



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Kommission für Wirtschaft und Abgaben
des Nationalrates
Thomas Aeschi, Präsident

Per E-Mail an:
ab-geko@seco.admin.ch

Basel, 10. Dezember 2024

Regierungsratsbeschluss vom 10. Dezember 2024

Umsetzung der parlamentarischen Initiative «Mehr Gestaltungsfreiheit bei Arbeit im Home-office» (16.484); Vernehmlassung; Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Vorlage in Umsetzung der parlamentarischen Initiative «Mehr Gestaltungsfreiheit bei Arbeit im Homeoffice» (16.484).

Der Vorschlag, die Rahmenbedingungen für die Telearbeit zu flexibilisieren, ist im Grundsatz zu befürworten, da von Seiten der Arbeitnehmenden ein Bedarf an mehr Flexibilität besteht. Diese Entwicklung steht auch im Einklang mit der Veränderung der Arbeitsverhältnisse, die sich zunehmend hin zu mehr Autonomie und Selbstbestimmung bewegen. Jedoch enthält der Entwurf eine Reihe von Unklarheiten und wirft rechtliche Fragen auf, die vorgängig zu klären sind. Des Weiteren sind die potenziellen Risiken für die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmenden mehr zu berücksichtigen. Auch mit der formellen Einführung von Telearbeit im Gesetz ist sicherzustellen, dass eine ausreichende Abgrenzung zwischen Arbeit und Privatleben der Arbeitnehmenden gewährleistet ist.

Ausgangslage E-ArG

In dem erläuternden Bericht wird wiederholt erwähnt, dass Arbeitnehmenden, die im Rahmen der Telearbeit von zu Hause aus arbeiten, ihre Arbeitszeiten flexibler gestalten können. Jedoch findet sich nur in Art. 28d E-ArG (tägliche Ruhezeit) die Vorgabe, dass die Arbeitsleistung von zu Hause aus erbracht werden muss. In Art. 28a E-ArG steht hingegen nur, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber eine schriftliche Vereinbarung treffen müssen, damit sie ihre Arbeitsleistung ganz oder teilweise an einem Arbeitsort ausserhalb des Betriebs erbringen können (Telearbeit). Folglich besteht die freiwillige Möglichkeit, die Arbeitsleistung ausserhalb des Arbeitsortes zu erbringen. Dabei ist festzuhalten, dass der Entwurf insbesondere deswegen mit dem Gesundheitsschutz vereinbar ist, wenn tatsächlich von zu Hause aus gearbeitet wird. Wird im Büro gearbeitet, trifft dies nicht ohne weiteres zu, u.a. weil der Arbeitsweg nicht entfällt.

Diesbezüglich ist auch auf den Titel des Kapitels IIIa. zu verweisen: Die Bezeichnung «Arbeits- und Ruhezeit bei Telearbeit» ist irreführend, weil, wie oben festgehalten, die Arbeitsleistung nicht zwingend zu Hause erbracht wird.

Art. 28a E-ArG

Der Geltungsbereich wird nicht genügend konkretisiert. Die Kriterien «grosse Autonomie» und «Arbeitszeiten mehrheitlich selber festsetzen» werden beim Vollzug voraussichtlich Anlass zu Diskussionen geben, obwohl diese beiden Bedingungen denjenigen von Art. 73a ArGV 1 (Verzicht auf die Arbeitszeitverfassung) und Art. 34a Abs. 1 lit. a ArGV 2 (Dienstleistungsbetriebe in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Treuhand und Steuerberatung) entsprechen. Es ist zu erwarten, dass Betriebe und Arbeitnehmende diese Kriterien weit auslegen möchten. Im erläuternden Bericht wird darauf verwiesen, dass darunter «tendenziell das höhere Kader» sowie «Arbeitnehmende mit einem besonderen Pflichtenheft wie etwa Projektleitende» fallen. Es bleibt unklar, was unter «höheres Kader» zu verstehen ist, und auch «besonderes Pflichtenheft» ist nicht präzise genug. Die Verwendung von «tendenziell» und «wie etwa» führt zu einer weiteren Verwässerung der ohnehin bereits vagen Definitionen.

In Bezug auf die Arbeitszeiten wird vorausgesetzt, dass die Arbeitnehmenden diese «mehrheitlich selber festlegen» können. Im erläuternden Bericht wird dabei auf die Arbeitnehmenden verwiesen, die ihre Arbeitszeiten vereinfacht erfassen können, und in Klammern wird die Bestimmung von Art. 73a ArGV 1 genannt. Allerdings regelt Art. 73a ArGV 1 den Verzicht auf die Arbeitszeitverfassung. Somit bleibt unklar, auf welche Bestimmung der erläuternde Bericht verweisen möchte. Für die Gruppe der Arbeitnehmenden, welche die Arbeitszeiten vereinfacht erfassen können, muss sichergestellt sein, dass sie ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können. Insofern ist bereits die Begrifflichkeit eine andere. In der entsprechenden Wegleitung des SECO wird das in diesem Artikel verwendete Kriterium, dass die Arbeitnehmenden «ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können» wie folgt definiert: «Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn als Richtwert mindestens ein Viertel der Arbeitszeit frei bestimmt werden kann». Die Möglichkeit zur Telearbeit besteht grundsätzlich nur für Bürotätigkeiten. Für diese dürfte eine Quote von 25 % frei festlegbarer Arbeitszeit eher die Regel als die Ausnahme sein, so dass diese Voraussetzung eine geringe Bedeutung hätte bzw. auf eine weite Anwendbarkeit der Bestimmung hindeuten würde.

Art. 28b E-ArG

In seiner Stellungnahme zu diversen parlamentarischen Vorstössen hat der Bundesrat festgehalten, dass das Recht auf Nichterreichbarkeit während der Ruhezeit bereits heute gilt. Diesbezüglich legt das Arbeitsgesetz wöchentliche Höchstarbeitszeiten sowie tägliche Ruhezeiten fest. Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat (Art. 13 ArGV 1). Während der Ruhezeit besteht kein Anspruch des Arbeitgebers, die Arbeitnehmenden erreichen zu können, und diese haben das Recht, nicht erreichbar zu sein. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass sich die Arbeitnehmenden zur Leistung von zeitweiligem Pikettdienst für allfällige Sonderereignisse im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben verpflichtet haben (vgl. Art. 14 und 15 ArGV 1). Somit gelten bereits heute ausreichende und klare gesetzliche Schranken für die ständige Erreichbarkeit.

Es ist deshalb fraglich, weshalb nun explizit eine Regelung zugunsten von Arbeitnehmenden mit Telearbeitsvereinbarung geschaffen werden soll, sodass im Umkehrschluss davon ausgegangen werden könnte, dass das Recht auf Nichterreichbarkeit ausschliesslich für diese Gruppe gilt und nicht für die übrigen Arbeitnehmenden. Eine derartige Ungleichbehandlung ist nicht vertretbar. Zudem stellt sich die Frage, ob die Verankerung des Rechts zur Nichterreichbarkeit im Gesetz überhaupt erforderlich ist, wenn die Pflicht zur Erreichbarkeit und deren Zeitpunkt bereits in der Vereinbarung zur Telearbeit festgehalten werden sollen.

Daher empfehlen wir, die Bestimmung entweder im Kapitel III. zu integrieren oder sie ganz zu streichen. Wird die Bestimmung im Kapitel IIIa. beibehalten, ist zu berücksichtigen, dass sich in den vorliegend einzig relevanten Bürotätigkeiten die Fünftagewoche mit Montag bis Freitag als Arbeitstage etabliert hat. Eine Bestimmung im ArG, die lediglich ein Recht auf Nichterreichbarkeit während der täglichen Ruhezeit und an Sonntagen festschreibt, impliziert eine Erreichbarkeit an Samstagen. Zudem sollte das Recht auf Nichterreichbarkeit während der Pausen gemäss Art. 15 ArG ausgeweitet werden.

