Art. 17 BPG)

¹ Die Höchstarbeitszeit richtet sich nach dem Arbeitszeitgesetz vom 8. Oktober 1971 beziehungsweise nach den Artikeln 9 ff. des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 und den Artikeln 22 ff. der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz.

² Der Mindestanspruch auf Ferien richtet sich nach den Artikeln 329 ff. des Obligationenrechts.

Der Wortlaut der Bestimmung präzisiert nur, dass die in den Artikel 9 ArG und folgenden enthaltenen Bestimmungen anwendbar sind. Er präzisiert aber nicht, bei welcher Bestimmung der Verweis endet. Eine Marginale «Höchstarbeitszeit» gibt es im Arbeitsgesetz nicht. Diesem Wortlaut am nächsten kommt der Randtitel von Artikel 9 ArG mit «Wöchentliche Höchstarbeitszeit». Dieser Randtitel zeigt allerdings auch, dass es offenbar weitere Bestimmungen geben muss, welche eine Höchstarbeitszeit regeln, die sich aber nicht auf die Woche bezieht.

2. Systematik

Art. 9 ff. ArG stehen unter dem Haupttitel «III. Arbeits- und Ruhezeit», der in die Unterkapitel «1. Arbeitszeit» (Art. 9–14 ArG), «2. Ruhezeit» (Art. 15–22 ArG), «3. Ununterbrochener Betrieb» (Art. 23 und 24 ArG) und «4. Weitere Vorschriften» (Art. 25–28 ArG) zerfällt.

Es liegt auf der Hand, dass nicht nur der erste Abschnitt mit der Bezeichnung Arbeitszeit diese regelt sondern ebenso die andern Teile, weil die Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit sich ergänzen. Etwas Drittes gibt es nicht, so dass alles was nicht zur Ruhezeit gehört, Arbeitszeit ist und umgekehrt. Die Begriffe umschreiben sich somit gegenseitig.

Auch die Systematik ergibt somit keine klare Antwort.

3. Teleologische Auslegung

Es ist damit nach dem Zweck der Norm zu fragen. Da mir die Materialien zur Verordnung nicht zur Verfügung stehen, kann ich mich diesbezüglich nur darauf stützen, was nach dem gesamten Zusammenhang, in dem die Bestimmung steht, deren Sinn und Zweck sein muss.

Artikel 8 der Rahmenverordnung will offenbar die Arbeitsverhältnis bezogen auf die maximal zulässigen Arbeitszeiten an das private Arbeitsverhältnis angleichen. Dabei ist zu beachten, dass der Umfang der Arbeitszeiten nach verschiedenen Zeiteinheiten beschränkt werden kann:

Es geht um die wöchentliche Höchstarbeitszeit. Schranken bestehen aber auch für das ganze Jahr und für den Tag.

Was innert eines Jahres an Arbeit maximal zulässig ist, ergibt sich ausdrücklich aus Artikel 12 ArG. Demgegenüber ist die Berechnung der täglich maximal zulässigen Arbeitszeit einiges komplexer. Hier müssen die Pausen einbezogen werden, weil diese die Möglichkeit, den in Artikel 10 ArG gesteckten Rahmen auszuschöpfen, einschränken. Sollen die Höchstarbeitszeiten gemäss ArG auch in der Verwaltung bezüglich der täglichen Arbeitszeit gelten, müssen somit auch die Bestimmungen des ArG über die Ruhezeit, namentlich die Pausenregelungen berücksichtigt werden. Verkürzungen können sich zudem bei Nacharbeit ergeben (vgl. Art. 17a ArG).

Sind aber Bestimmungen über die Pausen ohnehin zu berücksichtigen, weil sonst die maximal zulässigen Arbeitszeiten gar nicht berechnet werden können, sollten diese Bestimmungen wohl insgesamt zur Anwendung gelangen, sofern die Rahmenverordnung nicht ausdrücklich abweichende Regelungen aufstellt. Das gilt ebenfalls für die Lage der Arbeit. Die Bestimmungen über die Nacht und Sonntagsarbeit im ArG schränken nicht nur die tägliche sondern auch die wöchentliche Höchstarbeitszeit ausdrücklich ein. Eine Anwendung von Artikel 9 ArG ohne die Berücksichtigung entsprechender Bestimmungen lässt sich von daher nicht rechtfertigen.

IV. Folgerung

Den Einwand des EFD kann ich nicht teilen. Zutreffend ist höchstens, dass innerhalb der sehr komplexen Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes mit Blick auf die Besonderheiten der Rahmenverordnung teilweise differenziert werden könnte. Weil die Rahmenverordnung eigene Bestimmungen aufstellt, sind möglicherweise gewisse Bestimmungen, welche im Zusammenhang mit den Entschädigungen und den Berechnungen des Ausgleichs stehen, etwas anders anzuwenden als im privaten Arbeitsrecht.

Der Berichtsentwurf trägt allerdings m.E. dieser Rechtslage vollständig Rechnung. Heisst es doch dass «die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes (...) grundsätzlich anwendbar» sind. Mit dem «grundsätzlich» wird zum Ausdruck gebracht, dass es sehr wohl Ausnahmen geben kann. Auch die Folgerung, dass es Ansprüche gibt, welche über die Pausenregelung der Verordnung des EFD hinausgehen, scheint mir vollständig zutreffend. Diese werden im Bericht ja nicht genau benannt. Es wird nicht behauptet, dass es sich zwingend um die gleichen Ansprüche wie in einem privaten Arbeitsverhältnis handeln wird.

Mit besten Grüssen

Prof. Thomas Geiser

