



Contract Engineering: Legal Engineering am Beispiel arbeitsrechtlicher Vertragswelten – Aufbruch in unbekanntes Territorium

HEINZ HELLER

Anwälte versuchen jeden Tag, rechtliche Möglichkeiten auszuschöpfen – dort, wo sie darum gebeten werden. Aber wie können Kunden nach juristischen Ansätzen fragen, die die Anwaltschaft noch gar nicht kennt? So bleiben viele rechtliche Konzepte unentdeckt, die die Erreichung unternehmerischer Ziele erkennbar mitgestalten könnten: Anwaltliches Know How ist verfügbares Anwendungswissen, während sich Legal Engineering neuen Herangehensweisen widmet, die noch zu erarbeiten sind.

Im Rahmen der Finanzkrise ab 2007 gerieten mit dem Begriff der «derivativen Finanzprodukte» auch die Legal Engineers der Finanzbranche in Verruf. Sicher: Legale und ethische Grenzen sind sorgfältig zu beachten. Dennoch wird in vielen Rechtsgebieten das Potenzial von Legal Engineering zu wenig erkannt und umgesetzt.

Nach Überzeugung des Autors bietet wirtschaftlich verstandenes Legal Engineering grosse Chancen: Anwälte, die das Geschäft ihrer Kunden gut kennen, nehmen sich Zeit und erarbeiten, prüfen, verwerfen, finden rechtliche Lösungen ausserhalb ausgetretener Pfade. Die neuen Antworten wollen nicht primär juristisch eleganter, sondern vor allem ökonomisch sinnvoller sein. Für diese spannenden Expeditionen in unbekanntes Territorium müssen entweder Voraussetzungen geschaffen werden, beispielsweise Think Tanks. Oder spezialisierte Anwälte leisten ergebnisoffene rechtswissenschaftliche Vorarbeit, die nicht (direkt) in Rechnung gestellt werden kann. Führt diese Vorarbeit zu praxisrelevanten und umsetzbaren Ergebnissen, profitiert die Wirtschaft letztlich gleichermassen wie die Anwaltschaft. «Innovation makes money» gilt auch in der Juristerei.

Das Ausloten besserer Lösungen, das stete Mitdenken bei der wirtschaftlichen Optimierung des Geschäfts des Kunden (Kaizen): Hier kann die Anwaltschaft Eigeninitiative zeigen. Dies veranschaulicht vorliegender Artikel am Beispiel des Arbeitsrechts.

Chaque jour, les avocats tentent d'exploiter les possibilités juridiques, lorsqu'on le leur demande. Mais comment des clients peuvent-ils demander des approches juridiques que l'avocat ne connaît pas encore ? De nombreux concepts juridiques restent méconnus alors qui pourraient contribuer de manière significative à la réalisation des buts de l'entreprise : le savoir-faire des avocats est un savoir qui existe, tandis que l'ingénierie juridique se consacre à nouvelles approches qui doivent encore être développées.

Dans le cadre de la crise financière dès 2007, l'affaire des « produits financiers dérivés » a aussi jeté le discrédit sur les ingénieurs juridiques du secteur financier. Une chose est sûre : il est nécessaire de respecter scrupuleusement les limites légales et éthiques. Dans de nombreux domaines du droit, le potentiel de l'ingénierie juridique n'est cependant pas assez identifié et mis en œuvre.

L'auteur est convaincu que l'ingénierie juridique, associée à une compréhension économique, offre de nouvelles opportunités : les avocats qui connaissent bien l'activité de leurs clients prennent le temps de développer, examiner, écarter et trouver des solutions juridiques hors des sentiers battus. Ces nouvelles réponses ne se veulent pas plus élégantes sur le plan juridique, mais surtout plus judicieuses d'un point de vue économique. Ce voyage passionnant en territoire inconnu requiert soit des conditions préalables, par exemple des think tanks (réservoirs d'idées), soit la réalisation, par des avocats spécialisés, d'un travail juridique préliminaire, dont les résultats sont ouverts et qui ne peut pas être facturé (directement). Si ce travail préparatoire aboutit à des résultats qui intéressent la pratique et qui peuvent être mis en application, l'économie en profite tout autant que les avocats. Le dicton « Innovation makes money » vaut également pour le droit.

Les avocats peuvent faire preuve d'initiative en explorant de meilleures solutions, sans cesser de réfléchir avec le client à l'optimisation économique de son activité (kaizen ou amélioration continue). C'est ce que montre le présent article à l'exemple du droit du travail.

Inhaltsübersicht

- I. Worum es geht
- II. Terminologie
- III. Stand der Entwicklungen
- IV. Arbeitsrechtliche Perspektive
- V. Fallstudie: Ausgangslage
 - A. Überstundenansprüche und Arbeitszeiterfassung
 - B. Interessenlage und Risikoanalyse
- VI. Psychologie als Instrument von Contract Engineering?
 - A. Vertrauensarbeitszeit als nichtige Vereinbarung
 - B. Transparenz als Kriterium?
- VII. Ist Rechtsverwirklichung Aufgabe anwaltlicher Contract Engineers?
 - A. Ja
 - B. Nein
 - C. Standpunkt des Autors
- VIII. Rechtliche Grenzen von Contract Engineering
 - A. Beweismittelklauseln für Arbeitszeitdaten
 - B. Geistesblitze und Juristenfutter
 - C. Zulässigkeit von Beweismittelklauseln im Arbeitsrecht
 - D. Rechtsunsicherheit: Schicksal von Contract Engineers?
- IX. Ethische Grenzen von Contract Engineering
 - A. Lücken im regulatorischen Umfeld: Freipass für Contract Engineering?
 - B. Eigenverantwortlichkeit der Rechtsanwender
 - C. Turboprämie
- X. Fallstudie: Das Geschäft des Kunden kennen
- XI. Innovation als Gütesiegel von Contract Engineering?
- XII. Messbare Ergebnisse als Gütesiegel von Contract Engineering?
 - A. 15 Minuten – eine relevante Grösse?
 - B. Sorgfalt im Umgang mit (scheinbaren) Nebensächlichkeiten
 - C. Abbildung von Wertschöpfung in Salärmodellen
- XIII. Methodische Ansätze
 - A. Multidisziplinäre Projektteams
 - B. Think Tanks
 - C. Gutachten
 - D. Strategische Partnerschaften
- XIV. Zusammenfassung
- XV. Ausblick: Handlungsbedarf und Potenzial von Contract Engineering

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

I. Worum es geht

ELEANOR CASHIN RITAINE stellt zutreffenderweise fest, Legal Engineering «*is a growing field of legal practice, yet there is no clear theoretical definition of the concept.*»¹

Für Anwälte weist Legal Engineering weit über die Anwendung von juristischem Know How hinaus.² Selbst wenn Juristerei (fast) immer mit Kreativität verbunden ist: bei Legal Engineering liegt hier der Schwerpunkt. Wirtschaftlich orientiertes Legal Engineering beschränkt sich zudem nicht auf das rein Juristische, sondern bezieht die ökonomischen Auswirkungen mit ein.³ Dazu müssen Anwälte das Geschäft ihrer Kunden gut kennen. Wie weit Anwälte so zu Unternehmensberatern werden und dies auch verantworten können, ist gutem Urteilsvermögen zu überlassen.⁴ Zudem tragen externe Anwälte bei Legal Engineering (berufsuntypisch) faktisch einen Teil des Risikos ihrer Unternehmenskunden mit. Denn statt wie bei Standardsituationen – mögen diese komplex oder einfach sein – risikoavers gefestigte und unanfechtbare Rechtspraktiken zu empfehlen, wagen sich Legal Engineers in unbekannte Gefilde. Hier müssen sie sorgfältig darauf achten, rote Linien zu erkennen, die Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis vielleicht noch gar nicht gezogen haben.

II. Terminologie

In der Diskussion um die Zukunft der Advokatur scheint uns der angelsächsische Rechtsraum weit voraus.⁵ Entsprechend dominiert englische Terminologie: In vorliegendem Artikel wird «*Legal Engineering*» als Oberbegriff verwendet und das Legal Engineering von Verträgen als «*Contract Engineering*» bezeichnet. Eine Sichtung der (wie erwähnt angelsächsisch geprägten) einschlägigen Literatur⁶ lässt diese Terminologie als zulässig und

sinnvoll erscheinen, selbst wenn im englischen Sprachraum der Begriff des «*Contract Engineering*» (auch) für das freiberufliche Ingenieurwesen steht. Die Juristerei verwendet den Begriff des «*Engineering*» in vielerlei rechtsgebietspezifischem Zusammenhang, beispielsweise für Financial Engineering, Social Engineering, Company Engineering⁷, Knowledge Engineering⁸.

III. Stand der Entwicklungen

2004 schrieb WOLFGANG STRAUB: «*Verschiedene Unternehmen bieten heute Dienstleistungen unter der Bezeichnung <Legal Engineering> bzw. <Contract Engineering> an. Die Rechtswissenschaft hat sich bisher noch kaum mit diesem Thema auseinandergesetzt. Sie gibt nur wenige Anhaltspunkte, nach welcher Methodik bei der Ausarbeitung von Gesetzestexten, Vertragsdokumenten oder Unternehmensstrukturen am besten vorzugehen ist. [...] Obwohl die vertragliche Strukturierung von Rechtsverhältnissen seit Jahrhunderten zu den Hauptaufgaben von Juristen gehört, ist die Praxis bis heute durch Checklisten, Musterdokumente und die Abklärung von Einzelfragen geprägt.*»⁹ STRAUBS Analyse traf 2004 zu und gilt – jedenfalls im Bereich des Contract Engineering – auch heute noch.

IV. Arbeitsrechtliche Perspektive

Zu den bekanntesten Beispielen von Contract Engineering zählen Transaktionsmandate (Gestaltung von Unternehmensstrukturen¹⁰) und derivative Finanzprodukte¹¹. In

¹ ELEANOR CASHIN RITAINE, Legal Engineering and Comparative Law – An Introduction, Band I, Genf 2008, 14; vgl. auch DAVID HOWARTH, Law as Engineering – Thinking about what Lawyers do, Cambridge 2013.

² HOWARTH (FN 1), 55.

³ Vgl. WOLFGANG STRAUB, Legal Engineering – eine neue Disziplin?, in: Jusletter vom 24. Mai 2004, Vorspann und Rz. 5.

⁴ Zur Vielseitigkeit anwaltlichen Wissens vgl. HEINZ HELLER, Value Billing – Vom erkennbaren Wert anwaltlicher Produktivität, Anwaltsrevue 6/7 (2014) 289 f.

⁵ Zu einer der geistigen Wurzeln von Contract Engineering, der in den USA Mitte des 20. Jahrhunderts entwickelten Economic Analysis of Law vgl. STRAUB (FN 4) Rz. 5 und HOWARTH (FN 1), Rz. 17.

⁶ Auswahl: Vgl. zu Legal Engineering allgemein: HOWARTH (FN 1); TOM M. VAN ENGERS, Legal Engineering: A Knowledge Engi-

neering Approach To Improving Legal Quality, in: Ann Macintosh et al. (Hrsg.): Applications and Innovations in Intelligent Systems XIII, Cambridge 2006; zu Legal Engineering in der Gesetzgebung: LAURA NADER, The Life of the Law, Berkeley 2002; CASHIN RITAINE (FN 1); zu Legal Engineering in der Finanzbranche: DOREEN MCBARNET, Financial Engineering or Legal Engineering? Legal Work, Legal Integrity and the Banking Crisis, in: University of Edinburgh, School of Law, Working Paper Series 2 (2010); zu Legal Engineering im Verfahrensrecht: GARY EDMUND, Legal Engineering: Contested representations of the Law, science (and non science) and society, in: Social Studies of Science (2002) 371 ff.; zu Contract Engineering: GUSTAV UNGER, Hedging Strategy and Electricity Contract Engineering, Zürich 2002; PHILIPPE SCHILTKNECHT, Capacity Management and Contract Engineering, Zürich 2007.

⁷ CASHIN RITAINE (FN 1), 13.

⁸ Vgl. VAN ENGERS (FN 6).

⁹ STRAUB (FN 3), Vorspann und Rz. 2.

¹⁰ Vgl. STRAUB (FN 3), Vorspann.

¹¹ Vgl. MCBARNET (FN 6).

vorliegendem Aufsatz wählt der Schreibende (als Fachanwalt SAV für Arbeitsrecht) jene Perspektive, die er am besten kennt – die arbeitsrechtliche. Anhand einer Fallstudie soll das Konzept des Contract Engineering praxisbezogen veranschaulicht werden.

V. Fallstudie: Ausgangslage

A. Überstundenansprüche und Arbeitszeiterfassung

Überstunden sind Arbeitszeiten, welche die Sollarbeitszeit übersteigen. Als «Überzeit» bezeichnet das Arbeitsgesetz (ArG) Arbeitszeit, die nicht nur über die Sollarbeitszeit, sondern sogar über die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten hinaus geleistet wird.¹² Überstundenansprüche nach OR¹³ können vertraglich ausgeschlossen werden¹⁴, Überzeitanprüche nach ArG dagegen nicht. Als Oberbegriff für Überstunden nach OR und für Überzeit nach ArG kann der allgemeine Begriff der «Überstunden» gleichermaßen verwendet werden wie der Begriff der «Mehrarbeitszeit».¹⁵

Überstundenansprüche stehen beweisrechtlich in engem Zusammenhang mit der Arbeitszeiterfassung. Arbeitszeiterfassung ist zwingende öffentlich-rechtliche Arbeitgeberpflicht für alle dem Arbeitsgesetz unterstellte Unternehmen.¹⁶

B. Interessenlage und Risikoanalyse

Viele Arbeitgeber würden sich gerne rechtskonform verhalten und die Arbeitszeit erfassen. Denn die Kontrolle der geleisteten Arbeit ergibt «ehrliche» (nämlich zutreffende) Daten, mit denen Unternehmen die Personalkosten, den Personalbestand und die Einsatzplanung exakt steuern können.

Allerdings produzieren Arbeitgeber mit der Erfassung der Arbeitszeitdaten genau jene Beweismittel, die bei Strafverfahren wegen Missachtung von Arbeits- und Ruhezeitvorschriften¹⁷, aber auch bei Überstundenprozessen gegen sie verwendet würden. Bei über 70 % der Schweizer Unternehmen liegt der Jahresumsatz unter 0.5 Mio. Fran-

ken.¹⁸ 92.1% beschäftigen weniger als 10 Mitarbeiter.¹⁹ Hier können nicht budgetierte hohe Lohnforderungen schlechtestenfalls die Existenz gefährden.

Für Arbeitszeit- und Sicherheitskontrollen sind die kantonalen Arbeitsinspektorate zuständig.²⁰ Allerdings: Für Sicherheitskontrollen erhalten die Kantone Geld vom Bund, für Arbeitszeitkontrollen nicht. Entsprechend liegen die Prioritäten.²¹ Arbeitszeitkontrollen werden oft angekündigt und erfolgen nicht selten (erst) auf Anzeige²² hin. Beschränkte Personalressourcen der kantonalen Arbeitsinspektorate sind Tatsache. THOMAS GEISER spricht von einem «echten Vollzugsnotstand»²³ beim Arbeitsgesetz.

Zudem ist die herrschende Lehre der Ansicht, «unterlassene [Arbeitszeit-]Datendokumentierung, die Datenvernichtung oder die Herausgabeverweigerung gegenüber den zuständigen Behörden sind als solche nicht strafbar»²⁴. Gegenüber fehlbaren Arbeitgebern verfügen die kantonalen Arbeitsinspektorate eine Nachfrist zur Bereinigung der Verhältnisse. Wird die Nachfrist missachtet, droht (lediglich) eine Busse. Die Missachtung der Arbeitszeiterfassungspflicht ist also indirekt doch strafbar, aber nur als Übertretung.²⁵ Der Vergehenstatbestand der Missachtung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften²⁶ gilt dagegen nicht als erfüllt.²⁷

¹² Art. 9 ArG.

¹³ Art. 321c OR.

¹⁴ Art. 321c Abs. 3 OR.

¹⁵ Nachweis bei HEINZ HELLER, Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit, in: AJP/PJA 2014, 612, FN 36.

¹⁶ Art. 46 ArG, Art. 73 ArGV1.

¹⁷ Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG.

¹⁸ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013, BBl (2013) 4976.

¹⁹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK BfS (Hrsg.): Taschenstatistik der Schweiz 2014, Neuchâtel 2014, 17.

²⁰ Art. 41 ArG.

²¹ Vgl. das Interview mit Corina Müller, Ressortleiterin Arbeitnehmerschutz beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, in: SIMON BÜHLER, Brisanz ohne Kontroverse, HR-Today 5 2014, 10.

²² Art. 54 ArG.

²³ Vgl. das Interview mit Arbeitsrechtsprofessor Thomas Geiser im TAGES ANZEIGER, Online-Ausgabe vom 12. September 2013: «Beim Arbeitsgesetz sehe ich einen echten Vollzugsnotstand» (Artikel online abrufbar auf <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Beim-Arbeitsgesetz-sehe-ich-einen-echten-Vollzugsnotstand/story/12125630>, Webseite besucht am 30. September 2014).

²⁴ THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WILER (Hrsg.), Kommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, ad Art. 46 ArG Rz. 14.

²⁵ Art. 51 Abs. 1 und 2 ArG, Art. 103 und 292 StGB. Erst Geldbusen über 5'000.– Franken bewirken einen Eintrag im Strafregister (Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung; Art. 366 Abs. 2 lit. a StGB).

²⁶ Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG, Art. 10 Abs. 3 StGB. Bei juristischen Personen können strafrechtliche Sanktionen die direkt verantwortlichen natürlichen Personen treffen (Art. 59 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VStrR).

²⁷ Vgl. STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO: Arbeitsgesetz – Wegleitung zum Gesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 (Stand 25. September 2014) ad Art. 51 Abs. 2 ArG (Dokument online abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/>

Vor dem Hintergrund schwacher Kontrollen und Sanktionen verzichten sehr viele Arbeitgeber ganz oder teilweise auf Arbeitszeiterfassung²⁸ – oft unter dem Titel der «Vertrauensarbeitszeit»²⁹.

Angenommen, ein Unternehmenskunde bittet um die Ausarbeitung eines Arbeitszeitreglements, das Vertrauensarbeitszeit vorsieht. Dabei soll die Tatsache der Unterlassung der Arbeitszeiterfassung möglichst verschleiert dargestellt werden. Darf der Contract Engineer dem Wunsch entsprechen?

VI. Psychologie als Instrument von Contract Engineering?

A. Vertrauensarbeitszeit als nichtige Vereinbarung

Verstösse gegen die Arbeitszeiterfassungspflicht – und damit gegen zwingendes öffentliches Recht³⁰ – sind widerrechtlich.³¹ Widerrechtliche Vertragsklauseln sind nichtig.³² Bei Vertrauensarbeitszeit wird (im Rahmen des Risikomanagements) auf die psychologische Wirkung gesetzt, die auch nichtige Vertragsklauseln entwickeln. Nicht viele Arbeitnehmer sind bereit, den eigenen Arbeitgeber beim Arbeitsinspektorat anzuzeigen.³³

Die Gretchenfrage lautet: Dürfen Contract Engineers auf die psychologische Wirkung nichtiger Vertragsklauseln setzen, oder ist ihnen entsprechende Vertragskonstruktion verboten?

00009/00027/01569/index.html?lang=de, Webseite besucht am 30. September 2014). Die Haltung des SECO kann hinterfragt werden: Denn das Unterlassen der Arbeitszeiterfassung nimmt eine Verletzung der Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen immerhin in Kauf (dolus eventualis). Es wäre also zu prüfen, ob ein eventualvorsätzlicher Versuch vorliegt (Art. 12 i.V.m. Art. 22 StGB).

²⁸ Zur Faktenlage siehe HELLER, Überstundenmanagement (FN 15), 615 f.

²⁹ Jene Art der (unechten) Vertrauensarbeitszeit, bei der die Arbeitszeit zwar erfasst, die Einhaltung der Sollarbeitszeit aber nicht kontrolliert oder durchgesetzt wird, ist hier nicht gemeint; vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, ad Art. 321 OR Rz. 9, S. 169.

³⁰ Vgl. AHMET KUT, Kommentar zu Art. 1–40g OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ad Art. 19–20 OR, Zürich 2. A. 2012, Rz. 18.

³¹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 29), ad Art. 321 OR Rz. 9, S. 169, wonach «echte Vertrauensarbeitszeit mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen ist.»

³² Art. 20 Abs. 1 OR.

³³ Art. 54 ArG.

B. Transparenz als Kriterium?

Contract Engineers ist zunächst das Ausarbeiten von Verträgen verboten, die eine Straftat bezwecken.³⁴ Im Übrigen aber argumentiert RAINER SCHUMACHER, auch im Bereich zwingenden Rechts gelte der Grundsatz «wo kein Kläger, da kein Richter».³⁵ Wenn der Vertragsjurist die Rechtswidrigkeit abmahne, müsse er die Vertragsredaktion nicht ablehnen. SCHUMACHER schlägt sinngemäss vor, auf die Widerrechtlichkeit einer Vertragsklausel aus Transparenzgründen nicht nur in einem separaten Brief an die Mandantschaft, sondern sogar im Vertrag selber hinzuweisen:³⁶ «Was transparent ist, ist deshalb bestreitbar und anfechtbar, aber nicht listig, geschweige denn hinterlistig.»³⁷ Bei intransparent gestalteten widerrechtlichen Vertragsklauseln könne es dagegen rechtsethisch geboten sein, entsprechende Mandate abzulehnen, so SCHUMACHER.³⁸

VII. Ist Rechtsverwirklichung Aufgabe anwaltlicher Contract Engineers?

Anwaltliche Contract Engineers haben auch berufsrechtliche Grenzen zu beachten. Selbst wenn der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung *transparent* vereinbart, der Arbeitnehmer beispielsweise ausdrücklich auf die gesetzliche Arbeitszeiterfassungspflicht hingewiesen wird: Dürfen Anwälte solche Klauseln ausarbeiten – oder sind sie Diener des Rechts und müssen ihm zum Durchbruch verhelfen?

A. Ja

WALTER FELLMANN beantwortet die Frage mit Verweis auf das «Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich», das zu einer Zeit erschien (1988), als Legal Engineering noch kein Thema war.³⁹ Demnach darf ein Anwalt «nicht versuchen, die bestehende Rechtsordnung zu umgehen oder zu durchkreuzen, son-

³⁴ KASPAR SCHILLER: Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, Rz. 1576: «So darf sich der Anwalt im Rahmen der Mandatserfüllung selbstverständlich nicht strafbar machen, weder als Täter noch als Anstifter oder Gehilfe». Gleicher Ansicht RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004, Rz. 392.

³⁵ SCHUMACHER (FN 34), Rz. 386.

³⁶ SCHUMACHER (FN 34), Rz. 391 i.V.m. Rz. 394.

³⁷ SCHUMACHER (FN 34), Rz. 394.

³⁸ SCHUMACHER (FN 34), Rz. 392 ff.

³⁹ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 221.

der er hat diese peinlich zu respektieren, sich an Recht und Gesetz zu halten. Er soll die Interessen seines Klienten nicht mit Lug und Trug, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten. [...] Der Rechtsanwalt darf nicht bewusst das Unrecht fördern oder das Recht irgendwelchen ausserrechtlichen Einflüssen opfern. Er soll keine verwerflichen, ungehörigen, verbotenen, sittenwidrigen oder unrechtmässigen Ansinnen vertreten. Er hat sich im Rahmen des Zulässigen zu halten und nur zu verfechten, was er vor der Rechtsordnung vertreten kann.»⁴⁰ FELLMANN ergänzt, «die beruflich gebotene Gewissenhaftigkeit schränkt den Anwalt auch in der Wahl der Mittel ein, indem sie ihm gebietet, die Wahrung der Interessen des Klienten ausschliesslich mit rechtlich zulässigen Mitteln zu betreiben, namentlich keine vom Gesetz verpönten Zwecke zu verfolgen [...]»⁴¹

B. Nein

Nach KASPAR SCHILLER ist Rechtsverwirklichung dagegen nicht Aufgabe der Anwaltschaft⁴²: «Zulässig ist [...] die Planung oder Vorbereitung eines rechtswidrigen Rechtsgeschäfts, ebenso die Empfehlung dazu. Der Anwalt handelt nicht rechtswidrig, wenn er z.B. zu einer letztwilligen Verfügung rät, die einen Pflichtteil verletzt, wenn er einen Mietvertrag mit unzulässigen Kündigungsfristen ausarbeitet oder einen Vertrag, der formungültig, kartellrechtswidrig oder wegen drohender Zahlungsunfähigkeit einer Partei anfechtbar ist. Der Anwalt [selber] will [ja] keine Pflichtteile verletzen und keine unzulässigen oder anfechtbaren Verträge abschliessen. In solchen Fällen ist der Klient jedoch abzumahn.»⁴³

C. Standpunkt des Autors

Die Missachtung der Arbeitszeiterfassungspflicht ist ein Verstoss gegen zwingendes öffentliches Recht und zudem – wenn auch nur indirekt – strafbar.⁴⁴ Der Schreibende ist der Auffassung, Anwälte dürften weder dazu raten, im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes auf die Arbeitszeiterfassung zu verzichten, noch dürfen sie Reglemente verfassen, die (ausdrücklich oder verschleiert) den Verzicht von Arbeitszeiterfassung vorsehen. Tun sie es

doch, verfolgen sie gemeinsam mit dem Unternehmenskunden einen rechtswidrigen Zweck und verstossen gegen die anwaltliche Sorgfaltspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA.⁴⁵

Anwälte dürfen aber, nach Ansicht des Schreibenden, rechtskonforme Arbeitszeitreglemente verfassen, selbst wenn sie um die durch den Arbeitgeber unterlassene Arbeitszeiterfassung wissen. Denn das Verhalten des Unternehmenskunden kann ihnen nicht angerechnet werden.

Anwälte dürfen und müssen zudem über die Faktenlage im Bereich der Arbeitszeiterfassung informieren, soweit sie ihnen bekannt ist.⁴⁶ Denn anwaltliche Aufklärungspflicht umfasst nicht nur rechtstheoretische Überlegungen, sondern auch die den Anwälten bekannten Rahmenumstände.

Für Unternehmensjuristen, die sich mit Arbeitszeit befassen, ist die Einhaltung des Arbeitsgesetzes (soweit anwendbar) auch eine Compliance-Aufgabe.⁴⁷

VIII. Rechtliche Grenzen von Contract Engineering

A. Beweismittelklauseln für Arbeitszeitdaten

In der Fallstudie entscheidet sich der Unternehmenskunde (aufgrund der anwaltlichen Beratung und aus Compliance-Gründen) für die umfassende Einführung der Arbeitszeiterfassung. Dennoch ist er nicht bereit, die entsprechenden Beweismittelklauseln in Kauf zu nehmen, die ihn treffen, wenn Überstundenansprüche eingeklagt werden.

Damit sieht sich der Contract Engineer aufgefordert, nach innovativen Lösungen zu suchen. Er entwickelt eine neuartige arbeitsrechtliche Beweismittelklausel:

«Für die gerichtliche Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen für Überstunden und Überzeitarbeit sind die offiziellen betrieblichen Arbeitszeiterfassungsdaten von der gerichtlichen Verwertbarkeit ausgeschlossen.»

⁴⁰ VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE (Hrsg.), Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 40.

⁴¹ FELLMANN (FN 39), 222.

⁴² SCHILLER (FN 34), Rz. 1574.

⁴³ SCHILLER (FN 34), Rz. 1578.

⁴⁴ Siehe vorne Titel «V.B. Interessenlage und Risikoanalyse».

⁴⁵ SCHILLER ist der Ansicht, ein bloss widerrechtliches Motiv des Mandanten genüge nicht für diese Interpretation, SCHILLER (FN 34), Rz. 1577. Das Honorarinteresse des Anwalts darf aber nicht ausgeblendet werden.

⁴⁶ Siehe vorne Titel «V.B. Interessenlage und Risikoanalyse».

⁴⁷ Vgl. OTHMAR STRASSER, Strafrechtliche Aspekte der Rechtsberatung durch Unternehmensjuristen – Bemerkungen zu einem Urteil des Einzelrichters für Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 13. Mai 2009 (GU090010/U; NZZ 12.6.2009), in: SJZ 105 (2009), 473 ff.

B. Geistesblitze und Juristenfutter

Das Beispiel der Beweismittelklausel zeigt: Die Kreation innovativer Lösungen ist das Eine – vielleicht ein Geistesblitz. Die Klärung ihrer Zulässigkeit kann deutlich aufwändiger ausfallen. Denn die zwingende Natur von öffentlichem und Privatrecht ermittelt sich häufig erst durch Auslegung.⁴⁸

C. Zulässigkeit von Beweismittelklauseln im Arbeitsrecht

Generell sind Beweismittelverträge (als Unterart der Prozessverträge) umstritten. MATTHIAS MAURER hält sie generell für unzulässig.⁴⁹ HANS PETER WALTER differenziert. Sinn gemäss verweist er auf die Parteiautonomie im Zivilprozess. Soweit auf einen Anspruch gerichtsverbindlich verzichtet werden könne, müsse auch ein vertraglicher Ausschluss der Beweismittel möglich sein.⁵⁰ Ähnlich argumentieren (für das deutsche Recht) GERHARD WAGNER⁵¹ und (für Schweizer Verhältnisse) ADRIAN STAEHELIN. Dieser weist sinngemäss darauf hin, Zivilprozessrecht sei nicht einfach deshalb zwingend, weil es öffentlich-rechtlicher Natur sei.⁵² Es gäbe auch *dispositives* Zivilprozessrecht. Welche Verfahrensnormen zwingender und welche dispositiver Natur seien, sei durch Auslegung zu ermitteln.⁵³ Ein Beispiel: Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 30'000.– Franken gilt die Untersuchungsmaxime^{54,55} Nach STAEHELIN kann sie vertraglich nicht ausgeschlossen werden, denn sie schützt die schwächere Vertragspartei.⁵⁶

Unbestrittenermassen handelt es sich bei der Arbeitszeiterfassungspflicht um eine Arbeitgeberpflicht *gegenüber den Behörden*, und nicht gegenüber den Arbeitnehmern⁵⁷. ROLAND MÜLLER/THOMAS OECHSLE scheinen anzudeuten, mit Bezug auf die (dispositive) Überstundenentschädigungspflicht⁵⁸ könne sich eine Arbeitszeiter-

fassungspflicht indirekt auch aus dem Obligationenrecht ergeben.⁵⁹

Das Bundesgericht entschied, unterlassene Arbeitszeiterfassung habe keine Beweislastumkehr zur Folge. Die «*blosse Beweisnot*» des Arbeitnehmers rechtfertige dies nicht: «*Zur Umkehr der Beweislast kann es nur kommen, wenn das Verhalten der Arbeitgeberin als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen ist, weil sie beispielsweise die Beweismittel zerstört, um dem Arbeitnehmer den Beweis zu verunmöglichen.*»⁶⁰ Missachtung der zwingenden Arbeitszeiterfassungspflicht per se sei kein Rechtsmissbrauch⁶¹, der das Vertrauen auf die allgemeinen Beweislastregeln⁶² zerstört.⁶³

D. Rechtsunsicherheit: Schicksal von Contract Engineers?

Darf aus all dem gefolgert werden, mit Bezug auf seine Arbeitszeitdaten stehe dem Arbeitnehmer zwar ein «*Beweismittelverwertungsanspruch*» zu, der aber (vielleicht nur bei Streitwerten über 30'000.– Franken) der Parteiautonomie unterliegt und somit verzichtbar ist? Die Frage wird hier ausdrücklich offengelassen. Der (nur angedeutete) Diskurs zeigt aber: Contract Engineers müssen im Einzelfall schlechtestenfalls Ungewissheit aushalten – allerdings nicht nur in rechtlicher, sondern vielleicht auch in ethischer Hinsicht. Ein Beispiel: Angenommen, die hier präsentierte Beweismittelklausel würde vom anwaltlichen Contract Engineer als rechtlich zulässig erachtet – sollte sie auch angewendet werden?

⁴⁸ KUT (FN 30), Rz. 14.

⁴⁹ MATTHIAS MAURER, *Der Vergleichsvertrag*, Zürich 2013, Rz. 423, mit Verweisen.

⁵⁰ HANS PETER WALTER, Kommentar zu Art. 8 ZGB, in: *Berner Kommentar ZGB Bd. I/1*, Bern 2012, ad Art. 8 ZGB Fn. 645.

⁵¹ GERHARD WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen 1998, 685 ff.

⁵² ADRIAN STAEHELIN: *Dispositives Zivilprozessrecht*, in: *Freiheit und Zwang*, Festschrift für Hans Giger, Bern 1989, 654.

⁵³ STAEHELIN (FN 52), 652.

⁵⁴ Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen.

⁵⁵ Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO.

⁵⁶ STAEHELIN (FN 52), 653.

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 29), ad Art. 321c OR Rz. 10, S. 226

⁵⁸ Art. 321c Abs. 3 OR.

⁵⁹ ROLAND MÜLLER/THOMAS OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, in: AJP/PJA 7/2007, 848: «*Aus den [OR-] Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag lässt sich keine direkte Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit ableiten. Allerdings bestimmt Art. 321c OR, dass geleistete Überstunden [...] durch Normallohn samt einem 25%-igen Zuschlag zu entlöhen sind. [...] Damit dieser Pflicht nachgekommen werden kann, müssen mindestens die Abweichungen von der vertraglich geregelten Normalarbeitszeit erfasst werden.*»

⁶⁰ BGE 4C.307/2006 vom 26. März 2007, Erw. 3.1, unter Verweis auf BGE 4C.146/2003 vom 28. August 2003, Erw. 4.1.

