



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF

per E-Mail an:
abas@seco.admin.ch

Basel, 7. September 2021

Regierungsratsbeschluss vom 7. September 2021

Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112): Jahresarbeitszeitmodell für Dienstleistungsbetriebe in den Bereichen Beratung, Wirtschaftsprüfung und Treuhand (Art. 34a)

Stellungnahme des Kanton Basel-Stadt

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 25. Mai 2021 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz, Jahresarbeitszeitmodell für Dienstleistungsbetriebe in den Bereichen Beratung, Wirtschaftsprüfung und Treuhand (Art. 34a), zukommen lassen. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und lassen Ihnen nachstehend unsere Anträge und Bemerkungen zukommen.

Der Vorschlag des SECO ist im Grundsatz zu begrüessen, da er auf die Flexibilisierungsbedürfnisse von Beratungs-, Prüfungs-, und Treuhandgesellschaften sowie von bestimmten ihrer Arbeitnehmenden eingeht. Jedoch enthält der jetzige Entwurf einige Unklarheiten und wirft rechtliche Fragen auf, die vorgängig zu klären sind.

Art. 34a Abs. 1 verweist auf Bedingungen, die grösstenteils denjenigen von Art. 73a ArGV 1 entsprechen. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass man sich bei der Beurteilung der Kriterien an der unter Art. 73a ArGV 1 entwickelten Praxis orientieren könne. Es ist jedoch schwierig, sich auf eine solche Praxis zu berufen, da sie nicht besonders weit entwickelt ist und es relativ wenig Anwendungsfälle gibt. Die meisten in der Praxis angetroffenen Fälle betreffen Art. 73b ArGV 1, wobei sich diese nicht ohne weiteres auf Art. 34a Abs. 1 anwenden lassen würde. Entsprechend dürfte der Verweis auf die unter Art. 73a ArGV 1 entwickelte Praxis unzureichend sein, und seitens SECO müssten konkretere Vorgaben gemacht werden.

Bei Art. 34a Abs. 1 lit. b wäre es sinnvoll klarzustellen, dass Praktikantinnen und Praktikanten, welche häufig von unter diese Bestimmung fallenden Unternehmen (insbesondere Anwaltskanzleien oder Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen) beschäftigt werden, nicht als Fachkräfte gelten und daher nicht nach dem Jahresarbeitszeitmodell beschäftigt werden können.

Die Umschreibung des mindestens erforderlichen Bildungsabschlusses in Art. 34a Abs. 1 lit. c ist erstens zu wenig klar definiert. Insbesondere der Verweis auf einen "gleichwertigen Bildungsab-

schluss" lässt Raum für Interpretationen offen und würde den Vollzug erschweren. Zweitens wird verkannt, dass die Flexibilisierung der Arbeitszeit mit der eigentlichen Tätigkeit zusammenhängen und nicht am Vorhandensein einer bestimmten Ausbildung festgemacht werden soll. Der erläuternde Bericht bringt keine Klarheit darüber, weshalb der Bildungsabschluss als Voraussetzung für das Jahresarbeitszeitmodell eingeführt werden soll. Wir sprechen uns mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz klar dafür aus, dass allein der Bruttolohn von mindestens 120'000 Franken als Voraussetzung für das Jahresarbeitszeitmodell zugelassen werden soll.

Art. 34a Abs. 2 sieht vor, dass Arbeitgebende und Arbeitnehmende die Anwendung dieses Modells schriftlich vereinbaren. Die Vereinbarung muss insbesondere die Anzahl der zu leistenden Arbeitsstunden pro Kalenderjahr und die Art und Weise, wie Überstunden vergütet werden, festlegen. Somit fände der privatrechtliche Begriff "Überstunden", der im Obligationenrecht (OR) und nicht im ArG geregelt ist, in einen öffentlich-rechtlichen Text Eingang. Um dies zu vermeiden, sollte im ArG und in dessen Verordnungen nur von "Mehrstunden" oder "die über dem Jahresstundensoll geleisteten Stunden", und nicht von "Überstunden", die Rede sein. Das Arbeitsgesetz und dessen Verordnungen sind für den Laien ohnehin nicht einfach zu verstehen und die gleichzeitige Verwendung von öffentlich-rechtlicher sowie privatrechtlicher Termini würde das Verständnis zusätzlich erschweren. Absatz 2 sieht zudem vor, dass die Vereinbarung jederzeit seitens Arbeitgebenden oder Arbeitnehmenden widerrufen werden kann, wobei die Bestimmungen des OR zu berücksichtigen sind. Auch hier kommt es wieder zu einer Vermischung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Der Verweis auf die Bestimmungen des OR sollte deshalb gestrichen werden. Allenfalls kann der Verweis im Zusammenhang mit dem Widerruf in der Wegleitung des SECO eingefügt werden, wobei auch dies u.E. nicht angezeigt ist.

