

Was ist Arbeitszeit?

Von Prof. Dr. iur. ROLAND MÜLLER*

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung

II. Gesetzliche Grundlagen

- A. Arbeitszeitregelung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen
 - 1. Arbeitszeitregelung im Obligationenrecht
 - 2. Arbeitszeitregelungen im ArG und in den ArGV
 - a. Regelungen im Arbeitsgesetz
 - b. Regelungen in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz
- B. Arbeitszeitregelungen in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen
 - 1. Allgemeiner Hinweis
 - 2. Eidgenössische Erlasse
 - a. Bundespersonalgesetz und zugehörige Verordnung
 - b. Arbeitszeitgesetz und zugehörige Verordnung
 - 3. Kantonale Erlasse
 - a. Zürich
 - b. Bern
 - c. St. Gallen
 - 4. Zwischenergebnis

III. Abgrenzungs- und Zuordnungsprobleme

- A. Homeoffice
 - 1. Abgrenzung zu Heimarbeit
 - 2. Mit fixen Arbeitszeiten
 - 3. Ohne fixe Arbeitszeiten
- B. Telekommunikation
 - 1. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse
 - a. Problemstellung
 - b. Kommunikation zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer
 - c. Kommunikation zwischen einzelnen Arbeitnehmern
 - 2. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse
- C. Reisezeit
 - 1. Bei Einsatzort in der Schweiz
 - 2. Bei Einsatzort im Ausland

* Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St. Gallen und Bern.

- D. Privatarbeit während der Arbeitszeit
 - 1. Falls Arbeit vorhanden ist
 - 2. Falls keine Arbeit vorhanden ist
- E. Arbeit auf Abruf
- F. Haushaltshilfen
- G. Aus- und Weiterbildung
- H. Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis

IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

- A. Zusammenfassung
- B. Empfehlungen

I. Problemstellung

Weder im Obligationenrecht noch im Arbeitsgesetz noch in den zugehörigen Verordnungen¹ ist eine eindeutige Legaldefinition der Arbeitszeit zu finden. Mit der Digitalisierung der Arbeitswelt, der zunehmenden Mobilität und der Globalisierung verschwimmen die Grenzen zwischen Arbeitszeit und Freizeit zunehmend. Homeoffice und ständige Erreichbarkeit bilden nicht länger die Ausnahmen, sondern werden zunehmend zur Regel.

In der Arbeitswelt stehen sich gewisse Interessen diametral gegenüber: Die Arbeitgeberin² möchte einen möglichst grossen Nutzen der Arbeitszeit zu möglichst geringen Kosten. Im Idealfall möchte sie zudem gesunde Arbeitnehmer, da diese weniger Kosten bringen und effizienter sind. Je höher ausserdem das Vertrauen ist, das sie ihren Arbeitnehmern entgegenbringen kann, umso weniger fallen administrativer Aufwand und Kosten an.

Bei den Arbeitnehmern sind unterschiedlichere Interessen vorhanden. So dürften die einen gerne möglichst flexibel und demnach viel von zu Hause aus arbeiten wollen; anderen kommt es entgegen, wenn sie nicht die ganze Zeit zu Hause verbringen müssen, und denen hilft es, wenn sie eine gewisse Zeit im Büro verbringen können. Auch

¹ Zu den Bestimmungen mit Bezug zur Arbeitszeit in der ArGV 1 siehe unter II. A. 1. b. Regelungen in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz.

² Zur vereinfachten Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

die Motivation dürfte höchst unterschiedlich sein. Während einige Arbeitnehmer möglichst viel verdienen wollen, arbeiten andere aus Überzeugung und Leidenschaft, und einige arbeiten nur so viel, dass sie ihre Freizeit finanzieren können. Was wohl allen Arbeitnehmern gemeinsam sein dürfte, ist das Bedürfnis nach möglichst wenig administrativem Aufwand, einer mindestens fairen Entlohnung und einer Arbeit mit möglichst wenig gesundheitlichen Risiken.

Diese Gegenüberstellung zeigt ein grosses Konfliktpotenzial in Zusammenhang mit der Arbeitszeit auf. Damit stellt sich automatisch auch die Frage, wie weit sich der Staat einmischen soll bzw. muss. In der Schweiz ist man bemüht, angemessene Vorschriften zu erlassen, was aus internationalen Vergleichen gut ersichtlich ist.³ Viele dieser Regelungen stammen allerdings aus einer Zeit, als die Digitalisierung, die Mobilität und die Globalisierung noch nicht weit fortgeschritten waren. Darum sind gewisse ehemals klare Grenzen heute nicht mehr zwingend eindeutig und müssen neu definiert werden. Dies zeigt sich deutlich bei der ständigen Erreichbarkeit, dem Bereitschaftsdienst oder auch bei E-Mails, welche zu jeder Tages- und vor allem Nachtzeit verschickt werden. Erschwerend kommt hinzu, dass es oftmals nicht einfach abzugrenzen ist, welche Vorschriften letztlich anwendbar sind. Als Beispiel sei vorab der Rega-Arzt genannt, wo sich die Frage stellt, ob auf ihn denn nun eher Luftrecht oder Arbeitsrecht anwendbar ist.⁴ Aber auch bei Arbeitnehmern mit Kaderfunktion muss im Einzelfall abgeklärt werden, ob eine höhere leitende Tätigkeit vorliegt und ob das Arbeitsgesetz zur Anwendung kommt oder nicht.

Wird über Arbeitszeit gesprochen, muss gleichzeitig auch über deren Erfassung gesprochen werden.⁵ Denn wenn Grenzen gesetzt werden, muss auch deren Einhaltung überprüfbar sein, da anderenfalls die Grenzen obsolet sind. Dies nehmen die am 1. Januar 2016 in Kraft gesetzten neuen Art. 73a und 73b ArGV 1 auf und entbinden gewisse Gruppen von Arbeitnehmern von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

3 Vgl. hierzu GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitszeiten in Europa*, Zürich/St. Gallen 2015.

4 Luftrecht geht in diesem Fall dem Arbeitsrecht vor. Siehe hierzu ausführlich NEUHAUS ANDREA/BUHOLZER PATRICIA, *Arbeitszeitvorschriften in der gewerbmässigen Luftfahrt*, in: Müller Roland/Wittmer Andreas (Hrsg.), *CFAC – Schriften zur Luftfahrt*, Band 5.

5 Dazu, jedoch noch vor den Art. 73a und 73b ArGV 1, MÜLLER/OECHSLE, *Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung*, AJP 7 (2007) 847 ff.

bzw. gewähren eine erleichterte Erfassung der Arbeitszeit. Leider wurde auch hier die Möglichkeit verpasst, die Arbeitszeit zu definieren. Ohne diese Definition bleibt unklar, was genau erfasst werden muss. Die Diskussion über die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist noch nicht abgeschlossen, und es ist damit zu rechnen, dass noch weitere gesetzgeberische Änderungen oder Ergänzungen folgen werden.

II. Gesetzliche Grundlagen

A. Arbeitszeitregelung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

1. Arbeitszeitregelung im Obligationenrecht

Das Obligationenrecht bietet keine Grundlage bzw. keine Legaldefinition dafür, was unter Arbeitszeit zu verstehen ist. Bezug auf die Arbeitszeit wird einzig bei der Regelung der Überstundenarbeit genommen. Demnach ist alles, was «gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist», Überstundenarbeit (Art. 321c Abs. 1 OR). Der Gesetzgeber geht also von klar bestimmten oder bestimmaren Grenzen aus, was der heutigen Zeit nicht mehr gerecht wird. Geklärt wird zudem nicht, wie vorzugehen ist, wenn keine der genannten Voraussetzungen gegeben ist.

In Art. 328 OR wird die Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers statuiert. Gemäss dieser Bestimmung hat die Arbeitgeberin neben anderem explizit «im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen [und] auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen». Unzweifelhaft ist eine zeitliche Überbeanspruchung des Arbeitnehmers dem Gesundheitsschutz nicht förderlich. Allerdings ist der Gesundheitsschutz nicht absolut, sondern es ist eine Güterabwägung nach Billigkeit dazu erforderlich, was dem Arbeitnehmer zuzumuten ist und wo sein Persönlichkeitsschutz Vorrang genießt.⁶ So müssen die Mitglieder der Betriebsfeuerwehr bei der Brandbekämpfung in einem gewissen Mass ihr Leben und ihre Gesundheit

⁶ WAGNER REMO, Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege, in: AJP 2016, 777.

aufs Spiel setzen.⁷ Abgrenzungskriterien sind im Gesetz nicht ersichtlich. Arbeitet z. B. ein Assistenzarzt neben der regulären Arbeitszeit noch an seiner Dissertation und befindet er sich dabei in Rufweite des Spitals oder gar vollends im Spital, stellt sich die Frage, ob dies der Arbeitszeit zuzurechnen ist oder nicht, da er in diesem Fall unterstützend eingreifen wird, wenn sich eine Notwendigkeit zeigt.

2. *Arbeitszeitregelungen im ArG und in den ArGV*

a. *Regelungen im Arbeitsgesetz*

Im ArG sind viele Normen aufgeführt, welche direkt oder indirekt Bezug auf die Arbeitszeit nehmen. Einige werden zur Klärung nachfolgend kurz aufgeführt:

- Die wöchentliche Höchstarbeitszeit wird auf 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, festgelegt (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Für alle anderen Arbeitnehmer beträgt sie 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG).
- Wie das Obligationenrecht enthält auch das Arbeitsgesetz Regelungen zur Mehrarbeit. Die Überzeitarbeit und die daraus resultierenden Konsequenzen sowie ihre Grenzen sind in Art. 12 f. ArG zu finden.
- Das Arbeitsgesetz schreibt zudem vor, dass Arbeitnehmern Pausen zu gewähren sind (Art. 15 ArG). Die Länge der zu gewährenden Pausen ist dabei direkt von der geleisteten Arbeitszeit abhängig. So ist eine Viertelstunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden, eine halbe Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden und eine Stunde Pause bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden zu gewähren. Damit verbunden ist auch die tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden (Art. 15a ArG), welche konsequenterweise keine Arbeitszeit sein kann.

Obwohl das Gesetz in verschiedener Hinsicht immer wieder auf die Arbeitszeit Bezug nimmt, ist auch hier keine Legaldefinition zu finden.

⁷ STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 7 zu Art. 328 OR.

b. Regelungen in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz

Die einzige Definition von «Arbeitszeit» ist in Art. 13 ArGV 1 zu finden. Demnach gilt als Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes die Zeit, «während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat» (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Der Weg von und zu der Arbeit wird dabei nicht als Arbeitszeit angesehen. Ist die Arbeit ausserhalb des Arbeitsortes, an welchem der Arbeitnehmer üblicherweise seine Arbeit verrichtet, und ist dadurch der Arbeitsweg verlängert, so stellt die zusätzliche Wegzeit jedoch Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2. ArGV 1). Hierdurch darf die tägliche oder wöchentliche Höchst Arbeitszeit auch überschritten werden. Allerdings beginnt die tägliche Ruhezeit von elf Stunden erst mit dem Eintreffen des Arbeitnehmers am Wohnort zu laufen (Art. 13 Abs. 3 ArGV 1).

Muss sich zudem der Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder auf Anordnung der Arbeitgeberin fortbilden, so ist die dafür aufgewendete Ausbildungszeit Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 4 ArGV 1).⁸

Leistet der Arbeitnehmer Pikettdienst⁹, ist die Betrachtungsweise differenziert: Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit so weit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen (Art. 15 Abs. 2 ArGV 1). Die Interventionszeit muss hierbei grundsätzlich mindestens 30 Minuten betragen (Art. 8a Abs. 1 ArGV 2). Ist die Interventionszeit aus zwingenden Gründen kürzer als 30 Minuten, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Zeitgutschrift von zehn Prozent der inaktiven Pikettdienstzeit. Beträgt die Interventionszeit 15 Minuten oder weniger, so ist gemäss Bundes-

⁸ Bezüglich Weiterbildung siehe auch das Weiterbildungsgesetz (WeBiG; SR 419.1) vom 20. Juni 2014 und die zugehörige Verordnung, welche die Weiterbildung als Teil des lebenslangen Lernens stärken sollen und Rahmenbedingungen und Finanzhilfen definieren.

⁹ Das heisst, er hält sich neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1).

gericht ein Profitieren von der Freizeit nicht mehr möglich, und die Zeit wird der Arbeitszeit angerechnet.¹⁰ Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewendete Zeit ausserhalb einer Intervention sowie des Arbeitsweges¹¹ verstanden (Art. 8a Abs. 2 ArGV 2).

B. Arbeitszeitregelungen in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen

1. Allgemeiner Hinweis

Es wird bei der vorliegenden Prüfung von öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Vielmehr soll exemplarisch aufgrund einzelner Beispiele aufgezeigt werden, wie die Thematik der Arbeitszeit auf eidgenössischer und kantonaler Ebene geregelt ist.

2. Eidgenössische Erlasse

a. Bundespersonalgesetz und zugehörige Verordnung

Im Bundespersonalgesetz (BPG¹²) findet sich lediglich eine Bestimmung bezüglich der Arbeitszeit. Darin wird einerseits für die wöchentliche Höchstarbeitszeit die Regelung des Arbeitsgesetzes für anwendbar erklärt und andererseits das Arbeitszeitgesetz vorbehalten (Art. 17 BPG). Für weiter gehende Regelungen wird auf die Ausführungsbestimmungen verwiesen (Art. 17a Abs. 1 BPG).

In der Bundespersonalverordnung¹³ wird die wöchentliche Arbeitszeit auf 41,5 Stunden festgesetzt (Art. 64 Abs. 1 BPV). Erfordern es besondere Verhältnisse, kann die wöchentliche Arbeitszeit vorübergehend auf 45 Stunden verlängert werden, wobei der Ausgleich innerhalb eines Jahres zu erfolgen hat (Art. 64 Abs. 3 BPV). Für regelmäs-

¹⁰ BGE 4A_94/2010; Verbringt der Arbeitnehmer die Zeit allerdings zu Hause, kann – zumindest in gewissem Rahmen – die Zeit anderweitig genutzt werden und ist nicht voll der Arbeitszeit zuzurechnen.

¹¹ Im Falle eines Einsatzes wird die effektive Wegzeit zur Zeitgutschrift hinzugerechnet.

¹² Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

¹³ Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3.

sige und angeordnete Arbeit zwischen 20 und 24 Uhr erhalten die Angestellten einen Zeitzuschlag von zehn Prozent (Art. 64 Abs. 5 BPV). Unterstehen sie der Vertrauensarbeitszeit, sind sie von der Erfassung der Arbeitszeit befreit und können keine Mehrarbeit, Überzeit oder Gleitzeit kompensieren (Art. 64a Abs. 1 BPV), erhalten dafür jedoch eine jährliche Barvergütung in Höhe von sechs Prozent des Jahreslohnes (Art. 64a Abs. 5 BPV).

Ferner sind in der Verordnung zum Bundespersonalgesetz, analog zum Arbeitsgesetz, Pausenregelungen in Abhängigkeit von der geleisteten Arbeitszeit zu finden, wenn auch teilweise mit abweichendem zeitlichem Rahmen (Art. 10b Abs. 2 BPV). So sind bei einer täglichen Arbeitszeit von vier Stunden eine Viertelstunde, bei einer Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden eine halbe Stunde, bei einer Arbeitszeit von neun Stunden eine Stunde und bei einer Arbeitszeit von zwölf Stunden zwei Stunden Pause zu gewähren. Die zweistündige Pause kann dabei hälftig aufgeteilt und gestaffelt angeordnet werden. Darf während der Pausen der Arbeitsplatz nicht verlassen werden, so sind sie der Arbeitszeit zuzurechnen (Art. 10b Abs. 4 BPV). Zusammengefasst findet sich weder im Bundespersonalgesetz noch in der zugehörigen Verordnung eine Legaldefinition.

b. Arbeitszeitgesetz und zugehörige Verordnung

Ein Arbeitstag besteht laut Arbeitszeitgesetz (AZG¹⁴) aus einer Dienstschicht und einer Ruheschicht (Art. 3 AZGV), wobei die Dienstschicht sich aus der Arbeitszeit und den Pausen zusammensetzt und im Durchschnitt von 28 Tagen zwölf Stunden nicht überschreiten darf (Art. 6 Abs. 1 AZG). Die tägliche Arbeitszeit darf im Jahresdurchschnitt höchstens sieben und innerhalb einer Dienstschicht höchstens zehn Stunden betragen (Art. 4 Abs. 1, 3 AZG). Bei Diensten, welche mehr als zwei Stunden Präsenzzeit umfassen, kann die durchschnittliche Arbeitszeit um höchstens 40 Minuten verlängert werden (Art. 4 Abs. 2 AZG). Sind die Dienste zwischen 22 und 6 Uhr zu leisten, ist grundsätzlich ein Zeitzuschlag zu gewähren, wobei der Bundesrat die massgeblichen Zeiten und den Zuschlag bestimmt sowie den Ausgleich regelt (Art. 4^{bis} AZG).

¹⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1991, SR 822.21.

Die Pausen sind aufgrund der Arbeitsbedingungen nicht ganz so klar geregelt wie in anderen Branchen. So ist nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit eine Pause zu gewähren, welche die Einnahme einer Mahlzeit erlaubt. Sie soll in der Regel wenigstens eine Stunde betragen und, soweit es der Dienst gestattet, am Wohnort zugebracht werden können (Art. 7 Abs. 1 AZG). Pausen ausserhalb des Dienstortes sind zu wenigstens 30 Prozent als Arbeitszeit anzurechnen. Pausen am Dienstort sind zu wenigstens 20 Prozent anzurechnen, sofern in einer Dienstschicht mehr als zwei Pausen zugeteilt werden (Art. 7 Abs. 3 AZG). Auf die Gewährung einer Pause kann nach Anhören der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter allerdings verzichtet werden, wenn die Dienstschicht neun Stunden nicht überschreitet und der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine Zwischenverpflegung einzunehmen. Dafür ist dann eine Arbeitsunterbrechung von 20 Minuten einzuräumen, die als Arbeitszeit gilt (Art. 7 Abs. 4 AZG).

In der Verordnung zum Arbeitszeitgesetz¹⁵ ist zudem aufgeführt, was an die Arbeitszeit anzurechnen ist (Art. 6 Abs. 2 AZG). Dies sind die Reisezeiten ohne Arbeitsleistung, die vorgenannten Pausenanteile, ein Zeitzuschlag von zehn Prozent für den Dienst zwischen 22 und 24 Uhr sowie ein Zeitzuschlag von 30 Prozent für den Dienst zwischen 24 und 4 Uhr. Ab dem Kalenderjahr, in dem der Arbeitnehmer das 55. Altersjahr vollendet, erhöht sich dieser Zeitzuschlag auf 40 Prozent.

Handelt es sich um Interventionszentren für den Einsatz von Lösch- und Rettungszügen, so ist auch die Anwesenheitszeit ohne Arbeitsleistung der Arbeitszeit zuzurechnen, wenn dafür eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und den Arbeitnehmern oder deren Vertreter vorliegt. Die Vereinbarung muss eine Angabe zum Umfang der als Arbeitszeit anzurechnenden Anwesenheitszeit ohne Arbeitsleistung enthalten.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nur in Spezialfällen punktuell geregelt ist, was zur Arbeitszeit zählt. Eine generelle Begriffsbestimmung, welche die Arbeitszeit klar definiert, fehlt auch im Arbeitszeitgesetz und in den entsprechenden Verordnungen.

¹⁵ Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 26. Januar 1972, SR 822.211.

3. *Kantonale Erlasse*

a. Zürich

Das Personalgesetz des Kantons Zürich¹⁶ enthält keine materielle Regelung bezüglich der Arbeitszeit, sondern überträgt die Kompetenz zu deren Regelung dem Regierungsrat (§ 52 Abs. 1 ZH PG). In der zugehörigen Vollzugsverordnung¹⁷ wird die wöchentliche Arbeitszeit auf 42 Stunden festgelegt, wobei diese grundsätzlich auf fünf Tage zu verteilen sind und der Samstag und Sonntag frei sind (§ 116 Vollzugsverordnung ZH PG). Die tägliche Sollarbeitszeit darf 8,4 Stunden nicht überschreiten und muss grundsätzlich zwischen 6 und 20 Uhr erbracht werden (§ 118 Vollzugsverordnung ZH PG). Liegt ein Tagespensum von mehr als sechs Stunden vor, ist eine Pause von mindestens 30 Minuten einzuhalten, welche nicht als Arbeitszeit gilt (§ 119 Vollzugsverordnung zum ZH PG).

Die Angestellten erhalten für einen Nachtdienst von mindestens acht Stunden zwischen 20 und 6 Uhr pro geleistete Stunde eine Zeitgutschrift von 20 Prozent zur Kompensation (§ 132 Vollzugsverordnung zum ZH PG). Leisten die Angestellten Pikettdienst, ist dies entweder Präsenzzeit am Arbeitsort oder Bereitschaftsdienst ausserhalb desselben und wird nicht zur Arbeitszeit gerechnet. Er wird jedoch mit einer zusätzlichen Auszahlung entlohnt. Kommt es zu einer Dienstleistung während der Pikettstellung, gilt diese als angeordnete Überzeit (§ 133 Vollzugsverordnung zum ZH PG). Letztlich fehlt in der Personalgesetzgebung ebenfalls eine klare Definition der Arbeitszeit. Fragen wie E-Mail-Bereitschaftsdienst bzw. Beantwortung von E-Mails ausserhalb der Arbeitszeit oder auf längeren Flugreisen können aufgrund der Gesetzgebung nicht beantwortet werden.

b. Bern

Im Personalgesetz des Kantons Bern¹⁸ ist keine materielle Regelung der Arbeitszeit enthalten. Der Regierungsrat wird aber beauftragt, die Arbeitszeit und die Arbeitszeitformen in einer Verordnung zu regeln (Art. 57 BE PG). Gleichwohl sind zumindest einige Bestim-

16 Personalgesetz vom 27. September 1998, LS 177.10.

17 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999, 177.111.

