

**Verifica riguardante l'ispezione
«Legge sul personale federale: direzione della politica del
personale e conseguimento degli obiettivi»**

Rapporto della Commissione della gestione del Consiglio nazionale

del 25 novembre 2011

Indice

Elenco delle abbreviazioni	3689
1 Introduzione	3690
2 Valutazione dei progressi compiuti nell'attuazione delle raccomandazioni della CdG-N	3690
2.1 Parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010	3690
2.2 Strategia del Consiglio federale in merito all'attuazione della legge sul personale federale/ Determinazione dei parametri e degli indicatori (<i>Raccomandazione 1</i>)	3691
2.3 Inserimento della strategia per il personale nella strategia generale del Consiglio federale (<i>Raccomandazione 2</i>)	3692
2.4 Coinvolgimento della parti sociali (<i>Raccomandazione 3</i>)	3693
2.5 Rapporto annuale all'Assemblea federale sulle misure adottate dal Consiglio federale (<i>Raccomandazione 4</i>)	3693
2.6 Analisi dei processi e delle prestazioni/ Centralizzazione della politica del personale federale (<i>Raccomandazione 5</i>)	3694
2.7 Ruolo della Conferenza delle risorse umane (<i>Raccomandazione 6</i>)	3695
3 Orario di lavoro basato sulla fiducia	3695
3.1 Introduzione del modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia all'interno dell'Amministrazione federale	3695
3.2 Regolamentazione dell'orario di lavoro basato sulla fiducia per il personale federale	3695
3.3 Ruolo esemplare della politica della Confederazione in materia di personale: aspettative e realtà nell'ambito dell'orario di lavoro basato sulla fiducia	3696
3.3.1 Parere legale del professor Thomas Geiser	3696
3.3.2 Prassi seguita nei dipartimenti e nella Cancelleria federale	3698
3.4 Valutazione da parte della CdG-N	3701
3.5 Raccomandazioni e misure	3703
4 Interessi dei quadri della Confederazione	3704
5 Conclusioni e proseguimento dei lavori	3705
<i>Allegati 1–3:</i>	
Perizia concernente l'orario di lavoro basato sulla fiducia nell'Amministrazione federale all'attenzione della CdG-N dell'Assemblea federale	3706
Verifica riguardante l'ispezione «Legge sul personale federale: direzione della politica del personale e conseguimento degli obiettivi»	3726
Parere relativo alle obiezioni sollevate dal DFF sul progetto di rapporto relativo all'OLF	3727

Elenco delle abbreviazioni

CdG	Commissioni della Gestione
CdG-N	Commissione della Gestione del Consiglio nazionale
CO	Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni; RS 220)
CPA	Controllo parlamentare dell'amministrazione
CRU	Conferenza delle risorse umane
DFAE	Dipartimento federale degli affari esteri
DFF	Dipartimento federale delle finanze
FF	Foglio federale
LL	Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (Legge sul lavoro; RS 822.11)
LPers	Legge del 24 marzo 2000 sul personale federale (RS 172.220.1)
OLF	Orario di lavoro basato sulla fiducia
O-OPers	Ordinanza del DFF del 6 dicembre 2001 concernente l'ordinanza sul personale federale (RS 172.220.111.31)
O-OPers-DFAE	Ordinanza del DFAE del 20 settembre 2002 concernente l'ordinanza sul personale federale (RS 172.220.111.343.3)
OPers	Ordinanza del 3 luglio 2001 sul personale federale (RS 172.220.111.3)
UFPER	Ufficio federale del personale

Rapporto

1 Introduzione

Il 23 ottobre 2009 la Commissione della gestione del Consiglio nazionale (CdG-N) ha concluso la sua ispezione «Legge sul personale federale: direzione della politica del personale e conseguimento degli obiettivi»¹. Nel rapporto rivolge sei raccomandazioni al Consiglio federale che, il 21 aprile 2010, ha espresso il proprio parere sul rapporto, sulle raccomandazioni della CdG-N e sulla relativa valutazione del Controllo parlamentare dell'amministrazione (CPA)².

Nel corso del 2010 la CdG-N ha trattato il summenzionato parere del Consiglio federale e, in base ai lavori e agli sviluppi in atto nell'ambito della politica del personale federale, ha deciso di procedere a una verifica dell'ispezione all'inizio del 2011. Nel corso di questi lavori la CdG-N ha affrontato altri due aspetti della politica del personale federale: il modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia e la considerazione degli interessi dei quadri nella politica del personale federale. Sul primo aspetto ha chiesto un parere legale al professor Thomas Geiser dell'Università di San Gallo³. La seconda tematica è stata approfondita con diverse audizioni svolte dalla CdG-N.

Il presente rapporto della CdG-N valuta il parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010, i progressi compiuti nell'attuazione delle raccomandazioni formulate dalla CdG-N e i due importanti aspetti che si sono aggiunti e conclude così la verifica della CdG-N. Il rapporto è stato sottoposto per consultazione al DFF e ai responsabili del personale dei dipartimenti e della Cancelleria federale.⁴

2 Valutazione dei progressi compiuti nell'attuazione delle raccomandazioni della CdG-N

2.1 Parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010

Nel corso dell'estate 2010 la CdG-N si è occupata del parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010 in merito all'ispezione oggetto del presente rapporto, prendendo atto che il Consiglio federale condivideva le valutazioni della CdG-N ed era disposto a mettere in pratica tutte le raccomandazioni. Nelle proprie verifiche la CdG-N ha

¹ Legge sul personale federale: direzione della politica del personale e conseguimento degli obiettivi, rapporto della CdG-N del 23 ottobre 2009 (FF **2010** 2517); Valutazione della direzione della politica del personale della Confederazione. Rapporto di sintesi del Controllo parlamentare dell'amministrazione alla Commissione della gestione del Consiglio nazionale del 17 luglio 2009 (allegato al rapporto della CdG-N) (FF **2010** 2531).

² Legge sul personale federale: direzione della politica del personale e conseguimento degli obiettivi, parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010 sul rapporto della CdG-N del 23 ottobre 2009 (FF **2010** 2573).

³ Cfr. allegato.

⁴ In questo stadio della procedura la consultazione mira a identificare eventuali errori materiali e formali nel progetto di rapporto e a identificare interessi giustificati per il mantenimento della segretezza. La presa di posizione del DFF del 9 novembre 2011 è pubblicata nell'allegato 2 e il parere del prof. Thomas Geiser in materia è all'allegato 3.

inoltre constatato che il Consiglio federale e le competenti unità amministrative avevano già adottato una prima serie di provvedimenti.

