



BURMANN^{em.} ♦ WALLNÖFER ♦ SUITNER ♦ AUER
R E C H T S A N W Ä L T E

Aktuelle Aspekte des Arbeitszeitrechts

Vortrag im Rahmen der Innsbrucker Jahrestagung
zum Arbeitsrecht und Sozialrecht 2020

05.03.2020

RA Dr. Peter Wallnöfer, LL.M.

Meraner Straße 1

6020 Innsbruck

Tel. 0512 588686-0

kanzlei@jus-tirol.at

www.jus-tirol.at

Inhaltsverzeichnis

I. Arbeitszeit – Arbeitsbereitschaft – Rufbereitschaft	3
1. Begriffe - Definitionen	3
2. Zur Intensität der Inanspruchnahme eines Dienstnehmers – Judikatur zur Abgrenzung von Arbeitsbereitschaft zu Rufbereitschaft	7
a) EuGH 21.8.2018, C-518/15 – Rudy Matzak	7
b) EuGH, 14.5.2019, C-55/18 – CCOO/Deutsche Bank SAE	9
c) OGH 6.4.2005, 9 ObA 71/04p – Zur Definition von Rufbereitschaft	11
d) OGH 25.1.2019, 8 ObA 61/18f	14
e) OGH 30.1.2018, 9 ObA 9/18s – Arbeitspause nach Kundenfrequenz	15
f) Bewertung und Ausblick – eigener Standpunkt	15
g) Rufbereitschaften nach dem Tiroler Vertragsbedienstetenrecht	17
h) Mehr Rufbereitschaft statt Arbeitsbereitschaft – eine verschlechternde Versetzung?	18
II. Wegzeiten als Arbeitszeit – Umkleidezeiten als Arbeitszeiten	20
1. Wegzeiten als Arbeitszeit – OGH 24.7.2018, 9 ObA 8/18v	20
2. Fahrten zum „ständigen Betrieb“ oder „Montagebüro“ – keine Wegzeiten, OGH 23.3.2018, 8 ObA 44/17d – Abgrenzung zu Tyco (EuGH 10.9.2015 C- 266/14)	20
3. Umkleidezeiten und Beginn der Arbeitszeit – OGH 17.5.2018, 9 ObA 29/18g	23
III. Arbeitszeiterfassung – Höchstarbeitszeit	25
1. Arbeitszeiterfassung	25
a) EuGH 14.5.2019, C-55/18, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)/Deutsche Bank SAE – Auswirkungen auf das nationale Recht	25
b) Nationale Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung	27
2. Zur Höchstarbeitszeit – EuGH 11.4.2019, C-254/18	29

I. Arbeitszeit – Arbeitsbereitschaft – Rufbereitschaft

1. Begriffe - Definitionen

Die Begriffe der **Arbeits- und Rufbereitschaft** sind derzeit weder im österreichischen noch im europäischen Arbeitszeitrecht definiert¹.

Als **Arbeitszeit** definiert § 2 Abs 1 Z 1 AZG die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.

Normative Anknüpfungspunkte für die **Arbeits- und Rufbereitschaft** finden sich in den §§ 5 und 5a AZG (Verlängerung der Normalarbeitszeit bei Arbeitsbereitschaft) bzw. in § 20a AZG (Rufbereitschaft). Weiters finden sich solche in § 11 Abs 3 ARG (Ausnahmen von der Wochenend- und Feiertagsruhe in außergewöhnlichen Fällen) sowie in § 4 KA-AZG (verlängerter Dienst).

Die **Richtlinie 2003/88/EG** des Europäischen Parlaments und Rates vom **04.11.2003** über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. 2003, L 299, S. 9; – kurz: Arbeitszeit-RL) definiert in **Art 2** („Begriffsbestimmungen“) den Begriff der **Arbeitszeit** als *jene Zeitspanne, während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt*; sowie als **Ruhezeit** jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit.

*Resch*² verweist darauf, dass es bemerkenswert sei, dass der Art 2 Z 1 der Arbeitszeit-RL auf einzelstaatliche Gepflogenheiten Rücksicht nimmt. Damit wird ungeachtet der Zielsetzung zur Schaffung von Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung (Art 1 Abs 1 Arbeitszeit-RL) bereits in der Definition der Arbeitszeit-RL festgeschrieben, dass **kein für alle Mitgliedstaaten einheitlich europarechtlicher Arbeitszeitbegriff** zugrunde gelegt wird.

¹ Drs, Jobst, Abgrenzung Arbeitsbereitschaft von Rufbereitschaft beim Spitalsarzt, RdM 2015,204

² Resch, Umkleidezeit und Beginn der Arbeitszeit, RdW 2/2015

Im Jahr 1966³ hat der OGH erstmals eine Unterscheidung zwischen **Arbeits- und Rufbereitschaft** getroffen. In dieser damals noch zur AZO⁴ ergangenen Entscheidung ging es um Spitalsärzte, die verpflichtet waren, sich während ihres Bereitschaftsdienstes im Gemeindegebiet des Spitals aufzuhalten und zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereitzuhalten. Der dem Arbeitgeber zu meldende Aufenthaltsort musste dabei so gewählt werden, dass eine jederzeitige Erreichbarkeit gegeben war. Der OGH definierte die **Arbeitsbereitschaft** als *„Zeit der wachen Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“* und wertete daher den vorliegenden Sachverhalt nicht als Arbeitsbereitschaft, sondern als bloße Rufbereitschaft. Diese Definition wurde vor allem deshalb kritisiert⁵, da Beobachtungs- und Überwachungstätigkeiten oftmals schon die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung per se darstellen.

Die Materialien zum AZG⁶, welches 1997 in Kraft getreten ist, haben abweichend zu dieser Rechtsprechung die Arbeitsbereitschaft als Zeit definiert, *„während der sich der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber an einer von diesem bestimmten Stelle zur jederzeitigen Verfügung zu halten hat, auch wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit keine Arbeit verrichtet.“*

Diese Definition wurde vom VwGH⁷ als auch vom OGH⁸ übernommen, wonach das **Wesen der Arbeitsbereitschaft** darin liegt, dass der Arbeitnehmer sich verpflichtet, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten (**Aufenthaltspflicht**) sowie sich zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereitzuhalten (**Bereitschaftspflicht**). Demnach ist das wesentliche Merkmal der Arbeitsbereitschaft die sogenannte **Ortsgebundenheit**, der zufolge der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort nicht frei wählen und somit auch nicht frei über seine Zeit verfügen kann, ebenso wie die **Bereitschaft zur Erbringung der Arbeitsleistung**.

Rufbereitschaft besteht hingegen darin, dass der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber lediglich erreichbar und zum Arbeitsantritt bereit sein muss. Dabei kann der Dienstnehmer – im Unterschied zur sogenannten Arbeitsbereitschaft – seinen **Aufenthaltsort selbst wählen** und über die Verwendung solcher Zeiten im Wesentlichen frei entscheiden⁹. Bei der Rufbereitschaft handelt es sich nicht um die Arbeitsleistung selbst, sondern um eine andere Leistung, die der Dienstnehmer **nicht schon aufgrund** der ihn treffenden allgemeinen

³ OGH, 21.6.1966, 4 Ob 377/66

⁴ Diese vormalig reichsdeutsche Vorschrift wurde in das österr. Recht überleitet und hat für einen Großteil der in der Privatwirtschaft tätigen Arbeitnehmer die Arbeitszeit geregelt.

⁵ Grillberger in Grillberger AZG (2011) § 2 Rz 9; Rainer ZAS 1968/6 48

⁶ AB 1463 BIGNR 11.GP 4

⁷ VwGH 2.12.1991, 91/19/0248, 0249,0250

⁸ RIS RS0051351

⁹ RIS-Justiz RS0051403, 9 ObA 71/04 p; 8 ObA 61/18f

Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) zu erbringen hat, sondern die **ausdrücklich vereinbart und abgegolten** werden muss¹⁰.

Auch während **vereinbarter Erreichbarkeit per Handy** ist der Arbeitnehmer in der Bestimmung seines Aufenthaltes beschränkt, weil ihn die Verpflichtung trifft, Aufenthaltsorte zu wählen, an denen er über ein von ihm **ständig betriebsbereit und empfangsbereit zu haltendes Funktelefon** erreicht werden kann und einsatzbereit ist. Auch diese Form angeordneter Bereitschaft des Arbeitnehmers erfüllt nach Sinn und Zweck den Begriff der Rufbereitschaft. Der Arbeitnehmer muss sein Verhalten während der Rufbereitschaft darauf einrichten, im Fall eines Anrufes seine Pflichten ohne besondere Beeinträchtigung wahrnehmen zu können¹¹. **Auch bloßes Warten bindet den Dienstnehmer.**

Jede **zeitliche Bindung für Zwecke eines anderen** ist so gesehen eine Leistung. Maßgeblich ist dabei der Umstand, dass der Dienstnehmer – wenngleich in geringerer Intensität – fremdbestimmt ist¹². Die Zahlung eines Entgelts bei Rufbereitschaft kann daher nicht schon mit der bloßen Begründung versagt werden, dass der Arbeitnehmer ohnehin keine Arbeitsleistung erbringe, weil auch diese Zeit nicht völlig zu seiner freien Verfügung steht. Der Dienstgeber, der **Rufbereitschaft** verlangt, macht **wenigstens zum Teil von der Arbeitskraft des Dienstnehmers Gebrauch**¹³.

Wenn keine auch nur konkludente **Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit oder die pauschale Abgeltung** der ständigen Rufbereitschaft getroffen wurde, hat der Dienstnehmer für diese von ihm **erbrachte andere Leistung** mangels kollektivvertraglicher Regelung gemäß **§ 1152 ABGB** Anspruch auf ein **angemessenes ortsübliches Entgelt**¹⁴.

Die Legaldefinition von Arbeitszeit ist daher von einem eher bescheidenen Aussagewert, abgesehen davon, dass in ihr das **Prinzip der Nettoarbeitszeit**, also das grundsätzliche Nichtzählen von Ruhepausen bzw. Ruhezeiten, zum Ausdruck kommt¹⁵.