Der Verweis in Art. 34a Abs. 3 lit. b auf das "Geschäfts- bzw. Kalenderjahr" macht zwar Sinn, lässt aber auch Tür und Tor offen, den Begriff des Geschäftsjahres nach eigenen Interessen unterschiedlich festzulegen. Wir empfehlen daher zu präzisieren, dass es sich um ein im Voraus festgelegtes und für das gesamte Unternehmen gültiges Geschäftsjahr handeln muss. Dies kann in der Wegleitung des SECO festgehalten werden. Zudem wird in lit. b erwähnt, dass sich bei Teilzeitangestellten die Obergrenze der über das vereinbarte Jahresstundensoll geleisteten Stunden anteilmässig reduziert. Mit dieser Ergänzung soll diese Arbeitnehmerkategorie im Jahresarbeitszeitmodell besser geschützt werden. Jedoch stellt sich die Frage, wie es bei Mehrfachbeschäftigungen aussieht, insbesondere betreffend die Bestimmungen über die Höchstarbeitszeit, wenn die andere Beschäftigung nicht unter Art. 34a fällt? Wie im Erläuterungsbericht richtig erwähnt, erfolgt bei Teilzeitbeschäftigung nach heutigem Recht keine Herabsetzung der Grenze der wöchentlichen Höchstarbeitszeit. Dies ist noch zu präzisieren.

Die in Art. 34a Abs. 3 lit. c vorgesehene Ausgleichsregelung beruht nicht auf einer formellen Bestimmung des ArG. Im erläuternden Bericht wird zudem auf die Entschädigungsregeln des OR hingewiesen, insbesondere darauf, dass Art. 321c Abs. 2 und 3 OR vorbehalten seien. Bei Art. 321c Abs. 3 OR handelt es sich nur teilweise um zwingendes Recht; die Parteien können davon abweichen, jedoch nur im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung, eines Normalarbeitsvertrags oder eines Gesamtarbeitsvertrags. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 321c OR (vgl. BGE 124 III 469) ist es jedoch möglich, dass Arbeitnehmende unter bestimmten Bedingungen auf Überstundenentschädigung verzichten. Sofern diese Regelung so aufgenommen wird, würde einem Entschädigungsverzicht Vorschub geleistet, was sicherlich nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegt.

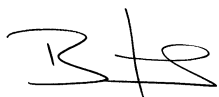
Art. 34a Abs. 3 lit. a besagt, dass die Bestimmungen zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit und Überzeit nicht anwendbar sind. In lit. d wird jedoch Überzeitarbeit erwähnt. Um Klarheit zu schaffen, sollte in lit. d die tägliche Höchstarbeitszeit von 13 Stunden explizit erwähnt und der Passus "mit Einschluss der Pausen und der Überzeitarbeit" gestrichen werden.

Aus Art. 34a Abs. 3 lit. g folgt, dass der Arbeitgeber trotz der Einführung des Jahresarbeitszeitmodells weiterhin verpflichtet ist, die Arbeitszeiten nach Art. 73 ArGV 1 zu erfassen. Dies ist zu begrüssen. Dadurch stehen den Vollzugsbehörden die notwendigen Unterlagen zur Verfügung. Unverständlich ist jedoch, dass gemäss Art. 34a Abs. 3 lit. g nur die tatsächlich geleisteten täglichen Arbeitsstunden erfasst werden müssen. Die weiteren Anforderungen von Art. 73 ArGV 1 (bspw. wöchentlicher Ruhe- oder Ersatzruhetag, Lage und Dauer der Pausen u.a.m.) werden nicht erwähnt. Die Tatsache, dass sie in Art. 34a Abs. 3 lit. g nicht erwähnt sind, deutet darauf hin, dass sie nicht zwingend zu erfassen sind. Falls dem nicht so sein sollte, ist eine Klarstellung in der Wegleitung bzw. eine Anpassung des Verordnungswortlautes notwendig. Eine vollständige Erfassung wäre wünschenswert. Wir möchten noch anmerken, dass Art. 46 ArG nicht in der Liste der Artikel enthalten ist, von denen nach Art. 27 Abs. 1 ArG abgewichen werden kann. Da Art. 34a Abs. 3 lit. g über die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten hinausgeht, ergibt sich hier ein Problem der Rechtmässigkeit.

In Art. 34a Abs. 4 wird zu Recht festgehalten, dass Unternehmen präventive Massnahmen im Bereich des Gesundheitsschutzes einführen müssen, schliesslich müssen die in diesem Jahresarbeitszeitmodell vorgesehenen Lockerungen mit einer Stärkung des Gesundheitsschutzes einhergehen. Der erläuternde Bericht erinnert jedoch lediglich an die allgemeinen Grundsätze des Art. 2 ArGV 3 und stellt einzig fest, dass Arbeitnehmende bzw. ihre Vertretungen die Möglichkeit haben, eine eingehende Analyse bestimmter Problematiken zu verlangen. In Ermangelung klarer Anforderungen an den Gesundheitsschutz ist zu befürchten, dass diese Massnahmen nur sehr theoretisch sind und nicht den gewünschten Effekt bringen. Es ist deshalb ratsam, dass in der Wegleitung des SECO konkrete Präventionsmassnahmen vorgegeben werden. Somit kann die Einhaltung des Gesundheitsschutzes effizient überprüft und die Gesundheit der Arbeitnehmenden sichergestellt werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne das Amt für Wirtschaft und Arbeit, Michael Mauerhofer, michael.mauerhofer@bs.ch, Tel. 061 267 87 78, zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Beat Jans
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin