



Arbeitsort und Arbeitsweg

ROLAND MÜLLER



CÉLINE HOFER



MANUEL STENGEL

Der Arbeitsort hat Einfluss auf verschiedene Faktoren des Arbeitsverhältnisses, wie beispielsweise den Gerichtsstand, das anwendbare Recht und unter Umständen den Lohn. Nicht zuletzt bestimmt sich durch den Arbeitsort auch der Arbeitsweg. Es ist deshalb sinnvoll, den Arbeitsort vertraglich festzuhalten, wobei mit sogenannten Mobilitätsklauseln eine gewisse Flexibilität erreicht werden kann. Vom Arbeitsort zu unterscheiden ist insbesondere der Einsatzort, da der Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort nicht zum Arbeitsweg gehört. Daraus wird ersichtlich, wie eng Arbeitsort und Arbeitsweg miteinander verbunden sind. Selbst wenn aber der Arbeitsort bestimmt oder bestimmbar ist, stellen sich bezüglich des Arbeitsweges weitere Fragen im Zusammenhang mit der Entlohnung und den Spesen oder hinsichtlich der Haftung und der Versicherung. Der folgende Artikel versucht, diese und einige damit zusammenhängende Sonderfragen zu beantworten und gibt Empfehlungen ab, wie allfälligen Problemen aus dem Weg gegangen werden kann.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Problemstellung
 - B. Definitionen
 1. Arbeitsort
 2. Einsatzort
 3. Arbeitsplatz
 4. Arbeitsweg
 5. Reiseweg
- II. Bestimmung und Konsequenzen des Arbeitsortes
 - A. Vertragliche Zuweisung im Einzelarbeitsvertrag
 1. Überblick
 2. Einziger Arbeitsort
 3. Mehrere Arbeitsorte
 - B. Gesetzliche Zuweisung
 - C. Vertragliche Zuweisung im Gesamtarbeitsvertrag
 - D. Wechsel des Arbeitsortes
 1. Grundsatz beim Wechsel des Arbeitsortes
 2. Wechsel des Arbeitsortes mit entsprechender vertraglicher Grundlage
 3. Wechsel des Arbeitsortes ohne vertragliche Grundlage
 4. Wechsel der Arbeitgeberin
 - E. Konsequenzen des Arbeitsortes
 1. Einfluss auf Lohn
 2. Einfluss auf Gerichtsstand
 3. Einfluss auf anwendbares Recht
- III. Bestimmung und Konsequenzen des Arbeitsweges

- A. Weg zum Arbeitsort
 1. Grundsatz
 2. Bei unterschiedlichen Arbeitsorten
 3. Bei Pikettdienst
- B. Weg zum Einsatzort
 1. Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort
 2. Weg vom Wohnort zum Einsatzort
- C. Konsequenzen des Arbeitsweges
 1. Entlohnung der Wegzeit
 2. Einfluss auf Spesen
 3. Einfluss auf Versicherung
 4. Einfluss auf Haftung
- IV. Sonderfragen bezüglich Arbeitsort und Arbeitsweg
 - A. Spezialregelung für leitende Arbeitnehmer
 - B. Geschäftsreise und Arbeitsweg
 - C. Umgang mit Bonusmeilen
 1. Problemstellung
 2. Rechtliche Grundlage
 3. Übertragen der Bonusmeilen
 - D. Weisungsrecht betreffend Arbeitsweg
- V. Empfehlungen zur Problemvermeidung

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Staad/SG Universitäten St.Gallen und Bern.
 CÉLINE HOFER, M.A. HSG, Juristische Mitarbeiterin, Staad/SG.
 MANUEL STENGEL, Dr. iur., Juristischer Mitarbeiter, Staad/SG.

I. Einleitung

A. Problemstellung

Arbeitsort und Arbeitsweg sind eng miteinander verbunden, da sich der Arbeitsweg durch den Arbeitsort ergibt. Es reicht aber nicht aus, den Arbeitsort zu definieren, um alle daraus resultierenden rechtlichen Probleme zu lösen. Es stellen sich weitere Fragen wie beispielsweise, welches der direkte Weg zum Arbeitsort ist oder was geschieht, wenn der Arbeitsort gewechselt wird. Dabei muss zwischen dem gewöhnlichen Arbeitsort und dem Einsatzort unterschieden werden, denn für den Weg zum Einsatzort gilt unter Umständen wieder etwas anderes. Der Arbeitsort kann schliesslich auch Einfluss auf den Lohn, den Gerichtsstand und das anwendbare Recht haben. Im Folgenden wird versucht, die offenen Fragen im Zusammenhang mit Arbeitsort und Arbeitsweg zu beantworten und gleichzeitig Empfehlungen abzugeben, wie allenfalls resultierende Rechtsprobleme vermieden werden können.

B. Definitionen

1. Arbeitsort

Als Arbeitsort wird jener geographische Bereich verstanden, an welchem die Leistung der Arbeit zu erbringen ist. Sofern die Parteien nicht vertraglich etwas anderes vereinbart haben, gilt grundsätzlich die gesamte Reichweite der Arbeitsorganisation, in welche der Arbeitnehmer eingegliedert wird, als potentieller Arbeitsort. Umfasst die Arbeitsorganisation mehrere Betriebe, so ist mangels abweichender Vereinbarung davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis nur für einen bestimmten Betrieb begründet wird.¹

2. Einsatzort

Hat der Arbeitnehmer ausserhalb der Arbeitsorganisation und damit ausserhalb seines Arbeitsortes Arbeit zu erbringen, gilt dieser geographische Bereich als Einsatzort. Zu denken ist etwa an Kundenbesuche vor Ort oder an die Arbeit auf einer Baustelle.

3. Arbeitsplatz

Der Arbeitsplatz ist der Ort innerhalb eines Betriebs, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit üblicherweise verrichtet. Die Arbeitgeberin kann dem Arbeitnehmer aufgrund ihres Weisungsrechts ohne dessen Zustimmung im Rahmen des bisherigen Tätigkeitsbereichs innerhalb desselben Betriebs einen anderen Arbeitsplatz zuweisen, sofern damit keine Lohnkürzung verbunden ist und die Versetzung keine unbegründete Massregelung darstellt.²

4. Arbeitsweg

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Unfallversicherung gilt als Arbeitsweg der kürzeste, während normalen Zeiten und ohne Unterbruch zurückgelegte Weg zwischen Wohnort und Arbeitsort bzw. umgekehrt.³ Der Grund der Reise muss darin liegen, die Arbeit aufzunehmen oder nach der Arbeit heimzukehren.

5. Reiseweg

Unter dem Reiseweg wird der Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort verstanden. Bei einer Reise vom Wohnort zum Einsatzort ist die Zeit, welche für den Weg vom Wohnort zum Arbeitsort gebraucht würde, für die Ermittlung der reinen Reisezeit abzuziehen.

II. Bestimmung und Konsequenzen des Arbeitsortes

A. Vertragliche Zuweisung im Einzelarbeitsvertrag

1. Überblick

Zur Bestimmung des Arbeitsortes sind in erster Linie die konkreten Vereinbarungen im geltenden Einzelarbeitsvertrag (EAV) zu konsultieren. Aufgrund der Vertragsfreiheit bzw. der Inhaltsfreiheit steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, den Arbeitsort als Ausdruck einer Konkretisierung des Vertragsinhalts in einem Arbeitsvertrag zu regeln.⁴ In Arbeitsverträgen können dabei entweder ein einziger oder mehrere Arbeitsorte bestimmt werden.

¹ WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, Art. 321 OR N 6; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. VI: Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 321 OR N 11; vgl. dazu Ziff. II.A.3.

² PORTMANN (FN 1), Art. 321 OR N 6; REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321 OR N 11.

³ BGE 97 V 207 E. 1; JAR 2001, 163; vgl. dazu Kap. III.

⁴ Vgl. zur Vertragsfreiheit und der Inhaltsfreiheit BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 2. A., Bern 2012, Rz. 167 ff.

2. Einziger Arbeitsort

Es besteht die Möglichkeit, dass im Arbeitsvertrag ein bestimmter Arbeitsort, wie beispielsweise «am Hauptsitz in Zürich» angegeben wird. Diese Formulierung bietet keine Probleme, denn ohne anderweitige Bestimmung ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer nur in einem Betrieb zu arbeiten hat, mithin im Betrieb am Hauptsitz in Zürich.⁵ Zulässig ist es grundsätzlich auch, lediglich die Stadt oder den Betrieb zu nennen, beispielsweise «Arbeitsort ist Zürich» oder «Die Tätigkeit ist in der Niederlassung Ostschweiz auszuüben.» Bei der Beurteilung solcher Formulierungen kommt es entscheidend auf die Bestimmtheit der Bezeichnung an. In aller Regel wird der Arbeitsort in den genannten Beispielen genügend bestimmt und aussagekräftig sein. Arbeitsort ist dort, wo in der entsprechenden Stadt die Arbeitsstätte der Arbeitgeberin ist bzw. Arbeitsort ist jene Stadt, wo der Hauptsitz der Arbeitgeberin liegt. Zu beachten ist jedoch, dass für die Bestimmung des Arbeitsortes immer die gesamte Reichweite der Arbeitsorganisation, in die der Arbeitnehmer eingeordnet wird, zu berücksichtigen ist.⁶ Probleme ergeben sich bei den vorgenannten Formulierungen dann, wenn die Arbeitgeberin in einer Stadt über mehrere Betriebe oder über einen doppelten Sitz verfügt oder den Sitz verlegt.⁷ In solchen Fällen ist die erwähnte Bezeichnung im Arbeitsvertrag nicht mehr eindeutig und damit nicht bestimmt genug; eine Präzisierung oder im Streitfall eine Auslegung des Vertrages ist erforderlich.⁸ Ziel der Vertragsauslegung ist es, den von beiden Parteien gewollte Vertragsinhalt zu ermitteln. Demnach muss versucht werden, zunächst den wirklichen Willen der Parteien bezüglich des Arbeitsortes festzustellen. Misslingt dies, ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.⁹ Für die objektive Ermittlung des Vertragsinhalts ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend.¹⁰

3. Mehrere Arbeitsorte

Es ist zulässig, dass die Arbeitgeberin explizit mehrere Arbeitsorte im Arbeitsvertrag festhält (beispielsweise im Arbeitsvertrag eines Linienpiloten Altenrhein und Wien,

wenn er nur auf dieser Flugstrecke eingesetzt werden soll). Die vertraglichen Abreden finden dabei ihre Grenzen gemäss den allgemeinen Grundsätzen in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, der öffentlichen Ordnung, der 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 aufweisen. 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.