¹⁰ RIS-Justiz RS0021696

¹¹ RIS-Justiz RS0051403

¹² RIS-Justiz RS0021688

¹³ 8 ObA 61/18f

¹⁴ RIS-Justiz RS0027969, 8 ObA 61/18f

¹⁵ *Schrank*, Arbeitszeit, Kommentar, 5. Aufl. Rz 1 zu § 2 AZG

Aus den bisher definierten Begriffen wird deutlich, dass das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung zwischen Arbeitszeit einerseits und Ruhezeit bzw. Freizeit andererseits jenes ist, inwieweit der Arbeitgeber ein Verfügungsrecht über das Verhalten des Arbeitnehmers für bestimmte Zeiten hat.

In Zeiten, in denen der Arbeitnehmer frei über seinen Aufenthaltsort und sein Verhalten entscheiden kann, erbringt er keine Arbeit. Es handelt sich dabei um Ruhezeit oder Freizeit.

Wenn der Arbeitgeber den Einsatz der körperlichen und geistigen Kräfte zur Lösung übertragener Aufgaben verlangt, spricht man von **Arbeitszeit im engsten Sinn** oder sogenannter **Vollarbeit** (auch etwa bei laufender Kontrolltätigkeit auf Monitoren).

Arbeitsbereitschaft wird mit Arbeitszeit grundsätzlich gleichgestellt. **Vollarbeit und Arbeitsbereitschaft bilden zusammen die sog. Kernarbeit im Sinn des Arbeitszeitschutzrechtes.**

Rufbereitschaft und Reisezeiten, für welche Sonderregelungen gelten, sind zwar **nicht Kernarbeit**, zählen aber dennoch zu **Arbeitszeit im weitesten Sinn**.

Unabhängig von diesen juristischen Definitionen ist **Arbeitszeit jedenfalls Lebenszeit** und deshalb das Wertvollste, was ein Mensch in unbestimmtem Maß zur Verfügung hat, sodass ein **fairer Ausgleich** der Interessen der Arbeitsvertragsparteien über dieses hohe Gut **besonders sensibel** zu gestalten ist.

2. Zur Intensität der Inanspruchnahme eines Dienstnehmers – Judikatur zur Abgrenzung von Arbeitsbereitschaft zu Rufbereitschaft

Der OGH bringt zum Ausdruck, dass es „**verschiedene Grade der Intensität**“¹⁶ gibt, mit denen ein Dienstnehmer dem Dienstgeber zur Verfügung stehen kann und wonach sich die Abgrenzung von Rufbereitschaft zur Arbeitsbereitschaft ergibt. Die diesbezüglichen Kriterien sind mE im Sinn eines **beweglichen Systems** zu bewerten, wobei die Judikatur dazu folgende Anhaltspunkte/Kriterien bietet:

a) EuGH 21.8.2018, C-518/15 – Rudy Matzak

Im Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens musste Rudy Matzak, welcher im Dienst der Stadt Nivelles (Belgien) stand und dort auch als freiwilliger Feuerwehrmann tätig war, während seines Bereitschaftsdienstes nicht nur erreichbar sein. Zum einen war er verpflichtet, einem Ruf seines Arbeitgebers zum Einsatzort innerhalb von 8 Minuten Folge zu leisten, und zum anderen musste er an einem von seinem Arbeitgeber bestimmten Ort persönlich anwesend sein. Jedoch handelt es sich bei diesem Ort um seinen Wohnsitz und nicht um seinen Arbeitsplatz. Rudy Matzak strengte ein Gerichtsverfahren mit dem Ziel an, Schadenersatz dafür zu erhalten, dass er in mehreren Dienstjahren für seine Leistungen als freiwilliger Feuerwehrmann, insbesondere für seine Bereitschaftsdienste kein Arbeitsentgelt bekommen hat.

Dazu hat der EuGH folgende wesentliche Aussagen getroffen, welche in weiterer Folge auch für die Beurteilung der nationalen Rechtslage aber wohl auch der richtlinienkonformen Interpretation arbeitszeitrechtlicher nationaler Rechtsvorschriften maßgebend sind. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Bezugnahme auf die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (kurz: Arbeitszeit-RL).

- Die **Rechtsnatur eines Arbeitsverhältnisses** nach nationalem Recht hat **keine Bedeutung für die Arbeitnehmereigenschaft** im Sinne des Unionsrechts (Urteil vom 20.9.2007, Kiiski, C-116/06 EU:C:2007:536, RN 26 und die dort angeführte Judikatur). Es ist daher **insbesondere ohne Bedeutung**, ob der AN nach nationalem Recht den Status eines **Berufsfeuerwehrmannes oder eines freiwilligen** Feuerwehrmannes hat.

¹⁶ 9 ObA 71/04p; 14 ObA 503/87

Entscheidend ist, dass er bestimmte **tatsächliche und echte Tätigkeiten**, die **vergütet** wurden, **auf Weisung einer anderen Person** ausgeübt hat (RN 29).

- Die auf **Art 153 Abs 2 AEUV beruhende Richtlinie 2003/88/EG** ist nach **Abs 5** dieses Artikels **auf das Arbeitsentgelt** der von ihrem Geltungsbereich erfassten Arbeitnehmer **nicht anwendbar**. Dieser Aspekt liegt **außerhalb der Zuständigkeit der Union**. Somit haben die Mitgliedstaaten zwar das Recht, das Arbeitsentgelt der Arbeitnehmer im Geltungsbereich der Richtlinie 2003/88/EG entsprechend der Definition der Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ in Art 2 der Richtlinie festzulegen, verpflichtet sind sie dazu aber nicht.

Die Mitgliedstaaten können somit in ihrem nationalen Recht bestimmen, dass das Arbeitsentgelt eines Arbeitnehmers für die „Arbeitszeit“ von dem für die „Ruhezeit“ abweicht und dies sogar soweit, dass für letztere Zeiten gar kein Arbeitsentgelt gewährt wird. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht, das Arbeitsentgelt für Bereitschaftszeiten zu Hause in Abhängigkeit davon festzulegen, ob diese Zeiten als „Arbeitszeit“ oder als „Ruhezeit“ eingestuft werden (RN 48 – 52)

- Die Begriffe **„Arbeitszeit“** und **„Ruhezeit“** **schließen einander aus**. Somit ist festzustellen, dass beim derzeitigen Stand des Unionsrechts die **Bereitschaftszeiten**, die ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner für seinen Arbeitgeber erbrachten Tätigkeiten erbringt, **entweder als Arbeitszeit oder als Ruhezeit** einzuordnen sind (vgl. Urteil vom 3.10.2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, RN 47 sowie vom 10.9.2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, RN 26 und die dort angeführte Rechtsprechung (RN 54, 55)).
- Zu den **wesentlichen Merkmalen des Begriffes „Arbeitszeit“** im Sinne von Art 2 der Richtlinie 2003/88/EG **gehört nicht die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit oder dessen Leistung** (Urteil vom 01.12.2005, Dellas EU, C-14/04, EU:C:2005:728, RN 43)
- **Ziel der Richtlinie 2003/88/EG** ist es, die **Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer** zu gewährleisten, indem ihnen **Mindestruhezeiten** sowie **angemessene Ruhepausen** zugestanden werden (Urteil vom 3. Oktober 2007 Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, RN 49).
- Die Verpflichtung, persönlich an **dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort** anwesend zu sein, sowie die **Einschränkung**, die sich **aus geographischer und zeitlicher Sicht** aus

dem Erfordernis ergibt, sich innerhalb von 8 Minuten am Arbeitsplatz einzufinden, können objektiv die **Möglichkeiten eines Arbeitnehmers einschränken**, sich seinen **persönlichen und sozialen Interessen zu widmen**. Diese erhebliche Einschränkung, wodurch die **Möglichkeit, anderen Tätigkeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt** ist, führt dazu, dass die im Ausgangssachverhalt enthaltene Verpflichtung, einem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz innerhalb von 8 Minuten Folge zu leisten, als **Arbeitszeit** anzusehen ist.

Dieses Urteil des EuGH führt sohin das **Ausmaß der Selbst- bzw. Fremdbestimmung** in Bezug auf den **Aufenthaltort und die freie Verfügbarkeit über die Zeit** als entscheidende Kriterien an. Gewisse Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind auch während der Rufbereitschaft möglich, allerdings wird neben dem besonders hervorgehobenen **Zweck der Richtlinie 2003/88/EG**, nämlich des **Gesundheitsschutzes**, auch die **Freizeitgestaltung**, sohin die **Möglichkeit anderen Tätigkeiten nachzugehen**, als Kriterium herangezogen. Die verbleibende Dispositionsfreiheit muss daher wohl so weit gehen, dass die verbleibende Zeit den Namen Freizeit bzw. Ruhezeit im Sinn der Arbeitszeit-RL noch verdient.

b) EuGH, 14.5.2019, C-55/18 – CCOO/Deutsche Bank SAE

Noch deutlicher nimmt der EuGH in der Rechtssache Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) gegen Deutsche Bank SAE im Urteil vom 14.5.2019 C-55/18 (**große Kammer**) auf die **Erwägungsgründe der Arbeitszeit-RL** Bezug ebenso wie auch auf die **Grundrechtecharta** (GRC) und führt dazu aus:

- In den **Erwägungsgründen 3 und 4 der Richtlinie 2003/88/EG** heißt es unter anderem, dass die **Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz** der Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen darstellen, die **keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet** werden dürfen. (RN 7)
- Das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine **Begrenzung der Höchstarbeitszeit** und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sind **nicht nur eine Regel des Sozialrechts** der Union, die besondere Bedeutung hat, sondern ist auch in **Art 31 Abs 2 der Charta**, der **nach Art 6 Abs 1 EUV der gleiche Rang wie den Verträgen** zukommt, **ausdrücklich verbürgt** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 05.10.2004, Pfeiffer u. a., C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, RN 100 sowie vom 06.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, RN 20).

Die Bestimmungen der **Richtlinie 2003/88/EG, insbesondere ihre Art 3, 5 und 6, konkretisieren dieses Grundrecht bloß** und sind daher in dessen Licht auszulegen. Um sicherzustellen, dass dieses Grundrecht beachtet wird, dürfen die **Bestimmungen der Richtlinie 2003/88/EG insbesondere nicht auf Kosten der Rechte**, die dem **Arbeitnehmer** nach dieser Richtlinie **zustehen, restriktiv ausgelegt** werden. Unter diesen Umständen ist diese Richtlinie unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten auszulegen (Urteil vom 11.09.2014, A, C-112/13, EU:C:2014:2195, RN 51 und die dort angeführte Rechtsprechung, Urteil vom 06.11.2018, Bauer und Willmeroth, C-5 69/16 und C-570/16 EU:C:2018:871, (RN 85)).