18 Personalgesetz vom 16. September 2004, BSG 153.01

mungen bezüglich der Arbeitszeit enthalten. Vertreten Mitarbeiter den Kanton namentlich in Verwaltungen, Verwaltungsräten, Stiftungsräten oder Aufsichtskommissionen, so nehmen sie diese Mandate während der Arbeitszeit wahr (Art. 52a Abs. 1 BE PG). Gehen die Mitarbeiter einer Nebenbeschäftigung nach, welche die Arbeitszeit beansprucht, so ist dies nur zulässig, wenn eine Bewilligung der Aufsichtsbehörde vorliegt. Die Bewilligung kann mit der Auflage zur Kompensation der beanspruchten Arbeitszeit und zur Abgabe von Nebeneinnahmen verbunden werden (Art. 53 Abs. 2 BE PG).

Bei einer 100-Prozent-Anstellung beträgt nach der Personalverordnung¹⁹ die wöchentliche Arbeitszeit 42 Stunden (Art. 124 BE PV). Die Arbeit ist grundsätzlich von Montag bis Freitag zwischen 6 Uhr und 20 Uhr zu leisten (Art. 125 Abs. 1, 2 BE PV). Ausnahmsweise kann in gegenseitigem Einverständnis bis 23 Uhr sowie an Samstagen, Sonntagen oder Feiertagen gearbeitet werden. Dabei ist anzustreben, dass die tägliche Arbeitszeit zehn Stunden und die wöchentliche Arbeitszeit 50 Stunden nicht überschreitet (Art. 125 Abs. 3 BE PV). Dauert die tägliche Arbeitszeit mehr als sieben Stunden, muss eine unbezahlte Pause von 30 Minuten bezogen werden. Dauert sie mehr als zehn Stunden, kann eine weitere Pause von 30 Minuten bezogen werden (Art. 125 Abs. 4 BE PV). Unabhängig von der Höhe der täglichen Arbeitszeit besteht ein Anspruch auf je eine 15-minütige Pause am Vormittag und am Nachmittag (Art. 127 BE PV). Als Nachtarbeit gilt die Arbeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr (Art. 130 Abs. 1 BE PV).²⁰ Die an Sonntagen und öffentlichen Feiertagen zwischen 6 Uhr und 20 Uhr sowie die an Samstagen zwischen 12 Uhr und 20 Uhr geleistete Arbeit gilt als Wochenendarbeit (Art. 130 Abs. 2 BE PV). Abhängig von der Personalkategorie wird für tatsächlich geleistete Nachtarbeit eine Zeitgutschrift von 20 Prozent gewährt (Art. 119 Abs. 1 BE PV). Handelt es sich um Personen mit Polizeistatus, beträgt die Zeitgutschrift lediglich 16 Prozent (Art. 119 Abs. 2 BE PV).

Wird Pikettdienst geleistet, so haben nur gewisse Gehaltsklassen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 84c Abs. 3 BE PV). Die jeweilige Entschädigung wird dabei vom Regierungsrat differenziert festgelegt. Die Zulage wird unabhängig davon, ob effektiv ein Einsatz

19 Personalverordnung vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1.

20 Ausgenommen hiervon ist die im gegenseitigen Einverständnis bis um 23 Uhr geleistete Arbeit.

geleistet werden musste oder nicht, ausgerichtet, sofern der Pikettdienst mindestens acht Stunden dauerte. Innerhalb von 24 Stunden wird die Zulage nur einmal ausgerichtet (Art. 84c Abs. 4, 5 BE PV).

c. St. Gallen

Auch im Personalgesetz des Kantons St. Gallen²¹ ist keine materielle Regelung der Arbeitszeit, sondern nur eine Kompetenzdelegation an die Regierung zu finden (Art. 52 Abs. 2 SG PersG). Die Personalverordnung²² setzt die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit auf 42 Stunden fest (Art. 27 Abs. 1 SG PersV).²³ Stehen keine betrieblichen Gründe entgegen, kann die Arbeitszeit mit Zustimmung des Vorgesetzten zwischen 40 und 44 Stunden festgelegt werden (Art. 28 Abs. 1 SG PersV). Ist der Arbeitnehmer nicht aus betrieblichen Gründen an feste Arbeitszeiten gebunden, hat er Anspruch auf Gleitzeit (Art. 40 Abs. 1 SG PersV). Während dieser können Arbeitsbeginn, Mittagspause und Arbeitsende frei gewählt werden (Art. 41 Abs. 1 SG PersV). Allerdings hat die Mittagspause bzw. eine vergleichbare Pause mindestens eine halbe Stunde zu dauern und gilt nicht als Arbeitszeit (Art. 35 SG PersV). Geht der Arbeitnehmer während der Arbeit einer Nebenbeschäftigung²⁴ nach, so gilt die dafür aufgewendete Zeit nicht als Arbeitszeit (Art. 23 Abs. 1 SG PersV).

Leistet der Arbeitnehmer Pikettdienst am Arbeitsplatz, so werden 20 Prozent der ausserhalb von Einsätzen geleisteten Pikettdienstzeit der Arbeitszeit angerechnet, die geleistete Einsatzzeit wird zu 100 Prozent angerechnet (Art. 38 Abs. 1 SG PersV). Leistet der Arbeitnehmer den Pikettdienst von zu Hause aus, so gilt nur die tatsächlich geleistete Einsatzzeit als Arbeitszeit (Art. 38 Abs. 2 SG PersV).

Hat der Arbeitnehmer Abwesenheiten zu verzeichnen, so muss unterschieden werden, ob diese betrieblicher oder privater Natur sind. Für ganztägige Abwesenheiten betrieblicher Natur wird die tägliche Normalarbeitszeit angerechnet. Ist der tatsächliche Zeitaufwand grösser, werden höchstens zehn Stunden einschliesslich Fahrzeit und Pausen angerechnet (Art. 36 SG PersV). Ist die Abwesenheit privater

21 Personalgesetz vom 25. Januar 2011, sGS 143.1.

22 Personalverordnung vom 13. Dezember 2011, sGS 143.11.

23 Allerdings mit Ausnahmen, welche in Abs. 2 aufgeführt sind.

24 Als Nebenbeschäftigung werden Tätigkeiten eingestuft, die nicht Gegenstand des Arbeitsverhältnisses sind.

Natur, so gilt diese nicht als Arbeitszeit und ist in der Regel auch ausserhalb der Blockzeiten zu beziehen (Art. 37 SG PersV).

C. Zwischenergebnis

Die aufgeführten Beispiele zeigen klar auf, dass in Bezug auf die Arbeitszeit höchst unterschiedliche Regelungen bestehen. Einige Erlasse regeln Spezialfragen, während andere sich darauf beschränken, nur grobe Rahmenbedingungen vorzugeben. Allen gemein ist, dass keine klare Definition bzw. Abgrenzung zu finden ist, wenn es darum geht, die Arbeitszeit grundsätzlich zu qualifizieren. Es ist offensichtlich, dass die aktuelle Gesetzgebung im öffentlichen Personalrecht für zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Arbeitszeit keine Antworten liefert. Damit obliegt es den Vertragsparteien, zusätzliche Regelungen zu treffen. Fehlen solche, so hat der Richter im Einzelfall zu entscheiden.

III. Abgrenzungs- und Zuordnungsprobleme

A. Homeoffice

1. *Abgrenzung zu Heimarbeit*

Der Begriff «Homeoffice» ist zu unterscheiden vom Heimarbeitsvertrag. Auch wenn beiden Begriffen gemeinsam ist, dass der Arbeitnehmer von zu Hause aus arbeiten kann, so unterscheiden sie sich doch darin, wer die Arbeit auszuführen hat. Beim Heimarbeitsvertrag ist es – anderweitige Abmachungen vorbehalten – gesetzlich ausdrücklich erlaubt, dass der Arbeitnehmer Familienangehörige mit hinzuzieht (Art. 351 OR). Unter Homeoffice wird vorliegend eine Tätigkeit verstanden, die hauptsächlich auf IT basiert und welche primär von zu Hause aus ausgeführt wird.²⁵ Beim Heimarbeitsvertrag hat die

²⁵ Vgl. hierzu: DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, in: SSA-Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Bd. 79, Rz. 105; in diesem Sinne auch GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 168, auch wenn der Begriff «Homeoffice» nicht explizit genannt wird.

Arbeitgeberin dem Heimarbeitnehmer vor jeder Arbeit die für deren Ausführung erheblichen Bedingungen bekannt zu geben (Art. 351a Abs. 1 OR), bei Homeoffice wird davon ausgegangen, dass ein üblicher Einzelarbeitsvertrag besteht und die Bedingungen nicht jeweils neu definiert werden.

2. *Mit fixen Arbeitszeiten*

Ist die Homeoffice-Arbeit so geregelt, dass der Arbeitnehmer jeweils zu gewissen Zeiten fix arbeiten muss (wie z. B. bei Telefondienst eines Elternnotrufes o. Ä.), so ist die geleistete Arbeitszeit einfach aufgrund der vorgegebenen Zeiten zu ermitteln. Handelt es sich hierbei um die einzige Arbeitsform, ist die Arbeit zu 100 Prozent der Arbeitszeit zuzurechnen. Wird nur ein Pikettdienst in dieser Form geleistet und ist die Arbeit üblicherweise vor Ort zu erledigen, können die Regelungen über den Pikettdienst²⁶ analog angewendet werden, mit der Ausnahme, dass hierbei keine Wegzeit anfällt. Konkret heisst dies, dass in solchen Fällen die effektive Einsatzzeit zu 100 Prozent und die übrige Präsenzzeit zu 10 Prozent der Arbeitszeit zuzurechnen ist.²⁷

3. *Ohne fixe Arbeitszeiten*

Ist keine fixe Arbeitszeit vereinbart, sondern nur ein zu absolvierendes Arbeitspensum, so ist die Abgrenzung für den Arbeitnehmer

26 Siehe hierzu unter II. A. 2. b. Regelungen in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz.

27 Dies gilt auch dann, wenn bei einem Telefonpikettdienst für den Arbeitnehmer nur die Möglichkeit besteht, seine Zeit zu Hause zu verbringen. So hielt das Bundesgericht in BGer 4A.94/2010, E. 4.4 explizit fest, dass es sich hier rechtfertige, nicht die gesamte Pikettzeit der Arbeitszeit zuzurechnen, da es in einem solchen Fall – anders, als wenn er den Pikettdienst im Betrieb verbringen müsste – dem Arbeitnehmer möglich ist, Sozialkontakte zu pflegen oder gewissen Freizeitaktivitäten nachzugehen. VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, 64, Anm. 44, stellen sich auf den Standpunkt, dass eine Minderentlohnung für Bereitschaftsdienst nur dann gerechtfertigt sei, wenn der Arbeitnehmer auch effektiv seine Freizeit anders geniessen kann, als wenn er sie innerhalb des Betriebes leisten würde. Anderenfalls sei dafür der Normallohn zu entrichten. Gleiches muss u. E. auch für die Anrechnung der Arbeitszeit gelten: Hat der Arbeitnehmer die Option nicht, während des Pikettdienstes seine Freizeit anders als im Betrieb zu gestalten, so ist auch der Pikettdienst von zu Hause aus zu 100 Prozent an die Arbeitszeit anzurechnen.

schwieriger. Selbst wenn die Arbeit in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin vollbracht wird, ist nicht 100 Prozent der Anwesenheitszeit produktive Zeit. Ein Teil wird – auch neben den regulären Pausen – auf menschliche Bedürfnisse, allenfalls Raucherpause, kurze Gespräche unter Mitarbeitern und Ähnlichem entfallen. Handelt es sich um grundlegende menschliche Bedürfnisse wie Toilettengänge oder kurze Gespräche unter den Mitarbeitern, so ist aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers davon auszugehen, dass er diese den Arbeitnehmern gestatten muss und sie in aller Regel auch der Arbeitszeit anzurechnen sind.²⁸ Anders sieht das bei Raucherpausen aus: Hierbei handelt es sich nicht um die Befriedigung eines Grundbedürfnisses. Dementsprechend sind solche Pausen – so sie denn überhaupt erlaubt sind – nicht der Arbeitszeit zuzurechnen.²⁹ Leistet der Arbeitnehmer nur auf Weisung oder Anordnung der Arbeitgeberin Homeoffice-Arbeit, müsste ihm korrekterweise diese Zeit auch zustehen, da er nicht schlechtergestellt sein darf, als wenn er seine Arbeit im Betrieb verrichten würde. Das heisst, ein Prozentsatz der geleisteten Arbeitszeit sollte auf unproduktive Tätigkeiten entfallen dürfen.

B. Telekommunikation

1. *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse*

a. Problemstellung

Selbst wenn sämtliche Arbeit in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin verrichtet wird, besteht durch die heutigen Möglichkeiten der Telekommunikation immer die Gefahr, dass die Grenzen zwischen Arbeitszeit und Freizeit verwischen.³⁰ Denn liest oder beantwortet ein

28 Voraussetzung ist selbstverständlich, dass dies von den Arbeitnehmern nicht über die Massen genutzt wird bzw. nur dann in Anspruch genommen wird, wenn es unumgänglich ist.

29 In aller Regel sollten Raucherpausen in den meisten Betrieben gestattet sein. Ausnahmen können da vorliegen, wo die Arbeitsleistung direkt davon betroffen ist, z. B. in Restaurantküchen während der Essenszeit, in sterilen oder geschlossenen Räumlichkeiten o. Ä.

30 Dies muss nicht mal im Verhältnis Arbeitgeberin–Arbeitnehmer stattfinden. Genauso gut besteht die Möglichkeit, dass einzelne Arbeitnehmer sich nicht an vorgeschriebene Arbeitszeiten halten.

Arbeitnehmer z. B. geschäftliche E-Mails, so ist dies unzweifelhaft als Arbeitszeit zu qualifizieren, unabhängig davon, wann er dies tut.³¹ Umgekehrt muss die private Kommunikation per E-Mail ebenso klar als Tätigkeit ausserhalb der Arbeitszeit qualifiziert werden. Unklar ist die Situation dagegen, wenn ein Arbeitnehmer mittels E-Mail eine Koordination von geschäftlichen und privaten Terminen vornimmt.

Auch wenn dies von der Arbeitgeberin nicht in allen Fällen unterbunden werden kann, so ist sie im Rahmen des Gesundheitsschutzes doch verpflichtet, alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, um den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten (Art. 6 Abs. 1 ArG). Insbesondere hat sie die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Dies erfasst selbstredend auch die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass die Arbeitnehmer die Arbeitszeitvorschriften einhalten. Es sind jedoch verschiedene Fälle zu unterscheiden:

b. Kommunikation zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer

Handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis, welches dem Arbeitsgesetz untersteht, besteht grundsätzlich ein Nachtarbeitsverbot. Beantwortet der Arbeitnehmer während der Nacht ein arbeitsspezifisches E-Mail, so verstösst das gegen das Arbeitsgesetz. Wenn es sich um direkte E-Mail-Kommunikation zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer handelt, ist dies für die Arbeitgeberin anhand des Zeitstempels ersichtlich, und die Arbeitgeberin muss einschreiten. Dabei kann sie dem Arbeitnehmer die direkte Weisung erteilen, sich an die Arbeitszeiten zu halten und künftig keine Mails mehr ausserhalb der regulären Arbeitszeiten zu bearbeiten. Hält sich der Arbeitnehmer wiederholt nicht an diese Vorgabe, besteht u. E. hier ein Verwarnungs- und letztlich sogar ein Kündigungsgrund.

31 Siehe hierzu auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), N 9 zu Art. 321 OR; im Gegenzug ist die Zeit, welche der Arbeitnehmer damit verbringt, private Mails während seiner Zeit am Arbeitsplatz zu beantworten, nicht zur Arbeitszeit zuzurechnen. Siehe hierzu BGer Urteil C 282/00, E.2.b), welches auch die Arbeitspausen – wenn auch in anderem Zusammenhang – zur Arbeitszeit rechnet.

c. Kommunikation zwischen einzelnen Arbeitnehmern

Handelt es sich um E-Mail-Kommunikation zwischen einzelnen Arbeitnehmern, so ist dies für die Arbeitgeberin nicht ersichtlich, ohne eine Überprüfung der Mailkonten der einzelnen Arbeitnehmer durchzuführen.³² Neben der Möglichkeit, die Arbeitnehmer während ihrer Freizeit nicht zu kontaktieren, bestehen heutzutage technische Möglichkeiten, welche garantieren, dass dies auch nicht von dritter Seite her geschieht. Ein Beispiel hierfür liefert Volkswagen: Hier werden die Mailserver eine halbe Stunde nach regulärem Arbeitsschluss abgestellt und erst wieder eine halbe Stunde vor Arbeitsbeginn am nächsten Tag eingeschaltet. Dazwischen werden keine E-Mails weitergeleitet.³³ Diese Regelung gilt für alle 1100 Mitarbeiter, welche ein Firmen-Blackberry besitzen und für die ein Tarifvertrag Gültigkeit hat, nicht jedoch für Manager. Somit ist gewährleistet, dass die Arbeitnehmer – zumindest in Bezug auf die Telekommunikation – die arbeitsgesetzlichen Vorschriften einhalten.

2. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Wie sieht es aus, wenn z. B. ein wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Professors nachts arbeitet? Hier muss auf die kantonalen Regelungen verwiesen werden. Ist in der kantonalen Personalgesetzgebung kein Nachtarbeitsverbot verankert, ist dies grundsätzlich kein Problem. Selbstverständlich müssen trotzdem allfällige weitere Bestimmungen wie z. B. Höchstarbeitszeiten eingehalten werden. Die Arbeitgeberin ist auch hier gut beraten, wenn sie Weisungen erlässt und dadurch klarstellt, zu welchen Zeiten das Arbeiten zu unterlassen ist.

C. Reisezeit

1. Bei Einsatzort in der Schweiz

Muss ein Arbeitnehmer aufgrund seiner geschäftlichen Tätigkeit reisen, stellt sich die Frage, wie die Wegzeit zu qualifizieren ist. Hat

³² Wird der E-Mail-Verkehr – aus welchem Grund auch immer – überwacht, so ist insbesondere auf datenschutzrechtliche Bestimmungen Rücksicht zu nehmen. Siehe hierzu im Detail den Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, EDÖB.

³³ <http://www.zeit.de/karriere/beruf/2011-12/volkswagen-blackberry-mailsperre> (besucht am 28. 10. 2015).

der Arbeitnehmer grundsätzlich einen festen Arbeitsort und muss einen anderen Arbeitsort aufsuchen, für welchen die Wegzeit länger ausfällt, so stellt die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1). Fällt die Wegzeit zum Einsatzort kürzer aus als diejenige für den ordentlichen Arbeitsweg, steht der Arbeitnehmer spätestens mit dem Eintreffen am Einsatzort zur Verfügung der Arbeitgeberin, da er sich auf deren Anweisung dort aufhält. Damit beginnt die Arbeitszeit ab diesem Zeitpunkt zu laufen. Bei einem Einsatzort, welcher weiter entfernt ist als der übliche Arbeitsort, muss ferner beachtet werden, dass die tägliche Ruhezeit von elf Stunden erst mit dem Eintreffen des Arbeitnehmers an seinem Wohnort zu laufen beginnt (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

Bei Arbeitnehmern, die auch ausserhalb oder an regelmässig wechselnden Arbeitsorten zum Einsatz gelangen, stellt sich die Frage nach der Definition des Arbeitsweges. Normalerweise ist der Arbeitsort der Stammbetrieb, der Anstellungsort oder im Baugewerbe etwa der Werkhof.³⁴ Allerdings besteht durchaus die Möglichkeit, im Arbeitsvertrag mehrere verschiedene Arbeitsorte festzuhalten. Die vertraglichen Abreden finden dabei ihre Grenzen gemäss den allgemeinen Grundsätzen in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten und im Recht der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Zulässig ist damit die Festlegung von Arbeitsorten, welche in etwa dieselbe Anreisezeit vom Wohnort des Arbeitnehmers erfordern. Unzulässig hingegen sind Arbeitsorte, von denen einer oder gar mehrere derart weit vom Wohnort des Arbeitnehmers entfernt sind, dass damit ein Grossteil der Freizeit des Arbeitnehmers für den Arbeitsweg verbraucht würde. In diesem Fall liegt ein Verstoß gegen Art. 27 ZGB i. V. m. Art. 328 OR vor. Zudem könnte eine Umgehung der Spesenregelung gemäss Art. 327a OR und der Arbeitszeitanrechnung nach Art. 13 ArGV 1 geltend gemacht werden. Was letztlich noch als zulässig angesehen werden kann, hängt von mehreren Faktoren ab. So spielen beispielsweise die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die zu leistende Arbeit eine entscheidende Rolle.³⁵ Nicht geregelt wird mit diesem Artikel der Fall eines Arbeitnehmers, der keinen Arbeitsweg zu einem bestimmten gleichbleibenden Ar-

34 SECO, Wegleitung zu Art. 13 ArGV 1.

35 MÜLLER ROLAND/HOFER CÉLINE/STENGEL MANUEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP 2015, 564 ff., 566.

beitsort kennt, wie z. B. ein Servicemonteur oder ein Vertreter. Sinnvoll erscheint es hier, eine Aufstellung der jeweiligen Reisezeiten zu erstellen und eine durchschnittliche Reisezeit als Wegzeit zu definieren. Damit ist auch gewährleistet, dass weder die Arbeitgeberin noch der Arbeitnehmer durch allfällige ungünstige Routen- bzw. Kundenwahl die Gegenseite in Bezug auf die zu vergütende Arbeitszeit benachteiligen kann. Nicht gültig ist eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Arbeitsort immer dort sein soll, wo der Einsatz beim Kunden zu leisten ist, da hier eine Umgehung von Art. 13 ArGV 1 vorliegt.³⁶