Art. 28c E-ArG

Eine Erhöhung des Zeitraums von 14 auf 17 Stunden, innert welchem die tägliche Arbeitszeit liegen muss, kann eine Zunahme der psychosozialen Belastung der Arbeitnehmenden zur Folge haben. Zudem ist zu bezweifeln, ob konzentriertes und produktives Arbeiten 17 Stunden nach Arbeitsbeginn überhaupt möglich ist.

Ausserdem sollte die tägliche Höchstarbeitszeit in der Bestimmung festgehalten werden. Diesbezüglich ist auf Art. 32b ArGV 2 zu verweisen, welcher eine deckungsgleiche Erhöhung des Zeitraums für Betriebe der Informations- und Kommunikationstechnologie beinhaltet. In der entsprechenden Wegleitung des SECO wird festgehalten, dass an einem solchen Tag maximal 13 Stunden gearbeitet werden darf. Wie bereits bei Art. 32b ArGV 2 ist das Ziel der Bestimmung, nicht möglichst viel zu arbeiten, sondern eine grössere Flexibilität in der Arbeitsorganisation zu ermöglichen. Längere effektive Arbeitszeiten sind aufgrund der Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden nicht mit dem Schutzgedanken des Arbeitsgesetzes vereinbar. Bei einer alleinigen Anwendung des Gesetzestextes ist, je nach Berechnungsmethode, eine tägliche Höchstarbeitszeit von beispielsweise 15 Stunden möglich. Daher ist es von entscheidender Bedeutung, dass die tägliche Höchstarbeitszeit von max. 13 Stunden im Gesetz verankert ist. Die tägliche Höchstarbeitszeit von 12.50 Stunden oder eben 13 Stunden im maximalen Zeitraum von 14 Stunden ist bereits heute in der Lehre umstritten und führt zu Diskussionen. Bei einer Erhöhung auf 17 Stunden würde sich die Situation weiter verschärfen.

Art. 28d E-ArG

Im erläuternden Bericht wird dargelegt, dass die Dauer der reinen Ruhezeit für Essen und Schlafen von 9 Stunden aus Sicht des Gesundheitsschutzes als vertretbar zu betrachten ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei Telearbeit von zu Hause aus insbesondere der Arbeitsweg entfällt. Die Argumentation, die eine Reduktion der Ruhezeit bei Telearbeit rechtfertigt, ist dann nachvollziehbar, wenn der Arbeitsweg entfällt. Diese Annahme kann jedoch nicht als allgemeingültig betrachtet werden, da der Gesetzesvorschlag kein tatsächliches Arbeiten von zu Hause aus verlangt, sondern nur dessen theoretische Möglichkeit voraussetzt. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass in der Praxis häufig eine Aufteilung der Arbeitsleistung in einen ersten Teil im Büro und einen zweiten Teil zu Hause erfolgt. Diese These findet ihre Bestätigung im erläuternden Bericht, der in Bezug auf die Aufweichung starrer Arbeitszeiten von einer «besseren Verteilung des Pendlerverkehrs» spricht.

Die vorgesehene Regelung betreffend einen Ausgleich über einen Zeitraum von vier Wochen ist zudem weder für die Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden noch für die Vollzugsbehörden praktikabel. Sie ist mit einem erheblichen Kontrollaufwand verbunden und insbesondere für die Arbeitnehmenden dürfte die Überprüfung der Einhaltung des Durchschnittes während einer Referenzperiode in der Praxis sehr schwierig sein.

Die vorgeschlagene Unterbrechung der täglichen Ruhezeit für dringliche Arbeiten ist zu streichen, da sie dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und somit dem Grundgedanken des ArG zuwiderläuft. Des Weiteren steht die Möglichkeit eines Unterbruchs der Ruhezeit für dringende Arbeiten im Widerspruch zum Recht auf Nichterreichbarkeit während ebendieser. Es besteht keine Klarheit darüber, was unter dringenden Arbeiten zu verstehen ist. Ob eine Arbeit als dringend zu betrachten ist oder nicht, unterliegt oft einem subjektiven Empfinden. Die daraus resultierende Unklarheit führt zu Rechtsunsicherheit und uneinheitlichem Vollzug durch die Kantone. Arbeitnehmende werden sich tendenziell nur in Ausnahmefällen gegen das Einstufen einer Arbeit als dringend durch ihren Arbeitgeber wehren und es ist anzunehmen, dass in der Praxis zu stark auf diese Ausnahmeregelung zurückgegriffen werden wird, insbesondere bei einer fehlenden restriktiven Umschreibung.