- Die Mitgliedstaaten müssen daher zur **Gewährleistung der vollen Wirksamkeit** der Richtlinie 2003/88/EG die Beachtung dieser Mindestruhezeit gewährleisten und **jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern**. Auch wenn die Mitgliedstaaten zu diesem Zweck über einen gewissen Spielraum verfügen, müssen sie angesichts der von der **Richtlinie 2003/88/EG verfolgten wesentlichen Ziele**, einen wirksamen **Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen** der Arbeitnehmer sowie einen besseren **Schutz der Sicherheit und der Gesundheit** der Arbeitnehmer zu gewährleisten, sicherstellen, dass die **praktische Wirksamkeit dieser Rechte in vollem Umfang gewährleistet** wird, indem ihnen tatsächlich die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten und die Obergrenze für die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit, die in dieser Richtlinie festgesetzt sind, zugutekommen. (Urteil vom 01.12.2005, Dellas u. a., C-14/04, EU:C:2005:728, RN 53; Urteil vom 07.09.2006 Kommission/Vereinigtes Königreich, C-484/04, EU:C:2006:526, RN 39 und 40 sowie Urteil vom 14.10.2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, (RN 64)).
- Daraus folgt, dass die **von den Mitgliedstaaten festgelegten Modalitäten** zur Sicherstellung der Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 2003/88/EG **nicht zu einer Aushöhlung der Art 31 Abs 2 der Charta und den Art 3 und 5 sowie Art 6 lit b dieser Richtlinie verankerten Rechte führen dürfen**. (Urteil vom 07.09.2006, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-484/04, EU:C:2006:526, (RN 44)).
- Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der **Arbeitnehmer als die schwächere Partei** des Arbeitsvertrages anzusehen ist, sodass **verhindert werden muss**, dass der **Arbeitgeber** ihm eine **Beschränkung seiner Rechte auferlegen** kann (Urteil vom 05.10.2004, Pfeiffer u.a. C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, RN 82, Urteil vom 25.11.2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, RN 80 und Urteil vom 06.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, (RN 41)).

Was die Bezugnahme auf die **Grundrechtecharta** betrifft, so wird aus dem Wortlaut von **Art 51 Abs 1 GRC** von **Teilen der Lehre** abgeleitet, dass keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte besteht, sondern diese **nur vertikale Wirkung** haben, sodass diese nur die Organe der Mitgliedstaaten binden¹⁷.

Entgegen diesen Lehrmeinungen vertritt aber der **EuGH** im Urteil vom **06.11.2018, C- 569/16 und C-570/16**, Maria Elisabeth Bauer, die Auffassung, dass **Art 51 Abs 1 GRC keine Regelung darüber treffe, ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können**. Daher kann dieser Artikel nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre. Konkret führte dazu in der genannten Entscheidung der **Generalanwalt** in seinen Schlussanträgen aus, dass eine Bestimmung der **GRC dann eine unmittelbare Geltung zwischen Privatpersonen entfaltet**, wenn sie aufgrund ihrer im Wortlaut angelegten **wesentlichen Merkmale zwingender Natur und eigenständig** ist (Schlussanträge des Generalanwaltes, 20.05.2018, RN 80 zu vorliegender Entscheidung)¹⁸.

c) OGH 6.4.2005, 9 ObA 71/04p – Zur Definition von Rufbereitschaft

Der Kläger war Verwalter von zehn Rehabilitationszentren der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter. Die beklagte Pensionsversicherungsanstalt wies den Kläger an, dass der administrative Leiter oder dessen Stellvertreter im Bereich des jeweiligen Rehabilitationszentrums erreichbar sein müsse. Es wurde klargelegt, dass diese Rufbereitschaft keine Anwesenheitspflicht des Verwalters bzw. Stellvertreters bedeute, sondern deren Erreichbarkeit gegeben sein müsse, wobei es genüge, wenn unter Zuhilfenahme technischer Einrichtungen das Eintreffen in der Anstalt in einem absehbaren Zeitraum gegeben sei. Dieser Zeitraum wurde mit einer halben Stunde definiert. Der Kläger begehrte nach Einschränkung um nicht verjährte Beträge die Abgeltung von Rufbereitschaften außerhalb des Ausmaßes von Rufbereitschaften an dreißig Tagen in drei Monaten, sohin welches ein Stundenausmaß von 260 Stunden überstieg. Die beklagte Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter hat die Abgeltung abgelehnt mit dem Hinweis, dass die gesamte Rufbereitschaft durch eine sog. Funktionszulage abgegolten wurde und auch der Kläger sich nicht weigerte, Rufbereitschaft in einem erhöhten Ausmaß zu erbringen. In der DO.A. (Dienstordnung) war in deren § 44 geregelt, dass neben einer Funktionszulage, welche

¹⁷ *Klinggreen in Callies/Ruffert EUV/AEUV*, 4. Aufl. Art. 51 GRC Rz 18, anders *Holoubek/Lechner/Oswald in Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar Art. 51 GRC Rz 37

¹⁸ Vgl. dazu auch *M. Bell*, Drittwirkung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ihre Folgen für das nationale Arbeitsrecht, DRdA 4/2019, 28

der Kläger erhielt, keine Leistungszulage gebühren würde und auch keine Erschwerniszulage sowie keine Abgeltung der Rufbereitschaft.

Mit der Novelle BGBl I 1997/46 wurde ab 01.05.1997 mit **§ 20a AZG** eine **Regelung der Rufbereitschaft des AZG eingefügt**. Erklärtes Ziel dieser Novelle war der weitere Ausbau von Gestaltungsmöglichkeiten, die Arbeitszeit an die Bedürfnisse der Arbeitnehmer und des Betriebes anzupassen (IA 408/A BlgNR 20. GP; AB 622 BlgNR 20. GP). Gemäß § 20a AZG darf **Rufbereitschaft außerhalb der Arbeitszeit nur an 10 Tagen pro Monat** vereinbart werden. Der **Kollektivvertrag kann jedoch zulassen**, dass Rufbereitschaft innerhalb eines Zeitraumes von **3 Monaten an 30 Tagen vereinbart** werden kann (Abs. 1). Leistet der Arbeitnehmer während der Rufbereitschaft Arbeiten, kann die tägliche Ruhezeit unterbrochen werden, wenn innerhalb von 2 Wochen eine andere tägliche Ruhezeit um 4 Stunden verlängert wird. Ein Teil der Ruhezeit muss mindestens 8 Stunden betragen (Abs. 2). Die Definition Rufbereitschaft hielt der Gesetzgeber wegen ausführlicher Rechtsprechung für nicht erforderlich.

Durch die Formulierung „**außerhalb der Arbeitszeit**“ sollte klargestellt werden, dass es sich bei der Rufbereitschaft nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 2 AZG handelt (IA BlgNR 20. GP; AB 622 BlgNR 20. GP).

Für die Rufbereitschaft charakteristisch sei ein „**Mischverhältnis zwischen Arbeit und Freizeit**“, woraus auch die **besondere Schutzbedürftigkeit** jener Dienstnehmer, die Rufbereitschaft vereinbart haben, folgen würde. Der Gesetzgeber hat in § 20a AZG zum Ausdruck gebracht, dass durch Vereinbarungen über die Rufbereitschaft die **ungetrübte Freizeit des Dienstnehmers** in einem **bestimmten Mindestausmaß gewahrt bleiben** muss und dass Arbeitseinsätze während der Rufbereitschaft die Grenzen der Arbeitszeit und der täglichen Ruhezeiten im bestimmten Rahmen zulasten des Dienstnehmers lockern dürfen. Die Vereinbarung eines **höheren als nach § 20a AZG zulässigen Ausmaßes** ist daher **unwirksam** und die **Heranziehung von Dienstnehmern entgegen § 20a Abs 1 AZG** ist nach **§ 28 Abs 1 Z 7 AZG** sogar strafbar.

Der OGH führt in dieser Entscheidung aus, dass es „**verschiedene Grade der Intensität**“ gibt, mit welcher ein **Dienstnehmer dem Dienstgeber zur Verfügung stehen** kann¹⁹. Das Wesen der **Rufbereitschaft** würde nach der Rechtsprechung darin bestehen, dass der Dienstnehmer für den Dienstgeber **lediglich erreichbar** und zum **Arbeitsantritt bereit** sein muss. Dabei kann

¹⁹ Vgl. auch 14 ObA 503/87

der Dienstnehmer, im Unterschied zur sogenannten Arbeitsbereitschaft, seinen Aufenthaltsort selbst wählen und über die Verwendung solcher Zeiten im Wesentlichen frei entscheiden²⁰.

Mit solchen Rufbereitschaften lassen sich **Situationen, in denen mit Einsätzen zwar zu rechnen** ist, deren **Wahrscheinlichkeit aber für den Volldienst zu gering** ausfällt, **ökonomisch bewältigen**, vor allem infolge der seit 01.05.1997 geltenden Erleichterungen bei den Arbeitszeit-Tagesgrenzen und bei der täglichen Ruhezeit²¹.

Es sei jedoch beachtlich, dass auch **während der Erreichbarkeit** per Festnetz- oder Mobiltelefon der **Dienstnehmer in der Bestimmung seines Aufenthalts beschränkt** ist, weil ihn die Verpflichtung trifft, solche Aufenthaltsorte zu wählen, an denen er über ein von ihm ständig betriebs- und empfangsbereit zu haltendes Gerät erreicht werden kann. Dazu kommt, dass er sein Verhalten während der Rufbereitschaft darauf einrichten muss, **im Fall eines Anrufs seine Pflicht meist unverzüglich** im Betrieb **ohne besondere Beeinträchtigung**, wie zum Beispiel durch vorherigen Alkoholkonsum, wahrnehmen zu können²².