2. *Bei Einsatzort im Ausland*

Muss der Arbeitnehmer im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit ins Ausland reisen, reichen die gesetzlichen Bestimmungen nicht, um den Sachverhalt umfassend zu regeln. Reist z. B. ein Arbeitnehmer im Auftrag eines Spitals am Sonntagmittag nach Dubai, um ein Medikament in Empfang zu nehmen, und fliegt am nächsten Tag bereits wieder zurück, wobei er für jede Strecke 14 Stunden Arbeitszeit benötigt, stellen sich verschiedene Fragen: Sind beide Flüge voll der Arbeitszeit anzurechnen? Ist für diese Reise eine Nacht- bzw. Sonntagsarbeitsbewilligung einzuholen? Und wie sieht es mit allfälligen Zuschlägen aus, wenn der Arbeitnehmer während der Reise keine weiteren (Vor- oder Nachbereitungs-)Arbeiten ausführen muss und den grössten Teil der Zeit schläft? Die Regelungen des ArG sind aufgrund des Territorialitätsprinzips in diesem Fall nicht anwendbar, und es müssen deshalb individuelle Lösungen gefunden werden. Handelt es sich um Einsätze im grenznahen Ausland, empfiehlt das SECO, die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes sinngemäss anzuwenden.³⁷ Bei weiten Reisen – wie vorliegend der Fall – erteilt das SECO jedoch weder eine Sonntags- noch eine Nachtarbeitsbewilligung, da es nicht davon ausgeht, dass es sich hier um Arbeitszeit handelt. Sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich ist es zulässig und sinnvoll, in solchen Fällen vorgängig eine Regelung im Arbeitsvertrag oder in einem Arbeitszeitreglement aufzustellen, welche klärt, in welchem Umfang die Geschäftsreisen als Arbeitszeit angerechnet werden. Hier-

³⁶ JAR 2008, 535.

³⁷ SECO, Wegleitung zu Art. 13 ArGV 1.

bei berücksichtigt man sinnvollerweise auch, inwieweit der Arbeitnehmer während der Reisezeit die Möglichkeit hat, diese in seinen eigenen Interessen zu gestalten. Ist er während der Reise mit Vorbereitungen und/oder geschäftlichen Tätigkeiten beschäftigt, müsste dies der Arbeitszeit angerechnet werden. Kann er die Zeit hingegen mit Schlafen oder privaten Tätigkeiten verbringen, handelt es sich um Freizeit.

D. Privatarbeit während der Arbeitszeit

1. Falls Arbeit vorhanden ist

Arbeitet der Arbeitnehmer zu den üblichen Bürozeiten,³⁸ kann es gerade bei einer 100-Prozent-Anstellung vorkommen, dass gewisse private Erledigungen während der Arbeitszeit vorgenommen werden müssen. Darum sieht das Gesetz auch vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die «üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit» zu gewähren hat. Gerade wenn es darum geht, Termine zu vereinbaren oder allenfalls Telefonate mit Behörden zu führen, muss aber die Arbeitsstelle nicht verlassen werden. Trotzdem steht während dieser Zeit der Arbeitnehmer nicht zur Verfügung der Arbeitgeberin, und die hierfür aufgewendete Zeit kann nicht der Arbeitszeit zugerechnet werden, wenn der Arbeitnehmer Arbeit zu erledigen hätte.

2. Falls keine Arbeit vorhanden ist

Anders präsentiert sich das Bild, wenn keine Arbeit vorhanden ist, sich die Arbeitgeberin also im Annahmeverzug befindet (Art. 324 OR). Diesfalls hat der Arbeitnehmer zwar seine Arbeitsleistung anzubieten, kann aber während der Zeit, in welcher sich die Arbeitnehmerin im Verzug befindet, durchaus auch private Erledigungen vornehmen, ohne dass er zur Nachleistung verpflichtet ist. Das heisst, diese Zeit wird der Arbeitszeit zugerechnet.

³⁸ Gemeint sind hier die Bürozeiten der öffentlichen Verwaltung.

E. Arbeit auf Abruf

Bei der Arbeit auf Abruf muss unterschieden werden zwischen echter und unechter Arbeit auf Abruf. Trifft den Arbeitnehmer bei echter Arbeit auf Abruf eine Einsatzpflicht, so besteht diese bei unechter Arbeit auf Abruf nicht.³⁹ Sowohl bei echter als auch bei unechter Arbeit auf Abruf ist die geleistete Arbeitszeit zweifelsohne der Arbeitszeit anzurechnen.

Da den Arbeitnehmer bei unechter Arbeit auf Abruf keine Einsatzpflicht trifft, sondern die Parteien die Einsätze jeweils in gegenseitigem Einverständnis vereinbaren, muss sich der Arbeitnehmer folglich auch nicht zur Verfügung der Arbeitgeberin halten. Folgerichtig kann die Zeit ausserhalb eines Einsatzes demnach nicht der Arbeitszeit zugerechnet werden. Anders verhält es sich bei echter Arbeit auf Abruf, wo den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Anweisung der Arbeitgeberin trifft. Wartet der Arbeitnehmer im Betrieb, ist dies als normale Arbeitszeit zu qualifizieren. Nicht so bei der sogenannten Rufbereitschaft, bei welcher der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebs auf einen Einsatz wartet. Zwar ist er auch hier in der Gestaltung seiner Bereitschaftszeit eingeschränkt, doch nicht im selben Masse, wie wenn er sie im Betrieb zubringen müsste. Das Bundesgericht hält fest, dass auch die blossе Arbeitsbereitschaft der Bedürfnisbefriedigung der Arbeitgeberin dient, selbst wenn die Präsenzzeit ausserhalb des Betriebes geleistet wird.⁴⁰ Das heisst in letzter Konsequenz, dass diese Zeit der Arbeitszeit zuzurechnen ist. Allerdings hält das Bundesgericht auch fest, dass zwar ein solcher Bereitschaftsdienst nur gegen Lohn zu erwarten ist, da aber die Arbeitgeberin regelmässig ein geringeres wirtschaftliches Interesse hieran hat als an der Tätigkeit, für welche sie den Arbeitnehmer eingestellt hat, kann die Entschädigung tiefer ausfallen.⁴¹

F. Haushaltshilfen

Regelmässig werden Haushaltshilfen für Privathaushalte ange stellt. Sie sind nicht nur während der üblichen Bürozeiten vor Ort,

39 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), N 18 zu Art. 319 OR.

40 BGE 124 III 249 E. 3.

41 A. a. O.

sondern ihnen wird auch ein Zimmer zugeteilt, in welchem sie die Nacht verbringen können, während der sie aber bei Bedarf kurze Arbeitseinsätze zu leisten haben.⁴² Das Zivilgericht Basel-Stadt hat im Fall einer 24-Stunden-Betreuung einer Haushaltshilfe einen Anspruch auf 50 Prozent des üblichen Stundenlohns für den geleisteten Bereitschaftsdienst zugesprochen. Das entsprach 8.87 Franken pro Stunde. Die Haushaltshilfe bewohnte im betreffenden Fall ein Zimmer im Haushalt des Arbeitgebers. Sie konnte sich nach 20 Uhr in dieses zurückziehen und schlafen, musste jedoch bei Bedarf dem Arbeitgeber behilflich sein und kurze Arbeitseinsätze leisten. Dies kam drei- bis viermal pro Woche vor.⁴³ Der Bundesrat hat am 29. April 2015 den Bericht zur Beantwortung des Postulats Schmid-Federer 12.3266 «Rechtliche Rahmenbedingungen für Pendelmigration zur Alterspflege» verabschiedet.⁴⁴ Gleichzeitig wurde die Verwaltung beauftragt, eine Regulierungsfolgenkostenabschätzung zu machen und dem Bundesrat nach Diskussion mit den beteiligten Kreisen eine Lösung vorzuschlagen. Ein Lösungsvorschlag des SECO hierzu liegt bereits vor.⁴⁵ Was letztlich genau daraus resultiert, ist allerdings noch offen.