In particolare la CdG-N ha accolto con soddisfazione il fatto che il Consiglio federale fosse disposto a elaborare una strategia per il personale federale prima di procedere alla revisione delle pertinenti disposizioni legali, come richiesto dalla stessa Commissione.

In generale la CdG-N ha notato che, nel proprio parere, il Consiglio federale aveva espresso l'intenzione di attuare le raccomandazioni in futuro, mentre considerava alcune di esse già realizzate. Il Consiglio federale prevedeva di adottare la propria strategia relativa al personale alla fine del 2010, pertanto la CdG-N aveva fissato l'avvio della consueta verifica per l'inizio del 2011 e invitato il Consiglio federale a informarla, entro la fine di gennaio dello stesso anno, sui progressi compiuti nell'attuazione delle raccomandazioni.

2.2 Strategia del Consiglio federale in merito all'attuazione della legge sul personale federale/ Determinazione dei parametri e degli indicatori (Raccomandazione 1)

Il 10 dicembre 2010 il Consiglio federale ha approvato la strategia per il personale dell'Amministrazione federale nel quinquennio 2011–2015, nella quale sono definiti anche i parametri strategici e gli indicatori che consentono di misurare il grado di realizzazione degli obiettivi. Il Consiglio federale ha fissato quantitativamente tali parametri il 22 giugno 2011.

Per la sua stessa natura una strategia contiene affermazioni di principio, che devono poi concretizzarsi nella fase di attuazione. Il 6 luglio 2011 il Consiglio federale ha deciso il relativo modello di attuazione, che comprende anche uno scadenziario.

In primo luogo la CdG-N constata che il Consiglio federale, elaborando una strategia per il personale e il relativo modello di attuazione con parametri strategici e indicatori, ha compiuto un passo significativo verso l'assunzione della propria responsabilità in questo ambito. Nel delicato equilibrio tra centralizzazione e decentralizzazione della politica del personale, queste misure rappresentano un'importante pietra miliare per una gestione centralizzata della politica del personale.

La CdG-N riconosce che, in alcuni ambiti, specifiche soluzioni decentralizzate possono essere indicate, tuttavia è convinta che, almeno nei suoi aspetti fondamentali, la politica del personale federale debba essere gestita in modo centralizzato. Alcune disposizioni problematiche, come la decentralizzazione della formazione continua nell'Amministrazione federale, annullata nel 2010, sono state nel frattempo corrette.

La CdG-N ritiene che la strategia del Consiglio federale per il personale possa servire come linea guida per l'attuazione della legge sul personale federale⁵. La concreta utilità di tale strategia può essere tuttavia valutata solo a condizione che siano stabiliti parametri di riferimento e un progetto di qualità per la realizzazione. Per quanto riguarda i parametri di riferimento, che il Consiglio federale ha approvato

⁵ Legge del 24 marzo 2000 sul personale federale (LPers; RS 172.220.1).

nel mese di giugno del 2011, la CdG-N li ritiene completi, ai sensi dell'articolo 4 della legge sul personale federale, e crede che produrranno i loro effetti sui responsabili dell'attuazione.

La CdG-N non valuta invece altrettanto positivamente il progetto di attuazione. Molte misure, che costituiscono gran parte del progetto di attuazione, sono formulate in modo molto sommario, così come la strategia per il personale, o contemplano solo un incarico generico per l'elaborazione di un programma o di qualcosa di analogo. La CdG-N lo ritiene un segnale che, in diversi ambiti, non è stato possibile trovare un consenso su misure più concrete tra i dipartimenti e l'Ufficio federale del personale (UFPER). A questo punto è importante, dal punto di vista della CdG-N, che il progetto di attuazione e, di conseguenza, la strategia del Consiglio federale siano concretizzati al più presto e il Consiglio federale stesso assuma il ruolo di guida che gli compete.

Nonostante le critiche, la CdG-N riconosce comunque che, rispetto alle risorse disponibili, l'UFPER e i servizi del personale dei dipartimenti e della Cancelleria federale hanno già svolto un notevole lavoro. Nell'elaborazione della strategia i servizi coinvolti hanno identificato i contesti attuali e futuri, su cui basarsi.

Dal punto di vista della CdG-N, la prima raccomandazione è stata, sinora, messa in atto solo parzialmente. Infatti, solo quando gli elementi formulati in modo generico del progetto di attuazione saranno concretizzati e produrranno i propri effetti in sintonia con la strategia, si potrà ritenere che l'obiettivo fondamentale della prima raccomandazione sia stato debitamente considerato. Le Commissioni della gestione dedicheranno particolare attenzione allo sviluppo delle misure concrete nell'ambito dei dibattiti annuali concernenti i rapporti sul personale.

2.3 Inserimento della strategia per il personale nella strategia generale del Consiglio federale *(Raccomandazione 2)*

Con la seconda raccomandazione la CdG-N invitava il Consiglio federale a inserire la strategia per il personale della Confederazione nella strategia generale di adempimento dei compiti del Consiglio federale. Quest'ultimo ha annunciato che le priorità e gli obiettivi definiti nella strategia per il personale saranno integrati nelle strategie sovraordinate, in particolare la pianificazione della legislatura, la pianificazione finanziaria e quella annuale.

La CdG-N accoglie favorevolmente questo annuncio del Consiglio federale e constata che l'ha già parzialmente realizzato, con il suo obiettivo 3 fissato per il 2011. Tuttavia la seconda raccomandazione della CdG-N auspica anche un legame più stretto tra la politica relativa al personale federale e le strategie sovraordinate del Consiglio federale per l'adempimento dei suoi compiti. In altri termini vuole rafforzare il legame tra le priorità e la direzione stabilite dal Consiglio federale e i dipartimenti per l'adempimento dei compiti, da un lato, e le priorità da attribuire all'impiego delle risorse e all'ottimizzazione delle condizioni generali nelle quali si inquadra la politica del personale, dall'altro.

In questo ambito emergono convergenze con l'obiettivo del Consiglio federale che intende rafforzare la pianificazione delle esigenze e dei costi del personale (n. 3.2 della strategia per il personale dell'Amministrazione federale nel quinquennio 2011–

2015). Dal punto di vista della CdG-N si creano così le premesse per consentire il summenzionato legame a livello strategico tra l'adempimento dei compiti e le risorse del personale.

Anche in questo ambito la CdG-N seguirà l'attuazione della seconda raccomandazione nel quadro della sua regolare attività di alta vigilanza parlamentare.

2.4 Coinvolgimento della parti sociali *(Raccomandazione 3)*

Nella sua terza raccomandazione la CdG-N ha esortato il Consiglio federale a coinvolgere le parti sociali, in conformità all'articolo 33 della legge sul personale federale, nell'elaborazione della strategia per il personale.

Ascoltando la direttrice dell'UFPER la Commissione ha potuto constatare che la propria raccomandazione era stata recepita. Nel corso della verifica ha inoltre ottenuto conferma che la nuova responsabile del Dipartimento federale delle finanze attribuisce un'importanza maggiore al partenariato sociale, com'è auspicabile.

Constatando che l'attuazione della strategia per il personale da parte del Consiglio federale comporta altri importanti lavori di concretizzazione, la CdG-N invita il Consiglio federale a continuare a coinvolgere adeguatamente le parti sociali. In occasione dell'esame annuale del rapporto del Consiglio federale sul personale, la CdG-N vorrà essere informata anche sulla collaborazione tra la Confederazione come datore di lavoro e le parti sociali.

2.5 Rapporto annuale all'Assemblea federale sulle misure adottate dal Consiglio federale *(Raccomandazione 4)*

Prima della conclusione dell'ispezione condotta dalla CdG-N, il Consiglio federale prendeva semplicemente atto del rapporto annuale concernente la politica del personale della Confederazione, sottoposto alla sua attenzione e a quella dell'Assemblea federale. L'alta vigilanza parlamentare non era dunque in grado di sapere se il Consiglio federale avesse adottato misure, ed eventualmente quali, per dare seguito al rapporto.

Dal 27 gennaio 2010 il Consiglio federale e le commissioni di vigilanza delle Camere federali hanno convenuto che il Consiglio federale si sarebbe impegnato a fornire una valutazione globale della politica del personale nel quadro del rapporto annuale. Da allora l'accordo è stato sempre rispettato. In linea di principio, dal 2010 le CdG esaminano il rapporto annuale sulla gestione del personale in presenza del o della responsabile del DFF. La quarta raccomandazione della CdG-N è stata così messa in atto.

2.6

Analisi dei processi e delle prestazioni/ Centralizzazione della politica del personale federale (Raccomandazione 5)

Dalla valutazione svolta dal CPA il 17 giugno 2009⁶, sulla quale la CdG-N ha basato il proprio esame, sono emersi aspetti non chiari soprattutto nella ripartizione delle competenze tra i diversi gradi gerarchici e un'assenza di coerenza nell'attuazione della LPers. Il quadro della suddivisione dei compiti e delle responsabilità nei dipartimenti è apparso quindi alquanto eterogeneo. A seconda del dipartimento, compiti identici erano attribuiti a gradi gerarchici diversi e questa attribuzione non si basava, sinora, su un'analisi dei processi e delle prestazioni.

Nella quinta raccomandazione la CdG-N ha dunque invitato il Consiglio federale a procedere a un'analisi dei processi e delle prestazioni nell'elaborazione della propria strategia di attuazione della legge sul personale federale, in modo da attribuire i processi nell'ambito della politica del personale agli opportuni livelli gerarchici. Nella stessa raccomandazione la Commissione ha esortato il Consiglio federale a rafforzare il ruolo e la posizione dell'UFPER in prospettiva di una politica centralizzata del personale.

Nel suo parere del 21 aprile 2011 il Consiglio federale ha indicato che i compiti, le competenze e le responsabilità nell'ambito del personale sono stati oggetto di verifica nel quadro della riforma dell'Amministrazione federale 2005/2007, procedendo a una loro riorganizzazione. Come ha confermato la valutazione effettuata dal DFF nell'autunno del 2009, le decisioni prese sono state messe in atto. Il Consiglio federale ha inoltre precisato che una delle responsabilità permanenti dei dipartimenti consiste nel verificare e, se necessario, ottimizzare i compiti e i processi relativi al personale della Confederazione in collaborazione con l'UFPER. Lo stesso vale per l'elaborazione e l'attuazione della strategia per il personale.

Queste spiegazioni non hanno pienamente soddisfatto la CdG-N per diversi motivi. La riforma dell'Amministrazione federale in questo ambito è stata attuata dal novembre del 2006 sino alla fine del 2008, quindi era già stata considerata nella valutazione del CPA. La valutazione da parte del DFF, menzionata nel parere del Consiglio federale, ha precisato tra l'altro che i compiti, le competenze e le responsabilità dell'UFPER nel quadro della riforma dell'Amministrazione federale 2005/2007 sono stati chiariti e accettati. Il DFF ha inoltre constatato che l'organizzazione dell'UFPER era ragionevole e adeguata e rispondeva alle mansioni contemplate dai processi relativi alle risorse umane.

D'altro canto, le lacune evidenziate dalla CdG-N nella ripartizione dei compiti e delle competenze nell'ambito della politica del personale all'interno dei dipartimenti non sono state oggetto della valutazione, che non ha approfondito neppure il rafforzamento del ruolo dell'UFPER in vista di una centralizzazione della politica del personale.

Sulla scorta di questa analisi la CdG-N non può fare a meno di considerare in gran parte non attuata la sua quinta raccomandazione.

⁶ Cfr. nota 1.

2.7 **Ruolo della Conferenza delle risorse umane** *(Raccomandazione 6)*

Nel suo parere il Consiglio federale concorda sul fatto che la Conferenza delle risorse umane (CRU) debba trovare il giusto ruolo nella politica del personale della Confederazione. Per quanto riguarda la richiesta di riesame del ruolo della CRU, il Consiglio federale non ha tuttavia preso posizione. La CdG-N ritiene comunque che il Consiglio federale intenda rafforzare concretamente la posizione della CRU, mettendo in atto la sesta raccomandazione. La CRU è stata dunque giustamente coinvolta nell'elaborazione della strategia per il personale da parte del Consiglio federale e nel relativo progetto di attuazione.

3 **Orario di lavoro basato sulla fiducia**

3.1 **Introduzione del modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia all'interno dell'Amministrazione federale**

Il modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia (OLF) è stato testato come progetto pilota in alcune unità amministrative nel 2001, prima di essere esteso all'intera Amministrazione federale. L'OLF ha tuttavia vissuto una maggiore diffusione solo quando l'allora responsabile del DFF ha considerato che il modello rappresentasse una soluzione adeguata ai rischi finanziari per la Confederazione, nella sua qualità di datore di lavoro, connessi ai saldi orari positivi, talora considerevoli, di alcuni quadri (vacanze non godute e ore straordinarie non recuperate). In seguito a ciò il Consiglio federale ha reso obbligatorio, molto rapidamente e per via di ordinanza, il modello dell'OLF per i quadri superiori e dei massimi livelli gerarchici (a partire dalla classe di stipendio 30)⁷. I cosiddetti quadri medi (classi di stipendio 24–29) possono optare per l'OLF d'intesa con il proprio superiore gerarchico.