Rufbereitschaft muss **ausdrücklich vereinbart** werden und lässt sich **nicht aus der allgemeinen Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht)** ableiten. Die Zahlung eines Entgelts bei Rufbereitschaft kann dem Arbeitnehmer nicht mit der bloßen Begründung versagt werden, dass er ohnehin keine Arbeitsleistung erbringe, weil auch **diese Zeit nicht völlig zu seiner freien Verfügung** steht. Der Dienstgeber, der Rufbereitschaft verlangt, macht wenigstens zum Teil von der Arbeitskraft des Dienstnehmers Gebrauch. Da die Zeit des Dienstnehmers während der bloßen Rufbereitschaft allerdings nicht so weit in Anspruch genommen wird, dass bereits von der Dienstleistung selbst (oder einer gleichwertigen Tätigkeit) gesprochen werden kann, kann für die betreffende Zeit ein geringeres Entgelt als für die eigentliche Arbeitsleistung oder allenfalls sogar Unentgeltlichkeit vereinbart werden.²³

Das Berufungsgericht entschied, dass sich die pauschale Abgeltung nur auf die nach § 20a AZG zulässige Rufbereitschaft beziehen könne und sprach darüber hinaus ein angemessenes Entgelt in Höhe des Klagsbetrages zu. Diese Rechtsansicht wurde vom OGH bestätigt.

²⁰ Haslinger, JBl, 1970 125; Schwarz/Löschnigg Arbeitsrecht 10. Aufl. 379; 9 ObA 96/91=ecolex 1991,719 (Mazal)

²¹ Schrank, flexiblere Arbeitszeiten: Arbeitszeit- und Ruhezeit im neuen Arbeitszeitrecht, in FS Tomandl 333

²² Grillberger, AZG § 2 Anm 2.4; Schrank aaO,339, ObA 321/01s; Schwarz in Cerny/Klein/B.Schwarz, AZG § 20a Erl 1

²³ Rebhahn, Zur Überwälzung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf, in FS Schnorr 225; B.Schwarz aaO § 20a Erl. 1; 4 Ob 54/73; 4 Ob 27/74

d) OGH 25.1.2019, 8 ObA 61/18f

Die Beklagte, die keinem KV unterliegt, beschäftigte den Kläger für den Objekt- und Personenschutz. Er musste wie die anderen Arbeitnehmer auch in der Freizeit ständig erreichbar sein und jederzeit damit rechnen, in den Dienst gesetzt zu werden. Ihm wurde ein Diensthandy zur Verfügung gestellt, das stets aufgeladen sein musste, nicht auf lautlos geschaltet werden durfte und auf das er regelmäßig zu schauen hatte. Über finanzielle Aspekte dieser ständigen Erreichbarkeit wurde nicht gesprochen. Der Kläger begehrte nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses die Abgeltung der Rufbereitschaft.

In dieser Entscheidung nimmt der Oberste Gerichtshof auf die Entscheidung 9 ObA 71/04p ausdrücklich Bezug. Er betont abermals, dass auch das bloße Warten den Dienstnehmer bindet und jede zeitliche Bindung für Zwecke eines anderen so gesehen eine Leistung ist.

Die Übergabe eines Smartphones, mit dem Verlangen immer erreichbar zu sein und **jederzeit** vor allem im Notfall **mit einer Indienstsetzung zu rechnen**, hatte sehr wohl **spürbare Auswirkungen auf die Freizeitgestaltung** des Klägers, der im Fall eines Rufs eine substantielle Arbeitsleistung zu erbringen und sich dafür **geistig und körperlich bereitzuhalten** hat.

Es kommt **insbesondere nicht darauf an, wie oft die Arbeitsleistung des Klägers tatsächlich abgerufen wurde**, weil daraus, dass er nur gelegentlich in Anspruch genommen wurde, nicht folgt, dass er der Beklagten nicht jederzeit zur Verfügung stand. Dass der Kläger eine Indienststellung nahezu hat ausschließen können, wie dies die Beklagte meint, steht nicht fest.

Weder die Unentgeltlichkeit noch eine pauschale Abgeltung der Rufbereitschaft wurden konkludent vereinbart. Es gebührt daher ein angemessenes Entgelt nach § 1152 ABGB. Da das Erstgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, die eine Beurteilung der Ortsüblichkeit des vom Kläger begehrten Stundensatzes erlauben würden, war ihm eine neuerliche Entscheidung nach Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage – in erster Linie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens – aufzutragen.

e) OGH 30.1.2018, 9 ObA 9/18s – Arbeitspause nach Kundenfrequenz

Mitarbeiter im Zug-Bordservice hatten die Vorgabe, ihre Pausen unter Rücksichtnahme auf die Kundenfrequenz zu absolvieren, es war ihnen aber nicht gestattet, Kunden mit der Begründung, es würde Pause sein, abzuweisen, und mussten sie jederzeit und unverzüglich auf die Wünsche der Fahrgäste reagieren. Diese vom AG so „gewährten Pausen“ erfüllten nicht die Anforderungen des Begriffs „Ruhepause“ iSd § 11 Abs 1 AZG. Die Pausen waren **weder in ihrer zeitlichen Position im Vorhinein definiert noch von den AN in ihrer Lage frei bestimmbar**, weil dabei auf die **Kundenfrequenz Rücksicht** zu nehmen war, und mussten die AN sich selbst **während einer „Pause“ jederzeit arbeitsbereit** halten.

Ruhepausen sind **Unterbrechungen der Arbeitszeit** zum **Zweck der Erholung** des AN. Der AN muss in dieser Zeit **von jeder Arbeitsleistung** befreit sein. Gemäß § 11 Abs 1 AZG muss eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde dann eingehalten werden, wenn die Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden beträgt. Im Interesse des AN oder aus betrieblichen Gründen kann die halbstündige Pause auf zwei Pausen zu je 15 Minuten oder drei Pausen zu je 10 Minuten aufgeteilt werden (§ 11 Abs 2 AZG)

Auch diese zur Ruhepause ergangene Entscheidung macht deutlich, dass die **Grenze zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit sehr stringent und einander ausschließend** gezogen werden muss.

Dies erlaubt mE den Schluss, dass dann, wenn gerade im Arbeitsprozess die bloße Ruhepause sich deutlich von einer Bereitschaft abgrenzen muss, auch bei der Abgrenzung von Arbeitszeit und Freizeit im Bereich von Arbeitsbereitschaften und Rufbereitschaften ebenso strikt darauf zu achten wäre, dass ein sich **„bereitschaftsähnliches, jedoch geographisch zeitlich und sozial einschränkendes Zur-Verfügung-Halten-Müssen“ eigentlich zu „Kernarbeitszeit“ im Sinne von Arbeitsbereitschaft führt und zwar unabhängig von der genauen Vorgabe des Ortes**. Das Argument des OGH, dass es um die **Unterbrechung der Arbeitszeit zum Zweck der Erholung** geht, wäre jedenfalls auch konsequent dafür und stünde auch im **Einklang mit den Zielen der Arbeitszeit-RL**.

f) Bewertung und Ausblick – eigener Standpunkt

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitszeit-RL, welche die in der GRC in Art 31 Abs 2 grundgelegten Rechte nur konkretisiert, und der angeführten Kriterien in der

Judikatur des OGH wird mE die Grenze für das Vorliegen von bloßer Rufbereitschaft „außerhalb der Arbeitszeit“ manchmal zu weit gezogen.

Gerade vor den in der Judikatur des EuGH und des OGH aufgezeigten Kriterien, insbesondere dass

- Arbeitszeit und Ruhezeit im Sinn der Arbeitszeit-RL einander ausschließen;
- Ruhezeiten dazu dienen sollen, persönlichen und sozialen Interessen nachzugehen und sich anderen Tätigkeiten zu widmen;
- die Intensität der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers gerade nicht zum Begriff der „Arbeitszeit“ gehört;
- die Arbeitszeit-RL als Zweck den Schutz der Lebens- und Arbeitsbedingungen und der Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers verfolgt;
- dazu insbesondere auch die Gewährleistung einer angemessenen Freizeitgestaltung gehört (Freizeit in Quantität und Qualität²⁴);
- dem Arbeitnehmer als schwächerer Partei die auch durch die GRC verbürgten Rechte nicht ausgehöhlt werden dürfen;
- das wirtschaftliche Risiko auf den Arbeitnehmer nicht übertragen werden darf und;
- es auch nicht darauf ankommt, wie oft ein Arbeitseinsatz abgerufen wird,

wären Sachverhalte im Sinn **der oben aufgezeigten Beispiele der Judikatur** des OGH wohl im **Sinn der Vorgaben des EuGH eher als Arbeitszeit** zu qualifizieren und damit auch auf die zulässige **(Höchst-)Arbeitszeit anzurechnen**, sohin innerstaatlich, unabhängig von dem Umstand, dass sich der Arbeitnehmer nicht im Betrieb aufzuhalten hat, als **Arbeitsbereitschaft** und damit Teil der sog. Kernarbeitszeit zu qualifizieren.

Die gesetzliche Bestimmung des **§ 20a AZG**, welche je nachdem entweder aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung oder kollektivvertraglicher Zulassung **Häufigkeitsgrenzen für Rufbereitschaften** festschreibt, wird wohl als „einzelstaatliche Gepflogenheit“ im Sinn der Arbeitszeit-RL zu verstehen sein, wonach eben insoweit keine Arbeitszeit vorliegt, als die genannten Häufigkeitsschranken nicht überschritten werden.

Vor dem Hintergrund der **Zielsetzungen der Arbeitszeit-RL**, der durch die **GRC in Art 31 Abs 2** verbürgten Rechte und der oben aufgezeigten **EuGH- Judikatur** erscheint es zumindest fraglich, ob nicht der Rahmen im „Mischverhältnis zwischen Arbeit und Freizeit“ manchmal unzulässig zugunsten von Rufbereitschaft ausgedehnt wird. Unabhängig von dieser

²⁴ Drs/Jobst, Abrenzung Arbeitsbereitschaft von Rufbereitschaft beim Spitalsarzt, RdM 2015,208

inhaltlichen Prüfung, ob überall dort, wo „Rufbereitschaft“ vereinbart und gestaltet wird, nicht in Wahrheit „Arbeitsbereitschaft“ vorliegt, erscheint auch ein von der Häufigkeit her schrankenloser Einsatz in Form von so bezeichneten Rufbereitschaften „außerhalb der Arbeitszeit“ in Bereichen, für welche das AZG selbst gar nicht gilt, höchst fragwürdig²⁵.

g) Rufbereitschaften nach dem Tiroler Vertragsbedienstetenrecht

Im **Vertragsbedienstetenrecht des Landes Tirol** finden sich in **§ 29 L-BDG** und **§ 30 G-VBG** Bestimmungen zur **Dienststellenbereitschaft** und **Wohnungsbereitschaft** sowie **Rufbereitschaft**. Zuzufolge dieser Bestimmungen kann der Vertragsbedienstete aus dienstlichen Gründen verpflichtet werden, sich außerhalb der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden an einer Dienststelle oder einem bestimmten anderen Ort aufzuhalten und bei Bedarf oder auf Anordnung seine dienstliche Tätigkeit aufzunehmen (Dienststellenbereitschaft, Journaldienst) (Abs. 1). Ebenso kann der Vertragsbedienstete verpflichtet werden, sich außerhalb der im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden in seiner Wohnung erreichbar zu halten und von sich aus beim Eintritt von ihm zu beobachtender Umstände seine dienstliche Tätigkeit aufzunehmen (Wohnungsbereitschaft) (Abs.2).

Schließlich kann der Vertragsbedienstete verpflichtet werden, in seiner dienstfreien Zeit seinen **Aufenthaltort so zu wählen**, dass er **jederzeit erreichbar** und **binnen kürzester Zeit** zum Antritt seines Dienstes bereit ist (**Rufbereitschaft**). **Rufbereitschaft** gilt dabei **nicht als Dienstzeit (§ 30 Abs 3 Tir G-VBG)**. Zuzufolge § 57 Tiroler G-VBG gebührt für die Wohnungsbereitschaft eine Bereitschaftsentschädigung, bei der Bemessung ist auf die Dauer der Wohnungsbereitschaft und Häufigkeit allenfalls vorgeschriebener Beobachtungen Bedacht zu nehmen.

Für Rufbereitschaft gebührt anstelle von Nebengebühren eine Bereitschaftsentschädigung, deren Höhe nach der Dauer der Rufbereitschaft zu bemessen ist.

Die **jederzeitige Erreichbarkeit** und das Erfordernis, **binnen kürzester Zeit** zum Antritt des Dienstes bereit zu sein, definiert **mE aber in Wahrheit eine Arbeitsbereitschaft**, weil der Aktionsradius in einer Weise eingeschränkt wird, dass Zeiten während der Rufbereitschaft die Bezeichnung als Freizeit nicht mehr verdienen. Dies sollte insbesondere für einen Fall gelten, in welchem unter der Arbeitswoche von Montag bis Freitag nahtlos an die normale Dienstzeit

²⁵ Vgl. dazu auch *Drs/Jobst*, Abgrenzung Arbeitsbereitschaft von Rufbereitschaft beim Spitalsarzt, RdM 2015/138, S. 218, welche auf Literaturmeinungen verweisen, wonach, die Häufigkeitsgrenze nach § 20a AZG auch für das KA-AZG analog heranzuziehen wäre

eines Arbeitnehmers (Klärwärters) von 17:00 Uhr bis 8:00 Uhr sich eine so bezeichnete „Rufbereitschaft“ im Sinn des Tiroler G-VBG anschließt.

Auch wenn man als Untergrenze für die Verfügbarkeit 30 Minuten²⁶ annehmen mag, tritt in einem solchen Fall hinzu, dass die dauernde Verfügbarkeit ohne besondere Beeinträchtigung stattzufinden hat und es nicht annähernd möglich ist, während dieser **durchgängigen Rufbereitschaft** Aktivitäten zu entfalten, welche einem sozial adäquaten Freizeitverhalten entsprechen.

Zu dieser Frage ist im Rahmen einer außerordentlichen Revision ein Verfahren vor dem OGH anhängig, in welchem auch die Anregung für einen Vorlageantrag nach Art 267 AEUV gemacht wurde²⁷. Das Berufungsgericht hat dazu insbesondere ausgeführt, dass es äußerst selten (in 1 % bis 2 % der Bereitschaftstage) zu Einsätzen gekommen sei, der Kläger weder behauptet habe, noch hervorgekommen sei, dass die Bereitschaftsdienste seine Nachtruhe gestört hätten und er im Rahmen der Bereitschaftsentschädigung nach § 57 Abs 3 Tir G-VBG auch Entgelt für Zeiten, in denen er *„keine wie immer geartete Leistung für seinen Dienstgeber“* erbrachte, erhalten habe.

h) Mehr Rufbereitschaft statt Arbeitsbereitschaft – eine verschlechternde Versetzung?

Das OLG Linz hatte sich in einer Entscheidung vom 21.12.2016 zu 12 Ra 85/16 f mit der Frage zu befassen, inwieweit eine tiefgreifende Änderung der Arbeitszeiteinteilung bei Fachärzten auf der Abteilung der Unfallchirurgie des Landeskrankenhauses als Versetzung zu verstehen ist.

Im betreffenden Landeskrankenhaus wurden **Nachtdienste**, welche **zur Arbeitsbereitschaft zählten, in Rufbereitschaften umgewandelt**, welche nicht mehr zur Arbeitszeit zählen, da diese Zeiten auch nicht im Krankenhaus verbracht werden müssen, sondern der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort und die Nutzung der Zeit grundsätzlich frei wählen kann. Auch das Oberösterreichische Landesvertragsbedienstetengesetz differenziert offenbar zwischen Bereitschaft/Journaldienst und Rufbereitschaft und normiert, dass Rufbereitschaft nicht als Dienstzeit gilt.

²⁶ Pfeil in Neumayr/Reissner ZellKomm 3.Aufl. Rz 13 zu § 20-23 AZG

²⁷ 46 Cga 20/2018/v des LG Innsbruck, 13 Ra 19/19w des OLG Innsbruck

Eine solche **Verschlechterung ist jedoch dann nicht gegeben**, wenn im Zuge einer Spitalsreform es zwar zu einem **gänzlichen Wegfall der Nachtdienste** bei gleichzeitiger Umstellung auf schlechter entlohnte Rufbereitschaft kommt, sich jedoch das **Jahresgehalt** der betroffenen Ärzte durch die **gleichzeitige Anhebung der Ambulanzgebühren** insgesamt sogar erhöhte. (Gesamtvergleich beim umfassenden Entgeltbegriff des § 101 ArbVG). Bei einer Relation von vormals sechs Nachtdiensten zu sodann sechs bis neun Rufbereitschaftsdiensten kann auch nicht mehr von einer relevanten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen gesprochen werden.

Den Einwänden der Ärzte, dass die **gravierende Umstellung ihres Privatlebens** unberücksichtigt worden wäre und der Arzt in seiner **freizeitlichen Aktivität stark eingeschränkt** ist, weil er sich nur eine bestimmte Anzahl an Kilometern vom Krankenhaus entfernt aufhalten und permanent telefonisch erreichbar sein müsse, um binnen kürzester Zeit ins Krankenhaus kommen zu können, hielt das Gericht entgegen, dass nicht übersehen wird, dass **Rufbereitschaftsdienste keine völlig unbeschränkte Freizeitgestaltung** zulassen. Bei einer annähernd gleich bleibenden Anzahl von Arbeitsbereitschaft und Rufbereitschaft ist jedoch insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb die Belastung größer wäre, wenn man zu Hause ist, da man dort genauso schlafen könne, wie vormals während der Arbeitsbereitschaft im Krankenhaus²⁸.

²⁸ Lindmayr, Mehr Rufbereitschaft statt Nachtdiensten bei steigendem Gehalt – keine verschlechternde Versetzung, ARD 6335/8/2017

II. Wegzeiten als Arbeitszeit – Umkleidezeiten als Arbeitszeiten

1. Wegzeiten als Arbeitszeit – OGH 24.7.2018, 9 ObA 8/18v

In Fällen, wo **Kundendiensttechniker**, denen ein **bestimmtes Einsatzgebiet** zugeordnet ist und die **keinen festen Arbeitsort** haben, anerkennt der OGH die **Fahrt zum ersten Kunden des Tages und die Fahrt vom letzten Kunden** des Tages vom bzw. zum Wohnort des Arbeitnehmers als **Arbeitszeit**, wenn die Wege mit dem **Firmenfahrzeug und nicht einem beliebigen Verkehrsmittel zurückgelegt werden** und der Arbeitnehmer auf den **Fahrten nicht frei über die Route bestimmen** darf, wie zB. einer nicht auf dem Heimweg liegenden Freizeitaktivität nachgehen kann. Dazu kommt, dass für die konkreten Kundeneinsätze die über Nacht in diesen Firmenfahrzeugen hergerichteten Betriebsmittel zu verwenden sind. Es ist vorgesehen, dass der **kürzeste Weg zum Kunden bzw. zum Wohnort** zu wählen ist und nur am Weg liegende außerberufliche Tätigkeiten durchgeführt werden dürfen, was bei einer Unterbrechung von mehr als 15 Minuten zum Entfall des Entgelts führt.

Soweit die **Reisetätigkeit zum ständigen Aufgabenkreis** eines Arbeitnehmers gehört, wie etwa bei einem Monteur, der zur Durchführung von Servicearbeiten von Kundschaft zu Kundschaft fährt, ist die Reisezeit stets Arbeitszeit. Dagegen ist die Zeit, die der Arbeitnehmer braucht, um den Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte zurückzulegen, grundsätzlich nicht als Arbeitszeit zu beurteilen, weil sie vor Dienstbeginn oder nach Dienstende liegt. Maßgeblich ist, ob der Arbeitnehmer über die Verwendung seiner Zeit noch bzw. wieder selbst entscheiden kann.

2. Fahrten zum „ständigen Betrieb“ oder „Montagebüro“ – keine Wegzeiten, OGH 23.3.2018, 8 ObA 44/17d – Abgrenzung zu Tyco (EuGH 10.9.2015 C- 266/14)

Auf die Vertragsbeziehung der Streitparteien kommt der **Kollektivvertrag für Arbeiter im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe** zur Anwendung, welcher in seinem Punkt VIII. 6. vorsieht, dass **Wegzeiten, die in die Arbeitszeit fallen, wie Arbeitszeiten zu bezahlen** sind. Für **Wegzeiten außerhalb der Arbeitszeit** gebührt gemäß Punkt VIII. 7. der **Stundenlohn ohne Zulagen und Zuschläge**, wobei **Wegzeiten, die nicht in die Arbeitszeit fallen**, solche zwischen dem **ständigen Betrieb bzw. Montagebüro und dem nicht ständigen Arbeitsplatz** sind. Ferner sind Wegzeiten bei einer Entfernung zwischen dem ständigen Betrieb bzw. Montagebüro und

dem nicht ständigen Arbeitsplatz von 2 km – 4 km mit einem Stundenlohn, von 4 km – 7 km mit 1,5 Stundenlöhnen sowie von mehr als 7 km mit einem Lohn für die tatsächlich aufgewendete Wegzeit, jedoch mindestens mit 1,5 Stundelöhnen zu vergüten.