Ausserdem ist es denkbar, dass im Vertrag ganz allgemein erklärt wird, dass der Arbeitnehmer in jeder Filiale eines Unternehmens eingesetzt werden könne. Bei solchen Formulierungen ist zunächst zu unterscheiden, ob es sich bei dem Verweis auf die Filialen um einen dynamischen oder um einen statischen Verweis handelt. Aus Sicht der Arbeitgeberin wäre ein dynamischer Verweis durchaus wünschenswert, denn bei einem wachsenden Unternehmen wären die neu dazu stossenden Filialen automatisch als möglicher Arbeitsort für den Arbeitnehmer vertraglich vereinbart. Aus Sicht des Arbeitnehmers birgt eine solche Annahme jedoch weitreichende Risiken. Erwirbt die Arbeitgeberin beispielsweise in Syrien eine neue Filiale, würde sich der Arbeitnehmer mit der Annahme eines dynamischen Verweises verpflichten, in Syrien eine Arbeit aufzunehmen. Auch mit Blick auf den personenbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses ist daher bei derartigen Formulierungen von einem statischen Verweis auszugehen. Die Klausel bezieht sich damit maximal auf jene Filialen, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Bestandteile des Unternehmens waren.¹¹ Als nächstes ist wiederum zu klären, ob die Vereinbarung die Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet oder nicht.

B. Gesetzliche Zuweisung

Finden sich in einem Vertrag keine konkreten Bestimmungen bezüglich des Arbeitsortes, ist auf die gesetzlichen

⁵ REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321 OR N 11.

⁶ REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321 OR N 11.

⁷ So beispielsweise die UBS AG mit Sitz in Basel und Zürich (CHE-101.329.561).

⁸ Allgemein zur Vertragsauslegung: BERGER (FN 4), Rz. 1119 ff.

⁹ «Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten» (BGE 123 III 35 E. 2b).

¹⁰ BERGER (FN 4), Rz. 1137.

¹¹ So auch ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005, 130.

Regelungen abzustellen. Der Arbeitsort ist der Ort der Erfüllung der Obligation. Sofern nicht eine Spezialnorm vorgeht, gilt für die Bestimmung des Ortes der Erfüllung der Obligation Art. 74 OR für alle Schuldrechtsverhältnisse. Fehlt es, wie im vorliegenden Fall, an zwingenden Normen, welche den Erfüllungsort für die fragliche Leistung regeln und fehlt eine entsprechende Parteivereinbarung, wird der Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 1 OR aus den Umständen bestimmt. Zu berücksichtigen sind dabei alle Umstände, die im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsverhältnis stehen.¹² Dazu gehören als Indizien, die auf den Erfüllungsort hinweisen, insbesondere die Natur der Verpflichtung, die Verkehrssitte und die Usanz einer bestimmten Branche.¹³ Leistungen gestützt auf einen Arbeitsvertrag sind damit in der Regel dort zu erbringen, wo die Arbeitgeberin die Arbeit zuweist.¹⁴ Allerdings ist es auch möglich, dass im Einzelfall kein gewöhnlicher Arbeitsort festgestellt werden kann. Dies ist beispielsweise beim Handelsreisenden möglich, der stets unterwegs ist und bei verschiedenen Kunden arbeitet.¹⁵

Ist eine in einem Arbeitsvertrag gewählte Formulierung nach den vorne stehenden Grundsätzen unzulässig, beispielsweise weil sie gegen Art. 27 ZGB verstösst, kommen die Bestimmungen von Art. 20 OR zur Anwendung. Die betreffende Bestimmung ist nichtig. Da es sich bei der Klausel über den Arbeitsort lediglich um einen Teil des Arbeitsvertrages handelt, bleibt der Arbeitsvertrag bestehen und die nichtige Bestimmung wird im Sinne einer teleologischen Reduktion durch die maximal zulässige Bestimmung ersetzt, denn mit der zivilrechtlichen Sanktion wird nicht die Vertrags- sondern die Mängelbeseitigung bezweckt.¹⁶ Sind für den Fall der Teilnichtigkeit keine Entscheidungsregeln vertraglich vereinbart worden, so ist von mehreren Varianten jene zu wählen, welche dem hypothetischen Parteiwillen am besten entspricht. Dabei ist zu überlegen, was die Parteien vereinbart hätten, wäre ihnen der Teilmangel bereits bei Vertragsschluss bewusst gewesen. Wird also beispielsweise vertraglich die ganze Schweiz als möglicher Arbeitsort vereinbart und kommt man zum Schluss, dass unter Berücksichtigung aller Umstände diese Bestimmung gegen Art. 27 ZGB verstosse,

so kann daraus nicht geschlossen werden, der einzige mögliche Arbeitsort sei dort, wo der Arbeitnehmer zuletzt seine Arbeit verrichtet hat. Vielmehr muss man davon ausgehen, dass die Parteien tatsächlich eine gewisse Mobilität haben vereinbaren wollen und nur den Umfang zu weit bemessen haben. Dieser Umfang der Mobilität ist daher auf das gerade noch zulässige Mass zu reduzieren.

C. Vertragliche Zuweisung im Gesamtarbeitsvertrag

In einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) können Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse aufgestellt werden (Art. 356 Abs. 1 OR). Die Bestimmung eines Arbeitsortes in einem GAV ist also durchaus denkbar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung übernehmen die Parteien des Einzelarbeitsvertrages den Inhalt der Bestimmungen des GAV als Vertragsinhalt.¹⁷ Abreden zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen des GAV verstossen, sind deshalb nichtig und werden durch die Bestimmungen des GAV ersetzt. Vorbehalten bleibt das Günstigkeitsprinzip.¹⁸

D. Wechsel des Arbeitsortes

1. Grundsatz beim Wechsel des Arbeitsortes

Von der Frage der Bestimmung des ursprünglichen Arbeitsortes ist die Frage zu unterscheiden, ob dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages ein anderer Arbeitsort zugewiesen werden kann. Bei einem Arbeitsvertrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag. Damit gilt der Grundsatz «pacta sunt servanda», was bedeutet, dass der Umfang der Arbeitsleistung grundsätzlich nicht über das Vereinbarte hinausgehen darf und eine Änderung des einmal Vereinbarten ausgeschlossen bleibt, ausser die Parteien wollen die Änderung gemeinsam.¹⁹ Dasselbe gilt auch beim Arbeitsort. Wurde ein Arbeitsort vertraglich vereinbart, so kann er grundsätzlich nur durch übereinstimmende Willenserklärungen geändert werden. Dieser Grundsatz gilt im Arbeitsvertrag jedoch nicht absolut. Der Grund hierfür liegt in den Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses, insbesondere dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin und der Befolgungspflicht des Arbeit-

¹² ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/4: Art. 68–96 OR, Bern 2005, Art. 74 OR N 74.

¹³ MARIUS SCHRANER, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1e: Art. 68–96 OR, 3. A., Zürich 2000, Art. 74 OR N 44.

¹⁴ WEBER (FN 12), Art. 74 OR N 83.

¹⁵ REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321 OR N 10.

¹⁶ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. A., Bern 2012, Rz. 294.

¹⁷ BGE 130 III 19 E. 3.1.2.

¹⁸ FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, § 36 Rz. 23 ff.

¹⁹ ROLAND MÜLLER, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, AJP/PJA 1999, 454–460, 455.

nehmers (Art. 321*d* Abs. 1 und 2 OR). Es muss aber ganz grundsätzlich danach unterschieden werden, ob eine entsprechende vertragliche Grundlage existiert oder nicht. Des Weiteren ist zu unterscheiden, ob lediglich ein vorübergehender oder aber ein dauernder Wechsel beabsichtigt ist.

2. Wechsel des Arbeitsortes mit entsprechender vertraglicher Grundlage

Ebenso wie es ganz grundsätzlich möglich ist, beim Abschluss des Arbeitsvertrages den Arbeitsort in verschiedener Weise zu regeln, kann auch der Wechsel des Arbeitsortes während des laufenden Arbeitsvertrags vertraglich normiert werden. Solche Mobilitätsklauseln bedürfen zu ihrer Gültigkeit jedoch einer gewissen Konkretisierung. Der einfache Hinweis darauf, dass die Arbeitgeberin z.B. zu einem Konzern gehört, reicht für sich alleine als Grundlage für eine Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes noch nicht aus.²⁰ Vielmehr muss für den Arbeitnehmer klar sein, dass ein Wechsel des Arbeitsortes unter Umständen von ihm verlangt wird. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn festgehalten wird, dass der Arbeitsort flexibel sei, sofern dieses Recht von der Arbeitgeberin nicht in schikanöser Weise ausgeübt wird.²¹ Werden Mobilitätsklauseln in Verträge aufgenommen, so sind auch hier die Grenzen der Vertragsfreiheit zu berücksichtigen. Innerhalb dieser Grenzen ist es jedoch möglich und zulässig, solche Mobilitätsklauseln in Verträge aufzunehmen, welche als Grundlage für die Weisung, den Arbeitsort zu wechseln, genügen.²² Treu und Glauben gebieten es trotzdem, dass dem Arbeitnehmer keine Weisungen erteilt werden, die für ihn einen unzumutbaren Eingriff in seine persönlichen Verhältnisse darstellen.²³ Das Kriterium der Zumutbarkeit gilt für den ganzen Bereich des Weisungsrechts.²⁴ Wichtige Kriterien zur Überprüfung der Zumutbarkeit bilden die Distanz vom alten zum neuen Arbeitsort, die familiäre Situation, die Wohnsituation, Ausgleichsmassnahmen der Arbeitgeberin, die betriebliche Notwendigkeit und die Dauer des Einsatzes am anderen Arbeitsort.²⁵

Bei der Formulierung solcher Mobilitätsklauseln ist darauf zu achten, dass diese nicht als Umgehung von

zwingenden gesetzlichen Regeln, insbesondere von Art. 327*a* Abs. 1 OR oder Art. 13 ArGV 1 ausgelegt werden können. So wurde beispielsweise die Regelung, dass der Arbeitsort stets dort sein soll, wo ein Einsatz bei einem Kunden zu leisten ist, als Umgehung von Art. 13 ArGV 1 qualifiziert, da dadurch sämtliche Reisezeit auf den Arbeitnehmer abgewälzt werde.²⁶ Es ist daher zu empfehlen, eine Formulierung zu wählen, welche dem Arbeitnehmer bei einem Arbeitsortwechsel gleiche Arbeitsbedingungen und eine gleichwertige Arbeit garantieren. Damit ist auch klar, dass unter Umständen die Arbeitgeberin die Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes erteilen darf und der Arbeitnehmer dieser Weisung nachkommen muss, jedoch die durch diesen Wechsel des Arbeitsortes anfallenden Aufwendungen des Arbeitnehmers, beispielsweise die höheren Fahrkosten oder die Wegzeit, von der Arbeitgeberin ausgeglichen werden müssen.

Interessanterweise finden sich Mobilitätsklauseln auch im öffentlichen Personalrecht des Bundes. Art. 21 BPG und die Ausführungsbestimmung in Art. 25 Abs. 3 lit. a BPV halten fest, dass der Arbeitgeber ohne Kündigung des Arbeitsvertrages unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen nach Art. 30*a* Abs. 1–3 BPV Änderungen der Funktion beziehungsweise des Arbeitsbereichs und des Arbeitsorts vornehmen kann, wenn diese dienstlich erforderlich und zumutbar sind. Das Kriterium der dienstlichen Erforderlichkeit stellt eine nicht zu unterschätzende Einschränkung der Mobilitätsklausel dar. Gemäss Art. 25 Abs. 3^{bis} lit. a BPV kann der Arbeitgeber des Weiteren selbst ohne Änderung des Arbeitsvertrages und ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist eine Änderung der Funktion bzw. des Arbeitsbereichs und des Arbeitsorts anordnen, wenn diese dienstlich erforderlich und zumutbar sind. Diese Anordnung kann er jedoch höchstens für zwölf Monate erteilen.²⁷

3. Wechsel des Arbeitsortes ohne vertragliche Grundlage

Fehlt im Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach die Arbeitgeberin berechtigt ist, dem Arbeitnehmer eine vergleichbare Tätigkeit zu denselben Vertragsbedingungen an einem anderen Arbeitsort zuzuweisen, kann die Ar-

²⁰ HEIZ (FN 11), 123.

²¹ AGer BE vom 11. Februar 1987, JAR 1989, 210; vgl. auch die Empfehlungen zur Mobilitätsklausel in Kap. V.

²² HEIZ (FN 11), 123 m.w.H.

²³ REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321*d* OR N 39.

²⁴ MARIE-LOUISE STAMM, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Dissertation Universität Basel, Basel/Stuttgart 1977, 54.

²⁵ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 184.

²⁶ AGer ZH, JAR 2008, 536.

²⁷ Hinzuweisen ist an dieser Stelle auch auf die Sonderbestimmungen betreffend des einer Versetzungspflicht unterstehenden Personals, beispielsweise des EDA (vgl. zum Begriff Art. 3 VBPV-EDA). Art. 25 Abs. 4 BPV hält diesbezüglich fest, dass dem einer Versetzungspflicht unterstehenden Personal jederzeit durch dienstliche Anweisung ein anderer Arbeitsbereich und ein anderer Arbeitsort zugewiesen werden kann.

beitgeberin einen Wechsel des Arbeitsortes grundsätzlich nicht mittels Weisung durchsetzen.²⁸ Das Recht bzw. die Pflicht, Weisungen zu erteilen, ist trotz der Befolungspflicht des Arbeitnehmers in Art. 321d Abs. 2 OR nicht unbeschränkt, sondern besteht nur im Rahmen des bereits anderweitig festgelegten Vertragsinhalts.²⁹ Ebenso gehen die Pflichten des Arbeitnehmers aus dispositiven oder zwingenden Gesetzenormen, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag oder Betriebsordnung den Weisungen der Arbeitgeberin vor.³⁰ Weisungen der Arbeitgeberin folgen daher im Rang allen übrigen Regelungen nach.³¹ Da das Weisungsrecht der Konkretisierung des arbeitsvertraglich Vereinbarten dient, können sie folglich nur innerhalb der Vertragsgrenzen Gültigkeit haben.³² Immerhin hat der Arbeitnehmer bei dringlichen betrieblichen Bedürfnissen gestützt auf seine Treuepflicht vorübergehend andere Arbeiten auszuführen oder sich an einen anderen Arbeitsort transferieren zu lassen, nicht jedoch in ein anderes Unternehmen. Allerdings hat die Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes zumutbar zu sein. Dies hängt wie bereits ausgeführt unter anderem davon ab, wie lange die Abordnung dauert, ob das Privatleben dadurch stark beeinträchtigt wird und ob die Mehrkosten ersetzt werden.³³

Zu beachten ist des Weiteren, dass immer dann, wenn der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer hauptsächlich darin besteht, dass der Arbeitnehmer an andere Unternehmen verliehen wird, die Vorschriften des Personalverleihs einzuhalten sind.³⁴ Demnach müssen in solchen Verhältnissen einige Punkte schriftlich geregelt werden. Dazu gehört gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b AVG auch der Arbeitsort. Es ist daher zu empfehlen, in solchen Fällen bereits die Mobilitätsklausel so auszugestalten, dass sie den Anforderungen von Art. 19 AVG genügt. Ansonsten muss spätestens bei der Weisung zum Arbeitsortwechsel eine entsprechende schriftliche Zusatzvereinbarung erstellt werden.³⁵

Findet gar eine Entsendung eines Arbeitnehmers in ein anderes Land oder aus einem anderen Land in die Schweiz statt, sind weitere Besonderheiten zu beachten. Bei einer Entsendung eines Arbeitnehmers aus der Schweiz in ein anderes Land ist grundsätzlich festzuhalten, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag weiterhin bestehen bleibt. Wie der Fall eines deutschen Bäckers, der von einer Bäckerei mit Sitz in der Schweiz nach Afghanistan entsandt wird, um für die Truppen Brötchen zu backen, zeigt, sind jedoch die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auf die Zeit in Afghanistan nicht anwendbar.³⁶ Wird ein Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens in die Schweiz entsandt, ist das Entsendegesetz zu beachten, welches verhindern will, dass die Ausführung von Aufträgen durch Betriebe, welche Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, zu missbräuchlichen Unterbietungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz führt.³⁷

4. Wechsel der Arbeitgeberin

Grundlegend anders ist die Situation zu beurteilen, wenn mit dem Wechsel des Arbeitsortes zugleich ein Wechsel der Arbeitgeberin vorgenommen werden will. Dies spielt insbesondere bei Konzernverhältnissen eine Rolle. Ein Wechsel der Arbeitgeberin kann dabei entweder durch eine Vertragsübernahme auf der Seite der Arbeitgeberin oder durch Beendigung und Neugründung des Arbeitsverhältnisses erreicht werden. In beiden Fällen sind die Mitwirkung und das Einverständnis des Arbeitnehmers vorausgesetzt. Stimmt der Arbeitnehmer dem Wechsel der Arbeitgeberin nicht zu, ist ein derartiger Vorgang durch einseitige Anordnung der Arbeitgeberin gestützt auf deren Weisungsrecht nicht möglich.³⁸ Der Arbeitgeberin bleibt einzig die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wobei die neue Arbeitgeberin gleichzeitig ein Angebot zum Abschluss eines neuen Vertrages unterbreiten kann. Da es sich bei diesem Vorgang nicht um eine Änderungskündigung im eigentlichen Sinne handelt, können die durch Lehre und Rechtsprechung zur Änderungskündigung aufgestellten Grundsätze höchstens analog Anwendung finden.³⁹

²⁸ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 321d OR N 3.

²⁹ ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012, 11–27, 17.

³⁰ VISCHER/MÜLLER (FN 18), § 13 Rz. 4.

³¹ PORTMANN/STÖCKLI (FN 25), Rz. 145.

³² GS Ger BS, JAR 1981, 132 f.; GEISER/MÜLLER (FN 16), Rz. 341.

³³ MÜLLER (FN 19), AJP/PJA 1999, 456; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 28), Art. 321d OR N 3.