Art. 28e E-ArG

Gemäss Art. 32a Abs. 1 und 2 ArGV 1 leisten einzelne Arbeitnehmende dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit, wenn sie an mehr als 6 Sonn- und Feiertagen im Kalenderjahr zum Einsatz kommen. Mit der geplanten Bestimmung würde dauernde oder regelmässig

wiederkehrende Sonntagsarbeit von der Bewilligungspflicht befreit. Tätigkeiten, deren Erledigung am Sonntag im Büro mangels eines dringenden Bedürfnisses oder einer Unentbehrlichkeit nicht bewilligt werden können, könnten also künftig bewilligungsfrei in Telearbeit oder auch im Büro durch diese Gruppe von Arbeitnehmenden erledigt werden. Damit würde die Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit ad absurdum geführt.

Gemäss dem erläuternden Bericht kann die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer «aus eigenem Antrieb» Sonntagsarbeit leisten und nicht, weil der Arbeitgeber dies fordert. Diese Voraussetzung sollte im Gesetz ergänzt werden, um eine klare Regelung zu schaffen.

Art. 28f E-ArG

Das Verbot der Nachtarbeit soll weiterhin aus Gründen des Gesundheitsschutzes bestehen bleiben.

Art. 28g E-ArG

Unklar bleibt hier, welche Rahmenbedingungen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes die Vereinbarung umfassen muss. Vor allem auch die Frage der Zeiterfassung wirft in diesem Zusammenhang Probleme auf. So ist zu klären, inwiefern Arbeitnehmende, die auf die Zeiterfassung nach Art. 73a ArGV 1 verzichten können, weiterhin verpflichtet sind, ihre Arbeitszeiten zu erfassen; dies insbesondere, da sie die gleichen Kriterien (Arbeitszeit- und Gestaltungsautonomie) zu erfüllen haben.

Art. 28h E-ArG

Die Thematik der Auslagen ist nicht Gegenstand des Arbeitsgesetzes, da bereits der Aspekt des Gesundheitsschutzes fehlt. Auf diese Regelung im ArG ist zu verzichten.

Variante Obligationenrecht

Die vorgesehenen Bestimmungen zur Telearbeit sind teilweise widersprüchlich, sorgen für Rechtsunsicherheit und Inkohärenz. Der erläuternde Bericht suggeriert, dass jede arbeitsgesetzliche (oder spezialgesetzliche) Regelung, welche Schriftform erfordert, automatisch eine Anpassung des OR zur Folge hat. Dies ist jedoch nicht der Fall. So kann beispielsweise auf Art. 73a ArGV 1 (Verzicht auf Arbeitszeiterfassung) verwiesen werden, der ebenfalls Schriftformerfordernisse normiert, die nicht Eingang ins OR gefunden haben. Es ist ausreichend, wenn das Spezialgesetz die schriftliche Form vorsieht. Es besteht keine Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber im OR festlegt, wie der Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin die Telearbeit regeln sollen, wie diese zu kündigen sind und dass damit ein spezieller Telearbeitsvertrag geschlossen werden muss. Schlussendlich führt dies zu einer geringeren Kohärenz, da sich unter anderem Unterschiede zwischen verschiedenen Kategorien von Arbeitsverhältnissen offenbaren: So ist unklar, ob das Recht auf Nichterreichbarkeit nur für Telearbeitnehmende, nicht aber für alle übrigen Arbeitsverhältnisse gilt. Die Festlegung des Arbeitsortes und der Arbeitszeiten kann bereits im Rahmen der Vertragsfreiheit und innerhalb der arbeitsgesetzlichen Schranken erfolgen. Die vorgeschlagene Anpassung führt zu einer übermässigen Einschränkung der Vertragsfreiheit, welche wiederum der geforderten Flexibilität entgegensteht und die Umsetzung unnötig verkompliziert. Die Variante Obligationenrecht ist aufgrund der genannten Gründe abzulehnen.