Schon in älterer Judikatur²⁹ hat der OGH darauf abgestellt, dass der im Punkt VIII. dieses Kollektivvertrages verwendete Begriff „**ständiger Betrieb**“ auf die **Arbeitsstelle** und **nicht** auf den **Betriebsbegriff iSd ArbVG** abstelle, weil es Zweck dieser Bestimmung und vergleichbarer Regelungen sei, die **Arbeiten an der regelmäßigen Arbeitsstelle** jenen gegenüber zu stellen, die ausnahmsweise und unregelmäßig außerhalb dieses engen Bereiches zu leisten sind.

Demnach bedeutet der Begriff „**ständiger Betrieb**“ hier eine **eigenständige Definition** bzw. nähere Erläuterung des Betriebsbegriffs gemäß der im Montagewesen, insbesondere die **zuständige Bauleitung (das Bau-/Montagebüro)**, als Betriebsstätte gelten könne.

Der OGH hat auch in seiner Entscheidung 9 ObA 81/01d bezüglich der im einschlägigen Kollektivvertrag geregelten, ebenfalls nur für Arbeiten außerhalb des „ständigen Betriebs“ gebührenden Entfernungs- und Montagezulagen ausgeführt, dass der Kollektivvertrag, insoweit er den Begriff „ständiger Betrieb“ verwendet, dahingehend auszulegen sei, dass unter „**ständiger Betrieb**“ die **konkrete (vereinbarte) Arbeitsstelle** zu verstehen sei, weil nach dem Zweck dieser Bestimmung die Arbeiten an der regelmäßigen Arbeitsstelle jenen gegenüber zu stellen seien, die unregelmäßig außerhalb dieses engeren Bereiches zu leisten seien.

Seien also etwa der Überlasser eines Arbeitnehmers und der Arbeitnehmer übereingekommen, dass der Arbeitnehmer auf Dauer einem Beschäftigten an dessen Betriebsort zur Verfügung gestellt werde, bilde der **Betriebsort des Beschäftigten den „ständigen Betrieb“ iSd Kollektivvertrages**. Mittlerweile wurde dem Begriff des „ständigen Betriebs“ zum besseren Verständnis auch jener des „**Montagebüros**“ beigefügt.

Im konkreten Fall ging es nun darum, dass der Betriebsstandort des Arbeitgebers in Innsbruck gelegen war, die Streitparteien bei Beschäftigungsbeginn jedoch vereinbart hatten, dass der Kläger täglich von einem Arbeitskollegen mit einem Firmenfahrzeug des Arbeitgebers in Wiesing abgeholt und sodann zum Betriebsstandort einer Firma (Auftraggeber des Arbeitgebers) in Fieberbrunn gebracht werde, dort seine Arbeitsanweisungen und Montageaufträge auf bestimmten Baustellen zugeteilt erhalten werde, wobei es sich letztlich um Montagen auf verschiedenen Baustellen im Raum Fieberbrunn gehandelt hatte. Der Arbeitnehmer hat dann ausnahmslos vom Betriebsstandort jener Firma in Fieberbrunn (Auftraggeber des Arbeitgebers) den Dienst von Fieberbrunn aus angetreten und dort bzw. auf den ihm dort vorgegebenen jeweiligen Auswärtsbaustellen seine konkreten Arbeitseinweisungen erhalten.

²⁹ RIS-Justiz RS0029668; 9 ObA 81/01d

Dies zieht in rechtlicher Hinsicht nach sich, dass der **Betriebsstandort des Auftraggebers des Arbeitgebers** in Fieberbrunn als „ständiger Betrieb“ bzw. „Montagebüro“ iSd Punktes VIII. des einschlägigen Kollektivvertrages zu qualifizieren ist und mit einem Anspruch des Arbeitnehmers auf **Vergütung** der von ihm je Arbeitstag vom Wohnort bzw. von Wiesing bis zum Betriebsstandort jener Firma in Fieberbrunn (Auftraggeber des Arbeitgebers) und retour **aufgewendeten Wegzeiten** schon an sich **ausscheidet**, weil es sich hierbei nicht um die vom „Montagebüro“ aus zu den ihm dort zugewiesenen Montageorten/Baustellen angefallenen Wegzeiten gehandelt hatte. Der diesbezüglich gestellte Anspruch besteht daher schon dem Grunde nach nicht zu Recht.

Der Oberste Gerichtshof setzt sich in seiner diesbezüglichen Beurteilung mit der seitens der Arbeitnehmer herangezogenen Entscheidung des **EuGH, 10.9.2015, C-266/14 (Tyco)**, auseinander. Er erwähnt zunächst, dass die Entscheidung Tyco nicht zu Fragen der kollektivvertraglichen Entgeltgestaltung erging und daher überhaupt auf den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht einschlägig sei.

Tyco betraf Montagearbeiter, die keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort mehr hatten, nachdem ihr Arbeitgeber seine Regionalbüros geschlossen hatte. Der EuGH hat in dieser Entscheidung die Anfahrtswege direkt vom Wohnort der Arbeitnehmer zu den Kunden nicht zuletzt mit dem Argument als Arbeitszeit bewertet, dass während des Bestehens der Regionalbüros die Wege zwischen diesen und den Baustellen ebenfalls Arbeitszeiten gewesen seien (EuGH C-266/14, Tyco, Rz 39).

Aus dieser Entscheidung sei aber umgekehrt nicht abzuleiten, dass auch Fahrten zwischen dem Wohnort des Arbeitnehmers und einem existierenden ständigen Betrieb/Regionalbüro als Arbeitszeit zu zählen wären, wenn – wie hier – anschließend zu Baustellen weitergefahren wird.

3. Umkleidezeiten und Beginn der Arbeitszeit – OGH 17.5.2018, 9 ObA 29/18g

Die Zeit, die ein Arbeitnehmer vor seinem Eintreffen an der Arbeitsstätte zum **Anziehen** seiner **Arbeitskleidung** benötigt, ist im **Allgemeinen nicht als Arbeitszeit** zu werten. Haben die Dienstnehmer einer Krankenanstalt (Ärzte und Pflegepersonal) auf **Weisung des Arbeitgebers** im Dienst aber nicht nur die für die Berufsgruppe **vorgesehene Dienst- und Schutzkleidung** zu tragen, sondern wurde **auch angeordnet**, dass die **Dienstkleidung ausschließlich im Krankenhaus zu wechseln** ist und bei betrieblichen **Wäscheausgabestellen zur Reinigung abgegeben und wieder abgeholt** werden muss, geht dies über die bloße Möglichkeit des Umkleidens im Betrieb hinaus.

Die Umkleidezeiten und die damit verbundenen **innerbetrieblichen Wegzeiten** sind in diesem Fall **primär im Interesse des Dienstgebers** gelegene **arbeitsleistungsspezifische Tätigkeiten**, die ein solches **Maß an Fremdbestimmung** aufweisen, dass es gerechtfertigt ist, sie als **zu entlohnende Arbeitszeit** anzusehen.

Der Oberste Gerichtshof hat in **zwei vorangehenden Entscheidungen**³⁰ festgehalten, dass die Zeit, die ein Arbeitnehmer vor seinem Eintreffen an der Arbeitsstätte zum **Anziehen** seiner **Arbeitskleidung** benötigt, im Allgemeinen **nicht als Arbeitszeit** zu werten ist. Konstellationen, in denen dies allenfalls anders zu sehen wäre, etwa die Notwendigkeit einer, einen großen **Zeitaufwand erfordernden Kostümierung**, müssen **behauptet und bewiesen** werden. Diese vorangehenden Entscheidungen des OGH haben Zirkusmusiker betroffen, wobei der OGH den Umstand, dass sich der Arbeitnehmer vor der Vorstellung in seinem Wohnwagen eine Uniform anziehen musste, nicht als Verlängerung der Arbeitszeit gesehen hat.

Nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den Ansichten der Literatur hat sich der OGH im vorliegenden Fall insbesondere den Erwägungen von *Mazal*³¹ angeschlossen. Dieser rechnet das An- und Auskleiden in Krankenanstalten unter anderem im **Hinblick auf die hygienischen Verpflichtungen des Krankenanstaltenträgers** dem Arbeitszeitbegriff zu. Diese hygienischen Verpflichtungen könnten, **anders als etwa beim Personal eines Verkehrsunternehmens**, nicht bloß durch fachgemäße Reinigung erfüllt werden, sondern setzen auch eine **Lagerung von Dienstkleidung bis unmittelbar vor Dienstbeginn** voraus, die den hygienischen Ansprüchen genügt.

Aus einer **Analyse des Arbeitszeitbegriffs** der **Arbeitszeit-RL** gelangt *Mazal*³² zum Ergebnis, dass die Richtlinie nicht undifferenziert alle Zeiten des Zur-Verfügung-Stehens in die Arbeitszeit einbeziehen will, umgekehrt aber Zeiten, in denen der Arbeitnehmer **eine für den**

³⁰ 9 ObA 89/02g; 9 ObA 133/02b

³¹ *Mazal*, Umkleidezeit als Arbeitszeit, in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel*, Rechtswissenschaft und Rechtskunde, Liber Amicorum für Robert Rebhahn, 63 (66ff)

³² *Mazal*, aaO

Arbeitgeber relevante Aufgabe erfülle, dem Arbeitszeitbegriff der Richtlinie nicht entzogen ist. Es müsse sich um Zeiten handeln, in denen der Arbeitnehmer **Handlungen** setzt, die **nicht Ausfluss seiner eigenen Gestaltung** sind, sondern **Ausfluss der Fremdbestimmung** durch den Arbeitgeber. Ist der Arbeitnehmer in dieser Entscheidung allerdings gebunden, liegt jenes Mindestmaß an Intensität der Fremdbestimmung vor, dass es rechtfertigt, von einer Tätigkeit oder Aufgabenerfüllung für den Arbeitgeber zu sprechen.