³⁴ Grundsätzlich besteht zwar das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer gemäss den Regeln von Art. 319 ff. OR. Jedoch gehen die Vorschriften von Art. 19 AVG als *lex specialis* den arbeitsvertraglichen Bestimmungen vor (JÜRGEN FLÜTSCH, Personalverleih und Datenschutz, ARV 2002, 197–203, 199).

³⁵ HEIZ (FN 11), 125.

³⁶ BGer, Urteil 4A_103/2013 vom 11. September 2013, E. 2.5.

³⁷ Vgl. dazu auch die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

³⁸ PORTMANN/STÖCKLI (FN 25), Rz. 184.

³⁹ HEIZ (FN 11) spricht sich diesbezüglich klar für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur Änderungskündigung auf diesen Vorgang aus (134).

E. Konsequenzen des Arbeitsortes

1. Einfluss auf Lohn

Der Lohn ist die vertraglich vereinbarte, periodische Vergütung für die Leistung von Arbeit. Unabhängig davon, ob das Recht auf einen existenzsichernden Lohn befürwortet wird oder nicht, dient der Lohn der (allenfalls teilweisen) Deckung der Lebenshaltungskosten.⁴⁰ Die Lebenshaltungskosten in der Schweiz sind im Vergleich zum Ausland hoch. Aber auch innerhalb der Schweiz ergeben sich bereits grosse Unterschiede in der Höhe der Lebenshaltungskosten. Somit fallen je nach Arbeitsort unterschiedlich hohe Lebenshaltungskosten an. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Höhe des Lohns vom Arbeitsort abhängig sein soll. Soll beispielsweise ein Unternehmen, welches Filialen in St. Gallen und Zürich betreibt, den Arbeitnehmern in Zürich mehr Lohn bezahlen als denjenigen in St. Gallen, weil die Lebenshaltungskosten in Zürich höher sind? Auch im vorne erwähnten Fall des deutschen Bäckers, der für eine Schweizer Bäckerei Brötchen in Afghanistan bäckt,⁴¹ ist zu diskutieren, ob dem Bäcker während der Zeit in Afghanistan der gleiche Lohn bezahlt werden soll, wie wenn er in der Schweiz oder in Deutschland arbeiten würde. Die Lebenshaltungskosten in Afghanistan dürften um einiges tiefer ausfallen als in der Schweiz oder in Deutschland. Somit verdient der Bäcker also mehr, als er eigentlich brauchen würde. Ob ein solcher «zu hoher» Lohn bezahlt wird, ist grundsätzlich ein unternehmerischer Entscheid. Anders ist der Fall, wenn ausländische Arbeitnehmer in die Schweiz entsandt werden und weiterhin ihren ursprünglichen Lohn erhalten. Da die Lebenshaltungskosten in der Schweiz höher sind, wird der Lohn oft nicht zur Deckung aller Kosten ausreichen. Hier greift das Entsendegesetz, welches minimale Arbeits- und Lohnbedingungen regelt, womit das Sozialdumping verhindert werden soll.⁴² Es besteht also grundsätzlich ein Interesse, für in- und ausländische Arbeitnehmer im gleichen Staat die gleichen Arbeitsbedingungen zu schaffen. Dies entspricht auch dem Prinzip der Lohngleichheit. Es dürfen keine Lohnunterschiede aufgrund von Unterschieden, die diskriminierender Natur

sind, getroffen werden.⁴³ Lohnunterschiede, die auf einer tatsächlichen Ungleichheit beruhen, wie beispielsweise ungleicher Lebenshaltungskosten, wären demnach gerechtfertigt. Ein Unternehmen mit Filialen in verschiedenen Teilen der Schweiz könnte ein solches Lohnsystem beispielsweise dadurch umsetzen, dass für alle Arbeitnehmer ein fixer Grundlohn bezahlt wird, welcher je nach Region des Arbeitsortes um einen variablen Lohnbestandteil erhöht wird.⁴⁴

2. Einfluss auf Gerichtsstand

Liegt in einer Arbeitsrechtsstreitigkeit ein internationaler Sachverhalt vor, ist für die Bestimmung des Gerichtsstands zunächst das LugÜ und subsidiär das IPRG zu beachten. Sowohl gemäss LugÜ als auch gemäss IPRG besteht u.a. ein Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 19 Ziff. 2 lit. a LugÜ, Art. 115 Abs. 1 IPRG). Art. 115 Abs. 3 IPRG sieht ausserdem einen (schweizerischen) Gerichtsstand am vorübergehenden Entsendeort zur Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Entsendegesetz vor.

Im nationalen Verhältnis sieht Art. 34 Abs. 1 ZPO für arbeitsrechtliche Klagen einen Wahlgerichtsstand am Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet vor. Die in Art. 34 ZPO verwendeten Begriffe sind in erster Linie dem materiellen Recht zu entnehmen; allerdings wurde der Gerichtsstand in Angleichung an die Regelung und Terminologie des internationalen Rechts geschaffen.⁴⁵ Für den Begriff des gewöhnlichen Arbeitsorts wird aber nicht auf den Betriebsort abgestellt, sondern auf den tatsächlichen Mittelpunkt, den geografischen Schwerpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers. Es ist nicht erforderlich, dass die

⁴⁰ Dies ergibt sich aus den oft vereinbarten oder vorbehaltlos gewährten Teuerungszulagen, welche die durch die Teuerung verursachte Verringerung der Kaufkraft aufheben sollen (REHBINDER/STÖCKLI [FN 1], Art. 322 OR N 40).

⁴¹ BGer, Urteil 4A_103/2013 vom 11. September 2013.

⁴² ALEXANDER BRUNNER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. A., Basel 2013, Art. 115 IPRG N 17.

⁴³ VISCHER/MÜLLER (FN 18), § 10 Rz. 41.

⁴⁴ Dabei muss darauf Acht gegeben werden, dass nicht eine indirekte Lohndiskriminierung stattfindet. Werden beispielsweise nur Frauen in St. Gallen und nur Männer in Zürich angestellt, würde dies trotz der formal geschlechtsneutralen Regelung im Ergebnis überwiegend die Frauen benachteiligen. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Lebenshaltungskosten am Wohnort anfallen, welcher sich nicht zwingend mit dem Arbeitsort decken muss. Selbst wenn Wohn- und Arbeitsort übereinstimmen, können die Lebenshaltungskosten tiefer gehalten werden, wenn z.B. im Ausland eingekauft wird. An dieser Stelle ist wiederum auf die BPV zu verweisen, welche in Art. 43 Abs. 1 einen solchen vom Arbeitsort abhängigen Lohnzuschlag vorsieht.

⁴⁵ FRIDOLIN WALTHER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur ZPO, Band I: Art. 1–149 ZPO, Basel 2012, Art. 34 ZPO N 5; URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 34 ZPO N 25.

Arbeitgeberin eine Organisationseinheit mit festen Einrichtungen auf längere Zeit und an einem bestimmten Ort angelegt hat. Entscheidend ist die relative Zeitdauer im Vergleich zur Dauer des Arbeitsverhältnisses und der anderen Arbeitsorte.⁴⁶ Ein bloss hypothetischer Arbeitsort, der sich z.B. aus einer vertraglichen Absicht der Parteien ergibt, welche sich aber nicht verwirklicht hat, begründet keinen Gerichtsstand nach Art. 34 ZPO.⁴⁷

Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen. Hat der Arbeitnehmer nacheinander an verschiedenen Orten gearbeitet, ist für die örtliche Zuständigkeit der gewöhnliche Arbeitsort im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Klage entscheidend oder, wenn zu diesem Zeitpunkt kein gewöhnlicher Arbeitsort mehr besteht, der letzte gewöhnliche Arbeitsort. Fehlt es überhaupt an einem gewöhnlichen Arbeitsort, weil dieser ständig ändert oder die Arbeit gar nie aufgenommen worden ist, steht der Gerichtsstand am Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung nicht zur Verfügung.⁴⁸

3. Einfluss auf anwendbares Recht

Ist eine schweizerische Zuständigkeit erstellt, ergibt sich das anwendbare Recht wiederum aus dem IPRG. Dabei wird unterschieden, ob der Arbeitnehmer nur in einem Staat einen gewöhnlichen Arbeitsort hat, oder ob in mehreren Staaten gewöhnliche Arbeitsorte vorliegen. Bei einem gewöhnlichen Arbeitsort nur in einem Staat untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht dieses Staates (Art. 121 Abs. 1 IPRG). Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt der Arbeitgeberin befindet (Art. 121 Abs. 2 IPRG).

III. Bestimmung und Konsequenzen des Arbeitsweges

A. Weg zum Arbeitsort

1. Grundsatz

Der Arbeitsweg ist gesetzlich nicht näher definiert. Aufgeführt ist einzig eine Negativdefinition, nach welcher «der Weg zu und von der Arbeit [...] nicht als Arbeitszeit» gilt (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1).

Ausführlicher setzte sich das Bundesgericht mit der Definition des Arbeitsweges (zumindest im Bereich des Unfallversicherungsrechts) auseinander.⁴⁹ So liegt der Arbeitsweg zwischen dem Wohn- und dem Arbeitsort des Versicherten,⁵⁰ wobei zwischen der Reise und der Arbeit ein sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Der Grund der Reise muss also darin liegen, die Arbeit aufzunehmen oder nach der Arbeit heimzukehren. Dabei gilt als Arbeitsweg der kürzeste, während der normalen Zeiten ohne Unterbruch zurückgelegte Weg.⁵¹

Legt der Arbeitnehmer nun auf dem Weg eine Pause ein oder besorgt allfällige Kommissionen, stellt sich die Frage, ab wann der sachliche Zusammenhang zwischen der Reise und der Arbeit nicht mehr gegeben ist. Ist hier doch eine Palette vom kurzen, 5-minütigen Einkauf bis hin zum ausgedehnten Restaurantbesuch möglich. MAURER⁵² votiert dafür, Unterbrechungen bzw. Verzögerungen im Interesse der Rechtssicherheit generell bis hin zu einer Stunde zuzulassen. Und dies, ohne Prüfung der hierfür verantwortlichen Gründe. Wird diese Zeitspanne überschritten, sind die Gründe zu überprüfen und falls qualifizierte Gründe vorliegen, ist immer noch keine Unterbrechung des Arbeitsweges anzunehmen. Dieser Auffassung folgt das Bundesgericht mit Verweis auf die heutige Lebensauffassung und die Sitten.⁵³

2. Bei unterschiedlichen Arbeitsorten

Liegen unterschiedliche, vertraglich geregelte Arbeitsorte vor, stellen sich bezüglich des Arbeitsweges keine Probleme. Abhängig vom jeweiligen Arbeitsort ist der direkte Weg von und zu diesem als Arbeitsweg zu klassifizieren.

⁴⁶ NOËLLE KAISER JOB, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, Art. 34 ZPO N 16; WALTHER (FN 45), Art. 34 ZPO N 9.

⁴⁷ FELLER/BLOCH (FN 45), Art. 34 ZPO N 28.

⁴⁸ KAISER JOB (FN 46), Art. 34 ZPO N 17 ff.; FELLER/BLOCH (FN 45), Art. 34 ZPO N 30.

⁴⁹ BGE 126 V 353.

⁵⁰ BVGer, Urteil A-6601/2013 vom 1. September 2014 präzisiert hier noch: «von Tür zu Tür».

⁵¹ BGE 126 V 353 E. 4 aa.

⁵² ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1989, 103.

⁵³ BGE 126 V 353 E. 4 aa.

Allerdings muss hier das gleiche gelten, wie bei den Einsatzorten.⁵⁴ Ist der Vertrag so ausgelegt, dass die Definition der verschiedenen Arbeitsorte nur deshalb vorgenommen wurde, um gesetzliche Bestimmungen zu umgehen, muss dieser Punkt als nichtig und der Arbeitsort (und damit der Arbeitsweg) durch vertragliche Auslegung ermittelt werden.

3. Bei Pikettdienst

An der Definition des Arbeitsweges ändert sich auch bei der Erbringung eines Pikettdienstes nichts. Allerdings sind einzelne Sonderbestimmungen der Verordnungen zum Arbeitsgesetz vorhanden, welche nicht ganz ausser Acht gelassen werden dürfen. Gemäss Art. 15b Abs. 2 ArGV 1 stellt der zurückgelegte Arbeitsweg bei einem Picketteinsatz Arbeitszeit dar.⁵⁵ Das heisst, die Wegzeit wird zur Berechnung allfälliger Überstunden und Überzeit mit einbezogen.

B. Weg zum Einsatzort

1. Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort

Hat sich der Arbeitnehmer bei einem Ausseneinsatz erst beim Arbeitsort einzufinden und reist dann – ob in Gruppen oder alleine – weiter an den Einsatzort, handelt es sich hierbei nicht mehr um den Arbeitsweg. Vielmehr wurde der «Tür zu Tür»-Weg vom Wohn- zum Arbeitsort bereits absolviert. Sämtliche zusätzlichen Wege sind als Arbeits-tätigkeit einzustufen.

2. Weg vom Wohnort zum Einsatzort

Etwas unklarer stellt sich die Situation dar, wenn der Arbeitnehmer sich nicht erst am Arbeitsort einfinden muss, sondern sich direkt zum Einsatzort begibt. Dann ist eine klare Abgrenzung nicht mehr möglich.

Bezüglich Anrechnung an die Arbeitszeit verhält es sich so, dass die Differenz zwischen der effektiven Wegzeit und der Wegzeit zum üblichen Arbeitsort als Arbeitszeit angerechnet wird (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1). Durch die Rückreise von einem auswärtigen Arbeitsort im Sinn von Absatz 2 darf der Zeitraum der täglichen Arbeitszeit oder die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten werden; dabei beginnt die tägliche Ruhezeit von elf Stunden erst nach dem Eintreffen des Arbeitnehmers oder der Ar-

beitnehmerin an seinem bzw. ihrem Wohnort zu laufen (Art. 13 Abs. 3 ArGV 1).

Ungleich beim Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort kann hier aber nicht mehr automatisch davon ausgegangen werden, dass es sich um Arbeitstätigkeit handelt. Schliesslich ist der Arbeitnehmer noch nicht beim Arbeitsort gewesen und es liegt somit auch kein eindeutig bestimmbarer Zeitpunkt vor, wann der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufgenommen hat. Nahe liegend wäre, die Definition des Arbeitsweges «zu und von der Arbeit» hier so auszulegen, dass dies auch gesamthaft für einen auswärtigen Einsatzort gilt.

C. Konsequenzen des Arbeitsweges

1. Entlöhnung der Wegzeit

Grundsätzlich wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung der Arbeitsweg vom Wohnort zum Arbeitsort und zurück nicht als Arbeitszeit qualifiziert.⁵⁶ Wird diese Wegzeit nicht als Arbeitszeit gewertet, so wird sie auch nicht als Arbeitsleistung entlohnt.⁵⁷ Der Grundsatz der Nichtanrechnung findet sich in Art. 13 Abs. 1 ArGV 1. Von diesem Grundsatz der Nichtanrechnung gibt es allerdings gewichtige Ausnahmen.

Aus Art. 13 Abs. 2 ArGV 1 ergibt sich, dass beim Arbeitnehmer, welcher seine Arbeit ausserhalb des normalen Arbeitsortes zu leisten hat, die Wegzeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist. Allerdings gilt nur die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit als Arbeitszeit. Eine vertragliche Abrede, welche festlegt, dass der Arbeitsort immer der aktuelle Einsatzort sein soll, ist als Umgehung von Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 zu taxieren.⁵⁸

Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, in dem der Arbeitnehmer keinen normalen Arbeitsort hat. Es ist somit weder ein Arbeitsort vertraglich vereinbart, noch kann ein solcher hergeleitet werden, weil der Arbeitnehmer beispielsweise als Monteur oder Vertreter arbeitet.⁵⁹ In diesem Fall gilt die gesamte Wegzeit als Arbeitszeit. Dasselbe gilt für Fälle, in denen der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz grundsätzlich bei sich zu Hause hat und zwischendurch Kunden aufsucht. Aus unserer Sicht spricht

⁵⁴ Siehe hierzu Ausführungen unter Kap. III.B.2., wo die Situation besprochen wurde, dass vertraglich festgelegt wurde, dass der Einsatzort automatisch jeweils der Arbeitsort sein soll.

⁵⁵ Vgl. zur Entlöhnung in diesem Fall nachstehend Kap. III.C.1.

⁵⁶ GEISER/MÜLLER (FN 16), Rz. 312; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 28), Art. 321 OR N 9; AGer ZH, Entscheide 2007 Nr. 25, JAR 2008, 535.

⁵⁷ FADRI BRUNOLD, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Dissertation Universität Zürich, Bern 2014, 42.

⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 28), Art. 321 OR N 9, mit Verweis auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich.

⁵⁹ ROLAND A. MÜLLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009, Art. 9 ArGV N 1 zu Abs. 1.

jedoch nichts dagegen, für diesen Fall eine vertragliche Regelung vorzusehen, welche beinhaltet, dass die erste Stunde Wegzeit pro Tag als Arbeitsweg gilt und damit nicht entschädigt wird, die darüber hinausgehende Wegzeit jedoch zur Arbeitszeit zu zählen ist. Begründet werden kann dies damit, dass es auch zulässig ist, mehrere Arbeitsorte vertraglich zu vereinbaren. Beide vertraglichen Abreden finden dabei ihre Grenzen gemäss den allgemeinen Grundsätzen in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, der öffentlichen Ordnung, der guten Sitten und im Recht der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Solange also bei der Festlegung dieses Radius kein Verstoß gegen Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 328 OR vorliegt und zudem keine Umgehung von Art. 327a OR und Art. 13 ArGV 1 angenommen werden muss,⁶⁰ ist eine derartigen Vereinbarung zulässig.

Die Qualifikation als Arbeitszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 2 ArGV 1 sagt jedoch noch nichts über die Entlohnung aus, sondern hat primär öffentlich-rechtliche Bedeutung. Ob für diese Zeit Lohn geschuldet ist, entscheiden die privatrechtlichen Verhältnisse, insbesondere der Arbeitsvertrag, ein allfälliger GAV und die Art. 319 f. und 322 ff. OR.⁶¹ In aller Regel kann jedoch davon ausgegangen werden, dass im Fall einer Anrechnung der Wegzeit an die Arbeitszeit auch eine Entlohnung damit einhergeht. Ausnahmen können sich jedoch beispielsweise im Bereich Pikettdienst, Rufbereitschaft etc. ergeben.⁶²

2. Einfluss auf Spesen

Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit entstehenden Auslagen zu ersetzen (Art. 327a OR). Notwendig sind solche, die in unmittelbarem, direktem Zusammenhang mit der Arbeitsausführung stehen und nach Verkehrsauffassung nicht vom Arbeitnehmer zu tragen sind.⁶³ Der Arbeitsweg hat insofern auf die Spesenentschädigung Einfluss, als nur dann Spesenentschädigungen geschuldet sind, wenn die Wegzeit als Arbeitszeit qualifiziert wird. Aufwendungen, welche der Arbeitnehmer tätigt, um seinen normalen Arbeitsweg zurück zu legen, fallen nicht unter den Spesenbegriff im Sinne von Art. 327a OR.⁶⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich in der Praxis oft die Frage, ob der Arbeitnehmer ein Recht darauf hat, dass

die Arbeitgeberin etwas an privat gekaufte Abonnements zahlt. Beispielsweise stellt sich die Frage dann, wenn der Arbeitnehmer für den Weg von seinem normalen Arbeitsort an den Einsatzort mit der Eisenbahn fährt und dafür sein privates Generalabonnement verwendet. Einen praktischen Lösungsansatz liefern STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, indem sie dafür plädieren, dem Arbeitnehmer bei geschäftlichen Reisen mit dem privaten Abonnement den Halbtaxtarif zu vergüten, und zwar entsprechend der im Unternehmen üblicherweise bei Geschäftsreisen benützten Reiseklasse.⁶⁵ Eine andere Lösung bestünde beim Vorliegen eines privaten Generalabonnements darin, bei geschäftlichen Reisen den vollen Tarif zu vergüten, jedoch bis zum Maximalbetrag des Preises eines Generalabonnements der entsprechenden Reiseklasse. Damit könnte sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer nicht auch noch am Spesenersatz durch die Arbeitnehmerin verdient. Klar scheint uns zumindest zu sein, dass die Arbeitgeberin nicht auf Kosten des Arbeitnehmers von der Ersatzpflicht ganz befreit werden darf.