Sofern dennoch das OR angepasst werden sollte, sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

C^{bis}. Der Telearbeitsvertrag

Die Einführung eines separaten Kapitels im OR ist nicht zielführend, denn die Bestimmungen zur Telearbeit sind nicht spezifisch genug. Die gesamte Thematik betrifft den Arbeitsort sowie die damit verbundenen Modalitäten und Konsequenzen. Daher ist eine Anpassung vorzugsweise bei Art. 319 ff. OR einzufügen, insbesondere bei Art. 327, 327a, Art. 329 ff. und Art. 330b OR (schriftliche Informationspflicht des Arbeitgebers).

Art. 354b Abs. 1 E-OR

Es schafft Inkohärenz im Arbeitsvertragsrecht, wenn der Gesetzgeber für Telearbeitsleistung einen Regelungsgegenstand vorschreibt. Für die Regelung von Einzelheiten zum Telearbeitsvertrag muss die Vertragsfreiheit gelten.

Art. 354b Abs. 2 und 3 E-OR

Es ist unklar, weshalb der Telearbeitsvertrag durch Änderung des bestehenden Arbeitsvertrages abgeschlossen werden kann. Gemäss dem erläuternden Bericht beabsichtigt der Gesetzgeber lediglich eine Vereinbarung. Es entspricht der üblichen Praxis, Änderungen, die einzelne Aspekte des Arbeitsverhältnisses betreffen, durch Zusätze, Anhänge oder Zusatzvereinbarungen zu bestehenden Arbeitsverträgen zu regeln.

Auch eine Rückumwandlung in einen Arbeitsvertrag ohne Telearbeitsleistung bei Kündigung erscheint im vorliegenden Kontext als ungewöhnlich. In der Regel werden Verträge mit Kündigungsregelungen nicht umgewandelt, sondern beendet. Art. 28g Abs. 3 E-ArG sieht vor, dass der zugrundeliegende Arbeitsvertrag für die Telearbeit von einer etwaigen Kündigung unberührt bleibt. Wenn man die Telearbeit als gewöhnlichen Zusatz zum Arbeitsvertrag ausgestalten würde, müsste der Telearbeitsvertrag nicht in einen Arbeitsvertrag ohne Telearbeitsleistung umgewandelt werden.

Die Kündigungsfristen sollen sich nach den Vorgaben des OR (Art. 335c) orientieren. Es ist nicht ersichtlich, weshalb für die Telearbeitsvereinbarung andere Kündigungsfristen gelten sollten als für andere Zusätze zu Arbeitsverträgen.

Art. 354c E-OR

Die Nichterreichbarkeit stellt kein spezifisches Merkmal der Telearbeit dar. Das Recht auf Nichterreichbarkeit wird mit der Revision lediglich im Bereich des Telearbeitsvertrages integriert. Allerdings sind auch die übrigen Arbeitnehmenden nicht verpflichtet, in ihrer Freizeit erreichbar zu sein. Die explizite Aufnahme führt im Arbeitsvertragsrecht somit zu Inkohärenz.

Art. 354d E-OR

Die vorgesehene Lohnbestimmung findet in sämtlichen Bereichen des Arbeitsrechts Anwendung. Eine spezielle Regelung führt zu Inkohärenz innerhalb des Arbeitsvertragsrechts.

Art. 354e E-OR

Es erscheint sinnvoll, eine Regelung zu etablieren, welche der Rechtsprechung zum Auslagenersatz entspricht und diese Thematik umfassend und nicht bloss punktuell regelt.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne Michael Mauerhofer, Leiter Bereich Arbeitsbedingungen im Amt für Wirtschaft und Arbeit, michael.mauerhofer@bs.ch, Tel. 061 267 87 78, zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Conradin Cramer
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin