

Die bezahlte Pause gibt es nicht

Auf den Spuren eines Phantoms

Vortrag Weblaw-Webinar 24.05.2016

Dr. Heinz Heller

Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
www.rechtsanwalt-zuerich.ch

Vorbemerkung

- Vortrag setzt Anwendbarkeit von OR und Arbeitsgesetz (ArG) voraus, bezieht sich somit weder auf öffentliches Personalrecht noch auf GAV / NAV-Normen.
- © / Zitate / Quelle: HEINZ HELLER, "Die bezahlte Pause gibt es nicht", Weblaw-Webinar 24.05.2016

Die bezahlte Pause gibt es nicht

TEIL I: RECHTSLAGE

Wochenenden und Feiertage Stadt Zürich

Mai 2016

- 4 Samstage
- 5 Sonntage
- 2 auf einen Werktag fallende Feiertage
- Per Saldo 20 Werktage

Juni 2016

- 4 Samstage
- 4 Sonntage
- 0 auf einen Werktag fallende Feiertage
- Per Saldo 22 Werktage

Wofür wird Monatslohn bezahlt?

- Der Monatslohn wird folglich nicht für eine vordefinierte Soll-Arbeitszeit bezahlt.
- Auch nicht für eine vordefinierte effektiv zu leistende Arbeitszeit, soweit Überstunden anfallen, die im Lohn inkludiert sind (321c III OR). Solcher Monatslohn ist somit faktisch (nicht rechtlich) weder Zeit-, noch Zeitbandbreitenlohn, sondern Pauschallohn.

Was ist eine "bezahlte" Pause?

- Die "bezahlte" Pause ist somit (bei Monatslohnverhältnissen) eine durch den Monatslohn pauschal mitabgegoltene Arbeitsunterbrechung.
- Sie wird bei Nichtbezug
 - weder nachgewährt,
 - noch (wie bei nicht bezogenen Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses) ausbezahlt.
 - Die bezahlte Pause ist zudem keine Arbeitszeit, auch wenn sie (pauschal) mitbezahlt ist.

Exkurs: "Bezahlte" Feiertage I

- Fällt ein Feiertag auf ein arbeitsfreies Wochenende, kann er nicht an einem Werktag nachbezogen werden. Warum? Weil der Feiertag nicht der Erholung dient, sondern dem Feiern (h.L.).
- Warum wird dann ein Ferientag, auf den ein bezahlter Feiertag fällt, nicht als Ferientag angerechnet? – Es ist gelebte Praxis ("*haben wir schon immer so gemacht*"), dogmatisch kaum unterlegt.

Exkurs: "Bezahlte" Feiertage II

- Fazit: Den "bezahlten" Feiertag gibt es, aber nur, wenn er in die Ferien fällt. Ansonsten ist auch er (wie die "bezahlte" Pause) durch den pauschalen Monatslohn abgegolten.
- Vergleiche:
 - 20a I ArG / BGE 136 I 290 = Pra 2011 Nr. 7
 - Erwägungen zu "bezahlten" Feiertagen in Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2004, S. 48 f.

Rechtsgrundlage der Pausenregeln I

Art. 15 ArG (Pausen)

- ¹⁾ Die Arbeit ist durch Pausen von folgender Minstdauer zu unterbrechen:
 - a. eine Viertelstunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeneinhalb Stunden;
 - b. eine halbe Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden;
 - c. eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden.
- ²⁾ Die Pausen gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen.

Rechtsgrundlage der Pausenregeln II

Art. 18 ArGV1 (Pausen)

- ²⁾ Die Pausen sind um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen. Entsteht vor oder nach einer Pause eine Teilarbeitszeit von mehr als 5½ Stunden, so ist für diese eine zusätzliche Pause gemäss Art. 15 ArG zu gewähren.
- ³⁾ Pausen von mehr als einer halben Stunde dürfen aufgeteilt werden.
- ⁴⁾ Bei flexiblen Arbeitszeiten, wie etwa bei der gleitenden Arbeitszeit, ist für die Bemessung der Pausen die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit massgebend.

Rechtsgrundlage der Pausenregeln III

- Achtung: Nach SECO ist nur bei der Hauptpause auf die durchschnittliche tägliche Soll-Arbeitszeit abzustellen (18 IV ArGV1), für die weiteren Pausen hingegen auf die am betreffenden Tag konkret geleistete Arbeitszeit (SECO-Wegleitung ad 18 IV ArGV1, Stand November 2006).
- ... auch wenn die Gleitzeitangestellte am Mittag noch gar nicht wusste, dass sie heute so lange arbeitet?