G. Aus- und Weiterbildung

Am 1. Januar 2017 trat das Weiterbildungsgesetz (WeBiG)⁴⁶ in Kraft. Es hält einerseits fest, dass der einzelne Mensch die Verantwortung für seine Weiterbildung trägt (Art. 5 Abs. 1 WeBiG), verpflichtet aber gleichermassen die öffentlichen und die privaten Arbeitgeber, die Weiterbildung ihrer Mitarbeiter zu fördern (Art. 5 Abs. 2 WeBiG). Art. 13 Abs. 4 ArGV 1 sieht vor, dass Ausbildung, welche aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder auf Anordnung der Arbeit-

42 Bezüglich der Frage der Anwendbarkeit des ArG auf die verschiedenen Fälle der Haushaltshilfen siehe ausführlich WAGNER (Fn. 6), 773 f.

43 VÖGLER MANUEL, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, 24, mit Verweis auf ARV 2015, 112.

44 <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39176.pdf>.

45 <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/24-stunden-betragtenbetreuung/Praesentation-SECO-Die-24-Stunden-Betreuung.pdf>.

46 Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 20. Juni 2014.

geberin absolviert wird, als Arbeitszeit anzurechnen ist. Nicht genauer definiert ist hierbei, was alles zur Ausbildungszeit gehört.

Handelt es sich um eine Tagesschule bzw. -ausbildung, liegt es auf der Hand, dass die gesamte geleistete Ausbildungszeit als Arbeitszeit angerechnet wird. Nicht selten sind allerdings Weiterbildungen mit einem hohen Grad an Selbststudium verbunden und bauen teilweise auch darauf auf. Hier ist es angezeigt, das Aus- bzw. Weiterbildungskonzept der jeweiligen Institution zu studieren. Dort wird in aller Regel aufgeführt, in welchem Verhältnis Präsenzveranstaltungen und Selbststudium zueinander stehen. Ist ein hohes Mass an Selbststudium gefordert, muss dieses der Arbeitszeit angerechnet werden, oder es ist dem Arbeitnehmer entsprechend Zeit während der übrigen Arbeitszeit einzuräumen, um diesen Verpflichtungen nachzukommen. Auch im Zusammenhang mit Aus- und Weiterbildung empfiehlt es sich demnach, im Arbeitsvertrag oder in einem Nachtrag dazu zu klären, was als Arbeitszeit angerechnet wird und welcher Teil davon entlohnt wird.

H. Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis

Ähnlich verhält es sich mit gewissen Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. So müssen sich Piloten und Flugverkehrsleiter periodisch einer medizinischen Untersuchung unterziehen, um die Lizenz aufrechterhalten zu können. Hier rechtfertigt sich eine analoge Anwendung von Art. 13 Abs. 4 ArGV 1. Zwar handelt es sich hierbei nicht direkt um eine Aus- oder Weiterbildung, jedoch um eine Aufrechterhaltung des Status quo aufgrund gesetzlicher Vorschriften. Dies ist letztlich in selbem Masse im Interesse der Arbeitgeberin wie eine gesetzlich vorgeschriebene Weiterbildung. Dementsprechend ist die hierfür aufgewendete Zeit der Arbeitszeit zuzurechnen.

IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

A. Zusammenfassung

Mit zunehmender Digitalisierung, Mobilität und Globalisierung der Arbeitswelt wird die Grenzziehung zwischen Arbeitszeit und Frei-

zeit schwieriger. Eine einheitliche und klare Definition, was genau unter «Arbeitszeit» zu verstehen ist, existiert weder auf nationaler noch auf kantonaler Ebene. Für privatrechtliche Anstellungsverhältnisse, welche unter das Arbeitsgesetz fallen, definiert die Verordnung 1 diejenige Zeit, «in welcher sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin» zu halten hat, als Arbeitszeit. Kommt das Arbeitsgesetz nicht zur Anwendung, ist zumindest die Obergrenze des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers nach Art. 328 OR festzuhalten. Bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen existiert eine grosse Bandbreite an Regelungen bezüglich der Arbeitszeit. Abhängig davon, welcher Erlass zur Anwendung kommt, sind in gewissen Fällen detailliertere, bereits Spezialfälle regelnde, Formulierungen zu finden, währenddem sich andere mit einer Rahmengesetzgebung begnügen.

Arbeitet der Arbeitnehmer viel oder ausschliesslich im Homeoffice, muss dafür Sorge getragen werden, dass er sich an die Arbeitszeitvorschriften hält, bzw. müssen technische Massnahmen ergriffen werden, welche eine Missachtung der Vorschriften zumindest erschweren.

Bei Auslandsreisen muss vorgängig geklärt werden, wie die Reisezeit und der Auslandsaufenthalt an die Arbeitszeit anzurechnen sind.

Wie anhand der Fälle des Pikettdienstes und der Haushaltshilfen ersichtlich, besteht die Möglichkeit, in Fällen, bei welchen der Arbeitnehmer in hohem Masse selber über seine Zeit verfügen kann, die Zeit nicht zu 100 Prozent als Arbeitszeit anzurechnen. Besteht keine gesetzliche Regelung, welche die Anrechnung an die Arbeitszeit klärt, ist dies vorgängig bilateral festzulegen.

B. Empfehlungen

Die fundierte Auseinandersetzung mit der Frage «Was ist Arbeitszeit?» führt zu der Erkenntnis, dass zwischen Arbeitszeit und Entlohnungszeit zu unterscheiden ist. Arbeitszeit geht weiter und umfasst jene Zeit, die aufgrund des Gesundheitsschutzes oder der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten massgebend ist. Entlohnungszeit geht weniger weit und umfasst nur jene Zeit, welche zur Bestimmung des Lohnes relevant ist. Aufgrund dieser Unterscheidung empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag mit Monatslohn folgende Klarstellung zu treffen:

«Als Arbeitszeit gilt jede Tätigkeit – inkl. Präsenz und Bereitschaft –, welche in direktem Zusammenhang mit dem Stellenbeschrieb des Arbeitnehmers steht oder auf explizite Anweisung der Arbeitgeberin verrichtet wird oder im Interesse des Unternehmens notwendig ist. Dies gilt explizit auch für Aus- und Weiterbildungen. Besteht für den Arbeitnehmer während der Arbeitszeit die Möglichkeit, über einen gewissen Teil seiner Zeit frei zu verfügen, muss diese nicht zu 100% der Arbeitszeit angerechnet werden. Kann keine klare Qualifikation erfolgen, ist die Frage vorgängig mit dem Vorgesetzten zu besprechen. Ist dies nicht möglich, muss dieser sobald als möglich informiert werden.»

In Arbeitsverträgen mit einer Entlohnung auf Stundenlohnbasis muss dementsprechend jeweils vorgängig geklärt werden, welche Tätigkeit zu welchem Ansatz vergütet wird. Mit einer derartigen Klarstellung in Arbeitsverträgen lassen sich viele Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Arbeitszeit verhindern. Es empfiehlt sich des Weiteren, die Klarstellung, was Arbeitszeit ist und was nicht, für jene Fälle mittels Weisungen zu ergänzen, in denen zu bestimmten Zeiten ein Arbeitsverbot besteht. Die Problematik der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist damit aber noch nicht gelöst.