3. Einfluss auf Versicherung

Der Arbeitsweg hat Einfluss auf die Versicherungssituation des Arbeitnehmers. Aus Art. 1a Abs. 1 UVG geht hervor, dass alle in der Schweiz angestellten Arbeitnehmer unfallversichert sind. Die Versicherung schliesst gemäss Art. 6 Abs. 1 UVG Berufsunfälle, Nichtberufsunfälle und Berufskrankheiten ein, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Begibt sich ein Arbeitnehmer aufgrund der Arbeit für beschränkte Zeit ins Ausland, so bleibt der Versicherungsschutz gemäss Art. 2 Abs. 1 UVG bestehen.

Der Versicherungsschutz beginnt gemäss Art. 3 Abs. 1 UVG an dem Tag, an welchem der Arbeitnehmer die Arbeit aufnimmt oder hätte aufnehmen sollen, spätestens jedoch mit Antritt des Weges zur Arbeit. Wird der Arbeitnehmer unfallbedingt am Antritt der Arbeit gehindert, muss sich der Unfall somit nach Mitternacht des Tages ereignet haben, an welchem die Arbeit ohne das Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aufgenommen worden wäre.⁶⁶ Das UVG verwendet den Begriff «Arbeitsweg», definiert diesen jedoch nicht näher. Das Bundesgericht versteht unter dem Arbeitsweg im Bereich des Unfallversicherungsrechts die kürzeste Strecke zwischen dem Wohnort des Versicherten und dessen Arbeitsort.⁶⁷ Die Wendung «Antritt des Arbeitsweges» ist wörtlich

⁶⁰ Vgl. dazu weiter vorne Kap. II.A.3.

⁶¹ ADRIAN VON KAENEL, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 ArG N 7.

⁶² VON KAENEL (FN 61), Art. 9 ArG N 13.

⁶³ GEISER/MÜLLER (FN 16), Rz. 416.

⁶⁴ AGER ZH, Entscheide 2006, Nr. 12.

⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 28), Art. 327a OR N 2.

⁶⁶ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 3. A., Bern 2012, 98.

⁶⁷ Vgl. dazu weiter vorne Kap. III.A.1; BGE 134 V 412 E. 3.2.

auszulegen. Erst wenn der Arbeitnehmer seine Wohnung verlässt und die Strasse mit dem Willen betritt, zum Arbeitsort zu gelangen, gilt der Arbeitsweg als angetreten.⁶⁸ Reist der Arbeitnehmer an seinem ersten Arbeitstag aus dem Ausland an, gilt diese Strecke nicht als Arbeitsweg. Für solche Fälle gilt als Arbeitsweg die Strecke zwischen dem Ort in der Schweiz, an welchem der Arbeitnehmer wohnt, und dem Arbeitsort.⁶⁹

Für Unfälle, welche sich auf dem Arbeitsweg ereignen, ist zwischen Berufsunfällen und Nichtberufsunfällen zu unterscheiden. Als Berufsunfälle gelten nach Art. 7 Abs. 1 UVG Unfälle, die sich bei der Arbeit ereignen, sofern der Versicherte die Tätigkeit auf Anordnung oder im Interesse des Arbeitgebers ausführt. Ausserdem gehören die Unfälle zu den Berufsunfällen, welche sich während einer Arbeitspause oder vor oder nach der Arbeit ereignen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass es dem Arbeitnehmer gestattet war, sich in dem Bereich aufzuhalten, in dem sich der Unfall ereignet hat. Gemäss Art. 8 UVG fallen alle Unfälle, die nicht zu den Berufsunfällen gehören, unter die Nichtbetriebsunfälle. Unfälle auf dem Arbeitsweg gelten demnach als Nichtbetriebsunfälle. Nur ausnahmsweise gelten für Teilzeitbeschäftigte, welche wegen zu geringer Mindestarbeitsdauer (weniger als acht Stunden beim gleichen Arbeitgeber⁷⁰) nicht gegen Nichtbetriebsunfälle versichert sind (Art. 13 Abs. 1 UVV), jene Unfälle gemäss Art. 7 Abs. 2 UVG als Berufsunfälle. Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, dass Unfälle auf dem Arbeitsweg als Nichtbetriebsunfälle gelten, sieht Art. 12 Abs. 1 lit. a UVV vor. Demnach gelten Unfälle auf einer Dienstreise, welche sich zwischen dem Verlassen der Wohnung und der Rückkehr zur Wohnung ereignen, als Berufsunfälle.

4. Einfluss auf Haftung

Schädigt der Arbeitnehmer in Erfüllung einer Schuldspflicht seines Arbeitgebers einen Dritten, so haftet diesem zunächst der Arbeitgeber aus Vertrag oder, falls kein Vertrag besteht, als Geschäftsherr.⁷¹ Der Dritte könnte sich jedoch auch direkt an den Arbeitnehmer wenden. Der Arbeitnehmer hat diesfalls Anspruch darauf, dass ihn der Arbeitgeber von den Ansprüchen des Dritten freihält, vorausgesetzt die Schädigung erfolgte in Erfüllung der Arbeits- oder Treuepflicht und nur soweit der Arbeitnehmer für den Schaden nicht nach den Grundsätzen des Art. 321e

OR selbst aufzukommen hat. Solange sich der Arbeitnehmer damit auf dem normalen Arbeitsweg befindet, fehlt es i.d.R. an der Voraussetzung der «Erfüllung der Arbeits- oder Treuepflicht». Sobald sich der Arbeitnehmer jedoch auf einem Weg befindet, der zur Arbeitszeit zählt, haftet die Arbeitgeberin insoweit beispielsweise auch für den Privatwagen des Arbeitnehmers, sodass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den bei ihm entstandenen Schaden ersetzt bzw. sie ihn vor Schadenersatzansprüchen Dritter freihält, soweit dieser nicht aufgrund seiner Haftungsquote vom Arbeitnehmer selbst zu tragen ist.⁷²

IV. Sonderfragen bezüglich Arbeitsort und Arbeitsweg

A. Spezialregelung für leitende Arbeitnehmer

Beim leitenden Arbeitnehmer handelt es sich im Grundsatz um einen Arbeitnehmer, der aber teilweise Arbeitgeberfunktionen übernimmt.⁷³ Entscheidende Merkmale für einen leitenden Arbeitnehmer sind gemäss Art. 9 ArGV 1 die Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten und die entsprechende Verantwortung. Auf das Arbeitsverhältnis zwischen einer Arbeitgeberin und einem leitenden Arbeitnehmer sind die gesetzlichen Regelungen von Art. 319 ff. OR anwendbar. Keine Anwendung findet dagegen das Arbeitsgesetz (Art. 3 lit. d ArG), da die leitenden Arbeitnehmer einerseits aufgrund ihrer besonderen Stellung im Betrieb keines öffentlich-rechtlichen Schutzes bedürfen und andererseits aufgrund ihrer unabhängigen und selbständigen Tätigkeit nicht den starren Vorschriften des ArG unterworfen werden sollen.⁷⁴

Zwischen dem leitenden Arbeitnehmer und seiner Arbeitgeberin besteht zwar ein dem Arbeitsrecht inhärentes Unterordnungsverhältnis, allerdings mit einigen Besonderheiten. Zum einen hat ein leitender Arbeitnehmer eine erhöhte Weisungsmöglichkeit gegenüber den nicht leitenden Arbeitnehmern und unterliegt selber einer geringeren Weisungsabhängigkeit gegenüber seiner Arbeitgeberin.⁷⁵ Zum anderen trifft den leitenden Arbeitnehmer aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin eine erhöhte Treuepflicht. Die gesteigerte Treuepflicht verpflichtet den leitenden Arbeit-

⁶⁸ MAURER (FN 52), 33.

⁶⁹ BGE 97 V 205 E. 1.

⁷⁰ Keine Kumulation aller Arbeitsstunden bei verschiedenen Arbeitgebern (BGE 134 V 412 E. 2.3).

⁷¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 28), Art. 321e OR N 5.

⁷² REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321e OR N 27.

⁷³ CLAUS HUTTERLI, Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, Bern 1982, 17; REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 319 OR N 15.

⁷⁴ VISCHER/MÜLLER (FN 18), § 8 Rz. 11; HUTTERLI (FN 73), 22.