Demgegenüber zählt *Grillberger*³³ die allenfalls notwendige persönliche Vorbereitung, wie das **Anziehen einer speziellen Arbeitskleidung, noch nicht zur Arbeitszeit**.

*Schrank*³⁴ hingegen lässt eine **Ausnahme für besonders aufwändige dienstgeberseitige Arbeitsbekleidungs- oder spezifische Hygieneanforderungen** gelten, was nunmehr durch die Rechtsprechung bestätigt wurde.

Auch *Löschnigg*³⁵ stellt für die Qualifikation von Vorbereitungshandlungen als Arbeitszeit auf die Notwendigkeit **zeitintensiver** und **arbeitsleistungsspezifischer** Vorbereitungshandlungen ab.

In einer ausführlichen Stellungnahme spricht sich *Resch*³⁶ gegen die Qualifikation von Umkleidezeit als Arbeitszeit aus. Der Arbeitnehmer ist **während des Umkleidens noch nicht arbeitsbereit**. Es würden **nur Vor- bzw. Nachbereitungshandlungen** für die Arbeitsaufnahme vorliegen. In der Regel sei es zulässig, **saubere Dienstkleidung bereits zu Hause** anzuziehen. Der **Arbeitszeitbegriff der Arbeitszeit-RL** lasse eine **Berücksichtigung der nationalen Gepflogenheiten** zu und eröffne dem **österreichischen Gesetzgeber** einen gewissen **Spielraum**. Zu Recht erfolge im österreichischen Arbeitsrecht **keine „Atomisierung des Arbeitszeitbegriffes“**. Es kommt niemand auf die Idee, etwa Gähnen, Kratzen, Husten, Zurechtrücken der Kleidung, Aufheben ungeschickt hinuntergeworfener Gegenstände usw. aus der Arbeitszeit herauszurechnen. Es entspreche **nationalen Gepflogenheiten**, dass die **normalen und üblichen Vorbereitungshandlungen**, zu denen auch das Umkleiden bzw. das Anziehen von Dienstkleidung gehöre, **gerade nicht zur Arbeitszeit** gehören. Insbesondere steht die Beliebigkeit der Dauer des Umkleidens nicht im Einflussbereich des Arbeitgebers. Die Arbeitnehmer würden sich typischerweise vehement gegen ein Drängen des Arbeitgebers auf ein rasches Umkleiden wehren. Die zeitliche und örtliche Einschränkung durch den Arbeitgeber führen noch nicht zum Vorliegen von Arbeitszeit.

³³ *Grillberger* in *Grillberger AZG*, 3. Aufl. § 2 Rz 3

³⁴ *Schrank*, *Arbeitszeitgesetz*, 4. Aufl. § 2 Rz 6

³⁵ *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*, 13. Aufl. 6/370

³⁶ *Resch*, *Umkleidezeit und Beginn der Arbeitszeit*, RdW 2015, 109, mit Hinweisen auch zur dt. Literatur

Eine für besondere Tätigkeiten erforderliche, **gesondert und tätigkeitsbezogen vielfach auch erst ad hoc** während der Arbeitszeit **anzulegende Schutzkleidung** nimmt jedoch *Resch*³⁷ von dieser Beurteilung aus.

III. Arbeitszeiterfassung – Höchstarbeitszeit

1. Arbeitszeiterfassung

a) EuGH 14.5.2019, C-55/18, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)/Deutsche Bank SAE – Auswirkungen auf das nationale Recht

Die Art 3, 5 und 6 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung sind im Licht von Art 31 Abs 2 der Charta der Grundrechte der EU sowie von Art 4 Abs 1, Art 11 Abs 3 und Art 16 Abs 3 der Richtlinie 89/391/EWG dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte den Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein **System einzurichten**, mit dem die von einem **jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen** werden kann.

Die CCOO, eine Arbeitnehmervereinigung, die Teil einer Gewerkschaft auf nationaler Ebene in Spanien ist, hat gegen die Deutsche Bank SAE eine Klage auf Feststellung erhoben, dass die Deutsche Bank nach den nationalen spanischen Vorschriften verpflichtet sei, ein System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzurichten, mit dem die Einhaltung zum einen der vorgesehenen Arbeitszeit und zum anderen der Verpflichtung, die Gewerkschaftsvertreter über die monatlich geleisteten Überstunden zu unterrichten, überprüft werden könne. Das nationale Gericht hat dazu ausgeführt, dass aufgrund der einschlägigen Vorschriften nur die Führung einer Aufstellung der von den Arbeitnehmern geleisteten Überstunden sowie die Übermittlung der Zahl dieser Überstunden am jeweiligen Monatsende an die Arbeitnehmer und ihre Vertreter aufzuliegen hat.

Die **Begrenzung der Höchstarbeitszeit** und die **Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten** sind **nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union**, sondern **auch ausdrücklich**

³⁷ *Resch*, aaO

durch **Art 31 Abs 2 der Charta**, dem nach Art 6 Abs 1 EUV der gleiche Rang wie den Verträgen zukommt, **verbürgt**. Die Bestimmungen der **Richtlinie 2003/88/EG konkretisieren dieses Grundrecht daher bloß³⁸**.

Da die Mitgliedstaaten zur **Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88/EG** alle erforderlichen Maßnahmen treffen müssen, um die Beachtung der **Mindestruhezeiten** zu gewährleisten und jede **Überschreitung der wöchentlichen Arbeitszeit zu verhindern**, ist eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsieht, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die **Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich** festgestellt werden kann, nicht geeignet, die praktische **Wirksamkeit der von Art 31 Abs 2 der Charta** und von der Arbeitszeit-RL verliehenen Rechte sicherzustellen, da **weder die Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer überprüfen** können, ob diese **Rechte beachtet werden**, wodurch sie das Ziel dieser Richtlinie, das darin besteht, einen besseren Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefährden kann.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung erscheint vor allem die Bestimmung des **§ 26 Abs 3 AZG** über die **Saldenaufzeichnung** für Arbeitnehmer, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben, **fragwürdig**.

*Schrank*³⁹ betont, dass dem **Zweck der Arbeitszeitaufzeichnungen** im Sinne des § 26 AZG nur Aufzeichnungen gerecht werden, welche die **Ist-Arbeitszeiten nach Kalendertagen und Uhrzeiten einschließlich des Beginnes und Endes der Ruhepausen** erfassen. So verlangt auch der Verwaltungsgerichtshof⁴⁰ insbesondere auch die **Aufzeichnung der zeitlichen Lage** der Arbeitszeiten, mit dem Argument, dass sonst die **Einhaltung insbesondere der Ruhezeiten** unüberprüfbar wäre.

Keine Ist-Aufzeichnungen sind Mechanismen, welche nur die **Zeitenzählung** vor oder nach bestimmten Uhrzeiten erfassen oder das Stundenausmaß **automatisch beenden bzw. abschneiden**. Sie eignen sich wohl gut dazu, dem Verbleiben am Arbeitsplatz vorzubeugen, weil sie effizient dokumentieren, dass das Arbeiten zu solchen Zeiten seitens des Arbeitgebers nicht gewollt ist und im Ergebnis die Beweislast für das Weiterarbeiten bzw. dessen Zurechnung zum Arbeitgeber als Arbeitszeit auf den Arbeitnehmer verlagert wird, dies auch unter dem Aspekt, dass der Arbeitnehmer nicht weitergearbeitet und auch bloß vergessen haben könnte, die Zeiterfassung zu betätigen⁴¹.

³⁸ Urteil vom 05.10.2004, Pfeiffer u.a., C-397/01 bis C-403/01; EU:C:2004: 84, Urteil vom 06.11.2008, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU: C:2018:874, RN 21; Urteil vom 11.09.2014, A, C-112/13, EU: C:2014:2195, RN 51; Urteil vom 06.11.2018, Bauer und Willmeroth, C-569/16 und C-75/16, EU: C:2018:871 RN 85

³⁹ *Schrank*, Arbeitszeitkommentar, 5. Aufl. § 26 AZG Rz 7

⁴⁰ VwGH ZfVB 19.2.1990/820

⁴¹ *Schrank*, aaO

Insofern können solche **Abschneidemechanismen** zwar **wichtiger Teil** des erforderlichen **Vorbeuge- und Kontrollsystems** sein, die **Arbeitszeitaufzeichnungspflicht** als solche **erfüllen sie aber nur**, wenn sie **auch das frühere oder spätere tatsächliche „Zeitstempeln“** (vor oder nach der anerkannten Zeit) schon bzw. noch registrieren.

Auch *Thöny/Maier*⁴² verweisen darauf, dass **Beginn und Ende der Arbeitszeit** richtig – sohin **minutengenau** - erfasst werden müssen, da sich daraus **Überstunden** und die jeweilige Höhe der **Zuschläge (Lage der Arbeitszeit)** genau erkennen lassen. Zur Anspruchsprüfung sind daher diese Angaben unerlässlich. Ausdrücklich verweisen diese auch darauf, dass **Rundungen** (zum Beispiel das Erfassen von Beginn und Ende der Arbeitszeit nur im Viertelstundentakt) **nicht zulässig** sind.

b) Nationale Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung

VwGH 23.11.2017, Ra 2017/11/0243

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH⁴³ zu § 26 Abs 1 AZG müssen die Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden (hinsichtlich der Dauer und der zeitlichen Lagerung) so beschaffen sein, dass dadurch eine Überwachung der Einhaltung der im AZG geregelten Angelegenheiten, zum Beispiel also auch jener über die Ruhepausen und Ruhezeiten, möglich ist.

Sind in den Arbeitszeitaufzeichnungen (auf der linken Seite) die von den Arbeitnehmern gestempelten Zeiten des Beginnes und Endes ihrer täglichen Arbeitszeiten für die einzelnen Arbeitstage ersichtlich, kann aus diesen (gestempelten) Arbeitszeiten – bei isolierter Betrachtung derselben (also ohne die zusätzlich ausgewiesenen Zeitsummen) – ermittelt werden, ob die höchstzulässigen Tagesarbeitszeiten, die Vorschriften betreffend Ruhepausen oder eine andere Vorschrift des AZG eingehalten wurden.

Schon von daher ist die Rechtsansicht verfehlt, der Verantwortliche wäre zu bestrafen gewesen, weil er keine Aufzeichnungen gemäß § 26 Abs 1 AZG geführt habe. Es liegt auch keine mangelhafte Führung der Aufzeichnungen im Sinne des § 28 Abs 1 Z 3 AZG vor.