3.2 **Regolamentazione dell'orario di lavoro basato sulla fiducia per il personale federale**

Le modalità dell'OLF sono precisate nell'articolo 64a dell'ordinanza sul personale federale, in base al quale gli impiegati che l'applicano sono esonerati dalla registrazione degli orari di lavoro e non possono compensare il lavoro aggiuntivo, il lavoro straordinario e i saldi attivi dell'orario flessibile. La disposizione dell'ordinanza prevede d'altro canto, a titolo di compensazione, un'indennità annuale in contanti pari al 5 per cento della retribuzione annua. In via eccezionale e d'intesa con il superiore gerarchico, gli impiegati che applicano l'OLF possono sostituire l'indennità facendosi accreditare dieci giorni di compensazione oppure 100 ore su un «conto di congedo sabbatico». Al modello dell'OLF si applicano anche altre disposizioni legislative di carattere generale, che approfondiremo in seguito.

Il Consiglio federale e l'UFPER hanno presentato il modello dell'OLF, in vigore all'interno dell'Amministrazione federale dal 1° gennaio 2009, agli impiegati interessati solo in modo sommario: la sua introduzione è stata descritta in un comunicato stampa che

⁷ Art. 64a dell'ordinanza del 3 luglio 2001 sul personale federale (OPers; RS 172.220.111.3).

il Consiglio federale ha pubblicato il 5 dicembre 2008. Per la relativa revisione dell'ordinanza sul personale federale, l'UFPER ha redatto delle spiegazioni all'attenzione del Consiglio federale. Tali spiegazioni riguardano in particolare la riduzione dei saldi orari attivi degli impiegati della Confederazione e i conseguenti aspetti finanziari.

3.3 Ruolo esemplare della politica della Confederazione in materia di personale: aspettative e realtà nell'ambito dell'orario di lavoro basato sulla fiducia

3.3.1 Parere legale del professor Thomas Geiser

L'articolo 4 della legge sul personale federale definisce i moderni obiettivi per una politica del personale federale all'avanguardia ed esemplare. Nel messaggio del Consiglio federale del 14 dicembre 1998 concernente la legge sul personale federale (LPers) la Confederazione si prefiggeva già l'obiettivo di «espletare una certa funzione di modello di politica sociale»⁸. Giustamente questa intenzione si riflette anche nella visione del Consiglio federale, dove viene sottolineato che l'Amministrazione federale è un datore di lavoro esemplare e rispetta elevati standard etici⁹. Secondo la CdG-N l'Amministrazione federale deve pertanto adottare una linea esemplare in materia di protezione dei lavoratori.

Anche i Cantoni si orientano, almeno parzialmente, alle disposizioni legali applicate alla gestione del personale dall'Amministrazione federale, soprattutto quando si tratta di introdurre nuovi strumenti, tra cui l'OLF¹⁰.

In questo contesto e in considerazione del fatto che la regolamentazione dell'OLF nell'articolo 64a dell'ordinanza sul personale federale¹¹ appare piuttosto limitata e

⁸ FF 1999 1343

⁹ Strategia per il personale dell'Amministrazione federale 2011–2015, p. 9.

¹⁰ Cfr. ad es. il rapporto finale del 2 novembre 2011 della Commissione di alta vigilanza del Cantone di Berna all'indirizzo del Gran Consiglio sui saldi orari e sulle convenzioni in materia di interruzione del rapporto di lavoro per i quadri dell'amministrazione cantonale nonché il relativo comunicato stampa del Consiglio di Stato del Cantone di Berna dell'8 novembre 2010 sul rapporto della Commissione di alta vigilanza in materia di saldi orari – Le verifiche forniscono una base oggettiva al dibattito.

¹¹ Art. 64a Orario di lavoro basato sulla fiducia (art. 17 LPers)

¹ Gli impiegati che hanno convenuto l'orario di lavoro basato sulla fiducia sono dispensati dal rilevamento del tempo di lavoro. Essi non possono compensare alcun lavoro aggiuntivo, lavoro straordinario e saldi attivi dell'orario flessibile.

² Per gli impiegati assegnati alle classi di stipendio 30–38 l'orario di lavoro basato sulla fiducia è obbligatorio.

³ Gli impiegati assegnati alle classi di stipendio 24–29 possono convenire con il loro superiore l'orario di lavoro basato sulla fiducia.

⁴ Gli impiegati che svolgono una delle funzioni di cui all'articolo 34 capoverso 2 non possono convenire l'orario di lavoro basato sulla fiducia.

⁵ In luogo della compensazione per lavoro aggiuntivo, lavoro straordinario e saldi attivi dell'orario flessibile, gli impiegati che hanno convenuto l'orario di lavoro basato sulla fiducia ricevono una compensazione annua sotto forma di indennità in contanti pari al 5 per cento del salario annuo. In luogo dell'indennità in contanti e d'intesa con il superiore, gli impiegati possono prendere dieci giorni di compensazione oppure, a titolo eccezionale, chiedere l'accreditamento di 100 ore sul conto di congedo sabbatico.

⁶ I giorni di compensazione devono essere presi nel corso dell'anno civile in cui nasce il diritto agli stessi. Ove ciò non fosse possibile per ragioni di malattia, infortunio o congedo di maternità, essi devono essere presi nel corso dell'anno successivo. I giorni di compensazione non presi per qualsiasi altro motivo decadono senza indennità.

che il Consiglio federale intende adeguare le disposizioni legali relative al personale della Confederazione a quelle vigenti nel settore privato, la CdG-N ha incaricato il professor Thomas Geiser dell'Università di San Gallo, esperto riconosciuto in materia di diritto del lavoro, di chiarire i seguenti aspetti giuridici:

1. se le attuali disposizioni che disciplinano il modello dell'OLF applicato all'Amministrazione federale offrono un livello di protezione equivalente rispetto al diritto privato, in particolare per quanto riguarda la legge sul lavoro;
2. come deve essere interpretato il modello dell'OLF alla luce dell'articolo 17 della legge sul personale federale¹².