⁷⁵ HUTTERLI (FN 73), 21; PORTMANN/STÖCKLI (FN 25), Rz. 579; REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321d OR N 10.

nehmer auch ohne vertragliche Verabredung zu einem besonderen Mass an Arbeitsleistung. Er hat die Interessen des Unternehmens zu wahren und dessen Ziele nach Kräften zu fördern.⁷⁶ Die geringere Weisungsabhängigkeit mag auf den ersten Blick im Widerspruch zur erhöhten Treuepflicht stehen. Der Unterschied liegt darin, dass sich die Weisungsabhängigkeit auf die Person der Arbeitgeberin bezieht, während die Treuepflicht auf das Gedeihen des Unternehmens ausgerichtet ist. Die Befolgungspflicht des leitenden Arbeitnehmers ist also auf Direktiven beschränkt, die mit der Eingliederung der Arbeitsleistung in die Arbeitsorganisation zusammenhängen.⁷⁷

Bezüglich des Arbeitsortes und des Arbeitsweges gilt bei leitenden Arbeitnehmern grundsätzlich dasselbe, wie für die übrigen Arbeitnehmer.⁷⁸ Auch für solche Arbeitnehmer muss ein Wechsel des Arbeitsortes – sofern nicht ohnehin mehrere Arbeitsorte vereinbart worden sind – zumutbar sein. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Zumutbarkeit eher gegeben ist, je höher die Stellung eines Arbeitnehmers in einem Betrieb und damit dessen Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen ist. Ein leitender Arbeitnehmer muss damit rechnen, an verschiedenen Orten seine Arbeit zu leisten. Es ist ihm deshalb auch eher zuzumuten, einen längeren Arbeitsweg auf sich zu nehmen, um an einen anderen Arbeitsort zu gelangen. Für Reisen, welche zur Arbeitszeit gehören und somit von der Arbeitgeberin entschädigt werden, gelten für leitende Arbeitnehmer oft andere Spesenregelungen als für die übrigen Arbeitnehmer. Anstelle effektiver Spesenabrechnungen werden häufig Pauschalen gewährt, welche sich parallel zur Stellung im Betrieb erhöhen. Dies zeigt, dass von leitenden Arbeitnehmern im Rahmen ihrer Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen eine gewisse Bereitschaft, Reisen anzutreten und nicht fix an einem Arbeitsort eingesetzt zu werden, erwartet wird. Entscheidend ist, dass die Flexibilität dem Unternehmen dient.

B. Geschäftsreise und Arbeitsweg

Bei Geschäftsreisen stellt sich die Frage, ob der Reiseweg als Arbeitszeit gilt, und falls ja, in welchem Umfang. Zunächst ist danach zu unterscheiden, ob der Arbeitnehmer etwas zur Fortbewegung beitragen muss oder nicht. Steht beispielsweise eine Autofahrt an, so «arbeitet» der autofahrende Arbeitnehmer tatsächlich. Die gesamte Rei-

sezeit gilt damit als Arbeitszeit und ist zu entschädigen.⁷⁹ Kann sich der Arbeitnehmer hingegen befördern lassen (beispielsweise Flugzeug, Zug) ist eine weitere Differenzierung danach vorzunehmen, ob ihm die Arbeitgeberin zusätzliche Aufgaben zuweist, welche dieser während der Reise zu erledigen hat. Ist dies der Fall, arbeitet der Arbeitnehmer wiederum, was zu einer vollen Anrechnung der Reise als Arbeitszeit und zu einer Entschädigung führt. Anders ist der Fall, wenn dem Arbeitnehmer keine speziellen Aufgaben für die Dauer der Reise zugewiesen werden und er in dieser Zeit beispielsweise schlafen kann. Es rechtfertigt sich somit, dass nicht die gesamte Zeit als Arbeitszeit angerechnet wird. Dies darf aber nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer Nachteile entstehen, indem er beispielsweise durch ständiges Reisen Minusstunden anhäuft, welche er dann wieder abarbeiten muss. Der Arbeitnehmer ist auf Geheiss der Arbeitgeberin unterwegs. Damit ihm dadurch keine Nachteile entstehen, wäre eine Regelung denkbar, nach welcher die jeweils vertraglich vereinbarte Tagesarbeitszeit als Arbeitszeit angerechnet wird.

Es könnte auch argumentiert werden, dass die Frage im Geiste von Art. 13 ArGV1 beantwortet wird. Demnach wäre von der tatsächlichen Reisezeit die normale Arbeitszeit abzuziehen und die Differenz als bezahlte Arbeitszeit zu qualifizieren. Es ist allerdings fraglich, ob das Arbeitsgesetz und die ArGV 1 auf ausländische Geschäftsreisen Anwendung finden. Gemäss Weisung des SECO ist die ArGV 1 auf Weg- und Zeitverhältnisse in der Schweiz angelegt. Das bedeutet, dass diese Regel nicht geeignet ist, auf Auslandsreisen angewandt zu werden. Im Grenzverkehr mit dem nahen Ausland wird empfohlen, das Arbeitsgesetz sinngemäss anzuwenden.⁸⁰ Für das weiter entfernte Ausland hat das Bundesgericht jedoch die Anwendung des Arbeitsgesetzes verneint,⁸¹ wobei allerdings anzumerken ist, dass dies für die Zeit gilt, welche der Arbeitnehmer tatsächlich im Ausland verbringt, und nicht für die Zeit der Reise im Flugzeug, da er sich während dieser Zeit auf Schweizer Territorium befindet (zumindest, wenn es sich um eine schweizerische Fluggesellschaft handelt). Grundsätzlich ist zu empfehlen, die Anrechnung von Geschäftsreisen an die Arbeitszeit vertraglich zu regeln, um im Einzelfall Unsicherheiten zu vermeiden.

Eine spontane und nicht repräsentative Umfrage bei einundzwanzig Teilnehmern der Versammlung des For-

⁷⁶ HUTTERLI (FN 73), 34 f.; REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321a OR N 9.

⁷⁷ AppGer. BS, JAR 1989, 128 f.; REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 321d OR N 10; HUTTERLI (FN 73), 35.

⁷⁸ Vgl. dazu Kap. II und III.

⁷⁹ Vgl. BRUNOLD (FN 57), 42 f.

⁸⁰ SECO – Direktion für Arbeit/Arbeitsbedingungen, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, 6. A., Bern 2011, 113–2.

⁸¹ BGer, Urteil 4A_103/2013 vom 11. September 2013.

schungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen hat gezeigt, dass keine einheitliche Regelung bezüglich der Anrechnung von Geschäftsreisen an die Arbeitszeit besteht. Die Umfrage beruhte auf folgender fiktiven Ausgangslage: Max Meier, wohnhaft in Glattbrugg, ist als Lagerist im Stundenlohn bei der Muster AG teilzeitbeschäftigt. Sein Chef weist ihn an, am Sonntagmittag von Zürich nach Dubai zu fliegen, um dort am Flughafen persönlich ein Dokument abzuliefern und dann umgehend zurückzufliegen. Ein Flug dauert jeweils 14 Stunden, wobei er für diese Zeit keine zusätzlichen Arbeitsanweisungen erhält. Dies unter der Annahme, dass die Flüge von der Muster AG mit der Swiss International Airline⁸² gebucht und bezahlt werden.

Die Frage, wie viele Stunden sie in diesem Fall als Arbeitszeit gelten lassen würden, wurde sehr unterschiedlich beantwortet. Bei Banken reicht die Spannweite der anrechenbaren Zeit von 0 über 8 bis 14 Stunden, bei Versicherungen werden 8 oder 8.2 Stunden angerechnet, verschiedene Industriebetriebe rechnen 8, 8.2 oder 8.6 Stunden an, diverse Dienstleister beantworteten die Frage mit 8 oder 8.2 Stunden und Gewerkschaften lassen 8 oder 14 Stunden zur Anrechnung zu. Lohnzuschläge für Geschäftsreisen bejahen lediglich die Gewerkschaften. Auch im internationalen Vergleich zeigen sich grosse Unterschiede. Eine ebenfalls spontane Umfrage an der Tagung des Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialogs zeigte, dass in verschiedenen Ländern Regelungen bestehen, wonach 0, 8, 10 oder 14 Stunden Reisezeit als Arbeitszeit gelten.

C. Umgang mit Bonusmeilen

1. Problemstellung

In aller Regel bieten die verschiedenen Fluggesellschaften ihren Kunden Vielfliegerprogramme an, mit welchen regelmässige Kunden Bonusmeilen sammeln können, welche sie dann zu einem späteren Zeitpunkt einlösen bzw. sich an weitere Flüge anrechnen lassen können.

Ist nun ein Arbeitnehmer regelmässig geschäftlich mit dem Flugzeug unterwegs, stellen sich verschiedene Fragen:

- Die Bonusmeilen fallen jeweils beim Kunden der Fluggesellschaft an. Je nachdem, wer also die Tickets in einem ersten Schritt bezahlt, wird Berechtigter der Bonusmeilen. Hier muss geklärt werden, wer letztlich arbeitsrechtlich berechtigt ist, sofern keine vertragliche Regelung besteht.

- Ist dann der von der Fluggesellschaft Berechtigte nicht gleichzeitig der arbeitsrechtlich Berechtigte, muss abgeklärt werden, ob – und falls ja, wie – die Bonusmeilen übertragen werden können.
- Wie ist die Rechtslage, wenn z.B. von einem 14-stündigen Geschäftsflug nur 5 Stunden als Arbeitszeit angerechnet werden?

2. Rechtliche Grundlage

Art. 321b Abs. 1 OR verpflichtet den Arbeitnehmer, die Arbeitgeberin über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diese von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihr alles sofort herauszugeben. Ausgenommen hiervon sind Trinkgelder und Geschenke, welche sich im üblichen Rahmen halten, da diese für den Arbeitnehmer und nicht für die Arbeitgeberin bestimmt sind.⁸³

Gemäss Art. 321b Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer nur dann berechtigt, wenn einerseits die Bonusmeilen explizit für den Arbeitnehmer bestimmt sind und andererseits der Wert der Bonusmeilen sich im üblichen Rahmen bewegt. Die Fluggesellschaften lassen die Bonusmeilen jeweils der Person zukommen, welche den Flug bezahlt. Dabei ist davon auszugehen, dass es ihnen letztlich gleichgültig ist, ob dies jetzt der Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin ist. Dem Flugunternehmen geht es in erster Linie darum, treue Kunden zu belohnen bzw. Kunden an sich zu binden. Art. 327a Abs. 1 OR verpflichtet die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Dies kann mittels schriftlicher Abmachung auch durch eine Pauschale geschehen (Abs. 2). Nicht zulässig ist hingegen eine Abmachung, nach welcher der Arbeitnehmer die notwendigen Ausgaben ganz oder teilweise selber zu tragen hat (Abs. 3). Damit ist klar, dass letzten Endes die Arbeitgeberin die Kosten für Flugreisen vollumfänglich zu übernehmen hat und somit auch die Empfängerin der Bonusmeilen sein sollte. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil klar davon auszugehen ist, dass der (geldwerte) Umfang der Bonusmeilen über einem normalen Trinkgeld oder Gelegenheitsgeschenk liegt. Dementsprechend hat ein Arbeitnehmer im Rahmen der Rechenschaftspflicht die Arbeitgeberin auch über allfällige Bonusmeilen zu informieren, welche er erhalten hat, falls er das Ticket in einem ersten Schritt selber bezahlt hat.

⁸² Damit an Bord des Flugzeuges schweizerisches Recht gilt, muss es sich um ein in der Schweiz immatrikuliertes Flugzeug handeln.

⁸³ Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241 ff., 303.

Die Bonusmeilen stehen somit – andere vertragliche Abmachungen vorbehalten – der Arbeitgeberin zu. Dies unabhängig davon, ob bei Langstreckenflügen die gesamte Reisezeit auch als Arbeitszeit angerechnet wird oder nur ein Teil davon. Anknüpfungspunkt für die Bonusmeilen ist nicht der Weg, sondern die Bezahlung der Reise.

3. Übertragen der Bonusmeilen

Bezahlt die Arbeitgeberin gleich zu Beginn das Flugticket des Arbeitnehmers, stellen sich keine Probleme: Sie ist bereits Empfängerin der Bonusmeilen.

Anders gestaltet sich die Situation, wenn der Arbeitnehmer in einem ersten Schritt das Flugticket selber löst und anschliessend von der Arbeitgeberin seine Spesen zurück vergütet erhält. Hier müssen die Bonusmeilen zusätzlich auf die Arbeitgeberin übertragen werden. Dies ist aber – abhängig von der Fluggesellschaft – unterschiedlich einfach bzw. kostenintensiv. Einige Fluggesellschaften lassen das Übertragen von Bonusmeilen problemlos zu (z.B. Delta), andere überhaupt nicht (z.B. Swiss/Lufthansa). Ein Mittelweg besteht darin, die Übertragung zwar zuzulassen, jedoch hierfür eine Gebühr zu erheben. Dementsprechend gibt es zwei Lösungsvarianten für den Fall, dass der Arbeitnehmer in einem ersten Schritt das Ticket kauft und folglich Empfänger der Bonusmeilen ist:

Ist eine Übertragung der Bonusmeilen seitens der Fluggesellschaft möglich, empfiehlt sich eine vertragliche Regelung, wonach der Arbeitnehmer die Bonusmeilen auf die Arbeitgeberin zu übertragen hat. Sollten hierfür Gebühren anfallen, sind diese selbstverständlich von der Arbeitgeberin zu übernehmen.

Handelt es sich hingegen um eine Fluggesellschaft, welche eine Übertragung nicht zulässt, kann vertraglich vorgesehen werden, dass die Boni, welche durch die Flugmeilen dem Arbeitnehmer zugutekommen, im Interesse der Arbeitgeberin eingesetzt werden müssen. Das widerspricht nicht dem Truckverbot, da dieses nur eine Vereinbarung verbietet, welche dem Arbeitnehmer auferlegt, einen Teil seines Lohnes im Interesse der Arbeitnehmerin zu verwenden. Dies ist hier nicht der Fall, da die Bonusmeilen rechtlich bereits der Arbeitgeberin gehören.

D. Weisungsrecht betreffend Arbeitsweg

Es ist denkbar, dass eine Arbeitgeberin vorschreiben will, mit welchem Reisemittel der Arbeitnehmer seinen Arbeitsweg zurückzulegen hat. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin beinhaltet nebst Ziel- und Fachanweisungen auch Verhaltensanweisungen, mit denen die Arbeitgeberin ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers vor-

schreiben kann.⁸⁴ Das Weisungsrecht wird in verschiedener Hinsicht beschränkt. So dürfen Weisungen nicht gegen das öffentliche Arbeitsschutzrecht verstossen, sie dürfen nicht sachwidrig sein und müssen das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers respektieren. Dabei ist insbesondere das Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre zu beachten, womit Verhaltensanweisungen primär auf das Verhalten des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit beschränkt sind.⁸⁵ Damit ist für die Weisung betreffend des Reisemittels zu unterscheiden, ob es sich um den Weg zum Arbeitsort oder den Weg zum Einsatzort handelt. Der Weg von zu Hause zum Arbeitsort gehört nicht zur Arbeitszeit. Somit hat die Arbeitgeberin grundsätzlich kein Weisungsrecht für diesen Wegabschnitt. Demgegenüber gehört der Weg vom Arbeitsort zum Einsatzort zur Arbeitszeit, weshalb von einem Weisungsrecht der Arbeitgeberin auszugehen ist. Unklar bleiben zwei Fälle: Die Reise des Arbeitnehmers von zu Hause direkt zum Einsatzort und längere Geschäftsreisen. In beiden Fällen gilt die Wegzeit nur zum Teil als Arbeitszeit. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin hat sich grundsätzlich auch in diesen Fällen auf die Arbeitszeit zu beschränken. Gibt die Arbeitgeberin also für eine Reise von zu Hause zum Einsatzort die Weisung, den Zug zu benützen, so kann der Arbeitnehmer gleichwohl für die Wegzeit, welche er auch von zu Hause an den Arbeitsort bräuchte, das Auto benutzen und erst dann auf den Zug umsteigen. Die Frage wird sich wohl erübrigen, wenn eine längere Reise mit dem Flugzeug ansteht. Bei sämtlichen Weisungen sind stets die Schranken des öffentlichen Arbeitsschutzrechts, der Sachwidrigkeit und der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers zu beachten.

V. Empfehlungen zur Problemvermeidung

Mangels gesetzlicher Regelungen empfiehlt es sich, möglichst genaue Regelungen zu Arbeitsort und Arbeitsweg im Einzelarbeitsvertrag oder noch besser in den allgemeinen Anstellungsbedingungen zu vereinbaren, um im Einzelfall Unklarheiten zu vermeiden. Im Folgenden werden einige Beispielklauseln angeführt.

⁸⁴ PORTMANN (FN 1), Art. 321d N 3.

⁸⁵ VISCHER/MÜLLER (FN 18), § 13 Rz. 19; ein Weisungsrecht bezüglich des Verhaltens ausserhalb der Arbeitszeit ist bei einer erhöhten Treuepflicht, wie sie z.B. leitende Arbeitnehmer haben, denkbar, sofern das ausserdienstliche Verhalten einen Einfluss auf die Erreichung des Arbeitserfolgs hat (§ 15 Rz. 53).

Arbeitsort:

«Der Arbeitsort ist am Hauptsitz des Unternehmens in St. Gallen.»

«Als Arbeitsorte werden St. Gallen und Herisau bestimmt.»

«Arbeitsort ist die Niederlassung in St. Gallen. Das Unternehmen behält sich vor, den Arbeitsort vorübergehend auch in andere Niederlassungen des Unternehmens innerhalb des Kantons St. Gallen zu verschieben.»

«Der Grundlohn für Mitarbeiter mit der Funktion Sachbearbeiter beträgt Fr. 3'000.00 brutto pro Monat. Mitarbeiter in den Niederlassungen Zürich und Genf erhalten einen zusätzlichen Lohn von Fr. 1'000.00 brutto pro Monat.»

Arbeitsweg:

«Der Weg zwischen Wohn- und Arbeitsort gilt als Arbeitsweg und wird nicht entschädigt.»

«Der Arbeitnehmer hat den direkten Arbeitsweg zwischen Wohn- und Arbeitsort zu wählen. Als direkt gilt ein Weg von maximal 30 Minuten.»

«Bei Arbeitseinsätzen an anderen als den unter vorstehender Ziffer festgelegten Arbeitsorten gelten 30 Minuten pro Weg als Arbeitsweg und werden nicht entschädigt. Was darüber hinausgeht, gilt als Arbeitszeit und wird entschädigt.»

Geschäftsreisen:

«Eine Reisedauer bis 8.5 Stunden pro Tag gilt als Arbeitszeit. Darüber hinaus gehende Reisezeit gilt nur als Arbeitszeit, wenn auf Grund entsprechender Weisung tatsächlich gearbeitet wird.»

Bonusmeilen:

«Sollten im Rahmen von geschäftlichen Flugreisen Bonusmeilen anfallen, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dies der Arbeitgeberin mitzuteilen und die Bonusmeilen soweit möglich auf die Arbeitgeberin zu übertragen. Für allfällig entstehende Kosten kommt die Arbeitgeberin auf. Ist eine Übertragung nicht möglich, hat der Arbeitnehmer seine Bonusmeilen an die nächstmögliche Geschäftsreise anrechnen zu lassen.»