⁶¹ Art. 2 ZGB.

⁶² Art. 8 ZGB.

⁶³ So das Bundesgericht sinngemäss in BGE 4C.307/2006 vom 26. März 2007, Erw. 3.1.

IX. Ethische Grenzen von Contract Engineering

A. Lücken im regulatorischen Umfeld: Freipass für Contract Engineering?

Derivative Finanzprodukte zeigen: Vertragliche Regelungen können ethisch fragwürdig sein, selbst wenn sie rechtlich zulässig sind. Jene derivativen Finanzprodukte, welche die Welt ab 2007 in die Finanzkrise trieben, wurden von Anwälten entwickelt, die Gesetzesspielräume und -lücken akribisch ausloteten. Über diese Legal Engineers schrieb MCBARNET: *«Legal engineers know they are not following the intentions or spirit of the law. Bankers and banking lawyers talk in interviews about their legal practices as <bullish> or <sailing close to the wind>. Indeed they are sometimes surprised when they succeed, when regulators fail to see through what a lawyer described as the <fog> of complexity and opacity, a fog which indeed can be developed for just that purpose. In the mindset that underlies and fosters legal engineering, all the responsibility for control is being placed on the regulators. If they can't make regulations legal-engineering proof or spot the failings in the schemes it is fair game to exploit that situation. Ideas such as responsibility, the public good, morality, ethics or integrity do not enter into the equation. All, it seems, is fair in love and law.»*⁶⁴

B. Eigenverantwortlichkeit der Rechtsanwender

Entscheider müssen verantwortungsvoll abwägen, ob alles Machbare auch umgesetzt werden soll. Orientierungspunkte sind nebst der Firmenkultur die in einem Unternehmen geltenden Corporate Governance-Richtlinien, ethischen Grundsätze, Compliance-Massstäbe, Reputationsansprüche.

C. Turboprämie

Wenn kompromisslos gewinnorientierte, aber finanziell gut aufgestellte Unternehmen ihre Mitarbeiter mit Beweismittelklauseln bewusst um ihre Überstundenansprüche *«prellen»*, mag die ethische Frage für viele eindeutig ausfallen. Andere Fälle sind weniger eindeutig. Ein Beispiel:

Ein Einzelkaufmann mit hohem Arbeitsanfall, aber knappen Margen und aktuell schlechtem Geschäftsgang

versucht, mit seinem einzigen Angestellten folgende Klausel zu vereinbaren – und damit seine wirtschaftliche Existenz zu retten:

Der Mitarbeiter erhält – trotz schlechter Liquiditätssituation des Arbeitgebers – sofort eine Pauschale, die sämtliche Überzeitanprüche des Arbeitnehmers abgilt. Die Pauschale wird weit unter dem zwingenden gesetzlichen Anspruch des Angestellten⁶⁵ in jener Höhe festgelegt, den sich der Einzelkaufmann in diesem Beispiel gerade noch leisten kann. Die Zahlung ist aber an eine Bedingung geknüpft: Der Anspruch verfällt, sofern der Arbeitnehmer (weitergehende) Überzeitanprüche einklagt. Der Mitarbeiter entscheidet also zwischen Anspruchskürzung, aber sofortiger Auszahlung, und Zivilprozess.

Abgesehen von der Frage der rechtlichen Zulässigkeit⁶⁶ der Turboprämie wäre deren ethische Zulässigkeit offenkundig schwierig zu beurteilen: Würde der Einzelkaufmann wegen einer zu hohen Überzeitforderung zahlungsunfähig, wäre dem Arbeitnehmer auch nicht geholfen.

X. Fallstudie: Das Geschäft des Kunden kennen

Zurück zur Fallstudie: Der Unternehmenskunde hat sich für die Einführung der Arbeitszeiterfassung entschieden. Aus ethischen Gründen verwirft er auch eine Beweismittelklausel für Arbeitszeitdaten. Er beauftragt den anwaltlichen Contract Engineer, andere Wege zu finden, die Einführung der Arbeitszeiterfassung möglichst *personal-kostenneutral* zu gestalten. Diese schwierige Aufgabe⁶⁷ erfordert vertieftes Eindenken und Einlassen in die operativen Abläufe des Unternehmenskunden. Schliesslich entstehen allgemeine, aber auch abteilungs- und funktionsbezogene Lösungen:

⁶⁵ Art. 13 ArG.

⁶⁶ In Deutschland wird unter der *«Turboprämie»* ein Abfindungsanspruch verstanden, der bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage erlischt. Das Bundesarbeitsgericht hält die Turboprämie unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig (Urteil des BAG vom 3. Mai 2006 im Verfahren 4 AZR 189/05, online abrufbar auf: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=4%20AZR%20189/05>, Webseite besucht am 30. September 2014). Für Schweizer Verhältnisse würde im Zentrum der Überlegungen wohl Art. 341 OR stehen, der die (zeitlich beschränkte) Unverzichtbarkeit zwingender Arbeitnehmeransprüche regelt.

⁶⁷ Gleichgültig, an welcher Stellschraube gedreht wird: Änderungen im Bereich der Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung bleiben selten ohne Auswirkung auf Personalkosten und -bestand. Namentlich ist das Arbeitszeitregime mit dem Entschädigungsregime für Mehrarbeitszeit abzugleichen.

⁶⁴ MCBARNET (FN 6), 15.

1. Zunächst fängt, soweit möglich, flexible Arbeitszeit Auslastungsschwankungen auf. Elemente der Produktivitätsklausel steuern bei den qualifizierten Angestellten mit variablen Löhnen die Effizienz – durch Kombination der Leistungsziele mit der für die Zielerreichung aufgewendeten Arbeitszeit.⁶⁸
2. Die IT-Abteilung bedarf spezifischer Konzepte. Denn hier leisten die Mitarbeiter des Unternehmenskunden ständig hohe Präsenzzeiten, im administrativen Bereich allerdings – so die Wahrnehmung des Kunden – vor allem wegen Überstundenbewirtschaftung. Es ergeht die Weisung, die Leistung von Mehrarbeit sei vorgängig zu bewilligen. Beim IT-Fachpersonal wird den einen ermöglicht, künftig als Quasi-Selbständige (Ein-Mann-AG)⁶⁹ für das Unternehmen zu arbeiten. Sie werden nicht mehr auf der Lohnliste geführt. Die Sollarbeitszeit der anderen wird auf die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit erhöht. Und für darüber hinausgehende Überzeitarbeit wird Zeitkompensation statt Entschädigung vereinbart.⁷⁰ Vor Überarbeitung schützen neu ein Merkblatt, ein Wochenendarbeitsverbot (inklusive E-Mail-Verbot) und Jokertage, die zusätzlich zu den regulären Ferien gewährt werden.
3. Zudem werden die Funktionsbeschriebe überprüft: Mit den Top-Managern⁷¹ und den als Handelsreisenden einzustufenden Verkäufern, die alle dem Arbeitsgesetz und seinen Arbeitszeitnormen *nicht* unterstellt sind,⁷² werden schriftliche Nichtunterstellungsvereinbarungen getroffen. Diese Dokumente wappnen (als Compliance-Formulare) zudem gegen allfällige Arbeitszeitkontrollen.

⁶⁸ Erläuterung der Produktivitätsklausel (mit Musterklausel) siehe HELLER, Überstundenmanagement (FN 15), 610.

⁶⁹ Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff im Sinne des Arbeitsgesetzes: GEISER/VON KAENEL/WYLER (FN 24), ad Art. 1 Rz. 11 i.V.m. Rz. 49. Zum Personalverleih von quasi-selbständigen Personen (Ein-Mann-AG) siehe STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz [...], Stand 15. Januar 2007 (Dokument online abrufbar auf http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01828/index.html?lang=de&print_style=yes, Webseite besucht am 30. September 2014).

⁷⁰ Art. 13 Abs. 2 ArG.

⁷¹ Den Term «*Top-Manager*» verwendet das SECO für höhere leitende Angestellte i.S.v. Art. 3 lit. d ArG, vgl. STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Weisung [...] betreffend Kontrollen der Arbeitszeiterfassung [...] – gültig per 1.1.2014, 2 und 4 (Dokument online abrufbar auf <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=51509>, Webseite besucht am 30. September 2014).

⁷² Art. 3 Abs. 1 lit. d und g ArG.

Die Einführung all dieser Massnahmen erfordert taktisch und kommunikativ anspruchsvolle Überzeugungsarbeit, damit Änderungskündigungen vermieden werden können.⁷³

XI. Innovation als Gütesiegel von Contract Engineering?

Viele der beschriebenen Massnahmen zur personalkostenneutralen Einführung von Arbeitszeiterfassung zeigen: Nicht nur *innovatives* Contract Engineering (wie beispielsweise die Produktivitätsklausel), sondern auch die gekonnte Kompilation *bekannter* rechtlicher Ansätze kann das Ergebnis aufwändiger, massgeschneiderter und ökonomisch ausgerichteter Vertragskonstruktion sein, die die Qualifikation als «*Contract Engineering*» verdient.

XII. Messbare Ergebnisse als Gütesiegel von Contract Engineering?

A. 15 Minuten – eine relevante Grösse?

STRAUB erörtert, ob mit Legal beziehungsweise Contract Engineering das Recht im Einzelfall zum kritischen Erfolgsfaktor werden könne.⁷⁴ Die Frage ist nicht nur für das Risikomanagement relevant.⁷⁵ Contract Engineering kann auch *messbare* ökonomische Verbesserungen bewirken. Ein Beispiel:

Die gesetzliche Viertelstundenpause bei Arbeitszeiten über fünfeinhalb Stunden⁷⁶ muss grundsätzlich nicht entlohnt werden.⁷⁷ Viele Unternehmen wissen das nicht. Die Viertelstundenpause mag auf den ersten Blick von marginaler Bedeutung sein. Ein Unternehmen mit 100 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Bruttolohn von 40.– Franken pro Stunde bezahlt pro Jahr aber 240'000.– Franken⁷⁸ zu hohe Lohnkosten, wenn die Bezahlung der Viertelstundenpausen kein bewusster Entscheid ist. 240'000.– Franken wären in diesem Beispiel drei durchschnittliche Vollzeitstellen (auf 100).⁷⁹

⁷³ Vgl. beispielsweise zur Delegation der Arbeitszeiterfassung: MÜLLER/OECHSLE (FN 59), 852.

⁷⁴ STRAUB (FN 3), Rz. 11.

⁷⁵ STRAUB (FN 3), Rz. 4 ff.

⁷⁶ Art. 15 Abs. 1 lit. a ArG.

⁷⁷ GEISER/VON KAENEL/WYLER (FN 24), ad Art. 15 ArG Rz. 28.

⁷⁸ Ein Viertel von 40.– Franken Stundenlohn mal 5 Wochenarbeitsstage mal 48 Arbeitswochen mal 100 Mitarbeiter = 240'000.– Franken.

⁷⁹ 40.– Franken Stundenlohn mal 8.2 Stunden tägliche Arbeitszeit mal 5 Wochentage mal 52 Jahreswochen = 85'280.– Franken durchschnittlicher betrieblicher Jahreslohn.

B. Sorgfalt im Umgang mit (scheinbaren) Nebensächlichkeiten

Es lohnt sich also, bei Contract Engineering im Personalwesen auch Detailfragen (hier: Viertelstundenspannen) Aufmerksamkeit zu widmen. Damit ist gleichzeitig gesagt: Legal Engineers können sich zu scheinbar marginalen Fragestellungen hohem Haftungsrisiko ausgesetzt sehen.

C. Abbildung von Wertschöpfung in Salärmodellen

Ungleich den Pausen sind in anderen Fällen die Ergebnisse von Contract Engineering schwierig zu messen. Ein Beispiel: PETER MEYER schlägt vor, nicht nur variable, sondern auch Grundlöhne wertschöpfungsorientiert auszugestalten.⁸⁰ Er fordert HR-Verantwortliche auf, den Horizont zu erweitern:

«Das HR interessiert sich für viele Themen: Für Demografie, War for Talents, Gesundheitsmanagement, oder dafür, dass das Linienmanagement die Ziele der Mitarbeiter SMART⁸¹ formuliert. Viel weniger interessant sind dagegen offenbar die grossen betriebswirtschaftlichen Hebel: Die Steuerung der Unternehmensleistung auf der Wertschöpfungsseite und das Management der (Grund-) Löhne auf der Kostenseite, die ja im Durchschnitt immerhin mehr als die Hälfte aller Kosten der Unternehmen ausmachen.»⁸²

Selbst wenn es gelingt, Wertschöpfung zu messen und in Arbeitsentgelten abzubilden: Einzelne, die infolge hoher Wertschöpfung mehr verdienen als andere, ragen aus dem Lohngefüge heraus. Hier drohen (im Verhältnis der Geschlechter) Gleichstellungsklagen, die das Konzept in Frage stellen.⁸³

XIII. Methodische Ansätze

A. Multidisziplinäre Projektteams

Der Anspruch auf geschlechts-unspezifischen gleichwertigen Lohn besteht nur für gleichwertige Arbeit. Der Be-

griff der Gleichwertigkeit ist unscharf definiert.⁸⁴ Zahlreiche Gleichwertigkeitskriterien existieren.⁸⁵ Den Wortteil «Wert» im Begriff «Gleichwertigkeit» wörtlich zu nehmen und in Lohndiskriminierungsfragen auf die Wertschöpfung abzustellen, wäre neu.

Um in einem Unternehmen einen wertschöpfungsorientierten LohnEinstufungsansatz einzuführen, könnte sich ein multidisziplinäres Projektteam empfehlen, zusammengesetzt aus der HR-Verantwortlichen, dem Compensation & Benefit⁸⁶-Zuständigen, einem LohnEinstufungsfachmann und einer Arbeitsrechtsspezialistin. Wer immer teilnimmt: Multidisziplinäre Projekte sind dann erfolgreich, wenn sich von Anfang an die richtigen Kompetenzträger zusammenfinden. Der Anwalt wäre hier nur Glied in der Kette, aber Herr im eigenen Sektor. Sein durch den Beruf geschärftes analytisches Denken würde ihm Beiträge ermöglichen, die bestenfalls nicht nur juristisches, sondern auch konzeptionelles Potenzial aufzeigen.

B. Think Tanks

Gleichermassen könnten beispielsweise Interessenverbände Think Tanks ins Leben rufen, die übergeordnete Branchenthemen aufarbeiten. Was resultierte, wenn eine Wirtschaftsvereinigung Spezialisten ergebnisorientiert über das enge Arbeitszeitkorsett des Arbeitsgesetzes nachdenken liesse? Welche Ansätze würden entwickelt, die dem Bedürfnis der Wirtschaft entsprechen würden, Löhne für Produktivität und Wertschöpfung zu bezahlen – statt für Präsenzzeit?

Think Tanks sind kein Privileg von Verbänden und Grosskonzernen. KATHRIN BACHMANN erläutert, wie auch KMU mit Think Tanks strategisch relevantes Wissen generieren können.⁸⁷

C. Gutachten

Typischerweise widmen sich juristische Gutachten einer rechtlichen Analyse und enden mit Schlussfolgerungen oder Handlungsempfehlungen. Denkbar wären auch Gutachten, die die Ausgestaltung, Zulässigkeit oder

⁸⁰ PETER MEYER, Einstufungsmodelle: Wertvernichter oder -schöpfer?, in: HR-Today 9 (2014) 21 f.

⁸¹ «SMART» formulierte Leistungsziele für Arbeitnehmer sollen spezifisch, messbar, erreichbar, relevant und zeitlich sein.

⁸² MEYER (FN 80), 21.

⁸³ MEYER (FN 80), 22.

⁸⁴ Eine gute Übersicht bieten STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 29), ad Art. 322 OR Rz. 20, S. 300.

⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 29), ad Art. 322 OR, Rz. 20, S. 301 ff.

⁸⁶ Löhne und Nebenleistungen.

⁸⁷ KATHRIN BACHMANN, Think Tanks in kleinen und mittleren Unternehmen – Prozessorientiert strategisch relevantes Wissen generieren und weitergeben, Saarbrücken/Berlin 2006.

Durchsetzbarkeit völlig neuer Vertragsklauseln prüfen. Obschon von Nichtjuristen verfasst, bilden die Monografien von UNGER⁸⁸ und SCHILTKNECHT⁸⁹ anschauliche Beispiele. Bemerkenswert ist auch die Abhandlung von CONRADIN CRAMER: Als in der Finanzkrise ab 2007 die Unternehmensgewinne der Finanzbranche einbrachen, die Managerboni aber hoch blieben, diskutierte eine breite Öffentlichkeit den Malus. CRAMER erörterte echte und vermeintliche Gestaltungsoptionen.⁹⁰

D. Strategische Partnerschaften

Auf der Hand liegen schliesslich strategische Partnerschaften zwischen arbeitsrechtlichen Contract Engineers und anderen externen Partnern von HR-Verantwortlichen, wie beispielsweise Anbieter von Zeiterfassungssoftware, Payroll Outsourcing-Unternehmen, Outplacement-Spezialisten, Case Management-Anbieter oder sogar kantonale Arbeitsinspektorate, um nur wenige zu nennen.

XIV. Zusammenfassung

Wirtschaftlich orientiertes Contract Engineering spricht nicht primär bessere, elegantere, überzeugendere Verträge an. Der Slogan «*how to use the law to make money*» mag grell erscheinen. Aber Contract Engineering kann eine Teilstrategie zur Erreichung unternehmerischer Ziele darstellen. Das Konzept basiert auf verantwortungsvollem Umgang mit rechtlichen und ethischen Grenzen. Denn der Gesellschaftsvertrag darf nicht in Frage gestellt werden (Stichwort: Derivative Finanzprodukte, Subprime Crisis).

XV. Ausblick: Handlungsbedarf und Potenzial von Contract Engineering

Entscheidungsträger in Unternehmen sehen ihre Rechts- und Personalabteilungen (und mit diesen auch die externen Anwälte) üblicherweise als reine Stabsfunktionen. Ihnen traut die Geschäftsleitung wenig unternehmerisches Verständnis zu und erwartet keinen klar fassbaren Beitrag zum Unternehmensergebnis. Entsprechend selten finden sich (in der Schweiz) Legal Counsels oder HR-Verantwortliche in der Geschäftsleitung.

Wenn man Stabsfunktionen (internen wie externen) mehr zutraut und sie zu «*einem grösseren Ganzen*»⁹¹ beitragen lässt, werden sie reagieren: Erwartungen bewirken Ergebnisse. DAVID HOWARTH streicht heraus: «*If non-lawyers better understand what lawyers do, they will be in a better position to make use of lawyers' skills.*»⁹²

In diesem Aufsatz wurde versucht, in einem Mikroausschnitt des Wirtschaftsrechts (arbeitsrechtliche Lohnfragen) mehrere Anwendungsfelder⁹³ und konkrete Denkanstösse für innovatives Contract Engineering⁹⁴ aufzuzeigen. Viele Ansätze harren noch ihrer Entdeckung. Namentlich griffige Alternativen zur Missachtung der Arbeitszeiterfassungspflicht sind für die Schweizer Wirtschaft von herausragender Bedeutung.

Welches (ökonomische) Potenzial würde sich entfalten, wenn man den Horizont erweitert, über das Arbeitsrecht hinaus?

⁸⁸ UNGER (FN 6).

⁸⁹ SCHILTKNECHT (FN 6).

⁹⁰ CONRADIN CRAMER, Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, in: AJP/PJA 5 (2008), 535 ff.

⁹¹ FREDMUND MALIK, Führen, Leisten, Leben, Frankfurt/New York 2014, 98.

⁹² HOWARTH (FN 1), 203.

⁹³ Überstundenansprüche in Abhängigkeit von Arbeitszeitdaten, produktivitäts- und wertschöpfungsorientiertes Salärmanagement sowie der Malus.

⁹⁴ Beweismittelklausel für Arbeitszeitdaten; Turboprämie; Produktivitätsklausel.