Il parere del 7 giugno 2011 contribuisce a chiarire la situazione legale e giunge a importanti conclusioni, di conseguenza il documento è allegato al presente rapporto. Qui di seguito sono presentati solo i contenuti principali, che in parte valgono anche per altri modelli di orario di lavoro all'interno dell'Amministrazione federale:

- la situazione giuridica all'interno della Confederazione, in particolare per quanto riguarda l'OLF, è molto complessa a causa dei diversi atti normativi applicabili e dei numerosi riferimenti incrociati;
- di regola il rapporto di lavoro dei quadri della Confederazione si basa su un contratto di diritto pubblico. Ciò comporta che ogni modifica, ad esempio l'introduzione dell'OLF, necessita dell'accordo dei due contraenti;
- a causa della delega delle competenze del legislatore, la determinazione della durata massima del lavoro spetta unicamente al Consiglio federale, che la disciplina per via di ordinanza (ordinanza sul personale federale) oppure la delega a sua volta parzialmente al DFF (ordinanza del DFF concernente l'ordinanza sul personale federale¹³). Nel diritto privato la durata massima della settimana lavorativa è invece sancita dalla legge (art. 9 della legge sul lavoro¹⁴);
- ai sensi dell'articolo 8 dell'ordinanza quadro relativa alla legge sul personale federale¹⁵, le disposizioni della LL che disciplinano l'orario di lavoro si applicano in linea di principio ai rapporti di lavoro degli impiegati della Confederazione, fatte salve disposizioni contrarie sancite da atti normativi che disciplinano il diritto del personale federale;
- in base al punto precedente gli impiegati hanno diritto a pause che superano quanto sancito dall'ordinanza del DFF concernente l'ordinanza sul personale federale¹⁶;

¹² Art. 17 Tempo di lavoro, vacanze e congedi

¹ Le disposizioni d'esecuzione disciplinano la durata del tempo di lavoro nonché le vacanze e i congedi; stabiliscono inoltre l'entità e la compensazione del lavoro aggiuntivo e delle ore supplementari.

² Il Consiglio federale stabilisce la durata massima del tempo di lavoro normale, il numero minimo dei giorni di vacanza e il congedo di maternità.

¹³ Ordinanza del DFF del 6 dicembre 2001 concernente l'ordinanza sul personale federale (O-OPers; RS **172.220.111.31**).

¹⁴ Legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (Legge sul lavoro, LL; RS **822.11**).

¹⁵ Ordinanza quadro del 20 dicembre 2000 relativa alla legge sul personale federale (Ordinanza quadro LPers; RS **172.220.11**).

¹⁶ Pausa meridiana di almeno 30 minuti (art. 28 cpv. 3 O-OPers).

- anche per il modello dell’OLF la durata massima della settimana lavorativa è di 45 ore. In caso di superamento, l’impiegato ha diritto a compensare il lavoro straordinario conformemente alla legge sul lavoro;
- nell’economia privata il datore di lavoro deve tenere a disposizione delle autorità d’esecuzione e di vigilanza gli elenchi e gli altri atti, da cui risultano le indicazioni necessarie all’esecuzione della presente legge e delle relative ordinanze¹⁷. Queste disposizioni non si applicano tuttavia all’Amministrazione federale. Il quadro normativo che disciplina il personale della Confederazione non contiene alcuna disposizione analoga ma, per qualunque modello di lavoro, anche la Confederazione è giuridicamente tenuta, in qualità di datore di lavoro, ad attuare sistemi che permettano di garantire e controllare il rispetto delle disposizioni in materia di orario di lavoro;
- ai sensi dell’articolo 341 del Codice delle obbligazioni¹⁸, le disposizioni generali in materia di prescrizione si applicano al rapporto di lavoro nell’economia privata. La legge sul lavoro prevede addirittura che il datore di lavoro è punibile se i lavoratori non compensano lo straordinario entro un anno. La corrispondente protezione degli impiegati dell’Amministrazione federale è peggiore rispetto al settore privato a causa dei brevi termini di prescrizione e dell’impossibilità di infliggere sanzioni alla Confederazione nella sua veste di datore di lavoro.

Per quanto riguarda la prima delle due domande poste all’esperto dalla CdG-N, il professor Thomas Geiser conclude che il quadro normativo concernente la protezione degli impiegati dell’Amministrazione federale soggetti all’OLF è peggiore rispetto a quello vigente nel settore privato.

D’altro canto conferma che le disposizioni relative all’OLF sono conformi all’articolo 17 della legge sul personale federale.

3.3.2 Prassi seguita nei dipartimenti e nella Cancelleria federale

Dopo la valutazione critica del quadro normativo da parte del professor Thomas Geiser, in particolare per quanto riguarda l’OLF, rispetto alle disposizioni che vigono nel settore privato, la CdG-N desiderava farsi un’idea dell’interpretazione delle disposizioni che disciplinano l’OLF da parte dell’UFPER, dei dipartimenti e della Cancelleria federale e della prassi da loro seguita. Nell’agosto del 2011 la Commissione ha dunque sentito la direttrice dell’UFPER e i responsabili del personale dei dipartimenti e della Cancelleria federale sottoponendo loro una serie di domande sostanzialmente uguali.

Definizione della prestazione lavorativa

Nel suo parere il professor Thomas Geiser afferma che l’entità della prestazione lavorativa dev’essere sufficientemente precisata nel contratto di lavoro. Se ciò non avviene con l’indicazione della durata del lavoro, è necessario descrivere la portata

¹⁷ Art. 46 LL

¹⁸ Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni, CO; RS 220).

dei compiti da svolgere. Alla corrispondente domanda della CdG-N, gli interpellati hanno risposto che, per le persone soggette all'OLF, il contratto di lavoro stabilisce il grado di occupazione e non il tempo di lavoro. Alcuni hanno inoltre aggiunto che i compiti assegnati agli impiegati sono precisati nella descrizione delle mansioni.

Flessibilità degli orari degli impiegati soggetti all'OLF

La CdG-N ha inoltre chiesto ai rappresentanti dei dipartimenti e della Cancelleria federale a partire da quale durata un'assenza non rientra più nel grado di autonomia di cui l'impiegato gode nella gestione del proprio orario di lavoro e deve quindi essere registrata come vacanza. Le risposte sono risultate molto diverse: in alcuni casi gli impiegati soggetti all'OLF non hanno alcuna possibilità di prendere un congedo, se non deducendolo dalle vacanze. Diversi dipartimenti consentono invece di prendere mezza giornata di congedo senza dedurlo dalle vacanze maturate. In almeno uno di questi dipartimenti gli impiegati soggetti all'OLF hanno la facoltà di decidere come gestire le assenze non superiori alla giornata intera. In un altro dipartimento anche le assenze inferiori alla mezza giornata devono essere convenute con il superiore. Un dipartimento esclude infine che questo tipo di assenza possa essere utilizzata per prolungare il fine settimana, pertanto il congedo di lunedì o venerdì non è ammesso.

Disposizione legale che fissa una durata media massima del lavoro

Tra i responsabili del personale interpellati, cinque ritengono che non ci sia alcuna disposizione legale in merito alla durata media massima del lavoro, anche se alcuni considerano almeno un valore di riferimento interno al dipartimento pari a una media di 44 ore la settimana. Tuttavia è stato anche ammesso che questo parametro viene spesso superato. Altri tre responsabili del personale si basano invece su una durata media massima del lavoro di 45 ore settimanali, ma in uno dei dipartimenti questo limite non si applica ai direttori degli uffici. Gli interpellati hanno inoltre informato la CdG-N che tale durata massima del lavoro è regolarmente superata. Uno dei responsabili del personale ha spiegato che l'obbligo di timbrare era stato abrogato per gli impiegati soggetti all'OLF proprio perché questi lavorano normalmente più a lungo. La direttrice dell'UFPER parte dal principio che la durata media massima del lavoro corrisponda alle 45 ore settimanali stabilite dalla legge sul lavoro.

La CdG-N non ha potuto approfondire fino a che punto e come questa durata media massima del lavoro sia stata comunicata al momento dell'introduzione dell'OLF. Solo uno degli interpellati ha menzionato che il parametro di riferimento era stato notificato agli impiegati in questione. Né la proposta del DFF al Consiglio federale né il comunicato stampa del Consiglio federale del 5 dicembre 2008 contiene indicazioni su una durata media massima del lavoro da applicare al modello dell'OLF.

Diritti di compensazione nel modello dell'OLF

La CdG-N ha chiesto ai responsabili del personale se la loro unità amministrativa avesse fissato una durata media massima del lavoro settimanale, applicabile agli impiegati soggetti all'OLF, e il cui superamento comportava un diritto di compensazione non coperto dalla compensazione di cui all'articolo 64a capoverso 5 OPers. La risposta unanime è stata negativa, anche da parte delle persone che presuppongono l'esistenza di una disposizione legale relativa alla durata media massima del lavoro.

Regolamentazione delle pause

Le persone interpellate partono dall'idea che tutti gli impiegati hanno diritto a due pause di 15 minuti, una al mattino e una al pomeriggio. Alcuni si sono lamentati del fatto che queste pause non siano più contemplate dall'ordinanza sul personale federale.

Adeguamento dei contratti di lavoro in seguito all'introduzione dell'OLF

In sostanza i contratti di lavoro non sono stati adeguati. La maggior parte dei dipartimenti e la Cancelleria federale hanno stipulato una convenzione, rinnovabile di anno in anno, con le persone che hanno optato per l'OLF (classi di stipendio 24–29).

Concretizzazione dell'OLF nei dipartimenti

Il modello dell'OLF è stato precisato in alcuni dipartimenti. La maggior parte delle persone interpellate ritiene comunque sufficienti le disposizioni generali.

Abrogazione dell'obbligo di timbrare

La maggior parte degli impiegati soggetti all'OLF non rileva più gli orari di lavoro.

Controllo e rispetto delle disposizioni del diritto del lavoro relative al tempo di lavoro

Ad eccezione della Cancelleria federale, che in proposito non può essere direttamente paragonata con i dipartimenti a causa delle sue dimensioni ridotte, non viene applicato alcun sistema di controllo comune all'intero dipartimento e il rilevamento dei parametri di riferimento si limita alle assenze registrate (malattia, vacanze ecc.). Tutte le persone interpellate attribuiscono questa competenza ai superiori gerarchici diretti degli impiegati soggetti all'OLF (responsabilità del superiore gerarchico in materia di conduzione). È stato inoltre più volte ribadito che il controllo sociale esercitato impedisce che gli impiegati soggetti all'OLF lavorino troppo poco.

Secondo l'UFPER il controllo riguarda chiaramente l'attuazione, quindi esula dalle proprie competenze e rientra in quelle dei dipartimenti e della Cancelleria federale.

Plusvalore dell'OLF/Modifiche necessarie

Tutte le persone interpellate ritengono che il modello dell'OLF apporti un chiaro plusvalore alla Confederazione nella sua qualità di datore di lavoro (in particolare perché impedisce l'accumulo di saldi orari supplementari e l'abrogazione dell'obbligo di timbrare riduce il lavoro amministrativo). Non è stato possibile approfondire fino a che punto questo modello renda l'Amministrazione federale più competitiva sul mercato del lavoro: tra i quadri di livello superiore e ai massimi livelli gerarchici sembra che l'OLF accresca l'interesse. Tra i quadri di livello base e medio, che possono scegliere se aderire all'OLF, prevale l'idea che altri modelli di orari di lavoro applicati dalla Confederazione siano più allettanti. Per quest'ultima categoria di impiegati i vantaggi dell'OLF sono ritenuti secondari.

Tutti i responsabili del personale interpellati sono sostanzialmente favorevoli al modello dell'OLF, pur con opinioni discordanti per quanto riguarda l'opportuno campo di applicazione: i rappresentanti di alcuni dipartimenti desiderano collegare l'OLF alla funzione e non alla classe di stipendio, in modo da poterlo applicare

anche a funzioni specifiche con una classe di stipendio inferiore alla 24¹⁹. Altri sono dell'avviso che l'applicazione dell'OLF tra i quadri medi sia opportuna solo in casi specifici.

Diversi responsabili del personale ritengono che la garanzia del finanziamento del modello dell'OLF possa costituire un problema.