Für die hier **relevanten Belange des AZG** – und der Kontrolle seiner **Einhaltung (insbesondere der Arbeitszeiten, Ruhepausen und Ruhezeiten)** – ist **nicht von Bedeutung, ob und welche der aufgezeichneten (gestempelten) Arbeitszeiten der Arbeitgeber „anerkennt“** (um etwa

⁴² *Thöny/Maier*, Verfall und Verjährung im Arbeitsrecht

⁴³ VwGH 15.10.2015, Ra 2014/11/0065, mit Verweis auf die Vorjudikatur

danach die Höhe der Entlohnung zu ermitteln) und ob bzw. in welcher Form er diese Anerkennung in den Arbeitszeitaufzeichnungen festhält.

Ohne besondere vertragliche Vereinbarung ist das **Betätigen der Stechuhr** die **jeweils erste und letzte tägliche „Arbeitshandlung“**, außer es besteht im konkreten Betrieb **neben dem Stechuhr-Kontrollsystem** ein **weiteres Kontrollsystem**, aus dem sich die **tatsächlichen Arbeitszeiten** ergeben.

In einem allfälligen Strafverfahren, etwa wegen Überschreitung der gesetzlich höchstzulässigen Arbeitszeiten, könnten dem Arbeitgeber aber auch die in den Arbeitsaufzeichnungen jeweils zusätzlich vermerkten Zeitpunkte des (genehmigten bzw. anerkannten) Arbeitsbeginns und Arbeitsendes eines Arbeitnehmers **dienlich** sein, um den **Gegenbeweis** antreten zu können, dass das Betätigen der Stechuhr doch nicht jeweils die erste bzw. letzte tägliche Arbeitshandlung darstellte.

VwGH 22.2.2018, Ra 2017/11/0066

Werden der Beginn und das Ende der **Arbeitszeiten** in einem Betrieb nicht durch ein Stechuhr-Kontrollsystem erfasst, sondern werden nur vom Arbeitnehmer selbst **händische Aufzeichnungen** geführt, kann der Arbeitgeber den **Gegenbeweis** zu diesen Aufzeichnungen (etwa durch Einvernahme von Zeugen) **antreten**, wenn er der Ansicht ist, dass die Arbeitszeitaufzeichnungen von den Mitarbeitern nicht korrekt geführt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bisher mit der Frage der Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers, sofern er die Unrichtigkeit der Arbeitszeitaufzeichnungen behauptet, bzw. mit den an den **Gegenbeweis** zu stellenden Anforderungen im Zusammenhang mittels **Stechuhr-Kontrollsystems** befasst. Bei Bestehen eines automationsunterstützt geführten Stechuhr-Kontrollsystems sind **bloße Zeugenaussagen als Gegenbeweis nicht ausreichend**⁴⁴. Vielmehr **impliziert** das Bestehen eines Stechuhr-Kontrollsystems, dass damit - also mit den auf den Stempelkarten aufscheinenden, das Eintreffen im Betrieb einerseits und das Verlassen des Betriebes andererseits markierenden Zeitangaben – der Beginn und das Ende der Arbeitszeit festgehalten werden, somit die **tatsächliche Arbeitszeit gemessen**⁴⁵ wird.

Einem **Gegenbeweis**, etwa in Form eines Zeugen, kann nur dann entsprechendes Gewicht zukommen, wenn im konkreten Betrieb neben dem Stechuhr-Kontrollsystem ein **weiteres Kontrollsystem** besteht, aus dem sich die tatsächlichen Arbeitszeiten ergeben.

Umso mehr muss dies in einem Fall gelten, in dem gar kein Stechuhr-Kontrollsystem bestand, sondern nur vom Arbeitnehmer selbst händische Aufzeichnungen geführt wurden.

⁴⁴ VwGH 15.10.2015, Ra 2014/11/0065, RdW 2016/93, 127

⁴⁵ VwGH 23.11.2017, Ra 2017/11/0243, RdW 2018/149,181

2. Zur Höchstarbeitszeit – EuGH 11.4.2019, C-254/18

Art 6 lit b der Richtlinie 2003/88/EG sieht vor, dass die durchschnittliche Arbeitszeit pro **Siebtageszeitraum 48 Stunden** einschließlich der Überstunden nicht überschreiten darf.

Nach Art 16 lit b dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten für die Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit einen **Bezugszeitraum von bis zu 4 Monaten** vorsehen.

Davon hat das **AZG** in seiner Bestimmung zu **§ 9 Abs 4 Gebrauch** gemacht, wonach, sofern nach den Bestimmungen des AZG eine Wochenarbeitszeit von mehr als 48 Stunden zulässig ist, die **durchschnittliche Wochenarbeitszeit** innerhalb eines **Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen 48 Stunden nicht überschreiten** darf.

Die Richtlinie 2003/88/EG soll nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einen besseren **Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer** gewährleisten. Es müssen jedem Arbeitnehmer **angemessene Ruhezeiten** zustehen, die nicht nur **effektiv** sein müssen, indem sie es den Betroffenen erlauben, sich von der durch ihre Arbeit hervorgerufenen Ermüdung zu **erholen**, sondern **auch vorbeugenden Charakter** haben müssen, indem sie die Gefahr einer Beeinträchtigung der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, die in der Aneinanderreihung von Arbeitsphasen ohne die erforderlichen Ruhepausen liegen kann, soweit wie möglich verringern.

Der EuGH stellt fest, dass sowohl **feste als auch gleitende Bezugsräume** als solche mit dem **Ziel der Richtlinie 2003/88/EG in Einklang stehen**, da sie die Prüfung ermöglichen, dass der Arbeitnehmer im Durchschnitt **während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums nicht mehr als 48 Stunden pro Woche** arbeitet und dass die, seine Gesundheit und seine Sicherheit betreffenden Erfordernisse somit beachtet werden. Hierbei **kommt es nicht darauf an**, ob Beginn und Ende des Bezugszeitraums anhand fester Kalendertage oder zeitlich flexibel bestimmt werden.

Die Auswirkung **fester Bezugszeiträume** hängt jedoch von allen **einschlägigen Umständen**, wie der Art der Arbeit und den Arbeitsbedingungen sowie insbesondere der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Dauer des vom betreffenden Mitgliedstaat herangezogenen Bezugszeitraumes, ab.

Der EuGH führt aus, dass die **Methode des festen Bezugszeitraumes** einen Arbeitgeber dazu veranlassen kann, einem Arbeitnehmer **während zweier aufeinanderfolgender** fester Bezugszeiträume **sehr viel Arbeit aufzubürden**, sodass er, obwohl die in der Richtlinie vorgesehenen Ruhezeiten eingehalten werden, im Durchschnitt die wöchentliche

Höchst Arbeitszeit während eines Zeitraumes überschreitet, der, da er sich auf diese beiden festen Zeiträume verteilt, einem gleitenden Bezugszeitraum von gleicher Dauer entspräche. Eine **solche Situation kann dann nicht eintreten**, wenn der **Bezugszeitraum auf gleitender Grundlage** bestimmt wird, da die gleitenden Bezugszeiträume *per definitionem* dazu führen, dass die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit laufend neu berechnet wird (RN 41).

Das Sozialministerium vertritt die Auffassung, dass die Durchrechnung der Wochenarbeitszeit innerhalb fester Durchrechnungszeiträume zu erfolgen hat⁴⁶. Dies wird damit begründet, dass nach § 26 Abs 1 AZG Beginn und Dauer von Durchrechnungszeiträumen aufzuzeichnen sind, was bei flexibler Durchrechnung bedeutungslos wäre.

*Gleissner*⁴⁷ betont, dass die Entscheidung des EuGH keine Klärung erbracht habe. Zwar können die Mitgliedstaaten wählen, ob sie einen fixen oder rollierenden Durchrechnungszeitraum vorsehen, im Fall eines sechsmonatigen Durchrechnungszeitraumes - wie im Ausgangsfall - ist aber zu gewährleisten, dass die Höchst Arbeitszeit während jedes Sechs-Monatszeitraums eingehalten wird. Das ist nur bei rollierender Methode garantiert.

Die Auffassung von *Gleissner*⁴⁸, dass dann, wenn der Durchrechnungszeitraum 17 Wochen oder 4 Monate beträgt, der Durchrechnungszeitraum fix vorzusehen ist, ein rollierender Zeitraum der den Arbeitnehmer noch besser schützt, aber bloß möglich ist, wenn dessen Beginn festgehalten wird und **erst ein verlängerter Durchrechnungszeitraum rollierend zu rechnen** ist, erscheint vor dem Hintergrund der Ausführungen des EuGH insbesondere in RN 41 zu obiger Entscheidung und dem hervorgehobenen Schutzzweck der Richtlinie **me fraglich**. Es ist eher davon auszugehen, dass insgesamt sohin auch bei einem Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen oder 4 Monaten **grundsätzlich rollierend** zu rechnen ist, um festzustellen, ob die durchschnittliche wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 48 Stunden nicht überschritten wird.

Die Bedenken des EuGH zu den Auswirkungen fester Bezugszeiträume gelten nämlich gleichermaßen, ob ein Mitgliedstaat von der generellen Ermächtigung nach Art 16 lit b der Arbeitszeit-RL, die einen Bezugszeitraum von bis zu 4 Monaten zur Wahl stellt oder von der Abweichung von Bezugszeiträumen in Sinne des Art 19 der Arbeitszeit-RL Gebrauch macht. Dort kann der Durchrechnungszeitraum unter anderem dann auf sechs Monate ausgedehnt werden, wenn es sich um Tätigkeiten etwa für einen Bewachungs- oder Schließdienst sowie Dienstbereitschaft handelt, die durch die Notwendigkeit gekennzeichnet sind, den Schutz von Sachen und Personen zu gewährleisten. Dies war im Ausgangsfall der Fall, da die französische Republik für Bedienstete der französischen Police Nationale festgelegt hat, dass

⁴⁶ BMASGK-462,302/0021-VII/A/3/2018

⁴⁷ R. Gleissner, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, DRdA 3/2019

⁴⁸ R. Gleissner, aaO

die Höchstarbeitszeit wöchentlich 48 Stunden nicht überschreiten darf und einen Bezugszeitraum von sechs Monaten gewählt hat.