Musterklausel

Wer den Vorgaben des SECO folgen will, könnte im Gleitzeitreglement bspw. folgende Klausel verwenden:

"Die Mittagspause beträgt mindestens eine halbe Stunde. Entsteht nach der Mittagspause eine Teilarbeitszeit von über fünfeneinhalb Stunden, ist dafür (nebst der Mittagspause) zwingend eine weitere Pause von einer Viertelstunde zu beziehen. Bei einer Teilarbeitszeit über sieben Stunden hat die Pause eine halbe Stunde zu dauern."

Gleitzeitangestellte

Ausgangslage

Eine Gleitzeit-Angestellte (8.4 Tages-Soll-Stunden) erscheint heute um 07:30 Uhr im Büro. Um 12:00 Uhr geht sie in die Mittagspause, kehrt um 13:30 Uhr zurück. Dann arbeitet sie bis um 20:00 Uhr durch.

Arbeitszeit total:	11.0 h
Arbeitszeit am Morgen:	4.5 h
Arbeitszeit am Nachmittag:	6.5 h
Mittagsunterbruch:	1.5 h
Nachmittagspause:	0.0 h zu Recht?

Gleitzeitangestellte

Morgenarbeit

Die Morgenarbeit unserer Gleitzeitangestellten dauerte unter fünfeinhalb Stunden. Arbeitsgesetzlich war also keine Pause nötig.

Gleitzeitangestellte

Mittagspause

Die Mittagspause dauerte eineinhalb Stunden. Davon wäre nur eine halbe Stunde als „arbeitsgesetzliche“ Hauptpause erforderlich gewesen, denn bei einer durchschnittlichen täglichen Soll-Arbeitszeit von 8.4 Stunden ist eine Mindesthauptpause von einer halben Stunde einzuhalten.

Gleitzeitangestellte

Nachmittagsarbeit

- Nachmittag: Teilarbeitszeitblock von 6.5 h. Folgt man dem SECO, hätte um 15:40 Uhr herum eine viertelstündige Pause bezogen werden müssen!
- Die eine Stunde Mittagsunterbruch, die über die gesetzlich erforderliche halbe Stunde Hauptpause hinausging, war ein arbeitsgesetzlich nicht relevanter Arbeitsunterbruch. Sie kann nicht als Nachmittagspause angerechnet werden, da nicht um die Mitte des Nachmittagsblocks liegend.

Die bezahlte Pause gibt es nicht

TEIL II: ARBEITSZEITERFASSUNG**Gleitzeitangestellte**

Was das Zeiterfassungssystem ausweist

Welches Arbeitszeiterfassungssystem würde in unserem Fall einen Regelverstoss ausweisen? Nicht jenes, das genau 15 ArG abbildet, bei dem also lediglich hinterlegt ist, bei einer Arbeitszeit von über neun Stunden sei eine gesamte Pausenzeit von einer Stunde einzuhalten. Denn im Beispiel wurde bei einer Arbeitszeit von zehn Stunden ja sogar eine Pausenzeit von eineinhalb Stunden eingehalten – aber nicht richtig aufgeteilt!

Gleitzeitangestellte

Was das Zeiterfassungssystem ausweisen sollte!

Was noch als „Mitte der Arbeitszeit“ gelten kann, kann im Arbeitszeitreglement definiert werden, allerdings muss das Arbeitszeiterfassungssystem dann auch entsprechend parametrierbar sein.

Automatischer Pausenabzug

In vielen Unternehmen mit bezahlten 2 x 15 Min. Kaffeepausen pro Tag ist der Pausenbezug freigestellt, er wird aber automatisch abgebucht, damit alle Mitarbeitenden „gleichgestellt“ werden.

- Könnte allerschlechtestenfalls (soweit Pausen nicht bezogen werden) als Falschbeurkundung gewertet werden.
- (Für Schlaumeier:) Ist keine implizite Anweisung zum Pausenbezug.

Wie wird die "bezahlte" Pause verbucht?

- SICHER NICHT AUF ARBEITSZEIT!
- Bei 2 x 15 bezahlter Kaffeepause und klassischer 42-Stunden-Woche
 - wird in diesen Unternehmen nicht 42.0 Stunden gearbeitet, sondern 39.5.
 - wird die Höchstarbeitszeitgrenze (45 Stunden / 9 ArG) um 2.5 Stunden "zu früh" erreicht.
 - Sind die Gleitzeit- / Jahresarbeitszeitsaldi falsch.