3.4 Valutazione da parte della CdG-N

Le principali conclusioni a cui è giunta la CdG-N in merito all'OLF possono essere così sintetizzate:

- il modello dell'OLF, nella forma in vigore dal 2009, è stato introdotto essenzialmente nell'intento di ridurre i saldi orari supplementari dei quadri e il conseguente rischio finanziario per l'Amministrazione federale. In base alla perizia del professor Thomas Geiser, gli impiegati che hanno aderito all'OLF hanno tuttavia legalmente diritto, per le prestazioni lavorative superiori alla media di 45 ore settimanali, a una compensazione superiore all'indennità forfetaria del 5 per cento dello stipendio annuale. *In considerazione di questi aspetti, la CdG-N ritiene che l'obiettivo finanziario del modello dell'OLF contraddica le basi legali, pertanto la realizzazione di questo obiettivo è problematica;*
- nella valutazione della CdG-N l'OLF applicato dalla Confederazione deve essere concepito come un moderno strumento di politica del personale, quindi non deve perseguire esclusivamente esigenze finanziarie. Dalle verifiche condotte dalla CdG-N presso l'Amministrazione federale è emerso che, nella prassi, l'OLF tiene conto anche degli obiettivi della politica del personale. Almeno tra i quadri superiori e quelli dei più alti livelli gerarchici sembra che il modello dell'OLF sia considerato un modello di lavoro moderno. In base agli elementi acquisiti la CdG-N ritiene comunque che siano necessari altri approfondimenti per rendere l'OLF uno strumento di politica del personale moderno e, quindi, ancora più interessante;
- per quanto riguarda le modalità dell'introduzione del rivisto modello dell'OLF all'inizio del 2009 (obiettivo prima di tutto finanziario e intervallo di tempo molto breve tra la revisione dell'ordinanza e la sua entrata in vigore) non si può fare a meno di constatare che le condizioni quadro nelle quali si inserisce l'OLF non siano state sufficientemente analizzate. Per questo motivo *il modello attualmente in vigore non convince pienamente;*
- nella prassi la CdG-N constata una forte discrepanza tra il rilevamento e il controllo delle informazioni sulle assenze degli impiegati soggetti all'OLF, da un lato, e sulle ore di lavoro prestate dall'altro: anche le assenze molto brevi devono essere registrate come vacanze e convenute con il superiore. Non è ammessa la compensazione. Queste assenze, così come quelle dovute a malattia, formazione continua e altro, sono controllate. Altre disposizioni

¹⁹ Il DFAE consente agli impiegati all'estero, che svolgono una funzione dirigente, di lavorare con il modello dell'OLF anche se appartengono a una classe di stipendio inferiore alla 24 (fondandosi sulla O-OPers e sull'ordinanza del DFAE del 20 settembre 2002 concernente l'ordinanza sul personale federale [O-OPers-DFAE; RS 172.220.111.343.3]).

di carattere generale limitano ancora di più il grado di autonomia di cui l'impiegato soggetto all'OLF gode nella gestione del proprio tempo di lavoro (ad es. impossibilità di compensare le ore di lavoro il venerdì o il lunedì), senza che vi sia un'evidente esigenza operativa. D'altro canto l'orario di lavoro non è più rilevato e l'intera responsabilità di evitare tempi di lavoro eccessivi è affidata agli impiegati stessi soggetti all'OLF, mentre il controllo è delegato al superiore gerarchico che assume la responsabilità in materia di conduzione. In questo ambito la CdG-N constata un'anomalia, in contraddizione anche con la nozione di orario di lavoro *basato sulla fiducia*.

Secondo la CdG-N le *attuali modalità di controllo del rispetto dei tempi di lavoro, in particolare della durata massima, non sono conformi né alle relative disposizioni della legge sul personale federale né al quadro normativo sancito dalla legge sul lavoro*;

- l'UPPER e i responsabili del personale dei dipartimenti e della Cancelleria federale *non hanno una nozione omogenea delle disposizioni di legge, in particolare per quanto riguarda la durata media massima del lavoro*. Sembrano non conoscere i diritti che scaturiscono dal superamento della durata media massima del lavoro. Questa constatazione è ancora più preoccupante perché è presumibile che anche i diretti superiori degli impiegati soggetti all'OLF conoscano solo in parte le basi giuridiche in materia, per quanto siano indispensabili ai fini del corretto svolgimento della loro funzione di conduzione;
- *il quadro giuridico è molto complesso*, almeno per quanto riguarda le disposizioni sull'orario di lavoro applicabili al personale federale. Come hanno dimostrato le audizioni condotte dalla CdG-N, persino per gli specialisti dell'Amministrazione federale non è facile comprendere le disposizioni applicabili. Solitamente gli impiegati in questione non sono tuttavia esperti di diritto del lavoro. Gli impiegati, indipendentemente dal modello di orario di lavoro scelto, devono essere messi comunque in grado di comprendere le disposizioni che sono tenuti a osservare per poterle rispettare.

In proposito la CdG-N ritiene rilevante *semplificare nel medio termine il quadro giuridico o, almeno, elaborare sufficienti spiegazioni* in merito, che valgano per l'intera Amministrazione federale. È inoltre particolarmente importante che gli impiegati, soprattutto quelli soggetti all'OLF, siano sufficientemente informati della durata media massima del lavoro;

- considerando l'obiettivo della Confederazione di assumere un ruolo esemplare come datore di lavoro, non è accettabile che il diritto applicabile al personale federale sia stato adeguato alle disposizioni che disciplinano il rapporto di lavoro nel diritto privato quando si è trattato di tutelare gli interessi della Confederazione, ma per quanto riguarda la protezione degli impiegati in materia di durata massima del lavoro e termini di prescrizione²⁰ non raggiunga gli standard in vigore nell'economia privata.

²⁰ Ad es. art. 31 O-OPers.

Raccomandazione 1: Impostazione del modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia come moderno strumento di politica del personale

La CdG-N invita il Consiglio federale a rielaborare l'attuale modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia, in sintonia con le conclusioni cui sono giunti la Commissione e l'esperto da questa incaricato, e a integrarlo nella propria strategia per il personale. Se necessario, il modello e la sua attuazione (ad es. nell'ambito della compensazione delle prestazioni supplementari dell'impiegato) devono essere armonizzati a livello dell'Amministrazione federale. Occorre valutare anche l'opportunità di collegare l'orario di lavoro basato sulla fiducia non alla classe di stipendio, bensì alla funzione.

Raccomandazione 2: Base della gestione delle risorse della Confederazione

La CdG-N invita il Consiglio federale a spiegarle come possa adeguatamente gestire le risorse in mancanza dei dati relativi al lavoro prestato, se le condizioni quadro di un settore amministrativo cambiano e il carico di lavoro aumenta notevolmente.

Raccomandazione 3: Informazione approfondita degli impiegati sulle disposizioni che disciplinano l'orario di lavoro

La CdG-N invita il Consiglio federale a informare in modo approfondito gli impiegati della Confederazione sui tempi di lavoro vigenti (durata massima del lavoro, pause ecc.).

Raccomandazione 4: Armonizzazione dei termini di perenzione al diritto privato/rafforzamento della responsabilità del superiore gerarchico in merito alla compensazione di eventuali prestazioni supplementari dell'impiegato

La CdG-N invita il Consiglio federale ad armonizzare i termini di perenzione alle disposizioni del CO e, contemporaneamente, ad adottare misure che consentano ai superiori gerarchici di assumere le proprie responsabilità di conduzione, ossia consentire agli impiegati in questione la compensazione delle prestazioni supplementari.

Raccomandazione 5: Elaborazione di un sistema di controllo per il rispetto delle disposizioni sull'orario di lavoro

La CdG-N invita il Consiglio federale a elaborare un sistema di controllo che garantisca l'osservanza delle disposizioni sulla durata del lavoro nell'ambito del modello dell'orario di lavoro basato sulla fiducia, senza rinunciare ai vantaggi che tale modello offre. In questo ambito l'UPPER deve assumere una funzione di controllo commisurata al proprio livello di competenze.

Raccomandazione 6: Garanzia del finanziamento dell'orario di lavoro basato sulla fiducia

La CdG-N invita il Consiglio federale a garantire il finanziamento dell'orario di lavoro basato sulla fiducia anche nel medio e lungo termine.

Raccomandazione 7: Contratti di lavoro degli impiegati soggetti all'orario di lavoro basato sulla fiducia

La CdG-N invita il Consiglio federale a interpellare un esperto di diritto del lavoro per adeguare gli attuali contratti delle persone soggette obbligatoriamente, ma anche facoltativamente, all'orario di lavoro basato sulla fiducia.

Nell'ambito della revisione in corso della legge sul personale federale la CdG-N chiederà inoltre di sancire nella legge la durata del lavoro regolamentare e la durata massima del lavoro per adeguare formalmente al diritto privato la protezione degli impiegati della Confederazione²¹.

4 Interessi dei quadri della Confederazione

In considerazione del fatto che, in passato, sono già state rilevate diverse circostanze sfavorevoli, da allora in parte corrette, per i quadri della Confederazione (ad es. divario nelle retribuzioni a partire dalla classe di stipendio 24 con datori di lavoro analoghi e contributi troppo elevati alla cassa pensioni di alcune categorie di quadri dell'Amministrazione federale), la CdG-N ha deciso di approfondire anche questa tematica nell'ambito della presente verifica.

Le discussioni in merito con la direttrice dell'UPPER, i responsabili delle risorse umane di tutti i dipartimenti e della Cancelleria federale e un rappresentante dell'Associazione dei quadri della Confederazione hanno rivelato che l'attuale situazione è sostanzialmente soddisfacente e che non sono necessari interventi immediati per rappresentare meglio gli interessi dei quadri.

²¹ Cfr. anche n. 3.3.1.

La CdG-N ritiene, tuttavia, che in futuro il Consiglio federale e l'UFPER debbano continuare ad accordare una particolare attenzione agli interessi dei quadri della Confederazione. In questo senso la CdG-N valuta positivamente lo studio comparativo tra gli stipendi dell'Amministrazione federale e quelli del settore privato, annunciato per il 2012, e la disponibilità da parte della direttrice dell'UFPER a esaminare l'inserimento di domande specifiche per i quadri nei periodici sondaggi svolti presso il personale²². Le misure che caratterizzano una moderna politica del personale, ad esempio la partecipazione alle spese di cura dei figli all'esterno della famiglia, dovrebbero essere offerte anche ai quadri intermedi e superiori della Confederazione, in modo che anche loro possano beneficiarne.

5 Conclusioni e proseguimento dei lavori

La CdG-N esprime soddisfazione per gli effetti prodotti dalla propria ispezione e per le misure da allora adottate dal Consiglio federale, ad esempio l'approvazione della strategia per il personale federale. I risultati della nuova strategia non possono ancora essere giudicati in modo esaustivo, perché in alcuni punti la sua attuazione si trova solo nello stadio iniziale. Al riguardo è importante che tutte le parti coinvolte confermino la propria volontà di attuare la strategia.

La CdG-N è sostanzialmente favorevole all'uso del modello dell'OLF nell'Amministrazione federale, tuttavia le verifiche effettuate dalla Commissione hanno rivelato che il modello deve essere esaminato con spirito critico e migliorato.

Anche in futuro il Consiglio federale dovrà tenere nel dovuto conto gli interessi dei quadri.

La CdG-N chiede al Consiglio federale di esprimere il proprio parere sulle presenti conclusioni e raccomandazioni entro il *7 marzo 2012*. Inoltre lo invita a illustrare come, e con quali tempi, intende concretizzare le raccomandazioni summenzionate.

25 novembre 2011

In nome della Commissione della gestione:

La presidente, Maria Roth-Bernasconi

La segretaria, Beatrice Meli Andres

La presidente della sottocommissione DFF/DFE,
Brigitta M. Gadiant

Il segretario supplente, Christoph Albrecht

²² L'ultimo studio comparativo degli stipendi risale al 2005.

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 Freizeid 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. 321c 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 Vorkehren 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 Arbeitszeitevorschriften 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 Minimaldauer 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/WÄEBER, 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 STAHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR.

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

hen. Aus dem Wesen des Arbeitsvertrages ergibt sich, dass sich die Arbeitgeberin ihrer Verantwortung nicht vollständig entschlagen 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 Ordnungsrevision. 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 vorbehalten.

3.10. Die Tragweite von Art. 71 ArG in seiner geänderten Fassung ist allerdings wenig geklärt. Es ist unbestritten, 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"⁴⁸ ausüben.

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 I zum ArG hält aber auch fest, dass die tatsächliche Arbeit alleine für den Abschluss 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 blossе 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 blossе 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 Scharnken 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^{ter} 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 VBVP.

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 Ordnungsgeber 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 Verordnungsgeber.

4.4. Vergleich mit dem Privatrecht

4.15. Mit Blick darauf, dass der Bundesrat als Verordnungsgeber 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 blosse 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 bezieht¹⁰⁷.

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

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/RENÉ 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 MORRELLON, 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 STAHELIN, Zürcher Kommentar, 1996;
ULLI 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.), Stämpflis 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 Gadiet
Geschäftsprüfungskommission
3003 Bern

Bern, 9. November 2011

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

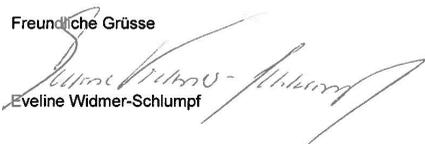
Sehr geehrte Frau Präsidentin

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 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.

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