Systemwechsel bei "bezahlten" Pausen

- Achtung vor Systemwechsel: Unternehmen, die nun plötzlich nicht mehr 2 x 15 Minuten bezahlte Pausen automatisch abbuchen, erhöhen faktisch die Soll-Arbeitszeit um 2.5 h pro Woche = Vertragsänderung. – Änderungskündigung? Massenkündigung?
- Unternehmen, die Pausenbezug als zwingend vorschreiben, beschränken dadurch die Flexibilität Gleitzeitarbeitender unnötig.

Die bezahlte Pause gibt es nicht

TEIL III: MÜSSEN PAUSEN BEZAHLT WERDEN?

Schwer fassbares Pausenuniversum

"Pause" mit Rufbereitschaft

"Pausen" i.S.v. Arbeitsunterbrüchen müssen grundsätzlich nicht bezahlt werden. – Beachte aber 13 I ArGV1. Nehmen wir bspw. die Ärzte:

- Müssen sie zu Hause rufbereit sein, ist das Freizeit mit Lohnanspruch (BGE 124 III 249), aber keine Pause und keine Arbeitszeit.
- Müssen sie Pausen inhouse mit aktivem Rufer verbringen, ist das sowohl bezahlte Arbeitszeit wie zugleich Pause im Rechtssinn (15 II ArG).

Schwer fassbares Pausenuniversum

"Pause" ohne Rufbereitschaft I

Die Geschäftsreise im Flugzeug wird *im Interesse des Arbeitgebers* verbracht. Man ist aber inaktiv:
13 I ArGV1: Pause oder (zu bezahlende) Arbeitszeit?

- "Geschäftsreisezeit ist Arbeitszeit, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer dabei auch noch Arbeit leistet oder nicht" (AGer ZH vom 21.08.2007, Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich, 2007, Nr. 25).
- Richtig? – Andere sehen es anders.

Schwer fassbares Pausenuniversum

"Pause" ohne Rufbereitschaft II

- Arbeitsunterbrüche von Carchauffeuren oder Spitexangestellten, die zu lang für eine Pause nach ArG, aber zu kurz für eine sinnvolle Freizeitnutzung sind: Lohnpflichtig, da *im Interesse des Arbeitgebers* verbracht?
- Das Arbeitsgericht Zürich sagte (für den Carchauffeur): Nicht lohnpflichtig (AGer ZH vom 24.09.1997, ZR 2000, Nr. 67). – Richtig?

Untätigkeit als bezahlte Pause

Meiner Ansicht nach (≠ h.L. oder BGer-Praxis) sollte Untätigkeit,

1. die im Interesse des Arbeitgebers verbracht wird (vgl. 13 I ArGV1; bspw. Untätigkeit während Geschäftsreise)
2. oder die keine sinnvolle Freizeitnutzung zulässt (Wartezeiten des Carchauffeurs)

als Arbeitsunterbruch mit Lohnanspruch zu werten sein, wobei der Lohnanspruch (gleich wie bei Rufbereitschaft) tiefer / *sehr* viel tiefer sein kann (bspw. Pauschalabgeltung) als der reguläre Lohn.

Rauchpause

Rauchpausen im dafür vorgesehenen Raucherraum (siehe PaRG / PaRV) sind keine Arbeitszeit i.S. von 15 II ArG, da Arbeitnehmer in dieser Zeit der Arbeitgeberin nicht zur Verfügung stehen müssen (h.L.).

Toilettenpause / Trinkpause

Meiner Ansicht nach dürften angemessen kurze "*biologische*" Toiletten- und Trinkpausen als zwingender Arbeitnehmeranspruch und als Arbeitszeit gelten (durch Persönlichkeitsschutz geschützte Bedürfnisse, 328 OR; gesetzlich oder durch Gerichtspraxis nicht geregelt). Anders wäre es bei ungerechtfertigtem übermässigem zeitlichem Aufwand – oder beim Aufenthalt in der Kaffeeküche?

Pausenregelungen: Massschneidern!

Lohn für Freizeit, bezahlte Arbeitszeit, die als Pause gilt: Das Recht der Pause ist anspruchsvoll. Hilfreich sind Reglemente, die unternehmens- oder funktionspezifisch Arbeitsunterbrüche von Arbeitszeit trennen.

- Bauunternehmen: Fahrt von Treffpunkt zur Baustelle – Arbeitszeit oder Pause?
- Kann man bei Geschäftsessen mit Kunden eine halbe Stunde als Pause abziehen, weil man ja sowieso essen würde?

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Unentgeltlich abrufbare Artikel zu
Arbeitszeitgestaltung, Arbeitszeiterfassung und
Pausen auf www.rechtsanwalt-zuerich.ch

Dr. Heinz Heller

Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
www.rechtsanwalt-zuerich.ch